

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 1. október 2020

í máli nr. 41/2020:

Reykjafell hf.

gegn

Reykjavíkurborg og

Vegagerðinni

Lykilorð

Kærufrestur. Útboðsgögn. Tæknilegt hæfi. Kröfu um stöðvun útboðs hafnað.

Útdráttur

Hafnað var kröfu kæranda um að stöðva um stundarsakir útboð um endurnýjun MP stýrikassa, sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Með kæru móttækinni hjá kæruneftnd útboðsmála 7. september 2020 kærir Reykjafell hf. útboð Reykjavíkurborgar og Vegagerðarinnar (hér eftir vísað til sem „varnaraðila“) nr. 14943 auðkennt „Endurnýjun MP stýrikassa“. Kærandi krefst þess aðallega að hið kærða útboð verði fellt úr gildi og að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa. Hið nýja útboð skuli „lút[a] að stýribúnaði í heild sinni og verði án skilyrða um tæknilega eiginleika og búnað frá einum framleiðanda (t.d. miðlægum stýribúnaði, forgangskerfi og kerfunum Sitraffi39

c, STREAM og MOTION frá Siemens) og annarra skilyrða sem leiða til þess að einungis eitt fyrirtæki geti í raun boðið í alla hluta útboðsins“. Til vara krefst kærandi þess að hið kærða útboð verði fellt úr gildi og að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa. Til þrautavara krefst kærandi þess að öll skilyrði útboðsins sem beinast að tækni og búnaði frá einum framleiðanda, t.d. tengingu við miðlægan stýribúnað, forgangskerfi og kerfunum Sitraffic, STREAM og MOTION frá Siemens, verði felld úr útboðsskilmálum. Kærandi krefst þess í öllum tilvikum að kæruneftnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda og að varnaraðilar greiði málskostnað kæranda.

Í þessum hluta málsins tekur kæruneftnd útboðsmála afstöðu til kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferlisins um stundarsakir, en úrlausn málsins býður að öðru leyti endanlegs úrskurðar.

Varnaraðilar krefjast þess að stöðvunarkröfu kæranda verði hafnað, en athugasemdir bárust nefndinni frá varnaraðila Reykjavíkurborg 14. september 2020. Í tölvubréfi frá varnaraðila Vegagerðinni 24. september 2020 segir að hann taki undir athugasemdir varnaraðila Reykjavíkurborgar 14. september 2020, en áskilji sér rétt til þess að leggja greinargerð fram í málinu við síðara tímamark verði tilefni til þess. Það athugast að í ljósi málatilbúnaðar kæranda var Smith & Norland hf. gefið færi á að skila inn athugasemdum en þær bárust ekki.

I

Samkvæmt gögnum málsins gerðu varnaraðilar tvo samninga sem dagsettir eru 9. júlí 2020, en óundirritaðir, við Smith & Norland hf., annars vegar vegna innleiðingar á nýjum hugbúnaði vegna miðlægrar stýringar umferðarljósa og hins vegar um kaup á vélbúnaði og þjónustu vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa.

Hinn 14. október 2019 auglýsti varnaraðili Reykjavíkurborg rammasamningsútboð á Evrópska efnahagssvæðinu nr. 14356 auðkennt „Rammasamningur um stýribúnað umferðarljósa“. Hinn 5. desember 2019 samþykkti innkauparáð varnaraðila Reykjavíkurborgar erindi Umhverfis- og skipulagssviðs um að taka tilboðs í því útboði yrði dregin til baka þar sem ákveðið hefði verið að fella útboðið niður og áformað væri að bjóða verkefnið út að nýju, í kjölfar kæru kæranda til kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019, sem er til meðferðar hjá kærunefndinni. Með tölvubréfi varnaraðila Reykjavíkurborgar til bjóðenda 6. desember 2019 var upplýst að öllum tilboðum hefði verið hafnað þar sem komið hefði í ljós að ekki hefði verið gætt að ákvæðum laga nr. 120/2016 um opinber innkaup við ákvörðun tilboðsfresta. Tilboðsfresturinn hafi miðast við birtingu auglýsingar útboðsins á vef Reykjavíkurborgar og á utbodsvefur.is þann 11. október 2019, en hefði átt að miðast við birtingu auglýsingar í stjórnartíðindum Evrópusambandsins 15. október 2019. Því hefði opnun tilboða átt að fara fram 15. nóvember 2019 en ekki 11. nóvember 2019.

Hinn 18. ágúst 2020 auglýstu varnaraðilar hið kærða útboð, meðal annars í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, er laut að endurnýjun á MP stýrikössum, þ.m.t. stýrikassa umferðarljósa, skynjara, ljóskera og hnappaboxa. Í grein 2.1.1 í útboðsgögnum var fjallað um þær kröfur sem gerðar voru til boðinna vara. Þar sagði meðal annars að boðnir stýriskassar skyldu geta „tengst miðlægrri stýritölvu umferðarljósa (MSU) án vandkvæða yfir OCIT-O 2 eða CANTO 1.3“. Þar sagði jafnframt að þar sem stýrikerfið Motion væri í virkni eða fyrirhugað skyldi vera hægt að „tengja stýrikerfið við samsvarandi kerfi í MSU“. Í grein 2.1.2.1 í útboðsgögnum voru útlistaðar þær almennu kröfur sem gerðar voru til stýrikassa. Þar sagði meðal annars að búnaður stýrikassa skyldi innihalda þau stýriforrit sem kaupandi óskaði

eftir hverju sinni. Búnaðurinn sem fylgja skyldi yrði að innihalda tengiviðmót við Sitraffic CANTO 1.3 og möguleika á breytingum með tengingu við OCIT-O 2. Sendibúnaðar til að tengjast við miðlæga stýritölvu umferðarljósa skyldi og fylgja. Þar sagði jafnframt að þegar veita skyldi strætó/neyðarbílum forgang á ljósum þá yrði notast við Sitraffic STREAM. Stýrikassinn skyldi þar af leiðandi vera fær um að taka við R.09 skeytum í gegnum Sitraffic CANTO 1.3. Notagildi og hlutverk kerfisviðmótsins Sitraffic CANTO 1.3 skyldi nýta til fullnustu samkvæmt ábyrgð verkkaupa og skyldi hann sýna fram á að svo væri. Í grein 2.1.2.11 í útboðsgögnum var að finna kröfur til miðlunar en þar sagði meðal annars að stýritæki yrðu að bjóða upp á tilgreinda miðlunarmöguleika, þ. á m. fjarstýringu frá miðstöð um Sitraffic CANTO 1.3. Tekið var fram að forritið mætti endurbæta með OCIT-O 2.

Tilboðsfrestur í hinu kærða útboði var til 22. september 2020 og ráðgert var að opna tilboð samdægurs. Tilboð skyldu gilda í átta vikur frá opunardegi þeirra. Samkvæmt upplýsingum frá varnaraðilum hafa þeir ákveðið að ekki verði tekin afstaða til tilboða í hinu kærða útboði fyrr en ákvörðun kærunefndar útboðsmála liggur fyrir varðandi stöðvunarkröfu kæranda.

II

Kærandi byggir að meginstefnu til á því að varnaraðilar hafi ákveðið fyrir fram að kaupa vörur af Smith & Norland ehf. áður en stofnað var til hins kærða útboðs. Þannig hafi varnaraðilar keypt lítinn hluta af búnaði við stýringu umferðarljósa beint af Smith & Norland hf. sumarið 2019 án útboðs, í trássi við lagaskyldu. Jafnframt virðist sem að varnaraðilar hafi keypt forgangskerfi frá Siemens, sem Smith & Norland hf. hafi umboð fyrir, án útboðs. Útboðsgögn og valforsendur séu sniðnar að þeim vörum sem Smith & Norland hf. bjóði upp á þannig að allir aðrir bjóðendur séu í raun útilokaðir frá raunhæfri þátttöku í hinu kærða útboði. Í því samhengi skuli líta til þess að kerfin CANTO og MOTION, sem útboðsgögn áskilja að boðinn búnaður skuli geta tengst, séu frá Siemens. Sömu sögu sé að segja um tengiviðmót við Sitraffic CANTO 1.3 og Sitraffic STREAM, en þau kerfi séu framleidd af Siemens. Engin þörf sé á því að gera slíkar kröfur til boðinna vara auk þess sem sú staða væri þá einvörðungu uppi vegna þess að varnaraðilar höfðu keypt hluta heildarkerfisins beint af Siemens án útboða. Háttsemi varnaraðila fari í bága við grundvallarreglu útboðsréttar um jafnræði bjóðenda, sbr. 1. mgr. 1. gr. og 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Jafnframt sé tæknilýsing útboðsgagna í andstöðu við 3. og 4. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016 þar sem hún leiði til ómálefnalegra hindrana á samkeppni. Óheimilt sé að gera kröfur í útboðsgögnum um að vörur séu af tilteknu vörumerki eða geti tengst slíkum vörum. Sé vísað til staðla eða tækniforskrifta skuli og ávallt fylgja

orðalagið „eða jafngildur“, en engin slík ákvæði sé að finna í útboðsgögnum og séu þau því í andstöðu við 5. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðilar byggja einkum á því að kærufrestur kunni að vera liðinn þar sem kærandi hafi nálgast útboðsgögn 18. ágúst 2020 en kæra ekki borist kærunefnd útboðsmála fyrr en 7. september sama ár. Það skoðist í ljósi þess að kæran byggji að mestu leyti á sömu röksemdum og í kærumáli nr. 32/2019. Bein samningskaup varnaraðila sumarið 2019 um uppfærslu á hugbúnaði og vélbúnaði honum tengdum hafi verið heimil þar sem 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 hafi á þeim tíma ekki gilt gagnvart sveitarfélögum, sbr. 4. mgr. 123. gr. sömu laga, auk þess sem kaupin hafi verið í samræmi við ákvæði b. liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Að auki hafi varnaraðilar haft heimild til þess samkvæmt útboðsgögnum útboðs nr. 10603, sem fór fram árið 2005, til þess að gera breytingar á samningi aðila, þ.e. varnaraðila Reykjavíkurborgar og Smith og Norland hf., meðal annars hvað varðar MOTION-stýringu. Heimild til umræddra samningskaupa hafi og verið að finna í e. lið 1. mgr. 20. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Að auki hafi samningskaupin verið undir viðmiðunarfjárhæðum fyrir útboðsskyldu fyrir vörusamninga samkvæmt þágildandi reglugerð nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Því er mótmælt að forsendur og skilyrði hins kærða útboðs hafi verið sniðin að einu fyrirtæki. Stýritölva umferðarljósa sé í einkaeigu varnaraðila og sá búnaður sem keyptur var sumarið 2019 sé hluti af reglubundinni og nauðsynlegri uppfærslu hennar í samræmi við þjónustusamning. Samningskaupin breyti engu hvað varðar kröfur til þeirra stýrikassa sem hið kærða útboð lúti að. Stýrikerfi umferðarljósa hafi verið keypt eftir útboð árið 2005 og hafi verið uppfært og endurnýjað í gegnum árin en samskiptastaðallinn sem stuðst hafi verið við sé óbreyttur, þ.e. OCIT og/eða CANTO. Um sé að ræða kerfi sem fleiri fyrirtæki en Smith og Norland hf. geti tengst, þ. á m. búnaður frá framleiðandanum Swarco sem kærandi lýsi yfir að hann bjóði upp á í kæru sinni. Þekkt sé í evrópskum borgum, svo sem í sambandslandinu Tírol í Austurríki, að notast sé við Sitraffic Scala stýritölvu sem stýrikassar frá mismunandi framleiðendum geti átt samskipti við. Samskiptastaðallinn OCIT sé opin og þótt samskiptastaðallinn CANTO stafi frá Siemens þá styðji kerfið við tengingar við stýribúnað umferðarljósa frá öðrum framleiðendum. Þá séu samskiptastaðlarnir öllum aðgengilegir. Enginn möguleiki sé fyrir varnaraðila að gera kröfu um aðra samskiptastaðla þar sem þeir séu forsenda þess að upplýsingar fari réttilega inn í miðlægt stýrikerfi umferðarljósa. Ef einungis einn framleiðandi byði fram stýrikassa og búnað umferðarljósa sem hefðu umrædda samskiptastaðla þá væri fyrir hendi heimild til þess að viðhafa bein kaup í skilningi b. liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016.

III

Samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skal bera kærú undir kærúnefnd útbóðsmála innan 20 daga frá því að kærúandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn rétti sínum. Í máli þessu reynir á lögmæti útbóðsskilmála hins kærða útbóðs og telja varnaraðilar að kærúan kunni að hafa komið fram að liðnum kærúfresti. Útbóðsgögn voru aðgengileg við birtingu auglýsingar um útbóðið 18. ágúst 2020. Miða verður við að bjóðendur hafi skamman frest til að kynna sér útbóðsgögn eftir að þau hafa verið gerð aðgengileg og þar til kærúfrestur vegna athugasemda sem varða efni þeirra byrjar að líða. Eins og atvikum þessa máls er háttáð og málið liggur fyrir nú verður miðað við að kærú, sem var móttækin 7. september 2020, hafi borist innan kærúfrests.

Í málinu er deilt um það hvort útbóðsgögn hins kærða útbóðs séu sniðin að einum bjóðanda, Smith og Norland hf., í andstöðu við 1. mgr. 1. gr., 15. gr., og 49. gr. laga nr. 120/2016. Af ákvæðum útbóðsgagna, sem rakin eru hér að framan, má ráða að gerðar séu tilgreindar kröfur til þeirra stýrikassa umferðarljósa, sem hið kærða útbóð varðar, þannig að þeir geti átt í samskiptum við stýritölvu sem sér um miðlæga stýringu umferðarljósa í Reykjavík. Hið kærða útbóð lýtur þannig ekki að kaupum á stýritölvu heldur stýrikössum sem komið er fyrir á hinum ýmsu götum borgarinnar. Kærúandi byggir í málalíbúnaði sínum meðal annars á því að samningar sem varnaraðilar hafi gert við Smith og Norland hf., annars vegar um innleiðingu á nýjum hugbúnaði vegna miðlægrar stýringar umferðarljósa og hins vegar um kaup á vélbúnaði og þjónustu vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa, sumarið 2019, hafi leitt til þess að eini aðilinn sem uppfyllt geti kröfur hins kærða útbóðs sé Smith og Norland hf. Af þeim gögnum málsins sem nú liggja fyrir verður ráðið að stýritölván, sem er í eigu varnaraðila, hafi verið keypt í kjölfar útbóðs árið 2005, en að uppfærsla á henni hafi farið fram með reglubundnu millibili síðan þá. Eins og mál þetta liggur nú fyrir verður ekki ráðið að þær kröfur sem gerðar eru í útbóðsgögnum til boðinna stýrikassa séu þess eðlis að aðrir bjóðendur en Smith og Norland hf. geti ekki uppfyllt þær kröfur, meðal annars í ljósi þess að í greinum 2.1.1, 2.1.2.1 og 2.1.2.11 í útbóðsgögnum er vísað til opna samskiptastaðalsins OCIT sem megi nýta til þess að tryggja upplýsingaflæði milli stýrikassa og stýritölvu. Að sama skapi verður ekki séð að virtum þeim gögnum sem liggja fyrir nefndinni að fyrrgreindir samningar 9. júlí 2019 milli varnaraðila og Smith & Norland hf. hafi haft áhrif á þær tæknilegu kröfur sem gerðar voru í hinu kærða útbóði, en kærúnefnd útbóðsmála hefur til meðferðar mál nr. 32/2019 sem varðar lögmæti þeirra samninga.

Samkvæmt framangreindu, og eins og mál þetta liggur fyrir nú, hafa því ekki verið leiddar verulegar líkur að broti gegn lögum nr. 120/2016 við framkvæmd útboðsins sem getur leitt til ógildingar ákvörðunar eða annarra athafna varnaraðila, sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016. Verður því að hafna kröfu kæranda um að hið kærða útboð verði stöðvað um stundarsakir þar til endanlega hefur verið leyst úr kærinni.

Ákvörðunarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, Reykjafells hf., um að stöðva um stundarsakir útboð varnaraðila, Reykjavíkurborgar og Vegagerðarinnar, nr. 14943 auðkennt „Endurnýjun MP stýrikassa“.

Reykjavík, 1. október 2020

Ásgerður Ragnarsdóttir

Sandra Baldvinsdóttir