

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 4. desember 2009

í máli nr. 30/2009:

Sláturfélag Suðurlands svf.

gegn

Ríkiskaupum

Hinn 25. september 2009 kærðu Samtök iðnaðarins, f.h. Sláturfélags Suðurlands svf., ákvörðun Ríkiskaupa um val á tilboði í útboðinu nr. 14729 – Matsala til starfsmanna Landspítala. Í kæru voru kröfur kæranda orðaðar með eftirfarandi hætti:

1. Að kærunefndin stöðvi samningsgerð kærða og Sælkeraveislna ehf. samkvæmt útboðinu þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru þessari.
2. Að kærunefndin felli úr gildi þá ákvörðun kærða að vísa tilboði kæranda frá, samanber tilkynningu kærða, dags. 18. september 2009.
3. Að felld verði úr gildi sú ákvörðun kærða að velja tilboð Sælkeraveislna ehf., samanber tilkynningu, dags. 18. september 2009.
4. Að lagt verði fyrir kærða að bjóða matsölu til starfsmanna Landspítala út á nýjan leik.
5. Að kærunefndin láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda.
6. Í öllum tilvikum er krafist kærúmálskostnaðar úr hendi kærða samkvæmt mati nefndarinnar.“

Kærða var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir og koma að frekari rökstuðningi fyrir vali á tilboði. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun á gerð samnings. Með bréfi, dags. 1. október 2009, krafðist kærði þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað og að kæranda yrði gert að greiða málskostnað í ríkissjóð. Kærandi gerði athugasemdir við greinargerðir kærða með bréfi, dags. 3. nóvember 2009.

Með ákvörðun, dags. 2. október 2009, var samningsgerð í kjölfar útboðsins nr. 14729 „Matsala til starfsmanna Landspítala“ stöðvuð þar til endanlega yrði skorið úr kæru.

I.

Í júlí 2009 auglýsti kærði útboð nr. 14729 „Matsala til starfsmanna Landspítala“. Í kafla 1.2.2.3 í útboðsgögnum segir orðrétt:

„Þess er krafist að bjóðendur uppfylli eftirfarandi skilyrði:

Bjóðandi skal hafa a.m.k. 2 ára reynslu af sambærilegum rekstri. Það er framleiðslu máltíða, flutning og framreiðslu

[...]

Bjóðandi skal leggja fram umsagnir a.m.k. tveggja aðila sem hafa a.m.k. eins árs reynslu af þjónustu bjóðanda við framleiðslu og framreiðslu máltíða."

Á bls.vii í útboðslýsingu, í kaflanum „Skilgreiningar / Orðskýringar“ segir m.a. svo:

„SKAL Í útboðslýsingu þessari merkir að tiltekið atriði eða krafa er ófrávíkjanleg, þ.e. bjóðandi verður í tilboði sínu að uppfylla slíkt atriði eða kröfu. Að öðrum kosti verður tilboði hans vísað frá."

Kafla útboðsins nr. 1.2.5 kallast „Valmælikvarðar“ og þar segir orðrétt:

„Eftirfarandi valmælikvarðar verða hafðir til hliðsjónar við mat á tilboðum og val á samningsaðila.

Nr.	Forsendur	STIG
I	Niðurgreiddar máltíðir, verð	65
II	Matvæli til sölu í matsölunum, verð	15
III	Gæði, þjónusta og úrval	20
	Heildarstigafjöldi	100

I. Niðurgreiddar máltíðir, 65 stig:

Lægsta verð samkvæmt tilboði fær hæstu einkunn eða 65 stig, eftir það ræður eftirfarandi reiknilíkan.

$$\text{Einkunn} = (\text{lægsta verð} / \text{boðið verð}) \times 65$$

II. Matvæli til sölu í matsölunum, 15 stig:

Lægsta verð samkvæmt tilboði fær hæstu einkunn eða 15 stig, eftir það ræður eftirfarandi reiknilíkan:

$$\text{Einkunn} = (\text{lægsta verð} / \text{boðið verð}) \times 15$$

III. Gæði, þjónusta og úrval, 20 stig:

Gerðar eru grunnkröfur sem koma fram í 1.2.2 kröfur um hæfi bjóðenda, til að tilboð sé gilt þarf bjóðandi að uppfylla þær kröfur. Þar að auki verða eftirtaldir þættir metnir:

- Úrval rétta í boði hverju sinni í matsölum en gerð er krafa um að bjóða tvo heita rétti í hádegi og einn að kvöldi en aukið úrval væri kostur. (4 stig)
- Útfærsla á rekstri sem mætir markmiðum verkefnisins sem best. Svo sem framtíðarsýn um hvernig þróa má þjónustu matsala Landspítala. Sem dæmi má nefna sölu á mat til aðstandenda, rekstur kaffiteríu og hugsanlega veitingaþjónustu til deilda. (4 stig)
- Fjölbreytileiki á 5 vikna matseðlum þ.e. annarsvegar matseðli fyrir kjöt- eða fiskrétti og hins vegar grænmetisrétti. (3 stig)
- Úrval kaldra matvæla eins og pastasalat, samlokur, safar og þess háttar. (3 stig)
- Fjölbreytt úrval matvæla á salatbar. (2 stig)
- Afhendingaröryggi, metið út frá meðmælum núverandi viðskiptavina. (2 stig)
- Lágmarks opnunartími matsala er skilgreindur í útboðinu en lengdur opnunartími er kostur fyrir starfsfólk Landspítala. (2 stig)“

Kærandi var meðal bjóðenda í útboðinu og með tölvupósti, dags. 18. september 2009, tilkynnti kærði að ákveðið hefði verið að velja tilboð frá Sælkeraveislunni ehf. í hinu kærða útboði. Í tölvupóstinum sagði einnig að nokkur þeirra atriða, sem áskilin voru í útboðsgögnum, hefðu ekki fylgt tilboði kæranda og því hafi ekki verið hægt að gefa kæranda einkunn samkvæmt valmælikvörðum útboðslýsingar. Tilboði kæranda var því vísað frá.

II.

Kærandi telur að tilboði hans hafi fylgt allar upplýsingar sem útboðsgögn kváðu á um. Kærandi segir að hann hafi skýrt vel hvernig hann hyggðist sinna verkefninu og að huglægt mat kærða, um að kærandi hafi ekki uppfyllt skyldur sínar með nægilegri lýsingu á því hvernig hann hyggist sinna verkefninu, fái þannig ekki staðist.

Kærandi segir að ástæður frávísunar kærða á tilboði hans hafi ekkert með hæfi kæranda að gera. Kærandi telur að kærði hefði með réttu átt að vekja athygli kæranda á meintum ágöllum á tilboðsgögnum og gefa kæranda kost á að bæta úr þeim göllum á fyrri stigum málsins. Kærandi telur að meintir annmarkar hefðu í versta falli átt að hafa einhver lítilsháttar áhrif á heildarstigagiöfina samkvæmt valmælikvörðum útboðslýsingar.

Kærandi segir að Sælkeraveislur ehf. hafi verið stofnað í október árið 2008 en samkvæmt kafla 1.2.2.3. í útboðslýsingu segi að bjóðandi skuli hafa a.m.k. tveggja ára reynslu af sambærilegum rekstri. Kærandi telur að Sælkeraveislur ehf. uppfylli þannig ekki reynslu-skilyrðið og af sömu ástæðu geti fyrirtækið ekki heldur lagt fram umsagnir

III.

Kærði bendir á að kærandi hafi ekki óskað eftir rökstuðningi fyrir höfnun tilboðs, samkvæmt 75. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup. Kærði segir að tilboð kæranda hafi ekki verið frávikstilboð og ekki verið í samræmi við útboðsskilmála. Kærði segir að tilboði kæranda hafi verið vísað frá þar sem ýmsar upplýsingar hafi ekki fylgt með tilboðinu þrátt fyrir að í útboðslýsingu hafi þessar upplýsingar verið gerðar að ófrávikjanlegri kröfu. Kærði segir að vantað hafi svör við 4 liðum af 22 sem fylgja áttu með tilboði. Um þetta segir svo orðrétt í greinargerð kærða:

„Tilboði kæranda var vísað frá borði á grundvelli þessa.

1. Upplýsingar um aðstöðu og tækjabúnað.
2. Skrá yfir undirverktaka ef um það ræðir.
3. Greinargerð um hvernig viðkomandi hyggst sinna verkefninu þannig að það samræmist sem best markmiði útboðsins (hámark 2. bls.).
4. Hugmyndir bjóðenda um þróun matsala. Hvernig þeir sjá fyrir sér almennt að hægt sé að bæta þjónustu við starfsmenn LSH, aðstandendur sjúklinga og nema frá HÍ.“

Kærði leggur sérstaka áherslu á að kærandi hafi ekki skilað inn greinargerð um hvernig ná skyldi markmiðum útboðsins og því hafi verið óhjákvæmilegt að vísa tilboðinu frá. Þá segir kærði að kærandi hafi ekki sýnt fram á að hann uppfylli öll hæfisskilyrði útboðsins. Nánar til tekið vanti upplýsingar um eftirfarandi hæfisskilyrði:

„Bjóðandi skal hafa a.m.k. 2 ára reynslu af sambærilegum rekstri. Það er framleiðslu máltíða, flutning og framreiðslu.

[...]

Bjóðandi skal leggja fram umsagnir a.m.k. tveggja aðila sem hafa a.m.k. eins árs reynslu af þjónustu bjóðanda við framleiðslu og framreiðslu máltíða.“

Kærði segir fráleitt að hann hefði átt að leyfa kæranda að bæta úr annmörkum tilboðsins enda hefði slíkt farið gegn jafnræði og gagnsæi í útboðsferlinu og 45. gr. laga nr. 84/2007. Kærði segir að kærandi hafi ekki sýnt fram á tveggja ára reynslu af framreiðslu máltíða. Þá segir kærði að bjóðandinn sem var valinn hafi uppfyllt kröfur kafla 1.2.2.3 í útboðslýsingu enda hafi þar ekki verið gerð krafa um a.m.k. 2 ára reynslu „fyrirtækis“ heldur bjóðanda. Kærði segir að bjóðandinn á bak við Sælkeraveislur ehf. uppfylli þetta skilyrði.

IV.

Með bréfi, dags. 5. október 2009, óskaði kærði eftir rökstuðningi vegna stöðvunarákvörðunar nefndarinnar, dags. 2. október 2009. Rökstuðningur fylgdi ákvörðuninni og þar sagði að í kafla útboðslýsingar nr. 1.2.2.3 hafi verið gerðar kröfur til reynslu. Kærunefndin taldi ljóst að Sælkeraveislan ehf. uppfyllti ekki þau ófrávikjanlegu skilyrði. Í bréfi kærða, dags. 5. október 2009, kom fram að kærði teldi að kröfur um reynslu beindust að starfsfólki fyrirtækja en ekki fyrirtækjunum sjálfum. Vísaði kærði m.a. til eldri úrskurðar kærunefndar útboðsmála nr. 4/2007.

Af þessari ástæðu er rétt að taka fram að kærunefnd útboðsmála telur að framangreindur úrskurður nr. 4/2007 sé ekki sambærilegur að þessu leyti. Fyrst ber að geta þess að í 2. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, er að finna orðskýringar og í 4. tölul. 2. gr. segir:

„Bjóðandi: Fyrirtæki sem lagt hefur fram tilboð í útboði, svo sem í almennu eða lokuðu útboði, samningskaupum eða samkeppnisviðræðum.“

Er þannig ljóst að ganga verður út frá því að í útboðslýsingu vísi orðið „bjóðandi“ til fyrirtækja nema annað komi skýrlega fram. Í skilyrðum kafla 1.2.2.3 í útboðslýsingu telur kærunefnd útboðsmála augljóst að vísað sé til fyrirtækja með orðinu bjóðandi. Í skilyrðunum er m.a. vísað til margra starfspátta sem bjóðandi skuli hafa reynslu af, þar er einnig skilyrði að bjóðandi skuli vinna samkvæmt gæðakerfi og að bjóðandi hafi tiltæka matseðla. Þetta eru skilyrði sem gerð eru til fyrirtækja en ekki einstaklinga. Í gr. 1.2.2.3 er að finna sjö skilyrði sem bjóðandi þarf að uppfylla. Í sex skilyrðanna er eingöngu vísað til bjóðanda, eins og sér, en ekki starfsmanna. Í einu skilyrðanna segir aftur á móti:

„Bjóðandi skal hafa sjálfur, eða tilgreint starfsfólk hans, fagþekkingu, menntun og leyfi sem nauðsynleg eru til þess að sinna þeim rekstri sem hér um ræðir [...].“

Þannig leiðir af samræmisskýringu milli allra skilyrðanna og gagnályktun frá ofangreindu skilyrði að þegar útboðslýsing vísar til bjóðanda, án þess að taka annað fram, sé eingöngu átt við fyrirtæki.

Í opinberum innkaupum lýsir kaupandinn þörfum sínum í útboðslýsingu og bjóðendur reyna að uppfylla þarfirnar sem best. Kaupendum ber svo að velja það tilboð sem er hagkvæmast miðað við hans eigin útboðslýsingu. Hagkvæmasta tilboð er það boð sem er lægst að fjárhæð eða það boð sem fullnægir þörfum kaupanda best samkvæmt þeim forsendum sem settar hafa verið fram í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. og 75. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup. Kaupendum er almennt játað nokkuð svigrúm við ákvörðun um það hvaða forsendur þeir leggja til grundvallar mati á tilboðum. Hins vegar er sú skylda lögð á kaupendum að þeir tilgreini með eins nákvæmum hætti og unnt er hvaða forsendur verða

lagðar til grundvallar. Forsendurnar eiga að vera hlutlægar og tengjast efnahagslegri hagkvæmni með einhverjum hætti en mega aldrei vera svo matskenndar að kaupanda séu í raun og veru litlar eða engar skorður settar við mat tilboða. Er það nauðsynlegt til að takmarka vald þeirra til að túlka tilboðin eftir eigin höfði eftir að tilboð hafa verið opnuð og er það jafnframt í samræmi við meginreglur útboðsréttar um gegnsæi og jafnræði bjóðenda, sbr. 1. og 14. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup. Eiga bjóðendur þannig að geta áttað sig á því fyrirfram hvernig staðið verður að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað boðum sínum í samræmi við það að þeir uppfylli þarfir kaupandans sem best.

Í hinu kærða útboði segir í gr. 1.2.5 að tilteknir valmælikvarðar verði „hafðir til hliðsjónar“ við mat á tilboðum. Meðal mælikvarðanna er flokkurinn „Gæði, þjónusta og úrval“. Sá flokkur er nánar útskýrður í greininni og í upphafi þeirra útskýringa segir að gerðar séu grunnkröfur um hæfi bjóðenda í kafla 1.2.2 en „þar að auki [verði] eftirtaldir þættir metnir“. Á eftir fylgja svo nánari útlistanir. Þær útlistanir lúta að úrvali og fjölbreytileika rétta, afhendingaröryggi, opnunartíma og útfærslu á rekstrinum og framtíðarsýn. Þær forsendur kærða sem koma fram undir valmælikvarðanum „Gæði, þjónusta og úrval“ eru ekki nægjanlega skýrar til þess að bjóðendur í hinu kærða útboði geti áttað sig á því hvernig kaupandi hyggst meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Forsendur fyrir vali tilboða gefa kærða að sumu leyti nánast ótakmarkað mat við einkunnagjöf í þeim þáttum. Valforsendur útboðsins eru þannig ekki í samræmi við lög nr. 84/2007 og það hefur óhjákvæmilega í för með sér að efnisleg niðurstaða útboðsins getur ekki orðið lögmæt. Kærða ber því að auglýsa útboðið á matsölu til starfsmanna Landspítala á nýjan leik.

Að fenginni ofangreindri niðurstöðu um að kærða beri að auglýsa að nýju útboð á matsölu til starfsmanna Landspítala er hinu kærða útboði lokið. Er þannig ekki þörf á að taka sérstaka afstöðu til krafna kæranda um að kærunefndin felli úr gildi ákvarðanir kærða um að vísa tilboði kæranda frá og að velja tilboð Sælkeraveislna ehf.

Í 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, er mælt fyrir um skaðabótaskyldu vegna tjóns sem hlotist hefur vegna brota kaupanda á lögum og reglum um opinber innkaup. Samkvæmt ákvæðinu eru sett tvenns konar skilyrði fyrir skaðabótaskyldu. Annars vegar þarf að vera um að ræða brot á lögum eða reglum um opinber innkaup. Hins vegar þarf bjóðandi að sanna að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerst við brotið. Kærunefnd útboðsmála hefur að framan komist að þeirri niðurstöðu að kærði hafi brotið lög þar sem valforsendur útboðsins voru ekki í samræmi við lög nr. 84/2007.

Kærði telur að tilboð kæranda hafi verið ógilt þar sem tilboðinu hafi ekki fylgt allar umbeðnar upplýsingar. Kærði telur að upplýsingar hafi vantað um fjögur atriði, eins og rakið er í kafla III í þessum úrskurði. Tvö þeirra atriða, nr. 3 og 4, sem kærði nefnir eru meðal þeirra atriða sem áður hefur verið tekin afstaða til, þau eru of matskennd og óljós til þess að hægt sé að nota þau sem skilyrðislaus kröfu eða valforsendu í útboðinu. Geta þessi atriði þannig ekki valdið ógildingunni tilboðs kæranda. Kærði telur, í atriði nr. 2, að kærandi hafi ekki skilað skrá yfir undirverktaka. Kærandi skilaði ekki skrá yfir undirverktaka þar sem hann hyggst sinna þjónustunni sjálfur. Eftir stendur þá fullyrðing kærða, nr.1, um að upplýsingar um aðstöðu og tækjabúnað hafi ekki fylgt tilboðinu.

Rétt er að taka það fram að kærði tekur ekki nákvæmlega fram hvers konar upplýsingar um aðstöðu og tækjabúnað hann óskar eftir enda eru upplýsingarnar ekki hluti af hæfisskilyrðum útboðsins. Á bls. vii í útboðslýsingu, í kaflanum „Skilgreiningar / Orðskýringar“ segir m.a. svo:

„SKAL Í útboðslýsingu þessari merkir að tiltekið atriði eða krafa er ófrávíkjanleg, þ.e. bjóðandi verður í tilboði sínu að uppfylla slíkt atriði eða kröfu. Að öðrum kosti verður tilboði hans vísað frá.“

Í kafla 1.1.9 voru aftur á móti ekki gerð svo ströng skilyrði til umbeðinna fylgigagna enda segir hvergi að gögnin skuli skilyrðislaust fylgja. Í niðurlagi kaflans segir þvert á móti:

„Lögd er rík áhersla á að bjóðendur skili inn með tilboðum sínum, umbeðnum gögnum. Geri þeir það ekki, áskilja Ríkiskaup sér rétt til þess að vísa tilboðum þeirra frá.“

Kærunefnd útboðsmála hefur kynnt sér tilboðsgögn kæranda. Upplýsingar um tækjabúnað og aðstöðu kæranda eru ekki tilgreindar í sérstökum hluta tilboðsgagna en upplýsingar um þetta efni koma þó engu að síður fram á ýmsum stöðum í tilboðsgögnum, beint eða óbeint, m.a. í gildu starfsleyfi frá heilbrigðiseftirliti Suðurlands og í umfjöllun um gæðaeftirlit. Með hliðsjón af því að ekki er ljóst nákvæmlega hvaða upplýsingum kærði óskaði eftir og að þessar upplýsingar voru ekki hæfisskilyrði þá telur kærunefnd útboðsmála að þetta leiði ekki til þess að tilboð kæranda hafi verið ógilt. Í greinargerð kærða var einnig vísað til þess að kærandi hafi ekki sýnt fram á tveggja ára reynslu af sambærilegum rekstri og ekki lagt fram umsagnir a.m.k. tveggja aðila sem hafa a.m.k. eins árs reynslu af þjónustu bjóðanda. Í tilboðsgögnum er m.a. að finna bréf sveitarfélagsins Árborgar þar sem fjallað er um samning sveitarfélagsins við kæranda um mat til handa ellilífeyris- og örorkulífeyrisþega. Þá er einnig bréf Hafnarfjarðarbæjar þar sem fjallað er um samning bæjarins við kæranda um „mat í grunnskólum, leikskólum og annan þann mat sem sveitarfélagið stóð að“. Kærunefnd

útboðsmála telur að tilboðsgögn kæranda hafi falið í sér fullnægjandi upplýsingar um reynslu kæranda.

Kærandi átti lágsta verðtilboð í „niðurgreiddar máltíðir“ en sá liður gildi 65 stig í útboðinu. Með hliðsjón af því og öllu framansögðu telur kærunefnd útboðsmála að kærandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kærða og að þeir möguleikar hafi skerst við brotið. Þannig eru bæði skilyrði skaðabóta samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, fyrir hendi.

Kærandi hefur krafist þess að kærða verði gert að greiða honum kostnað við að hafa kærana uppi, sbr. fyrri málslið 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Með hliðsjón af úrslitum málsins og umfangi þess verður kærða gert að greiða kæranda kr. 400.000 í kostnað við að hafa kærana uppi.

Kærði hefur krafist þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað til ríkissjóðs. Samkvæmt seinni málslið 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 getur kærunefnd útboðsmála úrskurðað kæranda til að greiða málskostnað sem rennur í ríkissjóð ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa. Með hliðsjón af öllu framansögðu er skilyrðum ákvæðisins ekki fullnægt og verður því að hafna kröfunni.

Úrskurðarorð:

Kærði, Ríkiskaup f.h. Landspítalans, skal auglýsa á nýjan leik útboð á matsölu til starfsmanna Landspítala.

Það er álit kærunefndar útboðsmála að kærði, Ríkiskaup, sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, Sláturfélagi Suðurlands svf., vegna kostnaðar kæranda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði nr. 14729 – Matsala til starfsmanna Landspítala.

Kærði, Ríkiskaup, greiði kæranda, Sláturfélags Suðurlands svf., kr. 400.000 vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Kröfu kærða, Ríkiskaupa, um að kæranda, Sláturfélags Suðurlands svf., verði gert að greiða málskostnað til ríkissjóðs, er hafnað.

Reykjavík, 4. desember 2009.

Þórir Þórhildsson
Stanley Þórhildsson
Andri Snær Magnason

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, desember 2009.