

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 5. mars 2012

í máli nr. 35/2011:

Stefán Jónsson ehf.

gegn

Ríkiskaupum

Með bréfi, dags. 13. desember 2011, sem barst kærunefnd útboðsmála sama dag, kærir Stefán Jónsson ehf. ákvörðun Ríkiskaupa, fyrir hönd verkkaupans Isavia ohf., frá 28. október 2011 um að „þjóða út að nýju í rammasamningsútboði viðhaldsverk ríkisins á fasteignum. Þjónusta verktaka í iðnaði.“ Kærandi gerir eftirfarandi kröfur:

1. Að kærunefnd útboðsmála stöðvi innkaupferli og/eða gerð samnings á grundvelli útboðsins þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru.
2. Að nefndin „úrskurði útboðið ólöglegt og felli það niður“.
3. Að nefndin ákveði að kærði greiði kæranda kostnað við að hafa kærana uppi.

Kærða var kynnt kærana þegar hún barst og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun. Með bréfi, dags. 21. desember 2011, krefst kærði þess að kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar um stundarsakir verði hafnað. Með bréfi, dags. 4. janúar 2012, krefst kærði þess enn fremur að öllum kröfum kæranda verði hafnað.

Með ákvörðun 22. desember 2011 tók kærunefnd útboðsmála til greina kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferlis og samningsgerðar í tengslum við útboðið. Verður nú leyst úr öðrum efnisatriðum kærunnar.

Kæranda var kynnt greinargerð kærða og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Nefndinni bárust frekari athugasemdir kæranda með bréfi, dags. 1. febrúar 2012.

I.

Kærði auglýsti í maí 2011 útboðið: „Rammasamningsútboð með örútbodum nr. 15045: Viðhaldsverk ríkisins á fasteignum. Þjónusta verktaka í iðnaði“. Með útboðsgögnum óskaði kærði, fyrir hönd áskrifenda að rammasamningskerfi ríkisins á hverjum tíma, eftir tilboðum vegna þjónustu verktaka í viðhaldsþjónustu, endurnýjun og viðbætur á fasteignum í eigu ríkisins á sviði nánar tiltekinna iðngreina.

Í útboðsgögnum vegna rammasamningsútboðs Ríkiskaupa nr. 15045, sem þegar hefur verið vikið að, er í kafla 2.4 fjallað um útboðsgögn í rammasamningsútboðinu og þau lög sem gilda þar um. Þar segir meðal annars: „Um útboð þetta gilda ákvæði laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og ákvæði laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Áskilinn er réttur

til að nýta ákvæði laga um örútbod innan rammasamninga við einstök kaup, sjá gr. [3].6. Stangist texti útboðsgagna á við lögin, vikur textinn.“ Í kafla 3.10 segir enn fremur meðal annars: „Væntanlegir samningsaðilar skulu lúta í einu og öllu ákvæðum íslenskra laga og reglugerða.“

Í kafla 0.3 í útboðsgögnum vegna rammasamningsútboðs Ríkiskaupa nr. 15045 er hugtakið „örútbod“ skilgreint svo: „Örútbod er innkaupaferli þar sem kaupandi leitar tilboða meðal allra rammasamningshafa sem efnt geta samninginn. Ákveðinn skilafrestur sem og tilboðstökutími er á tilboðum innan örútboda. Útbodsferli lýkur með samningi um ákveðin kaup. Örútbod geta farið fram hvort heldur með rafrænum eða skriflegum hætti. Örútbod eru eingöngu framkvæmd innan rammasamninga á milli seljenda í samningi.“ Í 3. kafla útboðsgagna vegna rammasamningsútboðsins, sem ber heitið „á samningstíma“, segir meðal annars í undirkafla 3.1: „Rammasamninga skal gera að undangengnu almennu eða lokuðu útbodi. Ef vara, þjónusta eða verk er keypt inn samkvæmt rammasamningi skal litið svo á að skyldu til útbods hafi verið fullnægt, enda þótt útbod séu yfir viðmiðunarfjárhæðum. [...] Kaupanda er heimilt að viðhafa örútbod milli rammasamningshafa, eftir atvikum eftir að skilmálar eða tæknilegar kröfur hafa verið skýrðar nánar.“ Þá fjallar kafla 3.6 í útboðsgögnum rammasamningsútboðsins um örútbod, en þar segir:

„Að öllu jöfnu verða einstök stærri verkefni boðin út innan rammasamningsins í svokölluðu örútbodi, þar sem kveðið er nánar á um verkefnið og óskað eftir tilboðum í tiltekin atriði s.s. útfærslu, tímaáætlun og heildarverð.“

Örútbod eru eingöngu framkvæmd innan rammasamninga milli allra aðila í samningi.

Þá er stutt lýsing á tilteknu verkefni send til fyrirtækis í rammasamningnum og óskað eftir t.d. föstu tilboðsverði eða hámarksverði í tiltekið verkefni, að almennum kröfu rammasamnings og sértækum kröfum verkefnisins uppfylltum.

Forsendur eru til staðar fyrir örútbodi þegar einhver ákveðin skilyrði eða kjör eru ekki tiltekin innan rammasamningsins.

Samning innan samnings skal ekki gera án örútbods.“

Í viðauka III með rammasamningsútboðsgögnunum er að finna drög að rammasamningi, sem áætlað var að gerður yrði við bjóðendur í kjölfar útbodsins. Í 7. gr. samningsdraganna er kveðið á um aðila samningsins og þar segir meðal annars:

„Þeir aðilar sem á hverjum tíma eru áskrifendur að rammasamningskerfi Ríkiskaupa eru aðilar að samningi þessum, að undanskildum sveitarfélögum og þeim aðilum sem segja sig frá þessu útbodi og fram kemur í fyrirspurnum og svörum með útboðsgögnum.“

[...]

Í greinargerð með lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup, um 34. gr. segir: „Í samræmi

við meginreglur íslensks samningaréttar hefur verið litið svo á að aðilar rammasamnings ættu ekki sjálfðæmi um hvort þeir keyptu inn samkvæmt rammasamningi eða kerfi eða skiptu við aðra aðila. Þeir opinberu aðilar sem á annað borð eru aðilar að rammasamningi eða kerfi fleiri rammasamninga verða samkvæmt þessu að kaupa inn á grundvelli rammasamnings og geta t.d. ekki farið í sjálfstætt útboð vegna vöru og þjónustu sem fellur undir rammasamning.“

Samkvæmt útboðsgögnum var fyrirspurnarfrestur til 20. júní 2011 og lauk svarfresti 23. sama mánaðar. Skilafrestur tilboða var til 29. sama mánaðar kl. 13 og var fyrirhugað að opna tilboð í verkið sama dag kl. 14. Með tveimur tölvubréfum frá kærða 2. september sama ár var kærandi upplýstur um að tilboð hans í rammasamningsútboði nr. 15045 hefði verið samþykkt, að kominn væri á bindandi samningur milli aðila og að kærandi væri þar með orðinn aðili að rammasamningi um þjónustu iðnaðarmanna.

Kærði auglýsti í október 2011 útboðið: „Rammasamningsútboð nr. 15138: Þjónusta verktaka í iðnaði utan suðvestur hornsins“. Með útboðsgögnum óskaði kærði, fyrir hönd áskrifenda að rammasamningskerfi ríkisins á hverjum tíma, eftir tilboðum vegna þjónustu verktaka í viðhaldsþjónustu, endurnýjun og viðbótum á fasteignum í eigu ríkisins á sviði nánar tiltekinna iðngreina, en nú einungis „utan suðvestur hornsins“. Samkvæmt kafla 0.1 í útboðsgögnum var útboð þetta einskorðað við eftirfarandi aðila:

„Eingöngu er óskað eftir tilboðum frá þeim aðilum sem

1. Eru utan núverandi rammasamnings sem byggir á útboði nr. 15045
2. Þjóða þjónustu sína á þeim svæðum utan suðvesturhornsins sem útboð þetta tekur til og sjá má hér að neðan.“

Landshluti	Óskað er eftir iðnaðarmönnum í
Suðvesturhornið frá og með Selfossi að Borgarnesi	Iðnaðarmenn vantar ekki
Vesturland frá og með Selfossi að Borgarnesi	Allar iðngreinar nema málun og trésmíði
Sunnanverðir Vestfirðir	Allar iðngreinar
Norðanverðir Vestfirðir	Blikksmíði, dúklagningu, málmíðn, málun og skrúðgarðyrkju
Norðurland vestra	Blikksmíði, dúklagningu, málmíðn, múrverk og skrúðgarðyrkju
Norðurland eystra og Húsavík	Málmíðn og skrúðgarðyrkja
Norðurlanda eystra frá og með Húsavík	Allar iðngreinar
Austurland	Allar iðngreinar nema rafíðn og trésmíði
Suðurland að Selfossi	Allar iðngreinar
Vestmannaeyjar	Allar iðngreinar nema pípulagnir

Þessu til frekari skýringar segir meðal annars í sama kafla:

„Fyrir á árinu buðu Ríkiskaup út í rammasamningskerfi ríkisins, þjónustu verktaka vegna viðhaldsverka hjá ríkinu, útboð nr. 15045 Viðhaldsverk ríkisins á fasteignum – Þjónusta verktaka í iðnaði.

Vegna dræmrar þátttöku verktaka utan suðvesturhornsins í útboðinu hefur verið ákveðið að bjóða út á nýjan leik viðhaldsþjónustu fyrir ríkið utan suðvesturhornsins. Um er að ræða viðauka við núverandi samning sem gerður var á grundvelli fyrra útboðs. Markmið útboðsins var að fá tilboð frá og gera samninga við verktaka á þeim svæðum þar sem samningsbundinni þjónustu er áfátt.“

Að öðru leyti svara ákvæði útboðsgagna í rammasamningsútboði nr. 15138 til ákvæða útboðsgagna vegna útboðs nr. 15045, sem áður eru rakin, að því undanskildu að ekki er í útboðsgögnum að finna heimild til að framkvæma örútbóð.

Samkvæmt útboðsgögnum var fyrirspurnarfrestur til 4. desember 2011 og lauk svarfresti 7. sama mánaðar. Skilafrestur tilboða var til 13. sama mánaðar kl. 15 og var opnun tilboða fyrirhuguð samtímis.

II.

Kærandi upplýsir að hann reki málningarþjónustu á Akureyri. Vísar kærandi til þess að bindandi rammasamningur sé í gildi milli sín og kærða á því sviði sem hið kærða útbóð tekur til, sbr. 76. gr. laga nr. 84/2007, og að hann hyggist sinna viðhaldsþjónustu fyrir ríkið á Akureyri og annars staðar á landsbyggðinni samkvæmt gildandi samningi. Kærandi heldur því fram að kærði hafi brotið gróflega gegn sér og öðrum aðilum að þeim samningi, sem ætla sér að sinna viðhaldsþjónustu fyrir ríkið á landsbyggðinni, með því að halda úti hinu kærða útbóði.

Kærandi, sem er aðili að Samtökum iðnaðarins, vísar til þess að samtökunum hafi borist kvartanir frá félagsmönnum sínum, sem aðilar eru að gildandi rammasamningi svo sem áður greinir, vegna hins kærða útbóðs.

Í þessu samhengi vísar kærandi til þess að Samtök iðnaðarins hafi með bréfi, dags. 4. nóvember 2011, haldið því fram að kærða væri ekki heimilt að bjóða út á nýjan leik viðhaldsþjónustu fyrir ríkið á meðan rammasamningur, sem komst á í kjölfar rammasamningsútboðs nr. 15045, væri í gildi. Það að kærði einskorðaði hið kærða útbóð við „viðhaldsþjónustu utan suðvesturhornsins“ hefði enga þýðingu í því sambandi. Beindu samtökin því til kærða að fella niður hið kærða útbóð, ella væri ljóst að kærði bæri bótaábyrgð gagnvart þeim fjölda verktaka sem aðilar væru að gildandi rammasamningi á málefnasviðinu.

Þá vísar kærandi til svohljóðandi svarbréfs kærða til Samtaka iðnaðarins, dags. 15. [nóvember] 2011:

„Vísað er til bréfs Samtaka iðnaðarins 4. nóvember 2011 um ofangreint efni. Eins og fram kemur í bréfinu ákváðu Ríkiskaup að bjóða út að nýju viðhaldsþjónustu fyrir ríkið

vegna dræmrar þátttöku verktaka utan suðvesturhornsins. Með öðrum orðum sýndi fyrri útboð markaðsbrest á umræddri þjónustu á stórum landssvæðum.

Sem dæmi má nefna að frá Húsavík, austurleiðina, vestur Suðurland alla leið til Víkur í Mýrdal eru aðeins fjórir iðnaðarmenn í samning í kjölfar fyrri útboðs.

Það er því ljóst að kostnaður ríkisins vegna samningsbundinnar vinnu innan núverandi samnings mun aukast umtalsvert ef iðnaðarmenn þurfa að ferðast tugi eða hundruð kílómetra til að vinna jafnvel smá viðvik.

Eins og fram kemur í bréfi Samtaka iðnaðarins er markmið núverandi útboðs að fá tilboð frá og gera samninga við verktaka á þeim svæðum þar sem áfátt er samningsbundinni þjónustu verktaka í iðnaði.

Ríkiskaup hafa því ákveðið að bæta við þjónustuaðilum á þeim svæðum sem iðnaðarmenn vantar með því að bjóða út aftur en í smækkaðri mynd. Nýja útboðið er án örútbóða og munu samningsaðilar í upprunalega samningnum því áfram vera einir um að fá að bjóða í stærri viðhaldsverkefni.“

Því næst vísar kærandi til þess að Samtök iðnaðarins hafi með tölvubréfi til fjármálaráðuneytisins 16. nóvember 2011 vakið athygli þess á hinu kærða útboði og farið þess á leit við ráðuneytið að það aðhefðist í málinu og stöðvaði innkaupferli á grundvelli hins kærða útboðs. Kærandi heldur því fram að ráðuneytið hafi ekkert aðhafst í málinu.

Loks vísar kærandi til þess að Samtök iðnaðarins hafi meðal annars með tölvubréfi til kærða 30. nóvember 2011 óskað eftir því að fá afrit af öllum gögnum varðandi hið kærða útboð. Kærandi heldur því fram að þeirri beiðni hafi verið synjað af hálfu kærða.

Kærandi bendir á að kærði hafi ekki upplýst sig né aðra aðila að rammasamningi, sem komst á í kjölfar rammasamningsútboðs nr. 15045, um að kærði hygðist láta hið kærða útboð fara fram, heldur hefði kærandi frétt það af fjölmiðlum.

Kærandi heldur því fram að engar heimildir séu að lögum fyrir hinu kærða útboði og að kærða sé því óheimilt að bjóða á nýjan leik út viðhaldsþjónustu fyrir ríkið, þegar í gildi sé bindandi rammasamningur á sama málefnasviði. Kærandi áréttar að niðurstaða rammasamningsútboðs nr. 15045 sé bindandi fyrir kærða og að honum sé því með öllu óheimilt að bjóða út á nýjan leik. Kærandi mótmælir því sem kærði hefur haldið fram í því samhengi um að réttarstaða þeirra sem þegar eru aðilar að núgildandi rammasamningi breytist ekkert þótt hið kærða útboð fari fram, enda sé ljóst að það hafi áhrif. Ef hið kærða útboð nái fram að ganga séu verulegar líkur til þess að fleiri einstaklingar og fyrirtæki muni keppa um einstök verk sem heyri undir rammasamninginn, sem muni hafa áhrif á þá aðila sem aðilar eru að núgildandi rammasamningi, þ. á m. kæranda.

Kærandi heldur því einnig fram að með hinu kærða útboði hafi kærði raskað jafnræði

bjóðenda, sem sé meginregla á sviði opinberra innkaupa, enda séu allar upplýsingar í tengslum við rammasamningsútboð nr. 15045 opinberar, þ. á m. upplýsingar um fjárhæðir tilboða bjóðenda. Þannig geti þeir aðilar, sem taki þátt í hinu kærða útboði, hagað tilboðum sínum í samræmi við þær upplýsingar sem liggja fyrir um gildandi rammasamning.

Kærandi vísar til staðhæfinga kærða í málinu, um að lög nr. 84/2007 banni hvergi að gerðir séu tveir rammasamningar sem geti skarast að hluta. Í því samhengi bendir kærandi á að í málinu hafi með hinu kærða útboði verið boðin út á nýjan leik þjónusta verktaka í iðnaði. Þannig feli hið kærða útboð í raun í sér að rammasamningsútboð nr. 15045 hafi verið endurtekið og að því geti hér ekki verið um tvo rammasamninga að ræða sem geti skarast að hluta.

Þá leggur kærandi áherslu á að kærða hafi verið í lófa lagið að tiltaka sérstaklega í útboðsgögnum í rammasamningsútboði nr. 15045 að kaupendur væru ekki bundnir af því að skipta einungis við aðila rammasamningsins, svo sem heimilt er samkvæmt 34. gr. laga nr. 84/2007. Hvergi sé slík frávik að finna í útboðsgögnum í rammasamningsútboði nr. 15045.

Um heimild til kæru vísar kærandi til XIV. kafla laga nr. 84/2007, einkum 76. gr. þeirra.

III.

Kærði vísar til þess að við opnun tilboða í fyrra útboði kæranda, rammasamningsútboði nr. 15045, hafi komið í ljós að þátttaka verktaka utan suðvesturhorns landsins hafi verið dræm. Því hafi verið ákveðið að bjóða út á ný í hinu kærða útboði smærri verk, að því er varðar viðhaldsþjónustu fyrir ríkið utan suðvesturhornsins, með sjónarmið um hagræðingu og hagkvæmni fyrir augum. Kærði bendir á að í útboðsgögnum hins kærða útboðs hafi verið sérstaklega tiltekið hvers konar iðnaðarmönnum væri óskað eftir á hverju svæði. Þá taki útboðið einungis til minni verka, sem nemi allt að 10.000.000 króna.

Kærði mótmælir stöðvunarkröfu kæranda með vísan til þess að ekki séu verulegar líkur á að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007.

Kærði bendir á að kærandi haldi því meðal annars fram að ekki séu heimildir til þess að lögum að bjóða út að nýju viðhaldsþjónustu fyrir ríkið. Niðurstöður hins fyrra útboðs liggi fyrir og á grundvelli þess sé kominn fram bindandi samningur. Verð liggi fyrir í kjölfar hins fyrra útboðs og með því að bjóða út að nýju sé jafnræði bjóðenda skert. Kærði hafnar þessari staðhæfingu kæranda og vísar til þess að upplýsingar um verð, á grundvelli hins fyrra útboðs, hafi ekki verið gerðar opinberar. Í þessu samhengi vísar kærði sérstaklega til þess að hann hafi ekki vitneskju um með hvaða hætti kærandi hafi orðið sér úti um verðupplýsingar á grundvelli hins fyrra útboðs.

Um staðhæfingu kæranda, þess efnis að kominn sé á bindandi samningur á grundvelli

hins fyrri rammasamningsútboðs, vísar kærði til þess að eðli rammasamninga sé annað en samninga sem verði til á grundvelli hefðbundinna útboða, svo sem samningskaupa og samkeppnisviðræðna, sbr. 16. tölul. 2. gr. laga nr. 84/2007. Kærði bendir á að þrátt fyrir að rammasamningur sé kominn á sé ekki þegar af þeirri ástæðu kominn á samningur um einstök verk. Kærði heldur því fram að réttarstaða einstakra bjóðenda breytist því ekki þótt nýtt rammasamningsútboð, sem geti skarast við eldra rammasamningsútboð að hluta, fari fram. Kærði telur þó vissulega að rammasamningur, á grundvelli rammasamningsútboðs nr. 15045, sé bindandi og í gildi og vísar til þess að kærandi hafi „möguleika á einstökum samningum á grundvelli fyrri rammasamnings, líka hvað varðar smærri verk utan höfuðborgarsvæðisins, rétt eins og fyrri rammasamningur kveður á um.“ Því beri að hafna rökum kæranda þess efnis að stöðva beri hið kærða útboð þar sem kominn sé á bindandi samningur samkvæmt hinu fyrri útboði. Loks vísar kærði til þess að telji kærandi að um sé að ræða vanefnd á fyrri rammasamningi, þar sem fleiri eigi möguleika á því að gera samninga um einstök smærri verk utan höfuðborgarsvæðisins eftir hið kærða útboð, varði slíkt samningaréttarleg atriði sem falli utan verksviðs kærunefndar útboðsmála.

Kærði heldur því fram að lög nr. 84/2007 standi því ekki í vegi að unnt sé að gera tvo rammasamninga sem geti skarast að hluta, hvort sem slíkur samningur sé skilgreindur sem viðauki við hinn fyrri eða ekki. Slíkt bann verði heldur ekki leitt af ákvæðum 30. gr. og 34. gr. laga nr. 84/2007. Þá vísar kærði til þess að telji kærandi að óheimilt sé að gera einstaka samninga á grundvelli hins kærða útboðs, þar sem það brjóti í bága við hinn fyrri rammasamning, sé þar um að ræða „samningaréttarlegt atriði, sem verður með réttu ekki blandað inn í túlkun á ákvæðum laga um opinber innkaup nema þá til að afmarka og takmarka gildissvið laganna og þar með heimildir kærunefndar.

Kærði vísar til þess að við túlkun ákvæða laga nr. 84/2007 beri að horfa til tilgangs laganna, en samkvæmt 1. gr. laganna sé hann meðal annars sá að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri. Kærði vísar til athugasemda með samsvarandi ákvæði í frumvarpi sem varð að eldri lögum um opinber innkaup, nr. 94/2001, þar sem meðal annars komi fram að tilgangur frumvarpsins sé að stuðla að virkri samkeppni og hagkvæmni í opinberum rekstri og að frumvarpið hvíli á þeim forsendum að með því að tryggja réttarstöðu bjóðenda og skapa með því betri aðstæður fyrir virkri samkeppni sé stuðlað að skynsamlegri meðferð almannaþjálfa við opinber innkaup. Kærði heldur því fram að túlka verði lög nr. 84/2007 til samræmis við það markmið þeirra að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri. Ef því sé „haldið til streitu að kaupendum beri að greiða ferðakostnað vegna langferða einstakra verktaka til að vinna smáviðvik fjarri heimabyggð viðkomandi verktaka“ feli slíkt í sér „mikla og óþarfa sóun opinberra fjármuna“.

Samkvæmt því sem á undan er rakið og á grundvelli 1. mgr. 87. gr. laga nr. 84/2007 sé kærða skylt að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri. Kærði vísar til athugasemda með samsvarandi ákvæði í frumvarpi sem varð að eldri lögum um opinber innkaup nr. 94/2001 þar sem komi meðal annars fram að kærða séu sett markmið í rekstri og að lögð sé áhersla á að við innkaup sem kærði annist sé alltaf leitast við að ná ítrustu hagkvæmni. Kærði bendir á að túlka verði heimildir kærða að lögum til samræmis við þessar skyldur. Ráðstöfun kærða, um að ráðast í hið kærða útboð, sé í samræmi við þetta markmið.

Þá bendir kærði á að hið kærða útboð gangi eins skammt og mögulegt sé til að ná markmiði laga nr. 84/2007 um hagkvæmni við meðferð opinbers fjár. Landsvæði sé takmarkað við það svæði sem sé utan suðvesturhorns landsins, óskað sé eftir iðnaðarmönnum á tilteknum svæðum í tilteknum iðngreinum, „í samræmi við þann raunveruleika að enginn samningshafi í viðkomandi iðngrein í fyrra útboði er staðsettur á viðkomandi svæði.“ Þá taki hið kærða útboð einungis til minni verka. Kærði hafi gætt meðalhófs við þá ákvörðun að láta hið kærða útboð fara fram, í stað þess að ógilda hið fyrra rammasamningsútboð með vísan til dræmrar þátttöku, og til grundvallar þeirri ákvörðun hafi legið málefnalegar ástæður samkvæmt öllu framangreindu.

Kærði áréttar að líta þurfi til þeirrar aðstöðu þegar tveir rammasamningar séu gerðir um innkaup á sömu vöru, þjónustu eða tegund verks. Þannig sé annars vegar ekki fyrir að fara banni í lögum nr. 84/2007 gegn því að gerðir séu tveir rammasamningar sem geti skarast. Hins vegar vísar kærði til fræðilegrar umfjöllunar sem hann hefur bent á í þessu samhengi, þess efnis að málefnalegar ástæður skuli liggja til grundvallar ákvörðunum um að keypt skuli inn á grundvelli eins rammasamnings, frekar en annars, þegar báðir samningar varði innkaup á sömu vöru, þjónustu eða tegund verks. Kærði heldur því fram að slík umfjöllun geti ekki átt við um innkaup á grundvelli tveggja einstakra samninga sem gerðir séu á grundvelli eins rammasamnings, þar sem í umfjöllun sé notast við hugtakið rammasamningur. Kærði heldur því til streitu staðhæfingu þess efnis að í viðurkenndri fræðilegri umfjöllun um rammasamninga sé byggt á þeirri grundvallarforsendu að heimilt sé að gera tvo rammasamninga um innkaup á sömu vöru, þjónustu eða tegund verks.

Að síðustu mótmælir kærði því að sér verði gert að greiða kæranda kostnað við að hafa kærana uppi, enda hafi hann ekki gerst brotlegur við lög nr. 84/2007. Því beri að hafna kröfu kæranda þar að lútandi.

IV.

Samkvæmt 1. málslíð 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup getur kærunefnd útboðsmála með úrskurði fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa að

hluta eða í heild, sbr. þó 100. gr. sömu laga. Í 1. mgr. 100. gr. er kveðið á um að eftir að bindandi samningur samkvæmt 76. gr. laganna er kominn á verður hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögsmæt.

Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála „úrskurði útboðið ólögsmætt og felli það niður“. Af kröfum og málatilbúnaði kæranda verður ráðið að með tilvísun til „útboðsins“ á kærandi við rammasamningsútboð kærða nr. 15138, um þjónustu verktaka í iðnaði utan suðvesturhornansins, og að kærandi hyggist ná því fram að ákvörðun kærða, um að viðhafa hið síðastnefnda rammasamningsútboð nr. 15138, verði felld úr gildi, einkum með vísan til þess að í gildi sé bindandi rammasamningur á því málefnasviði sem hið kærða útboð taki til og að kærða sé ekki heimilt að lögum að bjóða út á því sviði á nýjan leik meðan sá samningur sé í gildi.

Samkvæmt lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup eru rammasamningar þeir samningar sem einn eða fleiri kaupendur skuldbinda sig til að gera við eitt eða fleiri fyrirtæki í þeim tilgangi að slá föstum skilmálum einstakra samninga sem gerðir verða á tilteknu tímabili, einkum að því er varðar verð og fyrirhugað magn, ef við á, sbr. 16. tölul. 2. gr. laganna. Nánar er kveðið á um slíka samninga í 34. gr. sömu laga. Þar segir í 2. málslíð 1. mgr. 34. gr. að í rammasamningi sé heimilt að ákveða að kaupendur séu ekki skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings við þau innkaup sem samningur tekur til, enda séu slík frávik tilgreind í útboðsgögnum.

Rammasamningshafa er alla jafna ekki í sjálfvald sett að ákveða hvort keypt verði inn á grundvelli rammasamnings eða skipt við aðra aðila. Þeir opinberu aðilar sem á annað borð eru aðilar að rammasamningi eða kerfi fleiri rammasamninga verða að kaupa inn á grundvelli rammasamnings og geta til dæmis ekki farið í sjálfstætt útboð vegna vöru eða þjónustu sem fellur undir rammasamning. Kaupendum er engu að síður heimilt að áskilja sér rétt til að kaupa af öðrum en aðilum að rammasamningi, enda sé slíkan áskilnað að finna í útboðsgögnum.

Kærði er aðili að rammasamningi sem komst á í september 2011 í kjölfar rammasamningsútboðs nr. 15045, um viðhald á fasteignum í eigu ríkisins. Tekur rammasamningurinn til þjónustu verktaka í viðhaldsþjónustu, endurnýjun og viðbótum á fasteignum í eigu ríkisins á sviði nánar tiltekinnna iðngreina á landinu öllu. Kærði auglýsti í október sama ár rammasamningsútboð nr. 15138, um þjónustu verktaka í iðnaði utan suðvesturhornansins. Með útboðsgögnum óskaði kærði, fyrir hönd áskrifenda að rammasamningskerfi ríkisins á hverjum tíma, eftir tilboðum vegna þjónustu verktaka í viðhaldsþjónustu, endurnýjun og viðbótum á fasteignum í eigu ríkisins á sviði nánar

tiltekinna iðngreina, en nú einungis „utan suðvestur hornsins“. Í útboðsgögnum var tiltekið að einungis væri óskað eftir tilboðum frá þeim aðilum sem standi utan núverandi rammasamnings sem gerður hafi verið á grundvelli rammasamningsútboðs nr. 15045 og að slíkir aðilar þurfi að bjóða þjónustu sína á þeim svæðum utan suðvesturhornsins sem rammasamningsútboð nr. 15138 tekur til. Í útboðsgögnum var enn fremur af hálfu kærða vísað til rammasamningsútboðs nr. 15045 og þess að vegna dræmrar þátttöku verktaka utan suðvesturhornsins í því útboði hefði verið ákveðið að bjóða út á nýjan leik viðhaldsþjónustu fyrir ríkið á því svæði. Rammasamningsútboð nr. 15138 fæli þannig í sér viðauka við núverandi samning sem gerður hafi verið á grundvelli fyrra útboðs. Var markmiði rammasamningsútboðs nr. 15138 lýst á þann veg að með því væri leitast við að fá tilboð frá og gera samninga við verktaka á þeim svæðum þar sem samningsbundinni þjónustu væri áfátt.

Með rammasamningi á grundvelli rammasamningsútboðs nr. 15045 komst svo sem áður greinir á samningur um viðhald á fasteignum í eigu ríkisins, sem tekur til þjónustu verktaka í viðhaldsþjónustu, endurnýjun og viðbótum á fasteignum í eigu ríkisins á sviði nánar tiltekinna iðngreina á landinu öllu. Með hinu kærða útboði, rammasamningsútboði nr. 15138, leitast kærði við að bjóða á nýjan leik út þá sömu þjónustu, sem gildandi rammasamningur tekur til, þó þannig að hið kærða útboð er einskorðað við þjónustu „utan suðvestur hornsins“.

Samkvæmt meginreglum útboðsréttar er rammasamningshafa alla jafna ekki í sjálfvald sett að ákveða hvort keypt verði inn á grundvelli rammasamnings eða skipt við aðra aðila. Ákvæði 2. málslíðar 1. mgr. 34. gr. laga nr. 84/2007 hefur að geyma undantekningu frá þessari meginreglu, en þar er mælt fyrir um að í rammasamningi sé heimilt að ákveða að kaupendur séu ekki skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings við þau innkaup sem samningur tekur til, enda séu slík frávik tilgreind í útboðsgögnum. Hvergi er í gildandi rammasamningi, sem komst á í kjölfar rammasamningsútboð nr. 15045, að finna frávik frá áðurgreindri meginreglu laga nr. 84/2007. Samkvæmt því ber kærða að kaupa inn á grundvelli gildandi rammasamnings. Með vísan til alls þess sem á undan er rakið fellir kærufnd útboðsmála úr gildi ákvörðun kærða um að bjóða á nýjan leik út þjónustu verktaka í viðhaldsþjónustu, endurnýjun og viðbótum á fasteignum í eigu ríkisins, með rammasamningsútboði nr. 15138.

Með hliðsjón af niðurstöðu málsins verður kærði úrskurðaður til að greiða kæranda kostnað við að hafa kærana uppi sem þykir hæfilega ákveðinn 250.000 krónur.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun kærða, Ríkiskaupa, um að viðhafa útboð nr. 15138: „Rammisamningsútboð: Þjónusta verktaka í iðnaði utan suðvestur hornsins“, er felld úr gildi.

Kærði, Ríkiskaup, greiði kæranda, Stefáni Jónssyni ehf., 250.000 krónur í kostnað við að hafa kærana uppi.

Reykjavík, 5. mars 2012.

Stefán Jónsson
Andri Fjallakjötur
Stanley Pálsson

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík,