

Fjármálaráðuneytið
Kærunefnd útboðsmála
b.t. Ingunnar Hilmarsdóttur
Arnarhvoli við Lindargötu
150 Reykjavík

Reykjavík, 25. marz 2015.

KÆRA

Kærendur: Andrés Eyberg Magnússon, kt. 120455-5839 (Efsti Hóll ehf. kt. 430502-3360), All Iceland Tours ehf, kt. 530114-0740, Björn Páll Angantýsson, kt. 030266-5289, Björn Úlfarsson, kt. 260862-4649 (Aldey ehf, kt. 670701-2120), Haraldur Örn Arnarson, kt. 300161-3679 (Ferðaglaður ehf kt. 610610-0720).

Kærðu: Strætó bs, kt. 500501-3160, Þönglabakka 4, 109 Reykjavík og Innkaupadeild Reykjavíkurborgar, Borgartún 12-14, Reykjavík, sbr. nánar grein 0.1.4 í útboðsgögnum.

Efni: Framsal á tilboði akstursaðila í B-hluta samningskaupa um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna. Krafa um óvirkni og örútboð eða nýtt útboð.

I. Kröfur .

Kærendur gera eftirfarandi kröfur:

1. Kærendur krefjast þess að kærunefnd útboðsmála lýsi rammasamning kærða Strætó bs. og Ný-Tækni ehf. um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna óvirknan, í samræmi við ákvæði 100.gr.a í lögum 84/2007 um opinber innkaup.
2. Að samþykktri kröfu um óvirkni er þess krafist aðallega að kærunefnd útboðsmála beini því til kærðu að haldið verði örútboð meðal rammasamningshafa um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna um akstursþjónustu samkvæmt rammasamningi sem Kynnisferðir ehf. sögðu sig frá, en til vara að akstursþjónusta skv. þeim rammasamningi verði boðin út að nýju, sbr. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.
3. Jafnframt krefjast kærendur þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kærendum, sbr. 2. mgr. 97. gr. laganna.
4. Þá er þess krafist að kærðu greiði kærenda málskostnað vegna kostnaðar kærenda við að hafa kæru þessa uppi, sbr. 3. mgr. 97. gr.

Það athugist að með kæru þessari er kærð sú ákvörðun kærða Strætó að semja við fyrirtækið Ný-Tækni ehf., kt. 531296-2309 um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna, með þeim hætti að samþykkja að Ný-Tækni gengi inn í rammasamning sem gerður var við Kynnisferðir á grundvelli tilboðs þeirra í útboði vegna samningskaupa um aksturs-

þjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna; n.tt. hluta B sem fjallar um tilfallandi akstursþjónustu, sbr. samnings-kaupagögn nr. 13261 frá júní 2014.

Kærendum barst það til eyrna með óformlegum leiðum þann 12. marz 2015 að Strætó bs. hefði samþykkt framsal Kynnisferða á téðum rammasamningi til Ný-Tækni. Kærufrestur skv. 94.gr. laga um opinber innkaup er því ekki liðinn.

Kæran beinist að kærðu Strætó bs. kaupanda þjónustunnar og Innkaupadeild Reykjavíkurborgar sem miðlægrri innkaupastofnun. Kærinni er ekki beint að Ný-Tækni ehf. og er það lagt í hendur kærunefndarinnar að ákveða það hvort sá aðili hafi lögvarinna hagsmuna að gæta í skilningi 95.gr.a að rétt sé að veita honum varnaraðild að kærinni, á grundvelli lögvarinna hagsmuna af niðurstöðu kærunnar.

Kærendur áskilja sér rétt til að bæta við kröfur sínar, falla frá þeim að hluta eða öllu leyti eða breyta á síðari stigum eftir því sem sjónarmið kærðu gefa tilefni til.

II. Málavextir

Í júní 2014 stóðu kærðu fyrir innkaupaferli um þjónustuna „Akstursþjónusta fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna. Framkvæmd samningskaupa þessar fylði reglum veitutilskipunar nr. 2004/17/EB frá 31. marz 2004 og um samningskaupin vísað til eftirfarandi CPV tilvísunarnúmera, 60000000, 60130000 og 60112000. Samningskaupunum var skipt upp í tvo hluta; annars vegar samningskaupahluta A um innkaup á reglubundinni akstursþjónustu og hins vegar samningskaupahluta B tilfallandi akstursþjónustu. Óskað var eftir umsóknum frá akstursaðilum sem uppfyllt gætu kröfur laga nr. 73/2001 um fólks- og farmflutninga, ásamt reglugerð nr. 528/2002 um fólksflutninga á landi og / eða kröfur laga nr. 134/2001 um leigubifreiðar ásamt reglugerð nr. 397/2003 um leigubifreiðar.

Kærendur tóku þátt í innkaupaferli vegna samningskaupahluta B og var gerður rammasamningur við þá. Samningskaupaferlinu er lýst í lið 0.1.6 í samningskaupagögnum og hvað til samningskaupagagna heyrir er lýst í lið 0.1.5. Ferlið hófst með auglýsingu á EES-svæðinu eftir áhugasömum aðilum. Síðan voru umsækjendur valdir sem taldir voru hæfir til að taka þátt í samningskaupaviðræðum. Næst fóru fram viðræður við valda þátttakendur og síðan lokatillögu að rammasamningi og verðtilboði.

Í kafla 0.2 í samningskaupagögnum er því lýst hvernig umsóknir um rammsamning skyldu úr garði gerðar. Auk þess að skila inn umsóknareyðublaði, var umsækjendum gert að skila ítarlegum fylgigögnum, sbr. lista 0.2.2.

Gerður var rammasamningu við eina 18 aðila um framkvæmd akstursþjónustu skv. samningskaupahluta B.

Síðan gerist það á einhverjum tímavextum að Kynnisferðir ehf. drógu sig út úr samningskaupunum. Ástæður þess eru kærendum ekki kunnar, né heldur hvenær það var nákvæmlega sem það gerðist. Síðar gerist það að kærði Strætó bs tekur þá ákvörðun að samþykkja að akstursaðili, sem ekki tók þátt í samningskaupaferlinu og var ekki rammasamningshafi, Ný-Tækni ehf., fengi að taka yfir samning Kynnisferða. Ekki liggur fyrir á þessum tímavextum hvort Innkaupadeild Reykjavíkurborgar var höfð með í ráðum við þessa ákvörðun. Kærendur telja óhjákvæmilegt að hafa Innkaupadeildina sem aðila að kærinni vegna aðkomu sinnar að samningskaupaferlinu.

Kærendur eru ósáttir við þessa ákvörðun kærða Strætó og telja að lög hafi verið brotin með margvíslegum hætti með ákvörðuninni. Þann 16. marz 2015 var óskað eftir upplýsingum og gögnum er lágu að baki þessari ákvörðun.

Erindi var sent til kærða Strætó í bréfinu 16. marz 2015 og þess óskað að svör bærust innan sjö daga frá dagsetningu bréfsins við þar tilgreindum spurningum. Samrit var sent Innkaupadeild Reykjavíkurborgar sem umsjónaraðila samningskaupanna og VSÓ sem ráðgjafa beggja kærðu. Spurningar kærenda voru eftirfarandi:

1. Hvenær átti yfirtaka Ný-Tækni á rammsamningi Kynnisferða sér stað?
2. Var gerður samningur á milli Kynnisferða og Ný-Tækni um yfirtökuna? Ef svo er, vinsamlegast sendið undirrituðum afrit þess samnings.
3. Hefur Strætó samþykkt þessa yfirtöku Ný-Tækni og ef svo er, hvernig fór það samþykki fram? Vinsamlegast sendið undirrituðum afrit af því samþykki.
4. Voru Innkaupadeild Reykjavíkurborgar sem umsjónaraðili með innkaupunum og VSÓ sem ráðgjafi við samningskaupin höfð með í ráðum við þessa yfirtöku?
5. Hafði Strætó hugsað sér að tilkynna öðrum rammasamningshöfum um þessa yfirtöku og þá hvenær?
6. Áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt, lét Ný-Tækni af hendi öll fylgigögn skv. lið 0.2.2 samningskaupalýsingar og skilmála?
 - a) Lá fyrir við yfirtöku Ný-Tækni staðfesting þess efnis að Ný-Tækni væri í skilum með opinber gjöld?
 - b) Lá fyrir við yfirtöku Ný-Tækni staðfesting þess efnis að Ný-Tækni væri í skilum með lífeyrisgjöld starfsmanna?
 - c) Lá fyrir yfirtöku Ný-Tækni, ársreikningur fyrir 2013 er sýndi jákvætt eigið fé?
 - Var framlagði ársreikningurinn fyrir 2013 áritaður af löggiltum endurskoðanda um að hann sýndi jákvæða eiginfjárstöðu og án athugasemda um rekstrarhæfi Ný-Tækni?
 - Lá fyrir árshlutareikningur eða ársreikningur fyrir 2014 áritaður af löggiltum endurskoðanda um jákvæða eiginfjárstöðu og án athugasemda um rekstrarhæfi Ný-Tækni?
 - Lá fyrir yfirlýsing frá löggiltum endurskoðanda sem sýndi fram á jákvæða eiginfjárstöðu Ný-Tækni?
 - d) Var gerð könnun á viðskiptasögu stjórnenda Ný-Tækni?
 - e) Áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt fór fram ítarleg könnun á hæfni og reynslu Ný-Tækni?
 - Lágu fyrir staðfestar upplýsingar um að Ný-Tækni hefði a.m.k. þriggja ára samfellda reynslu á síðustu 10 árum af sambærilegri akstursþjónustu?
 - Lágu fyrir staðfestar upplýsingar um að eigendur, stjórnendur og lykilstarfsmenn Ný-Tækni hefði a.m.k. þriggja ára samfellda reynslu á síðustu 10 árum af sambærilegri akstursþjónustu?
 - f) Áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt, lágu fyrir upplýsingar og gögn sem staðfesta gæði rekstrarvagna skv fylgiskjali 1?
 - Hversu mörg gæðastig fengu bílar Ný-Tækni við úttekt Strætó áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt?
 - Hver var aldur rekstrarvagna sem Ný-Tækni var með í notkun þegar yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt?
 - Lá fyrir við yfirtöku Ný-Tækni skrá yfir rekstarvagna sem fyrirhugað væri að nota við þjónustuverkið (sbr. eyðublað IV)? Ef svo er, vinsamlegast sendið undirrit-uðum.
7. Áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt lág fyrir að allir starfsmenn uppfylltu skilyrði skv. lið 1.2.2, sbr. einnig fylgiskjal 2?
 - a) Áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt, lá fyrir starfsmannalisti Ný-Tækni?
 - b) Áður en yfirtaka Ný-Tækni var voru starfsmenn Ný-Tækni látnir rita undir yfirlýsingu um þagnar- og trúnaðarskyldu?
 - c) Þegar yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt, voru þá einhverjir sem ætlað var að framkvæma þjónustu akstursaðila verktakar á vegum Ný-Tækni?

- d) Áður en yfirtaka Ný-Tækni var samþykkt, lá fyrir yfirlit um sambærileg verkefni sem Ný-Tækni hefði unnið að (sbr. eyðublað III)?

Þegar kæra þessi er lögð fram hafa svörin ekki borist. Kæranda er samt sem áður nauðsynlegt að leggja kæru þessa fram nú þegar, enda fyrirsjáanlegt er að svör kærðu muni ekki liggja fyrir í tæka tíða, áður en frestir skv. 94.gr. til að leggja fram kæru renna út.

III. Málástæður

Kærendur byggja á því að lög um opinber innkaup hafi verið brotin með margvíslegum hætti við hina kærðu ákvörðun. Kærendur telja að ekki hafi verið heimilt að framselja rétt skv. ramma-samningi til annarra en þeirra sem þegar höfðu farið í gegnum samningskaupaferlið og uppfyllt öll skilyrði samningskaupanna. Að minnsta kosti telja kærendur það ljóst að eftir að Kynnisferðir féllu frá sínum rammamningi hefði átt að fara fram nýtt útbod á þeirri akstursþjónustu, annað hvort örútbod meðal annarra rammamningshafa eða að útbodsferlið væri endurtekið að því er lýtur að þeirri akstursþjónustu sem Kynnisferðir höfðu tekið að sér í sínum rammamningi. Vísast um þetta m.a. til 32.gr. og 34.gr. laga um opinber útbod, sbr. og meginregluna í 1.gr.

Kærendur leggja það til grunvallar að þegar ákveðið hafi verið að samþykkja yfirtöku Ný-Tækni á rammamningi Kynnisferða hafi Ný-Tækni ekki þurft að uppfylla þá skilmála og skilyrði sem þátttakendur í samningskaupaferlinu þurftu að uppfylla. Er um augljóst brot á jafnræðisreglu að ræða.

Byggt er á því að við yfirtöku Ný-Tækni hafi Ný-Tækni ekki þurft að láta af hendi öll fylgigögn skv. lið 0.2.2 samningskaupalýsingar og skilmála, hvorki varðandi félagið sjálft né um gæði rekstarvagna, sbr. fylgiskjal 1 með samningskaupagögnunum. Einnig er á því byggt að ekki hafi legið fyrir að allir starfsmenn Ný-Tækni hafi uppfyllt þau skilyrði sem starfsmönnum rammamningshafa hafi verið gert að uppfylla.

Að mati kæranda skortir almennt verulega upp á að faglega hafi verið staðið að málum af hálfu kærðu við þá ákvörðun sem kærán lýtur að, eins og hér að framan hefur verið rakið og telja kærendur gæði og framkvæmd akstursþjónustunnar verði ekki með þeim hætti sem samningskaupagögn gerðu ráð fyrir og samningar við aðra rammamningshafa og hætt við að kærðu komi til með að tapa verulegum fjármunum fái þessi ákvörðun að standa óbreytt, en slíkt gengur í berhöggi við tilgang laga um opinber innkaup, sbr. einkum 1. gr. laganna.

Kærendur byggja á því að brot þessi eigi að leiða til þess að kærunefnd útbodsmála óvirki samning kærða Strætó við Ný-Tækni og beini því kærðu að haldið verði örútbod meðal annarra rammamningshafa um akstursþjónustuna sem Kynnisferðum var ætlað að veita eða til vara að bjóða út rammamninginn að nýju með almennum hætti, sbr. 1.mgr. 97.gr. laga um opinber innkaup.

Hvað varðar þá kröfu kæranda að kærunefnd útbodsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærðu gagnvart kæranda vegna framangreinds, sbr. 2.mgr. 97.gr. laganna, telur kærandi að öll skilyrði skaðabótaskyldu séu fyrir hendi. Fyrir liggur skýrt brot á reglum um opinber innkaup eins og að framan er rakið. Þá verður að telja að kærendur hafi átt raunhæfa möguleika á því að taka yfir akstursþjónustu skv. rammamningi við Kynnisferðir og að við brot kærðu hafi tekju-möguleikar kæranda skerast verulega, sbr. 1.mgr. 101.gr. Telur kærandi því öll skilyrði bótaskyldu vera fyrir hendi.

Kærendur áskilja sér rétt til að koma að frekari málástæðum og sjónarmiðum og gera athugasemdir við sjónarmið kærðu á síðari stigum, sérstaklega að fengnum svörum kærðu.

IV. Gögn

Kærendur leggja fram samningskaupagögn og bréf kærenda til Strætó bs., dags. 16. marz 2015. Kærendur áskilja sér rétt til að leggja fram frekari gögn undir rekstri þessa máls.

Kærendur heimila að tilkynningum nefndarinnar verið beint til lögmanns kærenda með rafrænum hætti.

Virðingarfyllst.



Sveinn Andri Sveinsson hrl.
sas@reykjaviklawyers.com