

Stjórn Strætó bs
Borgarráð Reykjavíkur
Bæjarráð Mosfellsbæjar, Garðabæjar, Hafnarfjarðar, Seltjarnarness og Kópavogs
Stjórn Samtaka sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu

Reykjavík, 30. nóvember 2015.

Efni: Síendurtekin brot Strætó bs. á rammasamningi um akstur fyrir fatlaða / 4495.2015.

Undirrituðum hefur verið falið að rita stjórn Strætó bs, bæjarráðum sveitarfélaganna sem standa að Strætó og Samtökum sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu erindi vegna síendurtekinna og grófra brota stjórnenda Strætó bs á rammasamningum skv. samningskaupagögnum um tilfallandi akstursþjónustu fyrir fatlaða. Er erindi þetta sent fyrir hönd Efta Hóls ehf, kt. 430502-3360, All Iceland Tours ehf, kt. 530114-0740, Aldeyjar ehf. kt. 670701-2120, Ferðaglaðs ehf, kt. 610610-0720 og Björns Páls Angantýssonar, kt. 030266-5289

Vísað er til meðfylgjandi úrskurðar Kæruneftndar útboðsmála (KNU) dags. 13. ágúst 2015 í máli nr. 3/2015. Er þar staðfest að framsal á rammasamningi við Kynnisferðir til Ný-Tækni hafi verið ólögmætt af nokkrum nánar tilgreindum ástæðum. Kveðið var í úrskurðinum á um bótaskyldu Strætó vegna þessa og byggðasamlaginu gert að greiða málskostnað. Bótamál gegn Strætó er nú í undirbúningi. Eitt er það álitaefni hins vegar sem KNU tók ekki á og skilur eftir opið en það er sú staðreynd að framsalið og framkvæmd þess felur í sér nokkuð augljóst brot á umræddum samningskaupum, þar sem í raun er ekki um framsal á rammasamningi að ræða heldur nýjan samning.

Undirrituðum tókst með eftirgangsmunum að afla gagna sem sýna stjórnendur Strætó fóru hreinlega með ósannindi þegar þeir skiluðu athugasemdum sínum til KNU auk þess að halda frá nefndinni mikilvægum gögnum er skiptu miklu málinum úrslit málsins. Á grundvelli hinnna nýju gagna hefur verið krafist endurupptöku málsins fyrir KNU og úrskurðað um óvirgni samningsins við Ný-Tækni ehf, auk þess sem þess er krafist að Strætó verði beit stjórnvaldssektum. Sjá um þetta meðfylgjandi endurupptökukröfu.

Í ofanálag hafa ofangreindir aðilar að máli KNU nr. 3/2015 sem og rammasamningshafarnir Björn Páll Angantýsson, kt. 030266-5289 og Ferðaglaður ehf, kt. 610610-0720 sent inn kæru til KNU vegna brota á samningskaupaskilmálum sem gerst hefur með þrennum hætti: Í fyrsta lagi með því að við úthlutun akstursverkefna, sé ekki farið eftir þeirri röð sem samningskaupagögnin gera ráð fyrir, þ.e.a.s. að byrjað sé á þeim sem átti lægsta tilboðið og svo koll af kolli, í öðru lagi séu notaðar rútubifreiðar við tilfallandi akstur fatlaðra skólabarna, þó slíkt se ekki heimilt skv. samningskaupagögnum og að nýtt sé þjónusta akstursaðila við ofangreindan tilfallandi akstur, sem ekki eru með rammasamning, á sama tíma og bifreiðar rammasamningshafa standa verkefnalausar. Kæran er meðfylgjandi.

Hentistefna og kunningjatengsl stjórnenda Strætó við val á akstursaðilum veldur ekki aðeins umbj. mínum stórfelldu tjóni, heldur er með því að velja dýrari akstursþjónustuaðila verið að auka kostnaðinn við þjónustuna stórkostlega. Er það mat umbj. minn að tap sveitarfélaganna sem að þessari þjónustu koma sé ekki undir 30 mkr á mánuði. Það er síðan enn eitt verkefnið fyrir að kjörna fulltrúa íbúnna sveitarfélaganna að vinda ofan af því óskrandi skipulagsleysi sem er á veitingu þjónustunnar, þar sem þráfallega eru 2-3 bílar að keyra einn farþega hver frá sama brottarastað til sama áfangastaðar á sama tíma.

Undirritaður beinir eftirfarandi tilmælum til stjórnar Strætó bs og fulltrúa sveitarfélaganna sem standa að byggðasamlaginu:

- Þeir stjórnendur Strætó sem komu að því að gera hinn ólögmæta samning við Ný-Tækni ehf og beita Kæruneftnd útboðsmála vitsvitandi blekkingum verði látnir sæta ábyrgð.
- Skoðuð verði aðkoma VSÓ að hinu ólögmæta rammasamningsframsali og hugsanleg skaðabóta-ábyrgð gagnvart Strætó vegna vinnubragða við gerð útboðsgagna og við úrvinnslu tilboða.

- Óháðir aðilar verði fengnir til að gera stjórnsýsluúttekt á Strætó og rannsaka sanningskaupaferlið frá upphafi til dagsins í dag og hvernig megi vinda ofan af því.
- Stjórn Strætó vindi hið bráðasta ofan af brotum stjórenda Strætó og að tryggt sé að farið verði eftir sanningskaupaskilmálum eftirleiðis.
- Stjórn Strætó setjist niður með þeim rammasamningshöfum sem brotið hefur verið gegn og semji um hæfilegar bætur fyrir hin endurteknu brot.

Virðingarfyllt.



Sveinn Andri Sveinsson hrl.

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

Reykjavík, 30. nóvember 2015.

Krafa um endurupptöku máls KNU nr. 3/2015.

Kærendur: a. Andrés Eyberg Magnússon, kt. 120455-5839 (Efsti Hóll ehf. kt. 430502-3360).
b. All Iceland Tours ehf, kt. 530114-0740,
c. Björn Úlfarsson, kt. 260862-4649 (Aldey ehf, kt. 670701-2120),

Kærði: Strætó bs, kt. 500501-3160, Þönglabakka 4, 109 Reykjavík.

Efni: Krafa um endurupptöku á máli kærunefndar nr. 3/2015 og að samþykkt verði krafa kærenda þess máls um óvirkni á rammasamningi kærða og Ný-Tækni ehf í B-hluta samningskaupa um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna.

Kröfur

Kærendur gera eftirfarandi kröfur:

1. Kærendurnir Efsti Hóll, All Iceland Tours og Aldey ehf krefjast þess að kærunefndin endurupptaki mál nr. 3/2015 og taki að nýju afstöðu til og samþykki kröfu kærenda frá 25. marz 2015 um að rammasamningur kærða Strætó bs. og Ný-Tækni ehf. um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna verði lýstur óvirkur, í samræmi við ákvæði 100.gr.a í lögum 84/2007 um opinber innkaup., sbr. 24.gr. stjórnvísulaga nr. 37/1993.
2. Jafnframt krefjast kærendur þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kærendum, varðandi þennan þátt, vegna brota skv. 1.a og 1.b, sbr. 2. mgr. 97. gr. og 101. gr. laganna.
3. Kærendur krefjast þess að kærði verði beittur stjórnvaldssekt með vísan til 100.gr. d. l. 84/2007.
4. Þá er þess krafist að kærðu greiði kærendum málskostnað vegna kostnaðar kærenda við að hafa kæru þessa uppi, sbr. 3. mgr. 97. gr. s.l.

Greinargerð

Í júní 2014 stóð kærði fyrir innkaupaferli um þjónustuna „Akstursþjónusta fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna. Framkvæmd samningskaupa þessara fylldi 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 leigu-bifreiðar 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 rammasamningur við eina 18 aðila um framkvæmd akstursþjónustu skamkvæmt samningskaupahluta B.

I. Krafa um endurupptöku.

Með kæru dags 25. marz 2015 var 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 akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna; n.tt. hluta B sem fjallar um tilfallandi akstursþjónustu, sbr. samningskaupagögn nr. 13261 frá júní 2014.

Um niðurstöðu þessarar kæru er vísa til úrskurðar í máli KNU nr. 3/2015. Var það niðurstaða nefndarinnar að kærði hefði með ýmsum hætti brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup þegar samþykkt var framsal á rammsamningi sem gerður hafði verið við Kynnisferðir. En þrátt fyrir brotin taldi nefndin að ekki vær unnt að líta svo á gerður hafi verið nýr samningur án undanfarandi lögmæts innkaupaferlis þannig að heimildir væru til þess að lýsa samninginn við Ný-Tækni óvirkan.

Kærði byggði á því að Ný-Tækni væri rammasamningshafi á grundvelli framsals rammasamnings Kynnisferða og því útilokað að um væri að ræða nýjan samning, enda sé samningur Strætó við Ný-Tækni samhljóða samningnum við Kynnisferðir. Kærendur byggðu á því að til þess að um framsal samnings gæti verið að ræða í lögfræðilegum skilningi þyrfti samningur framsalshafa við viðsemjanda að vera eins og samningur framseljanda við viðsemjandann; um sama samning yrði að vera að ræða, að breyttum breytanda. Samningur kærða við Kynnisferðir var lagður fram og kom á daginn að ekki væri um sama samning að ræða.

Eins og fram kemur í samningskaupagögnum sem fram voru lögð í máli 3/2015 gátu áhugasamir akstursþjónustuaðilar annars vegar boðið í reglubundna akstursþjónustu og hins vegar í tilfallandi akstursþjónustu. Tilboð í akstursþjónustu miðuðust síðan við fjórar mismunandi gerðir af rekstrarvögnum, eins og fram kemur í fylgiskjali 1 „Kröfur Strætó bs til rekstrarvagna“:

- Rekstrarvagn af gerð I: 9 farþega hjólastólabifreið.
- Rekstrarvagn af gerð II: Hjólastólabifreið.
- Rekstrarvagn af gerð III: 9 farþega.
- Rekstrarvagn af gerð IV: 4 farþega.

Þessum mismunandi flokkum rekstrarvagna og þeim kröfum sem bifreiðar þessar skyldu uppfylla er síðan lýst nánar í umfjöllun um þessa flokka í fylgiskjali 1. Áhugasamir gátu síðan gert tilboð í akstur miðað við einstaka flokka rekstrarvagna. Tilboð voru síðan metin og gefin stig innan mismunandi flokka rekstrarvagna, eftir meðalverðum fyrir akstur og tegund og aldur bifreiða. Samningar um akstur með mismunandi tegundir rekstrarvagna eru samningar um sitt hvora þjónustuna.

Í 2. gr. samnings Kynnisferða kemur fram að forsendur rammasamningsins eru þær að um sé að ræða 1 til 20 rekstarvagna af gerðinni IV, 4 farþega, en í samningi varnaraðila við Ný-Tækni kveður á um það í 2. gr. um samningsforsendur að um sé að ræða 20 rekstarvagna af gerðinni II, hjólastólabifreiðar. Allt aðrar og ólíkar forsendur er að ræða í rammsamningi Kynnisferða en í samningi varnaraðila við Ný-Tækni. Var á það bent að það væri einföld regla í samningarétti að þegar ákvæðum samnings sem framseldur væri væri breytt að verulegu leyti, þá væri um nýjan samning að ræða en ekki framsal. Sú ákvörðun að semja við Ný-Tækni væri því ekki framsal rammasamnings skv. grein 0.3.11 í samningskaupagögnum og því á skjön við samningskaupaferlið.

Fram kom hins vegar í greinargerð kærða að um „misritun“ væri að ræða í rammasamningi við Kynnisferðir þegar talað er um rekstarvagna IV, 4 farþega, þar hafi átt að standa gerð II hjólastólabifreiðar. Á þessa eftiráskýringu virðist KNU hafa fallist; ekki væri ástæða til að draga í efa orð fyrirsvarsmanna kærða. Var það gert þó að bent væri á það að í rammasamningnum við Kynnisferðir væri þetta tvítækið og í rammasamningnum við Ný-Tækni væri þetta ekki leiðrétt. og að í erindi Kynnisferða til kærða í bréfi dags.

28. janúar 2015 segi að Hreyfill-Bæjarleiðir geti lagt til og ekið allt að 20 rekstrarvögnum af gerð IV, „líkt og kveðið er á um í rammasamningi.“

Nú hefur hins vegar komið í ljós að ekki hefur kærði aðeins beitt rangfærslum í málarekstri sínum fyrir nefndinni, heldur hélt hann eftir mikilvægum gögnum, jafnvel þó svo að kallað væri eftir þeim. Undirritaður f.h. kæranda hefur reynt að kalla eftir gögnum frá kærða um það hvers konar rekstarvagnar það voru sem Kynnisferðir buðu í tengslum við tilboð þeirra í samningskaupin.

Í svörum sínum hefur lögmaður kærða komið fram með eftirfarandi svör:

Þann 30. október 2015 var lögmanni kæranda sent eftirfarandi í tölvupósti:

Meðfylgjandi má finna tilboðsblað Kynnisferða þar sem fram kemur að boðnar bifreiðar eru allt að 20 nýlegir fólksbílur. Í fylgiskjali tilboðsblaðsins kemur nánar fram að um sé að ræða rekstarvagna af gerð „II:Hjólástólabifreið“ sem uppfylla skyldu lágmarkskröfur samningskaupagagna, ásamt tilteknum óskum kaupanda.

Tilvísuð fylgiskjöl eru fylgiskjöl með þessari kröfu um endurupptöku, annars vegar eitt útfyllt eyðublað vegna rekstarvagna sem Kynnisferðir buðu í samningskaupafærlinu. Athygli er vakin á því að að skýrlega kemur fram á eyðublaðinu að að allir tilboðsgjafar ættu að fylla út umrætt eyðublað fyrir hvern og einn rekstarvagn sem boðinn væri fram í verkefnið ásamt fjölda rekstarvagna sem þáttakandi byði fram til verksins. Var það og raunin hjá öðrum rammsamningshöfum; a.m.k hjá kændum. Í tilviki Kynnisferða virðist hins vegar bara hafa verið um eitt slíkt eyðublað að ræða, enda kemur þar fram að boðnir séu fram 1-20 nýlegir fólksbílur. Engar upplýsingar getur hins vegar að finna um hvern og einn bíl, hvorki tegund né aldur.

Tilboðsgjafar þurftu skv samningskaupagögnum að skila lista yfir rekstarvagna sem boðnir voru fram til verksins og í tölvupósti dags. 1. nóvember 2015 var lögmanni kærða bent á að „Skrá yfir rekstarvagna sem fyrirhugað er að nota við þjónustuverkið“ og gæti m.a. að finna á bls 34 í samningskaupagögnum (hluti B) um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna, nr 13261 hlyti að hafa verið skilað inn.

Sama dag var sent tölvuskeyti til Kynnisferða þar sem gengið var eftir framangreindu skjali (sbr. fskj. 5) sem reyndar var ítrekun frá orðsendingu þann 29. júlí 2015 (fskj. 3)

Í svari lögmanns kærða frá 3. nóvember 2015 kemur fram:

Skjalið sem þú vísar til „Skrá yfir rekstarvagna sem fyrirhugað er að nota við þjónustuverkið“ var sniðið að umsækjendum sem áttu rekstarvagna fyrir eða höfðu augastað á að kaupa ákveðinn rekstarvagn sem þeir hugðust nota við þjónustuverkið. Af hálfu ráðgjafa Strætó, VSÓ Ráðgjafar ehf., var útbúið skjal í formi gátlista þar sem fram komu kröfur Strætó til rekstarvagna í samræmi við fylgiskjal I, en að auki var á skjalinu að finna óskir Strætó um hina ýmsu eiginleika framboðinna bifreiða sem umsækjendur gátu e.a. lýst yfir að þeir myndu mæta. Öllum umsækjendum var gefinn kostur á að veita upplýsingar með framlagningu skjalsins og var um að ræða upplýsingar sem voru enn ítarlegri en gert var ráð fyrir að gefnar væru á fyrrnefndu eyðublaði. Kynnisferðir fylltu út slíkt skjal og skiluðu inn og það hef ég nú þegar sent þér.

Í ljósi þessara merkilegu upplýsinga frá kærða, sneri lögmaður kæranda sér beint til Kynnisferða. Í símtali við Úlfar Þór Marínósson, tengilið Kynnisferða, þann 16. nóvember 2015 komu fram upplýsingar sem alls ekki stemma við það sem fram hefur komið í málinu af hálfu. Í tölvupósti sem sendur var Kynnisferðum sama dag var eftirfarandi dregið saman úr símtali undirritaðs við fulltrúa Kynnisferða:

Ég vísa til fyrri tölvupóstsamskipta okkar og símtals í dag.

Í samræmi við símtal okkar tek ég saman hér það sem okkur fór á milli. Þegar Kynnisferðir buðu í B-hluta samningskaupanna, tilfallandi akstur fyrir fatlaða og fötluð skólabörn var ekki skilað inn eyðublað nr. IV:

„Skrá yfir rekstarvagna sem fyrirhugað er að nota við þjónustuverkið“ með lýsingu á hverjum og einum rekstarvagni heldur hafi Strætó verið gerð grein fyrir því að Kynnisferðir ættu í gegnum bíllaleigu sína Enterprise eina 500 fólksbíla, 1-4 farþega, sem hægt væri að velja úr, auk þess sem fyrir lægi að félagið ætti marga Sprinter sem væru til taks.

Það kom síðan fram í símtali okkar að boð Kynnisferða hefði miðað við bifreiðar í flokki rekstarvagna nr. IV,

1-4 manna bifreiðar. Meðalverðið kr. 8.300 hefði klárlega miðað við bíla í flokki IV. Vinsamlegast staðfestu við mig að þetta sé rétt eftir þér haft.

Svar við þessum tölvupósti barst loks, eftir mikla eftirgangsmuni, þann 26. nóvember 2015. Sem er kannski ekki skrytið þar sem téður Úlfar haft það á orði að Kynnisferðir væru í viðkvæmri stöðu gagnvart kærða. Það var svohljóðandi:

Ég get vísað í póst með viðhengi sem þú sendir mér þann 01.11.2015 og get staðfest að það er í samræmi við það sem við skiluðum inn.

Þar sem fram kemur að við bjóðum 1-20 Nýlega fólksbíla. Það er jafnframt rétt að móðurfélagið Kynnisferðir áttu og eiga bílaleigu á þessum tíma. Ekki var um það að ræða að bílaleigan sinni þessum akstri, heldur kom upp sú staða að notaðir bílar sem nýttir höfðu verið áður hjá bílaleigunni gætu hugsamlega nýst í þetta verkefni eins og hverjir aðrir nýlegir bílar.

Það er rétt að Kynnisferðir eiga fjölda Sprintera sem nýttir eru til farþegaflutninga en áttu ekki að vera til notkunar í flokki IV.

Þó að Kynnisferðir hafi ekki staðfest nákvæmlega orðrétt það sem eftir fulltrúa Kynnisferða var haft þá er annars vegar ljóst að efnislega er það staðfesting á því að Kynnisferðir buðu ekki fram bifreiðar í rekstrarflokki II heldur flokki IV. Hins vegar getur undirritaður einnig staðfest að þetta var efni símtalsins og getur leitt fram sannanir þess efnis, telji nefndin þörf á því.

Af öllu þessu er deginum ljósara að fullyrðingar kærða þess efnis við meðferð máls nr. 3/2015 um að mistök hefðu valdið því að rammamningur Kynnisferða kvað á um rekstarvagna í flokki IV er algerlega rangt. Eyðublaðið í fskj. 1 er enn ein vísbendingin um svo hafi ekki verið, enda þar talað um fólksbíla og upplýsingar frá Kynnisferðum eru endanleg sönnun þar um.

Kærði hélt ekki aðeins eftir upplýsingum um það Kynnisferðir hefðu boðið fram rekstarvagna í flokki IV heldur eftirfarandi staðreyndum einnig leynt:

- Kynnisferðir buðu fram bílaleigubíla, en ekki voru skilyrði til þess skv. samningskaupaskilmálum að fallast á að taka slíku tilboði.
- Kynnisferðir höfðu ekki rekstrarleyfi fyrir þeim bifreiðum sem boðnar voru fram.
- Aðeins aðilar með leigubílaleyfi gátu boðið fram þjónustu bifreiða skv. flokki rekstarvagna nr. IV.
- Ekki var skilað inn neinum gögnum um hvern og einn bíl.
- Ekki var gerð úttekt á hverjum og einum rekstarvagni, eins og þó var gert ráð fyrir í samningskaupagögnunum.
- Engar upplýsingar voru lagðar fram um það hverjir myndu keyra hina fram boðnu rekstarvagna.
- Í ljósi ofangreinds er það algerlega hulið og óskiljanlegt hvernig kærði og VSÓ gátu gefið Kynnisferðum einkunn.

Samkvæmt þessu er ljóst að „framseljandinn“ Kynnisferðir uppfyllti alls ekki skilyrði samningskaupagagna og að ekki var heimilt að gera við hann samning. Í ljósi þess að „framsalshafi“ getur aldrei öðlast betri rétt en sá sem hann leiðir rétt sinn af, er ljóst að ekki voru skilyrði til að gera rammamning við Ný-Tækni frekar en Kynnisferðir. eru því komnar nú í dagsljósið nýjar ástæður og enn frekari forsendur til þess að samþykka kröfu um óvirkni.

Í ljósi þess að kærði rangfærði upplýsingar í greinargerðum sínum til KNU og hélt undan mikilvægum gögnum, telja kærendur vera forsendur til þess út frá almennum reglum stjórnsluréttarins að KNU endurupptaki mál nr. 3/2015. Í ljósi þess að um endurupptöku á því máli er að ræða eru frestir til að krefjast óvirkni ekki liðnir.

II. Viðurkenning á bótaskyldu.

Hvað varðar þá kröfu kærenda að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kærendum 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 sinna þeirri akstursþjónustu sem þeir voru hlunnfarnir um að sinna og að við brot kærðu hafi tekjumöguleikar kærenda skerst verulega, sbr. 1.mgr. 101.gr. Telur kærandi því öll skilyrði bótaskyldu vera fyrir hendi.

III. Stjórnvaldssekt.

Kærendur krefjast þess að kærði verði beittur stjórnvaldssektum þar sem hann hafi vitandi vits gefið virðulegri kærunefndinni rangar upplýsingar í máli nr. 3/2015 og haldið mikilvægum upplýsingum frá nefndinni, sem augljóslega hefðu getað ráðið úrslitum um kröfugerð kæranda um óvirkni.

IV. Málskostnaður.

Til rökstuðnings kröfu og í samræmi við málatilbúnað og væntanleg málslok, er þess krafist að nefndin úrskurði um að málskostnaður falli á kærða, til viðbótar við það sem áður hafði verið ákveðið í málinu.

Varnaraðild.

Kæran beinist að kærðu Strætó bs. kaupanda þjónustunnar. 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.

Áskilnaður.

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. 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.

Gögn.

Kærendur vísa til samningskaupagagna og annarra gagna sem lögð voru fram í máli 3/2015. Til viðbótar þeim gögnum er eftirfarandi lagt fram:

1. Eyðublað vegna rekstrarvagna vegna tilboðs Kynnisferða, dags. 28. júlí 2014.
2. Lýsing kærða á búnaði rekstrarvagna í flokki II.
3. Tölvupóstur lögmanns kæranda til Kynnisferða, dags. 29. júlí 2015.
4. Tölvupóstur lögmanns kærða dags. 30. október 2015, ásamt undanfarandi samskiptum.
5. Tölvupóstur lögmanns kæranda til Kynnisferða, dags. 1. nóvember 2015.
6. Tölvupóstur lögmanns kæranda til Kynnisferða, dags. 16. nóvember 2015.
7. Tölvupóstur Kynnisferða til lögmanns kæranda, dags. 26. nóvember 2015.

Kærendur áskilja sér rétt til að leggja fram frekari gögn undir rekstri þessa máls.

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

Virðingarfyllst.



Sveinn Andri Sveinsson hrl.
sas@reykjaviklawyers.com

Fjármálaráðuneytið
Kærunefnd útboðsmála20.
b.t. Ingunnar Hilmarsdóttur
Arnarhvoli við Lindargötu
150 Reykjavík

Reykjavík, 20. nóvember 2015.

KÆRA

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

Kærði: Strætó bs, kt. 500501-3160, Þönglabakka 4, 109 Reykjavík.

Efni: Brot kærða á skilmálum samningskaupa B-hluta samningskaupa um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna.

Kröfur

Kærendur gera eftirfarandi kröfur:

1. Allir kærendur krefjast þess að kærunefnd útboðsmála úrskurði um brot kærða á samningskaupum um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna um akstursþjónustu með því að hafa:
 - a. við uppröðun rammsamningsaðila við úthlutun verkefna ekki farið eftir þeirri röð sem fylgja átti, þ.e.a.s. hafa ekki valið þann akstursaðila hverju sinni sem átti hagstæðasta tilboðið
 - b. hafa notað rútubifreiðar við tilfallandi akstur sem ekki er gert ráð fyrir að notaðar séu í akstursþjónustunni.
 - c. nýtt sér þjónstu akstursaðila við tilfallandi akstur fatlaðra og fatlaðra skólabarna, sem ekki eru með rammasamning.
2. Jafnframt krefjast kærendur þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kærendum, vegna brota skv. 1.a og 1.b, sbr. 2. mgr. 97. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007.
3. Þá er þess krafist að kærðu greiði kærendum málskostnað vegna kostnaðar kærenda við að hafa kærðu þessa uppi, sbr. 3. mgr. 97. gr. s.l.

Greinargerð

I. Brot á samningskaupaskilmálum.

Í júní 2014 stóð kærði fyrir innkaupaferli um þjónustuna „Akstursþjónusta fatlaðs fólks og fatlaðra skóla-barna. 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 rammasamning skyldu úr garði gerðar. Auk þess að skila inn umsóknareyðublaði, var umsækjendum gert að skila ítarlegum fylgigögnum, sbr. lista 0.2.2.

Gerður var rammasamningur við eina 18 aðila um framkvæmd akstursþjónustu skamkvæmt samningskaupahluta B.

a. *Ekki samið við ódýrasta rammasamningshafann.*

Án þess að fyrir lægi nein staðfesting þar að lútandi hefur kærendur grunað að þegar kærði velur rammasamningshafa til einstakra verka hafi ekki verið farið eftir þeirri röð sem fara á eftir, sum sé að sá hagstæðasti hafi forgang. Einn kæranda sendi kærða erindi vegna þessa þann 2. nóvember 2015 þar sem hann m.a. lýsir yfir óánægju sinni með að vera verkefnaless stóran hlut dagsins á meðan bílar sem sannarlega væru dýrari væru á fullu í akstri. Var það trú kæranda að hnökrum í tölvukerfi væri um að kenna.

Í svari frá kærða kemur hins vegar fram að kærði telji sér ekki skylt að taka ódýrustu bílana heldur sé það stigagjöf innan hvers flokks af bílum sem gilda og á meðan annað sé ekki ljóst þá verði hann að fara eftir því. (Reyndar er þetta svar óskiljanlegt því skýr fylgni er á milli einkunna sem bjóðendur fengu og verða. Þeir akstursaðilar sem bjóða lægstu verðin eru með hæstu einkunnina.)

Hér er um skýrt brot að ræða á samningskaupaskilmálum. Í samningskaupaferlinu var gert ráð fyrr því að tilboðsgjafar gætu beint fyrirspurnum til kærða í gegnum Innkaupadeild Reykjavíkurborgar. Þann 19 júní 2014 og 26. júní 2014 sendi innkaupadeildin bréf til handhafa samningskaupagagna þar sem fram kemur að borist hafi spurningar sem séu neðangreindar sem sendar hafi verið kærða og við þeim hafi borist svör frá kærða sem tilgreind eru í bréfunum. Segir í bréfunum að svör kærða við spurningum handhafa samningskaupagagna séu viðaukar nr. 1 og 2 við samningskaupagögnin.

Í seinna bréfinu getur að finna svohljóðandi spurningu (nr. 1):

Varðandi hluta B sem nefnist "Tilfallandi akstursþjónusta".

Er tryggður einhver lágmarkstími varðandi keypta þjónustu í þessum lið eða gæti orðið um að ræða t.d. 3 klst 2-3 daga vikunnar?

Svar kærða er svofellt:

Sjá svar 1 í viðauka 1. Jafnframt er bent á að forgangsröðun rammasamningshafa að akstri mun byggja á tilboðum þeirra, þ.e. fyrst er pöntuð þjónusta hjá þeim rammasamningshafa sem bauð hagstæðasta tilboðið og síðan hjá þeim sem bauð næst hagstæðasta tilboðið og svo koll af kolli.

Ofangreint svar fulltrúa kærða frá 3. nóvember 2015 staðfestir að ekki er farið eftir þessari reglu og að ekki er um að kenna bilun í tölvukerfi. Er þess krafist að kærði upplýsi virðulega kærunefundina um umfang

Þessara brota, en í þessu samhengi snýst brotið um það að notuð er þjónusta hjólastólábifreiða á vegum Ný-Tækni á kr. 8.301 klukkustundin vegna akstursþjónustu fyrir farþega sem ekki eru í hjólastól en einir 11 rammasamningshafar eru að keyra slíka farþega á lægra verði, hvers meðalverð er á bilinu 7.555 til 8.116. Allir eru þessir aðilar síðan með hærri stigagöf en Ný-tækni, fyrir utan einn sem stendur jafnfætis Ný-Tækni.

b. Notast við fólksflutningabifreiðar utan samningskaupa.

Kærendur telja sig hafa orðið þess áskynja að kallaðir hafi verið akstursaðilar sem eru rammasamningshafar í B-hluta samningskaupanna til að inna af hendi akstursþjónustu en notað hafi að fólksflutningabifreiðar við að sinna tilfallandi akstursþjónusu fyrir fatlaða og fötluð skólabörn, sem ekki er gert ráð fyrir í samningskaupagögnum.

Í samningskaupagögnum er gert ráð fyrir að akstursþjónustuaðilar séu ekki að nota stærri en 9 manna bifreiðar. Einstakir rammasamningshafar hafa séð 15-20 manna rútur og allt upp í 50 manna rútur taka upp fötluð skólabörn eða fatlaða einstaklinga í tengslum við tilfallandi akstursþjónustu, en hafa þó ekki fengið það staðfest að um sé að ræða verkkaup af hálfu kærða fyrr en í tölvupósti sem kærði sendi einum kæranda þann 16. nóvember 2015 þar sem þa er staðfest af Erlendi Pálssyni sviðsstjóra akstursþjónustu kærða að kærði hafi fengið rútur til þess að flytja stóra hópa af þeim einstaklingum sem B-hluti samningskaupagagnanna nær til.

Þetta telja kærendur vera skýrt brot á samningskaupaskilmálum, þar sem verið er að nota farartæki við verkið sem ekki er gert ráð fyrir að notuð séu.

c. Notast við akstursþjónustu aðila sem ekki eru rammasamningshafar.

Kærendur telja sig hafa orðið þess áskynja að kallaðir hafi verið akstursaðilar til að inna af hendi tilfallandi akstursþjónustu fyrir fatlaða og fötluð skólabörn, sem ekki eru rammasamningshafar í B-hluta samningskaupanna. Leitast hefur verið við að fá þetta staðfest frá kærða, en skv. óformlegum upplýsingum hefur Strætó kallað til bíla og bílstjóra frá Hreyfli, hvort sem bifreiðar kæranda voru lausar eða ekki.

Þetta telja kærendur vera skýrt brot á samningskaupaskilmálum, þar sem ekki er heimild fyrir því í samningskaupagögnum að að nýta þjónustu annarra en rammasamningshafa við tilfallandi akstur fatlaðra og fatlaðra skólabarna. Oft er svo um hnúta búið að verkkaupa er heimilt að beina ákveðnu hlutfalli verka til aðila utan rammasamnings. Því er ekki að heilsa í þessu tilviki.

II. Viðurkenning á bótaskyldu.

Hvað varðar þá kröfu kæranda að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kærendum 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 sinna þeirri akstursþjónustu sem þeir voru hlunnfarnir um að sinna og að við brot kærðu hafi tekjumöguleikar kæranda skerst verulega, sbr. 1.mgr. 101.gr. Telja kærendur því öll skilyrði bótaskyldu vera fyrir hendi.

Kæran beinist að kærðu Strætó bs. kaupanda þjónustunnar. Kærinni er ekki beint að Innkaupadeild Reykjavíkurborgar 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.

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.

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 13. ágúst 2015

í máli nr. 3/2015:

Efsti Hóll ehf.

All Iceland Tours ehf.

og

Aldey ehf.

gegn

Strætó bs.

og

Ný-Tækni ehf.

Með kæru 25. mars 2015 kæra Efsti Hóll ehf., All Iceland Tours ehf., Björn Páll Angantýsson, Aldey ehf. og Ferðaglaður ehf. ákvörðun Strætó bs. um að samþykkja framsal á réttindum og skyldum Kynnisferða ehf., samkvæmt rammasamningi um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna, til Ný-Tækni ehf. Kröfur kæranda eru að kærunefnd útboðsmála lýsi rammasamning milli varnaraðila óvirkan. Þá er þess krafist að nefndin beini því til varnaraðila Strætó bs. að halda örútböð meðal annarra rammasamningshafa um þá þjónustu sem felst í áðurnefndum samningi, en til vara að akstursþjónusta samkvæmt samningnum verði boðin út að nýju. Jafnframt er þess krafist að nefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila Strætó bs. gagnvart kærendum og kærendum verði úrskurðaður málskostnaður.

Varnaraðilum var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum við kærana og bárust þær 10. apríl 2015 frá varnaraðila Strætó bs. sem krefst þess aðallega að kærinni verði vísað frá en til vara að öllum kröfum kæranda verði hafnað og kærendum gert að greiða málskostnað. Kærundur gerðu athugasemdir við greinargerð varnaraðila 28. apríl 2015 og féllu frá kröfum gegn Birni Páli Angantýssyni og Ferðaglaðs ehf. Kærunefnd útboðsmála gaf varnaraðilum kost á að koma á framfæri athugasemdum við greinargerð kæranda og bárust þær frá einungis varnaraðila Strætó bs. 4. júní 2015. Kærundur lögðu lokaathugasemdir sínar fram 18. júní 2015.

I

Í júní 2014 stóð varnaraðili Strætó bs. fyrir samningskaupum nr. 13261 „Akstursþjónusta fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna“. Innkaupin voru auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu og skiptust í tvennt, annars vegar A hluta „Reglubundin akstursþjónusta“ og hins vegar B hluta „Tilfallandi akstursþjónusta“. Samkvæmt kafla 0.2.2 í samningskaupagögnum bar þátttakendum að skila ýmsum gögnum með tilboðum sínum, m.a. ársreikningum og öðrum

gögnum sem sýndu fram á fjárhagslegt hæfi. Einnig starfs- og rekstrarleyfum og öðrum tilskildum leyfum til reksturs hópferðapjónustu og fólksflutninga í atvinnuskyni eða leigubílaaksturs. Auk þess skyldi leggja fram lista yfir verkefni þátttakenda, eigenda eða starfsmanna síðustu tíu ár sem sýndu að eigendur eða starfsmenn hefðu a.m.k. þriggja ára samfellda reynslu af sambærilegri þjónustu. Þá bar að skila skrá yfir rekstrarvagna sem fyrirhugað var að nota við þjónustuna. Í fylgiskjali 1 með samningskaupagögnum voru svo ítarlega tilgreindar ýmsar kröfur til bifreiða sem notaðar yrðu til að sinna akstursþjónustunni. Tekið var fram að varnaraðili Strætó bs. áskildi sér rétt til þess að vísa frá umsóknum frá þátttakendum sem ekki skiluðu umbeðnum gögnum. Kafli 0.2.7 nefndist hæfi umsækjenda og þar var vísað til þeirra gagna sem skila átti samkvæmt kafla 0.2.2. og sérstaklega áréttað mikilvægi þess að þær upplýsingar yrðu greinargóðar og nákvæmar. Í kafla 1.2.2 komu fram kröfur til bifreiðastjóra sem sinntu þjónustunni og þar var m.a. áskilið að þeir hefðu gild, tilskilin réttindi til aksturs, óflekkað mannorð og aldrei hlotið dóm vegna brota á ákvæðum XXII. kafla almennra hegningarlaga.

Samningskaupin fóru þannig fram að umsóknir voru metnar með hliðsjón af hæfiskröfum á grundvelli þeirra gagna sem skila átti samkvæmt kafla 0.2.2 í útboðsgögnum. Hæfir þátttakendur voru valdir til viðræðna um tillögur og lausnir á akstri fatlaðs fólks. Á því stigi var m.a. rætt um kröfur til bifreiða, tíma- og verkáætlun og verð. Að viðræðum loknum skiluðu þátttakendur lokatillögu ásamt verðtilboði. Mat á lokatillögum fór þannig fram að verð gildi 90%, gæði rekstrarvagna 8% og gæði þjónustu 2%.

Í kafla 0.3.2 kom fram að samningstími yrði frá 1. janúar 2015 til og með 31. desember 2019. Í kafla 0.3.11 í útboðsgögnum sagði að akstursaðila væri óheimilt að fela undirverktökum að annast akstur en heimilt væri að fela undirverktökum að annast ýmsa stoðþjónustu eins og viðhald bifreiða og þrif. Í sama kafla kom fram að akstursaðila væri óheimilt, án skriflegs, fyrirfram samþykkis varnaraðila Strætó bs., að láta annan aðila ganga inn í tilboð sitt eða taka við skyldum sínum að nokkru eða öllu leyti.

Hinn 1. september 2014 fengu þátttakendur staðfestingu á því að gerður yrði rammasamningur við 18 bjóðendur um akstursþjónustu samkvæmt B hluta samningskaupanna um tilfallandi akstursþjónustu. Meðal þeirra sem samið var við var kærandinn All Iceland Tours ehf. Kærendurnir Efsti Hóll ehf. og Aldey ehf. voru ekki meðal þeirra sem gerður var samningur við en urðu síðar samningsaðilar á grundvelli framsals réttinda og skyldna frá upphaflegum samningsaðilum. Þá var fyrirtækið Kynnisferðir ehf. einnig meðal upphaflegra aðila rammasamningsins.

Akstur samkvæmt samningunum hófst 1. janúar 2015. Í janúarmánuði 2015 óskuðu Kynnisferðir ehf. eftir samþykki varnaraðila Strætó bs. fyrir því að fyrirtækið framseldi réttindi og skyldur samkvæmt rammasamningi félagsins til varnaraðila Ný-Tækni ehf. Síðastnefnda fyrirtækið tók ekki þátt samningskaupaferlinu og var þar af leiðandi ekki rammasamningshafi. Varnaraðili Strætó bs. lét meta hæfi varnaraðila Ný-Tækni ehf. og niðurstaða þess mats var að fyrirtækið teldist hæfur samningsaðili. Samningur um yfirtöku varnaraðila Ný-Tækni ehf. á samningsskyldum Kynnisferða ehf. var undirritaður 11. febrúar 2015. Af gögnum málsins verður ekki ráðið að öðrum rammasamningshöfum hafi verið tilkynnt formlega um téð framsal.

II

Kærendur segja að 12. mars 2015 hafi þeim borist til eyrna með óformlegum hætti að réttindi og skyldur Kynnisferða ehf. samkvæmt rammasamningi við varnaraðila Strætó bs. hefðu verið framseld til varnaraðila Ný-Tækniehf. Kærendur byggja á því að óheimilt hafi verið að framselja réttindi og skyldur samkvæmt rammasamningnum til annarra en þeirra sem farið hefðu í gegnum samningskaupaferlið og uppfyllt öll skilyrði samningskaupanna. Kærendur telja að þegar ljóst hafi verið að Kynnisferðir ehf. féllu frá aðild sinni að rammasamningnum hefði átt að fara fram nýtt útboð á þeirri akstursþjónustu sem samningurinn kvað á um, annað hvort örútbóð meðal rammasamningshafa eða alveg nýtt útboð. Kærendur telja þessa niðurstöðu fá stoð í 1., 32. og 34. gr. laga um opinber innkaup. Kærendur telja að kafli 0.3.11 í samningskaupagögnum, sem heimili rammasamningshafa að framselja samning sinn, eigi fyrst og fremst við þegar einstaklingar vilji færa akstursþjónustuna í félag í sinni eigu.

Kærendur fullyrða að varnaraðili Ný- ehf. hafi ekki þurft að uppfylla þá skilmála og skilyrði sem þátttakendur í samningskaupaferlinu þurftu að uppfylla og með því hafi verið brotið gegn jafnræði aðila. Þannig hafi varnaraðili Ný-Tækni ehf. ekki þurft að leggja fram öll þau gögn sem gerð var krafa um í kafla 0.2.2 í samningskaupagögnum, hvorki um félagið sjálft né um gæði bifreiða. Þá hafi ekki legið fyrir að allir starfsmenn fyrirtækisins hafi uppfyllt þau skilyrði sem starfsmönnum rammasamningshafa bar að uppfylla. Kærendur telja að ekki hafi verið sýnt fram á að lífeyrisiðgjöld varnaraðila Ný-Tækni ehf. séu í skilum, fyrirtækinu hafi ekki verið gert að skila árshlutauppgjöri vegna ársins 2014 og ársreikningur vegna 2013 sé ekki endurskoðaður. Þá sýni ársreikningur ársins 2013 að engin starfsemi hafi verið í fyrirtækinu og það rekið með tapi. Einnig virðist sem viðskiptasaga stjórnenda hafi ekki verið könnuð en stjórnarmaður og framkvæmdastjóri félagsins, við undirritun samnings, hafi verið dæmdur í Svíþjóð árið 2007 fyrir vanskil á opinberum gjöldum. Varnaraðili Ný-Tækni ehf. hafi ekki haft rekstrarleyfi til fólksflutninga þegar það var samþykkt sem framsalshafi. Auk

Þess sé engin reynsla hjá fyrirtækinu og skráður tilgangur þess hafi verið tölvu- og hugbúnaðarþjónusta þegar samningur um framsal hafi verið undirritaður. Engin gögn hafi verið lögð fram sem sýni að starfsmenn fyrirtækisins uppfylli skilyrði samningskaupagagna.

Kærendur gæra sérstakar athugasemdir við þau ökutæki sem varnaraðili Ný-Tækni ehf. ætli að nota við þjónustuna. Þegar samningur var undirritaður hafi ein bifreið verið skráð á fyrirtækið en samningurinn hafi gert ráð fyrir að fyrirtækið hefði allt að 20 bifreiðar til reiðu. Samkvæmt tíma- og verkáætlun hafi verið gert ráð fyrir að sex rekstrarvagnar yrðu komnir í umferð sjö dögum eftir undirritun samnings og ekki síðar en fjórtán dögum síðar. Næstu níu vikurnar eftir undirritun samningsins hafi verið gert ráð fyrir að alls fjórtán bifreiðar bættust við. Raunin hafi verið sú að einungis átta bifreiðar hafi verið í eigu eða umráðum varnaraðila Ný-Tækniehf. þegar fresturinn var liðinn. Þær bifreiðar sem varnaraðili Ný-Tækni ehf. hafi tilgreint uppfylli auk þess ekki gildandi lög og reglur, þær hafi ekki fengið skoðun eftir breytingar og auk þess liggi ekki fyrir viðeigandi leyfi fyrir bifreiðarnar og umráðamenn þeirra.

III

Varnaraðili Strætó bs. byggir á því að kæran sé of seint fram komin og því beri að vísa henni frá nefndinni. Einn upphaflegra kæranda hafi fengið tölvupóst frá varnaraðila 12. febrúar 2015 þar sem hann hafi verið upplýstur um samþykki varnaraðila Strætó bs. við framsalínu. Vitneskja eins kæranda hljóti að jafngilda vitneskju þeirra allra og þannig hafi kærufrestur verið liðinn þegar kæra var borin undir nefndina 25. mars 2015. Þá hafi öllum kærendum verið kunnugt um skilmála samningskaupagagna en þar hafi verið að finna heimild til framsals í grein 0.3.11. Kærufrestur hafi þannig byrjað að líða við móttöku kæranda á samningskaupagögnum í júní 2014.

Varnaraðili Strætó bs. byggir á því að innkaupaferlinu hafi lokið með tilkynningu um val á samningsaðilum. Ákvörðun um framsalið sé því ekki hluti af innkaupaferlinu heldur aðeins ákvörðun um framkvæmd rammasamnings sem þegar sé kominn á. Framsalið hafi átt fulla stoð í samningskaupagögnum og rammasamningnum. Í grein 0.3.11 í samningskaupagögnum hafi framsal samningsskuldbindinga verið heimilað til „annarra aðila“ en af því leiði að heimildin sé ekki einskorðuð við þá aðila sem þegar hefðu farið í gegnum samningskaupaferlið. Þá bendir varnaraðili á að tveir kæranda, Efsti-Hóll ehf. og Aldey ehf., séu handhafar rammasamnings á grundvelli framsals frá upphaflegum þátttakendum í samningskaupaferlinu. Auk þess hafi rammasamningshafinn Haraldur Örn Arnarsson óskað eftir samþykki varnaraðila Strætó bs. fyrir framsali til Ferðaglaðs ehf., sem var meðal

upphaflegra kæranda í málinu. Framsalinu hafi aftur á móti verið hafnað þar sem Ferðaglaður ehf. fullnægði ekki kröfum samningskaupagagna.

Varnaraðili Strætó bs. telur að kröfur kæranda um að nýtt útboð hafi átt að fara fram eigi enga stoð í skilmálum samningskaupanna eða lögum. Veitutilskipunin hafi gilt um innkaupin en ekki lög um opinber innkaup. Kærendur geti því ekki byggt kröfur sínar á 32. og 34. gr. laga um opinber innkaup. Þá hafnar varnaraðili Strætó bs. því að varnaraðilinn Ný-Tækni ehf. hafi ekki þurft að uppfylla sömu skilyrði og þátttakendur í samningskaupaferlinu. Óskað hafi verið eftir öllum viðeigandi gögnum og upplýsingum frá fyrirtækinu áður en samþykki fyrir framsalinu var veitt. Mat á hæfi fyrirtækisins hafi verið með sama hætti og mat á hæfi þátttakenda í samningskaupaferlinu.

Ástæðan fyrir því að ekki séu tiltæk gögn um lífeyrissjóðsiðgjöld varnaraðila Ný-Tækni ehf. sé að fyrirtækið hafi ekki haft launamenn á skrá. Þá taldi varnaraðili Strætó bs. nægjanlegt að ársreikningur fyrir árið 2013 væri áritaður af bókhaldsþjónustu og vísar til þess að sams konar staðfesting hafi talist fullnægjandi í samningskaupaferlinu, m.a. hjá þeim sem framseldi réttindi sín til kæranda Efsta Hóls ehf. Þá hafi könnun á viðskiptasögu stjórnenda og helstu eigenda verið valkvæð og nægjanlegt hafi verið að uppfylla þær kröfur sem fram komu í kafla 0.2.7 í samningskaupagögnum. Skilyrði um almennt rekstrarleyfi til fólksflutninga hafi ekki verið hæfisskilyrði fyrir þátttakendur. Almennt geri varnaraðili Strætó bs. ráð fyrir að þeir sem taki að sér akstursþjónustu uppfylli viðeigandi lagalegar skyldur. Þær athugasemdir sem kærendur hafi við lagareglur á sviði fólksflutninga heyri undir Samgöngustofu en ekki kærunefnd úboðsmála. Þó er tekið fram að varnaraðilinn Ný-Tækni ehf. hafi lagt fram umsókn um rekstrarleyfi áður en framsalið átti sér stað og sé handhafi slíks leyfis frá 11. maí 2015. Eigendur fyrirtækisins hafi starfað við leigubílaakstur um árabíl og m.a. sinnt verkefnum fyrir Ferðaþjónustu fatlaðra á undanförunum árum. Þá hafnar varnaraðili Strætó bs. því að breyta þurfi skráningu hópbifreiðar sem breytt sé til þess að hún geti flutt farþega í hjólastól. Þess beri einnig að geta að samningskaupagögn hafi ekki áskilið að bifreiðastjórar uppfylltu kröfur kafla 1.2.2 fyrir undirritun samnings, nægjanlegt sé að uppfylla kröfurnar meðan þjónustan sé veitt.

Varnaraðili Strætó bs. telur að ekkert þeirra tilvika sem talin séu upp í 2. mgr. 100. gr. a laga um opinber innkaup nái til framsals á réttindum og skyldum samkvæmt samningi og þannig sé ekki hægt að lýsa samninginn óvirkan.

IV

Um innkaup varnaraðila Strætó bs. á akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna gildi tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu (veitutilskipunin), sbr. reglugerð nr. 755/2007 um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti. Samkvæmt 2. mgr. 91. gr. laga um opinber innkaup er hlutverk kærunefndar útboðsmála að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunar 2004/17/EB sem þar er vísað til. Er nefndin því bær til að fjalla um kærana.

Svo sem áður greinir lýtur kærana að ákvörðun varnaraðila Strætó bs. um að heimila varnaraðilanum Ný-Tækni ehf. að taka við réttindum og skyldum Kynnisferða ehf. samkvæmt áðurlýstum rammasamningi. Ekki var um það að ræða að birt væri opinberlega tilkynning um gerð samnings við Ný-Tækni ehf. Verður upphaf kærufrests því ekki miðað við slíka tilkynningu, svo sem gert er ráð fyrir í 2. tölulið 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup, sbr. 11. gr. laga nr. 58/2013. Þótt fyrir liggi að einn upphaflegra kæranda hafi fengið vitneskju um téð framsal 12. febrúar 2015 er ekki fram komið að svo hafi átt við um aðra karendur. Hafa varnaraðilar þannig ekki sýnt fram á að kærufrestur hafi verið liðinn þegar kærana var móttækin hjá nefndinni 25. mars 2015.

V

Að íslenskum rétti gildir sú meginregla að aðili að gagnkvæmum samningi getur almennt ekki losnað undan skyldum sínum nema með samþykki gagnaðila. Er það þannig jafnan háð samþykki gagnaðila ef aðili slíks samnings óskar eftir því að nýr aðili komi að fullu í stað hans. Hvorki í lögum um opinber innkaup, eða þeim gerðum EES-samningsins sem þar er vísað til, koma fram sérstakar takmarkanir á heimild opinberra aðila til að samþykkja aðilaskipti að samningum sem þeir hafa gert á grundvelli reglna um opinber innkaup. Samkvæmt 2. mgr. 34. gr. laganna gildir sú regla um gerð einstakra samninga á grundvelli rammasamnings að þá skal aðeins gera við fyrirtæki sem upphaflega voru aðilar rammasamnings. Þetta ákvæði verður ekki skýrt svo rúmt að það sé því til fyrirstöðu að nýr aðili komi í stað annars á grundvelli einkaréttarlegs framsals rammasamnings sem fram fer með samþykki kaupanda.

Samkvæmt þessu verður að leggja til grundvallar að reglur um opinber innkaup leggi ekki bann við aðilaskiptum að opinberum samningum, enda séu slík aðilaskipti ekki andstæð þeim markmiðum opinberra innkaupa sem fram koma í 1. gr. laganna. Hins vegar leiðir af

reglum um opinber innkaup að gæta ber jafnræðis fyrirtækja við ákvörðum um hvort aðilaskipti skuli heimiluð að samningi sem gerður hefur verið á grundvelli reglna um opinber innkaup. Verður nýr aðili samnings þannig að fullnægja öllum kröfum upphaflegra útboðsskilmála, þ.á m. um fjárhagslega og tæknilega getu, án þess skyldum aðila samkvæmt samningi sé haggð. Aðilaskipti að samningi mega þannig aldrei leiða til þess að við skyldum viðsemjanda kaupanda taki fyrirtæki sem af einhverjum ástæðum hefði borið að vísa frá upphaflegu innkaupaferli. Þá mega aðilaskipti að samningi ekki leiða til þess að breytingar séu gerðar á grundvallaratriðum samnings, sbr. til hliðsjónar 4. mgr. 76. gr. laga um opinber innkaup.

Samkvæmt framangreindu verður ekki á það fallist að varnaraðilanum Strætó bs. hafi verið óheimilt að heimila framsal téðs rammasamnings af hálfu Kynnisferða ehf. Var slík heimild til framsals til samræmis við almennar reglur og áréttuð í grein 0.3.11 í samningskaupagögnum, svo sem áður greinir. Hins vegar bar téðum varnaraðila að kanna hvort varnaraðilinn Ný-Tækni ehf. uppfyllti allar skilmála upphaflegs rammasamningsútboðs.

Í málinu liggur fyrir að Ný-Tækni ehf. breytti tilgangi sínum úr „önnur þjónustustarfsemi á sviði upplýsingatækni“ í „önnur bókunarþjónustu og starfsemi tengd ferðaþjónustu“ 17. febrúar 2015. Þá fékk fyrirtækið rekstrarleyfi til fólksflutninga 17. mars 2015 en samningur um aksturinn við varnaraðilann Strætó bs. var undirritaður 11. febrúar 2015 og tók strax gildi. Af gögnum málsins verður ráðið að varnaraðilinn Ný-Tækni ehf. hafi ekki haft yfir tilskildum rekstrarvögnum að ráða þegar fyrirtækið tók við skyldum Kynnisferða ehf. eða haft nauðsynleg leyfi til starfseminnar. Þá lá ekki fyrir hvaða starfsmenn myndu sinna þeirri þjónustu sem hér var um að ræða. Eins og stöðu fyrirtækisins var háttáð á þeim tíma sem því var ætlað að taka við skyldum Kynnisferða ehf., telur nefndin því bersýnilegt að það hafi ekki uppfyllt skilyrði upphaflegs rammasamningsútboðs þannig að það hafi mátt verða nýr aðili rammsamningsins í stað Kynnisferða ehf. Braut varnaraðilinn Strætó bs. þannig gegn jafnræðisreglu laga um opinber innkaup með að samþykkja aðilaskipti að samningnum með þeim hætti sem áður er gerð grein fyrir.

VI

Hvað sem líður áðurlýstu broti varnaraðilans Strætó bs. verður ekki litið svo á að gerður hafi verið nýr samningur án undanfarandi lögmæts innkaupaferils þannig að heimildir til að lýsa samninginn við varnaraðilann Ný-Tækni ehf. óvirkan geti átt við. Jafnframt liggur fyrir að ólögmæti umræddrar ákvörðunar varnaraðilans Strætó bs. getur ekki haggð við gildi framsalsins til Ný-Tækni ehf., sbr. til hliðsjónar 1. mgr. 100. gr. laga um opinber innkaup.

Kærendur eru þegar aðilar að rammasamningi um þá þjónustu sem hinn kærði samningur lýtur að. Verður því ekki talið að kærendur hafi orðið fyrir tjóni við að undirbúa tilboð eða taka þátt í útboði þannig að þeim beri bætur úr hendi varnaraðila samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup. Hins vegar er ekki útilokað að brot varnaraðilans Strætó bs. hafi leitt til þess að kærendur hafi orðið af viðskiptum á grundvelli rammasamningsins. Telur nefndin af þessum ástæðum rétt að láta uppi á skaðabótaskyldu varnaraðilans, svo sem nánar greinir í úrskurðarorði. Er með þeirri niðurstöðu engin afstaða tekin til nánara umfangs tjóns kærenda.

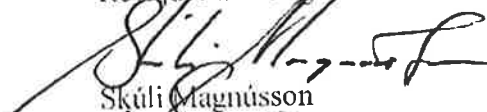
Eftir atvikum málsins þykir rétt að varnaraðili Strætó bs. greiði kærendum sameiginlega málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 800.000 krónur. Að öðru leyti fellur málskostnaður niður.

Úrskurðarorð:

Það er álit kærnefndar útboðsmála að varnaraðili Strætó bs. sé skaðabótaskyldur gagnvart kærendum, Efsta Hóli ehf., All Iceland Tours ehf. og Aldey ehf., vegna samnings við Ný-Tækni ehf. 11. febrúar 2015, um tilfallandi akstursþjónustu fatlaðs fólks og fatlaðra skólabarna. Að öðru leyti er kröfum kærenda hafnað.

Varnaraðili Strætó bs. greiði kærendum sameiginlega 800.000 krónur í málskostnað.

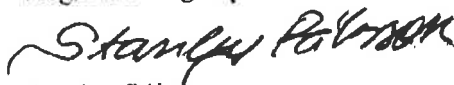
Reykjavík, 13. ágúst 2015.



Skúli Magnússon



Ásgerður Ragnarsdóttir



Stanley Pálsson