

MAGNA

L Ö G M E N N

Kærunefnd útboðsmála
Borgartúni 21
105 Reykjavík

Reykjavík, 9. júní 2020

K Æ R A

Með bréfi þessu er hér með kærð til kærunefndar útboðsmála ákvörðun Ríkiskaupa, kt. 660169-4749, Borgartúni 7c, 105 Reykjavík, í örútbóði um húsgögn fyrir Álfthanesskóla, hinn 25. mars 2020. Tilkynnt var um niðurstöðu útboðsins, hinn 3. júní 2020 en niðurstaðan leiðrétt með tilkynningu, hinn 4. júní 2020. Kærandi er Penninn ehf., kt. 560109-0670, Skeifunni 10, 108 Reykjavík, fyrirsvarsmaður Ingimar Jónsson, forstjóri.

I. Kröfugerð.

Stöðvun samningsgerðar:

1. Kæra þessi er borin undir nefndina innan biðtíma og leiðir því til sjálfkrafa stöðvunar samningsgerðar.
2. Ef kærunefndin lítur svo á að samningsgerð hafi ekki stöðvast sjálfkrafa með kærinni er þess krafist að kærunefnd útboðsmála stöðvi samningsgerð kærða og Bústoðar ehf. (Bústoð) samkvæmt útboðinu um kaup á húsgögnum í Álfthanesskóla þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru þessari.

Kærandi krefst svo þess aðallega að :

1. kærunefnd útboðsmála ógildi ákvörðun Ríkiskaupa um að ganga til samninga við Bústoð ehf. um kaup á húsgögnum fyrir Álfthanesskóla;
2. kærunefnd útboðsmála leggi fyrir kaupanda að gera samning við kæranda um kaup á húsgögnum samkvæmt hinu kærða örútbóði.

Kærandi krefst þess til vara að :

1. hið kærða útboð verði fellt úr gildi og að kærunefndin leggi fyrir kærða að auglýsa útboðið að nýju;
2. að kærunefnd útboðsmála láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kærða, Ríkiskaupa, gagnvart kæranda.

Í öllum tilvikum krefst kærandi málskostnaðar úr hendi kærða vegna kæru þessarar.

MAGNA

II. Málavextir.

Málavextir eru þeir að hinn 25. mars 2020, óskuðu Ríkiskaup eftir tilboði í margs konar húsgögn fyrir Álftanesskóla, sbr. örútbod nr. 21177. Í útbodinu var m.a. óskað eftir tilboðum í 200 staflanlega stóla fyrir sal og vagn undir þá, en þessi liður var stór hluti af útbodinu. Mjög strangar kröfur voru gerðar í útbodslýsingu um það hvernig stólarnir mættu vera úr garði gerðir. Þeir þurftu að vera armalausir og smíðaðir úr krómaðri (ca. 11-13 mm) sleðagrind (stálgrind). Þeir þurftu að staflast auðveldlega (allt að 40 stólar á einn vagn). Seta og bak áttu hvorutveggja að vera úr teygjuefni – 99% polyester, 1% polyamid. Á svokölluðu Martindale prófi (núningspróf) átti áklæðið að standast 70-80.000 núninga. Efnid átti að vera ónæmisprófað (ofnæmisprófað), eldtefjandi og sniðið þannig að hægt væri að losa það af stólnum. Engar skarpar brúnir mátti vera á grind og fótum og tappar áttu að vera á fótum. Stærstu utanmál skyldu vera ca. Dýpt (58 sm), Hæð (86 sm – sethæð 46-48 sm) og Breidd (51 sm.).

Í útbodinu kom fram að valforsendur væru þannig að veitt yrðu 100 stig, þar af 70 fyrir verð, 20 fyrir gæði og 10 fyrir ábyrgðarskilmála. Kærandi hefur engar upplýsingar um það hvernig gæðamatið fór fram.

Hinn 27. mars lagði einn þátttakenda fram spurningu og benti á að varan væri mjög sértæk og ekki á allra framleiðenda færi að gera. Spurt var hvort bjóða mætti aðra útgáfu af stólnum, til dæmis úr sterkri plastskel á króm sleðafótum eða til dæmis bólstraða skel í baki og setu á króm sleðafótum. Svar Ríkiskaupa, hinn 27. mars 2020, var afdráttarlaust nei, kaupandi vildi aðeins þá tilteknu útgáfu sem útbodslýsingin vísaði til. Beiðni þátttakanda var ítrekuð 30. mars og bent á að rétt væri að gera staflastóla að valkvæðri vöru þar sem beðið væri um mjög ákveðna útfærslu af þeim. Því var aftur hafnað. Vísað er til fylgiskjals nr. 2 um þetta.

Kærandi býður upp á nokkrar útgáfur af staflastólum. Aðeins ein þeirra uppfyllti skilmála útbodsins að mati kæranda. Sú útgáfa er á hærra verði en aðrir valkostir af staflastól sem eru til sölu hjá kæranda. Vegna stífra krafna útbodsins ákvað kærandi að bjóða þann stól fram í útbodinu. Alls lagði kærandi fram þrenn tilboð, í öllum tilvikum sama staflastólinn, Hildur, sem kærandi telur þann eina sem uppfyllir allar kröfur útbodslýsingarinnar. Það kom kæranda því ekki á óvart þegar tilkynnt var að tilboð hans hefði verið valið það hagstæðasta, með 75,81 stig sbr. fskj. nr. 4.

Hinn 4. júní sl. barst kæranda hins vegar tilkynning frá Ríkiskaupum þess efnis, að mistök hefðu verið gerð við útreikning stiga í útbodinu. Var tilkynnt að hagstæðasta tilboðið hefði í raun verið frá Bústoð ehf., sem var ekki á fyrri lista yfir bjóðendur, en tvö tilboð kæranda hefðu hafnað í 3. og 4. sæti og eitt tilboð hans hefði ekki verið metið. Af þessum sökum hefði verið ákveðinn fimm daga samningsfrestur í málinu. Vísað er til fskj. nr. 5 um þetta.

Þetta kom kæranda verulega á óvart, en hann vissi ekki hvaða stóll hefði skyndilega verið valinn sá hagstæðasti. Kærandi óskaði, hinn 5. júní eftir upplýsingum frá Ríkiskaupum um hvaða stóll hefði orðið fyrir valinu. Upplýsingar um það bárust 8. júní og kom þá í ljós að það er stóll sem kærandi telur alls ekki uppfylla kröfur í útbodslýsingu.

Stóllinn sem fyrir valinu varð er svokallaður Ari 200, sbr. mynd á fskj. 8. Að mati kæranda stenst hann í veigamiklum atriðum ekki þær kröfur sem settar voru fram í útbodslýsingu. Nánar tiltekið er um að ræða eftirfarandi atriði:

MAGNA

- Seta Ari 200 stólsins er með setuplötum sem er bólstruð með áklæði en á samkvæmt útboðslýsingu að vera úr teygjuefni 99% polyester og 1% polyamid. Setan hleypir því ekki út líkamshita eins og efnið gerir sem kemur fram í útboðslýsingu. Ríkiskaup höfðu hafnað því áður að setan mætti vera bólstruð.
- Ekki er hægt að losa áklæðið auðveldlega af setunni á Ari 200 stólnum eins og beðið er um í útboðslýsingu. Það er þvert á móti mjög erfitt.
- Bakið á Ari 200 stólnum er með plastramma og ekki allt úr teygjuefni. Grindin er því að hluta úr plasti. Bakið er því ekki úr teygjuefni eins og tilskilið er í lýsingu og grindin ekki öll krómuð (stál).
- Hámarks breidd stólsins í útboðinu (breidd á grind við gólf) er 51 sm., en breidd Ari 200 stólsins er 56,5sm, ef stóllinn er að grunni til frá ítalska framleiðandanum OMP/Infiniti og heitir þar Web eins og kæranda sýnist vera. Þar munar meira en 5 sm sem er hámarks frávik í útboðsgögnum. Af þessum sökum rúmast Ari 200 stóllinn ekki eins vel í salnum.

Á bls. 7 í úboðsgögnum kemur skýrt fram að teljist varan ekki uppfylla kröfur útboðsgagnanna sé tilboð ógilt. Ef kærandi hefði ekki farið bókstaflega eftir lýsingu í úboðsgögnunum hefði fyrirtækið getað boðið aðra staflastóla sem eru á mun lægra verði en Hildur stóllinn, sem kærandi bauð, sem er úrvalsstóll, sem uppfyllir allar kröfur í útboðinu og fram var komið að væri krafa kaupanda. Kærandi telur því að tilboðið sem var ákveðið að velja eftir að búið var að samþykkja tilboð kæranda, hafi verið ógilt. Hann telur að brotið hafi verið á honum með því að tilkynna að hann ætti hagstæðasta tilboð en færa svo tilboð hans í 3. sæti eftir tilkynningu.

III. Málsástæður.

Kærandi telur fyrst og fremst að útboðið hafi brotið í bága við fyrirmæli laga um opinber innkaup, nr. 120/2016 og því eigi að ógilda það og leggja fyrir kærða að gera samning við kæranda og/eða kveða á um skaðabótaskyldu kærða. Sem fyrir segir lagði kærandi fram tilboð með tilteknum vörum, sem stóðust í einu og öllu skilyrði útboðsins, eins og þau voru sett fram í útboðslýsingu.

Niðurstaða útboðsins kom kæranda verulega á óvart, þegar tilkynnt var um val á kaupanda. Því óskaði kærandi strax í kjölfar niðurstöðu útboðsins eftir nánari upplýsingum um hvaða vara hefði orðið fyrir valinu. Í ljós kom að það er vara sem getur ekki að mati kæranda uppfyllt skilyrði útboðslýsingar svo sem nánar er rakið hér að framan. Stóll kæranda, Hildur, uppfyllir klárlega öll skilyrði útboðslýsingar.

Kærandi hefur enga hugmynd um hvernig gæðamatið fór fram. Ekki liggja fyrir neinar upplýsingar um það í málinu. Hins vegar liggur fyrir að tilboð kæranda fékk langbestu einkunn fyrir gæði, 19,14 af 20. Málið snýst hins vegar um það að aðrir bjóðendur hafa boðið fram vörur sem uppfylltu ekki stranga skilmála útboðslýsingar og fengu að bjóða síðri vörur sem eru ódýrari.

Kærandi gerir sér grein fyrir því, að í opinberum innkaupum sé kaupendum almennt játað nokkuð svigrúm við ákvörðun um það hvaða forsendur þeir leggja til grundvallar mati á tilboðum. Hins vegar er sú skylda lögð á kaupendur að þeir tilgreini með eins nákvæmum hætti og unnt er hvaða forsendur verða lagðar til grundvallar mati á tilboðum og hvaða upplýsinga er krafist, sbr. 47. og 79. gr. laga nr. 120/2016, um opinber innkaup. Forsendurnar eiga að vera hlutlægar og tengjast efnahagslegri hagkvæmni með

MAGNA

einhverjum hætti en forsendur mega aldrei vera svo matskenndar að kaupendum séu í raun og veru engar skorður settar við mat tilboða, sbr. úrskurð kæruneftndarinnar, í máli nr. 20/2009, frá 18. september 2009. Er þetta talið 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 15. gr. laga nr. 120/2016. 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. Kærandi vísar einnig til niðurstöðu kæruneftndarinnar, í máli nr. 30/2009, sem hann telur leiðbeinandi í þessu máli.

Kærandi byggir aðallega á því að stóllinn sem boðinn var fram í tilboði Bústoðar og hugsanlega frá öðrum bjóðendum einnig, uppfylli ekki skilyrði útboðslýsingar. Grindin á stólnum frá Bústoð er að hluta til úr plasti og því ódýrari en stólar sem t.d. eru allir með stálgrind úr krómi. Ríkiskaup tóku það skýrt fram í svari við fyrirspurn eins þátttakanda í útboðinu að engin frávik mættu vera frá útboðslýsingu. Kærandi hefði getað boðið stól sem er með bólstraðri setu og netbaki, sem er ódýrari í framleiðslu og því hefði tilboð hans lækkað. Ljóst er af tilkynningu um niðurstöðu útboðsins að stóllinn sem kærandi bauð, sem og önnur húsgögn, var af bestu gæðunum, tilboð kæranda fékk langbestu einkunn fyrir gæði (19,14 af 20) en önnur tilboð fengu mun betri einkunn fyrir verð. Skýringin á því er sú að álitni kæranda að aðrir bjóðendur buðu stóla sem voru af lakari gæðum og ódýrari, en þeir uppfylltu ekki skilyrði útboðslýsingar. Hugsanlega á þetta við um fleiri bjóðendur.

Þá telur kærandi að leiðrétting á útboðinu eftir að tilboð voru opnuð gefi sterktlega í skyn að kaupandi hafi ákveðið að slá af annars ófrávíkjanlegum kröfum í útboðslýsingu eftir að tilboð voru opnuð. Ekki sé um nein mistök að ræða heldur ásetning um að leyfa tiltekna vöru sem búið var að hafna. Það sé ólöglegt.

Að þessu virtu verður að telja að kærandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kærða og að þeir möguleikar hafi skerst við brotið, en hann var með hagstæðasta tilboðið og vörur sem uppfylltu skilmála útboðsins. Þannig séu bæði skilyrði skaðabóta samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016, um opinber innkaup, fyrir hendi.

Kærandi krefst þess að kærða verði gert að greiða kæranda málskostnað. Kærandi vísar til um heimild til þess í fyrri málslið 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Kostnaður kæranda er einkum fölginn í lögmanskostnaði, sem er áætlaður um 500.000 kr. við að bera kærana fram og reka hana, auk kærugjalds, 150.000 kr., samtals 650.000 kr. m. vsk.

Senda má tilkynningar vegna málsins á netfangið gunnar@magna.is.

Óskað er trúnaðar um tilboðsfjárhæðir kæranda sbr. fskj. 3.

Virðingarfyllst,
f.h. Pennans ehf.


Gunnar Ingi Jóhannsson hrl.
MAGNA lögmenn

MAGNA

Fylgigögn:

1. Útboðslýsing á staflastólum í örútboði 21177.
2. Fyrirspurnir frá þátttakendum og svör Ríkiskaupa.
3. Tilboð kæranda nr. 1 í örútboði 21177 (trúnaðarmál).
4. Tilkynning Ríkiskaupa um val á tilboði, 3. júní 2020.
5. Leiðrétting Ríkiskaupa á vali á tilboði, 4. júní 2020.
6. Upplýsingabæklingur um Hildur staflastólinn.
7. Beiðni kæranda til Ríkiskaupa um upplýsingar.
8. Mynd af staflastól frá Bústoð ehf., valinn í útboðinu.