

Ákvörðun kærunefndar útboðsmála 20. desember 2018

í máli nr. 22/2018:

Sporthöllin ehf.

gegn

Garðabæ og

Laugum ehf.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 8. nóvember 2018 kærir Sporthöllin ehf. útboð Garðabæjar (hér eftir vísað til sem „varnaraðila“) auðkennt „Íþróttamiðstöðin við Ásgarð. Aðstaða fyrir líkamsrækt“. Kærandi krefst þess að hið kærða innkaupaferli verði stöðvað. Þá krefst hann þess aðallega að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun varnaraðila um að meta tilboð kæranda ógilt og ganga til samninga við Laugar ehf. Jafnframt að varnaraðila verði gert að ganga til samninga við kæranda. Til vara er þess krafist að útboðið verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju. Þá er í öllum tilvikum krafist álits á skaðabótaskyldu varnaraðila. Jafnframt er krafist málskostnaðar. Í þessum hluta málsins tekur kærunefnd útboðsmála afstöðu til þess hvort rétt sé að verða við kröfu varnaraðila um að stöðva um stundarsakir hið kærða útboðsferli.

Með tölvubréfi 3. desember 2018 óskaði kærunefnd útboðsmála eftir upplýsingum frá kæranda um hvort hin kærðu innkaup hefðu verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu. Kærandi svaraði erindi nefndarinnar með tölvubréfi 12. sama mánaðar.

Í október 2017 óskaði varnaraðili eftir umsóknnum frá áhugasömum aðilum til að taka þátt í uppbyggingu og rekstri, fjármögnun og byggingu aðstöðu til líkamsræktar í og við íþróttamiðstöðina í Ásgarði í Garðabæ. Kom fram að í Ásgarði væru nú knattspyrnuvelli, tvö íþróttahús, fimleikahús og sundlaug og með verkefninu væri leitast við að bæta aðstöðu almennings til líkamsræktar með því að samnýta þau mannvirki sem fyrir væru. Kom fram að útboðið yrði þrepaskipt: forval, hugmyndavinna, tilboðsgerð og samningur. Skyldu þátttakendur m.a. skila greinargerð þar sem forsendur reksturs yrðu raktar auk þess sem gerðar voru ákveðnar kröfur um fjárhagslegt hæfi þátttakenda. Að loknu forvali voru þrír umsækjendur metnir hæfir til þess að taka þátt í hugmyndavinnu vegna verkefnisins, þ.á m. kærandi og Laugar ehf. Varnaraðili gaf í kjölfarið út sérstaka skilmála fyrir hugmyndavinnu þar sem þátttakendur skyldu gera nánari grein fyrir hugmyndum sínum um líkamsræktaraðstöðuna, uppbyggingu hennar, framkvæmdum, rekstri og fjármögnun. Í skilmálum þessum kom m.a. fram að á þessu stigi myndu fara fram viðræður í trúnaði við þátttakendur um hugmyndir þeirra. Skyldu þátttakendur setja fram tillögur sínar annars vegar í formi teikninga og greinargerðar og hins vegar skyldu þeir gera grein fyrir fjárhagslegum

forsendum tillagna sinna. Kom fram að við mat hugmynda skyldi „tekið mið af eftirfarandi meginþáttum: Mannvirki (25%), Þjónusta (25%), Raunhæfi lausnar (50%).“ Var sérstakri dómnefnd á vegum varnaraðila falið að meta hugmyndir þátttakenda með hliðsjón af þessum forsendum. Var miðað við að þeim tveimur þátttakendum sem myndu hljóta hæstu einkunn yrði gefin kostur á að taka þátt í næsta þrepi útboðsins og setja fram endanlegt tilboð. Af gögnum málsins verður ráðið að áætlanir kæranda á þessu stigi hafi gert ráð fyrir að rekstur líkamsræktaraðstöðu á hans vegum myndi skila tilteknum hagnaði og greiðslur til varnaraðila næmu tiltekinni fjárhæð á hverju ári. Taldi dómnefnd að hugmyndir kæranda um tekjur væru hófstílltar og kostnaður raunhæfur og því yrði ekki annað séð en að reksturinn myndi standa undir þeirri fjárfestingu sem þyrfti að leggja út í. Í kjölfar hugmyndavinnu var tveimur þátttakendum boðið að gera tilboð í verkefnið, kæranda og Laugum ehf.

Í kjölfarið gaf varnaraðili út sérstaka skilmála fyrir tilboðsgerð, þar sem m.a. kom fram að tilboð skyldu byggð á þeirri tillögu sem þátttakendur höfðu lagt fram í hugmyndavinnu. Þá skyldi sérstök dómnefnd fara yfir og meta tilboð þátttakenda. Kom fram að varnaraðili myndi annað hvort taka „hagstæðasta (hæsta) tilboði“ sem uppfyllti kröfur útboðgagna, eða hafna öllum tilboðum. Þá kom fram að samið yrði til 20 ára með mögulegri framlengingu til 5 ára í senn. Liggur fyrir að bæði kærandi og Laugar ehf. skiluðu tilboði í útboðinu og nam tilboð kæranda 39.713.664 krónum en tilboð Lauga ehf. 35.400.000 krónum.

Hinn 3. september 2018 var haldinn fundur með fulltrúum kæranda og varnaraðila þar sem farið var yfir nokkur atriði í tilboði kæranda. Af fundargerð verður ráðið að varnaraðili hafi spurt kæranda út í rekstrarforsendur verkefnisins þar sem tilboð kæranda hafi gert ráð fyrir hærri greiðslum til varnaraðila og tapi af rekstrinum á meðan tillaga kæranda á hugmyndastigi hafi gert ráð fyrir lægri greiðslum og minni hagnaði. Er bókað að fulltrúar kæranda hafi verið meðvitaðir um þetta. Með tölvubréfi 3. október 2018 gerði kærandi athugasemdir við fundargerð fundarins að þessu leyti þar sem fram kom að kærandi hefði endurmetið rekstrarforsendur verkefnisins. Hann hefði ofmetið byggingarkostnað á fyrri stigum, sem hafi lækkað rekstrarkostnað nokkuð, auk þess sem hann hefði endurmetið tekjuhliðina. Með tölvubréfi 19. október 2018 tilkynnti varnaraðili kæranda að tilboð hans hefði verið metið ógilt „á þeim grundvelli að tilboðið fæli í sér breytingu frá fyrra stigi í tilboðsferli (hugmyndavinnu) sem væri veruleg og raskaði stöðu bjóðenda sem gæti ekki annað en leitt til þess að tilboð Sporthallarinnar ehf. teldist ógilt.“ Var jafnframt tilkynnt að leitað yrði samninga við Laugar ehf. um verkefnið. Þá liggur fyrir að varnaraðili rökstuddi nánar framangreinda ákvörðun með bréfi 1. nóvember 2018 að beiðni kæranda.

Málatilbúnaður kæranda byggir að meginstefnu á því að sú ákvörðun varnaraðila að meta tilboð hans ógilt hafi verið ólögmat. Kærandi hafi í tilboði sínu miðað við að rekstur líkamsræktarinnar myndi skila hagnaði og ekki hafi verið um að ræða verulegar breytingar á rekstrarforsendum líkt og varnaraðili hafi byggt á. Þá hafi varnaraðila borið að leita skýringa hjá kæranda áður en hann hafnaði tilboði hans auk þess sem það sé eðli þrepaskipts samningskaupaferlis að þátttakendur hafi svigrúm til breytinga. Tilboð kæranda hafi uppfyllt skilmála útboðsins og verið hagkvæmasta tilboðið í útboðinu. Því hafi varnaraðila borið að ganga til samninga við hann.

Niðurstaða

Með hinu kærða útboði leitaðist varnaraðili eftir að gera samning við einn aðila til að byggja, reka og fjármagna aðstöðu til líkamsræktar í og við íþróttamiðstöðina í Ásgarði í Garðabæ. Í útboðinu fólst meðal annars að sá bjóðandi sem yrði fyrir valinu skyldi byggja nýjar byggingar undir aðstöðuna við núverandi íþróttamiðstöð. Skyldi hann annast og kosta allan undirbúning, framkvæmdir og rekstur þeirra, greiða opinber gjöld og byggingarrétt og sækja um öll tilskilin leyfi. Allar byggingar skyldu vera í eigu þess bjóðanda sem samið yrði við. Þá var gert ráð fyrir að rekstur líkamsræktaraðstöðu í byggingunum yrði í hans höndum. Jafnframt var gert ráð fyrir því að sú aðstaða sem væri fyrir í íþróttamiðstöðinni gæti verið samnýtt með hinni nýju aðstöðu og skyldu bjóðendur gera tilboð í þá leigu sem þeir væru tilbúnir að greiða fyrir afnot af þeirri aðstöðu. Verður ekki annað ráðið af þessu og gögnum málsins að öðru leyti en að öll áhætta af rekstri og byggingu aðstöðu undir líkamsræktarstöðina hafi átt að vera í höndum þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu. Með hliðsjón af þessu verður því að miða við að varnaraðili hafi stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi 22. tl. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og 5. tl. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins.

Samkvæmt 12. gr. laga um opinber innkaup gilda einungis ákvæði XI. og XII. kafla laganna um sérleyfissamninga sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum vegna skyldu til útboðs á EES-svæðinu en að öðru leyti taka lögin ekki til slíkra samninga. Samkvæmt 8. gr. áðurnefndrar reglugerðar, eins og henni var breytt með reglugerð nr. 176/2018, tekur hún til opinberra aðila sem hyggjast gera sérleyfissamninga um verk eða þjónustu umfram 721.794.800 krónur. Af gögnum málsins verður ekki ráðið að varnaraðili hafi sérstaklega metið verðmæti þess sérleyfissamnings sem stóð til að gera með tilliti til þess hvort hann væri umfram framangreinda viðmiðunarfjárhæð. Af gögnum málsins verður hins vegar ráðið að

gert var ráð fyrir að bjóðendur byggðu nýjar viðbyggingar við núverandi mannvirki á eigin kostnað að fjárhæð allt að 99 milljónir króna og greiddu leigu fyrir afnot af núverandi aðstöðu að fjárhæð um 35 til 39 milljónir króna á ári í 20 ár að lágmarki. Verður því að leggja til grundvallar, eins og mál þetta liggur fyrir á þessu stigi, að verðmæti fyrirhugaðs sérleyfis sé umfram framangreinda viðmiðunarfjárhæð og varnaraðila hafi því borið skylda til að tilkynna um veitingu þess með opinberum hætti á Evrópska efnahagssvæðinu í samræmi við 32. gr. reglugerðarinnar. Varnaraðili hefur staðfest við kærunefnd útboðsmála að útboðið hafi ekki verið auglýst með slíkum hætti. Eru því fram komnar í málinu verulegar líkur á broti á reglum um opinber innkaup. Í málinu krefst kærandi þess til vara að útboðið verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju. Að öllu þessu virtu er fullnægt skilyrðum samkvæmt 110. gr. laga um opinber innkaup til þess að fallast á kröfu kæranda um að hið kærða útboð verði stöðvað um stundarsakir.

Ákvörðunarorð:

Útboð varnaraðila, Garðabæjar, auðkennt „Íþróttamiðstöðin við Ásgarð. Aðstaða fyrir líkamsrækt“, er stöðvað um stundarsakir.

Reykjavík, 20. desember 2018

Skúli Magnússon

Auður Finnbogadóttir