

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 18. febrúar 2020

í máli nr. 28/2019:

Vátryggingafélag Íslands hf.

gegn

Borgarbyggð

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 11. nóvember 2019 kærði Vátryggingafélag Íslands hf. útboð Borgarbyggðar auðkennt „Vátryggingaútboð Borgarbyggðar 2020“. Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála „felli niður 3. tölul. 6.1. gr. útboðsskilmála“ í hinu kærða útboði, sem hljóðar svo: „Bjóðandi starfræki starfsstöð í Borgarbyggð með starfsmanni a.m.k. 16 tíma á viku. Starfsstöð í borgarbyggð skuli að lágmarki vera komin 6 mánuðum eftir að samningur er undirritaður við viðkomandi bjóðanda um verkið og skal hún starfrækt a.m.k. út samningstímam.“ Þess er jafnframt krafist að kærunefnd láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila auk þess sem krafist er málskostnaðar.

Varnaraðila var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum 19. nóvember og 10. desember 2019 krafðist hann þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað og að kæranda yrði gert að greiða sér málskostnað. Kærandi skilaði andsvörum 17. janúar 2020.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 28. nóvember 2019 var fallist á þá kröfu kæranda að hið kærða útboð yrði stöðvað um stundarsakir á meðan endanlega væri leyst úr kæru.

I

Í október 2019 auglýsti varnaraðili útboð á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem óskað var eftir tilboðum í vátryggingaþjónustu fyrir sveitarfélagið og tengda aðila. Útboðið náði meðal annars til brunatrygginga fyrir fasteignir í eigu sveitarfélagsins, lausafjártrygginga fyrir lausafé í eigu sveitarfélagsins, ökutækjatrýgginga vegna bifreiða í eigu sveitarfélagsins, ábyrgðartryggingar vegna rekstrar sveitarfélagsins og slysatryggingu vegna starfsfólks sveitarfélagsins, sem og slysatryggingu skólabarna.

Í grein 6.1 í útboðsgögnum var gerð grein fyrir eftirfarandi lágmarksskilyrðum fyrir þátttöku í útboðinu:

„Sveitarfélagið, setur það sem skilyrði fyrir töku tilboða að viðkomandi bjóðandi sem samið verður við uppfylli eftirfarandi skilyrði:

1. Bjóðandi starfrækir starfsstöð á Íslandi með a.m.k. tíu starfsmönnum sem hafa reynslu af vátryggingarstarfsemi, tjónamati og uppgjörum tjóna.
2. [...]
3. Bjóðandi starfræki starfsstöð í Borgarbyggð með starfsmanni a.m.k. 16 tíma á viku. Starfsstöð í Borgarbyggð skuli að lágmarki vera komin 6.mánuðum eftir að samningur er

undirritaður við viðkomandi bjóðanda um verkið og skal hún starfrækt a.m.k. út samningstímann.

Sveitarfélagið er landstórt og með starfsemi á yfir 30 stöðum. Fjarlægðir milli starfsstöðva innan sveitarfélagsins eru því talsvert miklar og aðstæður mjög mismunandi. Starfsemi sveitarfélagsins er fjölbætt og þarf að mæta þörfum íbúanna sem eru á öllum aldri og með mjög mismunandi þarfir. Það er mikill munur á þeirri þjónustu sem veitt er, hvort um er að ræða fjarþjónustu eða samtal og önnur samskipti við þjónustuaðila sem er á svæðinu.

Það er því nauðsynlegt að þeir sem þurfa á þjónustu tryggingarféлага að halda hafi góðan aðgang að þjónustu þeirra og þeim styrk sem persónuleg nærþjónusta felur í sér. Þar má meðal annars til taka mikilvægi þess að þekking á staðhættum í landstóru og margbrotnu sveitarfélagi skiptir oft miklu máli í þessu sambandi. Mikill munur er á gæðum slíkrar þjónustu eða þegar öll samskipti þurfa að fara í gegnum fjarskipti eða með rafrænum hætti.

4. Bjóðandi starfrækir tjónavakt og tilgreinir símanúmer sem starfsfólk sveitarfélagsins geti hringt í utan opnunartíma ef mikið liggur við að tilkynna tjón og fá matsmann á tjónsvettvang.

Með þessum hætti hefur kaupandi og viðskiptamenn hans gott aðgengi að þjónustu með beinum og óbeinum hætti og tryggir sér þannig nauðsynlegt og skilvirk samskipti.“

Samkvæmt grein 6.3 í útboðsgögnum skyldi valið á milli tilboða á grundvelli verðs, sem gat hæst gefið 95 stig, og þess hvort bjóðendur byðu vaxtalausar greiðslur, sem gaf 5 stig. Kveðið var á um að samningstími skyldi vera frá 1. janúar 2020 til 31. desember 2022 með möguleika á framlengingu tvisvar sinnum í eitt ár í senn.

II

Málatilbúnaður kæranda byggir á því að skilyrði 3. töluliðar greinar 6.1 í útboðsskilmálum sé í andstöðu við reglur útboðsréttar um jafnræði og meðalhóf, sbr. 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Með ákvæðinu sé fyrirfram verið að útiloka að ákveðin fyrirtæki geti tekið þátt í útboðinu. Óheimilt sé að útiloka bjóðendur frá þátttöku í útboði á grundvelli búsetusjónarmiða eða setja íþyngjandi skilyrði sem gangi lengra en þörf er á til að fullnægja þörfum varnaraðila um váttryggingaviðskipti. Það hefði verið hægt að ganga skemur og til að mynda horfa til starfsstöðvar í sveitarfélaginu sem valforsendu í stað lágmarkskröfu. Þá tengist skilyrðið ekki aðalefni samningsins, sem sé kaup á váttryggingarþjónustu. Lögð er áhersla á að tilgangur útboðsins sé að koma á váttryggingarsamningi á milli váttryggingafélags og sveitarfélagsins, en þjónusta við íbúa sveitarfélagsins sé afleidd þjónusta og beri að meta hið

Þýngjandi skilyrði með hliðsjón af því. Rökstutt er að enginn munur sé á gæðum þjónustu eftir því hvort hún sé veitt á tiltekinni starfsstöð eða með rafrænum hætti. Þjónusta sem veitt sé með rafrænum hætti sé síst lakari en þjónusta sem veitt er á tiltekinni starfsstöð með takmarkaðan opnunartíma. Kærandi þjónusti nú þegar stóran viðskiptavinahóp í Borgarbyggð þrátt fyrir að hann starfræki ekki starfsstöð þar. Mikil þróun og gróska hafi átt sér stað að undanfögnu í rafrænni þjónustu á vegum kæranda og váttryggjenda almennt. Þá hafi varnaraðili ekki teflt fram málefnalegum rökum fyrir þeirri mismunun á milli fyrirtækja sem veita váttryggingaþjónustu sem leiði af skilyrðinu. Umrætt skilyrði útboðsgagna sé ólöglegt og beri varnaraðila að fella það niður eða greiða kæranda ella skaðabætur, enda hindri það þátttöku kæranda í hinu kærða útboði.

III

Varnaraðili byggir að meginstefnu til á því að starfsstöð í Borgarbyggð sé ekki skilyrði fyrir þátttöku í útboðinu, heldur hafi sá sem hljóti samning sex mánuði til þess að koma sér upp slíkri starfsstöð. Þá sé ekki gerð krafa um útibú í sveitarfélaginu heldur einungis starfsstöð með takmörkuðum opnunartíma. Því sé ekki verið að útiloka nein fyrirtæki frá útboðinu og það alls ekki ætlun varnaraðila. Sé fyrirtækjum veittur ríflegur frestur til að koma upp starfsstöð í Borgarbyggð og sé skilyrðið bæði eðlilegt og sanngjarnt. Þá sé vitað að þjónusta sem veitt sé í heimabyggð verði alltaf með öðrum hætti en þjónusta sem veitt sé víðs fjarri þeim sem þurfi á þjónustunni að halda. Kærandi hafi enda fleiri en eina starfsstöð á Íslandi, en það hljóti að vera til að þjónusta þá viðskiptavini sem búi í nágrenni starfsstöðvanna. Þá myndi engu breyta um lögmæti skilmála útboðsins þótt krafa um starfsstöð væri metin sem valforsenda fremur en lágmarkskrafa. Kærandi hafi ekki fært nein rök fyrir skaðabótaskyldu varnaraðila, sbr. 2. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Skilyrði útboðsgagna séu málefnaleg og kærán tilefnislaus. Sé því gerð krafa um að kærandi greiði varnaraðila málskostnað.

IV

Í 1. mgr. 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup kemur fram að gæta skuli jafnræðis, meðalhófs og gagnsæis við opinber innkaup. Óheimilt er að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða takmarka samkeppni með óeðlilegum hætti. Í 2. mgr. kemur fram að það teljist ekki andstætt jafnræði að áskilja að vara sé afhent, þjónusta veitt eða verk unnið á tilteknum stað, enda byggist slíkur áskilnaður á málefnalegum ástæðum. Þá leiðir það af samningnum um Evrópska efnahagssvæðið að engin höft skulu vera á frelsi ríkisborgara aðildarríkja sammingsins til að veita þjónustu innan EES-svæðisins nema slík höft teljist réttlæt看leg með hliðsjón af allsherjarreglu, almannaöryggi eða almannaheilbrigði, sbr. einkum 36. og 38., sbr. 33. gr.,

samningsins eins og hann var tekinn upp í íslenskan rétt með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

Í hinu kærða útboði, sem var auglýst á EES-svæðinu, er eins og áður greinir leitað tilboða í váttryggingar fyrir varnaraðila. Þar er meðal annars gerð sú ófrávíkjanlega krafa til þjóðenda að þeir starfræki eða setji á fót starfsstöð í Borgarbyggð innan sex mánaða frá undirritun samnings og skuli þar vera einn starfsmaður í a.m.k. 16 tíma á viku. Krafan er einkum rökstudd með vísan til þess að þeir sem þurfi á þjónustu tryggingarfélaga að halda hafi góðan aðgang að persónulegri þjónustu auk þess sem þekking á staðháttum í landstóru sveitarfélagi skipti máli. Er byggt á því að gæði slíkrar þjónustu séu mun meiri en þegar samskipti þurfi að fara fram með rafrænum hætti.

Hið kærða útboð miðar að því að koma á váttryggingarsamningi á milli varnaraðila, sem er sveitarfélag, og váttryggingafélags, en ekki er um að ræða beint samningssamband á milli íbúa sveitarfélagsins og váttryggingafélagsins enda þótt um afleidda þjónustu geti verið að ræða. Að mati kærunefndar útboðsmála er framangreind krafa til þess fallin að mismuna fyrirtækjum sem veita váttryggingaþjónustu á grundvelli þess hvar starfsstöð þeirra er staðsett. Þá verður ekki talið að þær röksemdir sem varnaraðili segir búa að baki kröfunni, sem einkum lúta að aðgengi að persónulegri þjónustu og þekkingu á staðháttum innan sveitarfélagsins, geti réttlætt kröfuna að teknu tilliti til eðlis þeirra innkaupa sem um ræðir. Verður þannig ekki fallist á að varnaraðili hafi sýnt fram á að starfsstöð innan sveitarfélagsins sé nauðsynleg til að ná þeim markmiðum sem stefnt er að eða að aðrar málefnalegar röksemdir styðji umrædda kröfu. Samkvæmt þessu verður talið að varnaraðili hafi brotið gegn lögum um opinber innkaup með framangreindum skilmála útboðsgagna. Verður því fallist á þá kröfu kæranda að lagt verði fyrir varnaraðila að fella niður umræddan skilmála, eins og nánar greinir í úrskurðarorði. Með hliðsjón af þessari niðurstöðu verður ekki séð að kærandi hafi orðið fyrir tjóni vegna framkvæmdar útboðsins og verður kröfu hans um að nefndin láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila því hafnað, sbr. 2. mgr. 111. gr. og 119. gr. laga um opinber innkaup.

Með hliðsjón af úrslitum málsins verður varnaraðila gert að greiða kæranda 350.000 krónur í málskostnað. Kröfu varnaraðila um að kærandi greiði varnaraðila málskostnað er hafnað.

Úrskurðarorð:

Lagt er fyrir varnaraðila, Borgarbyggð, að fella niður 3. tölulið greinar 6.1. í útboðsskilmálum vegna útboðs auðkennt „Váttryggingaútboð Borgarbyggðar 2020“, sem er svohljóðandi: „Þjóðandi starfræki starfsstöð í Borgarbyggð með starfsmanni a.m.k. 16 tíma á viku. Starfsstöð

í Borgarbyggð skuli að lágmarki vera komin 6 mánuðum eftir að samningur er undirritaður við viðkomandi bjóðanda um verkið og skal hún starfrækt a.m.k. út samningstímann.“

Kröfu kæranda, Vátryggingafélags Íslands hf., um að kærunefnd útboðsmála láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila, er hafnað.

Varnaraðili greiði kæranda 350.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 18. febrúar 2020

Ásgerður Ragnarsdóttir

Sandra Baldvinsdóttir

Auður Finnbogadóttir