

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 29. apríl 2015

í máli nr. 1/2015:

WOW air ehf.

gegn

Fjármála- og efnahagsráðuneytinu

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 6. febrúar 2015 kærði WOW air ehf. ætlaða sniðgöngu varnaraðila, fjármála- og efnahagsráðuneytisins, á skyldu þess til að bjóða út flugfarmiðakaup í samræmi við ákvæði laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Kærandi krefst þess aðallega að „kærunefnd útboðsmála beini því til kærða að bjóða út umrædd innkaup heildstætt í gegnum miðlægt innkaupakerfi og mæti þar með útboðsskyldu allra þeirra opinberu aðila sem eru aðilar að slíku miðlægu innkaupakerfi.“ Kærandi krefst þess einnig að „viðurkennt verði að óheimilt sé að veita svokallaða vildarpunkta eða aðra fjárhagslega umbun til opinberra starfsmanna í skiptum fyrir kaup hins opinbera á þjónustu.“ Þá krefst kærandi þess að kærunefnd „lýsi fyrirtækjasamning Icelandair og kærða, um afslátt frá flugfargjöldum og önnur sérkjör, dags. 29. maí 2009, óvirkan.“ Til vara krefst kærandi þess að kærunefnd beini því til varnaraðila að bjóða út umrædd innkaup. Í öllum tilfellum er þess krafist að nefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gangvart kæranda „vegna þess tjóns sem kærandi hefur hlotið af því að flugfarmiðakaup ríkisins hafa ekki verið í samræmi við lög um opinber innkaup.“ Auk þess er krafist málskostnaðar.

Varnaraðila var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Skilaði hann greinargerð 27. febrúar 2015 þar sem aðallega var krafist frávísunar málsins en til vara að öllum kröfum kæranda yrði hafnað. Kærandi skilaði andsvörum við greinargerð varnaraðila 13. apríl 2015.

I

Af gögnum málsins verður ráðið að flugfélagið Icelandair og varnaraðili hafi hinn 29. maí 2009 gert með sér svonefndan „fyrirtækjasamning Icelandair, útgáfa 3“, þar sem kveðið var um tiltekin afsláttarkjör vegna kaupa flugfarmiða. Var varnaraðila veittur stigvaxandi afsláttur eftir því hversu mikil heildarfargjaldanotkun hans var á hverju þriggja mánaða tímabili, allt frá 2% og upp í 18% af flugfargjaldi Icelandair að frádregnum sköttum og öðrum gjöldum. Skyldi reiknaður afsláttur varnaraðila gerður upp á þriggja mánaða fresti með greiðslu inn á bankareikning hans. Skyldi samningur þessi vera ótímabundinn, uppsegjanlegur án fyrirvara af hálfu varnaraðila en með þriggja mánaða fyrirvara af hálfu Icelandair Þá kom fram að félaginu væri heimilt að breyta samningnum með skriflegri tilkynningu til varnaraðila og

skyldu breytingarnar taka gildi innan 15 daga gerði varnaraðili ekki athugasemdir við þær. Í viðauka við samning þennan var listi með nöfnum yfir 200 opinberra aðila sem afsláttarkjör skyldu gilda um.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála hinn 15. apríl 2010 í máli nr. 7/2010 kærði flugfélagið Iceland Express varnaraðila fyrir að sniðganga skyldu til til að bjóða út farmiðakaup í samræmi við lög um opinber innkaup og gera þess í stað framangreindan samning við Icelandair. Í úrskurði kærunefndar 22. júní 2010 var fallist á að varnaraðila bæri að bjóða út farmiðakaup þessi, en þar sem varnaraðili hefði þegar beint þeim tilmælum til Ríkiskaupa að skoða möguleika á því að bjóða umrædd innkaup út heildstætt, var ekki fallist á þær kröfur Iceland Express að varnaraðila yrði gert að bjóða út innkaupin. Þá var það álit kærunefndar að varnaraðili væri ekki bótaskyldur gagnvart félaginu.

Fyrir liggur að Ríkiskaup auglýsti í mars 2011 rammasamningsútboð nr. 15003, auðkennt „Flugsæti til og frá Íslandi – Rammasamningur“. Tvö tilboð bárust í útboðinu, annars vegar frá Iceland Express og hins vegar frá Icelandair, og var þeim báðum tekið. Iceland Express kærði þá ákvörðun Ríkiskaupa að taka tilboði Icelandair í útboðinu með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 16. maí 2012. Í úrskurði kærunefndar 8. ágúst 2012 í máli nr. 12/2012 komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ekki væri hægt að fella gerðan samning við Icelandair úr gildi þar sem hann hefði þegar verið gerður. Hins vegar taldi nefndin að Ríkiskaup hefðu brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup með því að velja ekki hagstæðasta tilboðið í útboðinu, en fyrir lá að tilboð Iceland Express fékk 92,96 stig skv. stigamatskerfi útboðsins en tilboð Icelandair 53,57 stig. Voru Ríkiskaup því talin skaðabótaskyld gagnvart Iceland Express. Samkvæmt þeim upplýsingum sem fram koma í gögnum málsins var framangreindum rammasamningi sagt upp af hálfu Ríkiskaupa 3. september 2012.

Þá liggur jafnframt fyrir í gögnum málsins svokallaður „ferðasamningur“ milli kæranda og varnaraðila frá 22. október 2013, þar sem varnaraðila buðust tiltekin sérkjör við kaup á flugfarmiðum til Evrópu. Var kveðið á um að samningurinn gildi um ferðir starfsmanna á vegum ráðuneytisins. Samningurinn skyldi gilda í eitt ár en framlengjast um tólf mánuði yrði honum ekki sagt upp, vera uppsegjanlegur án fyrirvara af hálfu varnaraðila en með þriggja mánaða fyrirvara af hálfu kæranda. Var kæranda heimilt að tilkynna um breytingar á samningnum með 15 daga fyrirvara.

Með tölvupósti starfsmanns varnaraðila 2. febrúar 2015 til kæranda var upplýst, í kjölfar fyrirspurnar kæranda, að kjör vegna kaupa ríkisstofnana á farmiðum af Icelandair væru í samræmi við afsláttarfyrirkomulag samkvæmt fyrirtækjasamningi frá maí 2009, en kærandi

kveðst hafa sent fyrirspurn þessa í kjölfar umfjöllunar sjónvarpsþáttarins Kastljóss 19. janúar 2015 um farmiðakaup ríkisins.

## II

Kærandi byggir á því að varnaraðili sé opinber aðili í skilningi 3. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Fjármálaráðherra hafi yfirumsjón með opinberum innkaupum ríkisins samkvæmt 84. gr. laganna og kæru í máli þessu sé því beint að ráðuneytinu sem æðsta yfirmanni ríkissjóðs og ríkisútgjalda þótt innkaupin varði innkaup fjölmargra stjórnvalda og stofnana ríkisins. Kærandi sé lággjaldaflugfélag sem fljúgi milli Íslands og fjölmargra borga í Evrópu allt árið um kring. Kærandi og Icelandair séu þeir aðilar sem séu umfangsmestir á markaði fyrir millilandaflug til og frá Íslandi og kærandi eigi því mjög raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda ef útboð á umræddum innkaupum færi fram með lögsmætum hætti, auk þess sem hann eigi lögvarða hagsmuni af því að innkaup þessi verði boðin út.

Kærandi byggir jafnframt á því að íslenska ríkið verji á ári hverju yfir 900 milljónum króna í flugþjónustu á milli landa og gera megri ráð fyrir að töluverður hluti þessa kostnaðar sé vegna flugmiðakaupa. Þótt kærandi hafi ekki nákvæmar tölur yfir fjárhæð flugfarmiðakaupa verði að telja ljóst, bæði almennt og hvað varði varnaraðila sérstaklega, að innkaupin séu yfir viðmiðunarfjárhæð þjónustusamninga samkvæmt reglugerð nr. 583/2014 vegna opinberra innkaupa á EES-svæðinu. Telji nefndin þörf á að staðfesta umfang þeirra innkaupa sem um ræðir telji kærandi rétt að kærunefnd beini því til varnaraðila að leggja fram slík gögn. Það sé hafið yfir vafa að umrædd innkaup séu útboðsskyld, sbr. úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 7/2010. Sú háttsemi varnaraðila að virða að vettugi útboðsskyldu sína og halda áfram viðskiptum samkvæmt samningi við Icelandair sé ólögsmæt. Sá samningur hafi auk þess verið gerður heimildarlaust og án auglýsingar og skuli hann því lýstur óvirkur, sbr. 100. gr. a. laga um opinber innkaup.

Þá byggir kærandi á því að sú háttsemi Icelandair að umbuna starfsmönnum varnaraðila persónulega með vildarpunktum fyrir að beina viðskiptum varnaraðila til fyrirtækisins raski jafnræði aðila, stuðli að óhagkvæmni og hamli samkeppni við innkaup, enda reki önnur flugfélög, sér í lagi lággjaldaflugfélög, ekki vildarkerfi sem þessi. Þetta valdi því að starfsmenn hafi persónulega og fjárhagslega hagsmuni af því að kaupa fremur farmiða af þeim flugfélögum sem bjóða upp á vildarpunkta. Fyrirkomulag þetta sé í andstöðu við ákvæði laga og því skuli einnig af þessari ástæðu lýsa óvirkan samning varnaraðila við Icelandair

Í síðari greinargerð kæranda er því mótmælt að kærufrestur hafi verið liðinn er kærunefnd móttók kæru hinn 6. febrúar sl. Kæranda hafi ekki orðið kunnugt um hvernig

staðið væri að flugfarmiðakaupum ríkisins fyrr en í kjölfar umfjöllunar í Kastljósi 19. janúar 2015. Kæra hafi borist kærunefnd 18 dögum síðar. Umfjöllunin hafi gefið kæranda tilefni til að skoða málið og ekki verði talið sanngjarnt að ætla kæranda að hafa leitað þessara upplýsinga fyrir þann tímapunkt, þar sem varnaraðili hafi lýst því yfir frá árinu 2012 að til stæði að bjóða út farmiðakaup íslenska ríkisins.

Þá ítrekar kærandi sjónarmið um að rammasamningur Icelandair og varnaraðila frá því í maí 2009 verði lýstur óvirkur. Varnaraðili hafi ekkert gert til að tryggja sig gegn óvirkni samnings. Réttur bjóðenda væri af engu hafður ef fallist væri á það að unnt væri að gera samninga heimildarlaust og án útboðsauglýsingar, halda þeim leyndum út á við og að sex mánuðum liðnum yrði slíkum samningum ekki haggð. Þá ætti gildistími samningsins að vera liðinn en samkvæmt 3. mgr. 34. gr. laga um opinber innkaup má gildisstími rammasamnings ekki vera lengri en fjörur ár nema í undantekningartilvikum. Fyrir liggir að varnaraðili sé enn að eiga viðskipti á grundvelli samningsins sem ýti enn undir nauðsyn þess að samningurinn verði lýstur óvirkur.

Þá áréttar kærandi að máli þessu sé réttilega beint að varnaraðila einum þar sem Ríkiskaup sé einungis umsjónaraðili með opinberum innkaupum, en ekki eiginlegur kaupandi. Þá taki Ríkiskaup ekki ákvörðun upp á sitt einsdæmi um að bjóða skuli út tiltekin innkaup. Sé ekki á þetta fallist sé þess krafist að kærán taki til Ríkiskaupa til vara enda hafi Ríkiskaup átt fulla aðild að máli þessu.

Þá áréttar kærandi að innkaup ríkisins vegna flugfarmiðakaupa séu umfram viðmiðunarfrjárhæðir vegna innkaupa á EES-svæðinu, með hliðsjón af reiknireglum 26. og 28. gr. laga um opinber innkaup. Kærandi telur að það sé fyrirláttur af hálfu varnaraðila að bókhaldskerfi ríkisins sé þannig úr garði gert að ekki sé hægt að sundurgreina ferðakostnað með nákvæmum hætti, en fyrir ættu að liggja sundurgreinanlegar upplýsingar um einstaka þætti. Þá hafi kærunefnd talið að um útboðsskyldu væri að ræða í máli nr. 7/2010, þótt engar haldbærar tölur hefðu verið lagðar fram í málinu um heildarinnkaup varnaraðila.

Hvað varðar kröfu kæranda varðandi vildarpunktasöfnun þá kveður kærandi að í henni felist ekki að banna skuli alfarið slíkt fyrirkomulag heldur eingöngu að slíkt bann lúti að opinberum starfsmönnum við farmiðakaup hins opinbera. Ekkert sé því til fyrirstöðu að reglur þessa efnis séu settar. Krafa þessi er jafnframt sögð byggjast á 264. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, en sú háttsemi að bjóða vildarpunkta kunni að vera refsiverð samkvæmt ákvæðinu.

Þá heldur kærandi því fram að samningur varnaraðila og Icelandair sé rammasamningur í skilningi laga um opinber innkaup. Samningurinn sé gerður í þeim tilgangi

að slá föstum afsláttarskilmálum varnaraðila hjá Icelandair Ótvírætt sé um að ræða skilmála er varða verð auk þess sem kærunefnd útboðsmála hafi komist að þeirri niðurstöðu í úrskurði sínum í máli nr. 7/2010 að samningurinn bæri flest einkenni rammasamnings. Þá hafi flugfarmiðakaup áður verið boðin út í formi rammasamnings, en hluti þess útboðs hafi verið í samræmi við samninginn frá maí 2009.

Þá vísar kærandi til hagsmuna sinna af því að samkeppnisaðilar á markaði fyrir flugfarmiða séu jafn settir og geti viðhaft eðlilega samkeppni. Með núverandi fyrirkomulagi hafi einum samkeppnisaðila verið veitt forskot og staðan á samkeppnismarkaði þannig skekkt. Eigi það sér í lagi við þar sem að greiðslur til Icelandair séu þrefalt hærri en verð kæranda. Þá sé svo langt liðið frá því að varnaraðili hafið gefið yfirlýsingar um að innkaupin sem hér um ræðir skyldu boðin heildstætt út að ekki verði fallist á að varnaraðili hafi þegar orðið við aðal- og varakröfu kæranda.

Hvað varðar kröfu um að kærunefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila ítrekar kærandi niðurstöðu kærunefndar útboðsmála í máli nr. 12/2012, og telur að með sama hætti sé varnaraðili í þessu máli skaðabótaskyldur gagnvart sér vegna brota á útboðsreglum. Verulegar líkur séu á að kærandi hefði átt raunhæfa möguleika á því að vera valinn af kaupendum ef útboðsskylda hefði ekki verið sniðgengin. Í máli þessu liggja fyrir velta varnaraðila við Icelandair Ef ekki hefði notið við hins ólögðmæta samnings við Icelandair frá árinu 2009 megi ljóst vera að meiri viðskipti hefðu verið við kæranda.

### III

Varnaraðili byggir kröfu sína um frávísun máls þessa frá kærunefnd á því að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup sé liðinn. Síðasti rammasamningur um kaup á flugfarmiðum hafi runnið út 2012 og því hafi borið að leggja fram kæru fyrir a.m.k. tveimur árum. Þá byggir varnaraðili á því að það sé í andstöðu við ákvæði 95. gr. a. laga nr. 84/2007 að beina kæru þessa máls að varnaraðila eingöngu, en ekki Ríkiskaupum eða öðrum ríkisstofnunum sem kaupa farmiða. Varnaraðili stýri ekki innkaupum allra opinberra aðila á Íslandi þar sem þeir beri sjálfstæða ábyrgð á sínum innkaupum, en varnaraðili hafi einungis ákveðið eftirlitshlutverk.

Varnaraðili telur jafnframt að ekki hvíli skylda á honum til að gera rammasamning um innkaup. Opinberum aðilum sé hins vegar heimilt að gera slíka samninga í því skyni að auðvelda útboð ríkisins ef talið sé að margir opinberir aðilar geti nýtt sér slíkan samning og samvinna við innkaupin leiði til betri kjara. Þá sé heimilt að ákveða í slíkum samningi að kaupendur séu ekki skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings, enda séu slík frávik tilgreind í útboðsgögnum. Ríkiskaup kanni hvort hagkvæmt sé að gera

rammasamninga um sameiginlegar þarfir á vörum og þjónustu. Ef Ríkiskaup séu í vafa um að slíkt útboð skili hagkvæmni fyrir ríkið sé engin skylda til gerðar rammasamnings. Ein ástæða þess að opinberir aðilar hafi efast um hagkvæmni rammasamnings um flugfargjöld sé að mikil gróska sé í ferðamannaíðnaðinum og af og til berist fréttir af erlendum flugfélögum sem hafi ákveðið að hefja flug til landsins. Ef gerður yrði rammasamningar við þá tvo aðila á Íslandi sem bjóði upp á flug gætu opinberir aðilar ekki nýtt sér þau tækifæri sem bjódist á þessum síbreytilega markaði. Slíkur rammasamningur myndi draga úr samkeppni.

Varnaraðili byggir jafnframt á því að vísa eigi kröfu kæranda þess efnis að viðurkennt verði að óheimilt sé að veita svokallaða vildarpunkta eða aðra fjárhagslega umbun til opinberra starfsmanna frá kærufnd þar sem varnaraðili hafi ekki stjórn yfir flugfélögum og þeim viðskiptakjörum sem þau bjóða. Þar að auki sé það ekki á forræði kærufndar að banna flugfélögum að bjóða slíka viðskiptaskilmála. Varnaraðili og aðrir opinberir aðilar hafi ekki óskað eftir vildarpunktum fyrir starfsmenn sína, slíkt kerfi byggist alfarið á ákvörðun einkarekins félags á markaði.

Varnaraðili krefst þess að kærufnd hafni kröfu kæranda þess efnis að fyrirtækjasamningur varnaraðila við Icelandair frá 29. maí 2009 verði lýstur óvirkur. Um sé að ræða samning sem falli ekki undir lög um opinber innkaup þar sem fimm ár séu liðin frá því samningurinn hafi verið gerður og kærufrestur 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup því liðinn. Ljóst sé að samningurinn sé ekki rammasamningur og á meðan ekki sé gerður rammasamningur um innkaup á flugmiðum sé ekkert athugavert við það að ríkið reyni af fremsta megni að þiggja boðna afslætti vegna innkaupa. Kærandi hafi einnig gert afsláttarsamning við varnaraðila og með því hafi varnaraðili sýnt í verki að hann mismuni ekki aðilum.

Varnaraðili krefst þess einnig að kærufnd hafni því að skylda varnaraðila til að bjóða út umrædd innkaup. Krafa kæranda gangi út á það að boðinn verði út rammasamningur, en sú fagstofnun sem hafi með það að gera muni gera það þegar hún telji það þjóna þörfum og hagsmunum ríkisins. Enn sé á dagskrá Ríkiskaupa að finna leiðir til að bjóða þessi innkaup út en það verði aðeins gert ef sýnt þyki að það muni leiða til hagkvæmni fyrir ríkið í heild.

Þá hafnar varnaraðili því að kærandi hafi sýnt fram á að hann hafi orðið fyrir tjóni, eða að meint tjón sé sennileg afleiðing af gerðum varnaraðila. Kærandi hafi ekki sýnt fram á að hann hefði átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerast við meint brot, sbr. 101. gr. laga um opinber innkaup. Í rammasamningi megi semja við einn aðila eða marga og allsendis sé óvíst að kærandi fengi meiri viðskipti þótt rammasamningur yrði gerður. Þá er þess krafist að málskostnaðarkröfu kæranda verði hafnað.

#### IV

Samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup skal kæra borin skriflega undir kæruneftnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn rétti sínum. Eins og hér stendur á verður að miða við að kærufrestur hafi fyrst byrjað að líða eftir umfjöllun Kastljóss hinn 19. janúar sl. þar sem fjallað var um vildarpunktasöfnun og kostnað ríkisins vegna flugfarmiðakaupa. Gögn málsins bera með sér að í kjölfar þeirrar umfjöllunar hafi kærandi óskað eftir upplýsingum um farmiðakaup varnaraðila hjá Icelandair og verið upplýstur um að þau færu fram á grundvelli áðurlýsts fyrirtækjasamnings frá 29. maí 2009. Er því ekki fallist á það með varnaraðila að kærufrestur hafi verið liðinn þegar kæra málsins var móttækin hjá kæruneftnd hinn 6. febrúar sl.

Kærandi hefur kosið að beina kærinni eingöngu að varnaraðila, fjármála- og efnahagsráðuneytinu. Samkvæmt almennum reglum er fjármála- og efnahagsráðherra einn af fyrirsvarsmönnum íslenska ríkisins og getur komið fram fyrir hönd þess fyrir dómstólum og ráðstafað fjárhagslegum hagsmunum þess þar. Í 84. gr. laga um opinber innkaup kemur fram að opinber innkaup heyri undir umræddan ráðherra sem fari með framkvæmd laga um opinber innkaup. Í viðauka við fyrrgreindan fyrirtækjasamning varnaraðila við Icelandair er að finna lista yfir meira en 200 ríkisstofnanir og opinbera aðila. Verður að skilja samning þennan svo að þessir aðilar hafi átt að njóta þeirra afsláttarkjara sem samningurinn kvað á um. Þótt lög um opinber innkaup geri ráð fyrir því að Ríkiskaup komi fram fyrir hönd ríkisins og stofnana þess sem miðlæg innkaupastofnun við innkaup, þ.á m. við gerð rammasamninga sbr. 3. mgr. 85. gr. laganna, verður umræddur samningur ekki túlkaður á aðra leið en að varnaraðili hafi talið sig hafa heimild til þess að koma fram fyrir hönd umræddra ríkisstofnana við samningsgerðina.

Í málinu er upplýst að áðurlýstur fyrirtækjasamningurinn er enn grundvöllur viðskipta varnaraðila og umræddra ríkisstofnana við Icelandair um farmiðakaup. Þá verður að horfa til þess að varnaraðili hefur áður beint tilmælum til Ríkiskaupa um að skoða möguleika á því að bjóða innkaup á flugfarmiðum heildstætt út og hefur stofnunin orðið við þeim tilmælum, sbr. úrskurði kæruneftndar útboðsmála 22. júlí 2010 í máli nr. 7/2010 og 8. ágúst 2012 í máli nr. 12/2012. Einnig kemur fram í greinargerð varnaraðila að hann hafi í samstarfi við Ríkiskaup leitað leiða við bjóða út farmiðakaup síðastliðin tvö ár; áhersla sé lögð á að vel sé staðið að undirbúningi á slíku útboði og að það nái tilætluðum markmiðum um aukna hagkvæmni fyrir opinbera aðila. Að öllu þessu virtu er það álit kæruneftndar að kæranda hafi verið nægilegt að beina kæru sinni eingöngu að varnaraðila.

Í máli þessu er ekki um það deilt að flugfarmiðakaup teljist til þjónustusamninga í skilningi 4. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup. Viðmiðunarfjárhæð vegna skyldu til útboðs þjónustusamninga á evrópska efnahagssvæðinu nemur 21.571.317 krónum samkvæmt auglýsingu nr. 583/2014 um viðmiðunarfjárhæðir vegna inn opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu og samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup, sbr. 1. mgr. 78. gr. laganna. Viðmiðunarfjárhæð vegna þjónustuinnkaupa innanlands samkvæmt 2. þætti laga um opinber innkaup nemur hins vegar 14.900.000 krónum, sbr. 1. mgr. 20. gr. laganna. Samkvæmt 2. mgr. 26. gr. laganna skal reikna virði þjónustusamninga, þar sem heildarfjárhæð er ótilgreind, annað hvort miðað við áætlaða samningsfjárhæð allan gildistíma samningsins þegar samningur er gerður til 48 mánaða eða skemmri tíma, eða, þegar samningur er ótímabundinn eða óvíst er hver samningstíminn verður, miðað við heildargreiðslur samkvæmt samningnum í 48 mánuði. Samkvæmt 1. mgr. 28. gr. laganna skal reikna áætlað virði viðvarandi þjónustusamninga eða samninga sem endurnýja á innan tiltekins tíma annað hvort með hliðsjón af heildarfjárhæð áþekkra samninga á undangengnu fjárhagsári eða síðustu 12 mánuðum að teknu tilliti til breytinga á magni og verði fyrir næstkomandi 12 mánuði eða með hliðsjón af áætluðum kostnaði fyrir næstu 12 mánuði, eða lengra tímabil ef því er að skipta, frá því að þjónusta er fyrst innt af hendi. Óheimilt er að nota sérstakar aðferðir við útreikning í því skyni að komast hjá útboðsskyldu, sbr. 2. mgr. 28. gr. laganna.

Í málinu liggur fyrir að heildarkostnaður íslenska ríkisins vegna ferðalaga til útlanda og ferða erlendis árið 2013 nam um 900 milljónum króna, en innifalið í þeirri tölu er að sögn varnaraðila flug til og frá Íslandi, tengiflug erlendis, sem og öll ferðalög með lestum, rútum, skipum og ferjum. Þá hefur varnaraðili upplýst að það sé ekki greinanlegt í bókhaldi fjársýslu ríkisins hver viðskipti við einstök flugfélög eru árlega, en samkvæmt upplýsingum frá Icelandair hafi viðskipti ríkisins við félagið numið rúmlega 300 milljónum króna án þess að fram hafi komið við hvaða tímabil framangreind fjárhæð er miðuð. Samkvæmt þessu liggur ekki nákvæmlega fyrir hver kostnaður ríkisins er vegna flugfarmiðakaupa til og frá Íslandi. Með hliðsjón af þeim upplýsingum sem áður hafa verið raktar þykir þó mega slá því föstu að heildarkaup íslenska ríkisins á flugfarmiðum á því tímabili sem miða ber við séu langt umfram þær viðmiðunarfjárhæðir sem að framan greinir.

Innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum 1. mgr. 78. gr. laga um opinber innkaup skulu fara fram í samræmi við þau innkaupaferli sem kveðið er á um V. kafla laganna og ákvæði 35. – 43. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga, sbr. 1. mgr. 79. gr.



Innkaup yfir viðmiðunarfrjárhæðum 1. mgr. 20. gr. laganna skulu að meginstefnu fara fram samkvæmt sambærilegum innkaupaferlum í samræmi við nánari ákvæði 2. þáttar laganna. Í máli þessu liggur fyrir að varnaraðili og aðrar ríkisstofnanir hafa ekki keypt flugfarmiða í samræmi við þessi innkaupaferli. Eins og áður hefur verið lýst er hér um að ræða innkaup á tiltölulega einsleitri þjónustu á vegum ríkisins og ríkisstofnana sem varnaraðili hefur leitast við að stýra og hafa umsjón með, þ.á m. með því að stuðla að rammasamningsútboðum og gera samninga um afsláttarkjör. Með hliðsjón af þessari aðstöðu er það álit nefndarinnar að líta verði á þessi innkaup sem eina heild og jafnframt að þau séu á ábyrgð varnaraðila. Samkvæmt þessu er það niðurstaða nefndarinnar að varnaraðili hafi gerst brotlegur við áðurlýstar reglur um opinber innkaup með því að koma á fót og viðhalda ástandi þar sem umrædd þjónusta var ekki keypt inn í samræmi við lögákveðna innkaupaferla.

Kærandi krefst þess aðallega að „kærunefnd útboðsmála beini því til kærða að bjóða út umrædd innkaup heildstætt í gegnum miðlægt innkaupakerfi og mæti þar með útboðsskyldu allra þeirra opinberu aðila sem eru aðilar að slíku miðlægu innkaupakerfi.“ Kærandi krefst þess einnig að „viðurkennt verði að óheimilt sé að veita svokallaða vildarpunkta eða aðra fjárhagslega umbun til opinberra starfsmanna í skiptum fyrir kaup hins opinbera á þjónustu.“ Í 97. gr. laga um opinber innkaup eru tiltekin þau úrræði sem kærunefnd útboðsmála getur gripið til vegna brota á lögnum. Þar kemur fram að nefndin geti fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa, lýst samning óvirkan, lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup, auglýsa útboð á nýjan leik eða að fella niður tiltekna ólögmæta skilmála í útboðsgögnum. Samkvæmt 2. mgr. getur nefndin einnig látið uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda, auk þess nefndin getur kveðið á um málskostnað, sbr. 3. mgr., og dagsektir, sbr. 4. mgr. 97. gr. laganna.

Samkvæmt framangreindu er það ekki á forræði kærunefndar að ákveða hvernig kaupandi skuli velja á milli þeirra innkaupaferla sem kveðið er á um í lögum um opinber innkaup, svo sem hvort keypt skuli inn með rammasamningi eða öðrum lögmætum hætti. Af sömu ástæðum getur kærunefnd ekki tekið afstöðu til þess hvernig fara eigi með svokallaða vildarpunkta samkvæmt skilmálum innkaupaferlis sem hafa enn ekki verið ákveðnir. Nefndin minnir þó á að við opinber innkaup ber að gæta jafnræðis og gagnsæis, bæði við framsetningu útboðsskilmála og mat á tilboðum.

Kærandi krefst þess jafnframt að kærunefnd lýsi framangreindan fyrirtækjasamning Icelandair og varnaraðila frá 29. maí 2009 óvirkan, sbr. 1. mgr. 97. gr. og 1. mgr. 100. gr. a. laga um opinber innkaup. Samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laganna verður krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans. Verður að skilja þetta

ákvæði svo að frestur þessi sé fortakslaus og gildi án tillits til þess hvort kærandi vissi eða mátti vita um gerð eða tilvist viðkomandi samnings. Þegar af þessari ástæðu verður ekki fallist á kröfu kæranda um að framangreindur samningur verði lýstur óvirkur.

Í málinu er ekki fram komið að kærandi hafi orðið fyrir kostnaði við að undirbúa tilboð eða taka þátt í útboði þannig að honum beri bætur úr hendi varnaraðila samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup. Eins og málið liggur fyrir hefur kærandi ekki heldur leitt að því líkur að hann hafi orðið af viðskiptum og þolað tjón vegna háttsemi varnaraðila. Eru því ekki efni til þess að nefndin láti uppi álit á skaðabótaskyldu varnaraðila.

Samkvæmt öllu framangreindu verður fallist á varakröfu kæranda þess efnis að kærunefnd beini því til varnaraðila að framangreind innkaup verði boðin út í samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup. Að öðru leyti er kröfum kæranda hafnað.

Eftir úrslitum málsins þykir rétt að varnaraðili greiði kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 800.000 krónur.

Úrskurðarorð:


Lagt er fyrir varnaraðila, fjármála- og efnahagsráðuneytið, að bjóða út innkaup ríkisins á flugfarmiðum til og frá Íslandi.

Öðrum kröfum kæranda, WOW air ehf., er hafnað.

Varnaraðili greiði kæranda 800.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 29. apríl 2015.

  
Skúli Magnússon

  
Stanley Pálsson

  
Asgerður Ragnarsdóttir