

ÚRSKURÐUR

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 12/1998

Vegagerðin

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfi, dags. 31. júlí 1998, hefur Vegagerðin kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/1998](#), dags. 8. júlí 1998.

Með ákvörðuninni beinir samkeppnisráð, með heimild í 17. gr. samkeppnislaga, fyrirmælum í þremur liðum til Vegagerðarinnar vegna útboða. Í 3. tölulið ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar eru fyrirmæli um að Vegagerðin skuli senda bjóðendum greinargerð með rökstuðningi um val á tilboði ef hagstæðasta tilboðið er ekki jafnframt lægsta tilboð.

Áfrýjandi krefst þess að fyrirmæli samkeppnisráðs í 3. tölulið ákvörðunarorðanna verði felld úr gildi.

Samkeppnisráð krefst þess að 3. töluliður ákvörðunarorðanna verði staðfestur.

II.

Málavextir eru þeir að Samkeppnisstofnun barst, á fyrri hluta árs 1998, erindi frá Arnari E. Gunnarssyni, Bálkastöðum, Hrútafirði, vegna mats á tilboðum er varða útboð áfrýjanda á vetrarþjónustu á Holtavörðuheidi árin 1997 - 2000. Í erindinu var farið fram á að Samkeppnisstofnun tæki til athugunar hvort fyrrgreint útboð stæðist ákvæði samkeppnislaga. Arnar E. Gunnarsson var einn af tilboðsgjöfum í umrætt verk.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs er lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Á fundi samkeppnisráðs 8. júlí 1998 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

„Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, beinir samkeppnisráð eftirfarandi fyrirmælum til Vegagerðarinnar:

1. Vegagerðin hagi útboðslýsingum þannig að unnt sé samkvæmt þeim að meta tilboð á hlutlægan og faglegan hátt. Þess skal gætt við mat á tilboðum að þeim sem starfa á viðkomandi markaði sé ekki mismunað.
2. Þess skal vandlega gætt að útboðslýsingar í útboðum Vegagerðarinnar séu skýrar og greinilegar og að forsendur fyrir mati á tilboðum séu aðgengilegar þeim sem í verkin bjóða.
3. Vegagerðin skal, ef hagstæðasta tilboð er ekki jafnframt lægsta tilboð, senda bjóðendum greinargerð með rökstuðningi um valið á tilboðinu eigi síðar en þremur vikum eftir að ákvörðun um að taka tilboði hefur verið tekin, eins og segir í IST 30:1997, grein 9.3.1., sem Vegagerðin er aðili að.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Arnari E. Gunnarssyni var veittur kostur á að koma fram með athugasemdir og skilaði hann athugasemdum af sinni hálfu dags. 29. ágúst 1998.

III.

Áfrýjandi telur að hin kærðu fyrirmæli fari í bága við gildandi reglur laga um útboð, nr. 65, 1993, ákvæði ÍST30:1997 og viðteknar venjur í útboðum. Bent er á að grein 9.3.1. í ÍST 30:1997 sé svohljóðandi:

„Ef hagstæðasta tilboð er ekki jafnframt lægsta tilboð ber verkkaupa að senda bjóðendum greinargerð með rökstuðningi um valið á tilboðinu eigi síðar en þremur vikum eftir að ákvörðun um að taka tilboðinu hefur verið tekin.“

Ennfremur er bent á að ákvæðið sé undirgrein greinar 9.3. sem fjalli um lokuð útboð og sé svohljóðandi:

„Nú er útboð lokað og hefur þá verkkaupi aðeins rétt til að taka hagstæðasta tilboði að mati verkkaupa eða hafna þeim öllum.“

Áfrýjandi telur að af samhengi þessara greina sé ljóst að í grein 9.3.1. sé eingöngu fjallað um þau útboð sem grein 9.3. tekur til, þ.e. lokuð útboð. Áfrýjandi kveður að í IST30;1997 sé gerður skýr greinarmunur á almennum

útboðum og lokuðum útboðum. Samkvæmt grein 9.2. sé heimilt að taka hvaða tilboði sem er eða hafna þeim öllum þegar um almenn útboð er að ræða og ekki séu gerðar neinar kröfur um greinargerðir með rökstuðningi til bjóðenda um val á tilboði. Samkvæmt grein 9.3. séu verkkaupa settar strangari skorður um val á tilboði og að sama skapi strangari reglur varðandi rökstuðning þegar um lokuð útboð sé að ræða.

Áfrýjandi bendir á að í lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða sé gerður greinarmunur á almennum og lokuðum útboðum og að með sama hætti sé einungis áskilin greinargerð með rökstuðningi fyrir vali á tilboði í þeim tilvikum sem um ræðir í 14. gr. laganna, þ.e. þegar um lokuð útboð er að ræða. Þegar um almenn útboð sé að ræða sé kaupanda heimilt að taka hvaða tilboði sem hann kys, sbr. 13. gr. laganna með þeirri undantekningu sem greinir í 12. gr. og verði ekki lögð á hann skylda að rökstyðja með greinargerð val sitt fyrir öðrum bjóðendum enda sé regla 2. mgr. 14. gr. þar að lútandi sett um lokuð útboð en ekki almenn útboð.

Áfrýjandi bendir á að það útboð sem hér sé til umfjöllunar hafi verið almennt útboð en að þær reglur sem samkeppnisráð vísi til í ákvörðun sinni eigi aðeins við um lokuð útboð.

Hvað varðar umfjöllun samkeppnisráðs um markaðsráðandi stöðu áfrýjanda er fallist á að um sé að ræða markaðsráðandi stöðu á þjóðvegum en ekki að því er varðar aðra vegi. Áfrýjandi telur vafa leika á hvort rétt sé að telja framkvæmdir á þjóðvegi sérstakan markað. Áfrýjandi dregur í efa að ályktun samkeppnisráðs um markaðsráðandi stöðu Vegagerðarinnar sem veghaldara þjóðvega hafi þýðingu við úrlausn málsins.

Að mati áfrýjanda gera fyrirmæli samkeppnisráðs í 3. tölulið ákvörðunarorðanna það viðurhlutameira fyrir stofnunina að taka hagstæðasta tilboði ef það er ekki jafnframt það lægsta. Erfitt geti verið að fullnægja umræddri skyldu í öllum tilvikum og yrði hún mjög íþyngjandi sem almenn regla um öll útboð. Áfrýjanda sé gert að sæta strangari reglum varðandi rökstuðning en aðrir aðilar og því sé ljóst að um íþyngjandi ákvörðun sé að ræða.

Að mati áfrýjanda er 3. töluliður ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar án tilskilinnar heimildar í lögum og fer í bága við almennar reglur og venjur sem gilda um framkvæmd útboða. Bent er á að fyrirmælin leiði til þess að áfrýjandi verði að upplýsa um veikleika einstakra bjóðenda sem geti skaðað samkeppnisstöðu viðkomandi verktaka.

Samkeppnisráð kveður að í fyrirmælum sínum í 3. tölulið ákvörðunarorðanna felist að gerðar séu ríkari kröfur til áfrýjanda en almennt gildi um framkvæmd útboða.

Að mati samkeppnisráðs geta útboð sem ekki eru framkvæmd eftir réttum reglum haft skaðleg áhrif á samkeppni. Ef forsendur útboðs séu óljósar og jafnvel ókunnar þeim sem taka þátt í útboði og jafnframt ef mat verkkaupa á tilboðum fari að miklu leyti eftir huglægum atriðum sé augljóst að útboð nái ekki þeim tilgangi að efla samkeppni. Samkeppnisráð telur að í því máli sem hér um ræðir hafi huglægt mat að miklu leyti ráðið úrslitum og bent er á að ekki hafi verið gefnar upp forsendur fyrir mati á tilboðsgjöfum og tækjum þeirra í útboðsgögnum. Slík framkvæmd útboðs hefur að mati samkeppnisráðs skaðleg áhrif á samkeppni í skilningi b-liðs 1. mgr. 17. gr. sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Krafa um að áfrýjandi rökstyðji ákvarðanir sínar um val á tilboðum sé til þess fallin að tryggja að beitt sé málefnalegum og hlutlægum aðferðum við framkvæmd úboða.

Samkeppnisráð telur að hin markaðsráðandi staða áfrýjanda á þeim markaði sem um ræði hafi verulega þýðingu við úrlausn málsins. Bent er á að áfrýjandi sé umfangsmikill kaupandi á þjónustu er lúti að vegagerð og skyldum þáttum. Ljóst sé að aðilar sem starfi á þessum markaði eigi ekki kost á verkefnum nema fyrir milligöngu áfrýjanda. Þegar þannig hátti til verði að gera ríkar kröfur til þessa að hinn markaðsráðandi aðili hagi starfsemi sinni í hvívetna með þeim hætti að ekki sé um mismunun að ræða á milli keppinauta.

Samkeppnisráð telur að af ákvæðum laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboðs megi ráða þær lágmarkskröfur sem gerðar séu til verkkaupa við útboð. Hins vegar sé unnt að gera ríkari kröfur á grundvelli samkeppnislaga.

Samkeppnisráð tekur fram að með 3. tölulið ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé á engan hátt verið að skerða rétt áfrýjanda til að taka hagstæðasta tilboði. Bent er á að ákvörðunin þjóni því markmiði að jafna innbyrðis samkeppnisstöðu þeirra aðila sem keppa um þau verk sem áfrýjandi býður út.

IV.

Niðurstöður.

Í máli þessu hefur áfrýjandi kært 3. tölulið ákvörðunarorða ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 22/1998 frá 8. júlí s.á. Áfrýjandi hefur ekki kært 1. og 2. tölulið ákvörðunarorðanna og koma þeir því ekki til skoðunar hér.

Í 3. tlf. ákvörðunarorðanna felast fyrirmæli til Vegagerðarinnar um að senda bjóðendum í verk greinargerð með rökstuðningi um valið á tilboði ef það hagstæðasta er ekki jafnframt það lægsta. Slíka greinargerð skal senda samkvæmt ákvörðunarorðunum eigi síðar en þremur vikum eftir að ákvörðun um að taka tilboði hefur verið tekin.

Útboð það sem varð tilefni umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs nefndist „Vetrarþjónusta á Holtavörðuheidi 1997-2000“ og var það byggt á útboðsgögnum sem reifuð eru nánar í hinni kærðu ákvörðun. Við mat á því hvaða tilboði skyldi tekið var gert ráð fyrir því annars vegar að metið yrði hvaða tilboð væri lægst í krónutölu samkvæmt kerfi sem gerð var nánar grein fyrir í útboðsgögnum en hins vegar skyldi meta tilboðsgjafana sjálfa og tæki þeirra eftir tilteknu kerfi. Voru gefin stig í báðum tilvikum og var sá bjóðandi metinn með hagstæðasta boð sem flest fékk stiginn samkvæmt kerfi þessu. Taldi Samkeppnisstofnun eftir athugun að forsendur fyrir mati á tilboðsgjöfum og tækjum þeirra hefðu ekki verið gefnar upp sem skyldi og mat Vegagerðarinnar á þessum þáttum hefðu verið huglægar og órökstuddar að talsverðu leyti.

Í lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða er gerður greinarmunur á almennum og lokuðum útboðum. Þar segir m.a. svo:

„13. gr.

Sé um almennt útboð að ræða er kaupanda heimilt að taka hvaða tilboði sem er eða hafna þeim öllum. Þetta gildir þó með þeirri takmörkun sem fram kemur í 12. gr.

14. gr.

Sé um lokað útboð að ræða er kaupanda einungis heimilt að taka hagstæðasta tilboði, eða hafna þeim öllum.

Sé hagstæðasta tilboð ekki jafnframt það lægsta ber kaupanda að senda bjóðendum, sem áttu lægri tilboð en það sem tekið var, greinargerð með rökstuðningi um valið á tilboðinu eins fljótt og mögulegt er.“

Eins og fram kemur í 2. mgr. 14. gr. umræddra laga ber að rökstyðja val á tilboðum þegar um lokað útboð er að ræða en sambærilegt ákvæði er ekki að finna að því er varðar almennt útboð. Engu að síður ber að líta svo á að það ráðist af túlkun laganna um framkvæmd útboða hvort og að hvaða marki rökstyðja beri val á tilboði og þá hverjum eigi að senda slíkan rökstuðning.

Framangreint leiðir til þeirrar niðurstöðu að samkeppnisyfirlöndum brestur heimild á grundvelli samkeppnislaga til að kveða á um rökstuðning með

þeim hætti sem gert var í 3. tölulið ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.
Ber því að taka kröfur áfrýjanda til greina og fella hana úr gildi að því er varðar
3. tölulið.

V.

Úrskurðarorð.

Ákvæði 3. töluliðar ákvörðunarorða ákvörðunar samkeppnisráðs
nr. 22/1998, frá 8. júlí 1998, er felld úr gildi.

Reykjavík, 14. september 1998.

Stefán Már Stefánsson

Magnús H. Magnússon

Anna Kristín Traustadóttir