

Miðvikudaginn 20. desember 1995 kl. 12:15

67. fundur Samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 34/1995

**Kvörtun Össurar hf. yfir útboði
Tryggingastofnunar ríkisins og Ríkiskaupa**

I.

Erindið

Samkeppnisstofnun barst erindi, dags. 22. mars 1995, frá Aðalsteini E. Jónassyni hdl. f.h. Össurar hf. vegna útboðs Ríkiskaupa nr. 10105 til kaupa á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm fyrir Tryggingastofnun ríkisins. Erindið er í raun tvíþætt. Í fyrsta lagi lýsir lögmaðurinn þeirri skoðun umbjóðanda síns, sem var þátttakandi í útboðinu, að ekki hafi verið staðið rétt að útboðsmeðferðinni og úrvinnslu tilboða af hálfu Tryggingastofnunar ríkisins. Lögmaðurinn telur að brotið hafi verið gegn ýmsum ákvæðum samkeppnislaga nr. 8/1993, laga um opinber innkaup nr. 52/1987 og laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993. Í öðru lagi kveður lögmaðurinn umbjóðanda sinn vera þeirrar skoðunar að útboð af þessu tagi fái almennt ekki staðist að lögum. Af þeim sökum telji hann mikilvægt að útboðið verði í heild sinni ógilt og það endurtekið ef á annað borð verði talið eðlilegt að viðhafa útboð um þessa vöru og þjónustu. Krefst hann þess að Samkeppnisráð grípi til þeirra úrræða sem það hafi samkvæmt lögum til að svo megi verða.

Verður sá þáttur erindisins er snýr að framkvæmd útboðsins tekinn hér til skoðunar. Samkeppnisráð mun hins vegar birta álit á grundvelli d-liðar 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga samhliða þessari ákvörðun, varðandi þann þátt erindisins er snýr að því álitaefni hvort slíkt útboð sem hér um ræðir sé almennt andstætt samkeppnislögum.

II. Málavextir og lagarök

1.

Útboð nr. 10105 til kaupa á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm var framkvæmt með stoð í 41. gr. laga um almannatryggingar nr. 117/1993. Í því ákvæði er sjúkratryggingadeild Tryggingastofnunar veitt heimild til að semja, m.a. með útboði, við stofnanir, fyrirtæki eða einstaklinga um þá þjónustu sem stofnuninni ber að veita skv. lögum. Ríkiskaup höfðu milligöngu um útboðsmeðferðina lögum samkvæmt og notast var við svokallað lokað útboð. Með lokuðu útboði er átt við útboð þar sem tilteknum aðilum er einum gefinn kostur á að gera tilboð og eingöngu er heimilt að taka við tilboðum frá þeim sem boðið hefur verið að taka þátt, sbr. 2. og 15. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða. Fer þá fram forval í upphafi útboðsmeðferðar, þar sem kaupandi velur þá sem fá að taka þátt í hinu lokaða útboði.

Í erindi lögmanns Össurar hf. kemur fram að fyrirtækið gerði tilboð í spelkur og gervilimi og að tilboðin í gervilimi hafi öll verið samþykkt, en þrátt fyrir það geri hann ýmsar athugasemdir við útboðið og úrvinnslu þess. Segir m.a. í erindi lögmannsins: „Af hálfu Össurar hf. er í fyrsta lagi litið svo á að útboð á umræddum vörum og þjónustu fái ekki staðist vegna þess hversu sérstakar aðstæður eru til staðar og þá sérstaklega vegna stöðu TR sem einkakaupanda á umræddum útboðsvörum (og þjónustu). Í annan stað liggur ljóst fyrir að TR hefur ekki haft í heiðri ýmis grundvallarsjónarmið sem gilda um útboðsmeðferð af umræddum toga. Þannig er ekki nóg með að útboðið sem slíkt sé andstætt lögum heldur stangast útboðsmeðferðin jafnframt á við lög.“

Lögmaðurinn telur ljóst, með vísan til 2. gr. samkeppnislaga, að lögin taki til starfsemi Tryggingastofnunar sem hér um ræðir. Hann telur umrædda útboðsmeðferð m.a. brjóta í bága við ákvæði 1. og 17. gr. samkeppnislaga. Þar sem ekki hafi verið staðið rétt að málum við útboðið og ekki farið að þeim lögum sem um viðkomandi starfsemi gilda, verði afleiðingin sú að í stað þess að vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins stuðli útboðið að óhagkvæmri nýtingu þeirra. Hin óhagkvæma nýting framleiðsluþátta felist í því að valkostum viðskiptavina fækki, framleiðsla og sala verði dýrari og keppinautar útilokist frá markaðnum, sbr. b-lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Í erindi lögmannsins er bent á að lög um opinber innkaup nr. 52/1987 gildi um útboð þetta en samkvæmt 6. gr. þeirra laga skuli því tilboði jafnan tekið sem hagstæðast sé miðað við verð, vörugæði, afgreiðslu og aðra skilmála og skylt sé að veita bjóðendum upplýsingar um hvaða tilboði sé tekið og hvers vegna. Samkvæmt 14. gr. laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993, sem jafnframt gildi um útboð þetta, sé einungis heimilt að taka hagstæðasta tilboði þegar um lokað útboð sem þetta sé að ræða, eða hafna þeim öllum. Í 2. mgr. 14. gr. komi fram, að kaupanda beri að senda bjóðendum greinargerð með rökstuðningi um val á tilboði, sé hagstæðasta tilboð ekki jafnframt það lægsta. Í sumum tilvikum hafi þær skýringar verið gefnar á höfnun tilboða Össurar hf. í einstaka stoðtæki, að fram boðið verð hafi verið of hátt. Lögmaðurinn rekur í erindi sínu nokkur dæmi þess að þetta fái ekki staðist í öllum tilvikum. Einnig áréttar hann að ekki megi gleyma að hafa hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem sett hafi verið fram í útboðsskilmálum, sbr. lið 0.9, en þar segi að jafnframt skuli eftirfarandi atriði hafa áhrif á val tilboða: afhendingartími, greiðsluskilmálar, tæknilegir möguleikar, ábyrgðarskilmálar, þjónusta, læknisfræðilegir eiginleikar vörunnar og endurnýtingarmöguleikar. Lögmaðurinn kveður það liggja ljóst fyrir að lægstu tilboðunum hafi ekki ávallt verið tekið og að Tryggingastofnun hafi ekki sýnt fram á nein þau sjónarmið sem réttlætt geti þá meðferð. Ofangreint leiði til þess að Tryggingastofnun hafi m.a. brotið gegn lögum um framkvæmd útboða nr. 65/1993, sem samkvæmt framansögðu gildi um útboðsmeðferð þessa. Samkvæmt 20. gr. þeirra laga leiði brot gegn þeim til bótaábyrgðar samkvæmt almennum reglum, jafnframt því sem útboðið sé í heild sinni lýst ógilt.

Í erindinu kemur einnig fram gagnrýni á hæfni þeirra sem stóðu að úrvinnslu tilboðanna af hálfu Tryggingastofnunar og telur lögmaðurinn þá ekki hafa haft nægilega þekkingu á þessu sviði enda hafi enginn þeirra haft sérfræðimenntun sem að þessu snúi. Lögmaðurinn kveður umbjóðanda sinn ekki geta treyst því að tilboðin fái faglega meðhöndlun vegna þessa. Jafnframt bendir hann á að það hljóti að vera grundvallarskilyrði að þeir aðilar sem vinna úr tilboðunum hafi fullkomna þekkingu á viðkomandi sviði. Einnig fjallar lögmaðurinn um þá skilmála sem Tryggingastofnun hafi haft til hliðsjónar við val á tilboðum og telur þá ekki hafa verið í samræmi við útboðsskilmálana og nefnir hann nokkur dæmi máli sínu til stuðnings. Telur hann slík vinnubrögð stangast á við 16. gr. laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993 þar sem segi, að samanburður á tilboðum og ákvörðun um hvaða tilboði skuli tekið eða við hvern bjóðanda skuli samið, skuli fara fram á grundvelli útboðsskilmálanna.

Lögmaðurinn telur Tryggingastofnun hafa brotið gegn ýmsum ákvæðum stjórnsýslulaga nr. 37/1993 með úrvinnslu sinni á tilboðum og vísar í því skyni í

jafnræðisregluna. Með því að samþykkja tilboð frá nokkrum fyrirtækjum sem buðu lágsta verð en ekki öðrum, sé brotið gegn því jafnræði sem útboðsmeðferð af umræddu tagi byggist á.

2.

Erindi Aðalsteins E. Jónassonar hdl. var sent Tryggingastofnun ríkisins til umsagnar og barst svar í bréfi, dags. 5. apríl 1995, frá Helga V. Jónssyni hrl. fyrir hönd Tryggingastofnunar. Í bréfinu hafnar lögmaðurinn alfarið þeim sjónarmiðum Össurar hf. að umrædd útboðsmeðferð hafi brotið í bága við lög. Kveður hann samning hafa verið gerðan milli Össurar hf. og Tryggingastofnunar þann 23. nóvember 1994 og sé kæra Össurar hf. því byggð á röngum forsendum og beri að hafna henni þegar af þeirri ástæðu.

Lögmaðurinn rekur málsatvik og kveður við útboðsmeðferðina hafa verið litið til útboðsmeðferðar Svía en Ríkiskaup hafi haft milligöngu um útboðið. Í útboðslýsingu hafi verið áskilinn réttur til að skipta kaupnum á milli bjóðenda en bjóðendum hafi jafnframt verið heimilað að bjóða aðeins í hluta þeirra vara sem getið hafi verið um á tilboðsblöðum. Hinn 7. nóvember 1994 hafi hafist viðræður milli Össurar hf. og Tryggingastofnunar um samning á þeim hluta tilboðs fyrirtækisins sem Tryggingastofnun vildi samþykkja og hafi samningur milli aðila verið undirritaður hinn 23. nóvember 1994. Hafi Tryggingastofnun gefið út lista yfir samþykkt tilboð í janúar 1995 en að ósk bjóðenda hafi verið gerðar lagfæringar á listanum sem rúmuðust innan ramma samninga.

Því er alfarið hafnað í bréfi lögmannsins að útboðið brjóti gegn 6. gr. laga nr. 52/1987 og 14. gr. laga nr. 65/1993. Í þessu sambandi sé nauðsynlegt að skoða sérstöðu útboðs þessa, þar sem leitast sé við að mæta margs konar sjónarmiðum við val á hagstæðustu boðunum, þ.e. bæði sjónarmiðum bjóðenda og skjólstæðinga Tryggingastofnunar. Einnig mótmælir lögmaðurinn verðsamanburði lögmanns Össurar hf. og telur vörur þær er hann hafi borið saman í erindi sínu ekki sambærilegar og tekur nokkur dæmi því til stuðnings.

Því er alfarið mótmælt af hálfu Tryggingastofnunar að þeir aðilar sem unnu úr tilboðunum hjá stofnuninni hafi ekki haft nægilega þekkingu til þeirra starfa. Einnig er því hafnað að stofnunin hafi við val tilboða stuðst við önnur sjónarmið en komu fram í útboðsskilmálunum. Lögmaðurinn mótmælir því einnig að Tryggingastofnun hafi með útboði sínu eða úrvinnslu þess brotið gegn ákvæðum stjórnsýslulaga, enda hafi

fyrirsvarsmönnum Össurar hf. gefist möguleiki á að koma með athugasemdir sínar, sem og þeir hafi gert. Undirritun samnings við stofnunina sýni að Össur hf. hafi sætt sig við útboðið og framkvæmd þess.

3.

Athugasemdir lögmanns Össurar hf. við umsögn lögmanns Tryggingastofnunar bárust með bréfi, dags. 29. maí 1995. Þar kemur fram, að lögmaðurinn hafnar því að forsendur kvörtunar umbjóðanda hans séu brostnar. Hann telur ljóst að þrátt fyrir að umbjóðandi hans hafi undirritað samning við Tryggingastofnun þann 23. nóvember 1994 hafi forsendur fyrir kvörtun hans ekki breyst. Annars vegar telur hann samninginn ekki hafa verið endanlegan og hins vegar megi ekki gleyma því, að samningurinn hafi ekki tekið til allra þeirra vara sem umbjóðandi hans hafi gert tilboð í. Þannig hafi tilboðum í ýmsar vörur verið hafnað á sama tíma og tilboðum annarra bjóðenda í sömu vöru hafi verið tekið, þótt þau tilboð hafi í sumum tilvikum verið hærri. Lögmaðurinn kveður því ljóst vera að þótt umbjóðandi hans hafi undirritað samning þann 23. nóvember 1994 breyti það engu um kærurétt hans.

Ítrekar lögmaðurinn það sjónarmið umbjóðanda síns að nauðsynlegt hefði verið fyrir Tryggingastofnun að hafa stoðtækjafræðing eða stoðtækjasmíð með í ráðum við faglega úrvinnslu tilboðanna. Einnig telur hann mjög villandi að ætla að byggja faglegt mat á eiginleikum vörunnar á rissmyndum sem tilbjóðendur sjái sjálfir um.

4.

Umsögn Aðalsteins E. Jónassonar hdl. var send Helga V. Jónssyni hrl. til athugasemda. Bárust athugasemdir hans í bréfi, dags. 17. ágúst 1995. Þar ítrekar lögmaðurinn þau sjónarmið Tryggingastofnunar að kvörtun yfir framkvæmd útboðsins samrýmist ekki samningi Össurar hf. við stofnunina. Samningur sá er undirritaður var af aðilum þann 23. nóvember 1994 hafi verið endanlegur samningur, sem hafi borið með sér um hvaða vöruflokka hafði verið samið. Samningnum hafi hins vegar fylgt listi yfir einstakar vörutegundir sem hafi tekið breytingum eftir athugasemdir tilbjóðenda.

III.

Niðurstöður

1.

Af gögnum málsins má ráða að af hálfu Össurar hf. er litið svo á, að framkvæmd Ríkiskaupa og Tryggingastofnunar á útboði nr. 10105 hafi falið í sér brot á samkeppnislögum nr. 8/1993, sérstaklega 1. og 17. gr. laganna, lögum um opinber innkaup nr. 52/1987, lögum um framkvæmd útboða nr. 65/1993 og stjórnslulögum nr. 37/1993. Telja aðstandendur Össurar hf. að í umræddu útboði hafi ekki verið farið eftir þeim lögum og reglum sem um framkvæmd útboða gilda. Synjun Tryggingastofnunar á þeim þáttum í tilboði Össurar hf., sem ekki fengust samþykktir, hafi ekki verið byggð á lögmatum forsendum. Kaupanda sé lögum samkvæmt eingöngu heimilt að taka hagstæðasta boði en Tryggingastofnun hafi ekki farið eftir þeirri reglu og tekið tilboðum sem voru óhagstæðari en tilboð Össurar hf., bæði að því er varði verð og aðra þá þætti sem líta skyldi til við val á tilboðum.

2.

Um umrætt útboð gilda m.a. lög nr. 52/1987 um opinber innkaup og lög nr. 65/1993 um framkvæmd útboða. Einnig hefur stjórn opinberra innkaupa gefið út reglur um innkaup ríkisins, sem ætlað er að styðja við ákvæði laga og markmið stjórnvalda um útboð.

Í 1. gr. laga nr. 52/1987 um opinber innkaup kemur fram, að tilgangur laganna er að tryggja hagkvæmni í rekstri ríkisins að því er varðar kaup á vörum og þjónustu til rekstrar og framkvæmda. Samkvæmt 2. gr. laganna skal yfirstjórn opinberra innkaupa vera falin sérstakri stjórn sem skipuð er þremur mönnum. Í 17. gr. reglugerðar um opinber innkaup og starfsemi Innkaupastofnunar ríkisins (Ríkiskaupa), sem sett er skv. heimild í lögum nr. 52/1987, kemur fram að nefnd stjórn er ráðgefandi um undirbúning útboða á vegum Innkaupastofnunar ríkisins og eru útboðslýsingar háðar samþykki hennar. Er stjórninni einnig ætlað að fylgjast með framkvæmd útboða.

Innkaupastofnun ríkisins er falið það hlutverk skv. lögum nr. 52/1987 að annast innkaup á vörum og þjónustu fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki og skv. 6. gr. skal fylgt þeirri meginreglu „...að bjóða út kaup á vörum og þjónustu til rekstrar og fjárfestingar. Skal tilboða leitað með hæfilegum fyrirvara. Jafnan skal tekið því boði sem hagkvæmast er miðað við verð, vörugæði, afgreiðslu og aðra skilmála. Skylt er að veita tilbjóðendum upplýsingar um hvaða tilboði er tekið og hvers vegna.“

Ákvæði 9.–14. gr. laganna gilda einungis um útboð og innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Samkvæmt 9. og 10. gr. laganna er skylt að bjóða út á Evrópska efnahagssvæðinu innkaup stofnana og fyrirtækja ríkisins þegar

verðmæti vöru nemur þeim fjárhæðum sem tilgreindar eru í 10. gr. Vörur þær og þjónusta sem mál þetta fjallar um voru boðin út á EES-svæðinu.

Ákvæði laga nr. 52/1987 hafa einnig að geyma sérstök úrræði til handa bjóðanda sem telur ákvæði laganna hafa verið brotin. Í 13. gr. kemur fram að telji bjóðandi að stjórnvöld hafi við framkvæmd útboðs eða gerð samninga um innkaup brotið ákvæði laganna, sé honum heimilt að senda skriflega og rökstudda kæru til fjármálaráðuneytisins. Í 14. gr. segir m.a. að um meðferð kæru, úrræði og bótaskyldu fari skv. 26.–31. gr. laga nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda, eftir því sem við á.

Samkvæmt 26. gr. þeirra laga getur fjármálaráðuneytið, eftir að hafa fengið kæru til meðferðar, gripið til tiltekinna aðgerða fram að þeim tíma er tilboð frá bjóðanda hefur verið samþykkt. Fjármálaráðuneytinu er þannig heimilt að stöðva útboð um stundarsakir eða breyta ákvörðun verkkaupa. Sætti kærandi sig ekki við ákvörðun fjármálaráðuneytisins getur hann almennt borið ákvörðun verkkaupa í sambandi við framkvæmd útboðs eða gerð verksamnings undir dómstóla.

Um framkvæmd útboða almennt gilda lög nr. 65/1993. Svo fremi sem sérákvæði í þeim lögum sem Ríkiskaup starfa eftir mæla ekki fyrir um annað verður að telja að starfsmönnum Ríkiskaupa sé skylt að fara eftir ákvæðum laga nr. 65/1993. Samkvæmt 1. gr. laganna eiga þau við þegar útboði er beitt til þess að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu. Lögin taka hins vegar ekki til útboða á fjármagns- eða verðbréfamarkaði.

Í lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða koma fram reglur um hvernig beri að auglýsa tilboð og mælt er fyrir um hvernig staðið skuli að opnun þeirra. Einnig eru ákvæði um frest til þess að taka tilboði og tilgreint hvernig val og höfnun á tilboði skuli fara fram. Útboð það sem hér er til umfjöllunar er svokallað lokað útboð. Samkvæmt 14. gr. laga nr. 65/1993 er kaupanda einungis heimilt að taka hagstæðasta tilboði, eða hafna þeim öllum þegar um lokað útboð er að ræða. Brot á lögnum leiðir til bótaábyrgðar samkvæmt almennum reglum, jafnframt því sem útboðið skal í heild sinni lýst ógilt, sbr. 20. gr. laganna.

Þann 1. september 1993 gaf stjórn opinberra innkaupa út reglur um innkaup ríkisins. Í formála kemur fram að reglunum sé ætlað að styðja við ákvæði laga og markmið stjórnvalda um útboð. Reglum þessum er jafnframt ætlað að skýra samskipti og skapa traust á milli kaupenda og seljenda. Ekki er ástæða til þess að reifa efni þessara reglna.

Ekki er talið nauðsynlegt í máli þessu að líta til gerða sem gilda um opinber útboð á EES-svæðinu.

3.

Af framangreindu er ljóst, að með lögum um opinber innkaup hefur löggjafinn sett fram þá meginreglu að bjóða skuli út kaup á þeim vörum og þeirri þjónustu sem ríkið og stofnanir þess þarfnast til rekstrar og framkvæmda. Almennt má telja þessa stefnu löggjafans falla vel að markmiðum samkeppnislaga þar sem hún er til þess fallin að efla virka samkeppni í viðskiptum og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Sérstakri ríkisstofnun, Ríkiskaupum, er ætlað að annast framkvæmd útboða af hálfu ríkisins. Í lögum um opinber innkaup, lögum um skipan opinberra framkvæmda og lögum um framkvæmd útboða koma fram reglur sem Ríkiskaupum ber að fara eftir við framkvæmd útboða. Sérstakri stjórn er, auk fjármálaráðherra, ætlað að sjá til þess að Ríkiskaup starfi eftir gildandi lögum. Telji tiltekinn bjóðandi sig vera misrétti beittan eru honum tæk viss réttarræði sem mælt er fyrir um í nefndum lögum.

Löggjafinn og stjórn opinberra innkaupa hafa þannig sett fram og skilgreint að stórum hluta þær málsmeðferðarreglur sem Ríkiskaupum ber að fara eftir við framkvæmd útboða. Það sem deilt er um í máli þessu er í raun hvort farið hafi verið eftir reglum þessum við val á tilboðum í kaup Tryggingastofnunar á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm.

Með vísan til framangreinds er það mat Samkeppnisráðs að málsmeðferð í útboði Tryggingastofnunar og Ríkiskaupa nr. 10105 á spelkum, gervilimum og bæklunarskóm verði ekki tekin til athugunar á grundvelli samkeppnislaga. Sá þáttur erindis Össurar hf. er varðar útboðsmeðferðina og er hér til umfjöllunar snýr í raun að því hvort opinber aðili hafi í starfsemi sinni farið eftir þeim lögum og reglum sem honum ber að hlíta. Úrskurðarvald um slík meint lagabrot heyrir undir önnur stjórnvöld og dómstóla. Af þessum sökum þykir ekki ástæða til íhlutunar Samkeppnisráðs á grundvelli samkeppnislaga vegna útboðsmeðferðarinnar.

III.

Ákvörðun Samkeppnisráðs:

„Erindi Aðalsteins E. Jónassonar hdl., f.h. Össurar hf., vegna útbóðsmeðferðar Tryggingastofnunar og Ríkiskaupa er vísað frá Samkeppnisráði.“