

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 14. október 2010

í máli nr. 20/2010:

Studio Strik ehf.

gegn

Framkvæmdasýslu ríkisins

Með bréfi, dags. 6. ágúst 2010, kærir Studio Strik ehf. ákvörðun Framkvæmdasýslu ríkisins, fyrir hönd félags- og tryggingamálaráðuneytis og Fjarðabyggðar, um að veita Einrúmi ehf. fyrstu verðlaun í hönnunarsamkeppni um hjúkrunarheimili í Fjarðabyggð, sbr. útboð nr. 14838, og í kjölfarið að ganga til samningaviðræðna við Einrúm ehf. á grundvelli útboðsins.

Kærandi gerir eftirfarandi kröfur:

1. Að kærunefnd útboðsmála stöðvi þegar í stað samningsferli á grundvelli ofangreindrar hönnunarsamkeppni með vísan til 1. mgr. 96. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup þar til endanlega hefur verið skorið úr öllum kröfum kæranda.
2. Að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun kærða þess efnis að semja við Einrúm ehf., sbr. heimild í 1. málslíð 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.
3. Að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda, sbr. heimild í 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.
4. Ennfremur krefst kærandi þess að nefndin ákveði að kærði greiði kæranda kostnað hans við að hafa kærana uppi, alls 300.000 krónur, sbr. heimild í 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Viðbótarathugasemdir kæranda bárust með bréfi, dags. 10. ágúst 2010.

Kærða var kynnt kærana og greinargerð kæranda og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferlis. Með bréfi, dags. 18. ágúst 2010, krafðist kærði þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað.

Einrúm ehf., höfundar tillögu þeirrar sem hlaut fyrstu verðlaun í hönnunarsamkeppni um hjúkrunarheimili í Fjarðabyggð, sbr. útboð nr. 14838, óskaði eftir því 10. ágúst 2010 að koma á framfæri athugasemdum við kærana, þar á meðal sérstökum athugasemdum við kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar. Með bréfi, dags. 18. ágúst 2010, krafðist Einrúm ehf. þess að kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar á grundvelli hinnar kærðu hönnunarsamkeppni yrði hafnað. Greinargerð Einrúms ehf. er dagsett 3. september 2010 og er þar krafist að kröfum kæranda verði hafnað.

Með ákvörðun 24. ágúst 2010 féllst kærunefnd útboðsmála á kröfu kæranda og stöðvaði framangreint samningsferli þar til endanlega yrði skorið úr kærana.

Endanlegar athugasemdir kæranda bárust kærunefnd útboðsmála 13. september 2010.

Var kærða og Einrúmi ehf. gefinn kostur á að koma að frekari athugasemdum. Viðbótarathugasemdir Einrúms ehf. bárust nefndinni 29. september 2010, en kærði tilkynnti með tölvupósti sama dag að hann teldi ekki tilefni til að koma að frekari athugasemdum í málinu.

Í þessum þætti málsins er leyst úr öðrum kröfum kæranda vegna hins umþrætta útboðs.

I.

Kærði, fyrir hönd félags- og tryggingamálaráðuneytis og Fjarðabyggðar, auglýsti í mars 2010 hönnunarsamkeppni um nýbyggingu hjúkrunarheimilis í Fjarðabyggð, nánar tiltekið Hulduhlíð að Dalbraut á Eskifirði. Var samkeppnin auglýst sem opið útboð og áttu þátttakendur að skila tillögum sínum fyrir 7. júní 2010.

Í grein 4.2 í samkeppnislýsingu hönnunarsamkeppninnar kemur fram að verkkaupi stefni að því að ganga til samninga við höfunda þeirrar tillögu sem dómnefnd mælir með til áframhaldandi hönnunar á húsinu. Ef ekki næst samkomulag um hönnunarþóknun er verkkaupa heimilt að leita til þeirra aðila sem fengu önnur verðlaun í samkeppninni og semja við þá um útfærslu á tillögu sinni.

Samkeppnin fór fram í samræmi við samkeppnislýsingu sem byggir á drögum að leiðbeiningum fjármálaráðuneytisins um hönnunarsamkeppni 27. nóvember 2007. Í samkeppnislýsingu er sérstaklega tekið fram að samkeppnin sé framkvæmdasamkeppni, opin öllum sem uppfylla skilyrði verkkaupa og ákvæða samkeppnislýsingarinnar. Grein 2.1 ber yfirskriftina „þáttökuréttur“ og kemur þar fram hverjum sé óheimil þátttaka í samkeppninni. Þar segir enn fremur að meginreglan varðandi hæfi þátttakenda sé sú að þeir sjálfir beri ábyrgð á hæfi sínu.

Fimm manna dómnefnd hafði það hlutverk að meta tillögur sem bárust í samkeppnina. Í samkeppnisferlinu gildi nafnleynd og gat dómnefnd ekki vitað hverjir væru höfundar að einstökum tillögum. Samskipti dómnefndar og keppenda fóru fram með milligöngu trúnaðar- og umsjónarmanns. Þar sem nafnleynd var viðhöfð í samkeppninni hvíldi sú skylda á keppendum að vekja athygli trúnaðarmanns á hugsanlegu vanhæfi einstakra dómnefndarfulltrúa. Slík fyrirspurn barst frá nokkrum þátttakendum vegna verkefnis sem þessir aðilar höfðu unnið með fyrirtækinu Arkiteó ehf., sem er í eigu dómnefndarmannsins Einars Ólafssonar arkitekts. Í svari trúnaðarmanns segir að fyrirtækinu Arkiteó ehf. sé ekki heimilt að taka þátt í keppninni en hinum fyrirtækjunum sé það heimilt í sitthvoru lagi svo fremi að tryggt sé að ekkert samstarf (í þessari samkeppni) sé milli þeirra fyrirtækja og Arkiteó ehf. Að öðru leyti vísar trúnaðarmaður í svari sínu til greinar 2.1 í samkeppnislýsingu.

Niðurstaðan í hönnunarsamkeppninni var kynnt 9. júlí 2010. Einrúm ehf. hlaut þar fyrstu verðlaun, en önnur verðlaun komu í hlut kæranda.

Arkitektafélag Íslands sendi 15. júlí 2010 kærða bréf, þar sem fram kemur að félagið hafi fengið athugasemdir frá þátttakendum í samkeppninni um hæfi þeirra aðila sem fengu fyrstu verðlaun. Er þar bent á tengsl eins dómnefndarmanns við aðila í hópnum.

Þá liggur fyrir að 3. maí 2010 auglýsti Garðabær útboð vegna leikskóla að Línakri 2. Tillaga sem Einrúm ehf. og Arkiteó ehf. lögðu fram, ásamt stofunum Suðaustranátta, Eflu hf. og Verkís hf. undir stjórn verkfræðistofunnar Ferils ehf., varð þar hlutskörpust.

Í framhaldinu óskaði kærði eftir lögfræðilíti um hvort fyrir hendi kynni að vera vanhæfi þátttakenda í framangreindri hönnunarsamkeppni er hefði áhrif á gildi samkeppninnar og niðurstöðu dómnefndar á hlutskörpustu lausn. Er í álitinu komist að þeirri niðurstöðu að samstarfsverkefni eins dómnefndarmanns og þeirra er fengu fyrstu verðlaun gætu talist hafa áhrif á árangur viðkomandi í samkeppninni og því teljist vinningshafinn hafa verið vanhæfur til þátttöku í samkeppninni. Einrúm ehf. mótmælti niðurstöðu álitsins, en fyrirtækinu hafði verið gefinn kostur á að koma með athugasemdir. Keppnisréttur fyrirtækisins hafi verið til staðar samkvæmt grein 2.1 í samkeppnislýsingunni.

Lögmaður kæranda sendi kærða bréf 6. ágúst 2010, þar sem því er haldið fram að kærða sé óheimilt að semja við Einrúm ehf. um hönnunarvinnu við hjúkrunarheimilið. Sama dag kærði kærandi þá ákvörðun kærða að ganga til samninga við Einrúm ehf.

II.

Kærandi vísar til þess að samkvæmt 7. mgr. 37. gr. laga nr. 84/2007 skuli dómnefnd eingöngu skipuð einstaklingum sem séu óháðir þátttakendum í samkeppni. Samkvæmt 103. gr. laganna eigi hæfisreglur stjórnisýslulaga nr. 37/1993 við um hæfi þeirra sem taki ákvarðanir samkvæmt lögum nr. 84/2007. Kærandi bendir á að samkvæmt 3. gr. stjórnisýslulaga teljist nefndarmaður vanhæfur ef hann eigi sjálfur sérstakra hagsmuna að gæta eða fyrir hendi séu aðrar aðstæður sem séu fallnar til að draga óhlutdrægni hans í efa. Kærandi vísar einkum til samstarfs Einrúms ehf. og viðkomandi dómnefndarmanns um tillögu að leikskóla að Línakri í Garðabæ, auk þess sem það liggja fyrir að þessir aðilar hafi unnið töluvert saman undanfarið. Telur kærandi því líkur á því að dómari hafi verulega hagsmuni af því að samstarfsaðili sinn fái verkið. Þannig geti verið bein tenging við það að dómari fái sjálfur meira að gera, til dæmis í verkefninu að Línakri á sama tíma. Þá sé samstarfið sérstaklega til þess fallið að draga óhlutdrægni dómarsins í efa þrátt fyrir að komist væri að því að hann hefði ekki fjárhagslega hagsmuni af úrlausninni.

Kærandi telur að kærða hafi borið að beita greinum 3.2.4 og 3.2.5 í leiðbeiningum að

hönnunarsamkeppnum og svipta Einrúm ehf. verðlaununum, þar sem fram hafi komið að tillöguhöfundar hafi ekki haft rétt til þátttöku í samkeppninni. Bendir hann á að Einrúm ehf. hafi ekki orðið við þeirri skyldu sinni að vekja athygli á hugsanlegu vanhæfi sínu eða dómnefndarmannsins. Ekki hafi komið fram fyrirspurn frá fyrirtækinu um það hvort tengsl þess við dómnefndarmanninn, meðal annars vegna Línakursverkefnisins, ylli vanhæfi hans sem dómara eða fyrirtækisins sem bjóðanda.

Þá telur kærandi að kærða hafi borið að beita grein 3.3.5 í leiðbeiningum um hönnunarsamkeppni, þar sem segir að verkkaupi sé ekki bundinn af niðurstöðu dómnefndar heldur sé hún honum eingöngu til ráðuneytis.

Kærandi leggur áherslu á að hvort sem litið sé til laga nr. 84/2007, stjórnslulaga, samkeppnislýsingar eða almennra reglna um hönnunarsamkeppnir, sem séu hluti útboðsgagna, sé ólöglegt af hálfu kærða að semja við Einrúm ehf. um hönnunarvinnu á hjúkrunarheimilinu.

Kærandi vísar til 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 að því er varðar kröfu um að felld verði úr gildi ákvörðun kærða um að veita Einrúmi ehf. fyrstu verðlaun. Þá byggir hann kröfu sína um að kærnefnd útboðsmála láti í ljós álit á skaðabótaskyldu kæranda á 2. mgr. sama ákvæðis. Í ljósi þess að hann hafi verið í öðru sæti í verðlaunasamkeppninni telur kærandi ljóst að hann hefði átt raunhæfa möguleika á að samið yrði við hann ef Einrúm ehf. hefði uppfyllt tilkynningaskyldu sína og hætt þátttöku í kjölfarið. Bendir hann á að á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttar hafi stofnast skaðabótaskylda hjá kærða gagnvart kæranda og sé gerð krafa um staðfestingu kærnefndar útboðsmála þess efnis. Loks krefst kærandi málskostnaðar á grundvelli 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Í viðbótarathugasemdum kæranda kemur fram að þó svo að nafnleynd hafi verið í umræddri keppni hafi það ekki áhrif á þær hæfisreglur sem gildi um samkeppnina. Kærandi hafnar með öllu að nafnleynd komi í veg fyrir hagsmunaárekstra. Telur hann að í samkeppnislýsingu séu almennar hæfisreglur ítekaðar og tiltekið hvernig fara skuli með tilfelli þar sem mögulegt vanhæfi geti verið til staðar. Þannig þurfi kærandi ekki að sanna að dómari hafi vitað hvaða keppandi átti hvaða tillögu og að sú vitneskja hafi haft bein áhrif á niðurstöðu málsins.

Kærandi vísar ennfremur til þess að kærði og Einrúm ehf. byggi á því að kærandi þurfi að sýna fram á að óheiðarleg vinnubrögð hafi haft áhrif á úrlausn keppinnar. Bendir hann á að samkvæmt hæfisreglum hafi heiðarleiki ekki áhrif. Það liggja hins vegar fyrir og sé óumdeilt að umræddur dómari eigi í töluverðu samstarfi við verðlaunahafann. Þó svo dómnefndinni sé gefin ákveðin forskrift til að fara eftir við mat á úrlausnum sé það engu að síður mat dómnefndar sem ráði úrslitum. Vanhæfi dómara þurfi ekki að felast í því að hann

kunni að standa óheiðarlega að verki.

Þá vísar kærandi til þess að því sé haldið fram að ósannað sé að dómariinn hafi haft fjárhagslegra hagsmuna að gæta og kærandi þurfi að sanna það. Slík sönnunarbyrði sé ómöguleg, enda geri vanhæfisreglurnar ekki kröfu um slíkt. Kærandi leggur ennfremur áherslu á að hæfisreglur geri ekki skilyrði um boðvald heldur sé þvert á móti nægilegt að aðilar tengist og geti átt hagsmuna að gæta.

Kærandi bendir á að því sé haldið fram að vanhæfi dómarsins komi ekki að sök þar sem dómariinn hafi verið fimm talsins. Áréttar hann að hvorki hæfisreglur né sérreglur um hönnunarsamkeppni geri ráð fyrir að heimilt sé að hluti stjórnisýslunefndar sé vanhæfur.

Kærandi telur rétt að benda á að arkitektasamkeppnir hafi verið haldnar í gegnum tíðina með hliðsjón af samkeppnisreglum Arkitektafélags Íslands, þar sem skýrt komi fram að þátttaka í samkeppni sé óheimil þeim sem reki teiknistofu með dómara, vinni að verkefnum með honum eða sé honum nátengdur. Þessi meginregla hafi verið viðhöfð í samkeppnum hingað til án þess að það hafi hamlað þátttöku fjölda arkitekta. Það sé því ekki rétt að ekki sé unnt að halda samkeppni án þess að viðskiptatengsl séu milli keppenda og dómara.

Kærandi leggur áherslu á að þátttakendum í samkeppninni hafi borið að gera grein fyrir mögulegum tengslum sínum við dómara. Það hafi Einrúm ehf. ekki gert. Telur hann að þegar af þeirri ástæðu sé kærða óheimilt að semja við viðkomandi arkitekta og veita þeim fyrstu verðlaun í samkeppninni. Þá telur kærandi ennfremur að tengsl verðlaunahafanna séu þess eðlis að verulegur vafi leiki á hvort fyrstu verðlaunahafar hafi haft þátttökurétt með vísan til þeirra reglna sem um samkeppnina gilda. Því leiði sú staðreynd að þeir urðu ekki við skyldu sinni um að leggja fram fyrirspurn um tengsl sín við dómara til þess að skýra beri allan vafa þeim í óhag. Almennu geri vanhæfisreglur ekki kröfu um að sönnunarbyrði liggi á þeim sem tapi hagsmunum vegna meintra tengsla. Einungis þurfi að sýna fram á tengsl. Þá sönnunarbyrði telur kærandi að hann hafi uppfyllt.

III.

Kærði telur að hin stranga nafnleynd sem viðhöfð var í hönnunarsamkeppni þeirri sem hér er til skoðunar hafi haft því hlutverki að gegna að tryggja að nefndarmenn sem kæmu að meðferð og úrlausn málsins væru óhlutdrægir. Dómnefnd hafi þannig ekki vitað hverjir stóðu á bak við einstakar tillögur. Þá hafi í útboðsgögnum verið ítarleg ákvæði um hvernig staðið skyldi að merkingu tillagna til að tryggja nafnleynd og tekið fram að dómnefnd myndi vísa frá tillögum sem ekki fullnægðu kröfum um nafnleynd, sbr. grein 1.4 í samkeppnislýsingu.

Kærði bendir á að við mat á vanhæfi viðkomandi dómnefndarmanns, Einars Ólafssonar,

verði að skoða hvort hann hafi átt einstaklegra eða verulegra hagsmuna að gæta af því hvaða aðili ynni hönnunarsamkeppnina. Sérstaklega þurfi að skoða hvort sameiginlegt tilboð Arkiteó ehf. og Einrúms ehf. í leikskólann á Línakri í Garðabæ valdi því að Einar teljist vanhæfur til meðferðar málsins. Leggur kærði áherslu á að niðurstaða útboðsins um leikskólann að Línakri hafi verið ljós áður en skiladagur tillagna í hönnunarsamkeppni sem mál þetta snýst um rann út. Það sé því vandséð hvernig úrslit hönnunarsamkeppninnar hefðu geta haft áhrif á niðurstöðu útboðsins um leikskólann að Línakri. Samkvæmt samkeppnislýsingu hafi átt að skila fullbúnum tillögum undir nafnleynd en fyrri reynsla, verk, verðlaun eða viðurkenningar höfunda hafi ekki verið þáttur í mati á tillögum. Verkefnið um leikskólann að Línakri hafi þannig heldur ekki haft áhrif á niðurstöðu dómnefndar í hönnunarsamkeppni þeirri er mál þetta snýst um.

Kærði telur vandséð hvaða hagsmuni Einar hefði átt að hafa af því að Einrúm ehf. ynni hönnunarsamkeppnina. Í öllu falli fáist ekki séð að slíkir hagsmunir hafi verið einstaklegir og verulegir. Þá bendir kærði á að þótt Arkiteó ehf. og Einrúm ehf. muni mögulega í framtíðinni bjóða í eitthvað verk, þar sem það kunnir að koma sér vel að Einrúm ehf. hafi unnið framangreinda hönnunarsamkeppni hafi það ekki áhrif við mat á vanhæfi Einars. Gengið sé út frá því í stjórnslurétti að séu þeir hagsmunir, sem nefndarmaður getur haft af úrlausn máls varðandi möguleg verkefni sem síðar verða boðin út og hann geti boðið í þau eins og hver annar, orðnir það fjarlægir og óvissir að þeir leiði almennt ekki til vanhæfis. Óvissir framtíðarhagsmunir eigi þannig ekki að leiða til vanhæfis.

Þá bendir kærði á að dómnefndinni hafi einungis borið að meta tillögur sem bárust í hönnunarsamkeppnina með hliðsjón af samkeppnislýsingunni og gögnum sem þar sé vísað til. Dómnefndin hafi því verið bundin við þau atriði sem tiltekin eru í grein 1.6 í samkeppnislýsingu við mat á úrlausnum.

Kærði telur ennfremur að jafnvel þótt kærunefnd útboðsmála komist að þeirri niðurstöðu að Einar hafi verið vanhæfur til meðferðar málsins leiði það ekki til þeirrar niðurstöðu að ógilda skuli niðurstöðu dómnefndar. Af fundargerð dómnefndar 23. júní 2010 megi ráða að fjórir af fimm nefndarmönnum hafi verið einróma um að tillaga nr. 3, sem síðar kom í ljós að var tillaga Einrúms ehf., hafi átt að hljóta fyrstu verðlaun.

Kærði leggur áherslu á að skýra verði grein 2.1 í samkeppnislýsingu þröngt, það er allan vafa skuli skýra þátttakendum í hag. Þannig verði að vera skýrt að samstarf aðila sé þess eðlis að það muni hafa áhrif á árangur viðkomandi í keppninni.

Kærði bendir á að í grein 3.2.4 í leiðbeiningum um hönnunarsamkeppni segi að komi í ljós eftir að nafnleynd hafi verið aflétt að keppandi hafi ekki orðið við þeirri skyldu að vekja athygli trúnaðarmanns á hugsanlegu vanhæfi einstakra dómnefndarmanna geti dómnefnd

ákveðið í samráði við verkkaupa að hann missi verðlaunasæti. Samkvæmt ákvæðinu sé dómnefnd, í samráði við verkkaupa, þetta heimilt en ekki skylt. Þá bendir kærði ennfremur á að til þess að beita grein 3.2.5 og svipta aðila verðlaunum þurfi að liggja fyrir að aðili uppfylli ekki kröfur sem gerðar hafi verið um þátttöku í samkeppnislýsingu en um það snúist þetta mál.

Kærði telur ljóst að flest rök hnígi að því að Einrúm ehf. hafi uppfyllt grein 2.1 í samkeppnislýsingunni og því verið heimil þátttaka í keppninni. Þá verði ekki séð að Einar hafi verið vanhæfur til setu í dómnefndinni en hafi hann verið það þá leiði það hins vegar ekki til þeirrar niðurstöðu að ógilda skuli niðurstöðu dómnefndar. Með vísan til þess sem rakið hefur verið telur kærði að hann hafi hvorki brotið gegn ákvæðum laga nr. 84/2007 né öðrum lögum eða reglum við útboðið. Því beri kærunefnd að hafna öllum kröfum kæranda.

IV.

Einrúm ehf. telur að ekki sé hægt að fallast á kröfur kæranda í máli þessu, enda fari því fjarri að verulegar líkur séu á því að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007 svo sem kærandi haldi fram. Krafa kæranda byggji á því að Einrúm ehf. hafi ekki sinnt þeirri skyldu sinni að vekja athygli á hugsanlegu vanhæfi sínu eða dómnefndarfulltrúans og að fyrirtækið hafi ekki átt þátttökurétt í keppninni. Er sérstaklega vísað til þess að dómnefndarmaðurinn Einar Ólafsson og Einrúm ehf. hafi unnið sameiginlega að tillögu um leikskóla að Línakri í Garðabæ og „unnið töluvert saman að undanfögnu og átt í samstarfi“.

Einrúm ehf. leggur áherslu á að í hönnunarsamkeppninni hafi verið áskilin nafnleynd og ríkar kröfur hafi verið gerðar að því leyti. Það leiði til þess að dómnefndarmenn hafi ekki vitað hverjir væru aðilar að málinu og gátu þannig ekki sjálfir gætt að hinu sérstaka hæfi sínu. Með hliðsjón af þessu var lögð sú skylda á þátttakendur að meta þátttökurétt sinn, sbr. grein 2.1 í samkeppnislýsingu.

Einrúm ehf. leggur áherslu á að fimm aðilar hafi staðið að gerð vinningstillögunnar í hönnunarsamkeppni um hjúkrunarheimilið en samstarfið vegna leikskólans að Línakri í Garðabæ hafi einungis verið við tvo af þessum fimm aðilum og því ekki tengst með neinu móti þremur arkitektunum sem unnu að vinningstillögunni í hönnunarsamkeppninni. Einrúm ehf. bendir á að þeim hafi verið ljós tengsl sín við Einar og því sent trúnaðarmanni keppinnar bréf, þar sem þessum tengslum var lýst. Telur fyrirtækið að svar trúnaðarmannsins hafi falið í sér túlkun á grein 2.1 í samkeppnislýsingunni og því hafi Einrúmi ehf. verið rétt að treysta þessari túlkun. Vegna þessa svars trúnaðarmanns hafi fyrirsvarsmenn Einrúms ehf. litið svo á að samvinna um að reyna að afla frekari verkefna sem tengjast hönnun mannvirkja væri almennt heimil svo lengi sem hún tengdist með engum

hætti yfirstandandi samkeppni og gæti ekki haft áhrif á árangur þeirra í henni. Því er harðlega mótmælt að sú skylda hafi hvílt á þeim að spyrja sérstaklega um þátttökurétt sinn með hliðsjón af útboðinu vegna leikskólans í Garðabæ eða almennt vegna samstarfs í gegnum tíðina. Hafa verði í huga að birt hafi verið hvaða aðilar það hafi verið sem tilheyrðu hverju teymi sem kom með tillögu og hafi Einrúm ehf. með engum hætti reynt að dylja samstarfið.

Þá telur Einrúm ehf. ljóst að reglur keppinnar geri ekki ráð fyrir að það eitt að vinna að verkefni með dómnefndarmanni valdi því að viðkomandi missi keppnisrétt. Nauðsynlegt skilyrði sé að verkefnið geti talist hafa áhrif á árangur viðkomandi í keppninni. Í ljósi þagnarskyldunnar myndu enda svo strangar reglur, það er reglur sem bönnuðu allt samstarf, vart standast kröfur um meðalhóf í stjórnslunni.

Einrúm ehf. leggur áherslu á að um viðskiptatengsl sé að ræða, það er einn dómnefndarmanna sé í viðskiptasambandi við aðila máls án þess þó að viðskiptasambandið snerti beint úrlausnarefni málsins, það er hönnunarsamkeppnina. Telur fyrirtækið einsýnt að það viðskiptasamband sem sé milli þess og dómnefndarmannsins sé ekki slíks eðlis að það leiði til vanhæfis, enda hafi það verið viðtekin skoðun að slík tengsl leiði ekki til vanhæfis nema þau birtist í ótta við að viðskiptasambandinu verði slitið eða að því fylgi sérstakar trúnaðar- eða hollustuskyldur. Hafa verði enn fremur í huga að reglan um nafnleynd sé sett til að tryggja að ómálefnaleg sjónarmið hafi ekki áhrif við töku ákvörðunar í málinu.

Einrúm ehf. telur að það skipti umtalsverðu máli að niðurstaða útboðsins vegna leikskólans í Garðabæ hafi legið fyrir áður en tillögur í hönnunarsamkeppninni hafi verið komnar til dómnefndar. Verkefnið í Garðabæ hafi því verið í höfn áður en dómnefnd hafi svo mikið sem getað litið á tillögurnar í samkeppninni um hjúkrunarheimilið.

Þá er á það bent að nauðsynlegt sé að halda því til haga að dómnefndin sé fjölskipað stjórnvald og að sá dómnefndarmaður sem um ræði sé aðeins einn af fimm slíkum. Þá sé ljóst að dómnefndin starfi eftir nákvæmum reglum og mat hennar sé fjarri því að vera algerlega frjálst, sbr. grein 3.2.4 í drögum að leiðbeiningum um hönnunarsamkeppni sem vísað er til í grein 1.4 í samkeppnislýsingunni. Dómnefndin hafi þannig verið bundin af þeim reglum sem settar hafi verið um markmið samkeppinnar og áherslur hennar í starfi. Ekkert hafi komið fram sem gefi tilefni til að ætla annað en að nefndin hafi lagt faglegt og málefnalegt mat á þær tillögur sem bárust í keppnina. Jafnframt megi benda á að dómnefndin hafi verið þverfagleg. Af fimm dómnefndarmönnum hafi verið tveir arkitektar.

Einrúm ehf. telur því ótvíræða niðurstöðu þess sem að framan greini að fyrirtækið hafi án vafa haft þátttökurétt í hönnunarsamkeppni um hjúkrunarheimilið þó að samstarf hafi verið um annað verkefni með tveimur eigenda fyrirtækisins og einum dómnefndarmanni á

sama tíma og keppnin hafi staðið yfir.

Loks er vakin athygli á því að viðskiptatengsl, líkt og þau sem hér um ræðir, sé einnig að finna milli einstakra dómnefndarmanna og annarra þátttakenda í hönnunarsamkeppninni, enda verði vart hjá því komist í því umhverfi sem arkitektar vinna í um þessar mundir.

Í viðbótarathugasemdum áréttar Einrúm ehf. að þau tengsl sem um ræði séu þess eðlis að þau leiði hvorki til missis þátttökuréttar í keppninni né vanhæfis dómnefndarmannsins í skilningi II. kafla stjórnarsýslulaga. Hafa verði í huga að nafnleynd hafi ríkt um tillögur í keppninni og þær einar og sér tryggt hlutleysi dómnefndar. Þá er bent á að markmið reglna um sérstakt hæfi og um nafnleynd sé hið sama, það er að koma í veg fyrir að hagsmunir stjórnvalda og önnur ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif á úrlausn máls.

Að mati Einrúms ehf. snýst málið um það hvort félagið hafi átt þátttökurétt í samkeppninni, sbr. grein 2.1 í samkeppnislýsingunni. Vísað er til þess að samkvæmt umræddri grein sé ekki nægjanlegt að keppandi vinni að verkefni með dómnefndarmanni, heldur þurfi verkefnið að vera þannig vaxið að það gæti talist hafa áhrif á árangur viðkomandi í samkeppninni. Telur Einrúm ehf. að túlka verði þröngt þau tilvik sem yrðu talin falla undir verkefni sem talist gætu hafa áhrif á árangur viðkomandi í keppninni, enda séu í húfi stjórnarskrárvarin atvinnuréttindi og atvinnufrelsi. Telur félagið útilokað að Línakursverkefnið hafi haft nokkur áhrif á árangur þess í samkeppninni eða gæti hafa haft slík áhrif. Þegar af þeirri ástæðu sé ekki unnt að draga þátttökurétt þess í efa og hafna verði kröfum kæranda.

Einrúm ehf. telur að við mat á hæfi dómnefndarmannsins Einars Ólafssonar beri að líta til hæfisreglna stjórnarsýslulaga og túlkunar þeirra, en hafa verði í huga að það sem fræðimenn hafi ritað þar að lútandi taki ekki mið af að nafnleynd ríki við töku ákvörðunar. Skoða verði hvaða einstaklegu og verulegu hagsmuni dómnefndarmaðurinn hafi af úrlausn málsins, sbr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Telur Einrúm ehf. að kæranda hafi ekki tekist að sýna fram á hvaða hagsmuni dómnefndarmaðurinn ætti að hafa af því að Einrúm ehf. hlyti fyrstu verðlaun í hönnunarsamkeppninni. Sönnunarbyrðin um það hvíli á kæranda. Þá þurfi framtíðarhagsmunir að vera fyrirsjáanlegir og raunhæfir til að skipta máli við mat á hæfi, en slíkir hagsmunir séu ekki til staðar í þessu máli. Telur Einrúm ehf. ennfremur útilokað að halda því fram að úrslit í hönnunarsamkeppninni hafi að einhverju leyti tengst Línakursverkefninu.

Verði talið að Einar Ólafsson hafi verið vanhæfur til meðferðar málsins er byggt á því að engu að síður sé ekki unnt að verða við kröfu kæranda um að felld verði úr gildi ákvörðun kærða um að semja við Einrúm ehf. Er í þessu sambandi vísað til þess að samkvæmt meginreglum stjórnarsýsluréttar hafi almennt verið talið að ekki sé unnt að ógilda

stjórnvaldsákvörðun ef einn nefndarmaður fjölskipaðrar stjórnslunefndar sé vanhæfur og ljóst sé að atkvæði hans hafi ekki ráðið úrslitum um efni ákvörðunar. Fyrir liggi að atkvæði Einars Ólafssonar hafi ekki ráðið úrslitum um niðurstöðu dómnefndar að veita Einrúmi ehf. fyrsta sæti í hönnunarsamkeppninni. Ákvörðun dómnefndarinnar geti því ekki verið ógildanleg.

Þá telur Einrúm ehf. að ekki hafi hvílt á þeim skylda til að spyrjast fyrir um hvort Línakursverkefnið hefði áhrif á þátttökurétt þeirra og geti skortur á slíku ekki leitt til þess að taka beri kröfur kæranda til greina. Svar trúnaðarmanns við upphaflegri fyrirspurn hafi falið í sér túlkun á grein 2.1 í samkeppnislýsingunni, þar sem fjallað var um þátttökurétt, og hafi Einrúmi ehf. verið rétt að treysta þessari túlkun.

Loks byggir Einrúm ehf. á því að hafa verið í huga starfsumhverfi arkitekta. Ljóst sé að það myndi takmarka möguleika til atvinnu verulega ef samstarf stofa á sviði byggingalistar væri almennt til þess fallið að hamla þátttöku í öðrum ótengdum verkefnum þar sem nafnleynd ríkir vegna setu starfsmanns slíks samstarfsaðila í dómnefnd.

V.

Ágreiningur aðila lýtur fyrst og fremst að því hvort einn af fimm dómnefndarmönnum í hönnunarsamkeppni um hjúkrunarheimili í Fjarðabyggð hafi verið vanhæfur til setu í dómnefndinni. Liggur því fyrir að skoða hvort viðkomandi dómnefndarmaður hafi verið vanhæfur og ef svo er hvaða áhrif vanhæfi hans hafi á úrslit hönnunarsamkeppninnar, þar sem tillaga Einrúms ehf. varð hlutskörpust, og þar með á ákvörðun kærða um að ganga til samninga við félagið í kjölfarið.

Í grein 1.4 í samkeppnislýsingu kemur fram að um samkeppnina gilda lög nr. 84/2007. Samkvæmt 7. mgr. 37. gr. laganna skal dómnefnd eingöngu skipuð einstaklingum sem eru óháðir þátttakendum í samkeppni. Þá segir í 103. gr. sömu laga að hæfisreglur stjórnslulaga eigi við um hæfi þeirra sem taka ákvarðanir samkvæmt lögum nr. 84/2007. Auk þess er fjallað um álitaefni varðandi hæfi dómnefndarmanna og keppenda í samkeppnislýsingunni. Þannig segir í grein 1.4 að samkeppnin fari fram í samræmi við samkeppnislýsinguna og byggji á leiðbeiningum fjármálaráðuneytisins, Leiðbeiningar um hönnunarsamkeppni, drög dags. 27.11.2007. Leiðbeiningar þessar eru meðal gagna málsins.

Upplýst er í málinu að viðkomandi dómnefndarmaður og Einrúm ehf. hafa haft með sér umtalsvert samstarf, bæði við verkefni sem lokið er og um verkefni, sem stóð yfir á þeim tíma er hönnunarsamkeppnin fór fram. Með vísun til 3. gr. stjórnslulaga, þar sem fjallað er um sérstakt hæfi þeirra sem ákvarðanir taka á því réttarsviði sem stjórnslulögin taka til, sem og þeirra hæfisreglna, sem fyrr hafa verið nefndar, verður að telja að með réttu megi

draga óhlutdrægni umrædds nefndarmanns í efa. Sú hætta er fyrir hendi að réttmætar grunsemdir vakni um að hann hafi haft umtalsverð áhrif á niðurstöðu meirihluta nefndarinnar. Eru líkur á því að hann hafi getað greint tillögu samstarfsaðila sinna frá öðrum keppnistillögum. Á það er jafnframt að líta að nefndarmaðurinn var annar tveggja arkitekta í dómnefndinni og má ætla að röksemdir hans varðandi val hafi vegið þungt.

Í grein 3.2.5 í leiðbeiningum um hönnunarsamkeppni segir að komi í ljós eftir að nafnleynd hafi verið aflétt að keppandi hafi ekki orðið við þeirri skyldu að vekja athygli trúnaðar- og umsjónarmanns á hugsanlegu vanhæfi dómnefndarfulltrúa geti dómnefnd í samráði við verkkaupa ákveðið að hann missi verðlaunasæti. Ekki liggur fyrir í gögnum málsins að þegar nafnleyndinni var aflétt og ljóst varð hverjir höfðu átt vinningstillöguna hafi umræddur dómnefndarmaður upplýst aðra dómnefndarmenn um þessi miklu og löngu viðskiptatengsl milli hans og vinningshafanna. Verður því að telja að dómnefndarmanninum hafi við þessar aðstæður borið að gefa öðrum nefndarmönnum kost á að taka afstöðu til hvaða áhrif þessi tengsl skyldu hafa.

Þegar allt það er virt sem að framan er rakið er það álit kærnefndar útboðsmála að svo miklir meinbugir hafi verið á vettvangi dómnefndar í umræddri hönnunarsamkeppni að óhjákvæmilegt sé að fallast á kröfu kæranda og fella úr gildi ákvörðun kærða þess efnis að semja við Einrúm ehf. um hlutaðeigandi verkefni.

Kærandi krefst þess að kærnefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á því hvort kærði sé skaðabótaskyldur, sbr. 1. gr. 101. gr. laga nr. 84/2007. Sökum þess að ekki liggur fyrir af gögnum málsins hvort kærandi hafi orðið fyrir tjóni verður ekki tekin afstaða til skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda.

Kærandi hefur krafist þess að kærða verði gert að greiða honum kostnað við að hafa kærana uppi, sbr. fyrri málslíð 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Með hliðsjón af úrslitum málsins verður kærða gert að greiða honum 300.000 krónur í málskostnað.

Úrskurðarorð:

Felld er úr gildi ákvörðun kærða, Framkvæmdasýslunnar, um að semja við Einrúm ehf. á grundvelli hönnunarsamkeppni um hjúkrunarheimili í Fjarðabyggð, sbr. útboð nr. 14838.

Ekki er fullnægjandi grundvöllur til að taka afstöðu til skaðabótaskyldu kærða, Framkvæmdasýslunnar, gagnvart kæranda, Studio Strik ehf.

Kærði, Framkvæmdasýslan, greiði kæranda, Studio Strik ehf., 300.000 krónur vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Reykjavík, 14. október 2010.

Páll Sigurðsson,
Auður Finnsdóttir,
Stanley Pálsson

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, 14. október 2010.