

Björn Jónsson hrl.

Suðurlandsbraut 48 (Bláu húsin við Faxafen)
108 Reykjavík.
s. 8448733. Tölvupóstfang: bjornjonnshrl@gmail.com

Ísafjarðarbær
B.t. bæjarsjóra
Stjórnsýsluhúsinu
Hafnarstræti 1.
400 Ísafirði

Reykjavík 24. sept.2020.

Til mín hafa leitað fyrirsvarsmenn Prúðheima ehf., kt. 480218-0940, Tangagötu 17, Ísafirði, vegna þeirrar stjórnvaldsákvörðunar að styrkja starfsemi líkamsræktarstöðvar á Ísafirði með samningsbundnum hætti og sem samþykkt var á fundi bæjarstjórnar 17. september sl. án þess, að því er virðist, að réttra málsmeðferðarreglna hafi verið gætt.

Umbjóðandi minn hefur beðið um öll gögn málsins sbr. bréf til bæjaryfirvalda 20. ágúst sl. Tilgangur þeirra beiðnar var og er augljóslega að kanna hvort afgreiðsla málsins um styrkveitingu, til reksturs í samkeppnisumhverfi, af hálfu bæjaryfirvalda hafi falið í sér réttarbrott gagnvart umbj. m. og þar með hugsanlegt fjártjón.

I.

Krafa um afhendingu gagna málsins byggist á 15. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 með síðari breytingum. Samkvæmt fyrirbyggjandi opinberum gögnum sem hægt er að nálgast á "netinu" er það ekki vafa undirorpið að umbj. m. er aðili máls þar sem hann var annar tveggja sem að mati bæjaryfirvalda sýndi áhuga á að starfrækja líkamsræktarstöð í bæjarfélaginu skv. auglýsingu þar að lútandi. Val bæjaryfirvalda stóð milli hans og þess sem samningur var gerður við og naut styrkjar.

Samkvæmt, að minnsta kosti, hluta fyrirbyggjandi gagna er samningurinn sem hér um ræðir til 3ja ára með styrk frá bæjarfélaginu sem nemur kr. 420.000,- á mánuði eða kr. 15.120.000,- á samningstímabilinu. Samkvæmt umræðum á bæjarstjórnarfundum 17. september sl. virðist það vera álit meirihluta bæjarstjórnarinnar að það hafi verið í lagi að ganga til samninga án útboðs þar sem þessi fjárhæð sé undir þeim viðmiðunarmörkum sem kveður á um útboðsskyldu sbr. 23. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup sbr. og 2. gr. reglugerðar nr. 260/2020 um útboðsvef, viðmiðunar fjárhæðir ...o. fl., en ekki verður séð að Ísafjarðarbær hafi sett sér og að minsta kosti ekki enn auglýst sérstakar innkaupareglur, þó vitnað hafi verið til þeirra í téðum umræðum. Í framagreindum lögum og reglugerð er viðmiðunar fjárhæð kr. 15.500.000. Ef þjónustukaup fara umfram þá fjárhæð er útboðsskylda fyrir hendi.

Munar hér um heilar kr. 352,- per dag að þjónustu þessa hafi borið að bjóða út lögum samkvæmt. Það er að segja ef umræddur samningur er ekki málamyndagerningur, því aðrar fjárhæðir komu fram á umræddum bæjarstjórnarfundum eins og síðar verður rakið. Að þessu virtu verður ekki annað séð að ákvörðun bæjarstjórnar þann 17. þessa mánaðar beri mjög sterkan keim af lagasniðgöngu, sem er auðvitað ekki sæmamið opinberum aðila, ef rétt reynist.

II.

Þá verður að líta til þess að með ákvörðun sinni er bæjarstjórn að úthluta ákveðnum gæðum. Það er grundvillarregla sem meðal annars birtist í 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Þá verður að telja, óháð reglum um viðmiðunarverð, að Ísafjarðarbær sé bundinn af þeim almennu reglum sem birtast í 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup að gæta **skuli jafnræðis**, meðalhófs og **gagnsæis** við opinber innkaup. Óheimilt sé að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis **eða takmarka samkeppni með óeðlilegum hætti**. Viðeigandi ráðstafanir skulu gerðar til að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra í innkaupaferli til að tryggja jafnræði.

Á grundvelli þessara reglna er það mat umbj.m. að verulega hafi skort á m.a. um gagnsæi og að komið hafi verið í veg fyrir eðlilega samkeppni.

III.

Eins og málsmeðferð var háttáð af hálfu bæjaryfirvalda er það mat umbj. m. að brotið hafi verið gegn samkeppnislögum. Í þessu sambandi vísar umbj.m. til álits samkeppnisráðs nr. 2/1977 sem hafa má til hliðsjónar, að breyttu breytanda, en þar kemur m.a. fram:

“Atvinnurekstur er hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Í 17. gr. samkeppnislaga er samkeppnisyfirvöldum veitt heimild til þess að grípa til aðgerða gegn samningum, skilmálum, athöfnum og aðgerðum sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Með heimild í þessu ákvæði laganna geta samkeppnisyfirvöld í tilvikum eins og þeim er hér um ræðir gripið til aðgerða gagnvart athöfnum opinberra aðila að því marki sem þær kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni og að því tilskildu að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar reglur um þær aðgerðir, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 24/1995. Í 6. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 8/1986 er gerð grein fyrir helstu hlutverkum og verkefnum sveitarfélaga. Eru hlutverkin þar skilgreind mjög almennt. Í 2. mgr. 6. gr. laganna segir t.d. að sveitarfélög skuli vinna að sameiginlegum velferðarmálum íbúanna eftir því sem fært þykir á hverjum tíma og hefur félagsmálaráðuneytið m.a. bent á það ákvæði í umfjöllun sinni um styrki sveitarfélaga til kaupa á greiðslumarki. Einnig segir í 3. mgr. 6. gr. að sveitarfélög geti tekið að sér hvert það verkefni sem varðar íbúa þeirra, enda sé það ekki falið öðrum til úrlausnar að lögum. Önnur ákvæði laganna skilgreina síðan verkefnin nánar. Þannig er ljóst að samkvæmt sveitarstjórnarlögum hafa sveitarfélög almenna heimild til þess að sinna velferð íbúa sinna með ýmsum hætti. Við að sinna þeim verkefnum sínum sem ekki eru nákvæm fyrirmæli um í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum ber sveitarfélögum að taka tillit til annarra laga og reglna er snerta viðkomandi verkefni. Má í því sambandi benda á hina almennu lögmætisreglu stjórnsýsluréttarins. Í þeirri grunnreglu felst að matskenndar ákvarðanir stjórnvalda verða að vera í samræmi við lög og eiga sér fullnægjandi stoð í þeim. Má því vera ljóst, á grundvelli lögmætisreglunnar og almennra lögskýringarsjónarmiða, að við framkvæmd þeirra verkefna sveitarfélaga sem byggjast á almennum ákvæðum 6. gr. sveitarstjórnarlaga verður sveitarfélag að hafa hliðsjón af ákvæðum samkeppnislaga.” (Feitletrun B.J.)

IV.

Ljóst er að ákvörðun bæjarstjórnar eins og hún var framkvæmd um að veita einum styrk til að reka líkamsræktarstöð en hafna öðrum, flokkast undir það sem að stjórnsýslurétti er nefnd matskennd ákvörðun.

Almennt eru gerðar strangari kröfur til málsmeðferðar stjórnvalda þegar þau taka matskenndar ákvarðanir. Það á ekki síst við þegar ákvörðunin er eins dauði en annars brauð, eins og í þessu máli.

Hér bar því sérstaklega að vanda til málsmeðferðar.

Eftir því sem fram kom í máli forseta bæjarstjórnar á fundi 17. þessa mánaðar virðist mjög hafa verið kastað til höndum við gagnaöflun og rannsókn málsins þannig að hægt væri að leggja mat á það á réttlátan, málefnalegan og gagnsæjan hátt.

Forseti bæjarstjórnar komst m.a.svo að orði varðandi málið. Það skal tekið fram að hér er um að ræða stikkorð, en lýsir málsmeðferðinni nokkuð glögggt: *“...Við tókum þessa ákvörðun saman í bæjarráði að bjóða þetta ekki út... Gögnin komu ekki svona inn ... þetta er svona ...þetta er svona... þetta er stigagjöfin... þetta er stigagjöfin... heldur kom þetta í bútum... Það var ekki lagt fram á pappír. ...Þetta er mikill peningur 6 milljónir á ári...”*

Eftir að hafa hlustað á ræðu forseta bæjarstjórnar vakna upp fjölmargar spurningar meðal annars: Var það ákveðið fyrirfram að bjóða þjónustuna ekki út þótt hún færi yfir viðmiðunarmörk? Gögnin komu inn í bútum. Hvaða gögn? Voru það gögn sem bæjarráð aflaði? Það hlýtur að vera því rétt er um stigagjöf. Varla hafa umsækjendur sjálfir verið að gefa sér eða öðrum stig undir ferli málsins? Hvernig eiga borgarar að geta áttað sig á stjórnsýslu sem fer fram eingöngu skv. huglægu mati? Hvernig eiga þeir að átta sig á því að rétt sé að málum staðið? Hvernig eiga þeir að geta notið andmælaréttar þegar ákvarðanir hér að lútandi eru ósýnilegar? Þá kom það fram í ræðu forseta að Ísófit ehf. hafi lagt fram enn betra tilboð eftir að ákveðið var að ganga til samninga. Hvernig var það tilboð? Hafði það áhrif á loka niðurstöðu? **Þá er undirstrikað að forseti segir að styrkurinn nemi kr. 6 milljónum á ári. Það gera 18 milljónir á samningstímanum. Það er langt umfram viðmiðunarmörk skv. lögum nr. 120/ 2016.** Þessar upplýsingar eru ekki heldur í samræmi við samning þann sem staðfestur var. Er einhver annar samningur í gildi en sá sem lagður var fram til staðfetingar? Eðlilegt er að spurt sé.

Umbj m. getur ekki séð annað en að rannsóknarregla stjórnsýslulaga sem fram kemur í 10. gr. laganna hafi verið stórlega sniðgengin.

V.

Í framangreindri ákvörðun, sem staðfest var 17. þessa mánaðar fólst, eðli málsins samkvæmt, að erindi umb.m. var hafnað. Umbj. m. fékk engar athugasemdir við tillögu þeirri sem hann lagði fram. Hann fékk ekki tækifæri til að skoða eða kynna sér, að því er virðist, hina huglægu og munnlegu stigagjöf sem bæjaryfirvöld virðast hafa beitt í máli þessu. Af þessu leiðir að andmælaréttur umbj.m. skv. 13. stjórnsýslulaga hefur verið fótum troðinn.

VI.

Auk þess að óska eftir gögnum málsins er óskað að upplýst verði hvaða hugmyndir það voru sem Ísafjarðarbær gekk út frá varðandi styrkveitinguna. Hvar voru þær auglýstar eða kynntar og hvort eða hvaða skilyrði voru sett til að aðilar gætu notið styrkjarins? Hvaða kröfur voru gerðar til húsnæðis og opnunartíma? Hvar voru slíkar kröfur kynntar eða auglýstar? Það verður að teljast frumskilyrði varðandi opinbera stjórnsýslu að borgararnir geti haft aðgang að gögnum máls og stefnu, en þurfi ekki að vera með ágiskanir um þokukenndar hugmyndir bæjaryfirvalda hér að lútandi. Sérstaklega á þetta við þegar um

veigamikil fjárhagsleg atriði er að tefla. Þetta á og sérstaklega við þegar úthlutað er gæðum úr opinberum sjóðum eins og í þessu tilfelli.

VII.

Að lokum telur umbj. m. að hann hafi haft réttmætar væntingar til þess að þjónusta sem hér um ræðir færi í útboð. Sérstaklega á þetta við þegar horft er til tölvubréfs sem sviðsstjóri skóla- og tómstundasviðs sendi 22. júlí sl. Þar virðist ákvörðun hafa legið fyrir um opinbert útboð. Sú ákvörðun sem síðar virðist hafa verið tekin (um afturköllun útboðs) um aðra leið er því ólögmet gagnvart umbj. m. og brýtur gegn meginreglum stjórn-sýsluréttar um réttmætar væntingar.

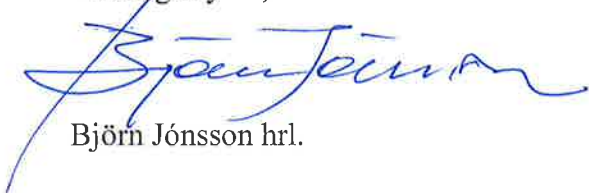
Að öllu þessu virtu er ljóst að málið í hinum mestu ógöngum.

Rétt þykir að að hafa fyrirvara varðandi ofangreind sjónarmið, þar sem bæjaryfirvöld hafa enn ekki orðið við þeirri beiðni umbj. m. að fá öll gögn málsins. Umbj. m. hefur vissulega ákveðinn skilning á að það kunni að vera um margt erfitt þar sem gögnin sem úrslitum réði í máli þessu eru ekki til með skriflegum hætti heldur virðast búa í hugarheimi starfsmanna bæjaryfirvalda. Vissilega verður ekki hönd á slíku festandi en umbj. m. á ekki að bera hallan af slíku.

Úrræði þau sem til staðar eru fyrir umbj. m eru auðvitað þau að kæra meðferð máls þessa til æðra stjórnvalds og eftir atvikum að úrlausn þar fenginni er möguleiki á að kvarta til umboðsmanns Alþingis, ef svo ólíklega vildi til að slík kvörtun fengi ekki hljómgrunn. Þá kemur til greina að kvarta yfir þessu máli til samkeppnisyrvalda. Þá er dómstólaleiðin til staðar.

Áður en til slíkra aðgerða verður gripið vill umbj. m. gefa kost á því að öll gögn komi fram, sem er reyndar lögvarin krafa og eftir atvikum að um málið verði samið, þannig að úrslitin verði Ísafjarðarbæ ekki til meiri álitshnekkis og sem kostnaðarminnst.

Virðingarfyllst,



Björn Jónsson hrl.