

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 3. september 2018

í máli nr. 3/2018:

Sveinbjörn Freyr Arnaldsson f.h.

óstofnaðs einkahlutafélags Sportisca ehf.

gegn

Garðabæ og

Metatron ehf.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 26. mars 2018 kærði Sveinbjörn Freyr Arnaldsson f.h. óstofnaðs einkahlutafélags Sportisca ehf. útboð Garðabæjar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) auðkennt „Íþróttasvæði í Ásgarði – Aðalvöllur. Endurnýjun á knattspyrnugrasi á núverandi fjaðurlag“. Kærandi krefst þess efnislega að ákvörðun varnaraðila um val á tilboði í hinu kærða útboði verði felld úr gildi og útboðið verði auglýst að nýju. Jafnframt er krafist skaðabóta, málskostnaðar og endurgreiðslu kærugjalds.

Varnaraðila og Metatron ehf. var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum móttæknum hjá kærunefnd útboðsmála 5. apríl og 3. maí 2018 krafðist varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað og að kæranda yrði gert að greiða málskostnað. Metatron ehf. skilaði greinargerð 7. maí 2018 þar sem ekki var að finna eiginlegar kröfur, en skilja verður málalíbúnað fyrirtækisins svo að það telji að hafna beri öllum kröfum kæranda. Kærandi skilaði andsvörum 11. júní 2018. Kærunefnd beindi fyrirspurn til varnaraðila með bréfi 19. júní 2018 og bárust svör varnaraðila 3. júlí sama ár.

Með ákvörðun 18. apríl 2018 hafnaði kærunefnd kröfu kæranda um að hið kærða útboð yrði stöðvað um stundarsakir.

I

Í febrúar 2018 stóð varnaraðili fyrir hinu kærða útboði þar sem óskað var eftir tilboðum í förgun á núverandi knattspyrnugrasi á aðalvelli Stjörnnar í Ásgarði í Garðabæ, útvegum og fullnaðarfrágangi á nýju knattspyrnugrasi þess í stað ofan á núverandi fjaðurlag, ásamt mörkum, hornfánum og festingum. Í grein 0.1.1 í útboðsgögnum kom fram að heildarkerfi knattspyrnugrassins, þ.e. bæði knattspyrnugrasið sjálft, núverandi fjaðurlag og fjaðrandi efni (innfylling), skyldi uppfylla FIFA Quality PRO, sameiginlegar kröfur FIFA og UEFA um knattspyrnugrasvelli samkvæmt staðlinum „FIFA Quality Programme for Football turf, October 2015“. Þá skyldi grasið vera með grænni EPDM Virgin innfyllingu. Innifalið í tilboði skyldi vera prófun á heildarkerfi til staðfestingar á að það uppfyllti fyrirliggjandi kröfur staðalsins og útboðsgagna þegar það væri komið á endanlegan stað. Í grein 0.1.3 kom fram að um útboðið giltu ákvæði laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá kom fram í grein 0.1.6 að

tilboð skyldu sett fram samkvæmt tilboðsblöðum útboðsgagna og skyldu bjóðendur fylla út alla liði tilboðsskrár. Kom fram að bæjaryfirvöld myndu hafna þeim tilboðum sem ekki væru sett fram samkvæmt tilboðsblöðum. Í grein 0.1.9 var ítarleg upptalning á þeim gögnum sem fylgja skyldu tilboðum, en þar kom meðal annars fram að tilboðum skyldi fylgja vottun um að efni sem boðið væri uppfyllti gerðar kröfur til FIFA Quality PRO og skyldi vottunin vera frá NBI (Norges byggeforskningsinstitut) eða annarri sambærilegri viðurkenndri stofnun. Skyldu þær vottanir sem skilað væri inn með tilboði eiga nákvæmlega við um það efni og þá uppbyggingu kerfis sem boðið væri. Þá skyldi fylgja tilboðum skrifleg yfirlýsing framleiðanda um að gras og innfylling yrði komin á verkstað og tilbúin til útlagningar 30. mars 2018. Jafnframt skyldu tilboðum fylgja ýmis önnur gögn, s.s. yfirlýsing um ábyrgðartíma, upplýsingar um fjölda, menntun og reynslu starfsmanna, yfirlýsing frá viðskiptabanka um umfang veltu á undanförunum þremur árum, yfirlýsing um skilvísí í viðskiptum, endurskoðaðir ársreikningar, gæðahandbók, öryggishandbók, verkáætlun, yfirlit yfir helstu verkefni bjóðenda unnin á sl. fimm árum og ýmis fleiri gögn. Einnig kom fram að áhersla væri lögð á að bjóðendur skiluðu inn með tilboðum sínum öllum umbeðnum gögnum en væri það ekki gert ættu þeir á hættu að tilboð þeirra yrðu dæmd ófullnægjandi og/eða ógild. Í grein 0.2.1 voru gerðar ýmsar kröfur til tæknilegrar og fjárhagslegrar getu bjóðenda. Skyldu bjóðendur meðal annars geta sýnt fram á að hafa lokið við a.m.k. eitt sambærilegt verk á sl. fimm árum, að þeir ynnu samkvæmt skilgreindu gæðastjórnunarkerfi, að meðalársvelta þeirra sl. þrjú ár væri að lágmarki 80% af tilboði þeirra í útboðinu án virðisaukaskatts auk þess sem eigið fé þeirra skyldi vera jákvætt samkvæmt endurskoðuðum ársreikningi. Þá skyldu bjóðendur vera í skilum með opinber gjöld og lífeyrissjóðsiðgjöld vegna starfsmanna þegar þeir skiluðu inn tilboði. Í grein 0.2.2 kom fram til hvaða þátta skyldi litið við mat á tilboðum en í grein 0.2.3 kom fram að við mat á tilboðum skyldi verð gilda 100%. Frávikstilboð voru ekki heimiluð.

Tilboð voru opnuð 28. febrúar 2018 og bærast tilboð frá tveimur bjóðendum. Annars vegar tilboð frá kæranda að fjárhæð 88.888.888 kr. og hins vegar frá Metatron ehf., sem skilaði fimm tilboðum sem voru að fjárhæð frá 49.409.394 kr. til 56.513.980 kr. Hinn 6. mars 2018 sendi varnaraðili kæranda og Metatron ehf. tölvupóst þar sem tilkynnt var að varnaraðili hefði samþykkt að taka tilboði Metatron ehf. af tiltekinni gerð, en af gögnum málsins verður ráðið að fjárhæð þess tilboðs hafi numið 56.513.980 kr. Af gögnum málsins verður sömuleiðis ráðið að tilboð kæranda hafi ekki verið „skoðað frekar“ þar sem tilboðinu hefði ekki verið skilað inn á því formi sem útboðsgögn gerðu ráð fyrir, tilboðinu hefði ekki fylgt umbeðnar prófunarupplýsingar um boðið efni eða staðfesting á afhendingu þess auk þess sem tilboðið

hefði verið hæst að fjárhæð. Fyrir liggur að Garðabær og Metatron ehf. skrifuðu undir samning um verkið 14. mars 2018.

II

Kærandi byggir á því að óheimilt hafi verið að velja tilboð Metatron ehf. í útboðinu þar sem lausnin hafi verið með sandi auk græns innfylliefnis af gerðinni EPDM Virgin, en útboðsgögn hafi ekki gert ráð fyrir því að boðin lausn gæti innihaldið sand. Þá er gerð athugasemd við það að varnaraðili óski eftir úreltri gerð af gervigrasi með gúmmíkurli og sandi þegar betri lausnir séu til á markaðnum án innfylliefna. Þá séu ýmsar kröfur útboðsgagna, svo sem kröfur um fyrri reynslu bjóðenda af lagningu gervigrass, um meðalársveltu bjóðenda, um að öll samskeyti á boðnu gervigrasi skyldu vera saumuð saman en ekki límd og um heimild verkkaupa til að kanna viðskiptasögu stjórnenda og helstu eigenda bjóðenda, of íþyngjandi og gerðar til að útiloka nýja aðila frá markaðnum. Að lokum hafi kærandi ekki fengið rökstuðning fyrir vali tilboðs þrátt fyrir beiðni þar um með tölvubréfi 6. mars 2018.

III

Varnaraðili byggir á því að þegar sé kominn á bindandi samningur við Metatron ehf. á grundvelli útboðsins og því sé ekki unnt að verða við kröfu kæraanda um að fella úr gildi ákvörðun um val á tilboði og að verkið verði boðið út að nýju. Þá mótmælir varnaraðili því að tilboð Metatron ehf. hafi ekki verið í samræmi við útboðsgögn. Útboðsgögn hafi gert ráð fyrir að að boðið gervigras uppfyllti FIFA staðal frá 2015 og innihéldi græna EPDM Virgin innfyllingu. Svo lengi sem boðið gras uppfyllti þessar kröfur skipti ekki máli hvort möguleg samsetning innihéldi einnig aðra innfyllingu, svo sem sand. Gervigras það sem Metatron ehf. bauð hafi uppfyllt allar kröfur útboðsgagna auk þess sem fyrirtækið hafi uppfyllt allar hæfiskröfur og verið með lægsta tilboðið í verkið. Því hafi val á tilboðinu verið í samræmi við ákvæði laga. Þá byggir varnaraðili á því að tilboð kæranda hafi verið hæst að fjárhæð, auk þess sem kærandi hafi ekki afhent fylgigögn með tilboðinu sem hafi sýnt að hann og tilboð hans uppfylltu kröfur útboðsins. Því liggi ekkert fyrir um að tilboð kæranda hafi uppfyllt skilyrði útboðsgagna. Þá vísar varnaraðili til þess að ákvæði í útboðsgögnum um fyrri reynslu bjóðenda af lagningu gervigrass, meðalársveltu og að samskeyti skuli vera saumuð en ekki límd, hafi verið sett til að tryggja gæði verksins og öruggan og skjótan framgang þess. Athugasemdir kæranda séu að þessu leyti komnar fram að liðnum kærufresti samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, en kæranda hafi í síðasta lagi mátt vera ljóst efni útboðsskilmála við opnun tilboða 28. febrúar 2018. Þá hafi varnaraðili ekki litið á tölvubréf kæranda 6. mars 2018 sem beiðni um rökstuðning. Hafi tölvubréfið fyrst og fremst haft að geyma almennar athugasemdir um útboðsfyrirkomulagið og bent til þess að kærandi

væri fullmeðvitaður um að hann uppfyllti ekki hæfiskröfur útboðsins. Þá hafi kærandi tilkynnt daginn eftir að hann hygðist kæra útboðið og skortur á svörum ekki takmarkað möguleika kæranda á að gæta hagsmuna sinna fyrir kærunefnd útboðsmála. Varnaraðili mótmælir jafnframt kröfum kæranda um skaðabætur þar sem ekki hafi verið brotið gegn lögum og kærandi hafi aldrei átt möguleika á því að hljóta samninginn. Krafist er málskostnaðar úr hendi kæranda þar sem kæran hafi verið bersýnilega tilefnislaus.

Með bréfi 19. júní 2018 beindi kærunefnd útboðsmála fyrirspurnum til varnaraðila um hvort umrætt útboð hefði verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu og hvort varnaraðili hefði sent bjóðendum tilkynningu með því efni sem kveðið er á um í 85. gr. laga um opinber innkaup. Hefði það ekki verið gert var varnaraðila gefinn kostur á að koma sjónarmiðum á framfæri varðandi mögulega óvirkni samnings eða álagningu stjórnvaldssekta. Þá var óskað eftir upplýsingum um stöðu framkvæmdanna á þeim tíma. Í svari varnaraðila frá 3. júlí 2018 kom fram að útboðið hafi ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem um verksamning hefði verið að ræða sem væri undir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á svæðinu, en kostnaðaráætlun varnaraðila fyrir verkið hafi numið 58 milljónum króna. Vísar varnaraðili meðal annars til viðauka með tilskipun 2014/24/ESB máli sínu til stuðnings, en þar komi fram að samningar um gerð íþróttahúsa, tennisvalla, golfvalla og annarra íþróttamannvirkja teljist til verksamninga. Eðli málsins samkvæmt hljóti framkvæmd verks að geta fallið undir framangreinda starfsemi þótt útboð varði aðeins gerð hluta slíks mannvirkis, s.s. hluta knattspyrnuvallar. Meginefni samningsins varði þannig framkvæmdina og verkið sjálft, en ekki vörukaup. Þá kemur fram að varnaraðili hafi sent bjóðendum tölvupóst 6. mars 2018 þar sem þeim hafi verið tilkynnt að varnaraðili hefði samþykkt að taka nánar tilteknu tilboði Metatron ehf. í útboðinu. Við nánari skoðun geti varnaraðili fallist á að framangreind tilkynning hefði mögulega mátt innihalda skýrari upplýsingar um eiginleika og kosti þess tilboðs sem kaupandi valdi ásamt upplýsingum um biðtíma. Hins vegar verði að líta til þess við mat á alvarleika slíks annmarka á útboðsferlinu að eingöngu tveir aðilar hafi boðið í verkið og hafi aðeins annar bjóðenda uppfyllt kröfur útboðsgagna. Hefði varnaraðili því átt að hafna tilboði kæranda á fyrri stigum innkaupaferlisins. Virðist kærandi hafa verið fullmeðvitaður um þá staðreynd. Að lokum byggir varnaraðili á því að ekki geti komið til óvirkni eða álagningar stjórnvaldssekta þar sem ekki hafi verið skylt að auglýsa útboðið á EES svæðinu. Komist kærunefndin hins vegar að öndverðri niðurstöðu verði að horfa til þess að verkinu sé lokið og hafi greiðslur verið inntar af hendi. Því geti ekki komið til óvirkni, aðeins stjórnvaldssektar. Varðandi fjárhæð slíkrar sektar verði að horfa til þess að varnaraðili

hafi verið í góðri trú um að um verksamning væri að ræða, framkvæmdin hafi numið lágum fjárhæðum auk þess sem tilboð kæranda hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna.

IV

Í grein 0.1.1 í útboðsgögnum kom fram að varnaraðili óskaði eftir tilboðum í útvegum og fullnaðarfrágang á nýju knattspyrnugrasi sem skyldi lagt ofan á núverandi fjaðurlag (púða) aðalvallar Stjörnnunnar í Ásgarði í Garðabæ. Skyldi heildarkerfi knattspyrnugrassins, þ.e. bæði knattspyrnugrasið sjálft, núverandi fjaðurlag og fjaðrandi efni (innfylling), uppfylla FIFA Quality PRO, sameiginlegar kröfur FIFA og UEFA um knattspyrnugrasvelli samkvæmt staðlinum „FIFA Quality Programme for Football turf, October 2015“. Þá skyldi grasið vera með grænni EPDM Virgin innfyllingu. Innifalið í tilboði skyldi vera prófun á heildarkerfi til staðfestingar á að það uppfyllti fyrirbyggjandi kröfur staðalsins og útboðsgagna þegar það væri komið á endanlegan stað. Jafnframt fólst í útboðinu upptaka á núverandi knattspyrnugrasi á vellinum, grasmottunni og innfyllingu hennar, og förgun þess, auk þess sem bjóðendur skyldu útvega mörk, hornfána og festingar. Af þessu verður ráðið að innkaupin hafi falið í sér mismunandi þætti sem hver um sig kann að flokkast sem samningur um verk, vöru eða þjónustu í skilningi 2. – 4. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. laganna skulu samningar sem varða í senn tvær eða fleiri tegundir innkaupa fara eftir þeim ákvæðum sem gilda um þá tegund innkaupa sem einkennir meginefni samningsins. Að mati kærunefndar útboðsmála fólst meginefni framangreinds samnings í útvegum á nýju knattspyrnugrasi sem skyldi lagt ofan á núverandi fjaðurlag á umræddum knattspyrnuvelli og búnaði því tengdu. Verður að miða við að aðrir þættir innkaupanna hafi verið tilfallandi hluti af framangreindum kaupum sem nauðsynlegt hafi verið að ráðast í vegna endurnýjunar á grasinu. Verður því að miða við að framangreind kaup hafi talist til vörusamnings í skilningi 3. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup.

Af gögnum málsins verður ekki ráðið nákvæmlega hvenær hið kærða útboð var auglýst að öðru leyti en að það hafi verið gert í febrúar 2018. Viðmiðunarfjárhæð vegna skyldu sveitarfélaga til útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup breyttust hinn 17. febrúar 2018. Fyrir þann tíma var fjárhæðin 32.219.440 kr. samkvæmt reglugerð nr. 904/2016 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaupa samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup, en eftir þann tíma nam fjárhæðin 28.752.100 kr. samkvæmt reglugerð nr. 178/2018 um sama efni. Samkvæmt upplýsingum varnaraðila nam kostnaðaráætlun fyrir verkið 58 milljónum króna. Því er ljóst að hin kærðu innkaup voru útboðsskyld á EES svæðinu hvort sem útboðið var auglýst fyrir eða eftir 17. febrúar 2018.

Samkvæmt 1. mgr. 85. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skal kaupandi tilkynna þátttakendum eða bjóðendum um ákvarðanir um val tilboðs eins fljótt og mögulegt er. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar skulu í slíkri tilkynningu meðal annars koma fram upplýsingar um eiginleika og kosti þess tilboðs sem kaupandi valdi með hliðsjón af valforsendum útboðsgagna ásamt yfirlýsingu um nákvæman biðtíma samningsgerðar samkvæmt 86. gr. Af 3. mgr. verður ráðið að framangreinda tilkynningu skuli senda öllum fyrirtækjum sem ekki hefur verið hafnað eða vísað frá innkaupaferli með endanlegri ákvörðun. Samkvæmt 86. gr. laganna er óheimilt að gera samning í kjölfar ákvörðunar um val tilboðs fyrr en að liðnum tíu daga biðtíma vegna innkaupa yfir viðmiðunarfjárhæðum EES svæðisins frá deginum eftir að tilkynning samkvæmt 85. gr. telst birt eða 15 dögum eftir sendingu tilkynningar að telja. Þá verður ráðið af 107. gr. laganna að kæra á ákvörðun um val tilboðs innan lögboðins biðtíma hafi í för með sér sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar frá þeim tíma er kaupanda er kunnugt um kæru og þar til kærunefnd útboðsmála hefur endanlega leyst úr henni.

Af athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 58/2013, sem breyttu þágildandi lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup og leiddu í íslensk lög ákvæði tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB um breytingu á tilskipun ráðsins 89/665/EBE og 92/13/EBE að því er varðar aukna skilvirkni í meðferð kærumála vegna gerðar opinberra samninga, verður ráðið að tilgangur framangreindra ákvæða sé að upplýsa bjóðendur um og gefa þeim tækifæri á að kæra ákvörðun um val tilboðs til kærunefndar útboðsmála í því skyni að fá ákvörðun kaupanda, sem þeir telja andstæða lögum, endurskoðaða áður en endanlegur samningur hefur verið gerður með þeim afleiðingum að hann verður að meginstefnu til ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögmæt, sbr. 1. mgr. 114. gr. laga um opinber innkaup. Með hliðsjón af framangreindum ákvæðum og tilgangi þeirra verður að miða við að biðtími samningsgerðar samkvæmt 86. gr. geti aðeins byrjað að líða eftir að tilkynning í samræmi við 85. gr. hefur verið send og því sé óheimilt að ganga til samninga við bjóðendur án þess að slík tilkynning hafi verið send með því efnisinnihaldi sem þar greinir.

Í máli þessu liggur fyrir að ákvörðun varnaraðila að ganga til samninga við fyrirtækið Metatron ehf. var tekin 6. mars 2018 og var hún tilkynnt bjóðendum með tölvupósti síðar þann sama dag. Skrifað var undir samning 14. mars 2018. Tilkynning varnaraðila um val tilboðs hafði hvorki ekki að geyma yfirlýsingu um nákvæman biðtíma samningsgerðar, né né aðrar þær upplýsingar sem áskildar eru í 85. gr. laga um opinber innkaup. Í máli þessu verður

því að leggja til grundvallar að biðtími samkvæmt 86. gr. laganna hafi ekki byrjað að líða og var samningur varnaraðila við Metatron ehf. því gerður í andstöðu við fyrirmæli ákvæðisins.

Samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup skal kærunefnd útboðsmála lýsa samning sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 4. mgr. 23. gr. óvirkan í þeim tilvikum sem nánar eru tilgreind í 2. mgr., meðal annars þegar samningur hefur verið gerður á biðtíma samningsgerðar samkvæmt 86. gr., sbr. b. liður 2. mgr. 115. gr. Þó getur aðeins komið til óvirkni ef kæranda hefur verið fyrirmanað að leita réttar síns með kæru áður en samningur var gerður, fyrir liggur brot á lögum um opinber innkaup eða reglum settum samkvæmt þeim og brotið var til þess fallið að hafa áhrif á möguleika kæranda til að hljóta samning, sbr. 1. til 3. tl. b. liðar 2. mgr. 115. gr. laganna.

VI

Í máli þessu hefur varnaraðili upplýst að hið kærða útboð hafi ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem hann taldi að um verksamning væri að ræða sem væri undir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á svæðinu. Eins og að framan greinir telur kærunefnd útboðsmála að umræddur samningur hafi verið vörusamningur og innkaupin hafi verið útboðsskyld á Evrópska efnahagssvæðinu. Verður því að telja að fullnægt því skilyrði 2. tl. b. liðar 2. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup að varnaraðili hafi brotið gegn ákvæðum laganna við framkvæmd hins kærða útboðs.

Af útboðsgögnum verður ráðið að boðnar vörur og bjóðendur skyldu uppfylla tiltekin skilyrði svo að þau kæmu til greina. Þannig skyldi knattspyrnugrasið uppfylla FIFA Quality PRO, sameiginlegar kröfur FIFA og UEFA um knattspyrnugrasvelli samkvæmt staðlinum „FIFA Quality Programme for Football turf, October 2015“. Þá skyldi grasið vera með grænni EPDM Virgin innfyllingu. Einnig var gerð krafa um að tilboð skyldu sett fram samkvæmt tilboðsblöðum útboðsgagna og skyldu bjóðendur fylla út alla liði tilboðsskrár. Ítarleg gögn skyldu fylgja tilboðum, meðal annars vottun um að efni sem boðið væri uppfyllti gerðar kröfur til FIFA Quality PRO og skyldi vottunin vera frá NBI (Norges byggeforskningsinstitut) eða annarri sambærilegri viðurkenndri stofnun. Skyldu þær vottanir sem skilað væri inn með tilboði eiga nákvæmlega við um það efni og þá uppbyggingu kerfis sem boðið væri. Þá skyldi fylgja tilboðum skrifleg yfirlýsing framleiðanda um að gras og innfylling yrði komin á verkstað og tilbúin til útlagningar 30. mars 2018. Jafnframt skyldu tilboðum fylgja ýmis önnur gögn, s.s. yfirlýsing um ábyrgðartíma, upplýsingar um fjölda, menntun og reynslu starfsmanna, yfirlýsing frá viðskiptabanka um umfang veltu á undanförunum þremur árum, yfirlýsing um skilvísni í viðskiptum, endurskoðaðir ársreikningar, gæðahandbók, öryggishandbók, verkáætlun, yfirlit yfir helstu verkefni bjóðenda unnin á sl. fimm árum og

ýmis fleiri gögn. Þá voru gerðar ýmsar kröfur til tæknilegrar og fjárhagslegrar getu bjóðenda. Skyldu bjóðendur meðal annars geta sýnt fram á að hafa lokið við a.m.k. eitt sambærilegt verk á sl. fimm árum, að þeir ynnu samkvæmt skilgreindu gæðastjórnunarkerfi, að meðalársvelta þeirra sl. þrjú ár væri að lágmarki 80% af tilboði þeirra í útboðinu án virðisaukaskatts auk þess sem eigið fé þeirra skyldi vera jákvætt samkvæmt endurskoðuðum ársreikningi. Einnig skyldu bjóðendur vera í skilum með opinber gjöld og lífeyrissjóðsiðgjöld vegna starfsmanna þegar þeir skiluðu tilboði.

Af gögnum málsins verður ráðið að hvorki kærandi né tilboð hans hafi uppfyllt framangreindar kröfur útboðsgagna, auk þess sem tilboð hans var hæst að fjárhæð. Því var varnaraðila ekki heimilt að velja tilboð kæranda í útboðinu. Verður því ekki talið að framangreint brot á lögum um opinber innkaup hafi verið til þess fallið að hafa áhrif á möguleika kæranda til að hljóta hinn kærða samning. Jafnframt liggur fyrir að samningurinn hefur þegar verið framkvæmdur. Því eru ekki uppfyllt skilyrði samkvæmt b. lið 2. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup til þess að kveða á um að hinn kærði samningur verði lýstur óvirkur. Í slíkum tilvikum skal kærunefnd útboðsmála hins vegar leggja stjórnvaldssektir á kaupanda, sbr. a. lið 1. mgr. 118. gr. sömu laga.

Samkvæmt 2. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup skal stjórnvaldssekt nema allt að 10% af ætluðu virði samnings. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hefur verið látinn halda virkni sinni. Við mat á fjárhæð stjórnvaldssektar í máli þessu telur kærunefnd að líta verði til þess að þrátt fyrir brot kæranda var varnaraðila tilkynnt um niðurstöðu útboðsins áður en endanlegur samningur var gerður og voru möguleikar hans á því að kæra útboðið, sem leitt hefði til sjálfkrafa stöðvunar samningsgerðar, því ekki að fullu útilokaðir. Þá ber að horfa til þess að varnaraðili hefur ekki áður sætt stjórnvaldssekt vegna brota á lögum þessum. Með hliðsjón af þessu, svo og umfangi umræddra innkaupa, telst fjárhæð stjórnvaldssektar varnaraðila hæfilega metin 500.000 krónur.

Svo sem áður greinir er það niðurstaða nefndarinnar að möguleikar kæranda á því að hljóta samning þann sem boðinn var út í hinu kærða útboði hafi ekki skerst við brot varnaraðila á lögum um opinber innkaup. Verður því ekki talið að kærandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af varnaraðila á grundvelli tilboðs síns. Eru því ekki efni til þess að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda.

Með hliðsjón af úrslitum málsins er rétt að varnaraðili greiði kæranda 300.000 krónur í málskostnað.

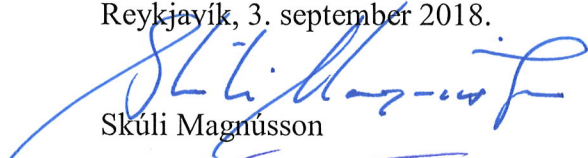
Úrskurðarorð:

Varnaraðili, Garðabær, greiði 500.000 krónur í stjórnvaldssekt sem renni í ríkissjóð.

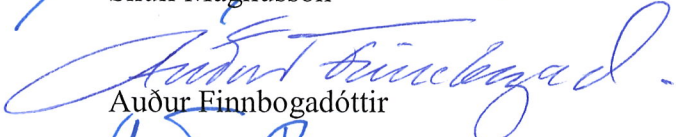
Öðrum kröfum kæranda, Sveinbjörns Freys Arnaldssonar f.h. óstofnaðs einkahlutafélags Sportisca ehf., vegna útboðs varnaraðila auðkennt „Íþróttasvæði í Ásgarði – Aðalvöllur. Endurnýjun á knattspyrnugrasi á núverandi fjaðurlag“, er hafnað.

Varnaraðili greiði kæranda 300.000 krónur í málskostnað.

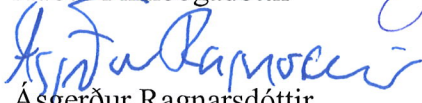
Reykjavík, 3. september 2018.



Skúli Magnússon



Auður Finnbogadóttir



Ásgerður Ragnarsdóttir