

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 23. júní 2022

í máli nr. 6/2022:

Rafmagnsþjónustan ehf.

gegn

Garðabæ og

Rafboða ehf.

Lykilorð

Rammasamningur. Auglýsing útboðs á EES-svæðinu. Jafnræði. Gagnsæi. Útboð ógilt. Álit á skaðabótaskyldu.

Útdráttur

Varnaraðili bauð út gerð rammasamnings vegna innkaupa á þjónustu rafiðnaðarmanna og var birt auglýsing vegna þessa á vef útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins og innanlands. Kærunefnd útboðsmála taldi að misræmi hafi verið á milli þeirra upplýsinga sem komu fram í auglýsingu útboðsins erlendis annars vegar og innanlands hins vegar sem færi í bága við 56. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Með því hafi einnig verið brotið gegn 15. gr. sömu laga um jafnræði og gagnsæi. Því var fallist á kröfu kæranda um að fella útboðið úr gildi. Fallist var á að veita álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda vegna þátttöku hans í útboðinu og honum úrskurðaður málskostnaður.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 26. janúar 2022 kærði Rafmagnsþjónustan ehf. útboð Garðabæjar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) auðkennt „Rammasamningur. Þjónusta iðnaðarmanna. Raflagnir“ sem auglýst var þann 6. janúar 2022. Kærandi krefst þess aðallega að útboðið verði felld úr gildi, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Til vara krefst kærandi þess að „ólögmætir samningsskilmálar, einn eða fleiri, samanber B, C, D, E og F lið í kæru, verði felldir úr gildi“. Í báðum tilvikum krefst kærandi þess að varnaraðili greiði kæranda kostnað við að hafa kærana uppi samkvæmt mati kærunefndar útboðsmála, sbr. 3. mgr. 111. gr. laga um opinber innkaup.

Varnaraðila var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð 10. febrúar 2022 krafðist varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað.

Kærandi skilaði andsvörum þann 2. mars 2022. Í andsvörum sínum jók kærandi við kröfur sínar og krafðist þess jafnframt að ákvörðun varnaraðila um frestun opnunar tilboða í útboðinu þann 27. janúar 2022 yrði úrskurðuð ólögmæt og að útboðið yrði ógilt af þeim sökum. Þá krafðist kærandi þess að ákvörðun varnaraðila um að velja tilboð lægstbjóðanda þann 1.

mars 2022 yrði felld úr gildi. Að auki krafðist kærandi þess að samningsgerð við lægstbjóðanda yrði stöðvuð. Enn fremur krafðist kærandi þess að kærunefnd myndi láta uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda.

Kærunefnd útboðsmála taldi að líta bæri svo á að hin nýja kröfugerð kæranda fæli í sér að ákvörðun um val tilboðs hefði verið kærð innan lögboðins biðtíma samkvæmt 86. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, sbr. 107. gr. laganna. Veitti kærunefnd varnaraðila og lægstbjóðanda, Rafboða ehf. því tækifæri á að leggja fram athugasemdir vegna nýrrar kröfugerðar kæranda. Varnaraðili lagði fram greinargerð af þessu tilefni hinn 14. mars 2022 og krafðist þess að kærunefnd útboðsmála aflétti sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar og að öllum kröfum kæranda yrði hafnað. Varnaraðili Rafboði ehf. krafðist þess í greinargerð sinni 11. mars 2022 að kröfu kæranda yrði hafnað. Kærunefnd leit svo á að í því fælist krafa um að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar verði aflétt.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 30. mars 2022 var hafnað kröfu varnaraðila um að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar.

Varnaraðili lagði fram frekari athugasemdir 13. apríl 2022 og ítrekaði gerðar kröfur. Kærandi skilaði andsvörum 1. maí 2022.

I

Málavextir eru í stuttu máli þeir að 9. apríl 2021 auglýsti varnaraðili rammasamningsútboð auðkennt „Rammasamningur. Þjónusta iðnaðarmanna. Raflagnir“. Varnaraðili afturkallaði það útboð vegna fyrirspurna og athugasemda sem bárust í kjölfarið. Nýtt útboð var auglýst 18. júní 2021 en framkvæmd þess útboðs var kærð til kærunefndar útboðsmála. Í máli 25/2021 komst kærunefndin að þeirri niðurstöðu að varnaraðili væri skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna ýmissa annmarka sem voru á umræddu útboði. Þar á meðal hafi varnaraðili m.a. enga afstöðu tekið til tilboða og hafi gildistími þeirra því runnið út án þess að fyrir því hafi verið taldar málefnalegar ástæður.

Í kjölfarið samþykkti bæjarráð varnaraðila að bjóða út þjónustu rafiðnar að nýju. Þann 24. desember 2021 auglýsti varnaraðili útboð að nýju á vef útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins (TED) og innanlands 6. janúar 2022. Hins vegar urðu útboðsgögnin sjálf ekki aðgengileg mögulegum bjóðendum fyrr en þann sama dag eða 6. janúar 2022.

Þann 26. janúar 2022 kærði kærandi útboðið til kærunefndar útboðsmála. Eftir að kæran kom fram eða þann 27. janúar 2022 ákvað varnaraðili að framlengja tilboðsfrestinn til 22. febrúar s.á. Var sú breyting tilkynnt sérstaklega, bæði innanlands og á TED, og mögulegum bjóðendum sem sótt höfðu útboðsgögnin jafnframt tilkynnt um þá breytingu. Var sú breyting

gerð til að tryggja bjóðendum fullnægjandi tíma til að taka afstöðu til tilboðsgerðar þar sem útboðsgögnin höfðu ekki staðið til afhendingar fyrr en 6. janúar 2022.

Þann 1. mars 2022 samþykkti svo bæjarráð Garðabæjar að taka tilboði lægstbjóðanda. Við þeirri ákvörðun brást kærandi með því að auka við kröfur sínar 2. mars 2022 auk þess sem hann andmælti þeirri ákvörðun Garðabæjar að fresta opnun tilboða.

II

Kærandi styður kröfur sínar við það að verulegt misræmi sé á upplýsingum í auglýsingum um útboðið á erlendum vettvangi og innan lands. Það sé á skjön við 56. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup sem mæli fyrir um að auglýsingar sem birtar séu innan lands skuli ekki innihalda aðrar upplýsingar en þær sem birtist á erlendum vettvangi. Auglýsingin um útboðið á EES-svæðinu hafi því ekki verið í samræmi við kröfur laga nr. 120/2016.

Þá byggir kærandi á því í B-lið kærunnar að krafa útboðsgagna, um að ársvelta bjóðenda skuli vera að lágmarki 20 milljónir króna, sé andstæð 71. gr. laga nr. 120/2016. Í C-lið kærunnar byggir kærandi svo á að því að skilyrði í hinu kærða útboði um þriggja ára reynslu starfsmanna af tiltekinni þjónustu sé í ósamræmi við lög nr. 120/2016. Þá byggir kærandi á því í D-lið kærunnar að skilyrði um að starfsmenn sem sinni þjónustu við kaupanda skuli vera með hreint sakavottorð sé í andstöðu við lög. Eins byggir kærandi á því í E-lið kærunnar að ekki sé heimilt samkvæmt lögum nr. 120/2016 að krefjast þess að nýr starfsmaður verktaka þurfi að vera sérstaklega samþykktur fyrirfram af verkkaupa áður en hann hefji störf, svo sem varnaraðili gerir í útboðsgögnum. Þá byggir kærandi á því í F-lið að áætlaðar magntölur í útboðinu séu í ósamræmi við rauntölur vinnustunda og því ekki í samræmi við 30. gr. laga nr. 120/2016.

Kærandi gerir jafnframt athugasemdir við þá fyrirætlun sem fram kemur í útboðsgögnum um að verkkaupi leggi til verkefnastjóra sem stýri og stjórni þeim verkefnum sem unnin séu hverju sinni. Þá gerir kærandi athugasemdir við að í útboðsgögnum sé nefnd viðhaldsáætlun verkkaupa án þess að hún eða drög að henni hafi verið lögð fram í tengslum við útboðið. Eins byggir kærandi á því að forstöðumaður eignasjóða varnaraðila hafi verið vanhæfur til að koma að hinu kærða útboði. Kærandi gerir einnig athugasemdir við þá ákvörðun varnaraðila að bjóða aðeins út eina tegund iðnaðarmannavinnu og telur að ákvörðun varnaraðila þar að lútandi litist af þeim athugasemdum sem kærandi hafi áður komið á framfæri hjá varnaraðila.

Kærandi byggir jafnframt á því að núverandi rammaútboð sé efnislega hið sama og auglýst hafi verið 18. júní 2021 og kærunefnd útboðsmála hafi úrskurðað ólöglegt. Þá hafi 13 aðilar boðið í verkið og tilboðstölur þeirra lægju opinberlega fyrir. Nú séu mögulegir

tilboðsgjafar í þessu útboði settir í þá stöðu að bjóða í sama verk vitandi hvað aðrir tilboðsgjafar hafi boðið í það fyrir nokkrum mánuðum síðan. Hafi varnaraðila verið í lófa lagið að breyta núverandi útboði, en hafi ekki gert það.

Loks gerir kærandi athugasemd við að svör varnaraðila við athugasemdum hans hafi borist þegar styttra en 6 dagar hafi verið eftir að opnun útboðsins og vísar til þess að krafa um skil gagna sé a.m.k. 6 dögum fyrir síðasta skiladag útboðs. Opnun útboðsins hafi verið 1. febrúar 2022 en svör varnaraðila hafi aðeins borist 26. janúar s.á. Að mati kæranda hafi varnaraðili frestað að opna tilboð í kjölfar framkominnar kæru í málinu og komist þannig hjá kæruliðum sem ella hefðu mögulega ógilt útboðið. Það telji kærandi óeðlilegt og í ósamræmi við góða stjórnsýslu. Þá standist ekki sveitarstjórnarlög að embættismenn varnaraðila taki ákvörðun um frestun opunar tilboða, sem skylt sé að taka í bæjarráði eða bæjarstjórn, sbr. 42. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Því sé ákvörðun um frestun opunar tilboða ólögmat.

Kærandi telur einnig að tilboð lægstbjóðanda sé óeðlilega lágt, sbr. 81. gr. laga nr. 120/2016. Varnaraðila hafi því borið að hafna tilboðinu.

III

Varnaraðili mótmælir öllum sjónarmiðum kæranda og byggir á því að útboðsgögn, einstakir skilmálar útboðsgagna og framkvæmd útboðsins sé í samræmi við lög og reglur. Þá mótmælir varnaraðili öllum röksemdum og sjónarmiðum kæranda í aðra veru og telur að kærandi hafi ekki sýnt fram á að brotið hafi verið gegn lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup eða öðrum reglum, þannig að leitt geti til ógildingar útboðs eða einstakra útboðsskilmála.

Í greinargerð varnaraðila er hverri og einni málsástæðum kæranda svarað sérstaklega. Varnaraðili mótmælir því í fyrsta lagi að auglýsingin um hið kærða útboð hafi ekki verið í samræmi við kröfur laga um opinber innkaup. Auglýsing útboðsins hafi verið birt erlendis á vef útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins (TED) þann 24. desember 2021 og innan lands þann 6. janúar 2022, sem sé í samræmi við 2. mgr. 56. gr. laga um opinber innkaup sem kveði á um að innkaup sem séu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins (EES) skuli ekki birta auglýsingar og tilkynningar innan lands áður en þær hafi verið birtar á erlendum vettvangi. Þá heldur varnaraðili því fram að ekki verði annað séð en að sömu upplýsingar hafi komið fram í auglýsingunni erlendis og innan lands í samræmi við fyrrgreint lagaákvæði. Varnaraðili bendir á að útboðsgögn hafi ekki verið aðgengileg fyrr en 6. janúar 2022 og því hafi verið ákveðið að framlengja tilboðsfrests til 22. febrúar s.á. Engar fyrirspurnir hafi borist frá hugsanlegum bjóðendum fyrir 6. janúar og í þessu ljósi geti athugasemdir kæranda um aðgang að útboðsgögnum fyrir þá dagsetningu ekki leitt til þess að útboðið skuli felld úr gildi. Auk þess

telur varnaraðili að misskilnings gæti af hálfu kæranda hvað varði tilkynningar til útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins dagana 20. og 21. desember sl. Þær tilkynningar hafi ekki lotið að því útboði sem hér sé til umfjöllunar, heldur hafi verið um að ræða tilkynningu um samningagerð vegna þjónustu málmíðnar og tilkynningu um að ekki hafi verið samið við neinn í útboði sem auglýst hafi verið 18. júní 2021.

Varnaraðili mótmælir því að krafa útboðsgagna um ársveltu sé ekki í samræmi við lög. Kostnaðaráætlun varnaraðila vegna hvers svæðis um sig sé 18.931.500 kr. án vsk. miðað við tveggja ára samningstíma. Heimilt sé að framlengja samningstíma um eitt ár í tvígang. Krafa um 20 milljón króna ársveltu bjóðenda sé því ekki hærri en tvöfalt áætlað verðmæti samningsins, sbr. 71. gr. laga um opinber innkaup.

Varnaraðili mótmælir því að kröfur um starfsreynslu og sakavottorð starfsmanna bjóðenda séu ekki í samræmi við lög. Þær rúmist innan heimilda 69. og 72. gr. laga um opinber innkaup. Varnaraðili telur einnig að eðlileg krafa sé að nýir starfsmenn skuli samþykktir af varnaraðila áður en þeir hefji störf í ljósi aðstæðna og að teknu tilliti til annarra krafna um tæknilega og faglega getu bjóðanda í útboðsgögnum.

Varnaraðili mótmælir jafnframt athugasemdum kæranda um fyrirhugaðan tímafjölda útboðsins. Sá fjöldi vinnustunda sem tilgreindur hafi verið í útboðsgögnum hafi verið til viðmiðunar og geti endanlegur tímafjöldi verið hærri eða lægri. Þótt kærandi telji sig hafa upplýsingar um innkaupatölur síðustu ára sé það hins vegar ekki í hans valdi að ákveða magntölur útboðs. Þá taki kærandi ekki tillit til þess að stærri útboð verði boðin út sérstaklega.

Varnaraðili kveður sig jafnframt ekki skilja á hvaða forsendum krafa kæranda um meint ólögmæti útboðsins vegna stöðu verkefnastjóra sé reist, en henni sé í öllu falli mótmælt. Vart verði séð að það geti talist brot á lögum um opinber innkaup að varnaraðili hyggist gera breytingar á núgildandi vinnulagi verktaka og fela m.a. verkefnastjóra tiltekin verkefni við útteilingu verkefna í því sambandi. Auk þess kveður varnaraðili að ekki hafi verið talin þörf á að leggja fram viðhaldsáætlun, svo sem kærandi geri athugasemdir við, enda sé um að ræða heildar viðhaldsáætlun sem taki til margra iðnstétta og sé því aðeins til viðmiðunar og geti tekið breytingum, t.a.m. með tilliti til samþykkrar fjárhagsáætlunar varnaraðila.

Varnaraðili hafnar því að forstöðumaður eignarsjóðs varnaraðila sé lykilmaður í gerð útboðsins og vinnslu þess. Bendir varnaraðili á að hann njóti aðstoðar og ráðgjafar verkfræðistofu við framkvæmd útboðsins, gerð útboðsgagna og yfirferð og mat á tilboðum, sem telst og umsjónaraðili útboðsins. Endanlegt ákvörðunarvald sé svo í höndum bæjarstjórnar varnaraðila. Óhjákvæmilega hafi umræddur forstöðumaður komið að framkvæmd útboðsins og gerð útboðsgagna, en hann muni þó ekki koma að mati á tilboðum né hafi ákvörðunarvald um

útboðsskilmála eða val tilboða. Varnaraðili hafni því að meintur samskiptavandi milli umrædds forstöðumanns og kæranda eða annarra geti valdið vanhæfni hans í útboði þessu né að ekki sé von á annarri úrvinnslu hins kærða útboðs sökum þessa.

Varnaraðili andmælir einnig að ákvörðun um að hætta við fyrra útboð og auglýsa að nýju hafi haft nokkuð með það að gera að kærandi hafi átt möguleika á að gera verksamnings við varnaraðila. Fyrri útboð, sem auglýst hafi verið í júní 2021, hafi verið kært til kærunefndar útboðsmála og varnaraðili hafi talið rétt að setja útboðið í biðstöðu á meðan kærunefndin hafi verið með til skoðunar meinta annmarka á því. Við nánari skoðun hafi það verið mat varnaraðila að réttast væri að hætta við það útboð og auglýsa það að nýju. Engin sérstök afstaða hafi verið tekin til útboðsskilmálanna í úrskurði kærunefndarinnar nr. 25/2021, en athugasemdir nefndarinnar hafi lotið að formannmörkum við framkvæmd útboðsins. Mat varnaraðili það svo að ekki væri sérstök ástæða til breytinga á efnislegum skilmálum útboðsins og hafi því ákveðið að auglýsa útboðið að nýju á efnislega sama grunni og áður, m.a. að gættum sjónarmiðum um jafnræði og lögbundnum skilmálum varnaraðila á grundvelli laga um opinber innkaup.

Varnaraðili mótmælir jafnframt öðrum sjónarmiðum kæranda, m.a. í garð einstakra starfsmanna varnaraðila. Þá bendir varnaraðili á að tilboðsfrestur í hinu kærða útboði hafi verið framlengdur til 22. febrúar 2022 og samhliða því hafi fyrirspurnarfrestur verið framlengdur til 13. febrúar 2022, og svarfrestur við fyrirspurnum því til 16. febrúar. Því hafi verið bætt úr þeim annmarka, sem kærandi gerir athugasemd við og lýtur að því að svör varnaraðila við fyrirspurn hans hafi borist þegar innan við sex dagar hafi verið þar til tilboðsfresti lyki, þ.e. 26. janúar og tilboðsfrestur rynni út 1. febrúar 2022.

Í viðbótarathugasemdum sínum 13. apríl 2022 tekur varnaraðili undir með kærunefnd útboðsmála, svo sem fram hafi komið í ákvörðun hennar 30. mars 2022, að auglýsing útboðsins á TED hefði ef til vill mátt vera skýrari, og að mistök hafi leitt til þess að ekki hafi verið að öllu leyti samræmi milli þeirra upplýsinga sem hafi komið fram í auglýsingunni á TED og auglýsingu innan lands varðandi magntölur og skiptingu útboðsins í hluta. Varnaraðili telur þó að ekki sé skylt að tilgreina áætlað heildarverðmæti samnings, hvorki samkvæmt V. viðauka tilskipunar né lögum nr. 120/2016. Í ákvörðun kærunefndar hafi aðeins verið bent á að magntölur hafi verið birtar í innlendu auglýsingunni og því sé ekki ljóst hvort athugasemd kærunefndar lúti eingöngu að misræminu eða því einnig að umræddar upplýsingar um magntölur hefðu átt að vera birtar á TED. Varnaraðili telur jafnframt að ekki hafi verið nauðsynlegt að tilgreina að um rammasamning væri að ræða í auglýsingunni á TED, þar sem upplýsingar fyrir hvert og eitt svæði hafi verið að öllu leyti sambærilegar og engar takmarkanir

hafi verið á möguleikum bjóðenda til að bjóða í öll verk eða einstök svæði. Umræddar upplýsingar um fyrirkomulagið hafi jafnframt mátt ráða af útboðsgögnum sjálfum.

Þá bendir varnaraðili á að kærunefnd hafi í ákvörðun sinni 30. mars 2022 ekki vikið að þeim staflaðum í kærnu sem kærandi teldi að leiða ættu til ógildingar útboðsins í heild. Kaupendur verði að geta treyst því, bæti þeir úr þeim annmörkum sem nefndin gerði athugasemdir við og bjóða þjónustuna út að nýju, að heimilt sé að gera sömu kröfur til bjóðenda og gerðar voru í hinu kærða útboði. Dregur varnaraðili í efa að unnt sé að ógilda útboð í síðara kærnumáli á grundvelli atriða sem einnig var byggt á í fyrra máli, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar Íslands nr. 559/2009.

Að lokum hafnar varnaraðili að hann sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, enda liggi fyrir að Rafboði ehf. hafi verið lögstbjóðandi í hinu kærða útboði og kærandi hafi ekki sýnt fram á að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðili Rafboði ehf. lagði ekki fram greinargerð í kjölfar ákvörðunar kærunefndar útboðsmála 30. mars 2022 um stöðvun samningsgerðar í málinu. Í greinargerð félagsins 11. mars 2022 er því hafnað að tilboð þess hafi verið óeðlilega lágt, enda hafi varnaraðili Garðabær ekki óskað eftir því að tilboð lögstbjóðanda yrði skýrt frekar. Þá hafi tilboð félagsins aðeins verið 10% undir tilboði kæranda.

IV

Í 18. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup er rammasamningur skilgreindur sem samningur sem einn eða fleiri kaupendur gera við eitt eða fleiri fyrirtæki í þeim tilgangi að slá föstum helstu samningsskilmálum einstakra samninga sem gerðir verða á tilteknu tímabili, einkum að því er varðar verð og fyrirhugað magn. Í útboðslýsingu varnaraðila er útboðið nefnt rammasamningsútboð. Markmið útboðsins sé að kaupa fjölbreytta þjónustu á sviði rafiðnaðar í og við stofnanir, hús og lóðir varnaraðila á hagkvæmu verði og að uppfylltum kröfum um gæði. Leitað sé tilboða í tilfallandi viðhald. Allt meiri háttar viðhald sé undanþegið og verði boðið út sérstaklega. Óljóst sé hvaða magn verði keypt á grundvelli útboðsins þar sem rammasamningar séu gerðir um tiltekna vöru- og þjónustuflokka í tiltekinn tíma, án þess að magntölur séu þekktar. Einstök kaup fari svo fram eftir að rammasamningur komist á. Með hliðsjón af þessu má leggja til grundvallar hér að útboðið lúti að gerð rammasamnings í skilningi laga nr. 120/2016.

Meginregla 15. gr. laga nr. 120/2016 er sú að gæta ber gagnsæis við opinber innkaup. Ákvæði 56. gr. laga nr. 120/2016 er meðal annars ætlað að stuðla að gagnsæi við opinber

innkaup með því að fyrirhuguð innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu séu tilkynnt og auglýst á svæðinu öllu með viðhlítandi hætti. Til að svo geti verið þurfa kaupendur að gæta þess að upplýsingar í tilkynningum þessum séu nægjanlega nákvæmar til að gefa mögulegum bjóðendum tækifæri til að meta hvort þeir kynnu að hafa áhuga á að taka þátt í viðkomandi innkaupaferli.

Meginregla 15. gr. laga nr. 120/2016 er einnig sú að gæta ber jafnræðis við opinber innkaup. Sérstaklega er þar bannað að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða takmarka samkeppni með óeðlilegum hætti. Ákvæði 56. gr. laga nr. 120/2016 er meðal annars ætlað að stuðla að þessu með því að auglýsingar séu þegar við á birtar á Evrópska efnahagssvæðinu fyrir tilstuðlan útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins. Með því er tryggt að mögulegir bjóðendur á öllu svæðinu, án tillits til þjóðernis, fái viðhlítandi upplýsingar um fyrirhuguð innkaup. Til að árétta að jafnræðis sé gætt er svo sérstaklega tiltekið í 2. mgr. 56. gr. að auglýsingar og tilkynningar sem birtar eru innan lands meggi ekki innihalda aðrar upplýsingar en þær sem birtast á erlendum vettvangi. Markmið þessa ákvæðis er að stuðla að jöfnum möguleikum fyrirtækja á Evrópska efnahagssvæðinu til að taka þátt í útboðum, enda væri ella hægur leikur að draga úr þátttöku erlendra aðila með því að veita í auglýsingum sem beinast til þeirra takmarkaðri upplýsingar en veittar eru í auglýsingum sem aðeins eru birtar innan lands.

Samkvæmt 56. gr. laga nr. 120/2016 skulu tilkynningar vegna innkaupa sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu gerðar á stöðluðu eyðublaði sem birt er í reglugerð sem ráðherra setur. Með þessu ákvæði var ætlunin að innleiða m.a. 49. gr. tilskipunar Evrópupingsins og ráðsins 2014/24/ESB frá 26. febrúar 2014 um opinber innkaup og niðurfellingu tilskipunar 2004/18/EB. Í þeirri tilskipun kemur fram í 49. gr. að útboðstilkynningar skuli notaðar til að auglýsa hvers konar útboð, sbr. þó aðra undirgrein 5. mgr. 26. gr. og 32. gr., og að í útboðstilkynningu skuli koma fram upplýsingar sem settar séu fram í C-hluta V. viðauka. Í C-hluta þess viðauka segir svo að í útboðstilkynningu eigi meðal annars að koma fram lýsing á innkaupum: eðli og umfangi verks, eðli og magn- eða verðgildi vöru, eðli og umfang þjónustu. Þegar samningi sé skipt í hluta skuli veita þessar upplýsingar fyrir hvern hluta. Þá segir að fram eigi að koma áætluð heildarstærð samnings eða samninganna; þegar samningi sé skipt í hluta skuli veita þessar upplýsingar fyrir hvern hluta. Eins skuli tilgreina eftir því sem við eigi hvort um rammamarkmiðun sé að ræða.

Með 3. gr. reglugerðar nr. 1210/2021 um staðlað eyðublað fyrir samevrópska hæfislýsingu og stöðluð eyðublöð fyrir birtingu tilkynninga við opinber innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum öðlaðist gildi hér á landi reglugerð framkvæmdarstjórnarinnar (ESB) 2019/1780 frá 23. september 2019 um að taka upp stöðluð eyðublöð fyrir birtingu tilkynninga

við opinber innkaup og niðurfellingu á reglugerð (ESB) 2015/1986, en sú reglugerð er birt í EES viðbæti Stjórnartíðinda Evrópusambandsins nr. 23 frá 31. mars 2021, bls. 91. Í þeirri reglugerð kemur fram í viðauka að stöðluð eyðublöð innihaldi reiti og að staðlað eyðublað með viðeigandi upplýsingum í reitum sé tilkynning. Þá séu í stöðluðum eyðublöðum og tilkynningum notaðir skyldubundnir og valkvæðir reitir. Skyldubundnir reitir skulu vera hluti af stöðluðum eyðublöðum og tilkynningum og þeir skuli innihalda upplýsingar nema tilteknum skilyrðum sé fullnægt. Valkvæðir reitir megja vera á stöðluðum eyðublöðum og tilkynningum og þeir geti innihaldið upplýsingar.

Þegar kaupendur fylla út þetta eyðublað verða þeir að hafa í huga þá skyldu sem hvílir á þeim á grundvelli meginreglunnar um gagnsæi í 15. gr. laga nr. 120/2016. Þeir þurfa því að lýsa innkaupum með skiljanlegum hætti. Í því felst að gera grein m.a. fyrir eðli og umfangi þeirrar þjónustu sem um ræðir, áætlaðri heildarstærð samnings og skiptingu samnings í hluta, þegar við á, sbr. til hliðsjónar C-hluta V. viðauka tilskipunar 2014/24/ESB.

Eins og hér háttar til var misræmi á milli upplýsinga sem birtust í auglýsingu á vef útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins, TED, og auglýsingu innan lands. Varnaraðili fyllti ekki út reit II.2.5 fyrir áætlað verðmæti samningsins og lét reit IV.1.3 standa auðan, þar sem upplýsingar um notkun rammasamnings hefðu átt að koma fram. Þá voru engar breytingar gerðar að þessu leyti í leiðréttri tilkynningu varnaraðila sem birtist þann 1. febrúar 2022. Í tilkynningum innan lands, á vefsíðu varnaraðila og á utbodsvefur.is, sem birtust þann 6. janúar 2022, komu fram upplýsingar um helstu magntölur, að Garðabæ hefði verið skipt upp í þrjú svæði og að bjóðendur gætu valið hvaða svæði þeir byðu í. Þá segir í fyrirsögnum þessara tilkynninga að boðinn sé út rammasamningur.

Í tilkynningum varnaraðila á TED kemur ekki fram að um sé að ræða gerð rammasamnings og engra magntalna er þar getið. Þá er ranglega tiltekið að um enga samningshluta sé að ræða, þótt fyrir liggi að Garðabæ hafi verið skipt upp í þrjú svæði og bjóðendum hafi staðið til boða að bjóða í einstök svæði. Í tilkynningum varnaraðila hér á landi er hins vegar upplýst að um rammasamning sé að ræða, áætlaðar magntölur og um svæðaskiptinguna. Því er umtalsverður munur á þeim tilkynningum varnaraðila sem birtust á TED og þeim sem birtust innan lands. Með þessu var í verulegu brotið gegn 15. gr. og 56. gr. laga nr. 120/2016 og þegar af þessari ástæðu er fallist á þá kröfu kæranda að hið kærða útboð verði felld úr gildi.

Af framangreindri niðurstöðu leiðir að aðrar kröfur kæranda koma ekki til efnislegrar skoðunar að undanskildum kröfum hans um viðurkenningu skaðabótaskyldu og málskostnað.

Samkvæmt 1. mgr. 119. gr., sbr. 2. mgr. 9. gr. laga um opinber innkaup, er kaupandi skaðabótaskyldur vegna tjóns sem brot á reglum um opinber innkaup hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þarf einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Bótafjárhæð skal miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði. Ákvæði þetta á rætur að rekja til 84. gr. þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Í greinargerð með ákvæðinu kom fram að með því væri sett sú „almenna regla að kaupanda beri að greiða bjóðanda kostnað, sem leitt hefur af þátttöku hans í útboði, nema sýnt sé fram á að réttarbrot hans hafi ekki haft þýðingu um niðurstöðu útboðsins. [...] Með ákvæðinu er sönnunarbyrðin um að afleiðing brots hafi ekki valdið bjóðanda tjóni lögð á kaupanda. Með þessu er bjóðanda veitt virkt úrræði til að bregðast við réttarbroti kaupanda og fá þetta tjón sitt bætt með nokkuð auðveldum hætti.“

Svo sem að framan er rakið er fallist á kröfu kæranda um ógildingu útboðsins á þeirri forsendu að auglýsingar um útboðið hafi ekki fullnægt kröfum 15. og 56. gr. laga um opinber innkaup. Annað liggur ekki fyrir en að útboðið, sem fór ekki fram á grundvelli viðhlítandi auglýsingar, hafi leitt til kostnaðar fyrir kæranda af því að undirbúa tilboð sitt og taka þátt.

Í ljósi alls framangreinds verður að telja að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna þessa kostnaðar kæranda, enda hefur varnaraðili ekki sýnt með viðhlítandi hætti fram á að afleiðing réttarbrotsins hafi ekki valdið kæranda tjóni, sbr. m.a. til hliðsjónar úrskurði nefndarinnar í málum nr. 55/2020 og 8/2019.

Í ljósi niðurstöðu málsins þykir rétt að úrskurða kæranda málskostnað að fjárhæð 900.000 krónur.

Úrskurðarorð

Útboð varnaraðila, Garðabæjar, „Rammasamningur. Þjónusta iðnaðarmanna. Raflagnir.“ er fellt úr gildi.

Varnaraðili, Garðabær, er skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, Rafmagnsþjónustunni ehf., vegna þátttöku í útboðinu „Rammasamningur. Þjónusta iðnaðarmanna. Raflagnir“.

Varnaraðili, Garðabær, greiðir kæranda, Rafmagnsþjónustunni ehf., 900.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 23. júní 2022

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Kærunefnd útboðsmála
Reimar Snæfells Pétursson

Kærunefnd útboðsmála
Auður Finnbogadóttir

Kærunefnd útboðsmála
Kristín Haraldsdóttir