

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 15. apríl 2019

í máli nr. 22/2018:

Sporthöllin ehf.

gegn

Garðabæ og

Laugum ehf.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 8. nóvember 2018 kærði Sporthöllin ehf. útboð Garðabæjar (hér eftir vísað til sem „varnaraðila“) auðkennt „Íþróttamiðstöðin við Ásgarð. Aðstaða fyrir líkamsrækt“. Kærandi krefst þess aðallega að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi þá ákvörðun varnaraðila í hinu kærða útboði að meta tilboð kæranda ógilt og ganga til samninga við Laugar ehf. og að varnaraðila verði gert að ganga til samninga við kæranda. Til vara er þess krafist að útboðið verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju. Þá er í öllum tilvikum krafist álits á skaðabótaskyldu varnaraðila auk málskostnaðar.

Varnaraðila og Laugum ehf. var kynnt kæran og gefin kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum 15. nóvember 2018 og 11. janúar 2019 krafðist varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað. Með tölvubréfi 3. desember 2018 óskaði kærunefnd útboðsmála eftir upplýsingum frá kæranda um hvort hin kærðu innkaup hefðu verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu. Kærandi svaraði erindi nefndarinnar með tölvubréfi 12. sama mánaðar. Kærandi skilaði andsvörum 17. febrúar 2019. Laugar ehf. hafa ekki látið málið til sín taka.

Með ákvörðun 20. desember 2018 tók kærunefnd útboðsmála þá ákvörðun að stöðva hið kærða útboð um stundarsakir.

I

Í október 2017 efndi varnaraðili til forvals þar sem óskað var eftir umsóknum frá áhugasömum aðilum til að taka þátt í uppbyggingu og rekstri, fjármögnun og byggingu aðstöðu til líkamsræktar í og við íþróttamiðstöðina í Ásgarði í Garðabæ. Kom fram að í Ásgarði væru knattspyrnuvöllir, tvö íþróttahús, fimleikahús og sundlaug og með verkefninu væri leitast við að bæta aðstöðu almennings til líkamsræktar með því að samnýta þau mannvirki sem fyrir væru. Kom fram að útboðið yrði þrepaskipt með eftirfarandi hætti: Forval, hugmyndavinna, tilboðsgerð og samningur. Í forvalinu skyldu þátttakendur m.a. skila greinargerð um reynslu umsækjenda af uppbyggingu og rekstri líkamsræktaraðstöðu eða sambærilegri starfsemi, viðskiptahugmynd umsækjenda og um fjárhagslegar aðstæður þeirra. Auk þess skyldu umsækjendur sýna fram á að þeir væru í skilum með opinber gjöld og lífeyrissjóðsiðgjöld. Þá voru gerðar ákveðnar kröfur um fjárhagslegt hæfi þátttakenda. Að loknu forvali voru þrír

umsækjendur metnir hæfir til þess að taka þátt í hugmyndavinnu vegna verkefnisins, þ.á m. kærandi og Laugar ehf.

Í næsta þrepi verkefnisins, sem hófst í janúar 2018, gaf varnaraðili út sérstaka skilmála fyrir hugmyndavinnu þar sem þátttakendur skyldu gera nánari grein fyrir hugmyndum sínum um líkamsræktaraðstöðuna, uppbyggingu hennar, framkvæmdum, rekstri og fjármögnun. Í skilmálum þessum kom m.a. fram að á þessu stigi myndu fara fram viðræður í trúnaði við þátttakendur um hugmyndir þeirra. Skyldu þátttakendur setja fram tillögur sínar annars vegar í formi teikninga og greinargerðar og hins vegar skyldu þeir gera grein fyrir fjárhagslegum forsendum tillagna sinna. Kom fram að við mat hugmynda skyldi „tekið mið af eftirfarandi meginþáttum: Mannvirki (25%), Þjónusta (25%), Raunhæfi lausnar (50%).“ Kom fram að við mat á þessum valforsendum skyldi litið til tiltekinna undirþátta. Þannig skyldi við mat á „Raunhæfi lausnar“ m.a. litið til raunhæfni áætlunar þátttakenda um stofnkostnað m.t.t. reynslutalna og markaðsástands, raunhæfni rekstur til að standa undir fjárfestingu og afleidds kostnaðar sem varnaraðili yrði fyrir vegna hugsanlegra breytinga og/eða endurbóta sem leiddu af uppbyggingu þátttakenda. Var sérstakri dómnefnd á vegum varnaraðila falið að meta hugmyndir þátttakenda með hliðsjón af þessum forsendum og var að meginstefnu miðað við að þeim tveimur þátttakendum sem myndu hljóta hæstu einkunn yrði gefin kostur á að taka þátt í næsta þrepi útboðsins og setja fram endanlegt tilboð. Af gögnum málsins verður ráðið að áætlanir kæranda á þessu stigi hafi gert ráð fyrir að rekstur líkamsræktaraðstöðu á hans vegum myndi skila hagnaði og greiðslur til varnaraðila næmu ríflega 26 milljón krónum á hverju ári. Taldi dómnefnd að hugmyndir kæranda um tekjur væru hófstilltar og kostnaður raunhæfur og því yrði ekki annað séð en að reksturinn myndi standa undir þeirri fjárfestingu sem þyrfti að leggja út í. Var hugmynd kæranda í heild gefin 8,7 í einkunn af dómnefndinni á meðan hugmynd Lauga ehf. var gefin einkunnin 8,2 og hugmynd þriðja þátttakandans einkunnin 7,2. Í kjölfar þessarar hugmyndavinnu var kæranda og Laugum ehf. einum boðið að gera tilboð í verkefnið.

Í júlí 2018 gaf varnaraðili út sérstaka skilmála fyrir tilboðsgerð þar sem m.a. kom fram að tilboð þátttakenda skyldi byggt á þeirri tillögu sem þeir lögðu fram á hugmyndastigi verkefnisins. Kom m.a. fram að verkefnið fælist í eftirfarandi þremur meginþáttum: Nýjum viðbyggingum, sem þátttakandi myndi eiga og sjá um að undirbúa, byggja og reka, nýtingu á núverandi aðstöðu í Íþróttamiðstöðinni við Ásgarð fyrir starfsemi á vegum þátttakanda til heilsuræktar, sem þátttakandi leigði af varnaraðila og sæi um og kostaði endurbætur á, og samnýtingu á aðstöðu og þjónustu sem nú væri rekin í Íþróttamiðstöðinni. Þá kom fram að þátttakendur skyldu fylla út tilboðsblað sem væri hluti útboðsgagna þar sem tilgreindar væru magntölur og einingaverð sem tilboðið miðaðist við. Þá skyldi sérstök dómnefnd fara yfir og

meta tilboð þátttakenda með því að sannreyna magntölur í tilboðum og leiðrétt þær ef þörf væri á. Kom fram að einingaverð væru bindandi. Þá sagði að varnaraðili myndi annað hvort taka „hagstæðasta (hæsta) tilboði“ að mati varnaraðila sem uppfyllti kröfur útboðgagna eða hafna öllum tilboðum. Jafnframt kom fram að samið yrði til 20 ára með mögulegri framlengingu til fimm ára í senn og við samningslok væri varnaraðila skylt að leysa til sín á matsverði byggingar sem sá þátttakandi, sem yrði fyrir valinu, hefði byggt auk þess sem varnaraðili skyldi eiga kauprétt á byggingum og allri aðstöðu við verulegar vanefndir viðsemjanda, gjaldþrot hans eða verulegar breytingar á eignarhaldi hans. Þá var kveðið á um að þátttakandi skyldi greiða leigu fyrir afnot sín af núverandi húsnæði í Íþróttamiðstöðinni við Ásgarð. Að lokum kom fram að þátttakanda væri heimilt að gera tilboð í aðra aðstöðu sem hann byðist til að greiða fyrir og ekki væri sérstaklega gerð grein fyrir í skilmálunum, s.s. fyrir sértæka þjónustu í móttöku. Með skilmálum þessum fylgdi tilboðsblað þar sem þátttakendur skyldu fylla út magn og einingaverð þeirra í eftirfarandi þrjá liði: 1) leiga á núverandi aðstöðu fyrir starfsemi á vegum þátttakanda; 2) nýting á sameiginlegri aðstöðu og þjónustu; 3) önnur þjónusta. Skyldi tilboð þátttakenda miðað við 12 mánaða tímabil. Fyrir liggur að bæði kærandi og Laugar ehf. skiluðu tilboði í útboðinu og nam tilboð kæranda 39.713.664 krónum en tilboð Lauga ehf. 35.400.000 krónum.

Hinn 3. september 2018 var haldinn fundur með fulltrúum kæranda og varnaraðila þar sem farið var yfir nokkur atriði í tilboði kæranda. Af fundargerð verður ráðið að varnaraðili hafi spurt kæranda út í rekstrarforsendur verkefnisins þar sem tilboð kæranda hafi gert ráð fyrir um 13 milljón króna hærri greiðslum til varnaraðila og tapi af rekstrinum á meðan tillaga kæranda á hugmyndastigi hafi gert ráð fyrir lægri greiðslum og hagnaði. Er bókað að fulltrúar kæranda hafi verið meðvitaðir um að tilboð þeirra leiddi til þessarar rekstarniðurstöðu. Með tölvubréfi 3. október 2018 kom kærandi þeim athugasemdum að við fundargerð fundarins að hann hefði endurmetið rekstrarforsendur verkefnisins. Hann hefði ofmetið byggingarkostnað á fyrri stigum, sem hefði lækkað rekstrarkostnað nokkuð, auk þess sem hann hefði endurmetið tekjuhliðina. Kærandi ætli sér að koma upp rekstri í Ásgarði sem standi undir sér. Með tölvubréfi 19. október 2018 tilkynnti varnaraðili kæranda að tilboð hans hefði verið metið ógilt „á þeim grundvelli að tilboðið fæli í sér breytingu frá fyrra stigi í tilboðsferli (hugmyndavinnu) sem væri veruleg og raskaði stöðu bjóðenda sem gæti ekki annað en leitt til þess að tilboð Sporthallarinnar ehf. teldist ógilt.“ Var jafnframt tilkynnt að leitað yrði samninga við Laugar ehf. um verkefnið. Þá liggur fyrir að varnaraðili rökstuddi nánar framangreinda ákvörðun með bréfi 1. nóvember 2018 að beiðni kæranda.

II

Málatilbúnaður kæranda byggir á því að sú ákvörðun varnaraðila að meta tilboð hans ógilt hafi verið ólöglegt. Kærandi hafi í tilboði sínu miðað við að rekstur líkamsræktarinnar myndi skila hagnaði. Þetta hafi komið fram í tölvubréfi forsvarsmanns kæranda til varnaraðila 3. október 2018 þar sem segi að rekstarforsendur verkefnisins hafi verið endurmetnar og kærandi myndi ekki skila inn tilboði sem væri ljóst að fæli í sér taprekstur. Þrátt fyrir það hafi tilboð kæranda verið metið ógilt. Varnaraðila hafi borið að leita skýringa hjá kæranda áður en hann hafnaði tilboði hans með hliðsjón af meginreglum stjórnsýslu- og útboðsréttar. Þá hafi varnaraðila borið að rannsaka tilboð kæranda með fullnægjandi hætti með hliðsjón af 81. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup áður en hann hafnaði því. Einnig byggir kærandi á því að umrædd breyting á forsendum rekstrar frá hugmyndstigi til endanlegs tilboðs hafi ekki verið veruleg. Einungis hafi verið um smávægilegt endurmat á stofnkostnaði auk þess sem tekjuþátturinn hafi verið lítillega hækkaður þar sem þessir þættir hafi verið hófstilltari hjá kæranda en öðrum þátttakendum. Kærandi bendir jafnframt á að það sé eðli þrepaskipts samningskaupaferlis að þátttakendur hafi svigrúm til breytinga. Tilboð kæranda hafi uppfyllt skilmála útboðsins og verið hagkvæmasta tilboðið í útboðinu. Því hafi varnaraðila borið að ganga til samninga við hann.

Kærandi byggir jafnframt á því, verði ekki talin vera skilyrði til að taka aðalkröfu hans til greina, að ógilda eigi útboðið í heild sinni vegna þess að varnaraðili hafi ekki farið eftir reglugerð nr. 950/2017 um sérleyfissamninga, en með útboðinu hafi varnaraðili stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi þeirrar reglugerðar og laga um opinber innkaup.

III

Af hálfu varnaraðila er á því byggt að í tilboði kæranda hafi forsendum um raunhæfni reksturs kæranda verið breytt svo verulega frá því sem gert hafi verið í greinargerð hans á hugmyndastigi, að varnaraðila hafi verið rétt og óhjákvæmilegt að gera ekki athugasemd við þá niðurstöðu dómnefndar að álíta tilboð kæranda ógilt í skilningi 82. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í tilboði kæranda hafi verið gert ráð fyrir ríflega 13 milljón króna hærri greiðslu til varnaraðila en gert hafi verið ráð fyrir á hugmyndastigi. Af þessu hafi leitt að ekki yrði hagnaður af rekstri kæranda heldur verulegt tap. Tilboð kæranda gæti því ekki talist fjárhagslega hagkvæmt í skilningi 79. gr. laga um opinber innkaup eða í skilningi skilmála tilboðs. Ef þessar forsendur hefðu legið fyrir í greinargerð kæranda vegna hugmyndavinnu hefði kærandi ekki fengið sömu einkunn hjá dómnefnd, og væntanlega einkunnina 0 vegna matsþáttarins „raunhæfni reksturs til að standa undir fjárfestingu“ eða þá að tilboðið hefði ekki verið talið tækt til meðferðar á næsta þrepi útboðsins. Í útboðsferli sem þessu sé mikilvægt að

gæta jafnræðis og af þeim sökum verði tiltekin grundvallaratriði, sem fyrri valstig byggir á, að teljast bindandi með þeim hætti að þeim verði ekki raskað í verulegum mæli á síðara stigi, nema þá eitthvað sérstakt komi til á grundvelli viðhlítandi skýringa eða rökstuðnings. Telja verði að sú breyting, sem hafi orðið á rekstarforsendum kæranda milli þrepa, hafi verið veruleg í þessu tilliti og hefði hún falið í sér röskun á stöðu þátttakenda hefði hún verið látin óátalin. Þá hafi umrætt frávík, er hafi falist í tilboði kæranda, verið borið undir fulltrúa kæranda á skýringarfundi 3. september 2018, en á þeim fundi eða í kjölfar hans hafi ekki komið fram neinar haldbærar eða viðhlítandi skýringar. Þvert á móti hafi fulltrúi kæranda sagst vera meðvitaður um að tilboð kæranda myndi leiða til taps á rekstri. Þá hafi engin gögn eða skýringar komið fram þegar fulltrúi kæranda hafi síðar sagt að fram hefði farið endurmat á fyrirhuguðum rekstri kæranda. Þetta mat virðist hafa verið huglægt af hálfu kæranda. Hafi því dómnefnd og varnaraðila verið ófært að leggja nokkuð mat á þau atriði sem réðu endurmati á rekstri nema á grundvelli þeirra upplýsinga sem hafi komið fram í tilboð kæranda.

Varnaraðili mótmælir því jafnframt að með útboðinu hafi verið stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi laga um opinber innkaup og reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga. Til umræðu hafi verið hjá varnaraðila að ekki væri aðstaða til líkamsræktar sambærileg þeirri sem finna mætti í öðrum sveitarfélögum. Því hafi varnaraðili haft frumkvæði að því að kanna áhuga einkaaðila á því að byggja upp, fjármagna og reka slíka aðstöðu í og við íþróttamiðstöðina við Ásgarð, en varnaraðili myndi ekki leggja til neina fjármuni vegna hennar. Var talið að þetta myndi ekki leiða til gerðar sérleyfissamnings, þar sem með þessu væri varnaraðili ekki að fela þátttakanda að ráðast í framkvæmd verks eða veitingu þjónustu sem að öðrum kosti væri á ábyrgð varnaraðila að standa að eða veita. Uppbygging, fjármögnun og rekstur aðstöðu af því tagi sem um ræðir sé ekki meðal lögbundinna verkefna eða þjónustu sveitarfélaga. Af þessu leiði m.a. að á varnaraðila hafi ekki hvílt rekstaráhætta sem hann hafi getað yfirfært til þátttakenda í umræddum útboði með gerð samstarfssamnings. Að sama skapi sé rekstaráhættan sú sama hvort sem slíkt verkefni hefjist að hvatningu varnaraðila eða ekki. Þannig séu ekki fyrir hendi skilgreiningaratriði hugtaksins sérleyfissamningur, sbr. 5. – 7. tl. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Þá hafi ekki verið stefnt að því, eða gert ráð fyrir því að þátttakanda yrði skylt gagnvart varnaraðila, þannig að til fullnustu samkvæmt lögum gæti komið, að byggja upp og síðan reka þá aðstöðu sem um ræði. Jafnframt er vísað til þess að lóðarleigusamningar eða aðrir sambærilegir samningar, þar sem einkaaðila er veittur réttur til að nýta land eða fasteignir í eigu opinbers aðila, teljist ekki til sérleyfissamninga. Í öllu falli geti aðeins verið um sérleyfissamning að ræða að því marki sem þátttakanda yrðu veitt afnot hluta þeirrar aðstöðu sem fyrir er gegn gjaldi. Þá byggir varnaraðili á umræddur samningur hafi

verið undir viðmiðunarfjárhæðum reglugerðarinnar. Rétt sé að miða við áætlun kæranda um greiðslur til varnaraðila á hugmyndastigi eða miðað við tilboð Lauga ehf. Sé það gert séu heildargreiðslur til varnaraðila á 20 árum undir umræddri viðmiðunarfjárhæð. Þá hafi varnaraðili að nokkru miðað við það að uppbygging sambærilegrar aðstöðu og hér um ræðir í öðrum sveitarfélögum hafi ekki talist til sérleyfissamninga.

IV

Samkvæmt 22. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup er sérleyfissamningur verk- eða þjónustusamningur þar sem endurgjald fyrir verk eða þjónustu felst annaðhvort eingöngu í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna eða í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna ásamt fjárgreiðslu frá kaupanda. Í 12. gr. sömu laga kemur fram að ráðherra skuli mæla fyrir um gerð sérleyfissamninga í reglugerð og löggin gildi ekki um slíka samninga að undanskildum ákvæðum XI. og XII. kafla þeirra. Ráðherra hefur mælt fyrir um gerð sérleyfissamninga í reglugerð nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins, eins og henni var breytt með reglugerð nr. 176/2018. Í 5. tl. 2. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar er sérleyfi skilgreint með eftirfarandi hætti: „Sérleyfissamningar um verk eða þjónustu, eins og skilgreint er í 6. og 7. lið. Gerð sérleyfissamnings um verk eða þjónustu skal fela í sér yfirfærslu til sérleyfishafans á rekstraráhættu við að hagnýta þessi verk eða þjónustu. Rekstraráhætta nær til eftirspurnaráhættu eða framboðsáhættu eða hvors tveggja. Sérleyfishafinn telst bera rekstraráhættu þegar ekki er tryggt, við venjulegar rekstraraðstæður, að hann endurheimti fjárfestingar eða kostnað sem stofnað hefur verið til við starfrækslu verka eða þjónustu sem sérleyfið snýst um. Raunveruleg áhætta af duttlungum markaðarins skal vera hluti þeirrar áhættu sem flyst til sérleyfishafans, þannig að mögulegt áætlað tap sérleyfishafans skal ekki aðeins vera tap að nafninu til eða óverulegt.“ Í 6. tl. sömu greinar er sérleyfissamningur um verk skilgreindur sem skriflegur samningur, fjárhagslegs eðlis, þar sem einn eða fleiri kaupendur fela framkvæmd verksins í hendur einu eða fleiri fyrirtækjum og endurgjaldið felst annaðhvort eingöngu í rétti til að hagnýta verkin sem samningurinn tekur til eða í þeim rétti ásamt greiðslu. Í 7. tl. er sérleyfissamningur um þjónustu skilgreindur með sambærilegum hætti. Reglugerð þessi leiddi í íslenskan rétt tilskipun þingsins og Ráðsins nr. 2014/23/ESB um gerð sérleyfissamninga, en af 14. tl. aðfararorða tilskipunarinnar verður ráðið að sérleyfissamningar kveði á um gagnkvæmar skuldbindingar þar sem framkvæmd verks eða veiting þjónustu er í samræmi við sérstakar kröfur sem kaupendur skilgreina og sem eru framfylgjanlegar samkvæmt lögum.

Af gögnum máls þessa verður ráðið að á vettvangi varnaraðila hafi verið bent á að ekki væri fyrir hendi aðstaða til líkamsræktar í Garðabæ sambærileg þeirri sem finna mætti í öðrum

sveitarfélögum. Því hafi varnaraðili haft frumkvæði að því að kanna áhuga einkaaðila á því að byggja upp, fjármagna og reka slíka aðstöðu í og við íþróttamiðstöðina í Ásgarði án skuldbindingar varnaraðila um að leggja slíku verkefni til fjármuni. Einnig liggur fyrir að með hinu kærða útboði leitaðist varnaraðili eftir því að gera samning við einn aðila til 20 ára, með mögulegri framlengingu til fimm ára, til að byggja, reka og fjármagna slíka starfsemi. Í útboðinu fólst meðal annars að sá þátttakandi sem yrði fyrir valinu skyldi byggja nýjar byggingar undir aðstöðuna við núverandi íþróttamiðstöð í Ásgarði og skyldu viðbyggingar þessar vera í hans eigu. Skyldi hann annast og kosta allan undirbúning, framkvæmdir og rekstur þeirra, greiða opinber gjöld og byggingarrétt og sækja um öll tilskilin leyfi, en varnaraðili skyldi hafa heimild til að leysa þær til sín við samningslok eða kaupa á samningstíma við vanefndir, gjaldþrot eða umtalsverðar breytingar á eignarhaldi viðsemjanda. Jafnframt fólst í útboðinu að sá þátttakandi sem yrði fyrir valinu skyldi reka líkamsræktaraðstöðu í byggingunum og nýta við þann rekstur núverandi aðstöðu í íþróttamiðstöðinni sem þátttakandi skyldi leigja af varnaraðila og sjá um og kosta endurbætur á. Jafnframt skyldi samnýta að nokkru leyti þá aðstöðu og þjónustu sem nú er rekin í íþróttamiðstöðinni, svo sem móttöku og búningsaðstöðu, auk þess sem iðkendur skyldu fá aðgang að sundlaug Garðabæjar, en endurbætur og kostnaður á núverandi aðstöðu yrðu ákveðnar síðar með nánara samkomulagi. Þá væri þátttakanda mögulegt að nýta aðra aðstöðu varnaraðila, svo sem þjónustu í móttöku. Yfirlýstur tilgangur þessa verkefnis var, svo sem áður greinir, að bæta aðstöðu almennings í Garðabæ til líkamsræktar og samnýta betur þau mannvirki sem fyrir væru.

Af framangreindu, svo og gögnum málsins að öðru leyti, verður ráðið að öll áhætta af rekstri og byggingu aðstöðu undir líkamsræktarstöðina hafi átt að vera í höndum þess þátttakanda sem yrði fyrir valinu og að endurgjald hans hafi eingöngu falist í rétti til að hagnýta þau verk og þá þjónustu sem fyrirhugaður samningur skyldi taka til. Þá verður ekki annað ráðið en að stefnt hafi verið að gerð lagalega bindandi samnings við þann þátttakanda sem yrði fyrir valinu um uppbyggingu og rekstur á líkamsræktaraðstöðu á grundvelli krafna sem varnaraðili hefði samþykkt á fyrri stigum ferlisins. Var og í skilmálum tilboðs kveðið á um að sá þátttakandi, sem yrði fyrir valinu, tæki á sig ýmsar bindandi skuldbindingar, svo sem um byggingu viðbygginga, greiðslu leigu og gjalda fyrir byggingarrétt og um að láta af hendi byggingar gegn ákveðinni greiðslu við samningslok eða við vanefndir, gjaldþrot eða breytingar á eignarhaldi. Með hliðsjón af þessu verður að miða við að varnaraðili hafi stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi 22. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Að mati kærunefndar útboðsmála getur það ekki haggð

Þessari niðurstöðu þótt það sé ekki meðal lögbundinna verkefna sveitarfélaga að standa að uppbyggingu, fjármögnun eða rekstri líkamsræktaraðstöðu.

Samkvæmt 8. gr. áðurnefndrar reglugerðar, eins og henni var breytt með reglugerð nr. 176/2018, tekur hún til opinberra aðila, þ.á m. sveitarfélaga, sem hyggjast gera sérleyfissamninga um verk eða þjónustu umfram 721.794.800 krónur. Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. skal verðmæti sérleyfis vera heildarvelta sérleyfishafans sem til verður á gildistíma samningsins, án virðisaukaskatts, samkvæmt mati kaupanda, sem endurgjald fyrir verk eða þjónustu sem sérleyfið snýst um, að viðbættum vörum sem tengjast slíkum verkum og þjónustu. Samkvæmt 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar skal áætlað verðmæti sérleyfisins reiknað út með hlutlægrri aðferð sem tilgreind er í gögnum sem varða sérleyfi, m.a. með tilliti til virðis hvers kyns valmöguleika og framlengingar á tímalengd sérleyfisins, tekna af greiðslu gjalda, annarra en þeirra sem kaupandi innheimtir, sem notendur verka eða þjónustu greiða, greiðslna eða fjárhagslegs ávinnings í hvaða formi sem er frá kaupanda til sérleyfishafans og verðmætis allra vara og þjónustu sem kaupandi fær sérleyfishafanum til ráðstöfunar, að því tilskildu að þetta sé nauðsynlegt til að framkvæma verkið eða veita þjónustuna. Samkvæmt 5. mgr. er óheimilt að skipta verðmæti sérleyfis í því skyni að verðmætið verði undir viðmiðunarfjárhæðum, nema slíkt sé réttlætanlegt á grundvelli hlutlægra ástæðna.

Af gögnum málsins verður ekki ráðið að varnaraðili hafi sérstaklega metið verðmæti þess sérleyfissamnings sem stóð til að gera með tilliti til þess hvort hann væri umfram framangreinda viðmiðunarfjárhæð. Hins vegar liggur fyrir að gert var ráð fyrir að sá þátttakandi sem yrði fyrir valinu byggði nýjar byggingar við núverandi mannvirki á eigin kostnað að fjárhæð allt að 99 milljónir króna og greiddi leigu fyrir afnot af núverandi aðstöðu að fjárhæð um 35 til 39 milljónir króna á ári í 20 ár að lágmarki, en hugsanlega í 25 ár yrði samningur aðila framlengdur. Þá var gert ráð fyrir greiðslum gatnagerðargjalda auk byggingarréttar sem skyldi nema einu og hálfu gatnagerðargjaldi. Jafnframt var gert ráð fyrir að sá þátttakandi sem yrði fyrir valinu myndi ráðast í endurbætur á núverandi aðstöðu í íþróttamiðstöðinni við Ásgarð og greiða kostnað vegna þeirra. Þótt ekki liggi fyrir með nákvæmni um hvaða fjárhæðir hér er um að ræða telur nefndin hafið yfir vafa að verðmæti fyrirhugaðs sérleyfis sé umfram framangreinda viðmiðunarfjárhæð. Því hafi varnaraðila borið skylda til að tilkynna um veitingu þess með opinberum hætti á Evrópska efnahagssvæðinu í samræmi við 32. gr. reglugerðarinnar. Varnaraðili hefur staðfest við kærunefnd útboðsmála að útboðið hafi ekki verið auglýst með slíkum hætti og hefur varnaraðili því brotið gegn reglum áðurnefndrar reglugerðar.

Í máli þessu krefst kærandi þess aðallega að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun varnaraðila í hinu kærða útboði um að meta tilboð kæranda ógilt og ganga til samninga við Laugar ehf. Einnig er þess krafist að varnaraðila verði gert að ganga til samninga við kæranda. Til vara er þess krafist að útboðið verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju. Með hliðsjón af framangreindri niðurstöðu, sem og 111. gr. laga um opinber innkaup sem gerir það að verkum að nefndinni er ekki unnt að skylda kaupanda til að ganga til samninga á grundvelli útboðs, verður að hafna aðalkröfu kæranda. Hins vegar er fallist á varakröfu hans um að hið kærða útboð verði ógilt og að varnaraðila verði gert að bjóða fyrirhugaða samningsgerð út að nýju.

Kærandi krefst einnig álits á skaðabótaskyldu varnaraðila vegna framangreinds útboðs. Samkvæmt 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 er kaupandi skaðabótaskyldur vegna tjóns sem brot á reglum um opinber innkaup hafa 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 sínar 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.“

Í ljósi framangreindra lögskýringargagna, fyrrnefndrar niðurstöðu og fyrirbyggjandi gagna verður að telja að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði, sem ekki fór fram á réttum lagagrundvelli, enda hefur varnaraðili engin rök færð að því að afleiðing réttarbrotsins hafi ekki valdið kæranda tjóni. Er það þar af leiðandi álit nefndarinnar að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði.

Samkvæmt úrslitum málsins verður varnaraðila gert að greiða kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 700.000 krónur og er þá tekið tillit til virðisaukaskatts.

Úrskurðarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, Sporthallarinnar ehf., um að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila, Garðabæjar, um að ganga til samninga við Laugar ehf. vegna útboðs auðkennt „Íþróttamiðstöðin við Ásgarð. Aðstaða fyrir líkamsrækt“. Einnig er hafnað kröfu kæranda um að varnaraðila verði gert að ganga til samninga við kæranda.

Hið kærða útboð er ógilt og er lagt fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju með lögmætum hætti.

Það er álit kærunefndar útboðsmála að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að taka þátt í útboðinu.

Varnaraðili greiði kæranda 700.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 15. apríl 2019.

Eiríkur Jónsson

Sandra Baldvinsdóttir

Auður Finnbogadóttir