

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 5. nóvember 2021

í máli nr. 25/2021:

Rafmagnsþjónustan ehf.

gegn

Garðabæ

Lykilorð

Kærufrestur. Lögvarðir hagsmunir. Viðmiðunarfjárhæð vegna útboðs á EES- svæðinu. Auglýsing útboðs. Öllum tilboðum hafnað. Skaðabótaskyldu hafnað. Málskostnaður.

Útdráttur

Varnaraðili bauð út gerð rammasamnings vegna innkaupa á þjónustu rafiðnarmanna. Undir rekstri málsins fyrir kærunefnd útboðsmála upplýsti varnaraðili að gildistími tilboða hefði runnið út og ákveðið hefði verið að bjóða út að nýju. Með hliðsjón af þessu taldi kærunefnd útboðsmála að kærandi hefði ekki lengur lögvarða hagsmuni samkvæmt 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup af úrlausn um kröfur um að hið kærða útboð yrði felld úr gildi, að varnaraðila yrði gert að auglýsa það á nýjan leik og að tilteknir útboðsskilmálar yrðu felldir úr gildi. Stóð þá eftir ágreiningur um bótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Kærunefnd taldi að innkaupin hefðu verið umfram viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu sveitarfélaga á EES- svæðinu. Jafnframt var talið að varnaraðili hefði með ýmsum hætti brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup við framkvæmd hins kærða útboðs. Einnig komst kærunefnd að því að kærandi hefði átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af varnaraðila og að möguleikar hans hafi skert við brotin., og því var talið að varnaraðili væri skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 8. júlí 2021 kærði Rafmagnsþjónustan ehf. útboð Garðabæjar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) auðkennt „Rammasamningur. Þjónusta iðnaðarmanna. Raflagnir“. Kærandi krefst þess að hið kærða útboð verði felld úr gildi og varnaraðila verði gert að auglýsa innkaupin á nýjan leik. Til vara er þess krafist að „ólögmætir samningsskilmálar, einn eða fleiri, samanber D, E, F og G lið í kæru, verði felldir úr gildi.“ Þá verður að skilja málatilbúnað kæranda svo að hann krefjist einnig að sú ákvörðun varnaraðila að bjóða út hin kærðu innkaup að nýju verði felld úr gildi og „að ef varnaraðili endurtekur útboðið verði boðin út á sama tíma öll iðnaðarmannavinna sem varnaraðili kaupir og eru yfir lágmarksviðmiðum um útboð á síðasta- eða þessu ári.“ Þá krefst kærandi einnig álits kærunefndar á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart sér auk málskostnaðar.

Varnaraðila var kynnt kærán og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð 28. júlí 2021 krafðist varnaraðili þess að kröfum kæranda yrði hafnað. Kærandi skilaði andsvörum 23. ágúst 2021. Kærunefnd beindi fyrirspurn um stöðu samningsgerðar til varnaraðila 25. ágúst 2021 auk þess sem varnaraðila var gefinn kostur á að tjá sig um andsvör kæranda. Svör bárust með tölvubréfi og greinargerð 31. ágúst 2021. Kærunefnd beindi enn fyrirspurn um stöðu útboðsins, birtingu auglýsinga um útboðið á Íslandi og tilboðsfrest með tölvubréfi 16. september 2021. Svar bárust með tölvubréfi 21. september 2021. Kærandi skilaði viðbótarathugasemdum 5. október 2021, sem varnaraðila var gefin kostur á að svara. Bárust svör varnaraðila 20. október 2021.

I

Í apríl 2021 auglýsti varnaraðili útboð um gerð rammasamnings vegna innkaupa á þjónustu iðnaðarmanna á sviði rafiðnar. Vegna fyrirspurna og athugasemda sem bárust í útboðinu, þ.á m. frá kæranda, ákvað varnaraðili að afturkalla útboðið og skoða einstök ákvæði útboðsskilmála nánar. Nýtt útboð um sömu þjónustu með endurskoðuðum útboðsskilmálum var auglýst í júní 2021, en forauglýsing um útboðið hafði verið birt á EES- svæðinu skömmu áður. Í grein 0.1.1 í útboðsgögnum kom meðal annars fram að leitað væri tilboða í opnu útboði í tilfallandi viðhald, en allt meiri háttar viðhald yrði boðið út sérstaklega. Þá kom fram að varnaraðili hefði skipt mannvirkjum sínum upp í þrjú álíka stór hverfi, svæði 1-3. Bjóðendum væri heimilt að bjóða í einstök svæði, tvö þeirra eða öll þrjú. Samið yrði við einn aðila um vinnu á hverju svæði fyrir sig. Í grein 0.1.3 kom fram að gerður skyldi rammasamningur til tveggja ára með heimild til framlengingar um tvisvar sinnum eitt ár. Af greinum 0.2.3 og 0.2.4 verður ráðið að tilboðum mátti skila bæði í lokuðu umslagi eða með tölvupósti. Þá skyldi bjóðendum sent boð á rafrænan opnunarfund sem skyldi haldinn 6. júlí 2021. Í grein 0.2.8 kom fram að tilboð skyldu opnuð á rafrænum opnunarfundi þar sem þeim bjóðendum sem skiluðu inn tilboði yrði boðin þátttaka. Sent yrði fundarboð á þá bjóðendur sem skráð hefðu tölvupóstfang á tilboðsumslag eða á það netfang sem sent hefði tilboð. Eftir að tilboð hefðu verið opnuð yrði opnunarskýrsla send bjóðendum. Í grein 0.3.5 kom fram að fjárhagsstaða bjóðanda skyldi vera það trygg að hann gæti staðið við skuldbindingar sínar. Kom meðal annars fram að ársvelta bjóðenda skyldi vera að lágmarki 20 milljónir króna. Í grein 0.3.8 kom fram að tæknileg og fagleg geta fyrirtækis skyldi vera það trygg að það gæti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Kom fram að bjóðandi skyldi hafa a.m.k. þriggja ára reynslu af sambærilegri þjónustu, n.t.t. reynslu af þjónustu við mannvirki þar sem rekin væri viðkvæm starfsemi, s.s. skóla, leikskóla, sjúkrastofnanir, dvalarheimili eða aðrar sambærilegar stofnanir. Þá skyldi bjóðandi hafa fagmenntaða starfsmenn á sviði rafiðnar, n.t.t. starfsfólk með meistaraþróf, sem ábyrgðist vinnu

iðnaðarmanna og gæti skráð sig á einstök verk eftir því sem við ætti. Einnig skyldi bjóðandi hafa í þjónustu sinni nægjanlegt starfsfólk til að sinna þjónustu við kaupanda á samningstímanum. Skyldu viðkomandi starfsmenn hafa að lágmarki þriggja ára reynslu af þjónustu við mannvirki þar sem rekin væri viðkvæm starfsemi og skyldi umfang vinnu viðkomandi starfsmanns ekki hafa verið minni en sem nemur einu ársverki. Alltaf skyldi vera a.m.k. einn iðnaðarmaður, að lágmarki með sveinspróf í viðkomandi iðngrein, sem sinnti daglegum verkefnum við einstaka byggingar og þá skyldu þeir starfsmenn sem sinntu daglegum verkefnum hafa a.m.k. þriggja ára reynslu við rafiðn. Þá var gerð sú krafa að þeir starfsmenn sem sinntu þjónustu við kaupanda væru með hreint sakavottorð. Skyldu bjóðendur skila með tilboði sínu greinargerð og upplýsingum um hvernig framangreindum kröfum væri fullnægt. Óskaði seljandi á samningstíma eftir að skipta út starfsmönnum skyldi seljandi senda varnaraðila upplýsingar um viðkomandi starfsmann og fá hann samþykktan af kaupanda áður en hann hefði störf. Í grein 0.4 kom fram að varnaraðili myndi taka lægsta tilboði fyrir hvert svæði. Þá kom fram að magntölur í tilboðsblaði væru áætlaðar fyrir hvert svæði yfir tveggja ára áætlaðan samningstíma.

Opnun tilboða fór fram 6. júlí 2021. Var bjóðendum boðið að vera að vera viðstaddir í gegnum fjarfundabúnað og voru send fundarboð á bjóðendur. Fyrir liggur að fundarboð barst ekki kæranda þrátt fyrir að hann hefði skilað tilboði og honum gafst því ekki kostur á að vera viðstaddur opnunina. Í kjölfar opnunar var opnunarskýrsla send bjóðendum. Af henni verður ráðið að tilboð hafi borist frá 13 bjóðendum og að kostnaðaráætlun varnaraðila vegna hvers svæðis um sig næmi 23.475.000 krónum. Af gögnum málsins verður ráðið að sú fjárhæð innifelur virðisaukaskatt.

Með tölvubréfi 21. september 2021 var bjóðendum í útboðinu tilkynnt að á fundi bæjarráðs varnaraðila 14. september 2021 hafi verið tekið fyrir mál um útboð á þjónustu iðnaðarmanna við raflagnir. Á fundinum hafi verið bókað að útboðið hefði verið kært og af þeirri ástæðu hefði ekki verið tekin afstaða til tilboða, en kæran væri enn til meðferðar hjá kærunefnd útboðsmála. Gildistími tilboða væri runnin út og ekki hefði verið leitað eftir framlengingu á gildistíma tilboðs sem væri háð samþykki allra bjóðenda. Útboðið teldist því fallið niður og samþykkti ráðið að bjóða út þjónustu rafvirkja að nýju.

II

Kærandi byggir á því verulegir ágallar hafi verið á auglýsingu útboðsins. Auglýsing hafi verið birt á EES- svæðinu fjórum dögum eftir að auglýsing um útboðið hafi birst á heimasíðu varnaraðila, sem sé ekki í samræmi við 56. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá verði ekki séð að tilvísun sé í sjálfa auglýsinguna um útboðið í auglýsingunni sem hafi birst á EES-

svæðinu, heldur aðeins vísað til yfirlitssíðu varnaraðila með öllum útboðum bæjarins. Þá sé mikill munur á þeim upplýsingum sem hafi komið fram í auglýsingum á EES- svæðinu og innanlands. Þá hafi frestur til að skila tilboðum aðeins verið 18 dagar, en samkvæmt handbók um opinber innkaup þurfi að lágmarki að gefa 22 daga.

Þá byggir kærandi á því að ekki hafi verið staðið að opnun tilboða í samræmi við 65. gr. laga um opinber innkaup. Kæranda hafi ekki gefist tækifæri til að vera viðstaddur opnunarfund. Honum hafi verið tjáð að opnunarfundur yrði haldinn rafrænt og að bjóðendur fengju sendan tengil í tölvupósti til að geta verið viðstaddir. Kærandi hafi hins vegar ekki fengið neinn póst og hann hafi ekki náð í umsjónarmann útboðsins til að vekja athygli á þessu. Kæranda hafi því af óskýrri ástæðu verið meinað að vera viðstaddur opnun tilboða.

Kærandi byggir einnig á því að forstöðumaður eignasjóðs varnaraðila hafi verið vanhæfur til að koma að hinu kærða útboði. Ágreiningur hafi komið upp milli hans og kæranda í verkum sem kærandi hafi unnið fyrir varnaraðila sem hafi leitt til þess að verkbeiðnum til kæranda hafi fækkað. Hann hafi meðal annars ráðið rafverktaka til vinnu þar sem sonur forstöðumannsins hafi starfað. Framkoma forstöðumannsins í garð kæranda hafi verið þannig að tæpast megi búast við sanngjarnri úrvinnslu útboðsins. Aðkoma forstöðumannsins að útboðinu sé brot á 2. mgr. 20. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 og 25. gr. samþykktar varnaraðila. Sá samkeppnisaðili kæranda, sem sonur forstöðumanns eignasjóðs starfi hjá, hafi ekki tekið þátt í útboðinu. Þessi tengsl forstöðumannsins við samkeppnisaðilann virðast því hafa útilokað hann frá þátttöku og vanhæfi hans því haft veruleg áhrif á útboðið.

Kærandi byggir einnig á því að krafa útboðsgagna um að ársvelta bjóðenda skuli vera að lágmarki 20 milljónir króna sé andstað 71. gr. laga um opinber innkaup. Kostnaðaráætlun á hverjum hluta samningsins sé 23.475.000 krónur með virðisaukaskatti á tveimur árum, eða 9.465.726 án virðisaukaskatts á ári. Krafan um 20 milljón króna ársveltu samræmist því ekki 71. gr. ef samið verður við bjóðanda um eitt svæði eins og útboðið bjóði uppá. Krafan standist hins vegar ef samið verður við sama aðilann um tvö eða þrjú svæði. Þar sem líklegt sé að samið verði við einn bjóðanda um eitt svæði verði ekki séð að krafan sé lögmæt.

Kærandi byggir einnig á því að í hinu kærða útboði sé gerð krafa um þriggja ára reynslu starfsmanna án þess að útskýra nánar í hverju sú reynsla felist eða hvernig reynslan sé metin. Umrædda kröfu skorti sýnileika og gagnsæi og sé ómálefnaleg og óhófleg. Þá virðist nær ómögulegt að skóla nýjan starfsmann upp í þá reynslu sem krafist sé og ekki séu gerðar sömu kröfur gagnvart öðrum iðnaðarmönnum. Þá sé óþarfi að hver einasti starfsmaður hafi umrædda reynslu og geti það leitt til þess að erfitt verði fyrir bjóðendur að bæta við sig starfsfólki, þar sem fæstir rafvirkjar uppfylli þessar kröfur. Þá setji lög um opinber innkaup skorður við því

hvaða gagna kaupendur geti krafist til sönnunar á tæknilegri getu bjóðenda, en að jafnaði skal ekki krefjast annarra gagna en tilgreind séu í 2. mgr. 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Þá sé enga heimild að finna í lögum um opinber innkaup fyrir þeirri kröfu að starfsmenn sem sinni þjónustu fyrir varnaraðila skuli vera með hreint sakavottorð eða að starfsmenn verktaka þurfi að vera sérstaklega samþykktur fyrirfram af varnaraðila áður en þeir hefja störf. Þá sé það jafnframt brot á persónuverndarlögum að krefja starfsmenn um sakavottorð.

Kærandi gerir einnig athugasemdir við magntölur í útboðinu. Útboðið miðist við 3.225 vinnustundir á tveimur árum. Af reynslu áranna 2017-2020 megí hins vegar áætla umfang vinnu 6.300 – 9.000 tíma á ári. Útboðið sé því ekki í samræmi við rauntölur vinnustunda og því ekki í samræmi við 30. gr. laga um opinber innkaup.

Kærandi byggir á því að hann hafi sótt útboðsgögn á heimasíðu varnaraðila 25. júní 2021 og kvittað fyrir móttöku þeirra. Hann hafi síðan lagt inn kæru 8. júlí 2021, eða 13 dögum eftir að kærandi vissi af útboðinu og hinum kærðu atriðum.

Kærandi byggir einnig á því að varnaraðili hafi aldrei kallað eftir gögnum frá kæranda, þrátt fyrir að kærandi hafi verið með lægsta gilda tilboði í svæði 1, eftir að annar lægsti tilboðsgjafinn hafi dregið tilboð sitt til baka sá lægsti hafi ekki uppfyllt kröfur um eigið fé og veltu. Þá hafi ekki verið legið málefnalegar ástæður fyrir því að ógilda útboðið, né hafi forsendur brostið, sbr. 2. mgr. 83. gr. laga um opinber innkaup.

III

Varnaraðili byggir á því að útboðið hafi verið framkvæmt í samræmi við lög. Varnaraðili hafi í góðri trú litið svo á að auglýsing yrði birt á EES- svæðinu strax í kjölfar þess að hún hafi verið send útgefuskrifstofu Evrópusambandsins 18. júní 2021. Af þeim sökum hafi auglýsing verið birt innanlands þann sama dag. Svo hafi hins vegar ekki reynst vera, og hafi varnaraðila borist staðfesting á birtingu auglýsingarinnar á EES-svæðinu 22. júní 2021. Þá er því hafnað að efni auglýsingarinnar sé að einhverju leyti ófullnægjandi. Hvað sem framangreindu líði sé ekki unnt að fallast á það með kæranda að þeir smávægilegu annmarkar sem kunna að hafa verið á auglýsingu útboðsins geti haft þau áhrif að fella skuli útboðið úr gildi. Útboðið hafi sannanlega verið auglýst á EES- svæðinu og verður ekki séð að jafnræði þátttakenda eða mögulegra þátttakenda hafi verið raskað að því leyti. Mögulegir þátttakendur utan Íslands hafi haft nægan tíma og ráðrúm til að taka þátt, hefðu þeir hug á slíku, en varnaraðili hafi ekki orðið var við neinn áhuga á þátttöku frá slíkum aðilum. Varnaraðili líti einnig svo á að umrætt útboð sé undir viðmiðunarfjárhæðum EES- svæðisins, og að útboðið hafi verið auglýst þar umfram skyldu. Í útboðsgögnum hafi verið óskað eftir tilboðum í þrjú svæði og gátu bjóðendur valið í hvaða svæði þeir byðu. Kostnaðaráætlun varnaraðila fyrir hvert svæði hafi verið undir

viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu á EES- svæðinu. Mögulegir smávægilegir annmarkar á birtingu auglýsingar á EES- svæðinu geta því ekki leitt til ógildingar útboðsins.

Varnaraðili mótmælir því að hafa meinað kæranda að vera viðstaddur opnun tilboða. Fundarboð hafi hins vegar ekki borist honum vegna mistaka. Þetta hafi fyrst komið í ljós rúmum hálf tíma eftir opnunarfund. Þetta atriði geti hins vegar ekki varðað ógildingu útboðs samkvæmt fyrri framkvæmd kærunefundar útboðsmála. Verði ekki séð að skortur á boðun á opnunarfund hafi haft, eða geti haft, áhrif á efni þeirra tilboða sem lögð hafi verið fram þannig að þýðingu hafi eða geti haft fyrir mat varnaraðila á tilboðum eða möguleikum kæranda í útboðinu. Ekki verið séð að jafnræði bjóðenda hafi verið raskað og benda megir á að kærandi hafi fengið senda opnunarskýrslu í kjölfar opnunarfundar eins og aðrir þátttakendur. Þá hafi kærandi ekki leitast við að sýna fram á að skortur á boðun hans til fundarins hafi haft einhver áhrif í raun, t.d. í þá veru að möguleikar á að tilboð hans yrði valið hafi skerst eða að eitthvað hafi misfarist á opnunarfundinum sjálfum. Einungis fjórir bjóðendur af 13 hafi kosið að vera viðstaddir opnunina. Hafði varnaraðili því eðlilega ástæðu til að ætla að forföll kæranda hafi verið hans eigin ákvörðun.

Varnaraðili mótmælir málalátbúnaði kæranda um meint vanhæfi forstöðumanns eignasjóðs varnaraðila. Sá samkeppnisaðili kæranda sem sonur forstöðumannsins starfi hjá hafi ekki tekið þátt í útboðinu. Því hafi þessi tengsl engin áhrif haft. Því er jafnframt hafnað að meintur samskiptavandi á milli forstöðumannsins og kæranda eða annarra geti valdið vanhæfi hans. Umræddur forstöðumaður hafi komið að framkvæmd útboðsins og gerð útboðsgagna. Hann hafi hins vegar ekki ákvörðunarvald, sem sé hjá bæjarstjórn varnaraðila. Þá hefur varnaraðili einnig notið aðstoðar og ráðgjafar verkfræðistofu við framkvæmd útboðsins. Gerð útboðsgagna og greining tilboða sé fyrst og frest í höndum verkfræðistofunnar en endanlegt ákvörðunarvald í höndum bæjarstjórnar. Þá hafi kærandi ekki leitast við að sýna fram á að meint vanhæfi forstöðumannsins hafi í raun haft einhver áhrif í útboðinu.

Varnaraðili mótmælir því að krafa útboðsgagna um ársveltu sé ekki í samræmi við lög. Kostnaðaráætlun varnaraðila vegna hvers svæðis um sig sé 23.475.000 krónur með virðisaukaskatti. Því sé krafa um 20 milljón króna ársveltu bjóðenda ekki hærri en tvöfalt áætlað verðmæti samnings samkvæmt 71. gr. laga um opinber innkaup. Ekki eigi að miða við áætlaða veltu á ári, eins og kærandi geri. Jafnvel þó virðisaukaskattur væri reiknaður af kostnaðaráætluninni eins og kærandi geri, sé ljóst að krafa um veltu samræmist lögum.

Varnaraðili mótmælir því að kröfur um starfsreynslu starfsmanna bjóðenda séu ekki í samræmi við lög. Í lögum um opinber innkaup sé ekki mælt með tæmandi hætti fyrir um þau skilyrði sem heimilt sé að setja og verður að játa kaupendum tiltekið svigrúm í þeim eignum svo

lengi sem gagnsæis og jafnræðis sé gætt. Samkvæmt 69. og 72. gr. laganna sé heimilt að setja kröfur um tæknilega og faglega getu, meðal annars um reynslu og áreiðanleika. Þær kröfur sem gerðar séu í grein 0.3.8 í útboðsgögnum, þ.á m. um þriggja ára reynslu af sambærilegri þjónustu og um hreint sakavottorð starfsmanna, séu nauðsynlegar vegna þess að hin útboðna þjónusta er aðalllega við mannvirki þar sem rekin er viðkvæm starfsemi, s.s. við skóla, leikskóla og félags- og umönnunarþjónustu við eldri borgara. Þá sé eðlilegt að gera kröfu um að nýjir starfsmenn skuli samþykktir af varnaraðila áður en þeir hefji störf til þess að tryggja að umræddir starfsmenn fullnægi þeim kröfum sem gerðar séu til þeirra í útboðsgögnum.

Þá er athugasemdum kæranda við fyrirhugaðan tímafjölda útboðsins mótmælt. Sá fjöldi vinnustunda sem tilgreindur hafi verið í útboðsgögnum hafi verið til viðmiðunar og geti endanlegur tímafjöldi verið hærri eða lægri. Þá taki kærandi ekki tillit til þess að stærri útboðs verði boðin út sérstaklega auk þess sem nýbyggingar falli ekki undir útboðið þar sem ekki sé gert ráð fyrir sérstöku viðhaldi á tveggja ára samningstímanum.

Varnaraðili vekur einnig athygli á því að útboðsgögn hafi verið birt 18. júní 2021 og kæra hafi verið móttækin hjá kærunefnd útboðsmála 8. júlí sama ár. Varnaraðili leggi það í mat kærunefndar að meta hvort kæra teljist hafa verið borin undir nefndina innan kærufrests skv. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup.

Þá hafi varnaraðili sett val tilboða í biðstöðu eftir að útboðið hafi verið kært. Eftir skoðun hafi verið ákveðið að hætta við útboðið og verði þátttakendum tilkynnt um það og að til standi að auglýsa útboðið að nýju. Sé lagt í hendur kærunefndar að meta hvaða þýðingu þetta hafi fyrir afdrif málsins. Þá sé vandséð hvaða hagsmuni kærandi hafi af kæru þar sem útboðið hafi nú verið fellt úr gildi í samræmi við kröfur kæranda. Þá er mótmælt að skilyrði skaðabóta séu fyrir hendi

IV

Útboðsgögn voru birt 18. júní 2021 og kveðst kærandi hafa sótt þau á heimasíðu varnaraðila 25. júní 2021 og kvittað fyrir móttöku þeirra. Var kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup því ekki liðinn við móttöku kæru 8. júlí síðastliðinn.

Varnaraðili hefur upplýst að gildistími tilboða sé runnin út og ekki hafi verið leitað eftir framlengingu á gildistíma þeirra. Útboðið teljist því fallið niður og hafi bæjarráð samþykkt að bjóða út að nýju. Með hliðsjón af þessu verður að telja að kærandi hafi ekki lengur lögvarða hagsmuni skv. 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup af úrlausn kærunefndar um kröfur sínar sem snúa að því að hið kærða útboð verði fellt úr gildi og að varnaraðila verði gert að auglýsa það á nýjan leik, og að tilteknir samningsskilmálar verði felldir úr gildi. Þá er kærunefnd útboðsmála ekki unnt að skylda varnaraðila til að halda áfram útboði sem hann hefur

hætt við, eða kveða á um skilmála í væntanlegu útboði sem á eftir að fara fram, líkt og kærandi krefst. Eftir stendur því að taka afstöðu til þess hvort varnaraðili hafi bakað sér bótaskyldu gagnvart kæranda.

Við mat á því hvort varnaraðili hafi brotið lög við framkvæmd hins kærða útboðs verður að taka afstöðu til þess hvort honum hafi verið skylt að auglýsa útboðið á EES- svæðinu, en af hálfu varnaraðila hefur því verið haldið fram að honum hafi ekki verið skylt að auglýsa útboðið þar sem innkaupin hafi ekki náð viðmiðunarfjárhæð og því geti meintir annmarkar á auglýsingu á EES- svæðinu ekki haft þýðingu við úrlausn þessa máls.

Samkvæmt lögum um opinber innkaup skal bjóða út á EES- svæðinu innkaup sveitarfélaga umfram 27.897.000 krónur, sbr. 1. mgr. 33. gr., sbr. 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup og reglugerð nr. 1313/2020 um útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir, skilgreiningu á verksamningum og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO). Samkvæmt 1. mgr. 25. gr. laga skal við útreikning á áætluðu virði samnings miða við þá heildarfjárhæð sem kaupandi mun greiða fyrir innkaup, að frátöldum virðisaukaskatti. Við þennan útreikning skal taka tillit til heildarfjárhæðar, þar á meðal hvers konar valfrjálsra ákvæða og hugsanlegrar endurnýjunar samnings sem skýrt er kveðið á um í útboðsgögnum. Þá segir í 1. mgr. 29. gr. laganna að þegar innkaupum á fyrirhuguðu verki eða þjónustu er skipt upp í fleiri sjálfstæða samninga skal miða við samanlagt virði allra samningana. Sé samanlagt virði allra samninganna yfir viðmiðunarfjárhæðum skal líta svo á að verðgildi hvers og eins samnings sé einnig yfir viðmiðunarmörkum, sbr. einnig 1. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Í máli þessu liggur fyrir að með hinu kærða útboði hugðist varnaraðili koma á rammasamningi um innkaup á þjónustu rafíðnaðarmanna sem ætlað sé að þjónusta þrjú nánar tilgreind svæði. Af gögnum málsins liggur fyrir að kostnaðaráætlun varnaraðila fyrir hvert svæði nemur 23.475.000 krónum með virðisaukaskatti, eða 18.855.120 krónur án virðisaukaskatts, miðað við tveggja ára samningstíma, en útboðsgögn gerðu ráð fyrir að heimilt yrði að framlengja samninginn tvisvar sinnum um eitt ár í senn. Því verður að miða við að áætlað verðmæti hins útboðna samnings hafi verið umfram viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu sveitarfélaga á EES- svæðinu þegar tekið er tilliti til samanlagðs áætlaðs virðis varnaraðila vegna hvers hinna þriggja svæða um sig og allt að fjögurra ára samningstíma. Verður því að miða við að kæranda hafi verið skylt að auglýsa hið kærða útboð á EES- svæðinu í samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup.

Að mati kærunefndar útboðsmála voru ýmsir annmarkar á framkvæmd hins kærða útboðs. Samkvæmt 2. mgr. 56. gr. laga um opinber innkaup skal ekki birta auglýsingar um útboð innan lands áður en þær hafa verið birtar á erlendum vettvangi af útgáfuskrifstofu

Evrópusambandsins, nema kaupanda hafi ekki verið tilkynnt um birtingu innan tveggja daga frá staðfestingu á móttöku tilkynningar frá útgáfuskrifstofunni. Í máli þessu liggur hins vegar fyrir að auglýsing um útboðið var birt á Íslandi 18. júní 2021, eða um leið og tilkynning um útboðið var sent útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins og fjórum dögum áður varnaraðila barst staðfesting um birtingu tilkynningarinnar á vef Evrópusambandsins. Þá verður að miða við að tilboðsfrestur í hinu kærða útboði hafi að lágmarki átt að vera 15 dagar að teknu tilliti til þess að tilboð mátti leggja fram með rafrænum hætti og að forauglýsing um útboðið hafði verið birt, sbr. 3. mgr. 58. gr. laga um opinber innkaup. Samkvæmt 2. mgr. 57. gr. laganna reiknast tilboðsfrestur frá deginum eftir að útboðslýsing er birt að meðtöldum opunardegi nema annað sé tekið fram, og skulu allir almanaksdagar taldir með. Miðað við að auglýsing um útboðið birtist fyrst á vettvangi Evrópusambandsins 22. júní 2021 verður að miða við að tilboðsfrestur hafi einungis verið 14 dagar. Jafnframt gafst kæranda ekki kostur á að verða viðstaddur opnun tilboða á rafrænum opunarfundi, eins og útboðsgögn höfðu þó gert ráð fyrir. Þá verður og að miða við að með því að varnaraðili tók ekki afstöðu til tilboða innan gildistíma þeirra hafi hann hafnað öllum tilboðum í útboðinu, sbr. 1. mgr. 83. gr. laga um opinber innkaup. Verður ekki séð að málefnalegar ástæður hafi réttlætt þá ákvörðun, sbr. 2. mgr. 83. gr. Verður því að miða við að varnaraðili hafi brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup við framkvæmd hins kærða útboðs.

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 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 útboðsskilmálum kom fram að varnaraðili myndi semja við einn aðila um vinnu á hverju hinna þriggja svæða sem útboðinu var skipt í, og að hann myndi taka lægsta tilboði í hvert svæði sem uppfyllti kröfur útboðsgagna. Af opunarskýrslu verður ráðið að kærandi hafi ekki átt lægsta tilboðið í neitt af þeim þremur svæðum sem boðin voru út og að lágmarki hafi tveir bjóðendur átt lægra tilboð í hverjum flokki. Hins vegar hefur kærandi haldið því fram að

hann hafi átt lægsta tilboðið í svæði 1 eftir að þeir tveir bjóðendur sem boðið höfðu lægra verð komu ekki lengur til álita þar sem annar þeirra hafi dregið tilboð sitt til baka og hinn hafi ekki uppfyllt kröfur um eigið fé og veltu. Varnaraðili hefur ekki mótmælt þessum málalíbúnaði eða upplýst að öðru leyti um afdrif tilboða. Eins og málið liggur fyrir nefndinni verður því að miða við að kærandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valin af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerst við brot varnaraðila í skilningi 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup. Verður því talið að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda.

Með hliðsjón af framangreindri niðurstöðu verður varnaraðila gert að greiða kæranda 750.000 krónur í málskostnað.

Úrskurðarorð:

Varnaraðili, Garðabær, er skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, Rafmagnsþjónustunni ehf., vegna rammasamningsútboðs auðkennt „Rammasamningur. Þjónusta iðnaðarmanna. Raflagnir“.

Öðrum kröfum kæranda er vísað frá.

Varnaraðili greiði kæranda 750.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 5. nóvember 2021

Reimar Pétursson (sign)

Kristín Haraldsdóttir (sign)

Auður Finnbogadóttir (sign)