

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 20. júní 2019

í máli nr. 3/2019:

Þjótandi ehf.

gegn

Vegagerðinni

GT verktökum ehf.

og Borgarvirki ehf.

Með kæru 6. mars 2019 kærði Þjótandi ehf. útboð Vegagerðarinnar „Reykjavíkurvegur (355), Biskupstungnabraut - Laugarvatnsvegur“. Kærandi gerir aðallega þá kröfu að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila Vegagerðarinnar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) um að velja tilboð GT verktaka ehf. og Borgarvirkis ehf. í hinu kærða útboði. Þá er gerð krafa um að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda og að varnaraðila verði gert að greiða kæranda málskostnað. Varnaraðila var kynnt kærán og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Greinargerðir varnaraðila bárust kærunefnd útboðsmála 13. og 27. mars 2019 þar sem þess var krafist að öllum kröfum kæranda yrði hafnað. GT verktökum ehf. og Borgarvirki ehf. var gefinn kostur á að koma að athugasemdum og bárust þær 13. mars, 27. mars og 24. apríl 2019. Kærandi sendi athugasemdir vegna greinargerða varnaraðila 23. maí 2019.

Með ákvörðun 8. apríl 2019 stöðvaði kærunefnd útboðsmála samningsgerð GT verktaka ehf. og Borgarvirkis ehf. við varnaraðila, Vegagerðina, í kjölfar hins kærða útboðs.

I

Í desember 2018 auglýsti varnaraðili útboðið „Reykjavíkurvegur (355), Biskupstungnabraut - Laugarvatnsvegur“. Samkvæmt útboðsgögnum skyldu bjóðendur uppfylla ýmsar kröfur til þess að koma til greina sem samningsaðilar. Meðal lágmarkskrafna var að bjóðendur sýndu fram á reynslu af sambærilegum verkum, tilvist gæðakerfis, ársreikninga sem sýndu tiltekna veltu undanfarin þrjú ár og að eigið fé væri jákvætt. Þá var gerð krafa um viðskiptasögu stjórnenda og helstu eigenda og tekið fram í grein 1.8 í útboðsgögnum að ef „fyrirtæki þeirra [hefðu] orðið gjaldþrota eða komist í sambærilega aðstöðu síðastliðin fimm ár, [yrði] bjóðanda vísað frá, enda [ætti] í hlut sama rekstrareining, með sömu eða nær sömu eigendur (eða skyldmenni eða tengdafólk fyrri eigenda) í sömu eða nær sömu atvinnustarfsemi, á sama markaði en með aðra kennitölu“.

Val tilboða fór fram á grundvelli lægsta verðs og voru tilboð opnuð 8. janúar 2019. Alls skiluðu sjö bjóðendur tilboðum og var tilboð kæranda næst lægst, að fjárhæð 575.222.294 krónur, en tilboð Borgarvirkis ehf. og GT verktaka ehf. var lægst, að fjárhæð 535.410.950

krónur. Hinn 16. janúar 2019 tilkynnti varnaraðili að lögstjóðendur hefðu ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna um fjárhagsstöðu bjóðenda og að leitað yrði samninga við kæranda um verkið. Lægstjóðendur gerðu athugasemd við þessa ákvörðun varnaraðila með bréfi 18. janúar 2019. Í kjölfarið afturkallaði varnaraðili ákvörðun sína 23. janúar 2019 og óskaði eftir frekari upplýsingum frá lögstjóðendum um verkreynslu, gæðastjórnunarkerfi, ársreikninga og fleira. Lægstjóðendur lögðu í kjölfarið fram gæðastjórnunarkerfi, öryggis- og heilbrigðisáætlun og óendurskoðaða ársreikninga. Eftir að hafa fengið frekari gögn frá lögstjóðendum hafnaði varnaraðili tilboði þeirra að nýju 31. janúar 2019 þar sem ekki hefðu verið lagðir fram endurskoðaðir ársreikningar og gögnin væru þannig ófullnægjandi. Lægstjóðendur gerðu aftur athugasemd við þessa ákvörðun og afhentu jafnframt endurskoðaða ársreikninga beggja fyrirtækjanna fyrir árin 2016 og 2017. Með bréfi 21. febrúar 2019 var öllum bjóðendum tilkynnt um nýtt val á tilboði og að leitað yrði samninga við lögstjóðendur, GT verktaka ehf. og Borgarvirki ehf.

II

Kærandi telur að lögstjóðendur hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna og að varnaraðila hafi verið óheimilt að gefa þeim kost á að skila inn gögnum eftir opnun tilboða. Ýmis gögn hafi vantað í tilboð fyrirtækjanna sem áskilið hafi verið í útboðsgögnum að skila ætti með tilboðinu innan tilboðsfrests. Fyrirtækin hafi ekki uppfyllt skilyrði útboðsgagna um að fimm ár yrðu að líða frá gjaldþroti fyrirtækis sem tengdist stjórnendum og helstu eigendum. Varnaraðila hafi verið rétt að standa við skilyrðið þrátt fyrir að fimm ár séu lengri tími en kveðið sé á um í lögum um opinber innkaup. Þá hafi fyrirtækin ekki uppfyllt skilyrði útboðsgagna um að hafa komið að sambærilegum verkum á síðustu sjö árum og ríki jafnframt vafi um að yfirstjórnendur hafi komið að stjórnun sambærilegra verka. Fyrirtækin hafi hvorki lagt fram fullnægjandi upplýsingar um gæðastjórnunarkerfið né þau verk þar sem gæðastjórnunarkerfið hafi verið notað. Sama eigi við um öryggis- og heilbrigðisáætlun en fyrirtækin hafi ekki lagt slíka áætlun fram með tilboðinu. Kærandi telur að með því að gefa lögstjóðendum kost á að bæta úr fyrrnefndum göllum á tilboði sínu hafi jafnræði bjóðenda verið raskað. Þá bendir kærandi á að ársreikningar lögstjóðenda fyrir árin 2016 og 2017 hafi verið óendurskoðaðir og ekki lagðir fram fyrr en 20 dögum eftir opnun tilboða.

III

Varnaraðili telur að rétt hafi verið að óska eftir frekari upplýsingum og að þær sýni að lögstjóðendur hafi í raun uppfyllt öll skilyrði útboðsgagna. Lægstjóðendur hafi frá árinu 2016 unnið að minnsta kosti tvö verk sem teljist sambærileg hinu umbeðna verki og það sama

eigi við um yfirstjórnanda verksins. Lægstbjóðendur hafi uppfyllt skilyrði um fjárhagslegt hæfi, gögn sem fylgdu upphaflegu tilboðinu hafi borið það með sér en síðar hafi það verið staðfest með frekari upplýsingum. Upphaflegir ársreikningar hafi ekki uppfyllt skilyrði útboðsgagna þar sem þeir hafi ekki verið endurskoðaðir af löggiltum endurskoðanda en úr því hafi verið bætt. Fjárhagslegt hæfi og staða lægstbjóðenda sé óbreytt frá upphaflegum gögnum. Með upphaflegu tilboði lægstbjóðenda hafi fylgt yfirlit yfir reynslu gæðastjóra fyrirtækjanna af notkun gæðastjórnunarkerfis og varnaraðilar hafi gefið fyrirtækjunum frest til þess að leggja fram frekari gögn. Í kjölfarið hafi verið lögð fram gögn um gæðastjórnunarkerfi verkefnisins í heild sinni og öryggis- og heilbrigðisáætlun. Ekki hafi verið gerð krafa um að öryggis- og heilbrigðisáætlun væri lögð fram með tilboði sínu heldur einungis við undirritun samnings. Þá telur varnaraðili að þrátt fyrir grein 1.8 í útboðsgögnum hafi sér verið óheimilt að líta til viðskiptasögu lengra en þrjú ár aftur í tímann, sbr. 10. mgr. 68. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, en lægstbjóðendur hafi ekki tengsl við fyrirtæki sem varð gjaldþrota innan þess tímabils.

GT verktakar ehf. og Borgarvirki ehf. segjast hafa skilað fullnægjandi gögnum með upphaflegu tilboði sínu. Auk þess hafi verið lögð fram frekari gögn eftir að varnaraðili hafi óskað eftir þeim og slíkt hafi verið heimilt. Þá hafi varnaraðila verið óheimilt að setja skilyrði um útilokun bjóðenda vegna viðskiptasögu sem næði lengra aftur í tímann en þrjú ár. Hafi varnaraðila verið heimilt að leiðrétta skilyrðið í samræmi við meginregluna um jafnræði bjóðenda og bann við takmörkun á samkeppni með óeðlilegum hætti. Því er jafnframt haldið fram að lægstbjóðendur hafi hvað sem öðru líður uppfyllt skilyrði greinar 1.8 í útboðsgögnum eins og það var fram sett.

IV

Það er meginregla opinberra innkaupa að forsendum útboðs, þar með talið kröfum til bjóðenda, verður ekki breytt eftir að tilboð hafa verið opnuð enda mikilvægt að bjóðendur geti treyst því að farið verði eftir þeim reglum sem lagt var upp með. Þá taka fyrirtæki ákvörðun um þátttöku í útboði með hliðsjón af þeim kröfum til hæfis bjóðenda sem gerðar eru í útboðsgögnum.

Framangreind meginregla birtist með ýmsum hætti í ákvæðum laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þannig hafa til að mynda reglur um kærufrest verið túlkaðar með þeim hætti að frestur til þess að kæra skilyrði útboðsgagna byrji að líða um leið og fyrirtæki veit eða má vita um þá útboðsskilmála sem það telur ólögmæta. Í athugasemdum með eldri lögum um opinber innkaup nr. 84/2007 kom meðal annars fram að í opinberum innkaupum væri oft og tíðum sérlega mikilvægt að ekki væri fyrir hendi óvissa um gildi tiltekinna ákvarðana, jafnvel þótt vera kynni að ákvarðanir væru ólögmætar og leiddu til bótaskyldu. Í opinberum innkaupum

stæðu því sérstök rök til þess að fyrirtæki brygðust skjótt við ætluðum brotum, ef þau óskuðu eftir því að úrræðum kærufndar útboðsmála yrði beitt. Þætti þetta ekki óeðlilega íþyngjandi þegar litið væri til þess að þau fyrirtæki sem tækju þátt í innkaupaferlum byggju yfirleitt yfir reynslu og þekkingu á því sviði sem hér væri um að ræða. Kærufnd útboðsmála hefur litið svo á að telji bjóðandi í opinberum innkaupum tiltekinn skilmála útboðsgagna ólögmetan verði hann að beina kæru til nefndarinnar innan kærufrests og geti ekki borið því við eftir opnun tilboða að víkja beri skilmálunum til hliðar.

Það liggur fyrir að skilmálar hins kærða útboðs voru skýrir um að vísa bæri frá tilboði hefði fyrirtæki sem tengdist stjórnendum og helstu eigendum bjóðenda orðið gjaldþrota síðastliðin fimm ár, sbr. nánar grein 1.8 í útboðsgögnum. Telja verður líklegt að fyrirtæki hafi meðal annars tekið ákvörðun um þátttöku í útboðinu á þessum grunni. Þá var ekki hreyft athugasemdum við þetta skilyrði á fyrirspurnatíma eða fyrir opnun tilboða. Með vísan til þess sem að framan greinir telur nefndin að varnaraðila hafi verið óheimilt að víkja frá þessum skilmála við ákvörðun um val á tilboði. Það liggur fyrir að varnaraðili taldi lægstbjóðendur ekki uppfylla þetta skilyrði og var það meðal annars útskýrt í bréfi 16. janúar 2019. Sú afstaða fær jafnframt stoð í gögnum málsins og hefur kærandi ekki fært haldbær rök fyrir öðru. Samkvæmt þessu verður felld úr gildi sú ákvörðun varnaraðila að velja tilboð GT verktaka ehf. og Borgarvirkis ehf. í hinu kærða útboði. Þar sem ákvörðun um val á tilboði hefur verið felld úr gildi er útboðinu ekki lokið og því er að svo stöddu ekki tilefni til þess að fjalla um mögulega skaðabótaskyldu varnaraðila. Í samræmi við niðurstöðu málsins er rétt að varnaraðili greiði kæranda málskostnað eins og greinir í úrskurðarorði.


Úrskurðarorð:

Ákvörðun varnaraðila, Vegagerðarinnar, um að semja við GT verktaka ehf. og Borgarvirki ehf. í kjölfar útboðsins „Reykjavíkurvegur (355), Biskupstungnabraut - Laugarvatnsvegur“, er felld úr gildi.

Varnaraðili greiði kæranda 600.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 20. júní 2019.


Ásgerður Ragnarsdóttir


Auður Finnboðadóttir


Eiríkur Jónsson