

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 9. júní 2010

í máli nr. 8/2010:

Verktakafélagið Glaumur ehf.

og Árni Helgason ehf.

gegn

Landsvirkjun

Með kæru, dags. 21. apríl 2010, kærðu Verktakafélagið Glaumur ehf. og Árni Helgason ehf. ákvörðun kærða, Landsvirkjunar, að hafna tilboði kæranda í útboðinu BUD-05, Búðarhálsvirkjun - Upphafsvirk. Í kæru voru kröfur kæranda orðaðar með eftirfarandi hætti:

- Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála stöðvi þegar í stað umrætt innkaupaferli á grundvelli ofangreinds útboðs í samræmi við 1. mgr. 96. gr. OIL þar til endanlega hefur verið skorið úr öllum kröfum kæranda.
- Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun Landsvirkjunar þess efnis að hafna tilboði kæranda sbr. heimild í 1. málslið. 1. mgr. 97. gr. OIL.
- Til vara krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála beini því til kærða að bjóða út umrædd innkaup að nýju sbr. heimild í 2. málslið 1. mgr. 97. gr. OIL.
- Í báðum tilfellum krefst kærandi þess að nefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Ennfremur krefst kærandi þess að nefndin ákveði að varnaraðili greiðið kæranda kostnað hans við að hafa kærana uppi, alls 290.000.

Kærða var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir og koma að frekari rökstuðningi fyrir vali á tilboði. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun á gerð samnings. Með bréfum, dags. 30. apríl og 14. maí 2010, krafðist kærdi þess aðallega að kröfum kæranda yrði vísað frá nefndinni en til vara að öllum kröfum kæranda yrði hafnað og að kærendum yrði gert að greiða málskostnað í ríkissjóð. Með bréfi, dags. 20. maí 2010, tjáðu kærendur sig um athugasemdir kærða og gerðu grein fyrir því að kostnaður kæranda vegna málsins væri orðinn 490.000 krónur.

Með ákvörðun, dags. 10. maí 2010, var innkaupaferli útboðsins BUD-05, Búðarhálsvirkjun – Upphafsvirk 2010, stöðvað þar til endanlega yrði skorið úr kæru.

I.

Hinn 11. febrúar 2010 auglýsti kærði útboð á verkinu „Búðarhálsvirkjun – Upphafsvirk 2010“. Útboðið var ekki auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu. Í kafla 1. 6. í útboðsgögnum var gerð eftirfarandi krafa um hæfi bjóðenda:

„Verktaki og verkstjórnendur hans skulu hafa reynslu af jarðvegsframkvæmdum sambærilegum þeim sem verkið samanstendur af.“

Upphafleg kostnaðaráætlun verksins var unnin um miðjan október 2009 og áætlaður kostnaður verksins var þá kr. 586.063.302 án virðisaukaskatts. Deginum eftir að útboðið hafði verið auglýst var gefin út endurskoðuð kostnaðaráætlun og hækkaði þá kostnaðaráætlunin í kr. 642.977.075 án virðisaukaskatts eða 806.936.229 með virðisaukaskatti.

Kærendur voru meðal bjóðenda í útboðinu en hinn 15. apríl 2010 tilkynnti kærði að tilboði kæranda hefði verið hafnað þar sem kærendur uppfylltu ekki skilyrði útboðsgagna um reynslu af jarðgangnagerð þar sem hvorki verktakafélagið Glaumur ehf. né Árni Helgason ehf. hefðu reynslu af jarðgangnagerð. Þá sagði kærði einnig að lykilstjórnendur kæranda sem koma áttu að verkinu hefðu heldur ekki slíka reynslu. Auk þess hefðu kærendur ekki skilað inn fullnægjandi upplýsingum varðandi heilbrigðis-, öryggis- og umhverfismál.

II.

Kærendur telja að kærði hafi átt að fara að ákvæðum tilskipunar nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, enda hafi innkaupin verið yfir lágmarksfjárhæð tilskipunarinnar. Kærendur segja að kærði hafi þrátt fyrir þetta ekki farið eftir tilskipun nr. 2004/17/EB. Kærendur segja að í tilboði þeirra hafi kærendur m.a. byggt á getu annarra aðila að því er varðaði kröfur útboðsins um tæknilega- og faglega getu. Kærendur telja að sér hafi verið þetta heimilt skv. 5. mgr. 53. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB en kærði hafi engu að síður hafnað tilboði kæranda þar sem kærendur hafi ekki sjálfir uppfyllt ákveðin hæfisskilyrði um tæknilega og faglega getu. Kærendur telja sig uppfylla að öllu leyti þær kröfur sem gerðar voru til bjóðenda samkvæmt útboðslýsingu.

Kærendur segja að samkvæmt útboðsgögnum hafi kærða borið að kalla eftir frekari upplýsingum frá kærendum ef kærði taldi skorta á upplýsingar um heilbrigðis-, öryggis- og umhverfismál en það hafi kærði þó ekki gert. Kærendur fullyrða að þeir uppfylli allar þær kröfur sem útboðsskilmálar gerðu til heilbrigðis-, öryggis- og umhverfismála.

Kærendur segjast hafa verið með lægsta tilboð í útboðinu og þannig átt raunhæfa möguleika á að verða hlutskarpastir í því.

III.

Kærði segir að skilyrði útboðsgagna um reynslu af jarðgangnagerð hafi átt við bæði um „verktaka“ og „verkstjórnendur“. Kærði segir kærendur ekki hafa haft reynslu af jarðgangnagerð. Þá hafi kærendur ekki skilað inn fullnægjandi upplýsingum varðandi heilbrigðis-, öryggis- og umhverfismál. Auk þess hafi verkfræðistofa sem mat hæfi kærenda gert ýmsar athugasemdir við verkbúnað og gæðamál kærenda.

Kærði telur að reglugerð nr. 916/2008, um breytingu á reglugerð nr. 755/2007, um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti, standi á afar veikum lögfræðilegum grunni. Kærði vísar til þess að ekki sé gert ráð fyrir því að þeir aðilar sem falli undir veitutilskipunina séu gerðir útboðsskyldir umfram það sem leiðir af reglum EES-samningsins. Um innkaup veitustofnana gildi þar af leiðandi engar innlendar viðmiðunarfrjárhæðir eða sérreglur og því séu veitustofnanir aðeins útboðsskyldar þegar innkaup þeirra ná viðmiðunarfrjárhæðum EES. Kærði telur þannig að innkaupaferlið falli ekki undir tilskipun 2004/17/EB.

IV.

Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, gilda lögin ekki um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu samkvæmt tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB („veitutilskipunin“). Veitutilskipunin gerir ráð fyrir því að þeir aðilar sem falla undir reglur hennar séu taldir upp á listum sem er að finna í viðaukum við tilskipunina og er kærði á meðal þeirra sem teljast til veitustofnana.

Samkvæmt 3. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 skal ráðherra í reglugerð mæla fyrir um innkaup þeirra aðila sem greinir í 1. mgr. 7. gr. til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins á sviði opinberra innkaupa samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið og öðrum milliríkjasamningum. Á grundvelli 3. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 hefur ráðherra sett reglugerð nr. 755/2007, um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti. Ákvæði 4. gr. reglugerðar nr. 755/2007 er svohljóðandi:

„Viðmiðunarfrjárhæðir vegna skyldu til útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 16. og 61. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB, sbr. reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2083/2005 um breytingu á viðmiðunarfrjárhæðum í tilskipunum Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB og

2004/18/EB og reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 1422/2007 um breytingu á viðmiðunarfjárhæðum í tilskipunum Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB og 2004/18/EB, skulu vera sem hér segir:

- a. 50.180.000 kr. þegar um er að ræða vöru- og þjónustusamninga,
- b. 627.270.000 kr. þegar um er að ræða verksamninga,
- c. 50.180.000 kr. þegar um er að ræða hönnunarsamkeppni.“

Í 20. gr. laga nr. 84/2007 er fjallað um innlendar viðmiðunarfjárhæðir og þær fjárhæðir eiga ekki við um stofnanir sem teljast veitustofnanir. Með framangreindri reglugerð nr. 755/2007 er þannig ekki kveðið á um „innlendar viðmiðunarfjárhæðir“ í skilningi laga nr. 84/2007 heldur er þar kveðið á um þær viðmiðunarfjárhæðir sem leggja skyldu á veitustofnanir til útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt veitutilskipuninni.

Kærði gerði tvær kostnaðaráætlanir fyrir hin kærðu innkaup. Fyrri kostnaðaráætlunin var miðuð við verðlag í febrúar 2009 en seinni kostnaðaráætlunin miðaðist við verðlag í febrúar 2010. Samkvæmt 1. mgr. 17. gr. veitutilskipunarinnar skal útreikningur á áætluðu verðmæti samnings byggjast á heildarfjárhæð, sem samningsstofnun áætlar að beri að greiða, án virðisaukaskatts. Kostnaðaráætlun vegna innkaupa verður þannig að vera raunsæ og í samræmi við fyrirliggjandi upplýsingar, m.a. um verðlag og raunverulegan kostnað. Hin kærðu innkaup voru auglýst í febrúar 2010 og mátti kærða þá vera ljóst að kostnaðaráætlun sem byggðist á árs gömlum upplýsingum var óraunhæf. Kærunefnd útboðsmála telur að miða verði við seinni kostnaðaráætlun kærða enda verður að ætla að hún taki betur mið af verðlagi þegar innkaupin voru auglýst. Samkvæmt þeirri kostnaðaráætlun var áætlaður kostnaður kr. 642.977.075 án virðisaukaskatts.

Innkaup kærða eru yfir þeirri viðmiðunarfjárhæð sem gildir um verksamninga en ljóst er að kærði hagaði innkaupafærlinu ekki eftir ákvæðum veitutilskipunarinnar. Af framangreindri ástæðu telur kærunefnd útboðsmála ljóst að brotið hafi verið gegn tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB og það hefur óhjákvæmilega í för með sér að útboðið í heild sinni er ekki lögmætt. Kærða ber því að auglýsa innkaup á Búðarhálsvirkjun – Upphafsverk, á nýjan leik.

Að fenginni ofangreindri niðurstöðu um að kærða beri að auglýsa að nýju Búðarhálsvirkjun – Upphafsverk er hinu kærða útboði lokið. Er þannig ekki þörf á að taka sérstaka afstöðu til kröfu kæranda um að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun Landsvirkjunar þess efnis að hafna tilboði kæranda.

Í 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, er mælt fyrir um skaðabóta-skyldu vegna tjóns sem hlotist hefur vegna brota kaupanda á lögum og reglum um opinber innkaup. Samkvæmt ákvæðinu eru sett tvenns konar skilyrði fyrir skaðabótaskyldu. Annars vegar þarf að vera um að ræða brot á lögum eða reglum um opinber innkaup. Kærunefnd útboðsmála hefur að framan komist að þeirri niðurstöðu að kærði hafi brotið lög þar sem valforsendur útboðsins voru ekki í samræmi við tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB. Hins vegar þarf bjóðandi að sanna að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerst við brotið.

Í kafla 1. 6. í útboðsgögnum var gerð eftirfarandi krafa um hæfi bjóðenda:

„Verktaki og verkstjórnendur hans skulu hafa reynslu af jarðvegsframkvæmdum sambærilegum þeim sem verkið samanstendur af.“

Kærendur hafa reynslu af „jarðvegsframkvæmdum“ þó þeir hafi ekki reynslu af „jarðgangnagerð“.

Kaupendum er almennt heimilt að gera þá kröfu til bjóðenda að þeir sýni fram á getu sína til að geta tekist á við skuldbindingarnar sem felast í sanningsgerð um verk, vöru eða þjónustu að undangengnu útboði. Kröfur kaupenda verða þó að vera fyrirsjáanlegar þannig að allir bjóðendur geti áttað sig á því hvaða kröfur eru nákvæmlega gerðar til þeirra. Kærða var þannig ekki heimilt að meta hæfi bjóðenda eftir á með vísan til annarra skilyrða en skýrlega komu fram í útboðsskilmálum. Ef kærði vildi gera þá kröfu að bjóðendur hefðu reynslu af jarðgangnagerð hefði kærða verið í lófa lagið að orða skilyrðin með öðrum og skýrari hætti en gert var í útboðsskilmálum. Kærendur voru með lágsta verðtilboðið í hinu kærða útboði. Með vísan til þeirra hæfiskrafna sem kærendur máttu gera ráð fyrir að gerðar væru til þeirra í útboðsgögnum telur kærunefnd útboðsmála að kærendur hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valdir í kjölfar hins kærða útboðs. Það er því álit kærunefndar útboðsmála að kærði beri skaðabótaábyrgð gagnvart kæranda vegna kostnaðar kæranda við að undirbúa tilboð og taka þátt í hinu kærða útboði.

Kærendur hafa krafist þess að kærða verði gert að greiða þeim kostnað við að hafa kærana uppi, sbr. fyrri málslið 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Með hliðsjón af úrslitum málsins og umfangi þess verður kærða gert að greiða kærendum kr. 350.000 í kostnað við að hafa kærana uppi.

Kærði hefur krafist þess að kærendum verði gert að greiða málskostnað til ríkissjóðs. Samkvæmt seinni málslið 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 getur kærunefnd útboðsmála úrskurðað kæranda til að greiða málskostnað sem rennur í ríkissjóð ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa. Með

hliðsjón af öllu framansögðu er skilyrðum ákvæðisins ekki fullnægt og verður því að hafna kröfunni.

Úrskurðarorð:

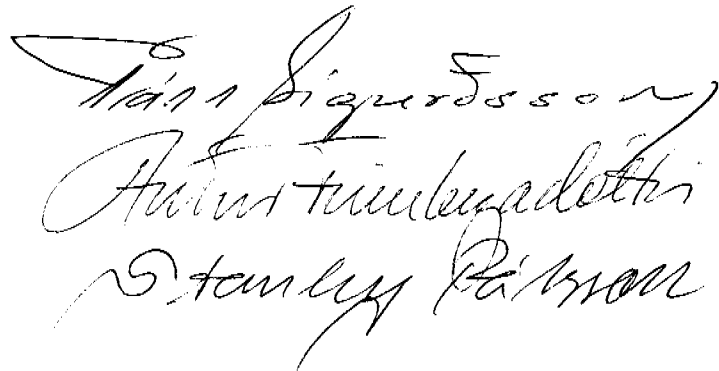
Kærði, Landsvirkjun, skal auglýsa á nýjan leik innkaup á Búðarhálsvirkjun - Upphafsvirk.

Það er álit kærunefndar útboðsmála að kærði, Landsvirkjun, sé skaðabótaskyldur gagnvart kærendum, Verktakafélaginu Glaumi ehf. og Árna Helgasyni ehf., vegna kostnaðar kæranda af því að við að undirbúa tilboð og taka þátt í hinu kærða útboði.

Kærði, Landsvirkjun, greiði kærendum, Verktakafélaginu Glaumi ehf. og Árna Helgasyni ehf., kr. 350.000 vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Kröfu kærða, Landsvirkjunar, um að kærendum, Verktakafélaginu Glaumi ehf. og Árna Helgasyni ehf., verði gert að greiða málskostnað til ríkissjóðs, er hafnað.

Reykjavík, 9. júní 2010.



Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, 2010.