

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 30. september 2020

í máli nr. 22/2020:

Dalverk ehf.

gegn

Dalvíkurbyggð

og Steypustöðinni Dalvík ehf.

### **Lykilorð**

*Kærufrestur. Framlenging tilboða. Valforsendur. Ógilding útboðs. Gildistími tilboðs. Álit á skaðabótaskyldu.*

### **Útdráttur**

*Kærunefnd útboðsmála taldi að í útboðinu „Snjómokstur og háلكuvarnir á Dalvík 2020-2023“ hefði verið ósamræmi á milli valforsendna eins og þær komu fram í útboðsgögnum, tilboðsblöðum og samkvæmt endanlegu mati varnaraðila á tilboðum. Talið var að valforsendur hefðu brotið í bága við lög um opinber innkaup og ekki verið unnt að taka lögmæta ákvörðun um val tilboðs á grundvelli þeirra. Var því fallist á kröfur kæranda um að ákvörðun um val á tilboði yrði felld úr gildi, sem og um að útboðið yrði felld úr gildi og lagt fyrir varnaraðila að auglýsa innkaupin á nýjan leik. Jafnframt var talið að varnaraðili væri skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði.*

Með kærnu 29. maí 2020 kærði Dalverk ehf. útboð Dalvíkurbyggðar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) „Snjómokstur og háلكuvarnir á Dalvík 2020-2023“. Kærandi krefst þess aðallega að útboðið verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að auglýsa innkaupin á nýjan leik. Þess er einnig krafist að úrskurðað verði að tilboð Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. sé ógilt og að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að velja tilboðið. Þá er þess einnig krafist að ógilt verði sú ákvörðun varnaraðila að vísa frá tilboði kæranda. Til vara er gerð krafa um að kærunefndin veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Jafnframt er gerð krafa um málskostnað. Varnaraðilum var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum 8. júní, 22. júní og 7. júlí 2020 krafðist varnaraðili þess að öllum kröfum yrði vísað frá eða hafnað. Steypustöðinni Dalvík ehf. var gefinn kostur á að gera athugasemdir og skilaði hann greinargerðum til nefndarinnar 9. og 22. júní 2020. Kæranda var gefinn kostur á að gera athugasemdir við greinargerðir varnaraðila og hagsmunaaðila og skilaði hann athugasemdum til nefndarinnar 8. júní, 15. júní og 16. júlí sama ár.

Með ákvörðun 23. júní 2020 stöðvaði kærunefndin gerð samnings í kjölfar hins kærða útboðs.

## I

Í febrúar 2020 auglýsti varnaraðili útboð um snjómokstur og háلكuvarnir í sveitarfélaginu. Útboðinu var skipt í fjóra hluta en kærán lýtur einungis að hlutanum „Snjómokstur og háلكuvarnir á Dalvík 2020“ sem felst í hreinsun á snjó og krapa af götum og samliggjandi gangstéttum, snjómokstri og akstri á snjó auk sandburðar og saltdreifingu á götur. Í grein 1.1.0 í útboðsgögnum kom fram að bjóðendur skyldu tilkynna hvaða tæki þeir hygðust nota til verksins og gefa upp skráningarnúmer þeirra eða aðra auðkenningu. Í grein 0.4.6 í útboðsgögnum kom fram að val á tilboði myndi ráðast af verði og samkvæmt grein 0.4.1 bar bjóðendum að gera tilboð á tilboðsblaði sem fylgdi útboðsgögnum. Tekið var fram að í hverjum einstökum tilboðslið skyldi vera „innifalinn allur kostnaður verktaka af viðkomandi verklið, svo sem allt efni, vinna, vélar og tæki, ljós og orka, flutningur manna og tækja, yfirstjórn verktaka, lögboðnar tryggingar, opinber gjöld, ágóði o.s.frv.“ Samkvæmt tilboðsblaði áttu bjóðendur að gera verðtilboð sem setja átti fram sem tímagjald í eftirfarandi tilboðsliði: „Hjólaskófla“, „Traktorsgrafa“, „Dráttarvél stór“, „Vörubifreið, snjóflutningur“, „Dráttarbifreið, snjóflutningur“ og „Háلكuvarnarefni (m<sup>3</sup>)“. Í grein 0.4.6 kom fram að við mat á tilboði væri stuðst við reynslutölur fyrri ára á vetrarþjónustu hjá Dalvíkurbyggð og tekið fram að áætluð hlutfallsleg notkun tækja við framkvæmd samningsins væri eftirfarandi: Hjólaskófla 70%, Traktorsgrafa 6%, Dráttarvél stór 12% og Vörubifreið 12%.

Tilboð voru opnuð 6. mars 2020 og var kærandi á meðal bjóðenda. Samkvæmt opnunarfundargerð var tilboð kæranda 90.511 krónur en tilboð Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. nam 66.917 krónum „án vinnu“. Auk þess barst tilboð frá EB ehf. en upphæð þess virðist ekki hafa verið lesin upp á opnunarfundinum. Með tölvupósti varnaraðila til bjóðenda síðar sama dag var tilkynnt að tilboð bjóðenda væru eftirfarandi: „Steypustöðin 26.940, Dalverk 22.666 vantar einingarverð fyrir dráttarvél og EB ehf. 18.507 vantar einingarverð fyrir vörubifreið og dráttarbifreið“. Með tölvupósti 6. apríl 2020 var bjóðendum tilkynnt um bókun umhverfisráðs varnaraðila um val á tilboði Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. „með fyrirvara um samþykki Byggðarráðs“. Kærandi sendi bréf til varnaraðila 15. apríl 2020 þar sem hann gerði athugasemdir við val á tilboði þar sem hann taldi að gildistími allra tilboða væri liðinn. Þá sendi kærandi bréf til varnaraðila 21. apríl 2020 þar sem gerðar voru ítarlegri athugasemdir við útboðið. Á fundi sveitarstjórnar varnaraðila 12. maí 2020 var samþykkt að semja við Steypustöðina Dalvík ehf. í hinum kærða hluta útboðsins. Í kjölfarið voru bréflög samskipti milli varnaraðila og kæranda um lögmati útboðsins.

## II

Kærandi byggir á því að gildistími allra tilboða hafi verið liðinn án þess að óskað hafi verið eftir framlengingu og því hafi verið óheimilt að taka tilboði í útboðinu. Þá hafi opnunarfundur ekki verið í samræmi við lög um opinber útboð þar sem fundargerð beri ekki með sér að fjárhæð tilboða hafi verið lesin upp með réttum hætti heldur hafi ósambærileg verð verið lesin upp.

Útboðsgögn hafi verið mjög óskýr um kröfur útboðsins og bjóðendur hafi ekki getað skilið eftir hverju varnaraðili hafi verið að sækjast. Þá hafi ekki verið málefnalegt að krefjast 12 mánaða reynslu hafi starfsmaður gild vinnuvélaréttindi enda liggi ekkert fyrir um að framkvæmd snjómoksturs og hálkuvana krefjist þekkingar og reynslu umfram slík réttindi. Jafnframt hafi verið óljóst hvað teljist „sambærileg reynsla“ og ekki komið fram hvort sú reynsla skuli unnin á tilteknu tímabili. Þá liggi ekkert fyrir um hvort mat á reynslu hafi farið fram við mat tilboða og hvort tilboð Steypustöðvarinnar Dalvík ehf. hafi fullnægt útboðsskilmálum að þessu leyti.

Kærandi tekur fram að skilyrði í grein 0.4.6 um að „við mat á tilboði [verði] stuðst við reynslutölur fyrri ára á vetrarþjónustu hjá Dalvíkurbyggð“ sé óútskýrt og óljóst hvaða vægi þetta hafi haft við einkunnagjöf. Þá hafi verið gerðar ýmsar ómálefnalegar og óljósar kröfur til reynslu í útboðsgögnum. Jafnframt leiði framsetning tilboðsblaðs til þess að tilboð verði ekki samanburðarhæf. Gert hafi verið ráð fyrir að sett væru fram verð fyrir hvert tæki fyrir sig en heildarverð og verðmæti tilboða verði ekki ráðið af tilboðsblaði þar sem hlutfallslegt vægi sé ekki reiknað út í hverjum lið fyrir sig. Þannig sé ekki fundin út samanburðarhæf tala og ómögulegt fyrir bjóðendur að átta sig á því hvernig verðin hafi verið metin með hlutfallslegu vægi. Þá beri fundargerð opnunarfundar ekki með sér að fjárhæð tilboða hafi verið lesin upp í samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup. Jafnframt er byggt á því að tilboð Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. hafi verið ógilt þar sem fyrirtækið hafi hvorki átt né ráðið yfir tæki sem gerð hafi verið krafa um í útboðsgögnum og hafi átt að tilgreina í tilboðsgögnum. Auk þess hafi vantað verð í einn tilboðslið í tilboði fyrirtækisins.

## III

Varnaraðili telur að kærufrestur hafi byrjað að líða 6. apríl 2020 þegar bjóðendum hafi verið kynnt afstaða til tilboða en þá hafi komið fram að tilboð kæranda hafi verið metið ógilt. Kærandi hafi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins, enda hafi hann ekki tilgreint einingarverð fyrir dráttarvél og tilboð hans þannig verið ógilt. Kærandi hafi enn ekki útskýrt hvers vegna upplýsingum um þetta hafi ekki verið skilað en varnaraðili telur að óheimilt hefði verið að velja tilboð kæranda. Varnaraðili telur að gildistími tilboða hafi ekki verið liðinn enda hafi fjögurra vikna tilboðsfrestur runnið út á frídegi og gildistíminn þar með framlengst fram til næsta virka

dags. Þá hafi bindandi samningur komist á 12. maí 2020 þegar ákvörðun umhverfisráðs varnaraðila um val á tilboði hafi verið endanlega samþykkt af sveitarstjórn.

Varnaraðili segir að Steypustöðin Dalvík ehf. hafi átt það tæki sem gerð var krafa um í útboðsgögnum. Rétt hafi verið staðið að opnun tilboða og öllum bjóðendum verið ljóst hver niðurstaðan hafi verið fyrir hvern þátt fyrir sig. Öllum fundarmönnum hafi verið gefið færi á að koma að athugasemdum en engar hafi verið gerðar. Varnaraðili hafnar því að lesin hafi verið upp ósambærileg verð á opnunarfund. Forsendur sem lagðar hafi verið til grundvallar vali á tilboðum hafi verið skýrar og málefnalegar og ljóst hafi verið af útboðsgögnum hvaða kröfur væru gerðar til bjóðenda.

Í athugasemdum Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. er bent á að í kæru sé byggt á því að Steypustöð Dalvíkur ehf. hafi verið valið en það fyrirtæki hafi ekki tekið þátt í útboðinu. Fyrirtækið hafnar því að hafa boðið tæki sem fyrirtækið eigi ekki, enda hafi það við opnun tilboða haft yfir að ráða öllum þeim tækjabúnaði sem áskilinn hafi verið í útboðinu og meðal annars keypt dráttarvél hinn 12. febrúar 2020.

#### IV

Hinn 6. apríl 2020 var bjóðendum, eins og og áður greinir, tilkynnt um bókun umhverfisráðs varnaraðila um val tilboða með fyrirvara um samþykki byggðarráðs. Í kjölfarið sendi kærandi bréf þar sem hann mótmælti því að nokkru tilboði yrði tekið. Endanleg ákvörðun um val tilboðs var svo ekki tekin fyrr en á fundi sveitarstjórnar varnaraðila 12. maí 2020. Eins og atvikum er háttað verður að líta svo á að það hafi fyrst verið þegar kæranda var tilkynnt um síðastnefnda ákvörðun sem kærufrestur byrjaði að líða vegna atriða í kæru sem lúta að vali tilboðs. Kæra var þannig borin undir nefndina innan kærufrests, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, hvað þau atriði varðar.

Í kæru er ranglega byggt á því að varnaraðili hafi valið tilboð frá Steypustöð Dalvíkur ehf. þar sem hið rétta sé að valið var tilboð Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. Kærunefnd útboðsmála telur augljóst að um misritun á nafni umrædds bjóðanda hafi verið að ræða enda ljóst að kæra beinist að vali tilboðs í hinu kærða útboði. Þá hefur Steypustöðinni Dalvík ehf. verið gefinn kostur á að koma að athugasemdum í málinu og geta þessi mistök hvorki leitt til frávísunar né höfnunar á kröfum kæranda.

Samkvæmt 1. mgr. 83. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup telst kaupandi hafa hafnað tilboði ef hann er búinn að semja við annan aðila, gildistími tilboðs er liðinn án þess að óskað hafi verið eftir framlengingu tilboðs eða öllum tilboðum hefur verið hafnað formlega. Samkvæmt 2. mgr. 83. gr. er kaupanda heimilt að hafna öllum tilboðum standi málefnalegar ástæður til þess eða hafi almennar forsendur fyrir útboði brostið. Kaupandi skal rökstyðja

ákvörðun sína um að hafna öllum tilboðum. Ákvæðið er í samræmi við þá meginreglu útboðsréttar sem staðfest hefur verið í framkvæmd kærunefndar útboðsmála og dómstóla að kaupandi hafi ekki frjálsta heimild til þess að hafna öllum tilboðum. Innkaupaferli er ætlað að ljúka með því að samningur komist á og kaupandi getur ekki vikið frá því að eigin geðþótta. Með hliðsjón af þessu verður að túlka 1. mgr. 83. gr. laganna með þeim hætti að kaupandi geti ekki látið gildistíma tilboða renna út og hafna þeim þannig í reynd án þess að málefnalegar málsástæður búi þar að baki. Þá verður að líta til þess að í hinu kærða útboði stóð vilji varnaraðila augljóslega til þess að ljúka ferlinu með sammingsgerð, enda tilkynnti hann um val tilboðs á fyrsta vinnudegi eftir að gildistími tilboða rann út. Að virtum aðstæðum í máli þessu telur kærunefnd útboðsmála þá staðreynd að tilboði var ekki tekið innan fjögurra vikna gildistíma ekki geta leitt til sjálfkrafa höfnunar allra tilboða og þar með ógildingar á vali tilboðs.

Kaupendum í opinberum innkaupum er almennt játað nokkuð svigrúm við ákvörðun um það hvaða forsendur þeir leggja til grundvallar við val á tilboðum. Hins vegar er sú skylda lögð á kaupendur að þeir tilgreini með eins nákvæmum hætti og unnt er hvaða forsendur muni ráða vali tilboða og hvernig matið fer fram. Þessi atriði mega aldrei verða svo óljós að kaupanda séu í raun engar skorður settar við ákvörðun um val tilboðs. Fyrir liggur að þau verð sem lesin voru upp á opnunarfundi 6. mars 2020 voru allt önnur en fram komu í upplýsingum um niðurstöður útboðsins sem varnaraðili sendi bjóðendum með tölvuskeyti síðar sama dag. Þá var ekki samræmi í þeim athugasemdum sem gerðar voru við tilboðin í fundargerðinni og því sem greinir um niðurstöður samkvæmt tölvuskeytinu, auk þess sem tilboð eins bjóðanda virðist ekki hafa verið lesið upp á fundinum ef marka má fundargerð. Eins og rakið hefur verið að framan kom fram í útboðsgögnum að áætluð notkun tækja skiptist milli fjögurra tækja í tilteknum hlutföllum sem samtals námu 100%. Samkvæmt tilboðsblaði bar aftur á móti að gera tilboð í fimm tilboðsliði sem fela í sér notkun tækja, en auk þess bar að skila tilboðum í rúmmetra af háلكuvarnarefni. Endanlegt mat á vali tilboða fór þannig ekki fram á grundvelli fjögurra tilboðsliða er lutu að notkun tækja heldur fimm. Varnaraðili virðist þannig hafa gert breytingu við endanlegt mat tilboða sem leiddi til þess að „Vörubifreið“ gildi ekki lengur 12% eins og fram kom í útboðsgögnum. Þess í stað skipti varnaraðili valforsendunni upp í „vörubifreið stór“ sem gildi 6% og „vörubifreið lítil“ sem gildi 6%. Þessu til viðbótar var verðtilboð í háلكuvarnarefni tekið með í matið og gildi sú valforsenda 5% þannig að heildarprósentur valforsendna urðu á endanum 105%. Af öllu framangreindu leiðir að ósamræmi var á milli valforsendna eins og þær komu fram í grein 0.4.6. í útboðsgögnum, tilboðsblöðum og samkvæmt endanlegu mati varnaraðila á tilboðum. Telur nefndin að með þessu hafi valforsendur í hinu kærða útboði brotið í bága við lög um opinber innkaup þannig að ómögulegt var að taka lögmæta ákvörðun um val

tilboðs á grundvelli þeirra. Samkvæmt þessu verður fallist á kröfu kæranda um að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að velja tilboð Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. Af sömu ástæðu verður útboðið ógilt og lagt fyrir varnaraðila að auglýsa innkaupin á nýjan leik.

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 að 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 fyrirliggjandi 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 í samræmi við lög um opinber innkaup. Það er því álit nefndarinnar að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að 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:

Felld er úr gildi ákvörðun varnaraðila, Dalvíkurbyggðar, um að velja tilboð Steypustöðvarinnar Dalvíkur ehf. í kjölfar útboðsins „Snjómokstur og háلكuvarnir á Dalvík 2020-2023“.

Útboð varnaraðila, Dalvíkurbyggðar, „Snjómokstur og háلكuvarnir á Dalvík 2020-2023“ er felld úr gildi og lagt fyrir varnaraðila að auglýsa innkaupin á nýjan leik.

Varnaraðili, Dalvíkurbyggð, er skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, Dalverk ehf., vegna þátttöku í útboðinu Snjómokstur og háلكuvarnir á Dalvík 2020-2023“ .

Varnaraðili, Dalvíkurbyggð, greiði kæranda, Dalvík ehf., 700.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 30. september 2020

Ásgerður Ragnarsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Sandra Baldvinsdóttir