

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 31. júlí 2026

í máli nr. 31/2026:

Sérverk ehf.

gegn

Hafnarfjarðarkaupstað og

B.Ó. Smiðum ehf.

Lykilorð

Fjárhagslegt hæfi. Tilboðsgögn. Ákvörðun felld úr gildi. Málskostnaður.

Útdráttur

Ágreiningur málsins laut að lögmæti ákvörðunar varnaraðila, H, um að velja tilboð B í útboði sem laut að innanhúsfrágangi í knatthúsi Hauka. Aðilar deildu einkum hvort ársreikningar B hefðu uppfyllt þann áskilnað útboðsgagna að þeir skyldu vera áritaðir af löggiltum endurskoðanda og vera án athugasemda um rekstrarhæfi. Í úrskurði nefndarinnar var lagt til grundvallar að krafa um framlagningu áritaðra ársreikninga hefði verið liður í að meta fjárhagslegt hæfi bjóðenda í útboðinu og að B hefði þurft að uppfylla kröfuna við opnun tilboða. Í úrskurði kærunefndar útboðsmála var rakið að ársreikningar með tilboði B hefðu ekki uppfyllt skilyrði útboðsgagna. Þá lagði nefndin til grundvallar að H hefði verið óheimilt samkvæmt 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup að taka tillit til ársreikninga sem B hafði lagt fram síðar þar sem þeir hefðu verið áritaðir af löggiltum endurskoðanda eftir opnun tilboða. Með vísan til þessa og annars þess sem kom fram í úrskurðinum lagði nefndin til grundvallar að ákvörðun H, um að velja tilboð B, hefði brotið í bága við lög nr. 120/2016 og fyrirmæli útboðsgagna og féllst á kröfu kæranda um að ákvörðunin yrði felld úr gildi. Þá féllst nefndin á kröfu kæranda um að varnaraðila yrði gert að greiða honum málskostnað.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 20. maí 2026 kærði Sérverk ehf. (hér eftir „kærandi“) útboð Hafnarfjarðarkaupstaðar (hér eftir „varnaraðili“) auðkennt „Knatthús Hauka – Innanhúsfrágangur. Ásvöllum 1, Hafnarfirði“.

Kærandi krefst þess aðallega að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila að velja tilboð B.Ó. Smiða ehf. (hér eftir „hagsmunaaðili“) í hinu kærða útboði og að lagt verði fyrir varnaraðila að ganga til samninga við kæranda í samræmi við tilboð félagsins. Til vara krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála veiti álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart honum. Í báðum tilvikum krefst kærandi þess að varnaraðila verði gert að greiða honum málskostnað.

Varnar- og hagsmunaaðila var kynnt kærán og gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum. Varnar- og hagsmunaaðili lögðu fram athugasemdir í sitthvoru lagi 2. og 4. júní 2026.

Varnaraðili krefst þess að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar verði aflétt hið fyrsta og öllum kröfum kæranda verði hafnað. Hagsmunaaðili gerir sömu kröfur.

Kærunefnd útboðsmála hafnaði kröfum varnar- og hagsmunaaðila um afléttingu sjálfkrafa stöðvunar samningsgerðar með ákvörðun 15. júní 2026.

Varnaraðili skilaði frekari athugasemdum 30. júní 2026 og hagsmunaaðili 7. júlí 2026.

Með erindi 15. júlí 2026 óskaði kærunefnd útboðsmála eftir að varnaraðili legði fram afrit af tiltekinni tilkynningu. Varnaraðili svaraði erindinu sama dag og afhenti umbeðið skjal.

Lokaathugasemdir bárust frá kæranda 22. júlí 2026.

Rétt þykir að geta þess að hagsmunaaðili óskaði eftir því í lokaathugasemdum sínum að kærunefnd útboðsmála myndi endurskoða fyrri ákvörðun sína í málinu og aflétta banni við samningsgerð, sbr. 2. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í ljósi þess að málið er nú tekið til úrskurðar þykja ekki efni til að fjalla efnislega um þessa beiðni hagsmunaaðila.

I

Samkvæmt útboðslýsingu laut hið kærða útboð að fullnaðarfrágangi innanhúss í þjónustubyggingu knattsalar fyrir Knattspyrnufélag Hauka. Í grein 0.0.4 var gerð grein fyrir hæfiskröfum útboðsins og kom fram í ákvæðinu að þar væri „gert grein fyrir þeim gögnum sem bjóðendur skulu skila með tilboði“. Í greininni kom eftirfarandi fram varðandi fjárhagsstöðu bjóðenda:

Fjárhagsstaða bjóðanda skal vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda, sbr. 71. gr laga um opinber innkaup nr. 120/2016. Fjárhagsgögn bjóðanda skulu sýna jákvætt eigið fé. Ekki verður gengið til samninga við bjóðanda nema hann geti framvísað:

E) Ársreikningi fyrir síðustu tvö ár, áritaður af löggiltum endurskoðanda sem sýnir jákvæða eiginfjárstöðu og er án athugasemda um rekstrarhæfi félagsins.

Þá kom fram í niðurlagi greinarinnar að skilaði bjóðandi „ekki umbeðnum gögnum með tilboði sínu og séu ofangreindar hæfniskröfur ekki uppfylltar“ áskildi varnaraðili sér rétt til að dæma tilboð bjóðanda ógilt.

Tilboð voru opnuð 27. mars 2026 og bárust tilboð frá sjö bjóðendum. Hagsmunaaðili átti lægsta tilboðið að fjárhæð 175.733.272 krónum en þar á eftir kom tilboð kæranda að fjárhæð 198.956.173 krónum. Kostnaðaráætlun varnaraðila nam 213.055.200 krónum.

Með tölvupósti 15. apríl 2026 tilkynnti varnaraðili kæranda að á fundi umhverfis- og framkvæmdaráðs sama dag hefði verið heimilað að leita samninga við hagsmunaaðila. Lögmaður kæranda sendi samdægurs tölvupóst til varnaraðila og benti meðal annars á að ársreikningar hagsmunaaðila uppfylltu ekki skilyrði útboðsgagna. Með öðrum tölvupósti 17. sama mánaðar benti lögmaðurinn á að fyrrgreindur tölvupóstur varnaraðila uppfyllti ekki skilyrði 1. og 2. mgr. 85. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og gæti ekki talist vera tilkynning um val tilboðs. Tölvupósturinn hefði því ekki þau réttaráhrif að kærufrestur til kærunefndar útboðsmála væri byrjaður að líða. Yrði ákveðið að velja tilboð hagsmunaaðila væri þess krafist að viðeigandi tilkynning yrði send í samræmi við umrædd ákvæði og með viðeigandi upplýsingum.

Varnaraðili sendi kæranda tilkynningu 15. maí 2026 um val á tilboði hagsmunaaðila og kom þar meðal annars fram að biðtími samningsgerðar væri til og með 20. sama mánaðar.

II

Kærandi byggir á að hagsmunaaðili hafi lagt fram tilboð í hinu kærða útboði án þess að leggja fram ársreikning, staðfestum af endurskoðanda, með þeim réttaráhrifum að hann hafi ekki uppfyllt skilyrði um fjárhagsstöðu, sbr. 71. gr. laga nr. 120/2016, og skilmála útboðsins um fjárhagsstöðu, sbr. e. lið greinar 0.0.4. Því hafi borið að útiloka hagsmunaaðila frá útboðinu.

Ársreikningar hagsmunaaðila séu aðgengilegir á vefsíðu Skattsins. Ársreikningarnir séu ekki endurskoðaðir af löggiltum endurskoðanda. Hagsmunaaðili hafi því ekki uppfyllt skilmála útboðsins um framlagningu gagna og hafi hvorki skilað viðeigandi upplýsingum um jákvæða eiginfjárstöðu félagsins né upplýsingum sem staðfestu að ekki hafi verið athugasemdir um rekstrarhæfi félagsins, sbr. úrskurð nefndarinnar nr. 4/2015 og dóm Landsréttar í máli nr. 144/2020.

Hagsmunaaðili hafi ekki getað bætt úr þessum annmarka með því að leggja fram önnur gögn eða aðra ársreikninga eftir opnun tilboða. Grunnregla útboðsréttar sé að jafnræði sé með bjóðendum og dómaframkvæmd og úrskurðir kærunefndar staðfesta að bjóðendum sé óheimilt að breyta tilboðum eftir opnun tilboða og að skilyrði um hæfi þurfi að vera uppfyllt við opnun tilboða. Vísar kærandi í þessu samhengi til úrskurða nefndarinnar í málum nr. 37/2012, 5/2022 og 10/2024 og dóms Hæstaréttar í máli nr. 525/2011.

Auk framangreinds hafi reynt á sambærilegt álitaefni í dómi Landsréttar í máli nr. 144/2020. Í því máli hafi bjóðandi í útboði lagt fram ársreikning sem hafi verið undirritaður af löggiltum endurskoðanda án þess að endurskoðun hafi farið fram. Í útboðinu hafi verið gerð krafa um áritun endurskoðanda og þar sem bjóðandi hafi ekki uppfyllt það skilyrði hafi hann verið útilokaður frá útboðinu. Í málinu hafi sérstaklega reynt á það álitaefni hvort heimilt hafi verið að skila inn endurskoðuðum ársreikning eftir að tilboð hafi verið opnuð. Landsréttur hafi hafnað þeirri málsástæðu og tekið fram að slík framlagning hafi verið til þess fallin að raska jafnræði með umsækjendum.

Í lokaathugasemdum kæranda er á það bent að kærunefnd útboðsmála hafi í ákvörðun sinni meðal annars lagt til grundvallar að ársreikningar hagsmunaaðila hafi verið ófullnægjandi til staðfestingar á þeirri lágmarkskröfu útboðsgagna að eigið fé skyldi vera jákvætt og að vandséð að varnaraðila hafi verið heimilt að taka tillit til þeirra við meðferð útboðsins. Kærandi tekur undir þessar forsendur auk tiltekinna annarra og áréttar að þær hafi hvorki verið hraktar af hagsmunaaðila né varnaraðila.

Óumdeilt sé í málinu að hagsmunaaðili hafi ekki lagt fram ársreikninga með tilboði sínu sem hafi uppfyllt kröfu útboðsskilmála. Ársreikningarnir hafi hvorki verið undirritaðir né áritaðir af löggiltum endurskoðanda með þeim hætti sem hafi verið áskilið samkvæmt útboðsskilmálum og hafi hvorki falið í sér fullnægjandi staðfestingu á jákvæðri eiginfjárstöðu né afstöðu til rekstrarhæfis félagsins. Ekki hafi verið heimilt að lagfæra þessa annmarka með síðari samskiptum enda feli 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 ekki í sér heimild til að uppfylla eftir á hæfiskröfu sem bjóðandi uppfylli ekki við lok tilboðsfrests. Slík úrbót feli í sér efnislega breytingu á stöðu bjóðandans sem sé til þess fallin að raska jafnræði bjóðenda.

Samkvæmt lögum nr. 120/2016 og meginreglum útboðsréttar sé sérstakur verksamningur ekki gerður á milli aðila í framhaldi af útboði, sbr. 3. mgr. 86. gr. laganna. Verkkaupi og bjóðandi hafi því ekkert svigrúm frá því að tilboð sé samþykkt fram að undirritun verksamnings eins og varnaraðili byggir á. Öll gögn og upplýsingar þurfi að liggja fyrir við opnun tilboða og bjóðandi þurfi að uppfylla allar kröfur á því tímamarki.

Orðalag greinar 0.0.4, varðandi framlagningu ársreikninga, hafi verið skýrt og ótvírætt og hafi hvorki gefið tilefni til vafa um inntak kröfunnar né um hvaða gögn skyldu lögð fram henni til staðfestingar. Þá verði ekki séð að innbyrðis ósamræmi hafi verið í útboðsgögnunum. Úrlausn kærunefndar í máli nr. 10/2026 eigi því ekki við um atvik þessa máls.

Hagsmunaaðili byggir á því að félaginu hafi ekki verið skylt samkvæmt ársreikningalögum að láta endurskoða ársreikninga sína og að áritun skoðunarmanns hafi í reynd sömu þýðingu og áritun endurskoðanda. Jafnframt hafa varnar- og hagsmunaaðili gert

athugasemdir við lögmæti og réttmæti útboðsskilmálans. Þessar málsástæður komi of seint fram enda hafi útboðsgögn verið opinberlega birt í mars 2026. Hagsmunaaðila hafi þá þegar mátt vera ljóst að ársreikningar félagsins hafi hvorki verið endurskoðaðir né áritaðir með þeim hætti sem hafi verið áskilið samkvæmt útboðsgögnum. Hagsmunaaðili hafi engu síður hvorki gert athugasemdir við skilmálann á útboðstímanum né kært hann til kærunefndar útboðsmála innan þess frests sem leiði af 106. gr. laga nr. 120/2016, sbr. m.a. úrskurði nefndarinnar í málum nr. 24/2021, 39/2022 og 32/2025. Bjóðandi geti ekki beðið niðurstöðu útboðs og borið fyrst fyrir sig eftir opnun tilboða eða val tilboðs að skilmálinn hafi verið ólögmætur.

Aðalatriði málsins sé að varnaraðila hafi verið heimilt að gera kröfu um að fjárhagsstaða og rekstrarhæfi bjóðenda yrðu staðfest með ársreikningum sem löggiltur endurskoðandi hefði undirritað eða áritað. Krafan hafi verið hlutlæg, málefnaleg og tengst getu bjóðanda til að efna þann verksamning sem hafi verið boðinn út. Hagsmunaaðili hafi ekki uppfyllt kröfuna og hafi tilboð hans því ekki verið hæft til að koma til álita við val tilboðs.

Kærandi árétti að hæfiskröfur verði að vera efnislegar uppfylltar við lok tilboðsfrests, sbr. dóm Landsréttar í máli nr. 144/2020, dóm Hæstaréttar í máli nr. 525/2011 og úrskurði kærunefndar útboðsmála í málum nr. 37/2012, 5/2022 og 10/2024. Heimild kaupanda til að kalla eftir skýringum eða viðbótargögnum feli ekki í sér heimild til að gefa bjóðanda kost á að öðlast nauðsynlegt hæfi eftir lok tilboðsfrests eða leggja fram ný gögn sem breyta efnislegri stöðu hans. Slík málsmeðferð brjóti gegn jafnræðis- og gagnsæisreglum útboðsréttar og feli í sér að hagsmunaaðila sé veitt færi á að bæta tilboð sitt eftir að tilboð annarra bjóðenda liggi fyrir.

Sömu grundvallarkröfur um jafnræði, gagnsæi, málefnalega ákvarðanatöku og bann við breytingum á forsendum valferlis eigi við þegar sveitarfélag ráðstafi verðmætum eða velji tilboð eftir útboð. Þegar um opinber innkaup sé að ræða gildi jafnframt sérreglur laga nr. 120/2016, sem leggi skýrar og strangar skyldur á laupanda við mat á hæfi bjóðenda og val tilboðs. Dómur Landsréttar í máli nr. 144/2020 hafi því fordæmisgildi um þá meginreglu að ekki verði bætt eftir á úr skorti á hæfi sem vera hafi átt fyrir hendi þegar tilboð hafi verið lögð fram.

III

Varnaraðili byggir á að tilboð hagsmunaaðila hafi verið í samræmi við kröfur útboðsskilmála. Varnaraðili rekur fyrirmæli b-liðar 1. mgr. 69. gr. og 71. gr. laga nr. 120/2016 og tiltekur að í samræmi við 71. gr. hafi komið fram í kafla 0.0.4 í útboðsskilmálum að fjárhagsstaða bjóðanda skyldi vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart verkkaupa. Til að

sýna fram á það hafi bjóðandi þurft að leggja fram „fjárhagsgögn“ sem sýndu fram á jákvætt eigið fé. Engar aðrar hæfiskröfur hafi komið fram og ekki hafi verið áskilið hvers eðlis fjárhagsgögn með tilboði bjóðenda skyldu vera.

Í grein 0.0.4 hafi komið fram að ekki yrði gengið til samninga við bjóðanda nema gegn framvísun ársreikninga fyrir undanfarin tvö ár, árituðum af löggiltum endurskoðanda. Athygli sé vakin á því að ekki hafi verið gerð krafa um að ársreikningarnir skyldu vera endurskoðaðir af endurskoðanda, líkt og kærandi haldi fram. Slíkt hefði raskað jafnræði bjóðenda enda sé hagsmunaaðili til dæmis ekki skyldugur til að láta endurskoða ársreikninga sína, sbr. 1. mgr. 98. gr. laga um ársreikninga. Vísun kæranda til úrskurðar kærunefndar útboðsmála nr. 4/2015 eigi þar af leiðandi ekki við. Auk þess hafi sá úrskurður snúið að því hvort aðili hafi mátt skila inn óendurskoðuðum ársreikningi þegar kröfur útboðsins hafi gert ráð fyrir að aðilar skiluðu inn endurskoðuðum ársreikningi. Slíkar aðstæður séu ekki til staðar hér.

Framangreind krafa um áritun endurskoðanda hafi að engu leyti verið lágmarkskrafa útboðsskilmálanna eða til marks um það hvort að bjóðandi hafi uppfyllt hæfiskröfur greinar 0.0.4 í útboðsskilmálum. Hafi það enda verið svo að aðilar hafi átt að sýna fram á trygga fjárhagsstöðu með „fjárhagsgögnum“ sem staðfestu jákvætt eigið fé. Líkt og skýrt orðalag ákvæðisins hafi gefið til kynna hafi verið um að ræða kröfu sem bjóðendum hafi borið að uppfylla áður en verksamningur yrði undirritaður og hafi því ekki haft áhrif á valforsendur að neinu leyti. Í raun má segja að krafa þessi sé sambærileg þeirri sem birtist í grein 0.1.2 í útboðsskilmálunum, um að verktaki skuli afhenda verkkaupa verktryggingu fyrir undirritun verksamnings. Sú krafa hafi eðli málsins samkvæmt engin efnisleg áhrif á hæfi bjóðanda en samt sem áður beri honum að standa skil á verktryggingunni fyrir undirritun verksamningsins.

Líkt og áður segir hafi bjóðendum einungis borið að leggja fram „fjárhagsgögn“ sem hafi sýnt fram á jákvætt eigið fé og hafi tilboð hagsmunaaðila uppfyllt þá kröfu útboðsskilmálanna. Þá hafi þeir ársreikningar sem hafi verið meðfylgjandi tilboði hagsmunaaðila verið undirritaðir af skoðunarmanni félagsins, í samræmi við lög um ársreikninga nr. 3/2006, og hafi varnaraðili því mátt treysta því að efnislegt innihald þeirra hafi gefið rétta mynd af stöðu félagsins. Vísun til dóms Landsréttar í máli nr. 144/2020 eigi þar af leiðandi ekki við þar sem þar hafi verið uppi vafi um það hvort að áritun endurskoðanda hafi falið í sér staðfestingu á réttmæti þeirra fjárhagsupplýsinga er þar hafi komið fram auk þess sem ekki hafi verið um að ræða mál sem laut að opinberum innkaupum.

Varnaraðili telji því að tilboð hagsmunaaðila hafi uppfyllt kröfur útboðsskilmálanna sem og laga um opinber innkaup, og hafi ákvörðun varnaraðila um að ganga til samninga við félagið því verið fyllilega lögmæt.

Varnaraðili hafni málsástæðu kæranda um að bjóðendum hafi borið að leggja fram staðfestingu á því að framlagðir ársreikningar hafi verið án athugasemda. Slíkt hafi hvergi komið fram í útboðsskilmálum og verði þeir ekki túlkaðir á annan hátt en samkvæmt skýru orðalagi þeirra. Aukin heldur beri að túlka útboðsskilmála sem þessa bjóðendum í hag.

Líti nefndin svo á að um breytingu á tilboði hagsmunaaðila hafi verið að ræða byggð varnaraðili á því sú breyting falli skýrlega undir 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup enda hafi engar efnislegar breytingar orðið á ársreikningi hagsmunaaðila. Einu breytingarnar hafi falist í áritun endurskoðanda í stað skoðunarmanns. Slíkt geti með engu móti talist vera breyting á grundvallarþáttum tilboðs eða að öðru leyti verið líklegt til að raska samkeppni. Fjárhagslegt hæfi hagsmunaaðila sé óbreytt og áfram það sama og fram hafi komið í tilboði hans. Engar nýjar upplýsingar hafa komið fram um það.

Í tengslum við þetta beri að árétta að skoðunarmaður hagsmunaaðila hafi áritað þá ársreikninga sem hann haft lagt fram og hafi það verið í samræmi við skýr fyrirmæli 1. mgr. 98. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga. Breytingarnar sem hafi átt sér stað hafi þar af leiðandi einungis verið gerðar í þeim tilgangi að uppfylla skýrt orðalag útboðsskilmálanna um gögn sem hafi borið að afhenda fyrir samningsgerð.

Eins og sjáist af fyrirliggjandi ársreikningum hagsmunaaðila falli hann undir undanþágu 1. mgr. 98. gr. laga um ársreikninga nr. 3/2006, og sé honum þannig ekki skylt að láta endurskoða ársreikninga félagsins. Þess í stað geti hann kosið skoðunarmann til að yfirfara ársreikninga sína, og skuli sá aðili uppfylla þær kröfur sem gerðar séu í 2. mgr. 97. gr. laga um ársreikninga.

Ársreikningar hagsmunaaðila séu undirritaður af nafngreindum viðskiptafræðingi sem sé skráður skoðunarmaður félagsins. Sá aðili hafi ríka reynslu sem skoðunarmaður ársreikninga og uppfylli óumdeilanlega skilyrði 2. mgr. 97. gr. laga um ársreikninga hvað það varði. Þar sem hann hafi komið að gerð framlagðra ársreikninga hagsmunaaðila megi í raun segja að lægstbjóðandi hafi þar með uppfyllt allar kröfur útboðsins, enda verði ekki gerðar ríkari kröfur til bjóðenda en leiði af skýrum og afdráttarlausum kröfum laga og reglugerða, nema brýn nauðsyn þyki til í ljósi aðstæðna, s.s. vegna umfangs fyrirhugaðra framkvæmda. Þá verði slíkar kröfur að koma skýrt fram í útboðsskilmálunum.

Í þessu útboði hafi ekkert verið sem hafi gefið til kynna að það þyrfti að skila inn endurskoðuðum ársreikningi með tilboði bjóðenda, hvorki texti útboðsskilmálanna né umfang framkvæmdanna að öðru leyti. Þar sem framlagðir ársreikningar hagsmunaaðila hafi verið í samræmi við fyrirmæli IX. kafla laga um ársreikninga og gefið rétta mynd af fjárhagsstöðu félagsins líti varnaraðili svo á að hagsmunaaðili hafi þar með uppfyllt kröfur útboðsskilmálanna

um sönnun fyrir fjárhagslegu hæfi sínu, enda hafi þau gögn að öllu leyti verið fullnægjandi, sbr. t.d. 4. mgr. 74. gr. laga um opinber innkaup. Hafi lögstjóðanda þannig tekist að sýna fram á að hann hafi getað staðið við skuldbindingar sínar gagnvart varnaraðila. Með hliðsjón af þessu hafi í raun engin þörf verið á því að kalla eftir öðrum eintökum af ársreikningum félagsins, undirrituðum af endurskoðanda í stað skoðunarmanns. Það hafi þó verið gert enda áskilið í útboðsgögnum að bjóðendur skyldu afhenda slíka ársreikninga fyrir gerð samnings.

Með vísan til þessa sé ljóst að lögstjóðandi hafi uppfyllt kröfur útboðsskilmálanna hvernig sem litið sé á atvik þessa máls og gagnaskil aðila. Beri af þessum sökum að hafna öllum kröfum kæranda.

Varnaraðili bendi á að sú ákvörðun sem kærandi telji brjóta á rétti sínum, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup, og sem hafi falist í því að ganga til samninga við hagsmunaaðila, hafi verið tekin 15. apríl 2026 og hafi kæranda sannanlega verið tilkynnt um ákvörðunina samdægurs. Kærandi vissi því um ákvörðunina á þeim tíma í skilningi 106. gr. og hafi raunar gert sömu efnislegur athugasemdir við ákvörðunina og gerðar séu í kæru. Hvers vegna kærandi hafi dregið svo lengi að kæra sé óútskýrt af hans hálfu. Í það minnsta kunni að koma til skoðunar hvort frestur sé liðinn og að vísa beri málinu frá.

Í viðbótarathugasemdum sínum rekur varnaraðili að bjóðendur hafi einungis þurft að sýna fram á jákvætt eigið fé með framlagningu fjárhagsgagna. Engar aðrar lágmarkskröfur hafi verið gerðar í tengslum við fjárhagsstöðu. Krafan hafi verið skýr og verði ekki túlkuð á annan veg en samkvæmt orðanna hljóðan. Önnur túlkun hefði veruleg áhrif á gagnsæi og skýrleika útboðsskilmálanna og myndi leiða til þess að jafnræði bjóðenda yrði raskað. Varnaraðili telji að forsendur ákvörðunarinnar nefndarinnar, um að „eðlilegt“ hafi verið að skilja textann þannig að framvísa hafi átt staðfestingu endurskoðanda þegar við framlagningu tilboðs, geti ekki staðist. Þvert á móti sé óeðlilegt að lesa úr gögnunum þungbærari kröfur til allra bjóðenda en gögnin beinlínis lýsi. Varnaraðili hafi talið að tilboð hagsmunaaðila hafi verið í samræmi við þessa kröfur enda hafi hann lagt fram tilskilin og lögbundin gögn sem hafi sýnt fram á jákvætt eigið fé. Með því hafi hann sýnt fram á að geta staðið við skuldbindingar sínar gagnvart verkkaupa, sbr. 71. gr. laga nr. 120/2016. Sé því ljóst að tilboð hagsmunaaðila hafi að öllu leyti verið í samræmi við kröfur útboðsskilmála og engu máli skipti í þessu samhengi þótt varnaraðili hafi í útboðsskilmálum einnig áskilið að lagðir yrðu fram áritaðir ársreikningar fyrir samningsgerð. Það hafi honum verið fullfrjálst og ekki lagalegar takmarkanir til staðar.

Í útboðsskilmálum hafi komið fram að bjóðendum hafi borið, eftir að ákveðið hafi verið að ganga til samninga, að skila inn ársreikningi með áritun endurskoðanda. Það hafi á hinn bóginn ekki verið lágmarkskrafa í útboðsskilmálum enda hafi það komið skýrt fram að

bjóðendum hafi borið að framvísa slíkum gögnum áður en verksamningur yrði undirritaður, sbr. orðalag útboðsskilmála um að „Ekki verður gangið til samninga við bjóðanda nema hann geti framvísað“.

Af orðalaginu sé ljóst að bjóðendum hafi staðið til boða að framvísa þessum gögnum til varnaraðila fram að undirritun verksamnings og leiðir af því að þetta hafi með engu móti verið lágmarkskrafa í útboðinu eða að öðru leyti til marks um það hvort að bjóðandi hafi uppfyllt hæfiskröfur greinar 0.0.4 í útboðsskilmálum. Kaupendum sé heimilt að setja fram þær kröfur sem henti hverju sinni og svo lengi sem slíkar kröfur séu í samræmi við þau lög og reglur sem gildi um opinber innkaup, gildi þær fullum fetum.

Ekki verði séð að framangreint fyrirkomulag í útboðsskilmálum varnaraðila hafi verið óeðlilegt eða að öðru leyti andstætt fyrirmælum laga um opinber innkaup eða meginreglum útboðsréttar. Orðalag útboðsskilmálanna hafi verið skýrt og hafi jafnræði bjóðenda þannig að engu leyti verið raskað.

Auk framangreinds hafi verið ómálefnalegt að óska eftir því að ólögákveðin áritun endurskoðanda hafi legið fyrir hjá öllum bjóðendum fyrir gerð tilboðs enda hafi verið útilokað fyrir alla sem ekki séu skyldugir samkvæmt lögum til að láta endurskoða ársreikninga sína, kjósa endurskoðanda o.s.frv. Slíkt sé í ósamræmi við lög og reglur um ársreikninga og feli þannig í sér tæknilega hindrun fyrir bjóðendur.

Að því er varði umfjöllun í ákvörðun nefndarinnar um staðfestingu ársreiknings 2024 verði að benda á að um sé að ræða áritun kjörins skoðunarmanns félagsins sem gegni samkvæmt lögum störfum sem í hlutafélagalögum séu lögð að jöfnu við störf endurskoðanda og þurfi að uppfylla hæfiskröfur í samræmi við fyrirmæli 3. tl. 3. mgr. 122. gr. laga um einkahlutafélög 38/1994, hafi skyldur samkvæmt þeim lögum og beri refsíabyrgð sbr. XVII kafla laganna. Skyldur og ábyrgð skoðunarmanna séu einnig tíunduð í lögum nr. 3/2006 um ársreikninga. Vinna skoðunarmanna sé tekin góð og gild í öllu lagalegu samhengi og sé nauðsynlegt að kærunefndin endurskoði forsendur sem skilja meg eins og vinna og aðkoma skoðunarmanna hafi ekki lagalega og efnislega þýðingu. Þá sé rétt að taka fram að dómur Landsréttar í máli nr. 144/2020, sem vísað sé til í ákvörðun nefndarinnar, fjalli ekki um opinbert útboð eða skilyrði samkvæmt lögum um opinber innkaup og geti því augljóslega ekki átt við í þessu samhengi. Við úthlutun byggingarréttar gildi aðrar reglur og sé hluti slíkrar ráðstöfunar einkaréttarlegs eðlis.

Í lok ákvörðunar nefndarinnar sé vísað til 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup. Hún eigi alls ekki við í málinu að mati varnaraðila enda ekki um að ræða að beðið hafi verið um skýringar eða lagfæringar á tilboði. Eins og fyrr segi hafi verið um að ræða kröfu sem hafi þurft

að uppfylla áður en gengið hafi verið til samninga en ekki áður eða um leið og tilboði hafi verið skilað. Á þessu tvennu sé meginmunur.

IV

Hagsmunaaðili rekur fyrir mæli greinar 0.0.4 í útboðsskilmálum og tekur fram að af fyrir mælum greinarinnar leiði að fjárhagslegt hæfi bjóðenda hafi ráðist efnislega af því hvort eigið fé þeirra hafi verið jákvætt eða neikvætt. Það sé óumdeilt í máli þessu að eigið fé hagsmunaaðila hafi verið jákvætt reikningsárin 2023 og 2024 og að ársreikningar hans hafi að öllu leyti uppfyllt skilyrði laga um ársreikninga. Fjárhagslegt hæfi hagsmunaaðila hafi því verið efnislega til staðar við opnun tilboða 27. mars 2026.

Lög um opinber innkaup nr. 120/2016 geri skýran greinarmun á hæfi bjóðanda (hæfiskröfum) og þeim sönnunargögnum sem krafist sé til að sannreyna hæfi. Í 71. gr. sé kveðið á um heimild kaupanda til að setja kröfur um fjárhagsstöðu bjóðenda til að tryggja að þeir geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Í því sambandi megi kaupandi setja skilyrði um hlutfall milli eigna og skulda (eigið fé), sbr. 1. mgr. 71. gr. laga nr. 120/2016, og geti krafist ársreiknings fyrirtækis sem sýni t.d. hlutfall milli eigna og skulda. Í 4. mgr. 74. gr. sömu laga sé sérstaklega kveðið á um að geti fyrirtæki, af gildri ástæðu, ekki lagt fram þau tilteknu sönnunargögn sem kaupandi krefjist, geti það sýnt fram á fjárhagsstöðu sína með öðrum gögnum sem kaupandi telji fullnægjandi.

Á hagsmunaaðila hvíli ekki endurskoðunarskylda samkvæmt 1. mgr. 98. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga, enda sé hann undir þeim stærðarmörkum sem þar séu tilgreind. Birtir ársreikningar hans hjá ársreikningaskrá hafi því verið fyllilega lögmætir og fullnægjandi samkvæmt landslögum. Þegar lagðir séu fram ársreikningar sem staðfesti jákvæða eiginfjárstöðu og uppfylli kröfur laga nr. 3/2006, liggi fyrir fullgild sönnun um að hagsmunaaðili hafi uppfyllt hina efnislegu hæfiskröfu útboðsins, sbr. einnig b-lið 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Samkvæmt framangreindu hafi hagsmunaaðili verið fyllilega hæfur bjóðandi við opnun tilboða, enda hafi fyrir liggjandi fjárhagsgögn hans sýnt jákvætt eigið fé í samræmi við efnisreglu greinar 0.0.4 í útboðsskilmálum.

Kærandi haldi því fram að tilgreind gögn undir staflið E í grein 0.0.4 í útboðsskilmálum feli í sér ófrávíkjanlega kröfu um að þegar við opnun tilboða hafi ársreikningar þurft að vera áritaðir af löggiltum endurskoðanda. Þessu sé mótmælt, enda í ósamræmi við útboðsskilmála og efni laga um opinber innkaup. Í greininni komi fram að fjárhagsgögn bjóðenda skuli sýna jákvætt eigið fé en hugtakið „fjárhagsgögn“ vísi eðli málsins samkvæmt til hvers kyns gagna um fjárhags félagsins. Síðan segi í sömu grein: „Ekki verður gengið til samninga við bjóðanda

nema hann geti framvísað: „E) Ársreikningi fyrir síðustu tvö ár, áritaður af löggiltum endurskoðanda sem sýnir jákvæða eiginfjárstöðu og er án athugasemda um rekstrarhæfi félagsins“.

Meginregla útboðsréttarins sé sú að verkkaupa ber að semja útboðsskilmála með skýrum og ótvíræðum hætti. Kærunefnd útboðsmála hafi staðfest í nýlegri ákvörðun sinni í máli 10/2026 að krafa um áritun eða endurskoðun ársreiknings af hálfu löggilts endurskoðanda sé verulega íþyngjandi í garð fyrirtækja sem ekki hvílir lögbundin endurskoðunarskylda á samkvæmt 98. gr. laga nr. 3/2006 (en slík félög séu 96%-97% allra félaga á landinu). Af þeim sökum verði krafa um framlagningu slíkra áritaðra ársreikninga að koma fram með algerlega óyggjandi hætti í útboðsgögnum og verður óskýrleiki í því samhengi ekki túlkaður með íþyngjandi hætti fyrir bjóðendur, heldur beri að túlka vafann bjóðanda í hag.

Í hinu kærða útboði sé augljóst innbyrðis ósamræmi og óskýrleiki á milli kröfunnar um framlagningu „fjárhagsgagna“ við tilboðsgerð og kröfunnar um áritaða ársreikninga fyrir samningsgerð. Samkvæmt lögskýringarreglunni sem staðfest hafi verið í ákvörðun nr. 10/2026 beri að túlka þennan óskýrleika hagsmunaaðila í hag. Þar sem hagsmunaaðili hafi lagt fram ársreikninga sem sýni jákvætt eigið fé og fullnægja lögum nr. 3/2006 hafi það verið nægjanlegt til að staðfesta hæfi hans.

Hagsmunaaðili rekur fyrirmæli 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016 og b. lið 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Krafa í útboðsgögnum víki fyrir ófrávíkjanlegum ákvæðum 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016 um að bjóðandi geti sannað fjárhagsstöðu sína með mismunandi gögnum og aðferðum. Í því sambandi sé ófrávíkjanlegt að sanna megí jákvætt eigið fé „með því að framvísa efnahagsreikningi eða útdrætti úr honum ef krafist er birtingar efnahagsreiknings samkvæmt landslögum í landinu þar sem bjóðandi hefur staðfestu“, sbr. b. lið 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Hagsmunaaðili hafi skilað ársreikningum til ársreikningaskrár árlega og sé óumdeilt að þeir ársreikningar uppfylli skilyrði laga um ársreikninga nr. 3/2006. Ársreikningar hagsmunaaðila séu ekki endurskoðaðir enda séu þeir undir viðmiðunarmörkum fyrir endurskoðunarskyldu skv. 98. gr. laga nr. 3 /2006.

Varnaraðili hafi þann 30. apríl 2026 óskað eftir að hagsmunaaðili legði fram ársreikninga síðustu tveggja ára áritaða af löggiltum endurskoðanda. Umfram skyldu en samkvæmt beiðni varnaraðila hafi hagsmunaaðili fengið löggiltan endurskoðanda til að árita ársreikninga síðustu tveggja ára og lagt þá fram til verkkaupa 8. maí 2026.

Ársreikningarnir séu áritaðir af löggildum endurskoðanda og séu án athugasemda um rekstrarhæfi, skv. beiðni varnaraðila, en ekki endurskoðaðir enda hvíli ekki endurskoðunarskylda á hagsmunaaðila og óheimilt sé að gera ríkari kröfur til ársreiknings í

Þessu sambandi en fram komi í landslögum, sbr. 1. mgr. 71. gr og 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016, sbr. 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Samkvæmt 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup sé kaupanda fyllilega heimilt að kalla eftir skýringum eða viðbótargögnum eftir opnun tilboða, svo framarlega sem þau gögn feli í sér formlega staðfestingu á staðreyndum sem þegar hafi verið til staðar við opnun og breyti ekki efni tilboðsins sjálfs. Hagsmunaaðili hafni þeim sjónarmiðum kæranda að óheimilt hafi verið að leggja fram viðbótargögn, eða fá áritun endurskoðanda á ársreikning, eftir opnun tilboða og að slíkt brjóti gegn meginreglunni um jafnræði bjóðenda.

Með framlagningu á ársreikningum sem fullnægja skilyrðum laga um ársreikninga nr. 3/2006 um jákvæða stöðu eiginfjár hafi hagsmunaaðili lagt fram fullnægjandi sönnun um að hann uppfylli skilyrði útboðsins um fjárhagsstöðu. Að þeir ársreikningar hafi síðar verið áritaðir af löggiltum endurskoðanda raski hvorki því að hagsmunaaðili hafi uppfyllt skilyrði um hæfi við framlagningu tilboðs eða jafnræði aðila. Hagsmunaaðili vísi til ákvörðunar kærunefndar í málinu nr. 10/2026. Hagsmunaaðili telji að tilvísanir kæranda til úrlausna kærunefndar og dóma, séu án þýðingar fyrir málið enda ósambærileg mál og atvik jafnvel þannig að tilvísaðir dómur varði ekki einu sinni útboð.

Í viðbótarathugasemdom sínum tekur hagsmunaaðili fram að í ákvörðun kærunefndar hafi of mikil áhersla verið lögð á orðalag útboðsskilmála um efni fjárhagsgagna til sönnunar á fjárhagslegu hæfi og litið fram hjá þeim sérreglum sem gildi um sönnun á fjárhagslegu hæfi skv. 74. gr. laga nr. 120/2016 og 12. gr. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Ágreiningur eða kærufnið lúti ekki að því hvort eigið fé hagsmunaaðila hafi í reynd verið jákvætt, því sé ekki haldið fram af kæranda og ekki heldur af kærunefnd. Ágreiningurinn lúti eingöngu að því hvaða gögn mátti leggja til grundvallar við sönnun á fjárhagslegu hæfi hagsmunaaðila.

Við mat á því hvort hagsmunaaðili hafi sýnt fram á fjárhagslegt hæfi sitt verði að líta til þess að ársreikningar félagsins hafi hvorki verið óstaðfest gögn né einhliða yfirlýsingar stjórnenda. Þvert á móti hafi þeir verið staðfestir af skoðunarmanni félagsins, sem gegni lögbundnu hlutverki samkvæmt íslenskum reikningsskila- og félagarétti, og rekur hagsmunaaðili fyrirmæli laga nr. 3/2006 um ársreikninga, laga nr. 145/1994 um bókhald og laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög sem lúta að skoðunarmönnum.

Hagsmunaaðili telji að kærunefndin hafi í ákvörðun sinni ekki hugað nægilega að eða litið fram hjá hlutverki og ábyrgð skoðunarmanna samkvæmt lögum um einkahlutafélög og ársreikningslögum. Varðandi rekstrarhæfi félaga bendir hagsmunaaðili á að hugtakið „rekstrarhæfi“ sé skilgreint í lögum um ársreikninga, sbr. 32. tölul. 1. mgr. 2. gr. laganna. Félag teljist rekstrarhæft nema „stjórnendur þess ætli sér að leysa félagið upp eða hætta rekstri þess

eða hafa ekki raunhæft val um annað en að hætta starfsemi félagsins. Við mat á rekstrarhæfi skulu stjórnendur taka tillit til allra fyrirbyggjandi upplýsinga um framtíðarhorfur í rekstri félags“. Ljóst sé að hagsmunaaðila sé rekstrarhæfur og hafi hvorki skoðunarmaður né löggiltur endurskoðandi gert athugasemdir við rekstrarhæf þess. Ársreikningar hans sem og könnunaráritun endurskoðanda séu því „án athugasemda um rekstrarhæfi“.

Hagsmunaaðili vísar til þess að svo að ársreikningur teljist fullnægjandi samkvæmt lögum um ársreikninga sé skylt að réttmæti þeirra upplýsinga sem í hinum birtast sé staðfest af skoðunarmanni eða endurskoðanda, sbr. m.a. 104. og 109. gr. ársreikningslaga, og fari ársreikningaskrá m.a. með eftirlit með því, sbr. 120. gr. laganna. Eftir að ársreikningi hafi verið skilað í lögmætu horfi, hann yfirfarinn af ársreikningaskrá og skráður, sé fyrir hendi fullgildur ársreikningur félags samkvæmt íslenskum lögum.

Í útboðsgögnum hafi hin efnislega krafa um fjárhagslegt hæfi sú að fjárhagsgögn bjóðanda skyldu sýna jákvætt eigið fé. Sú krafa laut að fjárhagslegu hæfi bjóðanda samkvæmt 71. gr. laga nr. 120/2016, þ.e. hvort hann gæti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Hagsmunaaðili hafi uppfyllt þetta skilyrði um fjárhagslegt hæfi við gerð tilboðs og skilaði inn gildum ársreikningum, staðfestum af skoðunarmanni, án athugasemda um rekstrarhæfi, og skráðum hjá ársreikningsskrá fyrir síðustu tvö ár fyrir framlagningu tilboðsins. Sé þannig óumdeilanlegt að hagsmunaaðili hafi uppfyllt skilyrði um fjárhagslegt hæfi og lagði fram fjárhagsgögn til staðfestingar á því í samræmi við efnislega skilmála útboðsins um fjárhagslegt hæfi bjóðenda.

Afstaða eða röksemdir kærunefndar um að ekki megi færa fram önnur gögn til sönnunar á fjárhagslegu hæfi samrýmist illa 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016. Í ákvæðinu, sem sé ófrávíkjanlegt, komi fram að fyrirtæki geti fært sönnur á fjárhagslega stöðu sína með einni eða fleiri af þeim aðferðum sem taldar eru upp í reglugerð, og tekið sé fram að geti fyrirtæki, af gildri ástæðu, ekki lagt fram þau gögn sem kaupandi krefjist, geti það sýnt fram á fjárhagslega stöðu sína með öðrum gögnum sem kaupandi telji fullnægjandi.

Í 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016 sé sérstaklega kveðið á um að jafnaði skuli vera hægt að sanna fjárhagsstöðu með þeim hætti sem tilgreindur sé í reglugerðinni. Í b lið 1. mgr. 12. gr. reglugerðarinnar sé kveðið á um að fullnægjandi sé „að framvísa efnahagsreikningi eða útdrætti úr honum ef krafist er birtingar efnahagsreiknings samkvæmt landslögum í landinu þar sem bjóðandi hefur staðfestu“. Hagsmunaaðili telji engan vafa uppi um það að hann hafi lagt fram birtan efnahagsreikning samkvæmt landslögum. Er því án vafa að mati varnaraðila að hann hafi uppfyllt kröfur um fjárhagslegt hæfi og lagt fram gild sönnunargögn um fjárhagslegt hæfi sitt samkvæmt 4. mgr. 74. gr. og því hafi ekki verið heimilt að útiloka hann frá

samningsgerð með vísan til þess að hann hafi ekki lagt fram fullnægjandi sönnunargögn um fjárhagslegt hæfi

Hagsmunaaðili telur einnig að gera verði greinarmun á því hvort fjárhagslegt hæfi hafi verið fyrir hendi við opnun tilboða og því hvort kaupandi hafi óskað eftir frekari staðfestingu á því hæfi síðar. Við opnun tilboða hafi legið fyrir gild fjárhagsgögn sem hafi sýnt fram á jákvæða eiginfjárstöðu. Framlagning frekari gagna, til staðfestingar á fjárhagslegu hæfi, eftir opnun breyti ekki tilboði bjóðanda í skilningi jafnræðisreglu, heldur varði eingöngu frekari sönnun fyrir hæfi sem þegar hafi verið til staðar við opnun tilboða

Niðurstaða kærunefndar um takmarkanir á framlagningu fjárhagsgagna taki ekki nægilegt mið af 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016. Ákvæðið heimili kaupanda sérstaklega að fela bjóðendum að bæta úr, skýra eða fullgera gögn sem vanta eða séu ófullkomin, að því tilskildu að ekki sé breytt grundvallarþáttum tilboðs eða samkeppni raskað. Þá gildi að auki sérreglu um gögn til staðfestingar á fjárhagslegu hæfi eins og fyrr sé rakið.

Eiginfjárstaða varnaraðila árin 2023 og 2024 sé óumdeild staðreynd við opnun tilboða og ársreikningar lagðir fram. Síðari beiðni um áritun endurskoðanda eða framlagningu könnunaráritana breyti engu um efni tilboðsins sjálfs, hvorki verði, umfangi né tæknilegri útfærslu, og raski því á engan hátt samkeppni eða jafnræði bjóðenda. Gögnin feli einungis í sér frekari staðfestingu á fjárhagsstöðu sem þegar var fyrir hendi

Hagsmunaaðili rekur efni ákvörðunar nefndarinnar í máli nr. 10/2026 en þar hafi nefndin bent á að krafa um endurskoðun ársreikninga sé mjög íþyngjandi fyrir fyrirtæki sem ekki beri lagaskyldu til slíks. Í hinu kærða útboði var um að ræða innanhúss frágang í knatthúsi Hauka að fjárhæð 175,7 m.kr., sem sé verulega umfangsminna verk en verkið sem hafi verið til umfjöllunar í máli nr. 10/2026 sem hafi numið rúmlega 902 m.kr. Ef gera eigi þá kröfu að aðeins félög sem láti endurskoða reikninga sína geti boðið í lítið verk eins og hér um ræði, sé ljóst að með því sé verið að útiloka stærsta hluta íslenskra fyrirtækja frá samkeppni með ómálefnalegum hætti. Í því sambandi þurfi einnig að hafa í huga að ákvæði 2. mgr. 71 gr. laga nr. 120/2016 setji sérstakar skorður við því að krafist sé hærri veltu hjá bjóðanda en sem nemur tvöföldu áætluðu verðmæti samnings. Með því að setja það sem skilyrði fyrir því að semja megi við bjóðanda, að hann sé með ársreikninga áritaða af endurskoðanda, sé með óbeinum hætti, verið að setja kröfur um hærri veltu að þessu leyti en heimilt sé og með því útiloka minni fyrirtæki frá þátttöku í útboðinu með ólögmætum hætti.

Þá áréttar hagsmunaaðili sjónarmið sín um að 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016 eigi við í málinu og hann hafi af gildri ástæðu ekki geta lagt fram ársreikninga áritaða af löggiltum endurskoðanda. Þar sem lög um ársreikninga geri ekki kröfu um áritun löggilts endurskoðanda

á áreikningum hagsmunaaðila sé fyrir hendi gild ástæða fyrir því að hann eða aðrir í sömu aðstöðu séu ekki með áreikninga sína áritaða af löggiltum endurskoðanda skv. 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016. Við þær aðstæður hafi hagsmunaaðili mátt sanna fjárhagslegt hæfi sitt með öðrum gögnum sem kaupandi hafi talið fullnægjandi og almennt með þeim gögnum sem nefnd séu í 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016.

Varnaraðili hafi brugðist við þessari aðstöðu og hafi farið fram á að löggiltur endurskoðandi áritaði ársreikning hagsmunaaðila. Óskaði varnaraðili hvorki eftir því að viðkomandi endurskoðandi gerði könnun á efni ársreikninga hans né endurskoðaði þá. Lagði varnaraðili fram ársreikning með áritun endurskoðanda og fékk staðfest frá verkkaupa að með því hefði hann lagt fram fullnægjandi fjárhagsgögn til staðfestingar á því að hann hafi uppfyllt skilyrði útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi.

Í ákvörðun kærunefndar endurmat hún kröfu verkkaupa að þessu leyti. Taldi kærunefndin að áritun endurskoðanda hafi átt að fela í sér staðfestingu á efnahagsreikningi hagsmunaaðila, annað hvort með könnun eða endurskoðun. Hafi því ekki verið fullnægjandi að löggiltur endurskoðandi áritaði án skoðunar eins og varnaraðili hafi talið fullnægjandi. Til að bregðast við afstöðu kærunefndar að þessu leyti, án viðurkenningar á því að kærunefndin búi yfir heimildum að lögum til að taka sjálfstæða ákvörðun um gögn að þessu leyti eða búi yfir heimild að lögum til að takmarka möguleika bjóðenda til að sanna fjárhagslegt hæfi sitt, skv. 74. gr. laga nr. 120/2016 og 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016, leggi hagsmunaaðili nú fram til sönnunar á fjárhagslegu hæfi sínu áritun endurskoðanda um könnun á ársreikningum hans.

Með framlagningu þessara gagna sé brugðist við þeirri forsendu kærunefndar að ekki hafi legið fyrir „ályktun byggð á könnun“. Fyrir liggi nú staðfesting óháðs löggilts endurskoðanda. Hagsmunaaðili árétti að könnunaráritanirnar breyti hvorki ársreikningum félagsins né eiginfjárstöðu þess við opnun tilboða heldur staðfesti þær upplýsingar sem þá hafi verið lagðar fram. Af hálfu hagsmunaaðila er þess farið á leit við kærunefndina að hún endurskoði fyrri ákvörðun sína og taki ákvörðun um að aflétta banni við samningsgerð, sbr. 2. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016.

V

A

Í máli þessu er deilt um ákvörðun varnaraðila að velja tilboð hagsmunaaðila í útboði sem lýtur að innanhúsfrágangi í knatthúsi Hauka. Varnaraðili byggir meðal annars á að kærufrestur hafi verið liðinn við móttöku kærunnar og að miða skuli kærufrest þegar kæranda var tilkynnt um ákvörðun varnaraðila 15. apríl 2026 um að velja tilboð hagsmunaaðila.

Í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup segir að kára skuli borin skriflega undir kæruneftnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum.

Með tölvupósti 15. apríl 2026 til kæranda upplýsti varnaraðili að á fundi umhverfis- og framkvæmdaráðs hefði verið heimilað að leita samninga við hagsmunaaðila. Með tölvupósti 17. sama mánaðar gerði lögmaður kæranda athugasemdir við efni tölvupósts varnaraðila og tiltók meðal annars að hann gæti ekki skoðast sem tilkynning um val tilboðs í skilningi laga nr. 120/2016. Þá krafðist kærandi þess að varnaraðili myndi senda tilkynningu í samræmi við 85. gr. laga nr. 120/2016 ef hann myndi ákveða að velja tilboð hagsmunaaðila.

Með tilkynningu 15. maí 2026 vísaði varnaraðili til tölvupóstsins 15. apríl 2026 og tók fram að hagsmunaaðili hefði nú lagt fram þau gögn sem áskilin hefðu verið fyrir samningsgerð við bjóðanda og öll skilyrði fyrir gerð verksamnings væru því uppfyllt. Væri því tilkynnt formlega um töku tilboðs hagsmunaaðila sem hefði verið með lögsta gilda tilboðið í verkið. Þá komu fram í tilkynningunni upplýsingar um biðtíma samningsgerðar og leiðbeiningar um kæruehimild og kærufresti.

Að mati kæruneftndar útboðsmála verður að leggja til grundvallar að varnaraðili hafi tekið endanlega ákvörðun um að velja tilboð hagsmunaaðila með framangreindri tilkynningu 15. maí 2026, sbr. 1. mgr. 85. gr. laga nr. 120/2016, og það sé sú ákvörðun sem kærandi telur brjóta gegn réttindum sínum í skilningi 1. mgr. 106. gr. laganna. Kára var móttækin 20. sama mánaðar og því innan kærufrests.

Í aðalkröfu kæranda er þess meðal annars krafist að lagt verði fyrir varnaraðila að ganga til samninga við hann. Kröfugerð kæranda að þessu leyti fellur fyrir utan þau úrræði sem kæruneftnd útboðsmála hefur samkvæmt 111. gr. laga nr. 120/2016. Verður því að hafna þessum hluta kröfunnar.

B

Ágreiningur aðila lýtur að þeim kröfum sem voru gerðar í útboðsgögnum til fjárhagsstöðu bjóðenda og deila aðilar einkum hvort ársreikningar hagsmunaaðila hafi verið fullnægjandi í ljósi skilmála hins kærða útboðs.

Í útboðsgögnum er að finna sérstaka grein 0.0.4 sem samkvæmt fyrirsögn varðar „hæfi“. Í upphafi hennar er gerð grein fyrir því að bjóðendur skuli uppfylla hæfniskröfur samkvæmt 68. til 73. gr. laga nr. 120/2016. Þá segir þar strax í framhaldi að í greininni sé gerð grein fyrir þeim gögnum sem bjóðendur skulu skila með tilboði. Þar á meðal er sú krafa að fjárhagsstaða bjóðanda skal vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda,

sbr. 71. gr. laga nr. 120/2016. Þá segir þar að fjárhagsgögn hans skulu sýna jákvætt eigið fé. Ekki verði gengið til samninga við hann nema hann geti framvísað ársreikningi fyrir síðustu tvö ár árituðum af löggiltum endurskoðanda sem sýni jákvæða eiginfjárstöðu og sé án athugasemda um rekstrarhæfi félagsins. Að öðru leyti er í greininni fjallað um kröfur kaupanda um tæknilega og faglega hæfni. Loks er tekið fram að skili bjóðandi ekki umbeðnum gögnum með tilboði sínu og séu „ofangreindar“ hæfniskröfur ekki uppfylltar áskilji kaupandi sér rétt til að dæma tilboð bjóðanda ógilt.

Samkvæmt þessari framsetningu verður að líta svo á að krafa 0.0.4 um framlagningu ársreikninga hafi verið sett fram til að afmarka hvernig þátttakendur í útboðinu ættu að færa sönnur á fjárhagslegt hæfi sitt, sbr. 71. gr. laga nr. 120/2016. Varnaraðili mótmælir þessu og heldur því fram að umrædd krafa hafi ekki átt að vera til marks um það að bjóðandi uppfyllti hæfiskröfur. Fremur hafi krafan verið sambærileg þeirri sem birtist í grein 0.1.2 í útboðsskilmálum um að verktaki skuli afhenda kaupanda verktryggingu fyrir undirritun verksamnings.

Á þetta sjónarmið varnaraðila er ekki unnt að fallast. Varnaraðili hefur að vísu talsvert svigrúm til að afmarka þær fjárhagslegu tryggingar sem hann krefst af bjóðanda þegar kemur að framkvæmd verksamnings, sbr. h. lið 47. gr. laga nr. 120/2016, en hið sama á jafnframt við um afmörkun þeirra gagna um fjárhagslegt hæfi sem hann gerir kröfu um til sönnunar á því að kröfum hans samkvæmt 71. gr. sé fullnægt, sbr. i. lið 47. gr. laga nr. 120/2016. Af þeim sökum verður að greina á milli hvort krafa af þeim toga sem hér um ræðir teljist vera liður í mati á fjárhagslegu hæfi samkvæmt 71. gr. eða krafa um tryggingu sem sé ætlað að tryggja fjárhagslega hagsmuni kaupanda af vanefndum við framkvæmd verks.

Eins og hér háttar til verður að leggja til grundvallar að krafan varði fremur mat á fjárhagslegu hæfi samkvæmt 71. gr. Samkvæmt 1. mgr. 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016, um kröfur á sviði opinberra innkaupa um upplýsingar sem kom eiga fram í auglýsingum og öðrum tilkynningum, er framvísun efnahagsreiknings ein þeirra leiða sem að jafnaði skal vera hægt að nota til að færa sönnur á fjárhagslega og efnahagslega getu, sbr. 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016. Af þeim sökum og vegna beinna tengsla áritunar endurskoðanda við efnahagsreiknings fyrirtækis verður að telja að krafa varnaraðila um áritunina sé liður í sönnun á fjárhagslegu hæfi fyrirtækis samkvæmt 71. gr. laganna. Þetta fær svo að öðru leyti stoð í orðalagi og framsetningu greinar 0.0.4 sem lýst var að framan.

Auk framangreinds er grein 0.0.4 í kafla útboðsskilmála 0.0 sem ber fyrirsögnina „útboðsskilmálar“ og varðar hvernig útboðið skal fara fram. Grein 0.1.2 um verktryggingu er á hinn bóginn í kafla útboðsskilmála 0.1 sem ber fyrirsögnin „almennir verkskilmálar“ og lýsir

því hvernig staðið skuli að framkvæmd verksins eftir gerð verksamnings. Gefur þessi greinarmunur og útboðsgögn að öðru leyti glögglega til kynna að skil á árituðum ársreikningum samkvæmt 0.0.4 hafi verið til að mæta kröfum um fjárhagslegt hæfi, sbr. 71. gr., en ekki verið liður í efndum verksamnings með sama hætti og afhending verktryggingar.

Að mati kærunefndar útboðsmála getur í sjálfu sér verið málefnalegt og í samræmi við lög nr. 120/2016 að krefjast í opinberum útboðum áritunar endurskoðanda á ársreikninga sem eiga að staðfesta að tilteknum fjárhagslegum kröfum sé mætt. Helgast sú krafa af því að með störfum endurskoðandans hafi verið framkvæmd rannsókn, samkvæmt þeim faglegu stöðlum sem um störf þeirra gilda, sem veiti aukna tryggingu fyrir réttmæti þeirra fjárhagslegu upplýsinga. Í ljósi íþyngjandi eðlis krafna af þessu tagi fyrir félög sem er ekki skylt að láta endurskoða ársreikninga sína verða slíkar kröfur að koma skýrt fram í útboðsgögnum og verður óskýrleiki þeim tengdum ekki túlkaður með íþyngjandi hætti fyrir bjóðendur, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 10/2026.

Að mati kærunefndar útboðsmála verður að leggja til grundvallar að útboðsgögn hafi verið skýr um að ársreikningar skyldu vera áritaðir af löggiltum endurskoðanda. Þá liggur ekkert fyrir um að bjóðendur hafi gert athugasemdir við kröfuna við meðferð útboðsins. Kemur því ekki annað til álita en að útboðsgögnin verði lögð til grundvallar samkvæmt orðanna hljóðan við úrlausn málsins en varnaraðila hefði verið í lófa lagið að orða kröfuna með öðrum og minna íþyngjandi hætti í útboðsskilmálum.

Samkvæmt framangreindu varð hagsmunaaðili að fullnægja þeirri kröfu um áritun löggilts endurskoðanda sem lýst var í grein 0.0.4 á þeim tíma sem tilboðum var skilað, sbr. 71. gr. laga nr. 120/2016. Í þessu samhengi verður ekki fallist á með hagsmunaaðila að gildar ástæður hafi staðið því í vegi að honum hafi verið unnt að leggja fram ársreikninga í samræmi við fyrirmæli greinarinnar, sbr. 4. mgr. 74. gr. laga nr. 120/2016.

Af fyrirbyggjandi gögnum verður ráðið að á meðal tilboðsgagna B.Ó. Smiða ehf. hafi verið ársreikningur félagsins fyrir árið 2024 og rekstrarreikningur fyrir árið 2025. Ársreikningur félagsins fyrir árið 2024 var áritaður af nafngreindum viðskiptafræðingi en umræddur rekstrarreikningur var ekki áritaður. Tilboð hagsmunaaðila uppfyllti því ekki þær kröfur sem voru gerðar samkvæmt útboðsgögnum við opnun tilboða.

Af fyrirbyggjandi gögnum þykir jafnframt mega ráða að hagsmunaaðili hafi, eftir opnun tilboða í útboðinu, lagt fram ársreikninga félagsins fyrir árin 2023 og 2024 en báðir ársreikningarnir eru áritaðir af löggiltum endurskoðanda nokkru eftir opnun tilboða eða þann 7. maí 2026. Heimild varnaraðila samkvæmt 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 til að kalla eftir upplýsingum eða gögnum er bundin við að afla gagna sem unnt er að staðfesta að hafi verið til

staðar þegar tilboðum var skilað. Sjá hér til hliðsjónar dóm Evrópudómstólsins í máli nr. C-812/24, *Semural Waste & Energy S.A.*, 64. lið, og í máli nr. C-336/12, *Manova A/S*, 39. lið. Þar sem sú áritun endurskoðanda sem hagsmunaaðili lagði fram er dagsett eftir skiladag tilboða kemur hún ekki til álita til sönnunar á hæfi hans. Hagsmunaaðili fullnægði þegar af þeirri ástæðu ekki þeim skilyrðum sem sett voru fyrir þátttöku í útboðinu og var varnaraðila skylt að hafna tilboði hans á þeirri forsendu. Rétt þykir að geta þess að framangreint á með sama hætti við um þau gögn sem voru meðfylgjandi lokaathugasemdum hagsmunaaðila.

Samkvæmt öllu framangreindu verður að leggja til grundvallar að ákvörðun varnaraðila um val á tilboði hagsmunaaðila hafi brotið gegn lögum nr. 120/2016 og fyrirmælum útboðsgagna. Verður því fallist á kröfu kæranda um að ákvörðunin verði felld úr gildi. Í ljósi þessara málsúrslita og framsetningar á kröfugerð kæranda þykja ekki efni til þess að leysa úr varakröfu hans um að nefndin veiti álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart honum.

Eftir framangreindum málsúrslitum verður jafnframt fallist á kröfu kæranda um að varnaraðila verði gert að greiða honum málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn í samræmi við það sem nánar greinir í úrskurðarorði og er þar tekið tillit til virðisaukaskatts.

Úrskurðarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, Sérverks ehf., um lagt verði fyrir varnaraðila, Hafnarfjarðarkaupstað, að ganga til samninga við hann.

Felld er úr gildi ákvörðun varnaraðila 15. maí 2026, um val á tilboði B.Ó. Smiða ehf. í útboði auðkennt „Knatthús Hauka – Innanhúsfrágangur. Ásvöllum 1, Hafnarfirði“.

Varnaraðili greiði kæranda 1.000.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 31. júlí 2026.

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Kærunefnd útboðsmála
Reimar Snæfells Pétursson

Kærunefnd útboðsmála
Auður Finnbogadóttir

Kærunefnd útboðsmála
Kristín Haraldsdóttir