



HÉRAÐSDÓMUR
REYKJAVÍKUR

D Ó M U R

20. mars 2017

Mál nr. E-2486/2016:
Stefnandi: Enor ehf.
(Hannes Júlíus Hafstein hdl.)

Stefndu: Ríkiskaup
(Dagmar Sigurðardóttir hdl.)
Hafnarfjarðarbær
(Ívar Bragason hdl.)
PricewaterhouseCoopers ehf.
(Gestur Jónsson hrl.)

Dómari: Jón Finnbjörnsson héraðsdómari

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 20. mars 2017 í máli nr. E-2486/2016:

Enor ehf.

(Hannes Júlíus Hafstein hdl)

gegn

Ríkiskaupum

(Dagmar Sigurðardóttir hdl.)

Hafnarfjarðarbæ

(Ívar Bragason hdl.)

og PricewaterhouseCoopers ehf.

(Gestur Jónsson hrl.)

Mál þetta höfðaði Enor ehf., Hafnarstræti 53, Akureyri, með stefnu dags. 2. september 2016 á hendur Ríkiskaupum, Borgartúni 7c, Reykjavík, Hafnarfjarðarbæ, Strandgötu 6, Hafnarfirði, og PricewaterhouseCoopers ehf., Skógarhlíð 12, Reykjavík. Málið var dómtekið 22. febrúar sl.

Stefnandi krefst þess að felldur verði úr gildi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 7. mars 2016 í máli nr. 23/2015, Enor ehf. gegn Hafnarfjarðarbæ, Ríkiskaupum og PricewaterhouseCoopers ehf., um að vísa frá nefndinni kröfum stefnanda. Þá krefst stefnandi málskostnaðar óskipt úr hendi stefndu.

Stefndi Ríkiskaup krefst sýknu af kröfum stefnanda og málskostnaðar.

Stefndi Hafnarfjarðarbær krefst sýknu af kröfum stefnanda og málskostnaðar.

Stefndi PricewaterhouseCoopers krefst þess aðallega að kröfum á hendur sér verði vísað frá dómi. Til vara krefst hann sýknu af kröfum stefnanda. Hann krefst einnig málskostnaðar.

Sumarið 2013 auglýsti stefndi Ríkiskaup rammasamningsútboð nr. 15392 um endurskoðun og reikningshald. Var þar leitað fyrirtækja til að vinna verkefni sem endurskoðunarfyrirtæki sinna. Skilyrði var að bjóðandi væri endurskoðunarfyrirtæki í skilningi laga nr. 79/2008. Með tilboðum átti að fylgja skrá um þá starfsmenn fyrirtækjanna sem sinna áttu þessum verkefnum. Þá var í útboðinu tekið fram að við ákveðin kaup innan rammasamningsins mætti gera frekari kröfur til bjóðenda og setja

frekari skilyrði. Gert var ráð fyrir að samið yrði við öll þau fyrirtæki sem uppfylltu skilyrði útboðsins

Á meðal þeirra endurskoðunarfyrtækja sem samið var við í þessu útboði voru stefnandi Enor ehf. og stefndi PricewaterhouseCoopers ehf.

Stefndi Ríkiskaup, f.h. stefnda Hafnarfjarðarbæjar, sendi útboðslýsingu í örútbóði á grundvelli þessa rammasamnings þann 21. september 2015. Óskað var eftir tilboðum í endurskoðun ársreiknings fyrir Hafnarfjarðarbæ, Hafnarfjarðarhöfn og GN eignir ehf. reikningsárin 2015 til og með 2019.

Áskilið var í útboðinu að bjóðendur skyldu senda upplýsingar um endurskoðunarteymi sem boðið væri fram og að endurskoðunarskrifstofa skyldi hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekkti lagaumhverfi þeirra. Sérstaklega var áskilið að bjóðendur ættu að hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga með 1.000 íbúa eða fleiri.

Stefnandi lagði inn tilboð þann 2. október 2015. Þar kom fram að þeir endurskoðendur sem myndu vinna verkið hefðu reynslu af endurskoðun fyrir sveitarfélög með fleiri en 1.000 íbúa. Upplýst er hins vegar að slík vinna hafði ekki verið unnin af stefnanda eða á skrifstofu hans.

Með tölvupósti til stefnanda þann 12. október 2015 óskaði stefndi Ríkiskaup eftir staðfestingu frá stefnanda á reynslu hans af endurskoðun fyrir sveitarfélög með 1.000 íbúa eða fleiri. Hafði þetta verið áskilið í útboðinu. Annars vegar sagði undir millifyrirsögnunum *Umfang verkefnis, Almenn:* „Gerð er krafa um að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa skuli hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekki lagaumhverfi þeirra.“ Þá sagði undir millifyrirsögninni *Kröfur:* „Bjóðendur skulu fylla inn og skila staðfestingu á reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur af 1000 íbúum eða stærra.“

Stefnandi svaraði tölvupóstinum samdægurs. Hann vísaði til þess að starfsmenn hefðu reynslu af endurskoðun stærri sveitarfélaga, m.a. hefði einn þeirra borið ábyrgð á endurskoðun fyrir sveitarfélagið Norðurþing fyrir árin 2006 til 2010. Þá sagði í svarinu að stefnandi væri lögaðili og gæti ekki frekar en aðrir bjóðendur haft reynslu af endurskoðun, það gætu einstaklingarnir sem ynnu verkið haft.

Niðurstaða örútbóðsins var tilkynnt 30. október. Hafði verið ákveðið að taka tilboði frá stefnda PricewaterhouseCoopers, en tilboð hans var talsvert hærra en tilboð stefnanda. Sagt var að tilboðsverð hefði ráðið niðurstöðu alfarið, en tilboðið sem samþykkt var hefði verið lægst gildra tilboða.

Stefnandi leitaði þegar eftir rökstuðningi stefnda Ríkiskaupa og var honum svarað sama dag, 30. október. Í svarinu var sagt að krafa um reynslu af endurskoðun fyrir stærri sveitarfélög hefði átt við um bjóðandann sjálfan, endurskoðunar-skrifstofuna, en ekki starfsmenn. Stefnandi hefði því ekki uppfyllt kröfur útboðsins og tilboð hans því ekki verið gilt.

Stefnandi skaut málinu til kærunefndar útboðsmála. Kærubréfið er dagsett 11. nóvember 2015. Eintak með áritun um hvenær nefndinni barst bréfið liggur ekki frammi. Í bréfi kærunefndar, dags. 10. desember 2015, þar sem stefnanda var gefinn kostur á að svara athugasemdum gagnaðila sinna, segir að kæran hafi verið árituð um móttöku hjá nefndinni 11. nóvember. Í úrskurði kærunefndarinnar segir í upphafi að kæran hafi borist þann 11. nóvember, en í niðurlagi úrskurðarins segir að þetta hafi verið 20. nóvember.

Stefndu Hafnarfjarðarbær og Ríkiskaup létu málið til sín taka hjá kærunefndinni, en stefndi PricewaterhouseCoopers ekki. Kærunefndin vísaði kröfum stefnanda frá með úrskurði 7. mars 2016. Í forsendum nefndarinnar er bent á að kæra skuli berast nefndinni innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann teldi brjóta gegn réttindum sínum. Kærunefndin hafi skýrt ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan og að það gengi framur almennu ákvæði 27. gr. stjórnsýslulaga um upphaf kærufrests. Í úrskurðinum segir:

„Svo sem áður greinir var fyrrgreint örútbóð auglýst 21. september 2015. Varð skýrlega ráðið af gögnum örútbóðsins að gerð væri krafa um að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa hefði reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og jafnframt leggja fram staðfestingu á reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstæði af 1000 íbúum eða fleiri. Gat fulltrúum kæranda því ekki dulist að samkvæmt gögnum örútbóðsins var ekki talið fullnægjandi að aðeins starfsmenn endurskoðendaskrifstofu hefðu umrædda reynslu heldur var hér vísað til bjóðenda. Kæra var móttækin hjá kærunefnd útboðsmála 20. nóvember 2015. Var þá liðinn frestur samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup til þess að bera lögmæti þessa áskilnaðar sem hér ræðir undir nefndina. Er því óhjákvæmilegt að vísa kröfum kæranda frá nefndinni.“

Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi byggir mál sitt á því að kærufrestur hafi ekki verið liðinn þann 11. nóvember 2015, þegar kæra hans barst nefndinni.

Stefnandi telur að það hafi verið réttmætt af sér að túlka skilyrði örútbóðsins svo að skilyrði um reynslu af endurskoðun sveitarfélaga ætti við um starfsmenn hans. Því hafi ekki verið neitt tilefni til að kæra örútbóðið þegar eftir að skilmálar þess voru auglýstir.

Stefnandi bendir á að stefndi Ríkiskaup hafi beðið hann um staðfestingu á reynslu af endurskoðun fyrir sveitarfélög með tölvupósti þann 12. október. Þessu erindi hafi hann svarað samdægurs. Frekari erindi hafi ekki borist vegna þessa og hafi hann því mátt ætla að svör hans væru talin fullnægjandi og tilboð hans því metið gilt.

Stefnandi byggir á því að kærufrestur hafi tekið að líða þegar honum barst niðurstaða útbóðsins og rökstuðningur fyrir höfnun tilboðs hans. Það hafi verið 30. október 2015. Þá hafi verið tilkynnt sú ákvörðun sem braut gegn rétti hans.

Stefnandi bendir á að í bréfi stefnda Ríkiskaupa, dags. 30. október 2015, hafi verið leiðbeint um kærueimild. Hafi stefndi augljóslega talið að kærufrestur væri þá ekki liðinn.

Málsástæður og lagarök stefnda Ríkiskaupa

Stefndi Ríkiskaup byggir aðallega á því að kærufrestur reiknist hér frá 21. september 2015. Þá hafi stefnanda verið ljóst hvaða kröfur væru gerðar til bjóðenda. Frestur til að gera athugasemdir eða spyrjast fyrir hafi verið veittur til 28. september. Stefnandi hafi ekki gert neinar athugasemdir.

Til vara byggir stefndi á því að kærufrestur reiknist frá 12. október 2015. Þá hafi honum átt að verða ljóst að stefndi teldi hann ekki uppfylla skilyrði útbóðs-lýsingarinnar.

Stefndi segir að stefnandi láti sem hann kæri val tilboðs, en í raun sé hann að kæra ákvæði útbóðsskilmála sem honum hafi verið kunnir. Kærunefndin hafi fjallað um sambærileg mál og komist að samhljóða niðurstöðu. Stefnandi hafi hvorki nýtt sér fyrirspurnarfrest til að gera athugasemdir við útbóðsskilmála né kært þá innan kærufrestsins.

Stefndi rekur í greinargerð sinni að túlkun kærunefndarinnar á reglum um kærufrest eigi sér langa hefð og að hún hafi sérstaklega verið staðfest í greinargerð með frumvarpi til laga um opinber innkaup, sem varð að lögum nr. 84/2007. Hafi í greinargerð með 11. gr. frumvarpsins verið vísað til venju í úrskurðum kærunefndarinnar. Stefnanda hafi verið ljóst frá byrjun að tilboð hans væri ógilt.

Þá er í greinargerð stefnda rökstutt ítarlega að kröfur útboðsskilmála örútbóðsins hafi verið lögmætar og að gætt hafi verið meðalhófs við framsetningu þeirra. Þar sem ekki reynir á þessi atriði í málinu þarf ekki að rekja þennan málflutning nánar.

Vikið er að því að lokum í greinargerð stefnda að e.t.v. beri að líta svo á að stefnandi sé með stefnukröfum sínum að leggja lögspurningu fyrir dóminn. Kærunefndin geti ekki felld samning meðstefndu úr gildi, sbr. 100. gr. laga um opinber innkaup. Þá væri álit um bótaskyldu ekki bindandi. Stefnandi hefði auðveldlega getað krafist bóta, í stað þess að höfða sérstakt mál til að fjalla um réttmæti frávisunar á kröfu hans frá kærunefnd útboðsmála.

Málsástæður og lagrök stefnda Hafnarfjarðarbæjar

Stefndi Hafnarfjarðarbær byggir á því að stefnanda hafi ekki getað dulist að í örútbóðinu væri gerð krafa um reynslu af endurskoðun sveitarfélags með tilteknum íbúafjölda. Þess sé augljóslega krafist að bjóðandi sjálfur, þ.e. endurskoðunarskrifstofan, hafi annast slíka endurskoðun í eigin nafni. Skila hafi átt inn upplýsingum um þá endurskoðendur sem vinna áttu verkefnið. Ekki hafi verið áskilið að þeir hefðu þessa reynslu. Upphaf kærufrests beri að miða við 21. september 2015, þegar stefnandi fékk útboðsgögnin í hendur. Kærufrestur hafi því verið liðinn þegar kæran var lögð fram.

Stefndi mótmælir því að stefnandi geti byggt á því að stefndi Ríkiskaup hafi ekki svarað bréfi hans, dags. 12. október 2015, varðandi reynslu af endurskoðun sveitarfélaga. Stefnda hafi ekki verið skylt að bregðast við bréfinu.

Stefndi mótmælir því sérstaklega að kærufrestur hafi byrjað að líða 30. október þegar tilkynnt var um niðurstöðu örútbóðsins.

Þá mótmælir stefndi því að ábending um kærueimild og kæruleiðir í tilkynningu stefnda Ríkiskaupa um niðurstöðu útboðsins leiði til þess að kærufrestur hafi byrjað að líða frá þeim degi. Þetta sé staðlaður texti í slíkum tilkynningum og geti ekki hnikað til skýru orðalagi 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup. Tilvísun til 20. gr. stjórnarsýslulaga eigi ekki við samkvæmt 103 gr. laga um opinber innkaup.

Loks mótmælir stefndi þeirri málsástæðu stefnanda að líta beri á það sem sjálfstæða kæranlega ákvörðun að meta hvort tilboð hans sé gilt eða ekki.

Málsástæður og lagarök stefnda PricewaterhouseCoopers

Stefndi PricewaterhouseCoopers krefst aðallega frávísunar. Byggir hann þá kröfu á því að ekki sé útskýrt í stefnu hvers vegna honum hafi verið stefnt til að þola dóm. Vísa beri því kröfunni frá dómi samkvæmt 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991, einkum e-lið. Málið varði hann engu, engar kröfur séu gerðar á hendur honum.

Að öðru leyti vísar þessi stefndi til málflutnings meðstefndu.

Niðurstaða

Stefnandi gerði tilboð í örútbóði stefnda Ríkiskaupa, f.h. Hafnarfjarðarbæjar, vegna vinnu við endurskoðun. Tilboð hans var ekki talið gilt og samið um verkið við annan aðila, sem átti hærra tilboð. Stefnandi skaut málinu til kærunefndar útboðsmála og krafðist þess að felld yrði úr gildi sú ákvörðun að meta tilboð hans ógilt og að nefndin léti uppi álit um skaðabótaskyldu stefndu Ríkiskaupa og Hafnarfjarðarbæjar. Kærunefndin vísaði kærinni frá þar sem kærufrestur hafi verið liðinn.

Í niðurlagi hins umdeilda úrskurðar er sagt að kæra stefnanda hafi borist 20. nóvember 2015, en í upphafi úrskurðarins segir að hún hafi borist 11. nóvember. Sé miðað við 20. nóvember var 20 daga kærufrestur örugglega liðinn, hvort sem hann reiknast frá 30. október eða fyrr. Eins og vikið er að að framan bendir flest til þess að kæran hafi borist nefndinni 11. nóvember 2015 og er ekki í málflutningi stefndu byggt á því að kæran hafi borist síðar. Verður að miða við þessa dagsetningu.

Í greinargerð stefnda Ríkiskaupa er því velt upp hvort stefnandi hafi lögvarða hagsmuni af úrslitum málsins. Hann krefst þó ekki frávísunar. Frávísunarkrafa stefnda PricewaterhouseCoopers er byggð á öðrum ástæðum. Augljóst er að niðurstaða kærunefndarinnar um að fella úr gildi ákvörðun um að meta tilboð stefnanda ógilt hefði einungis gildi sem álit, en ekki bein réttaráhrif. Hins vegar væri svar við þessari spurningu nauðsynleg forsenda þess að nefndin gæfi álit um hugsanlega skaðabótakröfu stefnanda á hendur stefndu. Í lögum um opinber innkaup, bæði í 2. mgr. 111. gr. núgildandi laga nr. 120/2016, og í 2. mgr. 97. gr. eldri laga nr. 84/2007, er kærunefnd útboðsmála heimilað að láta uppi álit sitt á skaðabótaskyldu. Er þessi leið því lögbundið úrræði þess sem telur á sig hallað við opinber innkaup til að fá sérfræðiálit um réttarstöðu sína. Hefur stefnandi lögvarða hagsmuni af því að fá úrskurð kærunefndarinnar og verður því að dæma málið að efni til.

Eins og áður greinir veltur mál þetta á því hvenær frestur stefnanda til að kæra útboðið tók að líða. Samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007, sbr. 11. gr. laga nr.

58/2013, skyldi kæra borin skriflega undir kæruneftnd innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum.

Stefnanda barst útboðslýsing þann 21. september 2015. Þar mátti sjá skilyrðið um reynslu af endurskoðun fyrir sveitarfélag af tiltekinni stærð. Þann 12. október 2015 var stefnandi krafinn um staðfestingu á reynslu sinni af slíkri endurskoðun. Þann 30. október 2015 var stefnanda tilkynnt niðurstaða útboðsins og síðar sama dag fékk hann útskýringar á ástæðum þess að tilboð hans var ekki tekið gilt.

Tilboðið var metið ógilt vegna þess að stefnandi, endurskoðunarstofan, hafði ekki reynslu af endurskoðun sveitarfélags. Þetta var bein beiting skilyrðis í skilmálum örútbóðsins og átti ekki að koma stefnanda á óvart. Stefndi Ríkiskaup tilkynnti þó ekki ákvörðun sína um að meta tilboðið ógilt fyrr en hann tilkynnti niðurstöðu útboðsins þann 30. október 2015. Hvenær svo sem stefnanda mátti vera ljóst hver niðurstaðan yrði, var hún ekki tilkynnt fyrr. Var því ekki unnt að reikna frest stefnanda til að kæra frá annarri dagsetningu en 30. október.

Í greinargerðum með lögum um opinber innkaup er lögð áhersla á að kærur berist skjótt og kærufrestur ákveðinn styttri en frestur samkvæmt stjórnsýslulögum. Lögskýringargögn veita þó enga vísbendingu í þá átt að skilja skuli hugtakið ákvörðun í 94. gr. laga nr. 84/2007 með öðrum hætti en hér er gert. Stefnandi skaut ákvörðun um að meta tilboð hans ógilt til kæruneftndarinnar og sú ákvörðun var tilkynnt honum 30. október 2015. Það myndi ekki breyta þessari niðurstöðu þótt talið yrði að málflutningur stefnanda um reynslu lögaðila og einstakra starfsmanna væri fráleitur. Stefnandi kærði höfnun tilboðs hans. Það stoðar ekki stefndu að halda því fram að hann sé í raun að kæra útboðsskilmála.

Samkvæmt framansögðu verður að fella hinn kærða úrskurð úr gildi.

Kröfur stefnanda beinast ekki að neinu leyti að stefnda PricewaterhouseCoopers. Aðild hans er heldur ekki skýrð í stefnu svo sem skylt er. Verður því samkvæmt e-lið 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 að vísa kröfum á hendur þessum stefnda frá dómi.

Eftir þessari niðurstöðu verða stefndu Ríkiskaup og Hafnarfjarðarbær dæmdir til að greiða stefnanda óskipt 500.000 krónur í málskostnað. Stefnandi verður dæmdur til að greiða stefnda PricewaterhouseCoopers 250.000 krónur í málskostnað.

Jón Finnbjörnsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

D ó m s o r ð

Kröfum stefnanda á hendur stefnda PricewaterhouseCoopers er vísað frá dómi. Framangreindur úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 7. mars 2016 í máli nr. 24/2015 er felldur úr gildi.

Stefndu, Ríkiskaup og Hafnarfjarðarbær, greiði stefnanda, Enor ehf., óskipt 500.000 krónur í málskostnað. Stefnandi greiði stefnda PricewaterhouseCoopers 250.000 krónur í málskostnað.



Jón Finnbjörnsson

Rétt endurrit staðfestir,

Héraðsdómi Reykjavíkur 20. mars 2017

