

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 26. mars 2013

í máli nr. 37/2012:

Kubbur ehf.

gegn

Hafnarfjarðarkaupstað

Með bréfi, dags. 20. desember 2012, kærir Kubbur ehf. ákvörðun Hafnarfjarðarkaupstaðar 13. sama mánaðar um að leita samninga við Íslenska gámafélagið ehf. í útboðinu „Hafnarfjörður – Sorphirða 2013-2021“. Kærandi gerir eftirfarandi kröfur:

1. Að kærunefndin stöðvi þegar í stað sammingsferli kærða um „hirðingu sorps og útvegum sorpláta við heimili í Hafnarfirði“ þar til endanlega hefur verið skorið úr öllum kröfum kæranda.
2. Að felld verði úr gildi ákvörðun kærða þess efnis að leita samninga við Íslenska gámafélagið ehf., sbr. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.
3. Verði ekki fallist á ofangreindar kröfur krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda, sbr. 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.
4. Þá er þess krafist að nefndin ákveði að kærði greiði kæranda kostnað við að hafa kærana uppi, alls 400.000 krónur, sbr. 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Kærða var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferlis. Athugasemdir kærða bárust kærunefnd útboðsmála með bréfum, dagsettum 3. janúar 2013 og 30. sama mánaðar. Í síðara bréfi krefst kærði þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og aflétt verði þeirri stöðvun sem sammingsferli var sett í með ákvörðun kærunefndar 17. janúar 2013. Þá er þess krafist að hafnað verði kröfu kæranda um að kærði greiði kæranda kostnað við að hafa kærana uppi.

Íslenska gámafélagið ehf., sem átti lægsta boð í útboði kærða, gerir athugasemdir með bréfi, dags. 29. janúar 2013, og krefst þess að öllum kröfum kæranda í málinu verði hafnað.

Kærunefnd útboðsmála taldi málið ekki nægilega upplýst og óskaði eftir frekari gögnum og upplýsingum frá Íslenska gámafélaginu ehf. Félagið varð við þeirri beiðni og kom athugasemdum og gögnum til nefndarinnar með bréfi 20. mars 2013. Kæranda og kærða var gefinn kostur á að koma að athugasemdum í tilefni nýrra gagna. Bárust athugasemdir frá kæranda með bréfi 22. sama mánaðar. Engar athugasemdir bárust frá kærða.

Kærunefnd útboðsmála stöðvaði samningsferli það sem hér er til skoðunar með ákvörðun 17. janúar 2013.

## I.

Kærði auglýsti í október 2012 útboð á sorphirðu í Hafnarfirði fyrir árin 2013-2021. Útboðið var auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu. Opnun tilboða fór fram 5. desember 2012. Þjóðendur voru þrír. Íslenska gámafélagið ehf. átti lægsta tilboðið, að fjárhæð 649.593.600 krónur og kærandi næsta þar á eftir, að fjárhæð 815.299.000 krónur (miðað við dísel), en kostnaðaráætlun kærða er 1.009.976.500 krónur.

Í útboðsgögnum var gerð sú krafa til þjóðenda að þeir hefðu jákvætt eigið fé. Kærandi taldi sig hafa frá upphafi grun um að Íslenska gámafélagið ehf. uppfyllti ekki þá kröfu. Gerði hann kærða grein fyrir því símleiðis.

Kærði ákvað 13. desember 2012 að leita samninga við Íslenska gámafélagið ehf. Kærandi gerði grein fyrir því í bréfi til kærða degi síðar að ársreikningur félagsins gæti ekki staðfest jákvætt eigið fé þess. Í raun staðfesti ársreikningurinn neikvætt eigið fé félagsins. Óskað var eftir afstöðu kærða hið fyrsta. Ekkert svar hafði borist er mál þetta var kært til kærunefndar útboðsmála. Þjóðendur voru þann 19. desember 2012 beðnir um að framlengja tilboð sín til 16. janúar 2013.

## II.

Kærandi byggir kröfur sínar fyrst og fremst á kröfu sem gerð sé í útboðsskilmálum um jákvætt eigið fé ásamt ársreikningi Íslenska gámafélagsins ehf. Þannig uppfylli Íslenska gámafélagið ehf. ekki hæfiskröfur útboðslýsingar. Kærandi tiltekur ýmsa fyrirvara sem settir séu fram í ársreikningi Íslenska gámafélagsins ehf. og telur hann innihalda að mestu áætlanir um atburðarás sem eigi eftir að eiga sér stað. Ársreikningurinn hafi þannig ekki verið áritaður um eigið fé, þar sem endurskoðandinn hafi ekki lagt blessun sína yfir hina meintu eiginfjárstöðu.

Kærandi bendir á að ársreikningur félagsins 6. nóvember 2012 sýni að eiginfjárstaða þess hafi verið neikvæð um áramótin 2011/2012. Þá hafi ársreikningurinn einnig sýnt að eiginfjárstaðan hafi verið neikvæð 6. nóvember 2012. Ennfremur sé greint frá því að hugsanlega geti eiginfjárstaðan komist aðeins yfir núll í framtíðinni ef öll skilyrði verða uppfyllt. Skilyrðin hafi hins vegar ekki verið uppfyllt. Kærandi telur þessi atriði óumdeild, þrátt fyrir að undir liðnum „Eigið fé samtals“ hafi komið fram talan 8.083.289 krónur. Það eitt að setja jákvæða tölu undir þennan lið staðfesti ekki að félagið hafi jákvæða eiginfjárstöðu. Aðrir liðir ársreikningsins sýni fram á hið gagnstæða.

Kærandi telur að bjóðendur eigi ekki að geta komið sér hjá kröfum útboðslýsingar með því einu að setja jákvæða tölu í ársreikning með ótal fyrirvörum og útskýringum fyrir því hvernig það hafi tekist að ná tölunni upp fyrir núll. Slíkt stríði gegn meginreglum útboðsréttar um jafnræði bjóðenda og gagnsæi í opinberum innkaupum.

Kærandi leggur áherslu á að við yfirferð ársreikningsins beri að hafa í huga að hann sé dagsettur 6. nóvember 2012 af endurskoðanda og því séu verulegar líkur á að hann hafi verið útbúinn sérstaklega í tilefni útboðsins. Þá beri einnig að veita því athygli að dagsetning stjórnar sé fyrir en dagsetning endurskoðanda. Veita beri þessum staðreyndum sérstaka athygli í ljósi þess að Íslenska gámafélagið ehf. virðist ekki hafa skilað ársreikningi til félagaskrár síðan 2006 að undanskildum þeim ársreikningi sem kærandi gerir nú athugasemdir við.

Þá telur kærandi að hafa beri í huga að tap Íslenska gámafélagsins ehf. á árinu 2011 hafi verið 136 milljónir króna. Langtímaskuldbindingar félagsins séu eftir afborganir og fjárhagslega endurskipulagningu reksturs 1.476.359.604 krónur. Eiginfjárlutfall félagsins sé því samkvæmt þessu sagt vera jákvætt um 0,548 prósent. Þannig þurfi ekki nema lítið tap að hafa orðið á árinu 2012 til að þurrka út hið meinta jákvæða eigið fé. Það verði að telja afar ólíklegt að tekist hafi að snúa 136 milljóna króna taprekstri við á einu ári.

Kröfu sína um að kærunefnd felli úr gildi ákvörðun kærða um að taka tilboði Íslensku gámaþjónustunnar ehf. byggir kærandi á 1. málslið 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Ákvörðunin hafi verið röng og í andstöðu við skýr ákvæði réttarheimilda. Um álit nefndarinnar á skaðabótaskyldu vísar kærandi til 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Þá byggir kærandi á 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 um kærnumálskostnað.

Kærandi bendir á að kærði og Íslenska gámafélagið ehf. segi með óbeinum orðum að hlutafé hafi verið aukið. Engin gögn séu þó lögð fram. Hafi þessi meinta hlutafjárukning farið fram fyrir 5. desember 2012 hafi félaginu verið í lófa lagt að leggja fram gögn henni til staðfestingar. Þvert á móti sé staðfest í ársreikningnum að hlutafjárukningin hafi ekki farið fram þegar hann var undirritaður 5. desember 2012. Þar með ætti að teljast sannað að hlutafjárukningin hafi ekki farið fram fyrir opnun tilboða.

Í bréfi kæranda 22. mars 2013 kemur fram að þrátt fyrir allar yfirlýsingar Íslenska gámafélagsins ehf. um að ákveðið hafi verið að endurfjármagna fyrirtækið hafi formlegur endurfjármögnunarsamningur ekki komist á fyrir en eftir opnun tilboða. Kærandi leggur jafnframt áherslu á að yfirlýsingar sem félagið hafi lagt fram komi frá tengdum aðilum sem hafi hagsmuna að gæta í málinu. Yfirlýsingar um langvarandi viðræður og vilja hafi ekkert vægi. Telur kærandi að ef munnlegt samkomulag Íslenska gámafélagsins ehf. um fjármögnun væri gefið vægi gætu allir, einstaklingar og aðrir, boðið í öll verk og gert síðan

skriflega samninga eftir á um fjármögnun, hæfi og annað ef til sammingsgerðar kæmi. Jafnræði aðila væri ekki til staðar lengur. Kærandi telur það óumflýjanlega staðreynd að það sé alls óvíst að aðilar muni leggja fjármuni til að endurreisa Íslenska gámafélagið ehf. ef félagið fái ekki samninginn sem um sé deilt.

### III.

Kærði telur að ekki sé mikið að segja um túlkun kæranda á ársreikningi Íslenska gámafélagsins ehf. Í ársreikningnum komi fram að fyrirtækið hafi jákvætt eigið fé og velta megi upp þeirri spurningu hversu langt kærði sem verkkaupi eigi að ganga í að endurskoða slíkan ársreikning, sem lagður sé fram með áritun stjórnar, framkvæmdastjóra og endurskoðanda.

Kærði leggur áherslu á að samkvæmt áritun óháðra endurskoðanda í ársreikningi 6. nóvember 2012 gefi efnahagsreikningur glögga mynd af efnahag lögstjóðanda 31. desember 2011 í samræmi við lög nr. 3/2006 um ársreikninga. Samkvæmt efnahagsreikningi sé eigið fé jákvætt um 8.083.289 krónur í árslok 2011. Rekstrarreikningur sé áritaður án álits vegna þess að endurskoðandi hafi ekki aflað sér nægjanlegra og viðeigandi gagna til að byggja álit sitt á. Stjórn lögstjóðanda og framkvæmdastjóri hafi staðfest ársreikning fyrir árið 2011 með áritun sinni. Telur kærði að dagsetningar skipti engu máli um gildi ársreiknings eða hvenær síðast hafi verið skilað inn ársreikningi.

Samkvæmt lið 2 í útboðsgögnum hafi bjóðendur þurft að vera tilbúnir til að leggja fram gögn sem sýndu fram á jákvætt eigið fé, að þeir væru ekki í vanskilum með opinber gjöld eða á vanskilaskrá Lánstrausts og að það lægi fyrir staðfesting frá lífeyrissjóðum um að engin vanskil væru fyrir hendi.

Kærði bendir á að fjármálastjóri Hafnarfjarðarkaupstaðar hafi farið yfir ársreikninginn af sinni hálfu og rætt við endurskoðanda lögstjóðanda og telur ekki ástæðu til að rengja það að eigið fé sé jákvætt. Kærði leggur einnig fram yfirlýsingu endurskoðanda lögstjóðanda þar sem hann mótmælir fullyrðingum kæranda og staðfestir meginniðurstöðu ársreiknings um jákvætt eigið fé. Jafnframt kemur fram í yfirlýsingunni að undirritaður hafi verið samningur milli lögstjóðanda og helstu lánveitenda um fjárhagslega endurskipulagningu félagsins. Sá samningur byggir á sömu forsendum og hafi legið til grundvallar við gerð ársreiknings 2011.

Kærði telur rétt að taka fram að krafa hans um jákvætt eigið fé komi úr eigin innkaupareglum.

Kærði bendir enn fremur á að samkvæmt 49. gr. laga nr. 84/2007 eigi ekki að kalla eftir frekari gögnum um sönnun á fjárhagslegri getu en nauðsynlegt sé með hliðsjón af eðli og

umfangi fyrirhugaðra innkaupa. Þar komi einnig fram með hvaða hætti fyrirtæki geti fært sönnur á fjárhagslega getu sína. Endurskoðaður ársreikningur fyrra árs sé þar nefndur og liggur hann fyrir í þessu máli. Kærði telur það duga ásamt þeim upplýsingum sem fram komi um að lögstjóðandi sé ekki í vanskilum.

Í síðari athugasemdum sínum bendir kærði á að könnuð hafi verið sérstaklega staða Íslenska gámafélagsins ehf. með þeim hætti að fjármálastjóri kærða hafi farið yfir ársreikninginn og fundað með endurskoðanda lögstjóðanda. Niðurstaðan hafi verið sú að eigið fé félagsins hafi verið jákvætt. Bendir kærði enn fremur á að hann hafi hagsmuni af því að viðsemjandi geti staðið við sínar skuldbindingar og það hljóti því að standa verkkaupa næst að meta hvort svo sé. Áhættan af röngu vali sé hjá verkkaupa. Þá undirstrikar kærði að leggja verði áherslu á að ekki eigi að krefjast frekari gagna um sönnun á fjárhagslegri getu en nauðsyn sé miðað við eðli og umfang innkaupa.

#### IV.

Íslenska gámafélagið ehf. byggir á því að ekki sé lagastoð fyrir kröfum kæranda. Þá styðji ákvæði útboðsskilmála ekki kröfur kæranda. Mótmælir félagið málatilbúnaði kæranda. Bent er á að fyrir liggja ársreikningur fyrir árið 2011 sem hafi verið undirritaður án fyrirvara um endurskoðun 6. nóvember 2012. Sá ársreikningur hafi verið afhentur kærða. Eigið fé hafi á þeim tíma verið jákvætt og því sé röng sú fullyrðing að eigið fé félagsins hafi verið neikvætt í árslok 2011. Íslenska gámafélagið ehf. leggur áherslu á að ársreikningurinn sé í samræmi við lög og reglur og sé endurskoðaður af löggiltum endurskoðanda. Með framlagningu hafi félagið uppfyllt skilyrði útboðsskilmála.

Íslenska gámafélagið ehf. leggur fram yfirlýsingu endurskoðanda, dags. 26. janúar 2013, þar sem fram kemur að hlutfé í félaginu hafi verið aukið um 161 milljón króna á árinu 2012 og hafi eigið fé félagsins árið 2012 verið hækkað sem því nemi.

Íslenska gámafélagið ehf. telur að félagið hafi sýnt fram á fjárhagslegu getu sína, sbr. 49. gr. laga nr. 84/20077. Þá hafi kærði metið það réttilega svo að félagið hafi sýnt fram á jákvætt eigið fé, enda sé kærða skv. 5. mgr. 49. gr. laganna falið ákveðið svigrúm til að meta hvort bjóðandi hafi uppfyllt skilmála útboðsins.

Í tilefni af beiðni kærunefndar útboðsmála um frekari gögn og skýringar lagði Íslenska gámafélagið ehf. fram bréf frá endurskoðanda félagsins, aðstoðarforstjóra Auðar Capital hf., sem aðstoðaði félagið við fjárhagslega endurskipulagningu og ársreikning Íslenska gámafélagsins ehf. vegna ársins 2010.

Í skýringum Íslenska gámafélagsins ehf. er vísað til bréfs endurskoðanda félagsins. Áréttað sé að eigið fé í lok árs 2011 hafi verið jákvætt um 8.083.289 krónur. Segir enn fremur að ef ársreikningur félagsins hefði ekki byggt á samkomulagi við helstu lánveitendur heldur

á sömu reikningslegu forsendum og fyrir árið 2010 hefði rekstrarhagnaður félagsins verið 277.844.043 krónur í lok árs 2011 og eigið fé verið jákvætt um 339.697.968 krónur. Endurskoðandi félagsins hafi kosið að fara ekki sömu leið við gerð ársreiknings fyrir árið 2011 og fyrir árið 2010 og taldi réttara að byggja á forsendum samkomulags við lánveitendur, þar sem það gæfi réttari mynd af stöðu félagsins. Eiginfjárstaða félagsins hefði í raun verið mun betri, ef beitt hefði verið sömu aðferðum við framsetningu ársreiknings ársins 2011 og gert hafi verið árið áður. Íslenska gámafélagið ehf. hafi því sannanlega uppfyllt skilyrði útboðsgagna um jákvætt eigið fé, enda staðfesti löggiltur endurskoðandi félagsins þá staðreynd.

Íslenska gámafélagið ehf. leggur áherslu á að í bréfi aðstoðarforstjóra Auðar Capital hf. hafi samkomulag við kröfuhafa um rekstrarvirði félagsins legið fyrir í apríl 2012. Endanlegt samkomulag við kröfuhafa hafi verið undirritað 28. desember 2012. Það samkomulag hafi verið í öllum meginatriðum samhljóða niðurstöðu aðila í apríl 2012. Þá leggur Íslenska gámafélagið ehf. áherslu á að félagið hafi greitt mánaðarlega til kröfuhafa greiðslur í samræmi við samkomulag, sem undirritað hafi verið í desember 2011. Þær greiðslur hafi verið og séu í fullu samræmi við greiðslur samkvæmt endanlegu samkomulagi.

Íslenska gámafélagið ehf. telur viðbótarupplýsingarnar rökstyðja kröfur félagsins nánar og krefst þess að fallist verði á kröfur þess í einu og öllu.

## V.

Ágreiningur máls þessa snýst um það hvort Íslenska gámafélagið ehf., sem átti lægsta boðið í útboði kærða, hafi sýnt fram á jákvæða eiginfjárstöðu og hvort kærða sé heimilt að ganga til samninga við félagið.

Í grein 2.1 í útboðsskilmálum segir að samkvæmt innkaupareglum Hafnarfjarðar skuli fyrirtækið sýna fram á jákvætt eigið fé „þegar tilboð hafa verið opnuð“. Í 22. gr. innkaupareglna Hafnarfjarðarbæjar frá 22. mars 2005, sem birtar eru á vefsíðu bæjarins, er fjallað um fjárhagsstöðu bjóðenda/viðsemjenda. Þar kemur fram að óheimilt sé að gera samning við aðila „ef ársreikningur sýnir neikvæða eiginfjárstöðu, enda liggi frekari skýringar ekki fyrir“. Í ákvæðinu segir ekki nánar til um við hvaða tímamark eigi að miða.

Í 3. gr. innkaupareglanna er vísað til þess að lögum nr. 94/2001 um opinber innkaup skuli fylgt við framkvæmd stærri útboða. Lög nr. 94/2001 eru úr gildi fallin og gilda nú lög nr. 84/2007 um opinber innkaup. Fer því eftir síðarnefndu lögunum um útboð þetta.

Í máli þessu liggur meðal annars fyrir ársreikningur lögstjóðanda fyrir árið 2011. Endurskoðandi „áritar án álits“ í áritun sinni með umræddum ársreikningi, þar sem hann tiltekur að hann láti ekki í ljós álit sitt á rekstrarreikningi og yfirliti um sjóðsstreymi ársins

2011. Leiðir það til þess að verulegur vafi leiki á því að eigið fé félagsins sé í reynd jákvætt. Var það reyndar svo að staða félagsins var við opnun tilboða mjög óljós og óvissa var uppi um rekstrarhæfi þess. Þá liggur fyrir að um áramótin 2011/2012 var eiginfjárstaða Íslenska gámafélagsins ehf. neikvæð. Ársreikningur fyrir árið 2011 var sagður jákvæður upp á 8.083.289 krónur. Í skýringu með ársreikningi 6. nóvember 2012 segir að þessi uppsetning miðist við óundirrituð drög að samningi milli lánardrottna og félagsins, þar sem fram komi að lækka eigi skuldir með því að afhenda varanlega rekstrarfjármuni á árinu 2012 fyrir 266.266.000 krónur, niðurgreiðslu vegna hlutafjárukningar á árinu 2012 upp á 161.300.000 krónur og fjárhagslega endurskipulagningu gegnum rekstur upp á 526.967.294 krónur.

Þegar gerðar eru kröfur í útboðsskilmálum um að bjóðendur uppfylli ákveðin skilyrði um hæfi, hvort heldur sem hæfiskröfur séu fjárhagslegar eða tæknilegar, hefur kærunefnd útboðsmála ætíð litið svo á að bjóðendur verði að uppfylla slíkar hæfiskröfur áður en tilboð séu opnuð.

Kærunefnd útboðsmála rengir ekki endurskoðaðan ársreikning Íslenska gámafélagsins ehf. fyrir árið 2011, sem sýnir jákvætt eigið fé félagsins 1. janúar 2012 ef búið hefði verið að undirrita samninga við lánardrottna og greiða inn í félagið nýtt hlutafé fyrir rúmar 161 milljón króna. Það varð ekki úr fyrr en eftir að tilboð höfðu verið opnuð. Í viðbótargögnum sem Íslenska gámafélagið ehf. lagði fram er greint frá því að gengið hafi verið frá endanlegu samkomulagi um fjárhagslega endurskipulagningu félagsins 28. desember 2012. Þar sem hvorki var búið að skrifa undir samninga við lánardrottna né greiða inn nýtt hlutafé er augljóst af framlögðum gögnum að á opunardegri tilboða var eigið fé Íslenska gámafélagsins ehf. neikvætt.

Það er grundvallarregla útboðsréttar að jafnræði sé með bjóðendum í útboði. Þannig byggja lög nr. 84/2007 á því að staða bjóðenda skuli liggja fyrir við opnun tilboða, þar sem óheimilt er að breyta útboðum eftir opnun. Gera verður þó ráð fyrir að bjóðendum sé heimilt að skýra ákveðin atriði í tilboðum sínum eftir opnun þeirra beri nauðsyn til.

Ef þessar fjárhagslegu aðgerðir sem Íslenska gámafélagið ehf. boðaði hefðu gengið eftir fyrir opnun tilboða hefði félagið getað lagt fram skýringar þess efnis. Það gerði félagið hins vegar ekki, enda fóru þær fram síðar. Kærða var óheimilt að taka til greina aðgerðir Íslenska gámafélagsins ehf., sem styrktu eiginfjástöðu félagsins, og voru framkvæmdar eftir opnun tilboða. Slík aðgerð væri brot á jafnræðisreglu útboðsréttar, sbr. einkum 14. gr. laga nr. 84/2007.

Verður því fallist á kröfu kæranda og felld úr gildi ákvörðun kærða þess efnis að leita samninga við Íslenska gámafélagið ehf., sbr. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.


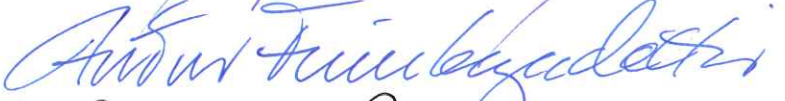

Í samræmi við úrslit máls þessa ber kærða að greiða kæranda 350.000 krónur í málskostnað.

Úrskurðarorð:

Felld er úr gildi ákvörðun kærða, Hafnarfjarðarkaupstaðar, þess efnis að leita samninga við Íslenska gámafélagið ehf. í útboði kærða „Hafnarfjörður – Sorphirða 2013-2021“.

Kærði greiði kæranda, 350.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 26. mars 2013



Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, [Setja inn dags.]