

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 9. nóvember 2018

í máli nr. 9/2018:

ÞG Verk ehf.

gegn

Hafnarfjarðarkaupstað

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 19. júní 2018 kærði ÞG Verk ehf. útboð Hafnarfjarðarkaupstaðar auðkennt „Knatthús í Kaplakrika 2018“. Kærandi krefst þess aðallega að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun varnaraðila um að hafna tilboði kæranda í hinu kærða útboði. Til vara er þess krafist að kærunefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Þá er krafist málskostnaðar.

Varnaraðila var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum 26. júní og 10. ágúst 2018 krafðist hann þess aðallega að málinu yrði vísað frá kærunefnd útboðsmála en til vara að öllum kröfum kæranda yrði hafnað. Kærunefnd óskaði eftir nánari upplýsingum frá varnaraðila um áætlað virði hinna kærðu innkaupa með bréfi 4. júlí sl. og barst svar varnaraðila 6. sama mánaðar. Kærandi skilaði lokaathugasemdum sínum 28. ágúst 2018.

Með ákvörðun 13. júlí 2018 hafnaði kærunefnd útboðsmála kröfu kæranda um að hið kærða innkaupaferli yrði stöðvað um stundarsakir.

I

Í janúar 2018 óskaði varnaraðili eftir tilboðum í hönnun og byggingu knatthúss í Kaplakrika í Hafnarfirði og í jarðvinnu og uppsteypu stoðveggja vegna æfingavalla norðan við knatthúsið að Flatahrauni. Í grein 0.1.2 í útboðsgögnum kom fram að verkkaupi áskildi sér rétt til að hafna öllum framkomnum tilboðum. Tilboð voru opnuð á opnunarfundi 26. mars 2018. Þrjú tilboð bárust í útboðinu og var heildartilboð kæranda að fjárhæð 1.237.461.404 krónur í báða verkliði lægst að fjárhæð. Í fundargerð opnunarfundar kom fram að fjárhagsáætlun varnaraðila „geri ráð fyrir 720 millj.kr. í húsið.“ Með tölvupósti 3. maí 2018 var bjóðendum send tilkynning um að varnaraðili hefði ákveðið að hafna öllum tilboðum í útboðinu þar sem verðtilboð bjóðenda í knatthúsið hefði verið á bilinu 1.102 til 1.154 milljónir króna en við undirbúning verkefnisins hefði verið lagt til grundvallar að heildarkostnaður yrði um 700 til 750 milljónir króna og í fjárhagsáætlun varnaraðila hefði verið miðað við 720 milljónir króna. Með bréfi 17. maí 2018 óskaði kærandi eftir því að varnaraðili upplýsti hvaða forsendur hafi legið að baki ákvörðun varnaraðila um 720 milljón króna fjárhagsáætlun auk þess sem hann óskaði eftir að fá kostnaðaráætlun varnaraðila afhenta. Með bréfi 30. maí 2018 svaraði

varnaraðili því til að vinnuhópur á hans vegum hefði meðal annars gert tillögu um byggingu á óupphituðu knatthúsi. Gert væri ráð fyrir að húsið kostaði á bilinu 700 til 750 milljónir og byggði þessi tala á upplýsingum frá íþróttafélaginu FH sem hefði byggt og rekið sams konar hús. Jafnframt var upplýst að varnaraðili hefði ekki undir höndum sundurliðaða kostnaðaráætlun fyrir framkvæmdina. Í kjölfarið gerði kærandi kröfu með bréfi 30. maí 2018 um að varnaraðili gengi til samninga við hann um verkið en ella myndi hann gera kröfu um efndabætur. Kröfu þessari var hafnað af varnaraðila með bréfi dagsettu 12. júní 2018.

## II

Kærandi byggir á því að ákvörðun varnaraðila um höfnun allra tilboða hafi ekki byggst á málefnalegum forsendum þar sem varnaraðili hafi ekki lagt fullnægjandi mat á fyrirhugaðan framkvæmdakostnað með gerð eigin kostnaðaráætlunar fyrir hið útboðna verk áður en hann stofnaði til hins kærða útboðs. Forsendur varnaraðila um áætlað verð hafi byggst á tillögu nefndar sem hafi miðað við reynslutölur af byggingu sambærilegra húsa á sama íþróttasvæði auk þess sem fjárhagsáætlun hafi gert ráð fyrir að 720 milljónum króna yrði varið til verksins. Telur kærandi að fyrirfram áætlun af þessu tagi sem hafi engin tengsl við útboðslýsingu sem lögð sé til grundvallar í innkaupaferli sé ekki viðhlítandi grundvöllur fyrir því að hafna öllum fram komnum tilboðum. Þá hafi hvergi komið fram í útboðsgögnum að verkið hafi að hámarki mátt kosta 720 milljónir króna. Að sama skapi hafi það enga þýðingu þótt í útboðsgögnum hafi komið fram heimild varnaraðila til að hafna öllum tilboðum enda verði höfnun ávallt að byggja á lögum og lögætum forsendum. Þá byggir kærandi á því að varnaraðili hafi ekki rökstutt ákvörðun sína um höfnun tilboðs kæranda, sbr. b-liður 4. mgr. 85. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þessi brot á ákvæðum laga um opinber innkaup hafi valdið kæranda tjóni sem felist annars vegar í missi hagnaðar vegna ólögætrar höfnunar á tilboði hans og hins vegar í þeim kostnaði sem hann hafði af því að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði. Það að varnaraðila hafi láðst að auglýsa útboðið á EES-svæðinu haggi ekki bótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda.

Jafnframt er byggt á því að kæra hafi komið fram innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Upphaf kærufrests eigi að miða við 1. júní 2018, þ.e. daginn eftir að kærandi fékk fyrst í hendur upplýsingar frá varnaraðila um hvernig staðið var að kostnaðarmati vegna útboðsins. Í öllu falli hafi verið afsakanlegt í ljósi þessa að kæra hafi ekki borist innan kærufrests, sbr. 1. tl. 28. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

## III

Varnaraðili byggir í fyrsta lagi á því að kærufrestur í máli þessu hafi verið liðinn við móttöku kæru hjá kærunefnd. Hinu kærða innkaupaferli hafi lokið 3. maí 2018 þegar kæranda og

öðrum bjóðendum hafi verið tilkynnt um höfnun allra boða. Kærandi hafi vitað eða mátt vita um ákvörðun varnaraðila og í umræddri tilkynningu hafi verið allar tilskildar upplýsingar. Kærufrestir verði ekki framlengdir með gagnabeiðnum eða kröfum um breytingar á þegar teknum ákvörðunum. Þá hafi kærufrestir útboðsmála í fyrri úrskurðum miðað við að upphaf kærufrests hefjist í allra síðasta lagi við lok innkaupaferlis. Kærufresti samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 hafi því lokið í síðasta lagi 23. maí 2018. Varnaraðili byggir jafnframt á því að umrætt útboð hafi verið undir viðmiðunarfjárhæð vegna innkaupa sveitarfélaga á verkum. Vegna þessa beri að vísa máli þessu frá kærufrestir útboðsmála.

Varnaraðili byggir í annan stað á því að málefnalegt hafi verið að hafna öllum tilboðum vegna fjárhæðar þeirra. Tilboð kæranda hafi verið rétt um 40% yfir þeim kostnaði sem gera mátti ráð fyrir við verkið ef miðað væri við að kostnaðaráætlun vegna bæði húss og jarðvinnu og uppsteypu stoðveggja hefði numið 884 milljónum króna. Því hafi fyrirvari í grein 0.1.2 í útboðsgögnum um heimild til að hafna öllum tilboðum verið nýttur á málefnalegan hátt. Þá sé ljóst að þótt kærufrestir telji að ekki hefði verið nægjanlega vandað til kostnaðaráætlunar eða forsendur hennar ekki nægjanlega skýrar, hafi það ekki verið ástæðan fyrir því að tilboði kæranda hafi verið hafnað. Þótt tekið væri tillit til jarðvinnu og uppsteypu stoðveggja í kostnaðaráætlun muni enn tugum prósentu á ætluðum kostnaði og tilboðinu. Meintur galli á undirbúningi eða forsendum kostnaðaráætlunarinnar skipti því í raun ekki máli þegar ákvörðun hafi verið tekin. Af þeim sökum geti orsakatengsl ekki verið til staðar milli hugsanlegra annmarka að þessu leyti og niðurstöðu útboðsins.

#### IV

Kæra í máli þessu beinist einkum af því hvort viðmið varnaraðila um kostnað við hið útboðna verk hafi verið viðhlítandi grundvöllur fyrir þeirri ákvörðun hans 3. maí 2018 að hafna öllum boðum. Kærandi óskaði eftir nánari skýringum varnaraðila á því hvernig þessi viðmið væru tilkomin með bréfi 17. maí 2018 en svar barst fyrst 30. sama mánaðar. Verður að telja að þá fyrst hafi kærandi fengið þær upplýsingar sem hann byggir kærú sína á. Eins og hér stendur á verður því að miða upphaf kærufrests við það tímamark og barst kæra í málinu því innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Samkvæmt 1. mgr. 25. gr. laga um opinber innkaup skal við útreikning á áætluðu virði samnings miðað við þá heildarfjárhæð sem kaupandi mun greiða fyrir innkaup að frátöldum virðisaukaskatti. Samkvæmt 3. mgr. sömu greinar skal útreikningur miðast við þann tíma þegar útboðsauglýsing er send til opinberrar birtingar. Samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laganna og reglugerð nr. 904/2016 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO)

um opinber innkaup, sem var í gildi á þeim tíma sem útboðið var auglýst, nam viðmiðunarfjárhæð vegna skyldu sveitarfélaga til útboðs á EES-svæðinu 805.486.000 krónum.

Af gögnum málsins verður ráðið að varnaraðili hafi byggt mat sitt á áætluðu virði verksins á upplýsingum frá Íþróttafélaginu FH sem gerði ráð fyrir að kostnaður við byggingu knatthúss yrði á bilinu 700 til 750 milljónir króna. Þrátt fyrir fyrirspurn nefndarinnar 4. júlí 2018 til varnaraðila liggja hins vegar ekki fyrir nánari forsendur fyrir þessu mati. Hvað sem líður síðari skýringum varnaraðila verður ekki annað ráðið af gögnum málsins en að mat hans hafi einungis tekið til byggingar knatthúss en ekki jarðvinnu og uppsteypu stoðveggja. Fyrir liggur að tilboð í þann hluta útboðsins voru á bilinu 119 til 134 milljónir króna. Ef framangreint kostnaðarmat varnaraðila fyrir byggingu knatthúss er lagt til grundvallar og jafnframt tekið tillit til jarðvinnu og uppsteypu stoðveggja með hliðsjón af fjárhæð þeirra tilboða sem voru móttekin, verður að miða við að áætlað virði þeirra innkaupa sem varnaraðili bauð út hafi verið umfram framangreinda viðmiðunarfjárhæð 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup og reglugerðar nr. 904/2016. Bar varnaraðila því að auglýsa hið kærða útboð á EES-svæðinu. Er sú niðurstaða einnig í samræmi við fjárhæð þeirra tilboða sem bárust í útboðinu sem voru öll verulega umfram umrædda viðmiðunarfjárhæð. Því verður ekki fallist á kröfu varnaraðila um að máli þessu verði vísað frá kærunefnd útboðsmála á þeim grundvelli að ekki hafi verið um útboðsskyldan samning að ræða.

Í máli þessu krefst kærandi þess aðallega að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun varnaraðila um að hafna tilboði kæranda í hinu kærða útboði. Í málinu liggur fyrir að varnaraðili hefur þegar hætt við hið kærða útboð og ekki liggur fyrir að annað innkaupaferli sé hafið. Verður því ekki séð að kærandi hafi lögvarða hagsmuni af framangreindri kröfu um ógildingu ákvörðunar varnaraðila. Kemur því einungis til skoðunar hvort varnaraðili kunni að hafa bakað sér bótaskyldu gagnvart kæranda.

Svo sem að framan greinir var varnaraðila skylt að auglýsa umrætt útboð á EES-svæðinu, en fyrir liggur að það var vanrækt. Með því braut varnaraðili gegn lögum um opinber innkaup. Varnaraðili byggir á því að ekki geti stofnast til bótaskyldu hans gagnvart kæranda þar sem tilboð kæranda hafi verið tugum prósentu yfir þeim kostnaðarviðmiðum sem varnaraðili hafi lagt til grundvallar þegar umrætt verk var boðið út og það hefði því aldrei komið til greina að semja við kæranda. Í máli þessu liggur hins vegar fyrir að varnaraðili gerði ekki sérstaka kostnaðaráætlun vegna hins útboðna verks. Jafnframt verður ráðið af gögnum málsins að þau kostnaðarviðmið sem varnaraðili studdist við byggðu á upplýsingum frá Íþróttafélaginu FH og miðuðust við byggingu annars húss, sem sagt er vera sams konar, án

Þess að upplýst hafi verið nánar um forsendur þess mats. Jafnframt verður ekki annað ráðið en að kostnaðarviðmið varnaraðila hafi ekki falið í sér kostnað við jarðvinnu og uppsteypu stoðveggja. Þá var ekki tekið fram í útboðsgögnum að tilboðum umfram tiltekna fjárhæð yrði skýlaust hafnað. Við þessar aðstæður verður að telja að þau viðmið sem varnaraðili lagði til grundvallar um kostnað við verkið hafi ekki verið viðhlítandi grundvöllur fyrir þeirri ákvörðun hans að hafna öllum tilboðum í verkið þannig að sú ákvörðun geti talist vera tekin á málefnalegum forsendum.

Fyrir liggur að kærandi átti það tilboð í verkið sem var lægst að fjárhæð en ekki er annað komið fram en að kærandi hafi verið hæfur til að taka að sér verkið og tilboð hans hafi verið gilt. Eins og mál þetta liggur fyrir verður því að telja að kærandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda hefði ekki komið til réttarbrots hans, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup. Er það þar af leiðandi álit nefndarinnar að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því undirbúa tilboð sitt og taka þátt í útboðinu sem lauk með framangreindum hætti.

Samkvæmt úrslitum málsins verður varnaraðila gert að greiða kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 750.000 krónur og er þá tekið tillit til virðisaukaskatts.

#### Úrskurðarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, ÞG Verks ehf., um að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila, Hafnarfjarðarkaupstaðar, 3. maí 2018 um að hafna tilboði kæranda vegna útboðs auðkennt „Knatthús í Kaplakrika 2018“.

Varnaraðili er skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, ÞG Verk ehf., vegna hins kærða útboðs.

Varnaraðili greiði kæranda 750.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 9. nóvember 2018.

  
Skúli Magnússon

  
Apður Finnbogadóttir

  
Ásgerður Ragnarsdóttir