

Fjármála-og efnahagsráðuneytið,  
Kærunefnd útboðsmála  
b.t. Ingunnar M. Hilmarsdóttur  
Amarhváli við Lindargötu  
150 Reykjavík

Reykjavík, 11. nóvember 2015

## KÆRA

- Efni:** Brot Ríkiskaupa og Hafnarfjarðarbæjar, á ákvæðum laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, með framkvæmd örútbóðs nr. 20148, Endurskoðun Hafnarfjarðarbæjar
- Kærðu:** Hafnarfjarðarbær, kt. 590169-7579, Strandgötu 6, 220 Hafnarfirði, og Ríkiskaup, kt. 660169-4749, Borgartúni 7c, 105 Reykjavík
- Kærandi:** Enor ehf., kt. 530612-2010, Hafnarstræti 53, 600 Akureyri. Fyrirsvarsmaður er Davíð Búi Halldórsson, kt. 190777-5299, Vörðutúni 1, Akureyri

### **Umboð**

Undirritaður lögmaður, Hannes J. Hafstein, hdl., fer með mál þetta fyrir hönd kæranda.

### **Kröfur**

Kært er örútbóð nr. 20148 innan rammasamnings 15392 RK 14.21 og ákvörðun Ríkiskaupa og Hafnarfjarðarbæjar um taka tilboði frá öðrum tilboðsgjafa en kæranda sem var með flest stig út úr mati samkvæmt matslíkani. Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi þá ákvörðun kærðu að meta tilboð kæranda ógilt. Einnig er þess krafist að kærunefnd láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kærðu og úrskurði að varnaraðilum verði gert að greiða málskostnað.

### **Kæruefni**

Með örútbóði nr. 20148 þar sem útboðslýsing var send út þann 21. september sl. óskaði Ríkiskaup fyrir hönd Hafnarfjarðarbæjar eftir tilboðum í endurskoðun ársreiknings frá og með reikningsárinu 2015 að telja til og með reikningsársins 2019. Nánar tiltekið náði örútbóðið til endurskoðunar fyrir Hafnarfjarðarbæ, Hafnarfjarðarhöfn og GN eignir ehf.

Um var að ræða örútbóð innan rammasamnings 15392 RK 14.21 og var örútbóðið sent í tölvupósti til seljenda samkvæmt rammasamningnum.

Í útbóðinu var bjóðendum gert að senda upplýsingar um framboðið endurskoðunarteymi og í almennri lýsingu á umfangi verksins var gerð krafa um að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa skuli hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekki lagaumhverfi þeirra.

Gerð var sú krafa að bjóðendur skyldu fylla inn og skila staðfestingu á reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur af 1000 íbúum eða stærri.

Varðandi val á tilboði og matsþætti var tiltekið að heildartilboðsverð væri 100% matsþáttur.

Kærandi sendi þann 2. október 2015 inn tilboð í framangreint verkefni. Samtals heildartilboðsverð pr. ár án vsk. var **kr. 4.725.000,-** en tilboðinu fylgdu ítarlegar upplýsingar um kæranda. Einnig var

í fylgigögnum að finna drög að endurskoðunaráætlun ásamt upplýsingar um endurskoðunarteymi kæranda. Af fylgigögnunum er ljóst að starfsmenn kæranda hafa mikla reynslu af verkefnum fyrir sveitarfélög og hafa þeir á undanförunum árum m.a. leitt endurskoðun fyrir sveitarfélagið Skagaströnd, Norðurþing og Eyþing ásamt fleiri verkefnum á þessu sviði.

Eftir framlagningu tilboðsins barst tölvupóstur frá Ríkiskaupum þann 12. október sl. þar sem óskað er eftir staðfestingu frá kæranda á reynslu hans af endurskoðun sveitarfélags með 1000 íbúum eða stærra.

Fyrirsvarismaður kæranda svaraði póstinum sama dag. Þar er tekið fram að talið hefði verið að staðfestingin hefði komið skýrt fram í gögnunum sem fylgdu tilboðinu. Með svarinu fylgdu ársreikningar Norðurþings fyrir árin 2006-2010 þar sem fram kemur að fyrirsvarismaður kæranda áritar og ber ábyrgð á endurskoðun sveitarfélagsins Norðurþings þessi ár. Einnig er tekið fram að kærandi sé lögaðili sem líkt og aðrir bjóðendur (sem eru lögaðilar) geta ekki verið með reynslu af endurskoðun heldur einstaklingarnir sem vinna verkin og bera ábyrgð á þeim.

Þann 30. október sl. barst svo tilkynning um niðurstöður örútbóðsins 20148 Endurskoðun Hafnarfjarðarbæjar í tölvupósti. Í tilkynningunni kom fram að ákveðið hefði verið að taka tilboði frá öðrum aðila að fjárhæð kr. 5.795.000. án vsk. í örútbóðinu innan rammamennings, enda hefði tilboðið verið metið hagstæðast fyrir kaupanda samkvæmt matslíkani útbóðslýsingar. Verð var 100% matsþátta og var tilboð talið lægst gildra tilboða. Upplýst var um að tilboðið væri endanlega samþykkt og því kominn á bindandi samningur milli aðila.

Kaupandi ákvað því að taka tilboði sem var tæplega 23% hærra en tilboð kæranda.

Í beinu framhaldi tilkynningar um niðurstöðu útbóðsins var kæranda sendur rökstuðningur í tölvupósti. Þar kemur fram að í örútbóðsgögnum sem send voru dags. 21.09.2015 hafi verið tekið fram að eftirfarandi kröfur séu gerðar til bjóðanda; *Kröfur um reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur af 1000 íbúum eða stærra*. Er í rökstuðningi talið ljóst samkvæmt útbóðsgögnum að krafa þessi snýr að bjóðandanum sjálfum. Bjóðandi sé skilgreindur sem það fyrirtæki sem lagt hefur fram tilboð í útbóði. Þá komi heitið „bjóðandi“ víða fyrir í örútbóðsgögnum og ávallt sé átt við fyrirtækið en ekki starfsmenn þess. Krafa um reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur af 1000 íbúum eða stærra hafi því ekki verið gerð til starfsmanna fyrirtækis heldur bjóðandans sjálfs. Samkvæmt mati kaupanda hafi kærandi því ekki uppfyllt kröfur örútbóðsgagna og tilboð hans því ekki gilt.

Kærandi telur að forsendur fyrir að telja tilboð hans ekki gilt séu rangar og hann hafi uppfyllt öll skilyrði tilboðsins. Er kæranda því nauðsyn til að kæra örútbóð nr. 20148 til kærunevndar útbóðsmála.

### **Málsástæður**

Kærandi er aðili að rammamenningsi 15392 RK 14.21 og uppfyllir öll skilyrði sem eru til aðildar að honum. Kærandi uppfyllir einnig eina skilyrði umrædds örútbóðs sem var að *endurskoðunarskrifstofa* (sbr. umfjöllun á bls. 3 í útbóðslýsingu) hafi reynslu af endurskoðun sveitarfélaga með yfir 1000 íbúum. Ljóst er að með þessu orðalagi er átt við að innan bjóðanda sé að finna nægilega reynslu og þekkingu.

Rangt er það sem haldið er fram í rökstuðningi að vísað sé til *fyrirtækis* í útbóðsgögnum varðandi reynslu. Í útbóðsgögnunum er krafa um að viðkomandi *endurskoðunarskrifstofa* skuli hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekki lagaumhverfi þeirra. Augljóslega er hér átt við að innan endurskoðunarskrifstofunnar sé að finna starfsmenn með nægilega þekkingu og reynslu. Reynsla og þekking á endurskoðun innan fyrirtækis getur aldrei verið annað en bundin við þá starfsmenn sem þar starfa á hverjum tíma. Láti starfsmenn af störfum glatast sú þekking og reynsla sem þeir búa yfir umfram aðra starfsmenn en það er m.a. með hliðsjón af þessu sem kærandi veitti í útbóðinu upplýsingar um þá starfsmenn sem að framkvæmd þjónustunnar myndu koma.

Í tilboðsferlinu sýndi kærandi fram á að fyrirsvarsmaður hans, og einn eiganda, áritaði fimm ársreikninga, árin 2006-2010, og bar ábyrgð á endurskoðun Norðurþings í þann árafjölda, þá sem starfsmaður hjá PwC. Þar að auki hafa aðrir löggiltir endurskoðendur hjá kæranda, sem jafnframt eru eigendur kæranda, stýrt endurskoðun Norðurþings eða unnið að henni um árabíl, þegar þeir voru í starfi hjá PwC. Síðan árið 2012 hefur kærandi til dæmis sinnt ráðgjöf fyrir Norðurþing og sinnt ytri endurskoðun fyrir Sveitarfélagið Skagaströnd, ytri endurskoðun fyrir Norðurorku, innri endurskoðun fyrir HS Orku, ytri endurskoðun fyrir Eyþing (samband sveitarfélaga), ytri endurskoðun fyrir Félagsþjónustu A-hún.

Umrætt útboð náði til sérfræðiþjónustu sem getur ekki annað en verið bundin við þá starfsmenn sem henni sinna.

Aldrei hefur verið dregið í efa að starfsmenn kæranda uppfylli skilyrði örútbóðsins um nægilega þekkingu og reynslu.

Ljóst er að einstakir lögaðilar geta aldrei sem slíkir sýnt fram á eigin reynslu nema tengja það við ákveðna starfsmenn sem starfa innan lögaðilans og er því rökleysa að halda slíku fram í rökstuðningi fyrir því að tilboð einstakra bjóðenda séu ógild. Má í þessu sambandi til dæmis nefna að ef sá aðili sem búið er að semja við hefði ekki haft neinn endurskoðanda innanborðs er tilboðið var gert en félagið hefði áður unnið verkefni fyrir sveitarfélag þá hefði hann, ef litið er til röksemda kærðu, uppfyllt skilyrði umrædds útboðs um reynslu. Ljóst er að slík nálgun stenst enga skoðun. Það eru starfsmenn bjóðanda sem hafa sérfræðiþekkinguna og reynslu þrátt fyrir að bjóðandi skrifi út reikning fyrir vinnunni. Einnig verður hér að hafa í huga að það er endurskoðandinn sem áritar persónulega reikninga og ber ábyrgð á vinnunni.

Má því leiða að því rökum að það sé í raun ólöglegt sjónarmið í umræddu útboði að leggja höfuðáherslu á reynslu þess fyrirtækisins sem býður þegar sú þjónusta sem boðin er út verður ekki framkvæmd nema af einstaklingi sem hefur til þess löggildingu. Endurskoðun er vinna sem aðeins löggildir endurskoðendur mega sinna og því verður að horfa til þess hverjir innan vébanda þess fyrirtækis sem býður muni sinna starfinu. Endurskoðunarfyrirtæki getur haft innan vébanda sinna starfsmenn sem hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga, án þess að þeir séu endurskoðendur. Ef matið á hæfi bjóðanda byggir ekki á því að meta hvort bjóðandi hafi innan vébanda sinna endurskoðanda með löggildingu og reynslu af uppgjöri, þá er skilyrðið um reynslu, eins og það er framkvæmt í tilviki kærðu ólöglegt, því aðeins löggiltir endurskoðendur mega árita uppgjör. Reynslan sem gerð er krafa um verður því að liggja hjá þeim eiganda eða starfsmanni bjóðanda, sem sinna mun verkefninu.

Til stuðnings framangreindu má hér einnig vísa til 2. m. l. 46. laga nr. 84/2007 þar sem fram kemur að við mat á hæfi fyrirtækja megi krefjast þess að lögaðili tilgreini **nöfn og starfsmenntun** þeirra starfsmanna sem munu sjá um framkvæmd samningsins þegar m.a. er um að ræða þjónustusamninga. Þetta sýnir ljóslega að mat á hæfi lögaðila hlýtur að byggja á hæfi starfsmannanna. Einnig má í þessu sambandi benda á 50. gr. sömu laga þar sem tiltekið er með hvaða hætti fyrirtæki geta sýnt fram á tæknilega getu sína. Er í ákvæðinu m.a. tekið fram að hægt sé að vísa til þeirra tæknimanna eða tæknilegu aðila sem munu koma að framkvæmd samningsins og með upplýsingum um menntun og starfsréttindi þjónustuveitanda eða verktaka og/eða starfsmanna fyrirtækis, einkum þeirra sem bera munu ábyrgð á viðkomandi þjónustu eða vinnu við verk.

Hér má einnig vísa til almennra regla útboðsréttar sem er að finna í tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/18/EB frá 31. mars 2004, um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga. Í 44. gr. tilskipunarinnar er að finna tvö mikilvæg sjónarmið í opinberum innkaupum og útboðsrétti sem ekki eru uppfyllt í tilviki kærðu en það er skilyrði um að hæfi bjóðenda séu málefnaleg og í samræmi við þarfir kaupanda og verkefnið sem leysa á af hendi og hitt að tilgreint sé í tilboðsgögnum hverjar lágmarkskröfur til bjóðenda eru og hvernig færðar verði sönnur á hæfni bjóðenda, ef víkja á frá almennum reglum. Einnig má í þessu sambandi vísa til 46. gr. tilskipunarinnar varðandi bjóðendur sem þurfa að hafa sérstaka

heimild en kærðu kölluðu eftir upplýsingum um reynslu bjóðanda eftir opnun tilboða án þess að tilgreina sérstaklega að sýna yrði fram á reynslu kæranda, sem lögaðila, eða tiltaka að kærðu teldu ófullnægjandi að sýna fram á getu eigenda, stjórnenda eða starfsmanna kæranda, en það er frávik frá því sem almennt gildir og getur hér ekki talist málefnaleg ástæða þess að ógilda tilboð kæranda.

Ennfremur má í þessu sambandi benda á að sé fallist á röksemdafærslu og skilyrði kærðu sé ómögulegt fyrir nýja aðila að taka þátt í sambærilegum útboðum. Litlu myndi þá skipta hvort bjóðandi myndi ráða til sín fjölda reynslumikilla starfsmanna. Hann myndi ekki teljast vera með gilt tilboð þar sem lögaðillinn hefði ekki reynsluna. Augljóst er sú rökleysa sem þessari nálgun fylgir.

Með ákvörðun kærðu í umræddu örútbóði var brotið gegn jafnræði þeirra aðila sem þó höfðu verið metnir hæfir til að vera aðilar að umræddum rammasamningi.

Væri fallist á að sjónarmið kærðu um reynslu bjóðanda væru lögmæt hefði engu að síður átt að tilgreina þau skýrlega í útboðsgögnum. Ástæða þess er að samkvæmt almennum reglum mega fleiri en einn aðili standa sameiginlega að boði og jafnvel er nægjanlegt að bjóðandi sýni fram á að hann hafi þau viðföng sem til þarf til að leysa verkefni sem boðið er í, svo sem með þjónustu- eða samstarfssamningi við hæfan aðila. Í öllu falli liggur fyrir, að ef skilmálinn hefði verið settur fram í upphafi, um að ekki væri fullnægjandi að færa sönnur á getu bjóðanda með því að tilgreina þekkingu og reynslu eigenda og stjórnenda hans hefði fyrirsvarsmaður kæranda staðið að tilboðinu með fyrirtæki því sem hann er eigandi að og þannig hrundið slíkum skilmála útboðsins. Að öllu þessu virtu er augljóst að ákvörðun kærðu um meta tilboð kæranda ógilt byggir á ólögmætum og ómálefnalegum sjónarmiðum sem ekki lágu fyrir í tilboðsgögnum eða skilmálum áður en efnt var til útboðsins.

Í því örútbóði sem kæra þessi beinist að voru matsþættir 100% verð. Staðfest hefur verið í tölvupósti að kærandi bauð lægst í verkið en kærandi uppfyllti öll skilyrði útboðsins eins og rakið hefur verið hér að ofan. Tilboð hans var því gilt.

Kröfu sína um álit kærunefndar útboðsmála á skaðabótaskyldu kærðu byggir kærandi á 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Staðfest er að kærandi átti lægsta tilboðið í umrætt verk og hefði því átt að semja við hann í framhaldi útboðsins. Það var ekki gert. Á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttar hefur því stofnast skaðabótaskylda hjá kærðu gagnvart kæranda og er gerð krafa um staðfestingu kærunefndar útboðsmála þess efnis.

Kröfu sína um ákvörðun kærunefndar útboðsmála um greiðslu kærðu á málskostnaði kæranda byggir á 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Virðingarfyllst,



Hannes J. Hafstein, hdl.  
hannes@pacta.is

*Fylgiskjöl:*

- 1) Rammasamningur 4226
- 2) Útboðslýsing vegna örútboðs nr. 20148
- 3) Tilboð kæranda vegna örútboðs 20148 ásamt fylgigögnum
- 4) Tölvupóstur, dags. 2. október 2015 með upplýsingum um innsend tilboð
- 5) Tölvupóstur, dags. 12. október 2015 þar sem óskað er eftir nánari skýringum
- 6) Tölvupóstur, dags. 12. október 2015, nánari skýringar veittar
- 7) Ársreikningar Norðurþings 2006-2010
- 8) Tölvupóstur, dags. 30. október 2015, tilkynning um niðurstöðu örútboðs 20148
- 9) Tölvupóstur, dags. 30. október 2015, rökstuðningur vegna örútboðs 20148