

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 11. febrúar 2019

í máli nr. 24/2015B:

Enor ehf.

gegn

Hafnarfjarðarbæ,

Ríkiskaupum og

PricewaterhouseCoopers ehf.

Með ákvörðun 9. nóvember 2018 féllst kærunefnd útboðamála á kröfu kæranda, Enor ehf., þess efnis að fyrri úrskurður nefndarinnar milli sömu aðila í máli nr. 24/2015 frá 7. mars 2016 yrði endurupptekinn. Í málinu krefst kærandi þess enn sem fyrr að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi þá ákvörðun varnaraðila, Hafnarfjarðar og Ríkiskaupa, að meta tilboð kæranda ógilt í örútbóði nr. 20148 samkvæmt rammasamningi nr. 15392 á endurskoðun ársreiknings fyrir Hafnarfjarðarbæ, Hafnarfjarðarhöfn og GN eignir ehf. Þá er þess krafist að nefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila auk þess sem krafist er málskostnaðar.

Aðilum þess máls var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum og gögnum eftir ákvörðun um endurupptöku. Með bréfi 27. nóvember 2018 ítrekaði kærandi fyrri kröfur sínar og vísaði að meginstefnu til gagna og sjónarmiða sem hann hafði komið á framfæri í fyrra máli með kæru 11. nóvember 2015 og andsvörum 28. desember 2015. Með tölvupósti 23. nóvember 2018 vísuðu varnaraðilar Hafnarfjarðarbær og Ríkiskaup til þeirra sömu krafna og sjónarmiða og þeir höfðu komið á framfæri í greinargerð 1. desember 2015, þar sem þess var krafist að öllum kröfum kæranda yrði vísað frá eða þeim hafnað. PricewaterhouseCoopers ehf. hefur ekki látið málið til sín taka.

I

Ríkiskaup auglýstu í júlí 2013 rammasamningsútboð nr. 15392 um endurskoðun og reikningshald. Leitað var meðal annars tilboða í endurskoðun, gerð ársreikninga, innri endurskoðun o.fl. þjónustuliði sem endurskoðunarfyrirtæki veita almennt. Í grein 1.3.3 kom fram að bjóðandi skyldi vera skráð endurskoðunarfyrirtæki samkvæmt lögum um endurskoðun og uppfylla þau skilyrði sem sett væru í lögum nr. 79/2008. Þá var gert ráð fyrir að bjóðendur skyldu skila inn yfirliti yfir þá starfsmenn sem ætlaðir væru til verka sem tilheyrðu útboðinu, en gerðar voru ákveðnar kröfur um menntun þeirra og reynslu og var þeim ráðað í flokka með tilliti til hæfni þeirra að þessu leyti. Í grein 2.2 kom fram að við kaup innan rammasamnings gætu kaupendur gert ríkari hæfiskröfur og sett fram nánari valforsendur. Í grein 3.1 var þetta ítrekað en þar var áskilinn réttur fyrir kaupendur til að skilgreina nánar tæknilegt og fjárhagslegt hæfi bjóðenda eftir eðli og umfangi verkefnisins. Kom fram sem

dæmi um tæknilegar hæfiskröfur sem kaupendur gætu bætt við að gera mætti kröfur um „reynsl[u] eða aðgengi að reynslu vegna endurskoðunar sambærilegra eininga...“.

Hinn 21. september 2015 auglýstu Ríkiskaup fyrir hönd Hafnarfjarðarbæjar örútbod nr. 20148, þar sem óskað var tilboða innan rammansamnings nr. 15392 í endurskoðun ársreiknings Hafnarfjarðarbæjar, Hafnarfjarðarhafnar og GN eigna ehf. Í útbodsgögnum örútbodsins kom eftirfarandi fram:

„Gerð er krafa um að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa skuli hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekki lagaumhverfi þeirra. [...] Bjóðendur skulu fylla inn og skila staðfestingu á reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur að [svo] 1000 íbúum eða stærra.“

Þá kom fram að valið skyldi á milli gildra tilboða á grundvelli verðs eingöngu.

Hinn 2. október 2015 upplýstu varnaraðilar að fimm tilboð hefðu borist í útbodinu og að kærandi hefði átt lágsta tilboðið en PricewaterhouseCoopers ehf. næstlægsta. Með tölvupósti varnaraðila til kæranda 12. sama mánaðar óskuðu varnaraðilar eftir staðfestingu á reynslu bjóðandans af endurskoðun sveitarfélags með yfir 1000 íbúa, þar sem slík staðfesting hefði ekki fylgt tilboðinu. Með tölvubréfi sama dag sendi kærandi ársreikninga Norðurlands frá árunum 2006-2010 og upplýsti að þar kæmi fram að tiltekinn starfsmaður kæranda áritaði ársreikningana og hefði borið ábyrgð á endurskoðun sveitarfélagsins fyrrgreind ár. Þá kom fram að kærandi og aðrir bjóðendur gætu ekki verið með reynslu af endurskoðun heldur einstaklingarnir sem ynnu verkin og bæru ábyrgð á þeim. Með tölvupósti 30. október 2015 tilkynntu varnaraðilar að ákveðið hefði verið að taka tilboði PricewaterhouseCoopers ehf. Í rökstuðningi varnaraðila þann sama dag kom fram að krafa örútbodsgagna um reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstæði af 1000 íbúum eða fleiri hafi verið gerð til bjóðandans sjálfs, en ekki starfsmanna þeirra. Því uppfyllti kærandi ekki kröfur örútbodsgagna og tilboð hans var ekki talið gilt.

Með úrskurði kærunefndar útbodsmála 7. mars 2016 var kröfum kæranda vísað frá á þeim grundvelli að kæra málsins hefði borist að liðnum kærufresti samkvæmt þágildandi 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Miðað var við að kærufrestur hefði byrjað að líða við auglýsingu örútbodsins 21. september 2015 þar sem fulltrúum kæranda hefði ekki dulist að samkvæmt gögnum örútbodsins væri ekki talið fullnægjandi að aðeins starfsmenn endurskoðendaskrifstofu hefðu umrædda reynslu heldur hefði verið vísað til bjóðendanna sjálfra. Kærufrestur hefði því verið liðinn við móttöku kærunnar 20. nóvember 2015. Í kjölfar

Þessarar niðurstöðu höfðaði kærandi mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur á hendur varnaraðilum og PricewaterhouseCoopers ehf. 2. september 2016 þar sem hann krafðist þess að framangreindur úrskurður kærunefndar útboðsmála yrði felldur úr gildi auk málskostnaðar. Með dómi héraðsdóms 20. mars 2017 var úrskurðurinn felldur úr gildi á þeim grundvelli að kærufrestur hefði ekki verið liðinn við móttöku kæru, sem miðað var við að hefði borist kærunefnd 11. nóvember 2015. Með ákvörðun 9. nóvember 2018 féllst kærunefnd útboðsmála á kröfu kæranda um að fyrra mál aðila yrði endurupptekið í samræmi við dóm héraðsdóms.

II

Kærandi byggir á því að hann hafi uppfyllt skilyrði örútboðsgagna um að endurskoðunarskrifstofa hefði reynslu af endurskoðun sveitarfélaga með yfir 1000 íbúum. Með þessum skilmála útboðsgagna sé átt við að innan þjóðanda sé að finna nægilega reynslu og þekkingu. Reynsla og þekking á endurskoðun innan fyrirtækis geti aldrei verið annað en bundin við þá starfsmenn sem þar starfi á hverjum tíma. Fyrirsvarsmaður kæranda og einn eigenda hafi áritað fimm ársreikninga sveitarfélagsins Norðurþings á árunum 2006-2010 og borið ábyrgð á endurskoðun þess þegar hann starfaði hjá öðru fyrirtæki. Aðrir endurskoðendur hafi stýrt endurskoðun sama sveitarfélags eða unnið að henni um árabíl í störfum hjá öðru fyrirtæki. Þá hafi þessir sömu starfsmenn komið að endurskoðun annarra sveitarfélaga og fyrirtækja í eigu þeirra. Einstakir lögaðilar geti aldrei sem slíkir sýnt fram á eigin reynslu nema tengja það við ákveðna starfsmenn. Það sé í raun ólöglegt að leggja höfuð áherslu á reynslu fyrirtækis þegar sú þjónusta sem boðin er út verði ekki framkvæmd nema af einstaklingi sem hafi til þess löggildingu. Einungis löggiltir endurskoðendur megi vinna að endurskoðun og árita uppgjör á eigin ábyrgð, ekki endurskoðunarfyrirtæki.

Til stuðnings máli sínu vísar kærandi einnig til 2. ml. 46. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup þar sem fram komi að við mat á hæfi fyrirtækja megi krefjast þess að lögaðili tilgreini nöfn og starfsmenntun þeirra starfsmanna sem muni sjá um framkvæmd samnings. Þetta sýni að mat á hæfi lögaðila hljóti að byggja á hæfni starfsmanna. Þá sé tiltekið í 50. gr. sömu laga að hægt sé að vísa til tæknimanna eða þeirra tæknilegu aðila sem munu koma að framkvæmd samnings um menntun og starfsréttindi þjónustuveitanda. Einnig er vísað til 44. og 46. gr. tilskipunar nr. 2004/18/EB. Þá er byggt á því að sé fallist á röksemdafærslu varnaraðila sé ómögulegt fyrir nýja aðila að taka þátt í sambærilegum útboðum. Litlu myndi skipta hvort þjóðandi myndi ráða til sín fjölda reynslumikilla starfsmanna. Þá sé með umræddu skilyrði örútboðsgagna brotið gegn jafnræði aðila sem þó höfðu verið metnir hæfir til að vera aðilar að umræddum rammasamningi. Einnig hefði átt að tilgreina skilyrði varnaraðila um reynslu í útboðsgögnum, en þá hefði forsvarsmaður kæranda getað staðið að

tilboðinu sjálfur með kæranda og þannig hrundið umræddum skilmála útboðsins. Fyrir liggir að kærandi hafi átt lægsta tilboð í útboðinu og því hefði átt að semja við hann í framhaldi af útboðinu. Það hafi ekki verið gert og því hafi varnaraðilar því bakað sér bótaskyldu.

Kærandi mótmælir því einnig að kæra hafi borist að liðnum kærufresti. Kærandi hafi mátt túlka útboðsskilmála þannig við móttöku þeirra að skilmálar þeirra um reynslu af endurskoðun sveitarfélaga vísuðu til starfsmanna fyrirtækis, en ekki fyrirtækisins sjálfs. Ekkert tilefni hafi því verið til að kæra við rammisamningsútboðið fyrr. Slíkt tilefni hafi risið fyrst eftir að kæranda barst rökstuðningur varnaraðila við höfnun á tilboði hans 30. október 2015. Kæra hafi því ekki verið of seint fram komin þegar hún var lögð fram 11. nóvember sama ár. Kærandi telur auk þess að kröfur útboðsgagna hafi gengið gegn meðalhófsreglu enda ekki horft til raunverulegrar faglegrar þekkingar við mat á hæfi bjóðenda. Einnig feli skilmálarnir í sér samkeppnishindrun, þar sem reynsla starfsmanna skipti engu máli og erfitt sé fyrir ný fyrirtæki að hasla sér völl. Einnig hafi upplýsingagjöf kæranda staðist allar kröfur útboðsgagna. Ekki hafi komið fram í útboðsgögnum að staðfesting á reynslu hafi þurft að vera á ákveðnu formi. Þá hafi starfsmenn kæranda næga þekkingu á lagaumhverfi endurskoðenda og geti auk þess leitað sér aðstoðar eða ráðgjafar lögmanna, en í tilboði kæranda hafi komið fram að fyrirtækið væri í samstarfi við lögfræðistofu. Þá vegi reynsla starfsmanna þyngra en reynsla fyrirtækis sjálfs.

Kærandi byggir einnig á því að í útboðslýsingu umrædds örútbóðs hafi verið krafist að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa hefði reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekkti lagaumhverfi þeirra. Til að staðreyna þetta hafi bjóðendum verið gert að senda upplýsingar um framboðið endurskoðunarteymi. Ljóst hafi því verið að miða hafi átt við reynslu þeirra starfsmanna sem vinna hafi átt verkið en ekki fyrirtækisins sjálfs enda hefði annars verið óþarfi að óska eftir þessum upplýsingum. Sé þetta eðlilegt og málefnaleg nálgun þar sem um hæfisreglu sé að ræða sem byggir á persónulegri reynslu starfsmanna. Þá sé ljóst að hæfiskröfur verði að standa í málefnalegu sambandi við efni samnings auk þess sem virða verði grunnreglur um jafnræði og meðalhóf. Það geti með engu móti talist málefnalegt að hafna bjóðanda eingöngu á þeirri forsendu að fyrirtækið sem slíkt uppfylli ekki hæfiskröfur þegar fyrir liggur að einn eigenda félagsins og allir þeir starfsmenn sem ætlað var að vinna verkið höfðu víðtæka reynslu af endurskoðun sveitarfélaga. Með umræddri túlkun hafi kærandi verið útilokaður frá útboðinu á ómálefnalegan hátt.

III

Varnaraðilar byggja kröfu sína um frávísun máls þessa frá kærunefnd á því að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup hafi verið liðinn. Þegar kærandi hafi lagt fram kæru hafi 51 dagur verið liðinn frá því að örútboðsgögn hafi verið send til bjóðenda. Í raun hafi kærandi verið að kæra skilmála örútboðsins og því sé kæra hans of seint fram komin.

Þá byggja varnaraðilar á því að meðalhófs hafi verið gætt við framsetningu hæfiskrafna. Sérreglur gildi um endurskoðun sveitarstjórna samkvæmt sveitarstjórnarlögum og því hafi skipt höfuðmáli að endurskoðunarskrifstofa sem samið hafi verið við hafi getað unnið verkefnið af öryggi bæði hvað gæði og tímasetningu varði. Því hafi verið gerð krafa um reynslu endurskoðunarskrifstofu. Með tilboði kæranda hafi ekki borist staðfesting á reynslu fyrirtækisins. Þá hafi þau gögn sem kærandi hafi lagt fram eftir ósk varnaraðila þar um ekki staðfest reynslu fyrirtækisins af endurskoðun, heldur reynslu fyrirsvarsmanns kæranda af endurskoðun sveitarfélags. Þessi staðfesting hafi ekki staðist kröfur útboðsgagna.

Einnig megi gagnálykta af 1. mgr. 50. gr. þágildandi laga um opinber innkaup, þar sem miðað sé við að óska megi upplýsinga um þjónustu bjóðanda sl. þrjú ár, að þjónusta starfsmanns fyrir þann tíma komi ekki til álita. Ljóst sé að kærandi sem slíkur hafi ekki tilskilda reynslu þótt einn starfsmaður hans geti sýnt fram á að hann hafi í félagi við annan endurskoðanda ótengdum bjóðanda borið ábyrgð á endurskoðun sveitarfélags 2006-2010. Í tilboði kæranda hafi ekki verið byggt á hæfi annars fyrirtækis og ekki hafi verið um sameiginlegt tilboð með öðru fyrirtæki að ræða. Enn fremur hafi ekki verið gert ráð fyrir undirverktöku. Þá hafi ekki borist nein staðfesting kæranda á þekkingu á lagaumhverfi sveitarfélaga eins og krafist var í örútboðsgögnum. Sveitarstjórnarlög geri ráð fyrir að sveitarstjórn geti ráðið löggiltan endurskoðanda eða endurskoðunarfyrirtæki. Varnaraðilar hafi óskað eftir að ráða endurskoðunarfyrirtæki, ekki einstakling, sem væri löggiltur endurskoðandi. Sveitarfélagið sé með tæplega 28 þúsund íbúa og því brjóti það ekki meðalhófsreglu að krefjast þess að bjóðandi hafi reynslu af endurskoðun sveitarfélaga. Einnig verði að hafa í huga að þótt að þekking sé að vissu leyti persónubundin verði að ætla að í tengslum við endurskoðun eins og önnur sérfræðistörf, geti orðið til gögn, verkferlar og reynsla sem verði fremur tengd við fyrirtækið en einstaka starfsmenn. Það sé ekki sjálfgefið að reynsla einstaklings áður en hann hóf störf hjá fyrirtæki verði lögð að jöfnu við það að nýja fyrirtækið teljist búa yfir sömu reynslu. Þá hafi útboðsgögn ekki heimilað að líta til tæknilegrar getu starfsmanna.

IV

Kæra í máli þessu beinist að þeirri ákvörðun varnaraðila að meta tilboð kæranda ógilt í hinu kærða örútboði. Kærandi var fyrst upplýstur um þá ákvörðun af hálfu varnaraðila 30. október 2015, en kæra í máli þessu barst 11. nóvember 2015. Verður því ekki talið að kæra hafi borist að liðnum kærufresti samkvæmt 1. mgr. 94. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, sbr. 11. gr. laga nr. 58/2013.

Í grein 1.3.3 í skilmálum rammasamningsútboðs nr. 15392 kom fram að bjóðandi skyldi vera skráð endurskoðunarfyrtæki samkvæmt lögum um endurskoðun og uppfylla þau skilyrði sem sett væru í lögum nr. 79/2008 um endurskoðendur. Jafnframt var gert ráð fyrir að bjóðendur skiluðu inn yfirliti yfir þá starfsmenn sem kæmu til með að vinna að tilteknu verki hverju sinni auk þess sem gerðar væru ákveðnar kröfur til hæfni þeirra, menntunar og reynslu. Í grein 2.2 kom fram að við kaup innan samnings gætu kaupendur gert ríkari hæfiskröfur og sett fram nánari valforsendur en kæmu fram í útboðsgögnum. Í grein 3.1, sem fjallaði um örútboð innan rammasamnings, kom því næst fram að kaupendur áskildu sér rétt til þess að skilgreina nánar tæknilegt og fjárhagslegt hæfi bjóðenda eftir eðli og umfangi verks. Í dæmaskyni var nefnt að kaupendur gætu sett það skilyrði við örútboð að bjóðendur hefðu ákveðinn lágmarksfjölda starfsmanna, reynslu eða aðgengi að reynslu vegna endurskoðunar sambærilegra eininga. Á grundvelli þessarar heimildar voru gerðar þær kröfur í skilmálum hins kærða örútboðs að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa skyldi hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekkti lagaumhverfi þeirra. Þá kom jafnframt fram að bjóðendur skyldu skila staðfestingu á reynslu sinni af endurskoðun sveitarfélags sem samanstæði af 1000 íbúum eða fleiri. Af þessum skilmálum verður að mati kærunefndar skýrlega ráðið að ekki var talið fullnægjandi að aðeins starfsmenn hlutaðeigandi endurskoðunarfyrtækis hefðu umrædda reynslu af endurskoðun slíkra sveitarfélaga heldur var hér vísað til fyrirtækjanna sjálfra. Ekki verður fallist á það með kæranda að þessir skilmálar útboðsins hafi raskað jafnræði, verið ómálefnegalegir eða að öðru leyti ólögmatir. Verður því að hafna öllum kröfum kæranda í máli þessu.

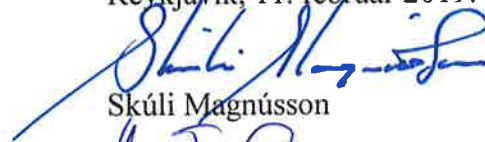
Rétt þykir að hver aðili beri sinn kostnað af málinu.

Úrskurðarorð:

Kröfum kæranda, Enor ehf., vegna örútboðs nr. 20148 innan rammasamnings nr. 15392 vegna endurskoðunar ársreiknings fyrir varnaraðila, Hafnarfjarðarbæ, Hafnarfjarðarhöfn og GN eignir ehf., er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 11. febrúar 2019.



Skúli Magnússon



Ásgerður Ragnarsdóttir



Auður Finnbogadóttir

