

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 20. mars 2020

Mál nr. E-2537/2019:

Enor ehf.

(Hannes Júlíus Hafstein lögmaður)

gegn

Hafnarfjarðarbæ og íslenska ríkinu

(Dagmar Sigurðardóttir lögmaður, Ívar Bragason lögmaður)

Dómur

Mál þetta var höfðað 3. júní 2019 og dómtekið 3. mars sl.

Stefnandi er Enor ehf., Hafnarstræti 53, Akureyri.

Stefnt er Hafnarfjarðarbæ, Strandgötu 6, Hafnarfirði, og íslenska ríkinu.

Stefnandi krefst þess að felldur verði úr gildi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 11. febrúar 2019 í máli nr. 24/2015B, Enor ehf. gegn Hafnarfjarðarbæ, Ríkiskaupum og PricewaterhouseCoopers ehf. Að auki er þess krafist að stefndu verði dæmdir sameiginlega til greiðslu málskostnaðar.

Af hálfu beggja stefndu er krafist sýknu og að stefnandi verði dæmdur til greiðslu málskostnaðar.

I.

Með örútbóði nr. 20148, þar sem útboðslýsing var send út þann 21. september 2015, óskuðu Ríkiskaup fyrir hönd stefnda Hafnarfjarðarbæjar eftir tilboðum í endurskoðun ársreiknings sveitarfélagsins frá og með reikningsárinu 2015 að telja til og með reikningsárinu 2019. Nánar tiltekið tók 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. Samningstími skyldi vera 5 ár og verð var eina valforsendan. Innan rammasamnings um endurskoðun og reikningshald eru alls 12 fyrirtæki og er stefnandi á meðal þeirra. Tilboðsfrestur rann út 2. október 2015 og bárust alls fimm tilboð. Stefnandi var með lágsta tilboðið en tilboð voru neðangreind:

1. Stefnandi (Enor) 4.725.000 kr.

- | | |
|-------------------|---------------|
| 2. PWC | 5.795.000 kr. |
| 3. Deloitte | 5.859.000 kr. |
| 4. KPMG | 5.990.000 kr. |
| 5. Grant Thornton | 8.942.126 kr. |

Í örútbodslýsingu hafði komið fram að tilboð yrðu eingöngu metin á grundvelli innsendra gagna. Gögn málsins sýna að af hálfu Ríkiskaupa var send fyrirspurn til stefnanda með tölvupósti 12. október 2015 þar sem óskað var eftir staðfestingu á reynslu fyrirtækisins af endurskoðun sveitarfélags sem næði áskildum stærðarmörkum, þ.e. 1000 íbúar eða fleiri. Með tölvuskeyti frá stefnda sama dag voru sendir ársreikningar sveitarfélags sem starfsmaður stefnanda hafði áritað í félagi við annan endurskoðanda undir merkjum fyrirtækisins PWC.

Með tilkynningu 30. október 2015 voru niðurstöður örútbodisins birtar. Þar kom fram að ákveðið hefði verið að taka tilboði að fjárhæð 5.795.000 kr. án virðisaukaskatts, enda hefði tilboðið verið metið hagstæðast fyrir kaupanda samkvæmt matslíkani útboðslýsingar. Samhliða var stefnanda tilkynnt að tilboð hans hefði verið metið ógilt. Í rökstuðningi til stefnanda var vísað til þess að stefnandi hefði ekki sent staðfestingu á reynslu fyrirtækisins af endurskoðun sveitarfélags sem samanstæði af 1000 íbúum eða stærra, eins og krafist var í útboðsgögnum. Stefnandi kærði niðurstöðu útboðisins 11. nóvember 2015. Úrskurður kærunefndar útboðsmála var kveðinn upp 7. mars 2016 í máli nr. 24/2015, Enor ehf. gegn Hafnarfjarðarbæ, Ríkiskaupum og PricewaterhouseCoopers ehf. Kærinni var vísað frá á þeim forsendum að kærufrestur hefði verið liðinn þegar kæran var lögð fram.

Stefnandi höfðaði mál til ógildingar á úrskurði kærunefndar útboðsmála og var dómur kveðinn upp 20. mars 2017 í máli nr. E-2486/2016 þar sem fallist var á kröfur stefnanda um ógildinguna úrskurðarins. Stefndu leituðu leyfis til áfrýjunar til Hæstaréttar en beiðni um áfrýjunarleyfi var synjað. Eins og fram kemur í stefnu krafðist stefnandi þess að mál kærunefndar útboðsmála nr. 24/2015 yrði endurupptekið og kvað kærunefnd útboðsmála upp úrskurð sinn í máli nr. 24/2015B hinn 11. febrúar 2019 þar sem tekin var efnisleg afstaða til krafna stefnanda. Kærunefndin féllst ekki á þær röksemdir stefnanda að skilmálar útboðisins hefðu raskað jafnræði, verið ómálefnalegir eða að öðru leyti ólögmatir. Stefnandi hefur lýst sig ósammála þessari niðurstöðu kærunefndarinnar og hefur af þeim sökum höfðað mál þetta.

Ágreiningur málsaðila snýst um það hvort hæfiskröfur örútboðs 20148 hafi verið ólögmetar samkvæmt ákvæðum rammisamningsútboðs 15392 og lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, þ.e. hvort heimilt hafi verið að gera kröfu um að hlutaðeigandi endurskoðunarskrifstofa skyldi hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur af 1000 íbúum eða stærra og þekkti lagaumhverfi þeirra. Nánar er um það deilt hvort tilboð stefnanda hafi verið ógilt þar sem starfsmaður stefnanda, sem lagði fram tilboðið, lagði eingöngu fram staðfestingu á því að hann sjálfur hefði endurskoðað sveitarfélagið Norðurþing árin 2006–2010 en fyrir liggur að stefnandi hóf starfsemi 1. júní 2012.

II.

Stefnandi reisir kröfu sína um ógildingu úrskurðar kærufndar útboðsmála á því að niðurstaða kærufndarinnar hafi verið röng. Túlkun stefndu á skilmálum útboðsins hafi verið ólögmet og mat þeirra á tilboði stefnanda hafi verið ómálefnalegt.

Stefnandi átti aðild að rammisamningi 15392 RK 14.21 sem örútboð 20148 var byggt á. Á bls. 3 í útboðslýsingu fyrir örútboðið, í umfjöllun um umfang verks, hafi verið sett það skilyrði að *endurskoðunarskrifstofa* skyldi hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekkja lagaumhverfi þeirra. Ekki hafi því verið um beina tilvísun til fyrirtækisins sem slíks að ræða heldur hafi stefnandi með réttu mátt túlka ákvæðið þannig að innan bjóðanda (fyrirtækisins) væri að finna nægilega þekkingu og reynslu. Í kafla um kröfur hafi svo verið tiltekið að *bjóðendur* skyldu fylla inn og skila staðfestingu á reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstæði af 1000 eða fleiri íbúum. Stefnandi hafi með réttu mátt ætla að bjóðendur gætu uppfyllt skilyrði um reynslu með staðfestingu á því að starfsmenn þeirra uppfylltu þessi skilyrði. Augljóst sé að fyrirtæki geti ekki uppfyllt kröfur um reynslu og þekkingu án þess að tengja slíkt við ákveðna starfsmenn sem búi yfir þeirri þekkingu og reynslu sem krafist er. Stefnandi bendir í þessu samhengi á það að í lögum um endurskoðendur komi fram að enginn hafi heimild til að endurskoða nema að hafa til þess löggildingu en einungis einstaklingar geti fengið þessa löggildingu.

Stefnandi hafnar þeim röksemdum Ríkiskaupa að vísað sé til *fyrirtækis* í útboðsgögnum varðandi reynslu. Í útboðsgögnunum sé gerð krafa um að viðkomandi *endurskoðunarskrifstofa* hafi reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekki lagaumhverfi þeirra. Augljóslega sé hér átt við það að innan endurskoðunarskrifstofunnar sé að finna starfsmenn með nægilega þekkingu og reynslu. Reynsla og þekking á endurskoðun innan fyrirtækis geti aldrei verið annað en bundin við þá starfsmenn sem

þar starfa á hverjum tíma. Láti starfsmenn af störfum glatist sú þekking og reynsla sem þeir búa yfir umfram aðra starfsmenn en m.a. með hliðsjón af þessu hafi stefnandi veitt í útboðinu upplýsingar um þá starfsmenn sem að framkvæmd þjónustunnar myndu koma.

Í tilboðsferlinu hafi stefnandi sýnt fram á að fyrirsvarsmaður hans, og einn eigenda, hefði áritað fimm ársreikninga, árin 2006–2010, og borið ábyrgð á endurskoðun Norðurþings í þann árafjölda, þá sem starfsmaður hjá PwC. Þar að auki hafi aðrir löggiltir endurskoðendur hjá stefnanda, sem jafnframt séu eigendur stefnanda, stýrt endurskoðun Norðurþings eða unnið að henni um árabíl, þegar þeir voru í starfi hjá PwC. Síðan árið 2012 hafi stefnandi 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) og ytri endurskoðun fyrir Félagsþjónustu A-hún.

Stefnandi byggir á því að útboðið hafi tekið til sérfræðiþjónustu sem hljóti að vera bundin við þá starfsmenn sem henni sinna. Aldrei hafi verið dregið í efa að starfsmenn stefnanda uppfylli skilyrði örútbóðsins um nægilega þekkingu og reynslu.

Ljóst sé að einstakir lögaðilar geti aldrei sem slíkir sýnt fram á eigin reynslu nema tengja það við ákveðna starfsmenn sem starfa innan lögaðilans og því sé rökleysa að halda slíku fram í rökstuðningi fyrir því að tilboð einstakra bjóðenda séu ógild. Það séu starfsmenn bjóðanda sem hafi sérfræðiþekkinguna og reynsluna þrátt fyrir að bjóðandi skrifi út reikning fyrir vinnunni. Einnig beri að hafa í huga að það sé endurskoðandinn sem áriti persónulega reikninga og beri ábyrgð á vinnunni.

Því megi leiða að því rök að það sé í raun ólöglegt sjónarmið í umræddu útboði að leggja höfuðáherslu á reynslu fyrirtækis þegar sú þjónusta sem boðin er út verði ekki framkvæmd nema af einstaklingi sem hafi til þess löggildingu. Endurskoðun sé vinna sem aðeins löggiltir endurskoðendur mega sinna og því verði að horfa til þess hverjir innan vébanda þess fyrirtækis sem býður muni sinna starfinu. Endurskoðunarfyrirtæki geti haft innan vébanda sinna starfsmenn sem hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga, án þess að þeir séu endurskoðendur. Ef matið á hæfi bjóðanda byggist ekki á því að meta hvort bjóðandi hafi innan vébanda sinna endurskoðanda með löggildingu og reynslu af endurskoðun, þá sé skilyrðið um reynslu, eins og það er túlkað í tilviki stefndu ólöglegt, því aðeins löggiltir endurskoðendur megi árita ársreikninga sveitarfélaga. Reynslan sem gerð sé krafa um verði því að liggja hjá þeim eiganda eða starfsmanni bjóðanda sem sinna muni verkefninu.

Til stuðnings framangreindu vísar stefnandi til ákvæðs 2. ml. 46. gr. 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 sjá muni um framkvæmd samningsins þegar m.a. sé um að ræða þjónustusamninga. Þetta sýni ljóslega að mat á hæfi lögaðila hljóti að byggjast á hæfi starfsmannanna. Einnig skírskotar stefnandi til ákvæða 50. gr. sömu laga og almennra reglna útboðsréttar, sbr. tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/18/EB frá 31. mars 2004, um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga.

Stefandi telur að ef fallist yrði á röksemdafærslu og skilyrði stefndu væri ómögulegt fyrir nýja aðila að taka þátt í sambærilegum útboðum. Litlu myndi þá skipta hvort bjóðandi réði til sín fjölda reyndra starfsmanna. Hann myndi ekki teljast vera með gilt tilboð þar sem lögaðilinn hefði ekki reynsluna.

Hér megi einnig hafa til hliðjónar að önnur sveitarfélög hafi einnig boðið út endurskoðun á grundvelli sama rammasamnings.

Stefnandi telur að í því tilviki sem hér er til skoðunar hafi ekki verið raunhæft að byggja tilboð á undirverktöku þar sem ljóst sé að það hafi aðeins verið stærstu endurskoðunarskrifstofur landsins sem uppfylltu skilyrðið eins og það sé túlkað af stefndu. Þessar skrifstofur séu sjálfar aðilar að rammasamningnum, hafi boðið í verkið í eigin nafni og því ekki komið til greina að semja við þær um undirverktöku við gerð tilboðsins. Þetta styðji það sem stefnandi hafi haldið fram, þ.e. að ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið för við ákvörðun skilmálanna og túlkun þeirra.

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

Væri fallist á að sjónarmið stefndu um reynslu bjóðanda væru lögmæt hefði engu að síður átt að tilgreina þau skýrlega í útboðsgögnum. Stefnandi hefði þá átt þess kost að fyrirvarsmaður stefnanda stæði að tilboðinu með stefnanda og uppfyllti þannig skilmála útboðsins eins og stefndu túlka þá. Ljóst sé að slíkt tilboð hefði í engu breytt raunverulegu hæfi þeirra sem ætlað var að framkvæma það verk sem útboðið tengdist.

Staðfest hafi verið í tölvupósti að stefnandi hefði boðið lægst í verkið en hann hafi einnig uppfyllt öll skilyrði útboðsins, eins og rakið hafi verið hér að ofan. Tilboð hans hafi því verið gilt.

Í málinu sem hér er til skoðunar hafi stefnandi þegar verið aðili að viðkomandi rammasamningi og verið metinn hæfur til aðildar að honum. Í útboðslýsingu hafi verið

gerð krafa um reynslu endurskoðunarskrifstofu en ekki vísað til fyrirtækisins sem slíks. Stefnandi hafi því með réttu mátt ætla að hér væri gerð krafa um reynslu endurskoðunarteymisins sem var boðið fram. Það hafi svo ekki verið fyrr en með ákvörðun Ríkiskaupa um að meta tilboð stefnanda ekki gilt að stefnandi var upplýstur um túlkun stefndu á skilmálum útboðslýsingar.

Af öllu framansögðu virtu telur stefnandi að stefndu hafi farið út fyrir það svigrúm sem þeir höfðu við ákvörðun hæfiskrafna þar sem grunnreglur útboðsréttar um jafnræði og meðalhóf hafi ekki verið virtar ásamt því að skilyrði um bjóðendur hafi ekki verið reist á hlutlægum grunni. Stefnandi hafi verið útilokaður frá útboðinu með ómálefnalegum hætti og tilgangur skilmála útboðsins, eins og þeir voru túlkaðir af stefndu, hafi verið að einungis tilteknir bjóðendur gætu boðið í verkið.

III.

Af hálfu stefnda íslenska ríkisins er á því byggt að tilboð stefnanda hafi verið ógilt og því ekki verið heimilt að taka því samkvæmt 2. mgr. 72. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007. Það sé meginregla laga um opinber innkaup að allir bjóðendur sitji við sama borð og þurfi að uppfylla sömu kröfur svo tilboð þeirra komi til greina. Óheimilt sé að taka lægsta tilboði ef bjóðandi uppfyllir ekki kröfur útboðsskilmála. Meginatriðið sé að stefndu hafi þurft að meta tilboðin út frá þeim kröfum sem höfðu verið settar fram í örútbodsgögnum. Ef stefndu hefðu vikið frá þeim kröfum hefðu þeir gerst sekir um brot gegn jafnræðisreglu 14. gr. laga nr. 84/2007 og reglu 71. gr. laga nr. 84/2007 um þau tilboð sem koma til greina. Þar segir að eingöngu skuli litið til gilda tilboða. Stefnanda hafi verið sýnd sú tillitsemi að kalla eftir staðfestingu og frekari gögnum sem hann vanrækti að senda inn með tilboði sínu en þrátt fyrir það hafi stefnanda ekki tekist að uppfylla skýrar kröfur útboðsgagna.

Í örútbodsgögnum hafi verið gerð krafa um reynslu varðandi tæknilega getu endurskoðunarskrifstofu þannig að heimilt væri að líta til reynslu starfsmanna. Taki kaupandi fram í útboðslýsingu að heimilt sé að líta til fyrri reynslu starfsmanna hjá öðrum fyrirtækjum sé það lögmætt. Hins vegar sé ólögmætt að taka tillit til slíkrar reynslu þegar engin slík heimild er í útboðsgögnum. Samkvæmt 2. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007 sé óheimilt að meta tilboð á grundvelli annarra forsendna en fram koma í útboðsgögnum, sbr. 45. gr.

Stefndi hafi 12. október 2015 bent stefnanda á, eftir opnun tilboða, að hann hefði ekki skilað staðfestingu á reynslu endurskoðunarskrifstofunnar af endurskoðun

sveitarfélags með 1000 íbúa eða fleiri og gefið honum kost á að uppfylla þá kröfu. Stefndi hafi gert þetta umfram skyldu þar sem einungis sé um heimild að ræða í 53. gr. laga nr. 84/2007 til að kalla eftir frekari gögnum. Starfsmaður stefnanda hafi sama dag sent ársreikninga Norðurþings fyrir árin 2006–2010 sem hann hafði áritað í félagi við annan endurskoðanda undir merkjum fyrirtækisins PWC. Í svari stefnanda hafi verið vísað í almenna umsögn í tilboði um reynslu annarra starfsmanna stefnanda af endurskoðun sveitarfélags án þess að gerð væri tilraun til að staðfesta þá umsögn með nokkrum hætti. Stefndi hafi gætt meðalhófs og gefið stefnanda kost á að senda gögnin inn, þrátt fyrir að í örútbodslýsingu kæmi skýrt fram að tilboð yrðu einungis metin á grundvelli innsendra gagna. Jafnvel þótt stefnanda væri þannig gefinn kostur á að lagfæra tilboð sitt hafi hann ekki skilað umbeðnum gögnum, en mótmælt því að hæfiskröfur gætu átt við um fyrirtækið þótt þær væru fyllilega lögmætar skv. 1. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007.

Í örútbodslýsingu kom fram undir fyrirsögninni „Umfang verkefnis“ að gerð væri krafa um að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa hefði reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekkti lagaumhverfi þeirra. Einnig kom fram undir fyrirsögninni „Meginskyldur verktaka“ að verkefnið myndi fela í sér „stjórnsýsluendurskoðun“. Ástæðan hafi verið sú að með nýjum sveitarstjórnarlögum árið 2011 varð stjórnsýslueftirlit þáttur í starfi endurskoðenda sveitarfélaga, sbr. 3. mgr. 72. gr. laganna. Í fylgigögnum með tilboði stefnanda hafi hvergi komið fram að bjóðandi þekkti lagaumhverfi sveitarfélaga. Hér sé ekki átt við ákvæði laga um endurskoðun reikninga sveitarfélags heldur lagaumhverfi sveitarfélaga að öðru leyti, þ.e. stjórnsýslulög, upplýsingalög o.fl. Tilboð stefnanda hafi því verið ógilt.

Mjög mikilvægt hafi verið fyrir meðstefnda Hafnarfjarðarbæ, eitt stærsta sveitarfélag landsins, að fyrirtæki sem samið yrði við hefði nægilega reynslu til að geta uppfyllt skilmála örútbodisins. Gætt hafi verið meðalhófs við framsetningu krafna um reynslu og ekki farið fram á reynslu í ákveðinn árafjölda.

Aðeins hafi verið krafist staðfestingar á að bjóðandi hefði endurskoðað sveitarfélag með 1000 íbúa eða stærra þótt meðstefndi Hafnarfjarðarbær hefði 27.875 íbúa árið 2015 og ræki að auki umfangsmikla starfsemi í fyrirtækjum í eigu sveitarfélagsins.

Kaupanda sé heimilt að ákveða hvaða hæfiskröfur hann setji fram í útbodsskilmálum og hann meti það hverju sinni í tengslum við efni samnings, sbr. 50. gr. laga nr. 84/2007. Honum sé þannig heimilt að gera mismunandi kröfur í eigin

útboðum hverju sinni. Það fari eftir umfangi verkefnis og flækjustigi hversu miklar kröfur kaupandi gerir en hann verði vissulega að gæta meðalhófs við framsetningu hæfiskrafna í samræmi við efni samningsins. Í Hafnarfirði hafi búið um 27.875 manns árið 2015 en til samanburðar megi geta þess að í Norðurþingi bjuggu þá um 2.806 manns. Aðeins hafi verið krafist reynslu af endurskoðun sveitarfélags með 1000 íbúa, sem telja megi mjög hóflega kröfu. Að krefjast þess að fyrirtækið sem slíkt hafi reynslu brjóti ekki í bága við meðalhófsregluna því að hér sé um stórt verkefni að ræða sem krefjist þess að innan fyrirtækis hafi skapast reynsla af sambærilegum verkefnum og verkferlar í tengslum við þau.

Stefnandi vísar til þess að þótt þekking sé að vissu leyti persónubundin, þá 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 sem slíkt en ekki eingöngu þá einstaklinga sem hjá því starfa. Það sé því ekki sjálfgefið að reynsla einstaklings áður en hann hóf störf hjá fyrirtæki eða reynsla hjá öðru fyrirtæki veiti nýja fyrirtækinu sömu reynslu.

Ekki sé heimilt að kalla eftir reynslu til lengri tíma en þriggja sl. ára samkvæmt a-lið ii í 1. mgr. 50. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007 þegar boðin er út þjónusta. Í tilboði stefnanda og síðar sendum gögnum hafi hvergi verið staðfest að fyrirtækið eða starfsmenn þess hefðu reynslu af endurskoðun sveitarfélags með 1000 íbúa eða stærra sl. þrjú ár. Staðfesting á reynslu starfsmanns stefnanda hafi verið fyrir tímabil meira en þremur árum fyrir.

Gagnálykta megi út frá framangreindu lagaákvæði a-liðar ii í 1. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007, þar sem miðað er við þjónustu sl. þrjú ár, að þjónusta starfsmanns fyrir þann tíma komi ekki til álita. Staðfesting stefnanda hafi lotið að því að starfsmaður fyrirtækisins hefði slíka reynslu frá árunum 2006–2010 er hann starfaði hjá PWC. Staðfestingin hafi því varðað tímabil sem var ekki í samræmi við kröfu 50. gr. laga nr. 84/2007 og ekki vegna starfa hjá stefnanda.

Í stefnu haldi stefnandi því fram að ekki hafi verið heimilt að setja sérstakar kröfur um hæfi bjóðanda í örútbóðslýsingu þar sem búið hafi verið að meta hæfi bjóðenda þegar þeir voru metnir hæfir seljendur innan rammasamningsins. Þessu mótmælir stefndi með vísan til þess að þjónustuútboð séu um margt ólík vöruútboðum. Í rammasamningnum hafði verið áskilinn réttur til að skilgreina hæfi nánar í tengslum við tiltekið verkefni.

Þetta sé nauðsynlegt því að sá aðili sem veitir þjónustuna geti e.t.v. sinnt sérhæfðum verkefnum á öðru sviði þótt hann hafi ekki reynslu til að sinna þessu tiltekna verkefni.

Skilmálar rammasamnings í útboði 15392, sem teljist hluti rammasamnings við stefnanda, gildi um samninga sem gerðir eru með örútboðum innan rammasamningsins. Í rammasamningsskilmálum 15392, í kafla 3.1. um örútboð, segi að „í örútboði er áskilinn er réttur til að skilgreina nánar tæknilegt og fjárhagslegt hæfi bjóðenda eftir eðli og umfangi verkefnisins.“ Nefnd séu dæmi um tæknilegar hæfiskröfur „sem kaupendur geta bætt við í örútboði (ekki tæmandi listi)“ T.d. „aðild að alþjóðlegum endurskoðunarfyrtækjum, ákveðinn lágmarksfjöldi starfsmanna, reynsla eða aðgengi að reynslu vegna endurskoðunar sambærilegra eininga s.s. endurskoðunar fjármálafyrtækja, kröfur um þekkingu á tilteknum alþjóðlegum endurskoðunarstöðlum, kröfur um reynslu af tölvuendurskoðun, o.fl.“

Það að krefjast reynslu endurskoðunarfyrtækis af endurskoðun sveitarfélags af tiltekinni stærð hafi því verið í samræmi við skilmála rammasamnings sem stefnandi var aðili að og hafði samþykkt með aðild sinni að honum árið 2013. Stefnandi hafi einnig samþykkt framlengingu á rammasamningnum og þannig tvívegis samþykkt að hlíta framangreindum skilmálum.

Sérreglur gildi um endurskoðun sveitarfélaga og skipti höfuðmáli fyrir stjórn sveitarfélags að endurskoðunarskrifstofa sem samið er við geti unnið verkefnið af öryggi bæði hvað gæði og tímasetningu varðar. Í ljósi þessa hafi verið farin sú leið að gera kröfu um *tæknilega getu fyrirtækisins sjálfs*, sbr. 1. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007 en ekki tæknilegra aðila sem koma að framkvæmd samnings, eins og heimilt sé samkvæmt b-lið 1. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007.

Í tilboði stefnanda hafi ekki verið byggt á hæfi annars fyrirtækis eins og heimilt sé samkvæmt 2. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007 og ekki hafi verið um sameiginlegt tilboð með öðru fyrirtæki að ræða.

Að mati stefnda sýndi stefnandi af sér tómlæti og glataði þar með rétti til að gera athugasemdir við kröfur örútboðsins um reynslu bjóðenda. Í skilmálum rammasamningsins sem gildi um örútboð þetta frá júlí 2013 hafi komið fram í kafla um örútboð að heimilt væri að skilgreina nánar tæknilegt og fjárhagslegt hæfi bjóðanda eftir eðli og umfangi verkefnisins. Þessu hafi stefnandi ekki mótmælt við útboð á rammasamningnum rúmum tveimur árum áður en örútboðið fór fram og gengið að

framangreindum skilmálum er hann lagði fram tilboð sitt í rammasamningsútboðinu 30. ágúst 2013.

Stefndi hafi sent örútbóðslýsingu nr. 20148 til stefnanda 21. september 2015. Í örútbóðsgögnum hafi bjóðendum verið gefið tækifæri til að senda inn fyrirspurnir og athugasemdir við útboðsgögnin og fyrirspurnarfrestur verið til 28. september. Engar athugasemdir hafi borist frá stefnanda um kröfur útboðsskilmála varðandi reynslu bjóðanda. Hann hafi enga staðfestingu sent með tilboði sínu eins og gerð hafi verið krafa um í útboðsgögnum. Með þessu hafi stefnandi sýnt af sér tómlæti.

IV.

Sýknukröfu sinni til stuðnings vísar stefndi Hafnarfjarðarbær til eftirfarandi málsástæðna.

Í grein 1.3.3 í skilmálum rammasamningsútboðs nr. 15392 hafi komið skýrt 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 hafi í skilmálunum verið 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 voru ákveðnar kröfur til hæfni þeirra, menntunar og reynslu. Í grein 2.2 í skilmálunum 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 í skilmálunum, sem fjallaði um örútbóð 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 hafi þar verið tiltekið að kaupendur gætu sett það sem skilyrði við örútbóð að bjóðendur hefðu ákveðinn lágmarksfjölda starfsmanna og reynslu eða aðgengi að reynslu vegna endurskoðunar sambærilegra eininga. Það hafi verið á grundvelli þessarar heimildar sem gerðar voru þær kröfur í skilmálum örútbóðsins að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa hefði reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekkti lagaumhverfi þeirra. Þá hafi jafnframt komið fram í skilmálum örútbóðsins að bjóðendur skyldu skila staðfestingu á reynslu sinni af endurskoðun sveitarfélags sem samanstæði af 1000 íbúum eða fleiri. Samkvæmt ofangreindum skilmálum hafi ekki verið talið fullnægjandi að aðeins starfsmenn hlutaðeigandi endurskoðunarfyrtækis hefðu umrædda reynslu af endurskoðun slíkra sveitarfélaga heldur hafi hér verið vísað til fyrtækjanna sjálfra.

Stefndi byggir einnig á því að málefnaleg rök hafi legið því til grundvallar að ofangreindir skilmálar hafi verið settir fram og að meðalhófs hafi verið gætt við framsetningu þeirra hæfiskrafna sem settar hafi verið fram í örútboðinu. Fyrir liggi að sérreglur gildi um endurskoðun sveitarstjórna samkvæmt VII. kafla sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 og því hafi stefnandi talið það skipta höfuðmáli að endurskoðunarskrifstofa sem samið væri við gætið unnið verkefnið af öryggi bæði hvað gæði og tímasetningu varðaði.

Einnig byggir stefndi á því að gagnálykta megi af 1. mgr. 50. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 84/2007, 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.

V.

Í 4. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 84/2007, sem í gildi voru á þeim tíma sem um ræðir í máli þessu, var hugtakið „*bjóðandi*“ skilgreint sem fyrirtæki sem lagt hefur fram tilboð í útboði, samningskaupum eða samkeppnisviðræðum. Samkvæmt 6. tl. sama lagaákvæðis var „*fyrirtæki*“ skilgreint sem „samheiti, notað til einföldunar, yfir verktaka, seljanda vöru og veitanda þjónustu“. Í þessu samhengi er og til þess að líta að samkvæmt þágildandi lögum nr. 79/2008 um endurskoðendur var gerður greinarmunur á endurskoðanda annars vegar og endurskoðunarfyrirtæki hins vegar.

Svo sem fyrr greinir fór umrætt örútboð fram á grundvelli rammasamnings 15392 RK 14.21 um endurskoðun og reikningshald frá október 2013, sem Ríkiskaup gerði við stefnanda og fleiri endurskoðunarfyrirtæki. Rammasamningur 15392 byggðist á rammasamningsútboði sem Ríkiskaup stóð fyrir í júlímánuði 2013.

Í örútboðslýsingunni sem tilboð stefnanda byggðist á var tekið fram á bls. 3, undir fyrirsögninni „Umfang verkefnis“, að unnið skyldi „samkvæmt ákvæðum 7. kafla í samþykktum sveitarstjórnarlögum (samþykkt 17. september 2011) um fjármál sveitafélaga, í samræmi við lög um bókhald og ársreikninga sveitarfélaga, settar reikningsskilareglur og aðrar þær reglur sem gilda um bókhald og uppgjör sveitarfélaga“. Á sama stað var jafnframt orðrétt gerður eftirfarandi áskilnaður: „Gerð er krafa um að viðkomandi endurskoðunarskrifstofa skuli hafa reynslu af endurskoðun sveitarfélaga og þekki lagaumhverfi þeirra.“ Nokkru aftar í sama skjali, undir yfirskriftinni „Kröfur“, kom fram að bjóðendur skyldu „fylla inn og skila staðfestingu á reynslu af endurskoðun sveitarfélags sem samanstendur af 1000 íbúum eða stærra“.

Í sveitarstjórnarlögum nr. 138/2011, sem vísað var til í framangreindri útboðslýsingu, kemur fram í 1. mgr. 72. gr. að sveitarstjórn ráði „löggiltan endurskoðanda eða endurskoðunarfyrtæki“ sem skuli annast endurskoðun ársreikninga hjá sveitarfélaginu. Af þessu verður ekki annað ráðið en að heimilt hafi verið í því tilviki sem hér um ræðir að setja nánari skilyrði um hæfi bjóðenda sem slíkra, þ.e. endurskoðunarfyrtækjanna sem aðild áttu að fyrrnefndum rammasamningi, fremur en einstakra endurskoðanda innan þeirra raða. Í þessu samhengi hefur dómurinn ekki litið fram hjá því að þágildandi lög nr. 84/2007 geymdu í 7. kafla sérstök ákvæði um „hæfi þátttakenda og bjóðenda í opinberum innkaupum“, sbr. m.a. ákvæði í 1. mgr. 50. gr. laganna, þar sem mælt var fyrir um að „tæknileg geta fyrirtækis“ skyldi vera „það trygg að það geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda“. Þá var í sama ákvæði tekið fram að eftir því sem nauðsynlegt væri vegna eðlis, umfangs, mikilvægis eða ætlaðrar notkunar verks, þjónustu eða vöru gæti fyrirtæki m.a. fært sönnur á tæknilega getu sína með lista yfir þau verk „sem fyrirtæki hefur annast síðastliðin fimm ár ásamt vottorðum um fullnægjandi efndir stærstu verksamninga þegar um er að ræða innkaup á verki. Í þessum vottorðum skal koma fram virði, dagsetning og staðsetning verks ásamt upplýsingum um hvort verk var unnið fagmannlega og lokið með fullnægjandi hætti. Þar sem við á skal það stjórnvald sem gefur út vottorð senda það milliliðalaust til kaupanda.“

Við úrlausn ágreinings málsaðila telur dómurinn jafnframt óhjákvæmilegt að líta til efnis áðurnefnds rammasamningsútboðs nr. 15392, þar sem öll ákvæði miðuðust við að bjóðandi væri skráð endurskoðunarfyrtæki sem uppfyllti skilyrði laga um endurskoðendur, sbr. grein 1.3.3 í útboðslýsingunni. Í rammasamningsútboðinu kom nánar fram, í kafla 3.1., að af hálfu stefnda, Ríkiskaupa, væri áskilinn „réttur til að skilgreina nánar tæknilegt og fjárhagslegt hæfi bjóðenda eftir eðli og umfangi verkefnisins“. Þá var og tekið fram, í grein 2.2., að Ríkiskaup myndu fyrir hönd kaupenda semja við þá aðila sem uppfylltu lágmarkskröfur útboðslýsingarinnar og að við kaup innan samnings gætu kaupendur gert ríkari hæfiskröfur og sett fram nánari valforsendur. Að þessum skilmálum gekk stefnandi með gerð rammasamningsins í október 2013.

Samkvæmt þessu verður á það fallist með stefndu að heimilt hafi verið á grundvelli rammasamnings og gildandi laga að gera áskilnað um hæfi endurskoðunarfyrtækja, fremur en einstakra endurskoðanda, í umrætt sinn, þ.e. gagnvart þeim fyrirtækjum sem gefinn var kostur á að skila inn tilboðum í endurskoðun

og reikningshald fyrir Hafnarfjarðarbæ, Hafnarfjarðarhöfn og GN eignir ehf. í títtnefndu örútbóði.

Með því að komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að heimilt hafi verið að setja fram greindar kröfur í örútbóðslýsingunni sem send var út 21. september 2015 verður jafnframt talið að stefnanda hafi borið að uppfylla skilmála útbóðsins að þessu leyti. Stefnanda var boðið að leggja fram nánari upplýsingar um hæfi fyrirtækisins, sbr. áðurnefnd tölvupóstsamskipti 12. október 2015, en gögnin sem starfsmaður stefnanda sendi þann dag voru ekki til þess fallin að sýna að fyrirtækið uppfyllti þær hæfiskröfur sem gerðar höfðu verið um fyrri reynslu af endurskoðun fyrir sveitarfélög af þeirri stærðargráðu sem nefnd var í útbóðslýsingu. Í ljósi íbúafjölda í Hafnarfirði á þessum tíma verður ekki talið að brotið hafi verið gegn meðalhófi með því að gera þá kröfu að hlutaðeigandi endurskoðunarfyrtæki hefðu reynslu af endurskoðun fyrir sveitarfélög þar sem íbúar væru 1000 eða fleiri.

Að áliti dómsins var ekki ómálefnalegt að binda útbóðskröfur við endurskoðunarfyrtæki sem slík, fremur en einstaka endurskoðendur, þar sem gera verður ráð fyrir að endurskoðunarvinna og reikningshald fyrir stærri sveitarfélög móti verkferla sem viðhaldast hjá fyrirtækjum og miðlað er milli starfsmanna þar, en einyrki hefur ekki með sama hætti kost á að tileinka sér og viðhalda. Að áliti dómsins er þessi síðastnefnda krafa ekki úr hófi útilokandi eða ómálefnaleg þar sem stefnanda hefði verið í lófa lagið að gera tilboð í samvinnu við annað endurskoðunarfyrtæki, jafnvel sem undirverktaka, í því skyni að uppfylla þær hæfiskröfur sem gerðar voru í örútbóðslýsingunni.

Með vísan til alls framanritaðs verður öllum kröfum stefnanda í máli þessu hafnað.

Í samræmi við úrslit málsins og 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála, nr. 91/1991 verður stefnanda gert að greiða málskostnað stefndu, sem þykir hæfilega ákveðinn 1.100.000 krónur til hvors um sig.

Arnar Þór Jónsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

Dómsorð:

Stefndu, Hafnarfjarðarbær og íslenska ríkið, eru sýknir af öllum dómkröfum stefnanda, Enor ehf., í máli þessu.

Stefnandi greiði stefnda, Hafnarfjarðarbæ, 1.100.000 krónur í málskostnað.

Stefnandi greiði stefnda, íslenska ríkinu, 1.100.000 krónur í málskostnað.

Arnar Þór Jónsson