

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 22. desember 2023

í máli nr. 14/2023:

Úti og inni sf.

gegn

Vegagerðinni,

Reykjavíkurborg,

Kópavogsbæ,

Ríkiskaupum og

Eflu hf.

Lykilorð

Endurupptökubeiðni hafnað.

Útdráttur

Ú sf. krafðist þess að úrskurður kæruneftndar útboðsmála frá 13. september 2022 í máli nr. 3/2022 yrði endurupptekinn. Var krafa Ú sf. reist á því að nýjar upplýsingar um hækkandi kostnað vegna Fossvogsbúarinnar hefðu komið fram og að óvissa væri um tæknilega útfærslu sigurtillögu hönnunarsamkeppninnar um brúnna. Í niðurstöðu kæruneftndar útboðsmála voru skilmálar samkeppnislýsingar sem lutu að kostnaði tillagna reifaðir og hvernig mat hefði verið lagt á kostnað tillagnanna. Þá var vísað til þess að kostnaðarliður hönnunarsamkeppninnar hefði haft afar lítið vægi á fyrra þrepi. Ekki yrði talið að þær upplýsingar sem Ú sf. hefði lagt fram gætu talist nýjar þannig að endurupptaka skyldi málið. Önnur sjónarmið sem Ú sf. hefði teft fram hefðu jafnframt ekki verið studd nægilegum sönnunargögnum til þess að endurupptaka gæti komið til greina. Með vísan til þessa og annars sem rakið var í ákvörðuninni var kröfu Ú sf. um endurupptöku úrskurðarins því hafnað.

Með erindi móttæknu hjá kæruneftnd útboðsmála 21. febrúar 2023 krafðist Úti og inni sf. (hér eftir „endurupptökubeiðandi“) að úrskurður kæruneftndar útboðsmála frá 13. september 2022 í máli nr. 3/2022 yrði endurupptekinn. Erindið barst upphaflega til innviðaráðuneytisins 5. febrúar 2023, en framsent til kæruneftndar útboðsmála 21. febrúar s.á. Hinn 22. febrúar 2023 var endurupptökubeiðanda tilkynnt um að erindið hefði verið framsent til kæruneftndar útboðsmála. Var endurupptökubeiðanda tilkynnt að beðið væri með frekari úrvinnslu málsins þar til hann léti kæruneftndina vita hvort hann hygðist halda beiðninni til streitu. Hinn 25. febrúar 2023 krafðist endurupptökubeiðandi þess að kæruneftnd útboðsmála ógilti val á sigurtillögu í hönnunarsamkeppni um Fossvogsbú, að hönnunarvinna tengdri Fossvogsbú

verði stöðvuð og sett verði lögbann, og að kærunefnd útboðsmála taki verkefnið úr höndum Vegagerðarinnar og setji það í hendur hlutlausra aðila.

Öðrum aðilum í málinu var kynnt endurupptökubeiðnin og gefinn kostur á að tjá sig. Með athugasemdum 4. apríl 2023 krefst Vegagerðin (hér eftir „varnaraðili“) þess að kröfu endurupptökubeiðanda verði hafnað. Aðrir hagsmunaaðilar hafa ekki látið málið til sín taka.

Endurupptökubeiðandi skilaði andsvörum 9. maí 2023.

Kærunefnd útboðsmála óskaði eftir frekari gögnum og upplýsingum frá varnaraðila 30. júní 2023, sem bárust nefndinni 22. ágúst 2023. Kærandi sendi kærunefndinni tölvupóst 10. september 2023 sem varðaði breytingar á sigurtillögu hönnunarsamkeppninnar. Kærunefnd útboðsmála óskaði í kjölfarið eftir frekari upplýsingum og gögnum frá varnaraðila um mat tillögum á fyrra og seinna þrepi hönnunarsamkeppninnar, og barst svar frá varnaraðila 29. september 2023. Kærunefnd útboðsmála taldi svo rétt að varnaraðili fengi að tjá sig um efni tölvupóstsins frá kæranda, og bárust athugasemdir frá varnaraðila um það 3. nóvember 2023.

I

Mál þetta á rætur sínar að rekja til auglýsingar varnaraðila í mars 2021 um útboð nr. 21336 auðkennt „Brú yfir Fossvog. Hönnunarsamkeppni. Keppnislýsing“, sem auglýst var á Evrópska efnahagssvæðinu og innanlands. Um var að ræða opna hönnunarsamkeppni (framkvæmdasamkeppni) um útlit og hönnun brúar yfir Fossvog fyrir almenningssamgöngur, hjólandi og gangandi umferð ásamt stígum, akreinum og umhverfi að brúnni innan samkeppnissvæðis. Dómnefnd, sem m.a. var skipuð einstaklingum frá varnaraðilum, lagði mat á innsendar tillögur og gaf þeim einkunn, en auk þess var hæfisnefnd falið að meta hæfi bjóðenda til þátttöku samkvæmt útboðsskilmálum. Í samkeppninni bárust 15 tillögur sem allar voru metnar gildar, og var þar af leiðandi öllum gefin stig af dómnefnd. Tilkynnt var um niðurstöðu fyrra þreps samkeppninnar 27. ágúst 2021. Tillaga endurupptökubeiðanda komst ekki áfram á seinna þrep samkeppninnar. Hinn 8. desember 2021 var tilkynnt um sigurvegara samkeppninnar og var ákveðið að ganga að tilboði Eflu hf. Hinn 3. janúar 2022 var bjóðendum tilkynnt að tilboð Eflu hf. hafi verið endanlega samþykkt og að kominn væri á bindandi samningur við fyrirtækið.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 17. desember 2021 kærði Úti og inni sf. ákvörðun varnaraðila um val á þátttakendum í fyrra þrepi hönnunarsamkeppninnar og niðurstöðu hennar, og krafðist að ákvörðun um val á þátttakendum í seinna þrepi, samkeppnin og niðurstaða hennar yrði úrskurðuð ógild. Þá var krafist álits kærunefndar útboðsmála á skaðabótaskyldu varnaraðila og málskostnaðar.

Kærunefnd útboðsmála kvað upp úrskurð í málinu 13. september 2022. Í úrskurðinum var byggt á því að kærufrestur vegna ákvörðunar varnaraðila um val á seinna þrep hönnunarsamkeppninnar hefði verið liðinn við móttöku kæru í málinu og þeim hluta kærunnar var því vísað frá nefndinni. Til skoðunar kom því aðeins krafa kæranda um álit nefndarinnar á skaðabótaskyldu varnaraðila, sbr. 2. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Kærunefndin hafnaði málatilbúnaði kæranda sem laut í meginatriðum að vanhæfi dómnefndarmanna, vanhæfni varnaraðila Vegagerðarinnar og að brot gegn jafnræði við útboðið. Var kröfu kæranda um álit kærunefndar á skaðabótaskyldu varnaraðila því hafnað og féll málskostnaður niður.

II

Líkt og að framan greinir beindi endurupptökubeiðandi erindinu sínu fyrst til innviðaráðuneytisins 5. febrúar 2023. Í erindi endurupptökubeiðanda þangað var farið fram á að ráðherra ógildi niðurstöðu hönnunarsamkeppninnar um Fossvogsbrú, enda ljóst samkvæmt frétt í fjölmiðlinum Heimildinni að sigurtillaga Eflu hf. hafi ekki verið í samræmi við forsendur samkeppninnar. Endurupptökubeiðandi byggði á því að kostnaður við mannvirkið væri í engu samræmi við forsendur samkeppninnar, en fréttin bæri með sér að kostnaður við sigurtillöguna væri langt umfram viðmið. Það væru litlar sem engar líkur á að kostnaðaráætlun yrði haldin í verkinu. Þá byggði endurupptökubeiðandi á því að stjórn varnaraðila Vegagerðarinnar væri vanhæf til að annast hönnunarsamkeppni sem þessa vegna náinna tengsla við vinningshafa. Endurupptökubeiðandi byggði einnig á að mikil óvissa ríki um ryðfrítt stál í söltu sjávarumhverfi, enda þekkist hvergi að brýr væru byggðar úr því efni nema með örfáum undantekningum og þá helst í göngubrúum. Þá benti endurupptökubeiðandi á að varnaraðili Vegagerðin hafi verið dæmd til að greiða skaðabætur vegna fyrri umferðar samkeppninnar um Fossvogsbrú, en hafi ekki ennþá greitt þær.

Í erindi sínu til kærunefndar útboðsmála 25. febrúar 2023 vísar endurupptökubeiðandi til erindis síns til innviðaráðuneytisins og þeirra málsástæðna sem þar hafi komið fram. Bendir endurupptökubeiðandi á að nýjar upplýsingar sýni að vinningstillagan hafi ekki uppfyllt kröfur samkeppnislýsingar varðandi kostnað. Það sé grundvallaratriði, enda gjörólík viðmið í sigurtillögunni og þeirri tillögu sem endurupptökubeiðandi og teymið hans hafi staðið að. Kærunefnd útboðsmála geti ekki litið framhjá þessu og hljóti að þurfa að taka nýja afstöðu í málinu. Það blasi við að líklegt sé að kostnaðurinn hækki verulega til viðbótar. Þá sýni nýjar upplýsingar gríðarlega tæknilega óvissu í tillögu vinningshafa sem sé í engu samræmi við forsendur samkeppninnar, líkt og fram komi í blaðagrein Heimildarinnar. Þá liggi jafnframt

fyrir að þetta mat sé í engu samræmi við mat dómnefndar á tillögu hönnunarteymis endurupptökubeiðanda. Endurupptökubeiðandi telji jafnframt að mat kærunefndar útboðsmála á umfangi vinnunnar sem Efla hf. hafi unnið fyrir varnaraðila um Fossvogsbú, áður en til samkeppninnar hafi komið, sé á villigötum og annaðhvort hafi verið ákveðið að draga verulega úr áhrifum þessa þáttar í úrskurðinum eða um vanþekkingu sé að ræða. Svo virðist sem önnur viðmið gildi en í fyrri úrskurði kærunefndarinnar, þar sem þetta hafi verið gert að megininntaki. Endurupptökubeiðandi hafi að auki fært rök fyrir því að forskot vinningshafa og nán tengsl við lykilmál hjá varnaraðila hafi gert vinningshafa mögulegt að taka þátt í samkeppninni á allt öðrum forsendum en aðrir þátttakendur. Það hafi enda ekki staðið annað til en að fela Eflu hf. verkefnið.

Endurupptökubeiðandi vísar jafnframt til þess að varnaraðilar Vegagerðin, Reykjavíkurborg og Kópavogsbær hafi ekki enn greitt skaðabætur vegna fyrra máls vegna Fossvogsbúarinnar, en næstum þrjú ár séu liðin síðan sá úrskurður hafi verið kveðinn upp. Þá hafi endurupptökubeiðandi upplýsingar um fleiri svindlmál, sem gerð verði betri skil opinberlega eftir því sem tími vinnist til. Að auki séu mörg samgöngumannvirki sem sigurvegari samkeppninnar hafi hannað meingölluð, án þess að samgönguyfirvöld hafi brugðist við. Þau haldi áfram að færa sama fyrirtæki verkefni á færubandi og haldi flestum samkeppnishæfum aðilum markvisst úti, með fáum undantekningum. Enn fremur sé hönnunarsamkeppnin um Fossvogsbú eina samkeppnin á fagsviðinu sem haldin hafi verið í um áratug, en aðilar hjá varnaraðila og sigurvegara samkeppninnar vilji ekki útboð og samkeppni og hafi tekist að búa þannig um hnútana að fáir eða engir komist að á fagsviðinu. Enginn bregðist við sökum nánna tengsla þessara aðila. Loks bendir endurupptökubeiðandi á að stigakerfi samkeppninnar hafi verið furðulegt og hægt hafi verið að haga útkomu eftir hentugleika.

Endurupptökubeiðandi bendir í lokaathugasemdum sínum á að rangar upplýsingar hafi legið til grundvallar þegar kæra vegna máls 3/2022 hafi verið unnin. Þar á meðal hafi upplýsingar um kostnað sigurtillögunnar hvergi verið nefnd á nafn í fyrri kæru né í úrskurði kærunefndar útboðsmála. Gerð hafi verið sú krafa í samkeppnislýsingu að miða skyldi við áætlaðan kostnað, þrátt fyrir að varnaraðili hafi haldið öðru fram. Upplýsingar um kostnað brúarinnar hafi ekki komið fram fyrr en í blaðagrein í Morgunblaðinu í desember 2022, ekki í Heimildinni sem varnaraðili hafi talið vera. Þá fyrst hafi verið staðfest hversu yfiringilegur kostnaður sé um sigurtillöguna. Endurupptökubeiðandi bendir jafnframt á að athugasemdir hans um tæknilega óvissu snúi að grundvallaratriðum í verkfræði, þ.e. í fyrsta lagi þá hafi engin brú af þessari stærðargráðu verið byggð úr ryðfríu stáli, í öðru lagi séu engar rannsóknir til um þol

brúarmannvirkja úr ryðfríu stáli af þessari stærðargráðu og í svo mikilli nálægt við saltan sjó úthafsins, og í þriðja lagi þá sé engin þekking á brúarmannvirkjum úr ryðfríu stáli á Íslandi. Dórnafndinni hafi því borið að vísa sigurtillögunni frá, hafi hún ætlað sér að fylgja samkeppnisforsendum. Endurupptökubeiðandi andmælir loks að tæknileg óvissa hafi áður verið tekin til umfjöllunar kærunefndar útboðsmála. Fyrir liggir að stór hluti kæruliða og athugasemda endurupptökubeiðanda hafi verið vísað frá á forsendum varnaraðila um tímafresti.

III

Varnaraðili bendir í fyrsta lagi á að svo virðist sem endurupptökubeiðandi hafi ekki heimild til þess að óska eftir endurupptöku í málinu. Sá sem riti beiðnina sé framkvæmdastjóri félags og verði ekki séð að hann hafi umboð eða aðra heimild til þess að koma fram fyrir hönd Úti og inni sf. Þá sé umræddur aðili ekki fyrirvarsmaður Úti og inni sf. og því stafi erindið ekki frá aðila máls kærunefndar útboðsmála nr. 3/2022. Þá séu kröfur í erindi endurupptökubeiðanda þess eðlis að ómögulegt sé að taka þær til greina. Val tilboða verði ekki ógilt á þessu stigi, en auk þess séu gerðar kröfur sem hvorki hafi verið gerðar í upphaflegu kærumáli né rúmist innan heimilda kærunefndarinnar.

Þá telji varnaraðili að beiðni um endurupptöku hafi borist utan tímafresta samkvæmt 2. mgr. 24. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, en þar segi meðal annars að eftir að þrjú mánuðir séu liðnir frá því að aðila hafi verið tilkynnt um ákvörðun samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. eða aðila var eða mátti vera kunnugt um breytingu á atvikum þeim sem ákvörðun samkvæmt 2. tölul. 1. mgr. hafi verið byggð á, verði beiðni um endurupptöku máls ekki tekin til greina, nema að fengnu samþykki frá öðrum aðilum málsins. Úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 3/2022 hafi verið kveðinn upp 13. september 2022, en endurupptökubeiðnin hafi í fyrsta lagi verið sett fram er kæra endurupptökubeiðanda hafi verið móttækin af innviðaráðuneytinu 5. febrúar 2023. Beiðnin hafi því borist utan þeirra tímafresta sem fjallað sé um í 2. mgr. 24. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 og samþykki varnaraðili ekki að beiðnin verði tekin til meðferðar. Þá sé að mati varnaraðila ekkert sem réttlæti að beiðnin hafi verið sett fram utan þessa tímafresta, enda byggist beiðnin ekki á nýjum upplýsingum eða gögnum.

Verði ekki fallist á að beiðni endurupptökubeiðanda hafi borist utan tímafresta eða beiðnin verði tekin til efnislegrar úrlausnar á grundvelli ólögfesta reglna stjórnsluréttarins byggir varnaraðili á því að engar nýjar upplýsingar liggja fyrir í málinu og að lagalegar forsendur séu að öllu leyti þær sömu. Ekki hafi verið gerð krafa um að áætlaður kostnaður við byggingu brúarinnar yrði innan tilgreindra marka, heldur hafi kostnaðurinn verið meðal þeirra atriða sem hafi verið metin til stiga í tengslum við ákvörðun um val tilboðs. Endurupptökubeiðandi hafi

haft undir höndum upplýsingar um þetta, sem og um þann kostnað sem Efla hf. hafi áætlað að brúin myndi kosta, auk þess sem endurupptökubeiðandi hafi byggt á þessari málsástæðu í máli 3/2022. Röksemdir endurupptökubeiðanda séu að öllu leyti þær sömu og hann hafi haft uppi undir rekstri máls 3/2022 og hafi því legið fyrir kærunefnd útboðsmála þegar kveðinn hafi verið upp úrskurður í málinu. Verði málið þar af leiðandi ekki endurupptekið með vísan til þessara málsástæðna endurupptökubeiðanda.

Varnaraðili vísar þá til þess að þær nýju upplýsingar um tæknilega óvissu í sigurtillögunni sem endurupptökubeiðandi vísi til komi fram í blaðgrein í Heimildinni, sem sé aftur á móti pistill sem fyrirvarsmaður endurupptökubeiðanda hafi sjálfur skrifað. Hin ætlaða tæknilega óvissa virðist byggjast á ráðgerðu efnisvali, en varnaraðili vísar til þess að í grein 3.3.3 í samkeppnislýsingu hafi komið fram kröfur varðandi efnisval brúarinnar. Þar hafi meðal annars komið fram að byggingarefni brúarinnar skyldi vera rekstrar- og viðhaldsvænt, og að efnisval þyrfti að miðast við lausnir sem lágmarki umhverfisáhrif og losun koltvísýrings. Þá hafi komið fram að efnisval væri meðal þeirra atriða sem dómnefnd samkeppninnar skyldi meta til stiga, sbr. C-lið greinar 4.7.1.1 samkeppnislýsingar, sbr. einnig C-lið greinar 4.7.2.1 á seinna þrepi samkeppninnar. Endurupptökubeiðandi hafi haft undir höndum upplýsingar um þessi atriði sem og um ætlaða tæknilega óvissu á vinningstillögunni við meðferð málsins hjá kærunefnd útboðsmála í máli 3/2022. Því séu röksemdir kæranda um ætlaða tæknilega óvissu að öllu leyti þær sömu og hann hafi haft uppi undir rekstri máls nr. 3/2022, þær hafi enn fremur legið fyrir kærunefnd útboðsmála þegar hún hafi kveðið upp úrskurð sinn og því verði málið ekki endurupptekið með vísan til þessara röksemda endurupptökubeiðanda.

Varnaraðili vísar aukinheldur til þess að í endurupptökubeiðninni séu ekki færðar fram haldbærar röksemdir fyrir því að úrskurður kærunefndar útboðsmála hafi verið rangur, lagalegar forsendur hafi breyst eða nefndin hafi byggt á röngum eða ófullnægjandi upplýsingum. Röksemdir kæranda séu þær hinar sömu og kærunefnd útboðsmála hafi hafnað með úrskurði sínum í máli nr. 3/2022.

Að því er varðar athugasemdir endurupptökubeiðanda um stigagjöf samkeppninnar þá bendir varnaraðili á að endurupptökubeiðandi hafi verið að fullu upplýstur um hvernig stigagjöf samkeppninnar yrði háttáð í samkeppnislýsingu. Þá hafi endurupptökubeiðandi búið yfir upplýsingum um mat á hans eigin tillögu, og þessar röksemdir og andsvör varnaraðila hafi legið fyrir þegar kærunefnd útboðsmála hafi kveðið upp úrskurð sinn í máli 3/2022. Í úrskurði nefndarinnar hafi verið miðað við að ekki væru forsendur til að fjalla um kröfu endurupptökubeiðanda að svo miklu leyti sem þær lytu að atvikum sem hafi verið honum kunnug eða hafi mátt vera honum kunnug 27. ágúst 2021, þ. á m. umkvartanir hans um að mat

dómnefndar á tillögu hans hafi verið áfátt. Endurupptökubeiðandi hafi ekki gert sérstakar athugasemdir við almennt fyrirkomulag stigakerfis samkeppninnar undir rekstri máls nr. 3/2022, og verði úrskurður kærunefndarinnar því ekki endurupptekinn með vísan til atriða sem honum hafi verið kunnugt um en kosið að gera ekki athugasemdir við með kæru sinni í máli 3/2022.

IV

A.

Í athugasemdum varnaraðila 4. apríl er byggt á því að forsvarsmáður endurupptökubeiðanda hafi ekki heimild til þess að óska eftir endurupptöku í málinu, heldur sé hann framkvæmdarstjóri annars félags og ekki verði séð að hann hafi umboð eða aðra heimild til þess að koma fram fyrir hönd endurupptökubeiðanda. Á það verður ekki fallist. Í úrskurði kærunefndar útboðsmála nr. 3/2022, hvers beðist er endurupptöku á, kom sami aðili fram fyrir hönd kæranda, og lá fyrir að kærandi í því máli og umræddur aðili og félag hans unnu saman að þeirri tillögu sem skilað var í hönnunarsamkeppninni. Varnaraðili hafði ekki uppi neinar athugasemdir um aðkomu umrædds aðila við meðferð máls nr. 3/2022 og var því litið svo á að hann hefði sannanlegt umboð til þess að kæra málið og vera í forsvari fyrir kæranda. Þá ber jafnframt að líta til þess að hvergi í lögum nr. 120/2016 eru gerðar sérstakar kröfur til þess hvaðan kæra stafar, að öðru leyti en svo að í kæru skuli koma fram upplýsingar m.a. um kæranda, varnaraðila og þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem er kærð, sbr. 2. mgr. 106. gr. laganna. Verða því ekki gerðar strangari kröfur til þessa en leiðir af eðli máls hverju sinni. Umræddur aðili stendur nú að kröfu um endurupptöku málsins og eru málsaðilar allir þeir hinir sömu. Verður því lagt til grundvallar að umræddur aðili hafi heimild til þess að koma fram fyrir hönd endurupptökubeiðanda og hafa uppi kröfur í máli þessu.

B.

Samkvæmt 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup gilda stjórnslulög nr. 37/1993 um meðferð mála fyrir kærunefnd útboðsmála að öðru leyti en kveðið er á um í lögum nr. 120/2016. Um endurupptöku mála fyrir kærunefnd útboðsmála fer því eftir 24. gr. laga nr. 37/1993. Samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 24. gr. á aðili máls rétt á því að mál sé tekið til meðferðar á ný, eftir að stjórnvald hefur tekið ákvörðun, hafi ákvörðun byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik. Samkvæmt 2. tölul. 1. mgr. 24. gr. á aðili máls einnig rétt á því að mál sé tekið til meðferðar á ný ef íþyngjandi ákvörðun um boð eða bann hefur byggst á atvikum sem breyst hafa verulega frá því að ákvörðun var tekin. Í 2. mgr. 24. gr. segir meðal annars að

eftir að þrjú mánuðir eru liðnir frá því að aðila var tilkynnt um ákvörðun skv. 1. tölul. 1. mgr., eða aðila var eða mátti vera kunnugt um breytingu á atvikum þeim sem ákvörðun skv. 2. tölul. 1. mgr. var byggð á, verður beiðni um endurupptöku máls þó ekki tekin til greina, nema að fengnu samþykki frá öðrum aðilum málsins. Í athugasemdum um 24. gr. í frumvarpi því sem varð að stjórnarsýslulögum má ráða að skilyrðinu um samþykki í 2. mgr. 24. gr. sé ætlað að takmarka endurupptöku máls í þeim tilvikum sem hún fer í bága við hagsmuni annarra aðila þess.

Í fyrrgreindum athugasemdum kemur einnig fram að aðili geti átt rétt til endurupptöku máls í fleiri tilvikum en eru tilgreind í 24. gr., ýmist á grundvelli lögfesta reglna eða óskráðra. Séu þannig sem dæmi leiddar að því líkur að ákvörðun stjórnvalds sé andstæð lögum er því almennt rétt að meta hvort þörf sé á að fjalla á ný um mál með tilliti til þeirra röksemda sem endurupptökubeiðni styðst við og, eftir atvikum, taka nýja ákvörðun að undangenginni viðeigandi málsmeðferð, sbr. álit umboðsmanns Alþingis 8. júní 2022 í málum nr. 11308/2021, 11312/2021 og 11315/2021. Í umræddum álitum var einnig rakið að þótt takmarkanir samkvæmt 24. gr. stjórnarsýslulaga giltu ekki samkvæmt orðanna hljóðan, þegar beiðni um endurupptöku styddist við ólögfestar reglur, yrði að líta svo á að skyldur stjórnvalds til að fjalla á ný um mál á slíkum grundvelli væru ekki ótímabundnar. Við mat á því hvort uppfyllt væru skilyrði til endurupptöku á ólögfestum grunni kynnu tómlætissjónarmið þannig að hafa þýðingu. Að mati kærufndar útboðsmála þykir einnig mega leggja til grundvallar að öndverðir hagsmunir annarra aðila hafi þýðingu við mat á því hvort endurupptaka skuli mál á grundvelli ólögfesta reglna.

Við mat á því hvort endurupptökubeiðni hafi borist tímanlega þykir verða að líta til þess hvort einhver ný gögn eða nýjar upplýsingar hafi borist, eða atvik hafi breyst í verulegum atriðum frá því að úrskurður var kveðinn upp. Í beiðni endurupptökubeiðanda er aðallega og í öllum meginatriðum byggt á því að kostnaður sigurtillögunnar standist ekki samkvæmt nýjum upplýsingum og að við blasi að kostnaðurinn muni hækka verulega til viðbótar. Í erindi endurupptökubeiðanda til innviðaráðuneytisins er jafnframt vísað til fréttar á vef fjölmiðilsins Heimildarinnar frá 26. janúar 2023 þar sem fram kæmi að kostnaður við Fossvogsbrúnna yrði talsvert dýrari en áætlaður kostnaður hefði upphaflega staðið til. Þótt kærandi vísi ekki til þess skilur kærufnd málatilbúnað hans svo að þessu leyti að hann byggji á því að fyrirkomulag og framkvæmd hönnunarsamkeppninnar hafa brotið gegn 1. mgr. 79. gr. laga nr. 120/2016 þar sem fram kemur að kaupandi skuli velja fjárhagslega hagkvæmasta tilboð á grundvelli: 1. lægsta verðs, 2. minnsta kostnaðar eða 3. besta hlutfalls milli verðs og gæða. Að auki byggir kærandi á því að nýjar upplýsingar sýni tæknilega óvissu í sigurtillögunni.

Kærunefnd útboðsmála óskaði eftir því að varnaraðili legði fram upplýsingar og, eftir atvikum gögn, um það hvernig staðið hefði verið að því að meta hagkvæmni tillagna í hönnunarsamkeppninni. Þær upplýsingar og gögn bárust kærunefndinni 22. ágúst 2023, og lagði varnaraðili fram samantekt á kostnaði vegna einstakra verkþátta ásamt einingaverðum varnaraðila, minnisblað fyrir dómnefnd, umsagnir og umræður á dómnefndarfundum 15. og 16. nóvember 2021 í tengslum við mat á tillögum á seinna þrepi hönnunarsamkeppninni, og samantektarblað vegna einkunnagjafar á seinna þrepi hennar. Kærunefndin óskaði aftur eftir frekari gögnum frá varnaraðila hinn 25. september 2023, þ. á m. upplýsingum um hvaða sjónarmið hefðu verið lögð til grundvallar til þess að sigta út tillögur á fyrra þrepi hönnunarsamkeppninnar, hvernig þær tillögur sem komust á seinna þrepið hefðu verið metnar í samræmi við þær sem ekki komust þangað, auk upplýsinga um hvaða sjónarmið hefðu verið lögð til grundvallar til þess að leggja mat á kostnaðaráætlanir tillagnanna. Þá var þess óskað að lögð yrðu fram gögn, s.s. vinnuskjöl, minnisblöð, einkunnagjöf á fyrra þrepi og annað sem væri til þess fallið að varpa gæti ljósi á framangreint. Umbeðnar upplýsingar og gögn voru lögð fram 29. september 2023.

Kærunefnd útboðsmála hefur kynnt sér framlögð gögn í málinu. Af þeim verður ráðið, og er það í sjálfu sér óumdeilt í málinu, að áætlaður kostnaður vegna Fossvogsbrúarinnar hefur hækkað umtalsvert á þeim tíma frá því að tilkynnt var um sigurtillögu í hönnunarsamkeppninni um brúnna. Í grein 3.3.4 í samkeppnislýsingu hönnunarsamkeppninnar, sem bar yfirheitið „Raunhæfni tillögu. Kostnaður“, kom fram að í innsendum tillögum skyldi lýsa hvernig mannvirki eru hönnuð með hagkvæmni og endingu að leiðarljósi, bæði um byggingu, rekstur og viðhald mannvirkisins og sýnt skal fram á kostnaður sé innan skynsamlegra marka. Þá kom fram að lýsa skyldi burðarvirki og frágangi mannvirkis og öðru því sem gæti haft áhrif á kostnaðarmat dómnefndar og ráðgjafa hennar. Loks var tekið fram að til viðmiðunar „liggur fyrir kostnaðaráætlun í 5 og 6 kafla greinargerðarinnar Borgarlínan 1. lota forsendur og frumdrög. Þar er kostnaður við Fossvogsbrú áætlaður 2.250 milljónir m. vsk.“.

Í grein 4.7.1 í samkeppnislýsingu var tekið fram að mat dómnefndar á fyrra þrepi skiptist í fjóra matsþætti og þar af gildi raunhæfni tillögu (D liður) 10 stig. Matsnefndin skyldi gefa tillögunum einkunnir á skalanum 0, 3, 7 og 10, eftir því hversu sammála matsnefndin væri þeirri fullyrðingu um að hönnun mannvirkisins væri unnin með hagkvæmni og endingu að leiðarljósi, bæði um byggingu, rekstur og viðhalds mannvirkisins, og kostnaður væri innan skynsamlegra marka. Gátu tillögurnar því fengið mest 10 stig fyrir þennan matsþátt á fyrra þrepi hönnunarsamkeppninnar.

Samkvæmt þeim gögnum sem lögð hafa verið fram um mat tilboða á fyrra þrepi samkeppninnar var lægsta einkunnin gefin 0 í þessum matsþætti en sú hæsta var 9,4 en heildareinkunn hennar hljóðaði upp á 71,6 stig. Tillaga endurupptökubeiðanda fékk einkunnina 6,2 fyrir raunhæfni en heildareinkunn upp á 56,6 stig. Þær tillögur sem komust á annað þrep hlutu einkunnirnar 7, 7 og 6 fyrir raunhæfni en, í sömu röð, 71,6 stig, 65,8 stig og 70 stig í heildareinkunn.

Í grein 3.3.5 í viðauka við samkeppnislýsingu á seinna þrepi kom fram að skila skyldi inn sundurliðaðri kostnaðaráætlun framkvæmdar fyrir öll mannvirki innan samkeppnissvæðis með magntölum í samræmi við verkþáttaskiptingu, auk einingaverða, auk áætlun fyrir hönnun mannvirkisins. Þá kom fram í lið D1 greinar 4.7.2.1 í viðauka við samkeppnislýsingu á seinna þrepi að kostnaðaráætlun yrði metin út frá raunhæfni og áreiðanleika, auk þess sem dómnefnd áskildi sér rétt til að endurmeta kostnaðaráætlun keppenda. Mest yrðu gefin 20 stig fyrir þá tillögu með lægsta heildarkostnað og hæstu einkunn. Í minnisblaði varnaraðila, sem tekið var saman fyrir dómnefndina vegna mats á kostnaðaráætlunum, dags. 15. nóvember 2021, kom fram að allar kostnaðaráætlanir væru án ófyrirséðs kostnaðar, auk þess sem um væri að ræða forhönnun og því ekki óeðlilegt að kostnaðaráætlanir gætu hækkað um allt að 40% frá þessu mati. Af framlögðum gögnum í málinu kemur fram að kostnaður þeirra þriggja tillagna sem komust á seinna þrep hönnunarsamkeppninnar var 3.202.431.680 krónur, 3.424.625.353 krónur og 4.056.215.544 krónur. Fengu svo allar þrjár tillögurnar á seinna þrepinu fullt hús stiga fyrir þennan þátt. Síðastnefnda tillagan var svo að lokum valin sem sigurvegari hönnunarsamkeppninnar.

Samkvæmt þessu var hönnunarsamkeppnin þannig sett fram að kostnaðarliður hönnunarsamkeppninnar hafði afar lítið vægi við mat á innsendum tillögum, eða aðeins 10 stig á fyrra þrepi. Þá fengu þrjár stigahæstu tillögurnar fullt hús stiga, eða 20 stig, í þessum matsþætti á seinna þrepi samkeppninnar þrátt fyrir að munur á áætluðum kostnaði við þær hafi verið meiri en 850 milljónir króna. Niðurstaðan varð síðan sú að sú tillaga sem hæst kostnaðaráætlun fylgdi, 4.056.215.544, varð fyrir valinu og skipti metinn kostnaður vegna hennar engu máli á seinna þrepi keppninnar. Samkvæmt upplýsingum sem endurupptökubeiðandi hefur lagt fram hefur síðan metinn kostnaður vegna þeirrar tillögu aukist enn frekar.

Svo sem að framan er rakið voru skilmálar hönnunarsamkeppninnar þannig sniðnir að álitid verð heildarframkvæmdar hafði afar lítið vægi á fyrra þrepi og ekkert vægi á breiðu verðbili á því seinna. Frá þeim sjónarhóli þarf ekki að koma á óvart að sú tillaga sem fyrir valinu varð hafi jafnframt verið sú sem álitin var kostnaðarsömumust á seinna þrepi. Af þeim sökum verður ekki litið svo á að þær upplýsingar sem endurupptökubeiðandi vísar til geti talist nýjar í

þeim skilningi að endurupptaka málsins komi til greina. Kröfu endurupptökubeiðanda á þeim grundvelli er því hafnað.

Ekki hafa svo komið fram nægjanleg sönnunargögn sem styðja þau sjónarmið endurupptökubeiðanda að hönnun þeirrar tillögu sem reyndist hlutskörpust hafa verið svo ótraust að slíkt geti leitt til breyttrar niðurstöðu máls. Kröfu endurupptökubeiðanda á þeim grundvelli er því einnig hafnað.

Aðrar röksemdir endurupptökubeiðanda í málinu varða einkum atriði sem tekin var afstaða til í úrskurði kærunefndar útboðsmála nr. 3/2022 og koma þar af leiðandi ekki til frekari umfjöllunar í ákvörðun þessari. Með þeirri niðurstöðu verður málið ekki endurupptekið og þar með eru engar forsendur til að taka afstöðu til annarra krafna endurupptökubeiðanda, svo sem um lögbann á hönnunarvinnu brúarinnar og um að taka verkefnið úr höndum varnaraðila, og verður því að vísa þeim frá nefndinni.

Samkvæmt öllu framangreindu verður að telja að ekki séu uppfyllt skilyrði til þess að endurupptaka úrskurð í máli nr. 3/2022. Af þessu leiðir að beiðni endurupptökubeiðanda þar að lútandi er hafnað.

Ákvörðunarorð

Kröfu Úti og inni sf., um að úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 13. september 2022 í máli nr. 3/2022 verði endurupptekinn, er hafnað.

Öðrum kröfum Úti og inni sf. er vísað frá nefndinni.

Reykjavík, 22. desember 2023

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Hersir Sigurgeirsson

Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Hersir Sigurgeirsson