

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 22. september 2023

í máli nr. 25/2023:

Colas Ísland ehf.

gegn

Reykjavíkurborg,

Malbikunarstöðinni Höfða hf. og

Malbikstöðinni ehf.

Lykilorð

Kröfugerð. Jafnræði. Útboðsskilmálar.

Útdráttur

C ehf. kærði tvö útboð R um malbikslagnir í Reykjavík og byggði á því að við framkvæmd útboðanna hefði verið brotið gegn meginreglu laga nr. 120/2016 um jafnræði bjóðenda, þar sem lægstbjóðendur í hvoru þeirra, MH hf. annars vegar og M ehf. hins vegar, hefðu, vegna reynslu af malbiksverkefnum fyrir R árið undan, vitað að R myndi afhenda þeim fræsisvarf í verkin þrátt fyrir að í útboðslýsingum kæmi fram að R legði hvorki til efni, tæki né búnað vegna verks. Í úrskurðinum taldi kærunefndin mega ráða af gögnum í málinu að ákvörðun R um að láta MH hf. og M ehf. í té hluta fræsisvarfs sem félli til við fræsun malbiksslitlaga, hefði verið tekin eftir að útboðunum var lokið og samningar komist á. Þá féllst nefndin ekki á það með C ehf. að MH hf. og M ehf. hefðu af öðrum ástæðum getað haft réttmætar væntingar um að fræsisvarf fengist afhent frá R við verkin þannig að fyrirtækin tvö hefðu getað gengið út frá því við tilboðsgerð sína og boðið lægra verð. Kröfum C ehf. var því hafnað.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 30. maí 2023 kærir Colas Ísland ehf. útboð Reykjavíkurborgar (hér eftir vísað til sem varnaraðili) nr. 15800 auðkennt „Malbikslagnir í Reykjavík – Útboð 1 Vestan Reykjanesbrautar“ og nr. 15801 auðkennt „Malbikslagnir í Reykjavík 2023 – Útboð 2 Austan Reykjanesbrautar“. Kærandi krefst þess að ákvörðun varnaraðila um að ganga að tilboði Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. annars vegar og Malbikstöðvarinnar ehf. hins vegar í hinum kærðu útboðum og gerð samninga í kjölfarið „verði lýstar ólögðmætar“. Kærandi krefst þess einnig að kærunefndin veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda og að varnaraðila verði gert að greiða honum málskostnað.

Varnaraðili krefst þess í greinargerð 14. júlí 2023 aðallega að vísað verði frá kröfu kæranda um að ákvarðanir varnaraðila um að ganga að tilboði Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. og Malbikunarstöðvarinnar ehf. í hinum kærðu útboðum og gerð samninga í kjölfarið verði

lýstar ólögætar, en öðrum kröfum kæranda verði hafnað. Til vara krefst varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Þá krefst hann þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð.

Malbikunarstöðinni Höfða hf. og Malbikstöðinni ehf. var gefinn kostur á að koma að athugasemdum vegna kærunnar og bárust þær 13. og 14. júní 2023.

Kærandi skilað andsvörum 11. ágúst 2023.

Kærunefndin óskað eftir viðbótargögnum frá varnaraðila 18. september 2023 og bárust gögnin samdægurs.

I

Mál þetta lýtur að tveimur útboðum varnaraðila vegna malbikunnar tiltekinna gatna í Reykjavík og vinnu tengdri þeirri malbikun. Annars vegar útboði nr. 15800 auðkennt „Malbikslagnir í Reykjavík – Útboð 1 Vestan Reykjanesbrautar“ og hins vegar útboði nr. 15801 auðkennt „Malbikslagnir í Reykjavík 2023 – Útboð 2 Austan Reykjanesbrautar“. Í báðum tilvikum var um að ræða beinar yfirlagnir á eldri slitlög eða yfirlagnir á áður fræstar götur. Voru útboðsgögn aðgengileg 31. mars 2023 og tilboð opnuð 19. apríl sama ár. Í grein 0.5.2 í útboðslýsingum beggja útboða komið fram að verkkaupi legði hvorki til efni, tæki né búnað vegna verksins.

Tilboð bárust frá þremur bjóðendum í báðum útboðum, þ.e. kæranda, Malbikstöðinni ehf. og Malbikunarstöðinni Höfða hf. Hvað útboð nr. 15800 varðar, var með bréfi innkaupaskrifstofu varnaraðila 4. maí 2023 tilkynnt um að gengið yrði að tilboði lægstbjóðanda Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. og þann 10. maí sama ár var send út tilkynning um að endanlegt samþykki á tilboðinu. Hvað útboð nr. 15801 varðar, var með bréfi innkaupaskrifstofu varnaraðila 4. maí 2023 tilkynnt um að gengið yrði að tilboði lægstbjóðanda Malbikstöðvarinnar ehf. og þann 10. maí sama ár send út tilkynning um að endanlegt samþykki á tilboðinu.

Á þessum tíma auglýsti varnaraðili einnig útboð nr. 15798 auðkennt „Fræsun malbiksslitlaga í Reykjavík 2023“. Voru útboðsgögn þess aðgengileg 4. apríl 2023 og tilboð opnuð 26. sama mánaðar. Laut útboðið að fræsun á yfirborði malbikaðra gatna í Reykjavík vegna endurnýjunar malbiksslitlaga. Bárust tilboð frá tveimur bjóðendum, annars vegar kæranda og hins vegar Malbikstöðinni ehf. Í grein 1.0.4 í útboðsgögnum var ákvæði um losunarstaði fræsisvarfs. Kom þar fram að verkkaupi myndi nýta hluta af fræsisvarfi til ofaníbúðar í malargötur í austurhluta borgarinnar. Það fræs sem verkkaupi myndi ekki nýta skyldi losa hjá Sorpu í Álfsnesi. Greiða þyrfti losunargjald en verkaupi myndi endurgreiða gjaldið gegn framvísun á reikningum. Skyldi verktaki tilkynna eftirliti ef fræsi væri ekið í Sorpu. Jafnframt sagði þar að verktaka væri heimilt að ráðstafa hluta af fræsisvarfi í samráði

við verkkaupa og/eða eftirlit. Í grein 1.2.2 var nánar fjallað um akstur á fræsisvarfi, þ. á m. um greiðslur fyrir akstur og losun á fræsisvarfi.

Með bréfi innkaupaskrifstofu varnaraðila 4. maí 2023 var tilkynnt um að gengið yrði að tilboði kæranda í útboði nr. 15798 og þann 10. maí var send út tilkynning um að endanlegt samþykki á tilboðinu. Á fyrsta verkfundi kæranda með verkkaupa og eftirlitsaðila 11. sama mánaðar var rætt um losun fræsisvarfs. Kemur fram í fundargerð að varnaraðili hafi viljað að fræsisvarf í verkinu kæmi aftur til notkunar hjá honum eins og þörf væri á það sumar. Því væri óskað eftir því að fræsisvarfi yrði ekið til verktaka varnaraðila í malbikun. Segir að gróft mat væri að „Höfði“ þyrfti um 1500 tonn af svarfi og „Malbikstöðin“ það sama. Þá er tekið fram hvar þessir aðilar tækju við svarfinu. Í fundargerðinni kemur fram að kærandi hafi við sama tilefni upplýst um að hann tæki við öllu umframfræsisvarfi. Hvað þetta varðar hefur varnaraðili upplýst um að „óformleg fyrirspurn og beiðni“ hefði á þessum tíma borist frá öðru fyrirtækinu um að varnaraðili léti því í té fræsisvarf.

Þann 23. maí 2023 sendi kærandi fyrirspurn til varnaraðila þar sem hann óskaði eftir tilteknum upplýsingum um vinnslu og ráðstöfun á fræsisvarfi, þ. á m. hvenær því fyrirkomulagi hafi verið komið á að veita malbiksverktökum jafngildi þess fræsisvarfs sem þeir nýta af malbikskurli í nýtt malbik við yfirlagnir hjá varnaraðila. Kærandi hefur jafnframt upplýst um að hann hafi óskað eftir upplýsingum og gögnum hvað þetta varðar með beiðni til varnaraðila 30. sama mánaðar. Þar sem svör varnaraðila við beiðninni hafi að mati kæranda verið ófullnægjandi hafi hann kært málið til úrskurðarnefndar um upplýsingamál.

Við meðferð málsins hefur verið upplýst um að kærandi hafi flutt fræsisvarf úr einni götu til Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf.

II

Kærandi telur bjóðendur í hinum kærðu útboðum ekki hafa setið við sama borð við tilboðsgerðina, hafi það fyrirkomulag að veita verktökum sem sjá um malbikun (yfirlagningu) jafngildi þess fræsisvarfs sem þeir nýta af malbikskurli í nýtt malbik verið viðhaft á árinu 2022, enda hafi þá aðrir bjóðendur, sem sinnt hafi malbiksverkefnum fyrir varnaraðila á því ári, í ljósi reynslu sinnar vitað að hluti hráefnis fengist afhentur hjá varnaraðila. Þar af leiðandi hafi þeir getað boðið lægra verð í útboðunum. Í þessu sambandi bendir kærandi á að Malbikstöðin ehf. hafi haldið á samningum um fræsingu fyrir Reykjavíkurborg árin 2017 til 2022. Kærandi bendir á að útboðsgögnum hafi hvergi komið fram að varnaraðili myndi leggja til efni við malbiksyfirlagnir í Reykjavík. Þvert á móti hafi komið fram í grein 0.5.2 í útboðslýsingum beggja útboða að verkkaupi legði hvorki til efni, tæki né búnað vegna verksins.

Kærandi telur afhendingu varnaraðila á fræsisvarfi til verktaka leiða til töluverðs sparnaðar við framleiðslu malbiks fyrir yfirlagnir. Mótmælir kærandi þeirri fullyrðingu varnaraðila að fræsisvarf sé í raun ekki efni.

Að mati kæranda hafi það fyrirkomulag að varnaraðili ætli að afhenda fræsisvarf í för með sér breytingar á útboðslýsingu. Bjóðendur sem búi yfir góðri aðstöðu til endurnýtingar á fræsisvarfi, líkt og kærandi, hafi hugsanlega getað boðið lægra verð í malbikunarútboðunum með þá vitneskju að þessi hluti efnisins fengist frá verkkaupa. Telur hann þessar breytingar á samningi aðila því verulegar, enda sé verið að breyta frá því fyrirkomulagi að verktaki fái ekkert efni frá verkkaupa yfir í það að um 10% af hráefni sé útvegað af verkkaupa. Með því að tiltaka þetta ekki í útboðslýsinu hafi varnaraðili farið gegn meginreglum laga um opinber innkaup um jafnræði bjóðenda, sbr. 1. og 15. gr. laganna. Kærandi telur haldlaus rök varnaraðila um að heimilt hefði verið að gera slíka breytingar á samningum með vísan til f-liðar 1. mgr. 90. gr. laganna og varði ekki þá kæru sem sé til umfjöllunar. Hann kveður „[m]ál þetta [snúast] um vitneskju og jafnræði aðila á tilboðstíma og þá staðreynd að útboðsgögn hafi verið skýr um að ekkert efni yrði veitt af hálfu varnaraðila“

Kærandi telur framangreint leiða til þess að sú ákvörðun varnaraðila um að ganga að tilboðum Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. og Malbikstöðvarinnar ehf. og gera bindandi samninga í kjölfarið sé ólögmat. Þá hefði kærandi, ef jafnræðis hefði verið gætt, átt raunverulega möguleika á að vera valinn sem verktaki. Telur kærandi að verðmunur á tilboðum bjóðenda endurspegli að hluta þann kostnað sem lægstbjóðendur hafi gert ráð fyrir að þurfa ekki að leggja af hendi og fengist afhentur frá verkkaupa í formi hráefnis í verkið.

Um upphaf kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 vísar kærandi til þess að hann hafi fyrst vitað um þá ákvörðun sem að hann telur brjóta gegn réttindum sínum á fyrsta verkfundi með verkkaupa 11. maí 2023 vegna fræsunarverksins. Beri því að miða kærufrest við þann dag.

III

Varnaraðili vísar til þess að í 111. gr. laga nr. 120/2016 sé ekki mælt fyrir um heimild kærunefndar til að lýsa ákvörðun um að ganga að tilboði bjóðanda og gerð samnings í kjölfarið ólögmeta. Af þeirri ástæðu beri að vísa kröfunni frá. Að auki virðist krafa kæranda er varðar ólögmati sett fram til að undirbyggja kröfu um skaðabótaskyldu og hafi ekki sjálfstæða þýðingu.

Varnaraðili á því að útboðsgögn í hinum kærðu útboðum hafi verið skýr og jafnræði bjóðenda hafi verið gætt. Í því sambandi bendir varnaraðili á að í báðum tilvikum hafi verið mælt fyrir um að verkkaupi myndi hvorki leggja til efni, tæki né búnað vegna verksins. Þá hafi

engum upplýsingum verið miðlað til bjóðenda, hvorki í tengslum við útboðin eða aðrar framkvæmdir á vegum varnaraðila sem hefðu átt að gefa einhverjum bjóðenda til kynna að þeir mættu gera ráð fyrir því að fá eitthvað efni eða framlag frá verkkaupa. Þannig hafi enginn bjóðandi getað gefið sér þá forsendu að verkkaupi myndi gefa eitthvað efni, hvað þá áætla hugsanlegt umfang þess.

Varnaraðili byggir á því að ráðstöfun hans á fræsisvarfi sé heimil. Í því sambandi bendir hann á að ákvörðun um að láta Malbikunarstöðinni Höfða hf. og Malbikstöðinni ehf. í té tiltekið magn fræsisvarfs hafi verið tekin eftir að samningar hafi komist á milli varnaraðila og hvors fyrirtækis um sig 10. maí 2023. Af hálfu varnaraðila er á því byggt að fræsisvarf sé í raun ekki „efni“ í skilningi greinar 0.5.2. í útboðsskilmálum útboðanna. Fræsisvarf sé afurð/úrgangur sem falli til vegna fræsunar og þarfnast alltaf rannsóknar á samsetningu, þ.e. hvort að það geti yfirhöfuð nýst, auk vinnslu þannig að það geti nýst í endurunninni mynd sem nýtanlegt efni. Varnaraðili hafi því ekki verið að leggja samningshöfum í malbiksútboðunum til efni í berhögg við útboðsskilmála. Að því frágengnu byggir varnaraðili á því að hann hafi verið vel innan heimilda sinna sem eigandi svarfsins, verkkaupi og samningsaðili til að víkja með óverulegum hætti frá hinum upphaflegu skilmálum og láta verktökum í té svarf í því mæli sem hann gerði, sbr. e-lið 1. mgr. 90. gr. laga nr. 120/2016. Hafi samningsskilmálum og endurgjaldi í engu verið breytt. Þá sé heimilt samkvæmt hinni svonefndu „de minimis“ reglu að breyta samningi án þess að hefja nýtt innkaupaferli í tilvikum þegar verðmæti breytinga sé minna en sem nemur viðmiðunarfjárhæðum skv. 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 eða þegar verðmæti breytinga sé minna en 10% af upphaflegu verðmæti þjónustu- og vörusamnings og 15% af upphaflegu verðmæti verksamnings.

Varnaraðili mótmælir þeirri fullyrðingu kæranda að verðmæti fræsisvarfsins sé allt að 10% af hráefniskostnaði. Bendir hann í því sambandi á að varnaraðili hafi síðastliðna áratugi leitað leiða til að losa sig við svarfið án þess að af þeirri losun hafi hlotist kostnaður. Sorpa taki gjald fyrir losun svarfs og malbiksstöðvar áskilji sér rétt til gjaldtöku fyrir móttöku á svarfi. Samkvæmt birtri verðskrá kæranda taki hann 1.240 kr./tonnið fyrir móttöku malbiksafganga. Varnaraðili bendir á að verðmætamat kæranda yrði lagt til grundvallar sé 10% af hráefnakostnaði langt undir 15% af upphaflegu verðmæti verksamninga. Verði því talið að um breytingu á samningi sé að ræða sé breytingin innan heimilda varnaraðila sem kaupanda.

Þegar beiðni hafi borist frá Malbikstöðinni ehf. um að fá eitthvað magn af fræsisvarfi hafi varnaraðili talið eðlilegt að fallast á þá beiðni. Í fyrsta lagi hafi legið fyrir að við fyrirhugaða fræsun á vegum varnaraðila myndi falla til töluvert magn af fræsisvarfi sem þyrfti að ráðstafa með einhverjum hætti en ella kosta losun þess hjá Sorpu. Í öðru lagi hafi ráðstöfun þess til

framkvæmdaraðila sem sinna verki í þágu varnaraðila verið talin samræmast þeim sjónarmiðum sem séu grundvöllur „Græna plansins“ og fyrirmælum í grein 1.3 í útboðsgögnum malbikunarútboða um að „allt malbik innihaldi íblandað endurrunnið efni (fræsiskurl). Skal hlutfall endurunnins malbiks vera að lágmarki 10%“. Í þriðja lagi hafi varnaraðili ávallt litið svo á að fræsisvarf væri hans að ráðstafa. Geti verktaki í fræsisútboði ekki haft réttmætar væntingar til þess að nýta allt fræsisvarf heldur aðeins það magn sem verkkaupi ráðstafar ekki eða nýtir ekki. Þau 3000 tonn sem ráðstafað hafi verið til Malbikstöðvarinnar ehf. og Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. samsvari gróflega því magni sem þurfi til íblöndunar í samræmi við útboðsskilmála malbiksútboða og stefnu varnaraðila í „Græna planinu“. Afhendingin hafi þó ekki verið bundin við að það yrði nýtt í malbiksyfirlagnir í þágu varnaraðila. Afhent magn til fyrirtækjanna tveggja samsvari ríflega 20% af því fræsisvarfi sem til falli. Öðru fræsisvarfi hefði ekki verið ráðstafað en gert væri ráð fyrir að stór hluti þess kæmi í hlut kæranda til nýtingar án endurgjalds svo fremi sem kærandi áformaði ekki gjaldtöku vegna viðtöku þess.

Varnaraðili gerir kröfu um að kærandi verði úrskurðaður til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 11. gr. laga um opinber innkaup, þar sem kæran sé með öllu tilefnislaus.

Malbikunarstöðin Höfða hf. bendir á félagið hafi ekki gert ráð fyrir því í sinni tilboðsgerð vegna malbiksútboða að fá fræsisvarf frá verkkaupa. Á fyrsta verkfundi hafi starfsmaður þess spurst fyrir um hvort að varnaraðili væri búinn að ráðstafa öllu fræsisvarfi úr tilteknum götum sem varnaraðili hafi verið að láta fræsa og óskaði eftir fræsisvarfi ef að það væri í boði. Skömmu eftir verkfund hafi starfsmaður kæranda haft samband og upplýst um að til stæði að flytja fræsisvarf til malbikunarstöðvarinnar. Í kjölfarið hafi félagið tekið við efni úr einni götu í verki sem var framkvæmt af kæranda. Það hafi því verið tillaga félagsins að bjóða varnaraðila að nýta óráðstafað fræsisvarf að nýju í framleiðslu á malbiki í verkinu. Félagið hafi ekki tekið á móti fræsisvarfi frá varnaraðila á undanförunum árum og hafi ekki vitneskju um hvernig því fræsisvarfi sem fallið hafi til í sambærilegum verkum hafi verið ráðstafað á síðustu árum.

Malbikstöðin ehf. kveður kröfu kæranda um að ákvarðanir varnaraðila um að ganga að tilboðum Malbikstöðvarinnar ehf. og Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. „séu lýstar ólögmetar“ vera utan úrræða kærunefndar, sbr. úrskurði í málum nr. 14/2020 og 29/2022 og því beri að vísa kröfunni frá nefndinni. Hvað sem því líði telji félagið að hið kærða útboð hafi samrýmst meginreglum útboðsréttar og ákvæðum laga nr. 120/2016. Félagið gerir athugasemdir við þann málalíbúnað kæranda að telja meinta vitneskju annars *lægstbjóðanda* í útboðunum geta talist

raska jafnræði og leitt til þess að *lægstbjóðendur* í hinum kærðu útboðum hafi getað boði mun hagstæðara verð í verkið, en sitthvort félagið hafi verið lægstbjóðandi í útboðunum tveimur. Malbikstöðin ehf. hafi sinnt fræsun gatna í Reykjavík á tímabilin 2017 til 2022 og á því tímabili hafi félagið ekkert haft um það að segja hvað gera hafi átt við fræsið. Fyrirmæli um það hafi komið í hvert skipti frá varnaraðila, á verkfundum, eða eftir atvikum í upphafi hvers dags yfir verktímann. Félagið hafi boðist til að taka við fræsingum sem varnaraðili hugðist ekki nýta til þróunarvinnu og endurnýtingar.

IV

Í máli þessu krefst kærandi þess að ákvörðun varnaraðila um að ganga að tilboði Malbikunarstöðvarinnar Höfða hf. annars vegar og Malbikstöðvarinnar ehf. hins vegar í hinum kærðu útboðum og gerð samninga í kjölfarið „verði lýstar ólögættar“. Þessi krafa fellur utan þeirra úrræða sem kærunefnd útboðsmála hefur til að bregðast við brotum á lögum um opinber innkaup, sbr. 2. mgr. 106. gr. og 111. gr. laga nr. 120/2016, og verður því hafnað.

Kemur því eingöngu til skoðunar krafa kæranda um að nefndin láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart honum. Í 1. mgr. 119. gr. laganna kemur fram að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þurfi einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið.

Kærandi byggir kröfu sína á því að aðrir bjóðendur í hinum kærðu útboðum hafi vegna reynslu af malbiksverkefnum fyrir varnaraðila á árinu 2022, vitað að varnaraðili myndi afhenda þeim fræsisvarf í verkin þrátt fyrir að í grein 0.5.2 í útboðslýsingum beggja útboða hafi komið fram að verkkaupi legði hvorki til efni, tæki né búnað vegna verks. Bjóðendur sem búi yfir góðri aðstöðu til endurnýtingar á fræsisvarfi hafi getað boðið lægra verð í malbikunarútboðunum með þá vitneskju að þessi hluti efnisins fengist frá verkkaupa. Með því að tiltaka ekki við þessar aðstæður að bjóðendur fengju fræsisvarf afhent frá verkkaupa hafi varnaraðili farið gegn meginreglu 15. gr. laga nr. 120/2016 um að gæta skuli jafnræðis við opinber innkaup.

Fyrir liggur að í útboðsskilmálum hinna kærðu útboða kom ekki fram að varnaraðili myndi afhenda verktökum fræsisvarf. Jafnframt varð slíkt ekki ráðið af útboðsskilmálum fræsisútboðsins, sem voru aðgengilegir á útboðsvef varnaraðila fyrir opnun tilboða í malbikunarútboðunum. Í málinu er komið fram að það svarf sem fellur til við fræsingum gatna í Reykjavík þurfi varnaraðili að ráðstafa með einhverjum hætti, svo sem með því að nýta það til ofanburðar í malargötur, í göngu- og reiðstíga, sem efni í malbiksblöndur og sem slitlag, en

ella greiða fyrir urðun þess. Það dregur því úr framkvæmdakostnaði varnaraðila að finna not fyrir svarfið auk þess sem að það hefur jákvæð umhverfisáhrif og samræmist stefnu varnaraðila um að endurnýta efni sem til fellur vegna framkvæmda í meira mæli. Málsaðilar hafa upplýst um að til að fræsisvarf, sem samanstendur af biki og steinefnum, sé nýtanlegt þurfi að endurvinnna það í svokallað malbikskurl og rannsaka gæði þess. Þá sé ekki hægt að ganga að því vísu að fræsisvarf sem fellur til við fræsingu sé heppilegt til endurnýtingar í malbikun gatna. Má því ætla að það sé erfiðleikum bundið fyrir varnaraðila að heita bjóðendum í malbiksútboðum nýtanlegu efni í fyrirhugaðar framkvæmdir.

Varnaraðili hefur upplýst um að magn fræsisvarfs hafi oft verið umfram þarfir hans sjálfs og hafi þá umframmagni verið ráðstafað til framkvæmda aðila, flutt í safnhauga hjá malbikunarstöðvum, sem hafi samþykkt hafi að taka við því án gjaldtöku, og annarra aðila, í því skyni að forðast urðun og þann kostnað sem því fylgi. Malbikunarstöðin Höfða hf. hefur upplýst um að fyrirtækið hafi ekki tekið á móti fræsisvarfi frá varnaraðila á undanförunum árum og hafi ekki vitneskju um hvernig því fræsisvarfi sem fallið hafi til í sambærilegum verkum hafi verið ráðstafað. Þá hefur komið fram af hálfu Malbikstöðvarinnar ehf., sem sinnt hefur fræsun gatna í Reykjavík á tímabilin 2017 til 2022, að fyrirmæli varnaraðila til fyrirtækisins um hvað gera ætti við fræsisvarf hafi verið gefin í hvert skipti, s.s. á verkfundi eða í upphafi hvers dags, en auk þess hafi fyrirtækið boðist til að taka við ónýttu svarfi. Í lokaskýrslu eftirlits vegna fræsunar malbiksslitlaga í Reykjavík árið 2022 kemur fram að fræsisvarf hafi verið losað á nokkrum stöðum það árið. Til að byrja með hafi fræsisvarfið aðallega verið losað hjá Malbikstöðinni, þ.e. verktaka fræsunar, en eftir það á ýmsum stöðum þar sem varnaraðili hafi haft not af því. Loks hafi físfélagið á Hólmsheiði óskað eftir fræsisvarfi. Í lokaskýrslu vegna fræsunar ársins 2021 koma samskonar upplýsingar fram um losun og ráðstöfun fræsisvarfs.

Að mati kæruneftdarinnar verður ráðið af framangreindu og gögnum málsins að öðru leyti að ákvörðun varnaraðila um að láta verktökum sem hefðu með höndum malbiksyfirlagnir í té hluta fræsisvarfs sem félli til við fræsun malbiksslitlaga, hafi verið tekin eftir að hinum kærðu útboðum var lokið og samningar höfðu verið gerðir við Malbikunarstöðina Höfða hf. annars vegar og Malbikstöðina ehf. hins vegar. Þá verður ekki talið að fyrirtækin tvö hafi af öðrum ástæðum getað haft réttmætar væntingar um að fræsisvarf fengist afhent frá varnaraðila við verkin og þannig getað gengið út frá því við tilboðsgerð sína. Að öllu framangreindu virtu fellst nefndin því ekki á með kæranda að meginregla laga um opinber innkaup um jafnræði bjóðenda hafi verið brotin við framkvæmd útboðanna á þeim grundvelli að tilteknir bjóðendur hafi við tilboðsgerð búið yfir upplýsingum sem leitt hafi til þess að þeir hafi getað boðið lægra

verð. Að þessu virtu verður kröfu kæranda um álit á skaðabótaskyldu varnaraðila vegna útboðsins hafnað.

Varnaraðili krefst þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað samkvæmt 2. málsl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Í ákvæðinu er mælt fyrir um að ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa geti kærunefnd úrskurðað kæranda til að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð. Að virtum málalíbúnaði kæranda verður ekki talið að skilyrði ákvæðisins séu uppfyllt og þykir rétt að málskostnaður falli niður í málinu.

Úrskurðarorð

Kröfum kæranda, Colas Ísland ehf., vegna útboða varnaraðila, Reykjavíkurborgar, nr. 15800 auðkennt „Malbikslagnir í Reykjavík – Útboð 1 Vestan Reykjanesbrautar“ og nr. 15801 auðkennt „Malbikslagnir í Reykjavík 2023 – Útboð 2 Austan Reykjanesbrautar“ er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 22. september 2023

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir