

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 20. desember 2023

í máli nr. 35/2023:

Opin kerfi hf.

gegn

Reykjavíkurborg og

PLT ehf.

Lykilorð

Fjárhagslegt hæfi. Ógilding ákvörðunar um val tilboðs. Málskostnaður.

Útdráttur

Ágreiningur málsins laut að samkeppnisútbóði R sem miðaði að því að koma á samningi um prentþjónustu. Aðilar deildu meðal annars um hvort P hefði uppfyllt skilyrði útbóðsins um að bjóðendur skyldu vera með jákvætt eigið fé. Í úrskurði nefndarinnar var lagt til grundvallar að yfirlýsing frá löggiltum endurskoðanda P hefði ekki verið í samræmi við útbóðskröfur, meðal annars með vísan til þess að þar hefði víkjandi lán verið talið með við ákvörðun eiginfjár. Taldi nefndin því að P hefði ekki lagt fram gögn með tilboði sínu sem staðfestu fjárhagslegt hæfi fyrirtækisins til þátttöku í útbóðinu. Þá var rakið í úrskurði nefndarinnar að engar forsendur væru fyrir öðru en að miða mat á hæfi P við þau gögn sem félagið hafði lagt fram við meðferð útbóðsins. Að þessu og öðru því sem var rakið í úrskurðinum virtu var það niðurstaða nefndarinnar að óhjákvæmilegt væri að ógilda ákvörðun R um að velja tilboð P í útbóðinu.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 22. júlí 2023 kærði Opin kerfi hf. (hér eftir „kærandi“) samkeppnisútbóð Reykjavíkurborgar (hér eftir „varnaraðili“) nr. 15697 auðkennt „Prentþjónusta fyrir Reykjavíkurborg“.

Kærandi krefst þess að felldar verði úr gildi ákvarðanir varnaraðila um að hafna tilboði hans og ganga að tilboði varnaraðila PLT ehf. í hinu kærða útbóði og að varnaraðila verði gert að taka tilboði kæranda. Þá krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála lýsi „samning varnaraðila óvirkan“. Jafnframt krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart honum. Með athugasemdum sínum 19. október 2023 hafði kærandi uppi þá kröfu „að felld yrði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að ganga að tilboði PLT í hinu kærða útbóði og að varnaraðila verði gert að taka tilboði kæranda eða auglýsa útbóðið á nýjan leik“.

Með greinargerð 16. ágúst 2023 krefst varnaraðili þess aðallega að öllum kröfum kæranda, að undanskilinni kröfu hans um álit á skaðabótaskyldu, verði vísað frá en til vara að

þeim verði hafnað. Þá krefst varnaraðili þess að öllum öðrum kröfum kæranda verði hafnað og að kærunefnd útboðsmála úrskurði kæranda til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

PLT ehf. sendi upplýsingar á nefndina með tölvupóstum 16. ágúst 2023.

Kærunefnd útboðsmála sendi fyrirspurn á varnaraðila 4. september 2023 sem hann svaraði degi síðar.

Kæra málsins hafði í för með sér sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar eftir 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Með ákvörðun 13. september 2023 hafnaði kærunefnd útboðsmála kröfu varnaraðila um að þeirri stöðvun yrði aflétt.

Varnaraðili lagði fram frekari athugasemdir í málinu 4. október 2023. PLT ehf. lagði fram frekari athugasemdir 9. sama mánaðar.

Kærandi lagði fram lokaathugasemdir sínar 19. október 2023. Kærunefnd útboðsmála gaf varnaraðila og PLT ehf. kost á að tjá sig um athugasemdirnar. Báðir aðilar skiluðu frekari athugasemdum 27. október 2023.

I

Varnaraðili auglýsti hið kærða útboð 7. mars 2023 og var það auglýst bæði innanlands og á Evrópska efnahagssvæðinu. Í grein 0.1 í útboðsgögnum kom fram að óskað væri eftir samstarfsaðila til þess að annast prentþjónustu fyrir alla notendur í tölvuumhverfi varnaraðila. Þá kom fram að gert væri ráð fyrir að verktaki ætti allan búnað, viðhaldi honum og endurnýi, keypti og léti í té allar rekstrarvörur og annaðist þjónustu á búnaði. Varnaraðili myndi greiða fyrir þjónustuna með því að greiða fyrir hvert útprentað eintak, skönnun, heftun, götun og svo framvegis.

Í grein 0.4 í útboðsgögnum komu fram kröfur til fjárhagslegra, tæknilegrar og faglegrar getu bjóðenda. Í grein 0.4.2, sem laut að fjárhagsstöðu bjóðenda, var meðal annars kveðið á um að bjóðandi skyldi vera með jákvætt eigið fé. Þessu til staðfestingar áttu bjóðendur samkvæmt B-lið greinar 0.5 að skila með tilboði sínu síðast gerðum ársreikningi, sem skyldi eigi vera eldri en tveggja ára og endurskoðaður og áritaður af löggiltum endurskoðanda án fyrirvara um rekstrarhæfi bjóðanda. Þá kom fram í greininni að væri síðast gerður ársreikningur ekki endurskoðaður af löggiltum endurskoðanda væri heimilt að leggja fram yfirlýsingu frá löggiltum endurskoðanda um jákvæða eiginfjárstöðu umsækjanda. Slík yfirlýsing skyldi miða við stöðu umsækjanda eigi fyrr en 90 dögum fyrir opnunartíma tilboða og eigi síðar en degi fyrir opnunartíma tilboða.

Tilboð voru opnuð 17. maí 2023. Samkvæmt fundargerð opunarfundar bárust tilboð frá fjórum aðilum. PLT ehf. átti lægsta tilboðið að fjárhæð 452.602.400 krónum en þar á eftir kom tilboð kæranda að fjárhæð 564.570.000 krónum.

Varnaraðili sendi tölvupóst til PLT ehf. 26. júní 2023 og óskaði eftir að fyrirtækið legði fram síðast gerðan endurskoðaðan ársreikning fyrirtækisins eða yfirlýsingu löggilts endurskoðanda. PLT ehf. lagði fram yfirlýsingu frá löggiltum endurskoðanda með tölvupósti 3. júlí 2023.

Varnaraðili tilkynnti bjóðendum um val tilboðs 14. júlí 2023. Í tilkynningunni kom fram að innkaupa- og framkvæmdaráð varnaraðila hefði samþykkt að ganga að tilboði PLT ehf. sem hefði átt hagkvæmasta tilboðið á grundvelli besta hlutfalls milli verðs og gæða. Þá var í tilkynningunni gerð grein fyrir lögbundnum biðtíma samningsgerðar og leiðbeint um kærheimild.

II

Kærandi byggir á að meginreglunum um jafnræði og gagnsæi hafi ekki verið fylgt þar sem PLT ehf. hafi haft töluvert forskot á aðra bjóðendur í formi upplýsinga sem hafi haft áhrif á framsetningu, verðs og gæða, ásamt undirmatsþáttum A, B og C. Fyrirtækið hafi áður gert samninga við Reykjavíkurborg og sinnt starfsemi sem samsvari hinum boðnu kaupum og hafi þannig búið yfir mikilvægum upplýsingum um innkaupin sem ekki hafi komið fram með skýrum hætti í útboðsgögnum, til að mynda upplýsingar um starfssvið varnaraðila. Til frekari stuðnings framangreindu vísar kærandi meðal annars til úrskurðar í máli nr. 50/2020 og fyrirmæla 1. gr., 15. gr. og 46. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Kærandi byggir einnig á að PLT ehf. virðist ekki hafa uppfyllt kröfur um fjárhagslegt hæfi samkvæmt 71. gr. laga nr. 120/2016 og lið 0.4.2 í útboðslýsingu. Enginn ársreikningur liggja fyrir varðandi árið 2022 en ársreikningur 2021 sýni hagnað. Aftur á móti hafi afkoma dótturfélags PLT ehf. á árinu 2021 verið tap að nánar tilgreindri fjárhæð á árinu. Skilyrði samsköttunar samkvæmt 55. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt séu fyrir hendi varðandi PLT ehf. og umrætt dótturfélag en með samsköttun sé heimilt að færa tap milli félaga. Hafi slík heimild verð notuð eða önnur álíka hagræði þar sem tap flytjist milli félaga þá virðist fjárhagsstaða PLT ehf. ekki vera svo trygg að það geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart varnaraðila. Loks hafi PLT ehf. veðsett allar vörubirgðir sínar til Íslandsbanka hf. eftir ákvæðum laga nr. 75/1997 um samningsveð. Þessi veðsetning hafi áhrif á þann búnað sem verði hluti af verkefninu en það sé skýrt brot á lið 1.9 í útboðslýsingu og beri því að hafna tilboðinu. Í ofanálag hafi allar vörubirgðir umrædds dótturfélags verið veðsettar ásamt

sérgreindu lausafé og prentbúnaði. Leiða megi að því líkur að PLT ehf. hafi greiðan aðgang að tækjum dótturfélagsins sem verði líklegast notuð í verkefnið. Að lokum sé vert að hafa í huga að samstæðan eigi engar fasteignir og hafi hún því einungis vörubirgðir sínar til tryggingar skuldbindingum sínum.

Í athugasemdum sínum 19. október 2023 tekur kærandi fram að með athugasemdum varnaraðila hafi honum fyrst verið gerð grein fyrir að hann hafi ekki verið með næst besta tilboðið og skorar á varnaraðila að upplýsa hvenær tilkynnt hafi verið um að kærandi hafi ekki verið með næst besta boð. Þá áréttar kærandi athugasemdir sínar um veðsetningar á vörubirgðum kæranda og svarar athugasemdum varnaraðila þessu tengdu. Í þessu samhengi bendir kærandi meðal annars á að af útboðsgögnum lesnum í heild sinni og með hliðsjón af tilgangi veðsetningar sé eðlis málsins samkvæmt gerð sú krafa að allar vörubirgðir seljanda séu ekki veðsettar. Jafnframt að staðfesting þess efnis liggja fyrir áður en kominn sé á bindandi samningur. Þá verði ráðið af fyrirliggjandi gögnum að hinnar veðsettu vörubirgðir muni óneitanlega verða hluti af verkefninu og hafi banki PLT ehf. ekki staðfest að veðböndin muni falla niður af þeim vörum sem verði nýttar í verkefnið.

Hvað varðar fjárhagslegt hæfi PLT ehf. bendir kærandi á að ársreikningur fyrirtækisins fyrir árið 2022 sé óendurskoðaður og liggja ársreikningur PLT tækjaleigu ehf. ekki fyrir. Kærandi bendir á að meginskilyrði b-liðar greinar 0.5 í útboðsgögnum, sbr. grein 0.4.2, sé að framlagður ársreikningur skuli vera endurskoðaður. Yfirlýsing endurskoðanda um jákvæða eiginfjárstöðu sé þannig undantekning á meginskilyrðinu og beri að túlka þröngt. Framlögð yfirlýsing PLT ehf. hafi byggst á drögum úr ársreikningi PLT ehf. fyrir árið 2022 en yfirlýsingin sé dagsett 28. júní 2023 en ársreikningur PLT ehf. fyrir árið 2022 sé dagsettur 31. ágúst 2023. Aftur á móti hafi PLT ehf. nú skilað ársreikningi fyrir árið 2022 þann 2. október 2023 til að bæta úr framangreindum annmarka. Á hinn bóginn sé ársreikningur fyrir PLT ehf. fyrir árið 2022 einnig óendurskoðaður þar sem skýrt sé tekið fram að nafngreint fyrirtæki hafi hvorki endurskoðað hann né kannað. Samkvæmt röksemdum varnaraðila ætti ársreikningnum því óumdeilanlega að vera hafnað og þar af leiðandi sé annmarkinn enn til staðar.

Samkvæmt þessu sé mikið ósamræmi á milli meginskilyrðis b-liðar greinar 0.5 um endurskoðaðan ársreikning og umræddrar undantekningar um yfirlýsingu endurskoðanda. Undantekningin á meginskilyrðinu gerir það og tilgang þess í raun að engu og til að bæta gráu ofan á svart þá samræmist yfirlýsing endurskoðandans ekki 3. gr. reglugerðar nr. 696/2019 um framsetningu ársreiknings o.fl. Tilgangurinn með því að endurskoða ársreikninga sé að gefa álit á ársreikningum svo að lesendur ársreikninga, eins og varnaraðili og almenningur, geti betur treyst þeim upplýsingum sem þar komi fram en bjóðendur geti þannig lagt fram

áreiðanlegar sannanir um fjárhagslegt hæfi sitt öfugt við framlagningu á óendurskoðuðum ársreikningum. Samandregið hafi varnaraðili þannig brotið gegn meginreglu 71. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup þar sem PLT ehf. hafi ekki sannað fjárhagslegt hæfi sitt með fullnægjandi hætti. Enn fremur sé ljóst að jafnræði hafi verið brotið enda hafi kærandi og aðrir þátttakendur útboðsins skilað endurskoðuðum ársreikningi en ekki PLT ehf. Mun lakari og jafnvel engar kröfur hafi þannig verið gerðar til fjárhagslegt hæfis PLT ehf.

III

Varnaraðili gerir athugasemdir við kröfugerð kæranda og krefst þess að öllum kröfum hans verði vísað frá að undanskilinni kröfu um álit á skaðabótaskyldu. Hvað varðar kröfu kæranda um að samningur varnaraðila og PLT ehf. verði lýstur óvirkur vísar varnaraðili til þess að enginn samningur hafi komist á þar sem kæra málsins hafi haft í för með sér sjálfkrafa stöðvun. Því hafi ekki verið gengið frá samningi milli varnaraðila og PLT ehf. og sé því enginn samningur til að óvirkja. Varnaraðili bendir á, í samhengi við kröfu kæranda um að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að hafna tilboði hans og að ganga að tilboði PLT ehf. og að varnaraðila verði gert að ganga að tilboði kæranda, að í 111. gr. laga nr. 120/2016 sé mælt fyrir um úrræði kærunefndar útboðsmála. Hvergi í umræddu ákvæði sé mælt fyrir um heimild til handa kærunefndinni til að knýja varnaraðila til að ganga að tilboði kæranda og gerð sammings í kjölfarið. Þá sé á það bent að kærandi hafi ekki verið með næsthagstæðasta tilboðið samkvæmt útboðsskilmálum.

Að framangreindu frágengu byggir varnaraðili á að allir bjóðendur hafi haft jöfn tækifæri til að leggja fram fyrirspurnir á fyrirspurnartíma og leggja fram boð í útboðinu. Útboðskröfur hafi verið almennar, hlutlægar, skýrar og gagnsæjar og án mismunar og hafi allir bjóðendur haft sömu tækifæri til að kynna sér skilmálana. Framkvæmd innkaupaferlisins hafi verið í samræmi við 15. gr. laga nr. 120/2016 og sé því alfarið hafnað að kærandi eða aðrir bjóðendur hafi staðið höllum fæti gagnvart PLT ehf. í útboðinu.

Varnaraðili segir að fullyrðing kæranda, um að PLT ehf. hafi áður gert samning við varnaraðila og sinnt starfsemi sem samsvari hinum boðnum kaupum, sé röng og órökstudd. Enginn hafi sinnt samsvarandi starfi eða þjónustu fyrir varnaraðila áður. Varnaraðili hafi sjálfur sinnt prentþjónustu og keypt prentara meðal annars af PLT ehf. en einnig af öðrum þátttakendum útboðsins, þar með talið kæranda. Þá séu allar upplýsingar sem bjóðendur hafi fengið til dæmis um fjölda tækja og búnaðar teknar úr skýrslu sem kærandi hafi unnið fyrir varnaraðila í aðdraganda útboðsins. Þátttakendur hafi þannig allir haft sömu upplýsingar undir höndum. Í kæru sé ekki rökstutt hvaða mikilvægu upplýsingum PLT ehf. hafi búið yfir umfram

aðra bjóðendur en í útboðsgögnum hafi meðal annars verið tiltekið hvaða stofnanir, skólar og þjónustueiningar varnaraðili ræki sem hluta af lögbundnum og ólögbundnum verkefnum sínum. Þá haldi varnaraðili út vefsíðu opinni almenningi þar sem starfsemi og starfssviðum hans séu gerð ágæt skil. Þá mótmælir varnaraðili að PLT ehf. hafi haft undir höndum upplýsingar sem hafi veitt fyrirtækinu forskot varðandi framsetningu verðs og gæða ásamt undirmatsþáttum A, B og C. Ekki sé rökstutt í kæru um hvaða upplýsingar sé að ræða en PLT ehf. hafi boðið lægsta heildarverð í útprentaðar blaðsíður en hafi hlotið lægstu heildarstig fyrir gæði. Því hafi ekki verið leiddar líkur að því að PLT ehf. hafi haft forskot varðandi gæðahluta útboðsins. Loks telur varnaraðili að athugasemdir kæranda varðandi framangreint og varðandi einstök ákvæði útboðsgagna hafi borist utan kærufresta 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Varnaraðili bendir á að kröfur til fjárhagslegt hæfis hafi verið tæmandi taldar í grein 0.4.2 í útboðsgögnum og hafi varnaraðili staðfest að PLT ehf hafi uppfyllt þessar kröfur. Ekki hafi verið gerðar frekari fjárhagskröfur og ekki krafa um að önnur fyrirtæki í eigu sömu aðila uppfylltu skilyrðin. Þá hafi varnaraðili óskað eftir nánari upplýsingum um veðsetningu á vörubirgðum PLT ehf. í kjölfar kæru og liggi fyrir yfirlýsing frá Íslandsbanka hf. þar sem bankinn staðfesti að tryggingarbréfin séu til tryggingar rekstrarfjármögnun PLT ehf. og dótturfélags þess og þau séu tryggð með veltufjármunum félagsins (vörubirgðum og vörureikningum). Hluti útboðsgagna hafi að geyma samningsskilmála sem kveðið á um skyldur og réttindi samningsaðila þegar tilboð hafi verið endanlegt samþykkt og eftir að kominn sé á bindandi samningur, sbr. grein 1 í samningsskilmálum útboðsgagna. Í útboðsgögnum sé ekki að finna kröfu þess efnis að bjóðendur leggi fram sönnun þess að framangreindri kröfu sé framfylgt við gerð tilboða. Umrædd krafa hafi því hvorki verið hluti af mati varnaraðila á gildi tilboðs PLT ehf. né annarra bjóðenda í útboðinu en á meðal meginreglna útboðsréttar sé að forsendum útboðsins, þar með talið kröfum til bjóðenda, verið ekki breytt eftir að tilboð hafa verið opnuð. Í þessu samhengi bendir varnaraðili á að í grein 1.9 í samningsskilmálum sé ekki að finna bann við veðsetningu heldur sé seljanda óheimilt, án sérstaks samþykkis kaupanda, að veðsetja efni, tæki, vélar eða annan þann búnað sem verði hluti af verkefninu og kaupandi hafi greitt fyrir. Hér sé rétt að taka fram að PLT ehf. hafi ekki leitað eftir samþykki varnaraðila til veðsetningar, enda vart tímabært, og hafi varnaraðili samkvæmt útboðsgögnum ekki í hyggju að kaupa tæki og búnað af þeim bjóðanda sem standi til að semja við og greiða fyrir slíkar vörur, heldur njóta prentþjónustu, það er bæði nýta fyrirbyggjandi tæki og búnað í eigu varnaraðila sem og hafa afnot af þeim tækjum og búnaði sem afnotagjafi kann að skipta út á samningstímanum sem verða þá í eigu hans. Endurgjald samkvæmt útboðsgögnum sé greiðsla í formi einingaverðs í áætlað árlegt magn af prentun og ljósritun.

Varnaraðili byggir á að honum hafi verið bæði rétt og skylt að ganga að tilboði PLT ehf. Með vísan til þess og að teknu tilliti til þess að kærandi hafi ekki verið með næsthagstæðasta tilboðið sé það mat varnaraðila að kærunefnd beri ekki að láta uppi álit sitt á skaðabótaskyldu sér í lagi þar sem kærandi hafi ekki lögvarða hagsmuni af slíkri álitsgerð. Þá hafi kærandi ekki sannað að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerst við brotið. Loks rökstyður varnaraðili kröfu sína um að kæranda verði gert að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð.

Í athugasemdum sínum 4. október 2023 gerir varnaraðili athugasemdir við ákvörðun kærunefndarinnar og tekur fram að í útboðsgögnum séu ekki settar fram frekari kröfur um framsetningu eða innihald yfirlýsingar löggilts endurskoðanda. Hvorki sé þar að finna bann við hverskonar fyrirvara í yfirlýsingu né sé til að dreifa nánari kröfum eða takmörkunum á þeim forsendum sem slík yfirlýsing geti byggst á. Krafa hafi einvörðungu verið sú að í slíkri yfirlýsingu komi fram að eigið fé bjóðanda hafi verið jákvætt. Að mati varnaraðila sé þeirri kröfu fullnægt endi komi ekki annað fram í yfirlýsingu löggilts endurskoðanda. Leggja verði til grundvallar að endurskoðandi byggi yfirlýsingu sína á bestu fánlegum gögnum um fjárhag félagsins sem til séu miðað við þau tímamörk sem útboðsgögn tiltaki og hafi ekki verið sýnt fram á annað í málinu. Þá virðist kærunefndin í rökstuðningi sínum fara villu vegar þegar hún fari í athugun á því hvort framsetning ársreikningsins hafi verið í samræmi við reglugerð nr. 696/2019 um framsetningu og innihald ársreikninga og samstæðureikninga. Þeim ársreikningsdrögum hafi þegar verið hafnað af hálfu varnaraðila þar sem drögin hafi ekki verið endurskoðuð né árituð af löggiltum endurskoðanda. Fyrirnefnd yfirlýsing löggilts endurskoðanda sé sett fram eftir að umræddum ársreikningsdrögum hafði verið hafnað og sé í yfirlýsingu sérstaklega tiltekið að eigið fé sé jákvætt að víkjandi láni meðtöldu. Engan ágalla sé því að finna í yfirlýsingu endurskoðanda í andstöðu við skilmála útboðsgagna sem leitt geti til ógildi tilboðs PLT ehf.

Í athugasemdum sínum 27. október 2023 mótmælir varnaraðili og hafnar þeim kröfum og rökstuðningi sem fram komi í lokaathugasemdum kæranda og vísar til fyrri athugasemda sinna. Varnaraðili hafnar sjónarmiðum kæranda um að jafnræðisreglunni hafi ekki verið fylgt og samkeppni raskað sem ósönnuðum og bendir á að engum haldbærum rökum hafi verið teflt fram af hálfu kæranda þessari fullyrðingu til stuðnings. Varnaraðili bendir á að kærandi vísi til þess að samkvæmt eðli máls hljóti það að vera á ábyrgð varnaraðila að kalla eftir staðfestingu á því að bjóðandi hafi ekki veðsett vörubirgðir, áður en kominn er á bindandi samningur við bjóðanda, enda þótt útboðsgögn hafi ekki að geyma slíka kröfu. Hér beri að hafa í huga að það tímamark sem uggur kæranda beinist að sé ekki liðinn. Bindandi samningur hafi ekki enn

komist á milli varnaraðila og PLT ehf. þar sem samningsferlið sé í stöðvun. Því sé ekki loku fyrir það skotið að PLT ehf. losi þau veðbönd sem um ræðir ellegar hefji viðræður við varnaraðila um samþykki fyrir veðsetningu verði þess talin þörf. Jafnframt sé ítrekað það mat varnaraðila, sem þegar hafi komið fram, að vafi leiki á hvort þörf sé á slíku samþykki í ljósi þess að varnaraðili hyggist ekki kaupa neinn búnað af PLT ehf. heldur prentþjónustu.

IV

PLT ehf. hafnar því alfarið að vera ekki hæft til að takast á við útboðið. Reynolds félagsins sé ein sú mesta á markaðnum í dag og styrkurinn liggi meðal annars í þeim viðskiptavinum sem fyrirtækið sé með og hafi haldið tryggð við PLT ehf. til margra ára. Hvað varðar ákvörðun nefndarinnar bendir PLT ehf. á að fyrir liggi staðfesting endurskoðanda á jákvæðri eiginfjárstöðu PLT ehf. og hafi frekari útskýringar endurskoðanda verði sendar 27. október 2023. Krafa um jákvætt eigið fé sé uppfyllt af hálfu PLT ehf., bæði í síðasta ársreikningi og einnig á tilboðsdegi.

PLT ehf. gerir athugasemdir við röksemdir kæranda varðandi veðsetningu vörubirgða og tekur fram að öllum megi vera ljóst að tækjabúnaður og rekstrarvara, sem þjónustusali noti til verkefnisins, sé í eigu þjónustusala, í þessu tilviki PLT ehf. Kærandi láti í veðri vaka að krafa skuli gerð um að tækjabúnaður og birgðir þjónustusala séu óveðsettar á þeim grundvelli að miklir hagsmunir séu í húfi. Þessar nýju og auknu kröfur kæranda fá ekki stoð í útboðslýsingu verkefnisins, sbr. grein 1.9 í útboðsgögnum. Þá komi fram í grein 1.2.1 í útboðslýsingu að seljandi skuli senda mánaðarlega reikninga vegna verkefnisins eftir að vara, þjónusta eða verk hafi verið afhent eða samþykkt af kaupanda. Fyrir liggi að ekki sé um afhendingu eigna að ræða heldur þjónustu. Jafnframt að greiðsla fyrir þjónustuna eigi sér stað eftir að hún sé veitt. Sé því ljóst að hafna beri með öllu málatilbúnaði kæranda er varði veðsetningu eigna. Hvað fjárhagslegt hæfi áhræri þá geri kærandi í skóna að yfirlýsing endurskoðanda um jákvæða eiginfjárstöðu skuli eingöngu notast í undantekningartilvikum. Þessum málatilbúnaði sé hafnað enda heimili útboðsgögnin með skýrum hætti staðfestingu endurskoðanda á jákvæðu eigin fé fyrirtækis. Ástæðan sé sú að ef skýrlaus krafa væri um endurskoðaða reikninga þá myndu einungis stærstu fyrirtæki landsins geta tekið þátt í samkeppnisútboðum sem þessu. Alþekkt sé að smá og meðalstór fyrirtæki, sem alla jafna geti boðið betri og hagkvæmari þjónustu en stærri fyrirtæki, hafi ekki viðskiptalegar, lagalegar eða efnahagslegar forsendur til að láta endurskoða ársreikninga. Þá gerir PLT ehf. athugasemdir við vangaveltur kæranda um ársreikninga PLT, viðskipti milli PLT ehf. og PLT Tækjaleigu ehf., samsköttun félaganna, samninga PLT ehf. við viðskiptabanka sinn og mögulegar kröfur um afstöðu viðkomandi viðskiptabanka í framtíðinni.

Engum geti dulist að hér sé gerð tilraun til að þyrlla upp ryki með málatilbúnaði sem hafi ekkert að gera með skilmála útboðsins eða sannri mynd af sterkri fjárhagsstöðu PLT ehf. Vangaveltur kæranda eigi því ekki við í máli þessu.

V

A

Kærandi krefst þess meðal annars í málinu að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að hafna tilboði hans og að varnaraðila verði gert að taka tilboði kæranda. Þá krefst kærandi þess að samningur varnaraðila og PLT ehf. verði lýstur óvirkur samkvæmt 115. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Af gögnum málsins verður ekki ráðið að varnaraðili hafi tekið sérstaka ákvörðun um að hafna tilboði kæranda. Að því marki sem slík réttaráhrif kunna að felast í ákvörðun varnaraðila um val tilboðs, sbr. 1. mgr. 83. gr. laga nr. 120/2016, skal á það bent að ógilding á ákvörðun um val tilboðs hefur í för með sér að réttaráhrif slíkrar ákvörðunar falla niður. Að þessu gættu og þar sem ákvörðun varnaraðila um val tilboðs kemur til efnislegrar úrlausnar í málinu þykir ekki þörf á að taka sérstaka afstöðu til þessarar kröfu kæranda. Krafa kæranda, um að varnaraðila verði gert að taka tilboði hans, 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 um opinber innkaup. Þá liggur fyrir að samningur hefur ekki komist á milli varnaraðila og PLT ehf. í framhaldinu af hinu kærða útboði og er því enginn samningur til að óvirkja eftir fyrirmælum 115. gr. laga nr. 120/2016. Verður því að vísa framangreindum kröfum frá í málinu.

Í athugasemdum sínum 19. október 2023 hafði kærandi fyrst uppi kröfu um að varnaraðila yrði gert að auglýsa útboðið á nýjan leik. Með þessari viðbótarkröfu fer kærandi út fyrir þann ramma sem hann markaði með kæru málsins. Þar sem kæranda var í lófa lagið að setja fram þessa kröfu strax í upphafi og að gættum atvikum málsins að öðru leyti verður að leggja til grundvallar að krafan komist ekki að í málinu, sbr. til hliðsjónar dóm Landsréttar í máli nr. 745/2021. Verður henni því einnig vísað frá. Þó skal þess getið að kærunefnd útboðsmála fær hvorki séð af málatilbúnaði aðila né gögnum málsins að fyrir hendi séu annmarkar sem eru til þess fallnir að raska grundvelli útboðsins.

Að framangreindu frágengnu standa eftir kröfur kæranda um að ákvörðun varnaraðila, um að ganga að tilboði PLT ehf., verði felld úr gildi og að nefndin veiti álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda en að mati nefndarinnar stendur ekkert í vegi fyrir úrlausn þessara krafna.

B

Samkvæmt b. lið 1. mgr. 69. gr. laga nr. 120/2016 er kaupanda heimilt að setja skilyrði fyrir þátttöku fyrirtækja á grundvelli fjárhagsstöðu. Í 1. mgr. 71. gr. laganna kemur fram að fjárhagsstaða fyrirtækis skuli vera það trygg að það geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Í því skyni sé kaupanda meðal annars heimilt að krefjast ársreiknings fyrirtækis sem sýni til dæmis hlutfall milli eigna og skulda. Samkvæmt 3. mgr. 71. gr. er heimilt að taka tillit til hlutfalls milli eigna og skulda þegar þær aðferðir og viðmiðanir sem beita á hafa verið tilgreindar í útboðsgögnum. Slíkar aðferðir og viðmiðanir skuli vera gagnsæjar, hlutlægar og án mismunar. Í 4. mgr. 74. gr. er mælt fyrir um að fyrirtæki geti fært sönnur á fjárhagslega stöðu sína samkvæmt 71. gr. með einni eða fleiri af þeim aðferðum sem taldar skuli upp í reglugerð sem ráðherra setji, sbr. 12. gr. reglugerðar nr. 955/2016. Geti fyrirtæki, af gildri ástæðu, ekki lagt fram þau gögn sem kaupandi krefjist geti það sýnt fram á efnahagslega og fjárhagslega stöðu sína með öðrum gögnum sem kaupandi telur fullnægjandi.

Ákveði kaupandi að setja lágmarksskilyrði á grundvelli fjárhagsstöðu er honum óheimilt að velja tilboð frá bjóðanda sem ekki uppfyllir slík skilyrði, sbr. c-lið 1. mgr. 66. gr. og 82. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðili ákvað að nýta sér framangreindar heimildir og tiltök í grein 0.4.2 í útboðsgögnum að bjóðendur skyldu vera með jákvætt eigið fé. Þessu til staðfestingar áttu bjóðendur að skila með tilboði sínu síðast gerðum ársreikningi sem skyldi eigi vera eldri en tveggja ára og endurskoðaður og áritaður af löggiltum endurskoðanda án fyrirvara um rekstrarhæfi, sbr. B-lið greinar 0.5. Í umræddum staflið kom einnig fram að ef síðast gerður ársreikningur væri ekki endurskoðaður af löggiltum endurskoðanda væri heimilt að leggja fram yfirlýsingu frá löggiltum endurskoðanda um jákvæða eiginfjárstöðu. Slík yfirlýsing skyldi miða við stöðu umsækjanda eigi fyrr en 90 dögum fyrir opnunartíma tilboða og eigi síðar en degi fyrir opnunartíma tilboða.

Kærufnd útboðsmála hefur kynnt sér tilboðsgögn PLT ehf. Á meðal þeirra gagna sem fyrirtækið lagði fram með tilboði sínu var samantekinn og óendurskoðaður ársreikningur þess og PLT Tækjaleigu ehf. vegna ársins 2021. Fyrir liggur að varnaraðili taldi að umræddur ársreikningur fullnægði ekki skilyrðum útboðsgagna og gaf PLT ehf. tækifæri á að leggja fram frekari gögn og lagði PLT ehf. fram yfirlýsingu frá löggiltum endurskoðanda fyrirtækisins. Í yfirlýsingunni, sem er dagsett 28. júní 2023, staðfesti endurskoðandinn að „samkvæmt drögum að ársreikningi PLT fyrir árið 2022, að eigið fé félagsins, að víkjandi láni með[t]öldu, er jákvætt“. Þá kom fram að þetta ætti við um stöðu á tilboðsdegi.

Að mati nefndarinnar þykir mega miða við að framlagning yfirlýsingarinnar hafi ekki farið í bága við 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 enda fól hún einungis í sér formlega staðfestingu á að fyrirtækið hefði haft jákvætt eigið fé á tilboðsdegi, sbr. til hliðsjónar úrskurð nefndarinnar í máli nr. 37/2022.

Á hinn bóginn verður að leggja til grundvallar að yfirlýsingin feli ekki í sér fullnægjandi yfirlýsingu um jákvæða eiginfjárstöðu PLT ehf. enda virðist hún samkvæmt orðalagi sínu aðeins byggjast á upplýsingum úr drögum að ársreikningi PLT ehf. fyrir árið 2022. Enn fremur virðist sá annmarki vera á yfirlýsingu endurskoðandans að samkvæmt henni hafi við ákvörðun eiginfjár verið talið með víkjandi lán. Samrýmist þetta ekki 3. gr. reglugerðar nr. 696/2019 um framsetningu og innihald ársreikninga og samstæðureikninga. Í henni eru taldir (í 3. lið) þeir liðir sem eru hluti eigin fjár fyrirtækis. Víkjandi lán eru ekki þar á meðal en fram kemur (í 4. lið, undirlið d, og 5. lið, undirlið a) að þau teljist meðal langtíma- og skammtímaskulda fyrirtækisins. Staðfesting endurskoðandans er af þessum sökum ekki í samræmi við útboðskröfur. Loks skal þess getið að í fyrnefndum samanteknum ársreikningi PLT ehf. og PLT Tækjaleigu ehf. er sérstakur liður fyrir víkjandi lán ekki felldur undir eigið fé. Yfirlýsing endurskoðandans virðist því að þessu leyti ekki hafa verið í samræmi við önnur reikningsskil fyrirtækisins sem lögð voru fram sem hluti tilboðsgagna.

Í framangreindu samhengi verður ekki fallist á með varnaraðila að engar kröfur eða takmarkanir eigi við um yfirlýsingu löggilts endurskoðanda þar sem slíkt komi ekki fram í útboðsgögnum. Nefndin bendir á að lágmarkskrafa útboðsgagna var að eigið fé skyldi vera jákvætt og var bjóðendum, svo sem fyrr segir, gefinn kostur á að sýna fram á að skilyrðið væri uppfyllt með framlagningu endurskoðaðs ársreiknings eða, ef slíkur ársreikningur lægi ekki fyrir, með yfirlýsingu löggilts endurskoðanda. Að mati nefndarinnar myndi það veða gegn meginreglunni um jafnræði bjóðenda, sbr. 1. mgr. 15. gr. laga nr. 120/2016, ef mat á eiginfjárstöðu væri mismunandi eftir því hvort bjóðendur byggðu hæfi sitt á upplýsingum úr ársreikningi eða á yfirlýsingu löggilts endurskoðanda. Þá verða kröfur til yfirlýsingar löggilts endurskoðanda að taka mið af þeim tilgangi sem slíkri yfirlýsingu var ætlað að þjóna, það er að tryggja fullnægjandi sönnun á fjárhagsstöðu bjóðanda.

Samkvæmt öllu framangreindu verður að leggja til grundvallar að framlögð yfirlýsing hafi ekki verið í samræmi við útboðskröfur og að PLT ehf. hafi því ekki lagt fram gögn með tilboði sínu sem staðfestu fjárhagslegt hæfi fyrirtækisins til þátttöku í útboðinu.

Við meðferð málsins og í kjölfar ákvörðunar nefndarinnar hefur PLT ehf. lagt fram frekari gögn sem fyrirtækið telur sýna fram á fjárhagslegt hæfi sitt. Hefur fyrirtækið þannig lagt fram ársreikning þess fyrir árið 2022 ásamt 8 mánaða uppgjöri fyrir árið 2023. Þá sendi

endurskoðandi PLT ehf. tölvupóst til nefndarinnar 27. október 2023 með frekari upplýsingum. Endurskoðandinn tók fram að þegar útboðið hafi farið fram hafi ársreikningar PLT ehf. og PLT tækjaleigu ehf. ekki verið tilbúnir. Þó hafi verið ljóst að eigið fé PLT ehf., að meðtöldu víkjandi láni, hafi verið jákvætt. Þegar ársreikningur 2022 liggi fyrir sé ljóst að eigið fé PLT ehf. í árslok 2022 hafi verið verulega jákvætt og þá fyrir utan víkjandi lán. Þar hafi munað verulega um hækkun hlutafjár á árinu 2022. Á sama hátt hafi eigið fé PLT tækjaleigu ehf. verið jákvætt í árslok 2022. Útskýrir endurskoðandinn loks að samkvæmt afstemmdri aðalbók félaganna í dag, þá hafi eigið fé þeirra hækkað frá áramótum og það þýði að eigið fé, án víkjandi láns, hafi verið jákvætt allt árið 2023, þar með talið á útboðsdegi.

Umtalsvert misræmi er á milli upplýsinga í ársreikningi 2022 og annarra gagna sem PLT ehf. lagði fram við meðferð útboðsins. Þannig kemur fram í ársreikningnum 2022 að eigið fé félagsins í árslok 2021 hafi verið neikvætt um 115.698.147 krónur. Á hinn bóginn kemur fram í samanteknum ársreikningi í dálki sem lýsir stöðu eigin fjár PLT ehf. í lok árs 2021 að það hafi verið 49.749.799 krónur. Jafnframt er að mati nefndarinnar óútskýrt af hverju yfirlýsing endurskoðanda PLT ehf. tiltók að eigið fé væri jákvætt að meðtöldu víkjandi láni ef fyrir lá á þeim tíma að hlutafé fyrirtækisins hefði verið hækkað verulega á árinu 2022.

Að framangreindu gættu og að virtum gögnum málsins í heild sinni eru að mati nefndarinnar engar forsendur fyrir öðru en að miða mat á hæfi PLT ehf. við þau gögn sem félagið lagði fram við meðferð útboðsins. Þau eru ófullnægjandi eins og áður hefur verið lýst. Er því óhjákvæmilegt að ógilda ákvörðun varnaraðila um að velja tilboð PLT ehf.

Kærandi krefst þess jafnframt að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila. Eins og málatilbúnaði kæranda er háttað þykir verða að taka afstöðu til þessarar kröfu enda er hún sett fram samhliða öðrum kröfum. Þar sem kærunefnd útboðsmála hefur fallist á kröfu kæranda um að ákvörðun varnaraðila um val á tilboði PLT ehf. verði felld úr gildi er ljóst að útboðið er ennþá í gangi. Kann varnaraðili því að taka ákvörðun um val á tilboði annars bjóðanda í framhaldinu og er ekki loku fyrir það skotið að tilboð kæranda verði fyrir valinu. Þykir því ekki tímabært að fjalla um þessa kröfu kæranda og verður henni vísað frá nefndinni.

Samkvæmt framangreindu málsúrslitum verður varnaraðila gert að greiða kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn í samræmi við það sem nánar greinir í úrskurðarorði.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun varnaraðila, Reykjavíkurborgar, um að velja tilboð PLT ehf. í útboði nr. 15697 auðkennt „Prentþjónusta fyrir Reykjavíkurborg“, er felld úr gildi.

Öðrum kröfum kæranda er vísað frá kærunefnd útboðsmála.
Varnaraðili greiðir kæranda 1.000.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 20. desember 2023

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir