

UMSÖGN

Viðtakandi: Innkaupa- og framkvæmdaráð

Sendandi: Borgarlögmaður

Umsögn borgarlögmanns um erindi Vörðubergs ehf. vegna höfnunar tilboðs félagsins í útboði nr. 15175 - Gangstéttaviðgerðir 2021

Með bréfi lögmannsþjónustunnar Draupnis f.h. Vörðubergs ehf., dags. 23. maí 2021, setur félagið fram kröfu um að innkaupa- og framkvæmdaráð Reykjavíkurborgar endurskoði höfnun á tilboði þess í útboði nr. 15175 – Gangstéttaviðgerðir 2021 („útboðið“) og samþykki tilboð félagsins. Í nefndu bréfi segir jafnframt að ef ekki verði fallist á kröfur Vörðubergs ehf. sé áskilinn réttur af þess hálfu til að krefjast skaðabóta og að kæra niðurstöðu útboðsins til kærunefndar útboðsmála. Hér á eftir fer umsögn borgarlögmanns um það erindi félagsins.

I. Málsvik og málatilbúnaður Vörðubergs ehf.

Tilboði Vörðubergs ehf. í útboðinu var hafnað af hálfu innkaupa- og framkvæmdaráðs með vísan krafna 5. mgr. í gr. 0.4.2. útboðsgagna en félagið var lögstjórðandi í útboðinu. Nánar tiltekið þá var tilboði félagsins hafnað með vísan til þess að eigandi félagsins, Rafn Sveinsson, var með dómi Landsréttar frá 4. maí 2018 í máli nr. 4/2018 sakfelldur fyrir að hafa á rekstrarárinu 2011 sem stjórnarmaður og framkvæmdastjóri ekki staðið skil á virðisaukaskattaskýrslum fjögurra einkahlutafélaga og virðisaukaskatti þriggja félaga, þ.m.t. félagsins Tinnubergs ehf. Að mati Landsréttar var um meiriháttar brot að ræða í skilningi 1. mgr. 262. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. 1. mgr. 40. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Þá var Rafn sakfelldur í sama dómi fyrir brot gegn 2. mgr. 262. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. 1. tl. 1. mgr. 37. gr., sbr. 36. gr., sbr. 40. gr. laga nr. 145/1994 laga um bókhald, með því að hafa ekki fært tilskilið bókhald fyrir öll félögin, þ.m.t. Tinnuberg ehf., vegna starfsemi þeirra á rekstrarárinu 2011. Samkvæmt ársreikningi Vörðubergs ehf. frá 2019 er Rafn tilgreindur sem eini hluthafi þess félags og í ljósi brota hans var því skylt að útiloka félagið í útboðinu, eins og nánar verður rakið.

Í tilvitnuðu bréfi lögmannsþjónustunnar Draupnis er byggt á því að Rafn sé ekki hluthafi í Vörðubergi ehf. Því hafi verið óheimilt að hafna tilboði félagsins vegna þess að hvorki félagið sjálf né ætlaður núverandi hluthafi þess hafi gerst sek um sviksemi í skilningi útboðsgagna. Í bréfinu er fullyrt að eigandi félagsins sé nú Annora Kolbrún Roberts í stað Rafns og að ársreikningur félagsins frá 2019 gefi ranglega til kynna að Rafn sé eigandi félagsins.

II. Svíksamleg háttsemi.

Samkvæmt c. lið 1. mgr. 68. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skal þátttakandi eða bjóðandi sem hefur verið sakfelldur með endanlegum dómi fyrir svíksemi útilokaður frá þátttöku í innkaupaferli. Í 2. mgr. 68. gr. laga um opinber innkaup segir m.a. að skylda til að útiloka þátttakanda eða bjóðanda gildi einnig þegar einstaklingur, sem hefur verið sakfelldur með endanlegum dómi fyrir brot samkvæmt 1. mgr. 68. gr. laganna hefur heimild til fyrisvars, ákvörðunartöku eða yfirráða yfir þátttakanda eða bjóðanda. Rafn fer með æðsta vald í málefnum Vörðubergs ehf. sem eini hluthafi félagsins og tekur sjálfur ákvarðanir fyrir hönd félagsins, sbr. 1. og 2. mgr. 55. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög. Þá telst sú háttsemi er Rafn var sakfelldur fyrir til svíksemi í skilningi ákvæðisins sem og er dómur Landsréttar endanlegur dómur í skilningi ákvæðisins. Um nánari umfjöllun og rökstuðning fyrir framangreindum ályktunum vísast til umsagnar borgarlögmanns til innkaupa- og framkvæmdaráðs, dags. 23. júní 2020, um kvörtun Vörðubergs ehf. til innkaupa- og framkvæmdaráðs, dags. 2. júní 2020.

Við mat á eignarhaldi á og yfirráðum yfir Vörðubergi ehf., í samhengi við c. lið 1. mgr. 68. gr. laga um opinber innkaup, leit innkaupaskrifstofa til þess er fram kom í síðasta ársreikningi félagsins frá 2019. Í ársreikningi 2019 er Rafn skráður eigandi alls hlutfjár félagsins. Samkvæmt 3. mgr. 65. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga segir að í skýrslu stjórnar með ársreikningi í einkahlutafélögum skuli upplýsa um alla hluthafa félags ef þeir eru færri en tíu og hundraðshluta hlutafjár hvers þeirra í lok ársins. Þá skal samkvæmt ákvæðinu fylgja með skilum á ársreikningi skrá yfir nöfn og kennitölur allra hluthafa í stafrófsröð ásamt upplýsingum um hlutafjäreign hvers þeirra og hundraðshluta hlutafjár í árslok. Röng framsetning í ársreikningi er að viðlagðri refsíábyrgð þess löggilta endurskoðanda er hann semur, sbr. XII. kafla laganna. Upplýsingar um hlutahafa einkahlutafélaga í ársreikningi eiga því að gefa rétta mynd af eignarhaldi hlutafélags. Almennt ber því kaupendum í opinberum innkaupum að taka mið af þeim upplýsingum er fram koma í ársreikningum bjóðenda við mat á tilboðum þeirra.

Í bréfi lögmannsþjónustunnar Draupnis er því teft fram að þar sem Annora Kolbrún Roberts sé skráður sem raunverulegur eigandi félagsins samkvæmt skráningu í fyrirtækjaskrá, sbr. lög nr. 82/2019 um skráningu raunverulegra eigenda, þá teljist hún eigandi þess en ekki Rafn. Sú skráning dregur þó ekki úr réttmæti ákvörðunar innkaupaskrifstofu. Rafn var skráður eini hluthafi félagsins samkvæmt síðasta ársreikningi og hefur ekki verið sýnt fram á annað en að hann hafi samkvæmt því farið með ákvörðunarvald yfir félaginu samkvæmt 1. og 2. mgr. 55. gr. laga um einkahlutafélög þegar mat á tilboðum í áður nefndu útboði fór fram. Auk þess byggir skráning fyrirtækjaskrár á raunverulegum eigendum m.a. á tilkynningum skráningarskyldra aðila sjálfra, sbr. 3. mgr. 4. gr. laga nr. 82/2019, og getur ásamt því t.d. tekið mið af því hver sé skráður sem prókúruhafi eða riti firma félags. Slík skráning skákar því ekki upplýsingum sem fram koma í ársreikningi eða sannleiksgildi þeirra um hver sé hluthafi félags og fari með samsvarandi lögbundið vald yfir því.

Í 9. mgr. 68. gr. laga um opinber innkaup segir að ef fyrirtæki er í einhverjum þeim aðstæðum sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 68. gr. laganna sé því heimilt að færa fram sönnur á að ráðstafanir sem það hefur gripið til dugi til að sýna fram á áreiðanleika fyrirtækisins þrátt fyrir að til staðar sé útilokunarástæða. Í athugasemd við ákvæðið í greinargerð með því frumvarpi er varð að lögum nr. 120/2016 kemur fram að með umræddri málsgrein þá sé fyrirtækjum gert kleift að sýna fram á að þau hafi gripið til nauðsynlegra ráðstafana til að bæta fyrir brot sín (e. *self-cleaning*). Í athugasemdunum segir enn fremur að fyrirtæki skuli í þessum tilgangi sanna

að það hafi greitt eða skuldbundið sig til að greiða bætur vegna alls tjóns sem orðið hefur vegna refsilagabrotsins eða misferlisins, útskýra málsatvik og málavexti með heildstæðum hætti með virkri samvinnu við yfirvöld og sýna að það hafi gripið til raunhæfra tæknilegra og skipulagslegra ráðstafana og ráðstafana varðandi starfsfólk sem séu til þess fallnar að koma í veg fyrir frekari refsilagabrot eða misferli.

Í þeim skjölum er Vörðuberg ehf. lagði fram með tilboði sínu í umræddu útboði er ekki að finna upplýsingar þess efnis að félagið hafi gripið til ráðstafana gagnvart brotum Rafns eða að eignarhald félagsins hafi breyst þannig að Rafn sé ekki lengur eigandi þess. Þá er í raun heldur ekkert í þeim skjölum er fylgdu umræddu bréfi sem sýnir fram á að eignarhald félagsins hafi breyst þannig að Annora Kolbrún Roberts sé nú eini hluthafi þess í stað Rafns annað en fullyrðing bókara félagsins þess efnis í tölvupósti sem fylgdi bréfi Lögmannsþjónustunnar Draupnis eftir höfnun tilboðs félagsins.

Meginregla opinberra innkaupa er sú að bjóðandi ber ábyrgð á tilboði sínu. Hafi verið til staðar sönnunargögn um ráðstafanir Vörðubergs ehf., þ.m.t. breytt eignarhald félagsins miðað við síðasta ársreikning, bar að leggja þau fram með tilboði félagsins og á því bar félagið ábyrgð. Vörðuberg ehf. ber hallann af þeim skorti gagna. Því liggur ekki annað fyrir en að félagið hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna og c. liðar 1. mgr. 68. gr. laga um opinber innkaup er mat á tilboðum fór fram.

III. Brot gegn skyldum um greiðslu opinberra gjalda.

Samkvæmt 3. mgr. 68. gr. laga um opinber innkaup skal bjóðandi útilokaður frá þátttöku í innkaupaferli hafi hann brotið gegn skyldum um greiðslu opinberra gjalda, lífeyrissjóðsiðgjalda eða annarra lögákveðinna gjalda og því hefur verið endanlega slegið föstu með ákvörðun dómstóls eða stjórnvalds þar sem bjóðandi er skráður eða í aðildarríki innan Evrópska efnahagssvæðisins. Í athugasemd við ákvæðið í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 120/2016 segir að fyrst og fremst sé átt við greiðslu skatta, framlaga til almannatrygginga og annarra sambærilegra lögákveðinna gjalda.

Í 7. mgr. 68. gr. laganna segir m.a. við mat á því hvort 3. mgr. 68. gr. þeirra eigi við um fyrirtæki skuli litið til þess hvort um sé að ræða sömu rekstrareiningu, með sömu eða nær sömu eigendur í sömu eða nær sömu atvinnustarfsemi á sama markaði; án tillits til þess hvort fyrirtækið hafi skipt um kennitölu eða verið stofnað að nýju. Þá segir í ákvæðinu að í þessu skyni sé heimilt að kanna viðskiptasögu stjórnenda og helstu eigenda.

Samkvæmt 5. mgr. 68. gr. laganna er í undantekningartilvikum vegna ástæðna sem varða almannahagsmuni, svo sem lýðheilsu eða umhverfisvernd, heimilt að veita undanþágu frá útilokun samkvæmt 3. og 4. mgr. 68. gr. laganna enda vegi þær ástæður þyngra en ástæður fyrir útilokun bjóðanda. Í athugasemd við ákvæðið í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 120/2016 segir að ákvæðið feli í sér undantekningarreglu sem beri að skýra þrengjandi.

Eins og áður greinir þá var Rafn m.a. sakfelldur með dómi Landsréttar fyrir skattalagabrot sem stjórnarmaður og framkvæmdastjóri félagsins Tinnuberg ehf. Rafn var jafnframt eini hluthafi þess félags. Félagið Tinnuberg ehf. starfar á sama markaði og Vörðuberg ehf. enda liggur fyrir að bæði félög hafa boðið í sambærileg verk í útboðum. Ekkert hefur komið fram sem sýnir að undantekningarregla 5. mgr. 68. gr. eigi við um Vörðuberg ehf. Með vísan til þess og alls sem áður hefur verið rakið uppfyllti Vörðuberg ehf. einnig ekki kröfur

útboðsgagna vegna skattalagabrota Rafns sem stjórnarmanns og framkvæmdastjóra félagsins Tinnubergs ehf. samkvæmt 3. og 7. mgr. 68. gr. laga um opinber innkaup.

IV. Heimildir innkaupa- og framkvæmdaráðs.

Til viðbótar við áður greinda umfjöllun þá skal þess getið að biðtími samningsgerðar hefur runnið sitt skeið á enda í útboðinu, sbr. 1. mgr. og 3. mgr. 86. gr. laga um opinber innkaup, og var tilboð Sumargarða ehf. samþykkt hinn 26. maí 2021. Engin heimild er að lögum til að ógilda eða óvirkja samninga sem þessa en samningsfjárhæð var undir viðmiðunarfjárhæðum fyrir útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 4. mgr. 23. gr., 1. mgr. 114. gr. og 1. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup. Innkaupa- og framkvæmdaráð getur því ekki að lögum fallist á kröfur Vörðubergs ehf. um samþykki tilboðs félagsins þar sem með því þyrfti að ógilda samning Reykjavíkurborgar við Sumargarða ehf. sem komst á 26. maí 2021.

V. Álit borgarlögmans.

Að mati borgarlögmans gefur erindi lögmansþjónustunnar Draupnis f.h. Vörðubergs ehf. ekki tilefni til að innkaupa- og framkvæmdaráð endurskoði höfnun á tilboði félagsins í útboði nr. 15175 - Gangstéttaviðgerðir 2021 þar sem skylt var að útiloka félagið frá þátttöku í útboðinu samkvæmt því sem að framan er rakið. Því er lagt til að innkaupa- og framkvæmdaráð hafni erindinu.

F.h. borgarlögmans

Theodór Kjartansson, lögmaður

Hjálagt:

Umsögn borgarlögmans, dags. 23. júní 2020.