



## UMSÖGN

**Viðtakandi:** innkaupa- og framkvæmdaráð Reykjavíkurborgar

**Sendandi:** borgarlögmaður

---

***Umsögn borgarlögmanns um kvörtun Vörðubergs ehf. til innkaupa- og framkvæmdaráðs, dags. 2. júní 2020***

Með bréfi dags. 2. júní 2020 kvartar Draupnir lögmannsþjónusta f.h. Vörðubergs ehf. til innkaupa- og framkvæmdaráðs Reykjavíkurborgar yfir þeirri ákvörðun Reykjavíkurborgar að hafna tilboði Vörðubergs ehf. í útboði nr. 14782. Í framangreindri kvörtun er þess krafist að innkaupa- og framkvæmdaráð endurskoði þá ákvörðun að hafna tilboði félagsins og að ráðið leggi fyrir innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar að ganga að tilboði þess.

Á fundi ráðsins hinn 11. júní 2020 var umrædd kvörtun lögð fram og á fundinum óskaði ráðið eftir umsögn embættis borgarlögmanns um kvörtunina.

Í samræmi við framangreint fer eftirfarandi umsögn borgarlögmanns um kvörtunina:

***Málsatvik og almenn atriði***

Í mars 2020 var auglýst eftir tilboðum í verkið „Hverfið mitt 2020 – austur Grafarvogur, Grafarholt og Úlfarsárdalur“. Í verkið barst m.a. tilboð frá félaginu Vörðuberg ehf., dags. 16. apríl 2020. Vörðuberg ehf. var lægstbjóðandi en tilboði félagsins var engu að síður hafnað þar sem það uppfyllti ekki hæfisskilyrði útboðsgagna. Samkvæmt upplýsingum úr fyrirtækjaskrá er Rafn Sveinsson eini hluthafi félagsins og fer með prókúru f.h. þess en hann er að öðru leyti hvorki skráður í félagsstjórn eða framkvæmdastjórn félagsins.

Eigandi Vörðubergs ehf. var með dómi Landsréttar í máli nr. 4/2018 sakfelldur fyrir að hafa á rekstrarárinu 2011 ekki staðið skil á virðisaukaskattaskýrslum fjögurra einkahlutafélaga og virðisaukaskatti þriggja félaga. 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. Þá var hann jafnframt sakfelldur fyrir brot gegn 2. mgr. 262. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. 1. tl. 1. mgr. 37. gr., sbr. 36. gr. laga nr. 145/1994, með því að hafa ekki fært tilskilið bókhald fyrir öll félögin vegna starfsemi þeirra á rekstrarárinu 2011.

Með beiðni dags. 29. maí 2018 óskaði eigandi félagsins eftir leyfi Hæstaréttar Íslands til að áfrýja dómi Landsréttar í máli nr. 4/2018 til réttarins. Með ákvörðun hinn 21. ágúst 2018 hafnaði Hæstiréttur Íslands þeirri beiðni.

Í 4. mgr. 186. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 segir að dómur hafi fullt sönnunargildi um þau málsatvik er í honum greinir þar til hið gagnstæða er sannað. Að mati undirritaðs er því Reykjavíkurborg unnt að byggja málsatvik á grundvelli dómsins við ákvörðun um hæfi Vörðubergs ehf. í umræddu útboði.

Um innkaup sveitarfélaga á vörum, verkum og þjónustu gilda lög nr. 120/2016 um opinber innkaup, sbr. 3. gr. og 4. gr. laganna. Þá gilda lög um framkvæmd útboða nr. 65/1993 einnig um útboð sveitarfélaga, sbr. 1. gr. þeirra. Enn fremur gilda um útboð sem þessi innkaupareglur Reykjavíkurborgar frá 31. maí 2019, sbr. 2. gr. og 3. gr. reglnanna.

Kostnaðaráætlun umrædds verksamnings sem boðinn var út í útboði nr. 14782 var undir viðmiðunarfjárhæðum fyrir útboðsskyldu samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016 eða undir kr. 49.000.000,- og fór því útboðið ekki fram samkvæmt ákvæðum laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, sbr. 24. gr. þeirra.

Engu að síður var um formlegt útboð að ræða og giltu því bæði reglur laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða, innkaupareglur Reykjavíkurborgar frá 31. maí 2019 sem og útboðsgögn útboðs nr. 14782. Í c-lið 6. mgr. 33. gr. innkaupareglna segir að þátttakandi eða bjóðandi sem hafi verið sakfelldur með endanlegum dómi fyrir sviksemi skulu útilokaður frá þátttöku í innkaupaferli. Þá segir í d-lið 11. mgr. 33. gr. reglnanna að heimilt sé að útiloka fyrirtæki frá þátttöku í innkaupaferli þegar fyrirtæki hefur sýnt af sér alvarlega vanrækslu í starfi sem kaupanda er unnt að sýna fram á. Umrædd ákvæði innkaupareglna endurspeglar 68. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016. Í lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða er ekki að finna takmarkanir á heimildum kaupanda gagnvart því að gera kröfur um hæfi bjóðenda að þessu leyti til eða takmarkanir á heimild til útilokunar bjóðanda í útboðum með almennum skilmálum.

Í 5. mgr. 0.4.2 gr. í útboðs- og samningsskilmálum verksins segir að ef kaupanda sé kunnugt um að bjóðandi hafi á opnunardegi tilboðs, verið sakfelldur með endanlegum dómi fyrir spillingu, sviksemi, peningaþvætti eða þátttöku í skipulögðum brotasamtökum skal bjóðandi útilokaður frá gerð opinbers samnings. Þá segir í 3. tl. og 4. tl. 6. mgr. 0.4.2 gr. í sömu skilmálum að heimilt sé að útiloka fyrirtæki frá samningnum hafi fyrirtæki verið með endanlegum dómi fundið sekt um refsivert brot í starfi eða sýnt alvarlega vanrækslu í starfi sem kaupanda er unnt að sýna fram á.

#### ***Um heimild sveitarfélaga til að ákveða efni útboðsgagna***

Í kvörtun félagsins er því haldið fram að Reykjavíkurborg hafi verið óheimilt að kveða á um í útboðsskilmálum að hafna skuli tilboðum félaga sem eru í eigu einstaklinga er hlotið hafi endanlegan dóm fyrir refsivert brot. Einnig að með slíkum skilmálum, án frekari tilgreiningar á gildistíma útilokunar eða öðrum atriðum, þá sé Reykjavíkurborg bæði að útiloka skyldubundið mat í útboðinu sem og að taka sér í hendur dóms- og hegningarvald. Jafnframt að með höfnun á tilboði félagsins brjóti Reykjavíkurborg gegn meðalhófsreglu.

Um einkaréttarlega samningsgerð sveitarfélaga, þ.m.t. Reykjavíkurborgar, gilda ekki ákvæði stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna, að undanskyldum II. kafla þeirra um sérstakt hæfi. Einnig er í 121. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016 sérstaklega mælt fyrir um að stjórnarsýslulög gildi ekki um ákvarðanir sem teknar eru samkvæmt lögum um opinber innkaup, að öðru leyti en II. kafla þeirra. Með vísan til þess hafnar borgarlögmaður því að

sérstök skylda hafi hvílt á Reykjavíkurborg framkvæma skyldubundið mat eftir reglum stjórnarsýslulaga í umræddu útboði. Í umræddu útboði þá mat innkaupaskrifstofa hæfi Vörðubergs ehf. og hafnaði tilboði þess með vísan til ákvæða útboðsgagna í ljósi niðurstöðu Landsréttar í máli nr. 4/2018. Með því var framkvæmt það mat sem bæði innkaupareglur og ákvæði útboðsgagna gerðu ráð fyrir.

Þá njóta sveitarfélög stjórnarskrárvarinnar sjálfstjórnar um málefni sín og hafa fjárstjórnarvald á grundvelli 78. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, sbr. lög nr. 33/1944. Enn fremur er sérstaklega mælt fyrir um í 2. mgr. 8. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 að sveitarfélög hafi ákvörðunarvald um nýtingu eigin tekjustofna, ráðstöfun eigna og framkvæmd verkefna sinna. Meginreglan er því sú að sveitarfélög hafa frelsi til samningsgerðar með þeim takmörkunum er leiða af ákvæðum laga.

Með öðrum orðum þá er Reykjavíkurborg almennt heimilt að ákveða hvort sveitarfélagið geri tiltekna samninga, skilmála þeirra og þá við hvaða aðila. Í ljósi þess er Reykjavíkurborg heimilt að setja bjóðendum tiltekin hlutlæg, lögmæt og málefnaleg hæfisskilyrði við þátttöku í innkaupaferlum á vegum borgarinnar, óháð því hvort það sé gert með almennum reglum eða samkvæmt ákvæðum tiltekinna útboðsskilmála. Af framangreindri umfjöllun leiðir að slíkar reglur eða útboðsskilmálar þarfnast ekki sérgreindrar lagastoðar.

Að mati borgarlögmanns er því bæði málefnalegt og lögmæt að útiloka þá frá þátttöku sem hafa gerst sekir um refsiverð brot í tengslum við skattaskil og færslu bókhalds, líkt og á við um eiganda Vörðubergs ehf. Reykjavíkurborg var því ótvírætt heimilt að mæla fyrir um þá skyldu og heimild til útilokunar er beitt var gagnvart Vörðubergi ehf. samkvæmt ákvæðum bæði útboðsgagna og innkaupareglna.

Jafnframt hafnar borgarlögmaður því að Reykjavíkurborg hafi tekið sér dóms- og hegningarvald með því að hafna tilboði Vörðubergs ehf. eða að sú ákvörðun feli í sér refsingu með einhverjum hætti. Ákvörðun Reykjavíkurborgar að hafna boði tiltekins bjóðanda á þeim grundvelli að hann hafi ekki til að bera hæfi til þess að gera samning við borgina felur ekki í sér úrlausn dómstóls né verður jafnað til slíkrar úrlausnar. Þá telst slík ákvörðun ekki vera refsing í skilningi 69. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Þá hafnar borgarlögmaður því að meðalhófs hafi ekki verið gætt í málinu. Samkvæmt 5. mgr. 0.4.2 gr. í útboðs- og samningsskilmálum verksins var skylt að útiloka bjóðanda frá ferlinu hafi hann gerst sekur um sviksemi. Samkvæmt umræddu ákvæði og samsvarandi ákvæði innkaupareglna er ekki gert ráð fyrir að sérstakt mat fari fram við beitingu þess annað en það hvort viðkomandi hafi verið sakfelldur með endanlegum dómi. Í 15. mgr. 33. gr. innkaupareglna segir að hafi útilokunartímabil ekki verið ákvarðað með endanlegum dómi skal tímabil þess ekki vara lengur en fimm ár frá dómsuppkvaðningu er varðar sviksemi. Það tímabil hefur ekki runnið sitt skeið. Þá var í tilboði félagsins þess engu getið að eigandi þess hafi bætt fyrir misgjörðir sínar, líkt og nú er haldið fram í kvörtun. Innkaupaskrifstofa átti því ekki annarra kosta vól en að hafna tilboði Vörðubergs ehf.

### ***Um skyldu og heimild Reykjavíkurborgar að hafna tilboði Vörðubergs ehf. í útboði nr. 14782***

Í kvörtun er því einnig haldið fram að óheimilt hafi verið að hafna tilboði Vörðubergs ehf. á þeim forsendum sem gert var og að dómur Landsréttar í máli nr. 4/2018 hafi ekki varðað félagið með nokkrum hætti.

Jafnvel þó að umrædd skattalaga- og bókhaldsbrot sem sakfelld var fyrir í dóm Landsréttar hafi ekki varðað félagið þá var engu að síður núverandi eiganda Vörðubergs ehf. gerð refsing fyrir umrædd brot, líkt og að framan er rakið.

Í 7. mgr. 33. gr. innkaupareglna segir að skylda til að útiloka þáttakanda eða bjóðanda gildi einnig þegar sá einstaklingur hafi verið sakfelldur með endanlegum dómi, m.a. fyrir sviksemi, sem hafi heimild til fyrirvars, ákvarðanatöku eða yferráða yfir bjóðanda eða þáttakanda. Þá segir m.a. í 12. mgr. 33. gr. innkaupareglna að við mat á því hvort skilyrði fyrir útilokun vegna alvarlegrar vanrækslu í starfi sé fullnægt skuli horft til þess hvort um sé að ræða sömu eigendur í sömu eða nær sömu atvinnustarfsemi á sama markaði, án tillits til kennitölu eða nýrrar stofnunar félags. Samkvæmt ákvæðinu er við athugun á framangreindu heimilt að kanna viðskiptasögu stjórnenda og helstu eigenda. Sambærilegt ákvæði er að finna í 7. mgr. 0.4.2 gr. útboðs- og samningsskilmála verksins.

Í gildandi skráningu Vörðubergs ehf. er Rafn tilgreindur sem eini hluthafi félagsins. Um stjórn hluthafa í einkahlutafélögum segir í 1. mgr. og 2. mgr. 55. gr. laga um einkahlutafélög nr. 138/1994:

„Hluthafafundur fer með æðsta vald í málefnum einkahlutafélags samkvæmt því sem lög og samþykktir þess ákveða.

Hluthafar fara með ákvörðunarvald sitt í málefnum félagsins á hluthafafundum. Þetta á þó ekki við um einkahlutafélag eins aðila. **Þar kemur hluthafi í stað hluthafafundar, tekur sjálfur ákvarðanir fyrir hönd félagsins og skráir þær í gerðabók** [leturb. und.]“

Eigandi Vörðubergs ehf. fer því með æðsta vald og stjórn þess sem eini hluthafi félagsins og tekur sjálfur ákvarðanir fyrir hönd félagsins.

Jafnframt er eigandi Vörðubergs ehf. tilgreindur sem prókúruhafi þess. Í prókúru felst heimild til þess að skuldbinda félag og um það er fjallað í 25. gr. til 32. gr. firmalaga nr. 42/1903. Prókúruumboð er víðtækt og m.a. veitir viðkomandi prókúruhafa heimild til þess að gera flesta samninga, skuldbindingar og ráðstafanir er snerta venjuleg viðskipti í starfsemi félagsins og í samræmi við skráðan tilgang þess.

Miðað við fyrirliggjandi upplýsingar er ljóst að eigandi Vörðubergs ehf. fer með stjórn félagsins sem eini hluthafi þess og prókúruhafi. Í dómaframkvæmd Evrópuðómstólsins er miðað við að refsiverð brot stjórnenda fyrirtækja leiði til þess að bæði skylda og heimildir til útilokunar eigi við, þ.e. horfa verður til þess hver stjórn fyrirtæki og sakaferils viðkomandi í því sambandi. Sjá hér umfjöllun Evrópuðómstólsins í máli nr. C-178/16 gegn Ítalíu.

Á því og framangreindri umfjöllun er ljóst að ekki skiptir máli að þau brot er sakfelld var fyrir í dómi Landsréttar í máli nr. 4/2018 hafi ekki varðað Vörðuberg ehf. þar sem eigandi félagsins var sakfelldur fyrir umrædd brot.

Eins og áður greinir er óheimilt að gera samning við aðila er hefur verið sakfelldur fyrir sviksemi með endanlegum dómi, sbr. c-lið 6. mgr. 33. gr. innkaupareglna og 5. mgr. 0.4.2 gr. útboðs- og samningsskilmála. Um framangreind ákvæði hefur ekki verið fjallað fyrir

dómstólum eða kæruneftnd útboðsmála.

Hugtakið sviksemi er ekki skilgreint nánar í innkaupareglum Reykjavíkurborgar eða útboðsgögnum. Ljóst er að 33. gr. reglnanna er byggð á 47. gr. eldri laga um opinber innkaup nr. 84/2007 og 68. gr. nógildandi laga um opinber innkaup nr. 120/2016.

Í athugasemd við 47. gr. í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 84/2007 segir að um afmörkun á merkingu hugtaksins beri að líta til 1. gr. samnings um vernd fjárhagslegra hagsmuna Evrópubandalaganna. Í umræddum samningi dags. 27. nóvember 1995 er hugtakið „sviksemi“ (e. fraud) í tengslum við tekjur skilgreint í b-lið 1. gr. samningsins sem „non-disclosure of information in violation of a specific obligation [...]“. Að mati undirritaðs telst sú háttsemi að skila ekki virðisaukaskattskýrslum „non disclosure of information of a specific obligation“, sbr. 24. gr. laga um virðisaukaskatt nr. 50/1988. Jafnframt að háttsemi eiganda Vörðubergs ehf. teljist til skattsvika en í lögfræðiorðabók á bls. 392 eru skattsvik m.a. skilgreind sem vanræksla á að veita upplýsingar sem kunna að hafa þýðingu við skattákvæðanir.

Eigandi Vörðubergs ehf. vanrækti að veita upplýsingar sem höfðu þýðingu við skattákvæðun, þ.e. skil á virðisaukaskattskýrslu og teljast því þau brot er hann var dæmdur fyrir í dómi Landsréttar skattsvik að mati undirritaðs. Með vísan til þess og framangreindra röksemda verður að telja að háttsemi sú er eigandi var sakfelldur fyrir með dómi Landsréttar feli í sér sviksamlega háttsemi í skilningi bæði innkaupareglna Reykjavíkurborgar og útboðsgagna. Tilboð Vörðubergs ehf. er að þessu leyti í andstöðu við útboðsgögn og skal tilboðinu því ekki tekið, sbr. 12. gr. laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993.

Jafnframt er heimilt er að útiloka fyrirtæki frá samningi ef það eða stjórnandi þess hefur með endanlegum dómi verið fundinn sekur um refsivert brot eða vegna alvarlegrar vanrækslu í starfi, sbr. 3. tl. og 4. tl. 6. mgr. 0.4.2 gr. útboðs- og samningsskilmála og d-lið 11. mgr. 33. gr. innkaupareglna Reykjavíkurborgar. Það athugast að orðalag útboðs- og samningsskilmála verksins er í samræmi við eldri innkaupareglur. Í nógildandi reglum er hins vegar aðeins notað orðalagið alvarleg vanræksla í starfi og undir það falla einnig refsiverð brot.

Að mati undirritaðs ber að telja þau brot er eigandi Vörðubergs ehf. var sakfelldur fyrir í máli Landsréttar nr. 4/2018 til refsiverðra brota og alvarlegrar vanrækslu í skilningi framangreindra ákvæða innkaupareglna og útboðsgagna. Um er að ræða brot sem hann framdi sem stjórnandi og eigandi félaga og fólu bæði í sér brot á lögum um virðisaukaskatt og bókhald, líkt og að frama hefur verið rakið. Reykjavíkurborg var því einnig heimilt að hafna tilboði Vörðubergs ehf. á þeim grundvelli.

Skylda og heimild til útilokunar í innkaupareglum Reykjavíkurborgar og ákvæðum útboðsgagna vegna refsiverðra brota er bundin við endanlegan dóm. Þar er ekki að finna nánari skýringu á því sem átt er við með endanlegum dómi en það má ætla að átt sé við að viðkomandi bjóðandi eða stjórnandi bjóðanda hafi annaðhvort unað niðurstöðu dóms, áfrýjunarfrestur dómsniðurstöðu sé liðinn og dómsniðurstöðu verði af þeim sökum ekki áfrýjað til æðri dóms, lög girði fyrir áfrýjun til æðri dómstóls, Hæsturéttur Íslands hafni áfrýjunarleyfi eða Hæstiréttur Íslands hafi komist að niðurstöðu um sakfellingu viðkomandi. Í niðurstöðum Evrópudómstólsins um sambærileg álitæfni er lögð áhersla á að dómur þurfi að hafa bindandi áhrif á sakæfni máls og að dómi verði þannig ekki áfrýjað frekar til æðri dómstóls. Sjá hér t.d. niðurstöðu Evrópudómstólsins í máli nr. C-178/16 gegn Ítalíu.

Eigandi Vörðubergs ehf. óskaði eftir leyfi Hæstaréttar Íslands til áfrýjunar sem Hæstiréttur hafnaði, eins og áður greinir. Er því um endanlegan dóm að ræða í skilningi framangreindra ákvæða þar sem dómur Landsréttar er bindandi fyrir sakarefnið og honum verður ekki áfrýjað frekar til æðri dómstóls, sbr. 215. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008.

***Um eldri samninga Reykjavíkurborgar við Vörðuberg ehf.***

Í kvörtun er vísað til þess að Reykjavíkurborg hafi sýnt af sér ósamræmi í framkvæmd þar sem verksamningur við Vörðuberg ehf. hafi í tvígang verið framlengdur. Umræddur verksamningur er ekki nánar tilgreindur í kvörtun en væntanlega er hér átt við verkið „Útboð 14253 – Gangstéttaviðgerðir 2018“. Hvorki í innkaupareglum né útboðsgögnum þess verksamnings er mælt fyrir um skyldu til Reykjavíkurborgar að hafna framlengingu verksamnings á grundvelli refsiverðra brota viðkomandi. Ekki var því um sambærilegt tilvik að ræða líkt og það sem höfnun í útboði nr. 14782 grundvallaðist á.

\*\*\*\*

Með vísan til framangreindar umfjöllunar er að mati borgarlögmanns rétt að innkaupa- og framkvæmdaráð Reykjavíkurborgar hafni kröfu Vörðubergs ehf. um endurskoðun þeirrar ákvörðunar innkaupaskrifstofu að hafna tilboði félagsins í útboði nr. 14782.

F.h. borgarlögmanns

Theodór Kjartansson, lögmaður

Hjálagt:

1. Útboðs- og samningsskilmálar fyrir verkið „Hverfið mitt 2020 - austur Grafarvogur, Garfarholt og Úlfarsárdalur“, dags. mars 2020.
2. Dómur Landsréttar í máli nr. 4/2018 frá 4. maí 2018.
3. Ákvörðun Hæstaréttar Íslands um áfrýjunarleyfi nr. 2018-151 frá 21. ágúst 2018.