

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 9. júní 2022

í máli nr. 10/2022:

Gleipnir verktakar ehf.

gegn

Reykjavíkurborg og

Bjössa ehf.

Lykilorð

Tilboð. Valforsendur. Frávikstilboð. Lögvarðir hagsmunir.

Útdráttur

Kæra málsins varðaði útboð á vegum varnaraðila Reykjavíkurborgar. Tilboði lægstbjóðanda var tekið, en sá dró tilboð sitt síðar til baka. Varnaraðili leitaði því til annarra bjóðenda í tilboðinu og óskaði eftir upplýsingum frá þeim um hvort bjóðendur vildu framlengja tilboð sín til 31. janúar 2022 en jafnframt að standa við upphaflegan skilafrest verksins. Kærunefnd útboðsmála taldi að samþykki kæranda fyrir framlengingu tilboðs hans hefði verið skilyrt að því leyti að breyta þyrfti útboðslýsingu á þann hátt að skiladegi verksins yrði frestað um sex vikur eða dagsektir yrðu felldar niður. Því lá ekki fyrir skýrt samþykki kæranda um framlengingu þess. Samkvæmt því var ekkert gilt tilboð af hálfu kæranda til staðar og hafði hann því ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Var aðalkröfu hans því vísað frá kærunefnd. Varakröfu kæranda um álit á skaðabótaskyldu var hafnað, enda hafði kærandi ekki sýnt fram á að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 15. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 7. febrúar 2022 kærði Gleipnir verktakar ehf. ákvarðanir Reykjavíkurborgar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) 26. janúar og 3. febrúar 2022 í tengslum við útboð nr. 15323 auðkennt „Þróttur – Laugardal. Æfingavellir – Gervigras – Jarðvinna og lagnir“. Kærandi krefst þess aðallega að felldar verði úr gildi ákvarðanir varnaraðila 26. janúar 2022, um að hafna tilboði kæranda sem ógildu, og 3. febrúar sama árs, um að ganga að tilboði Bjössa ehf., í útboði nr. 15323. Til vara krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Í báðum tilvikum krefst kærandi málskostnaðar úr hendi varnaraðila vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Varnaraðila og Bjössa ehf. var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð 17. febrúar 2022 krafðist varnaraðili þess að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar í útboðinu verði aflétt hið fyrsta. Varnaraðili krefst þess aðallega að kærunefnd vísi kærinni frá og til vara er þess krafist að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Með

greinargerð 21. febrúar 2022 krafðist varnaraðili Bjössu ehf. þess að banni við samningsgerð verði aflétt hið fyrsta, sbr. 2. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 10. mars 2022 var fallist á kröfur varnaraðila og Bjössu ehf. um að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar sem komst á með kæru málsins yrði aflétt.

Varnaraðili og Bjössu ehf. tilkynntu í kjölfarið að þeir myndu ekki leggja fram frekari athugasemdir í málinu. Frekari athugasemdir frá kæranda bárust nefndinni hinn 13. apríl og 30. maí 2022.

I

Málavextir eru þeir að í október 2021 auglýsti varnaraðili útboð nr. 15323 og óskaði eftir tilboðum í verk sem auðkennt var „Þróttur – Laugardal. Æfingavellir – Gervigras – Jarðvinna og lagnir“. Kærandi átti næst lægsta tilboðið í umræddu útboði, en varnaraðili ákvað að velja tilboð lægstbjóðanda, Verktækni ehf., þann 11. nóvember 2021. Kærandi kærði þá ákvörðun til kærunefndar útboðsmála og með ákvörðun, 20. desember 2021, féllst kærunefnd á kröfu varnaraðila í því máli um að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar.

Lægstbjóðandi féll hins vegar síðar frá því að taka verkið að sér. Í kjölfarið hafði varnaraðili samband við kæranda og óskaði eftir staðfestingu annars vegar á því hvort kærandi vildi framlengja gildistíma tilboðsins til 31. janúar 2022 og hins vegar hvort kærandi gæti staðið við að afhenda verkið þann 20. maí 2022 í samræmi við útboðsgögn. Kærandi svaraði varnaraðila þess efnis að hann væri reiðubúinn að framlengja gildistíma tilboðsins og einnig að hann gæti staðið við verktíma „eins og hann væri afmarkaður í útboðsgögnum“. Tók kærandi jafnframt fram í svari sínu að samkvæmt útboðsgögnum mætti verktaki gera ráð fyrir að hægt væri að byrja framkvæmdir eigi síðar en sex vikum frá opnunardegi tilboðs. Þær vikur sem að bættust við umfram það skildi kærandi sem svo að væri framlenging á skiladegi verksins. Varnaraðili óskaði eftir frekari skýringum á svari kæranda, m.a. hvort kærandi væri að skilyrða tilboð sitt á þann hátt að skiladagur verksins væri í kringum 7. júlí 2022 í stað 20. maí s.á. Kærandi svaraði því til að hann gæti staðið við að skila verkinu þann 7. júlí 2022 enda væri þá um sama lágmarks dagafjölda að ræða sem verktaki fengi til að klára verkið samkvæmt útboðsgögnum.

Varnaraðili sendi kæranda því næst tölvupóst, dagsettan 26. janúar 2022, þar sem tekið var fram að það væri forsenda af hans hálfu að upphaflegur skiladagur verksins, 20. maí 2022, myndi standast. Tilkynnti varnaraðili kæranda að það væri hans skilningur að kærandi hefði hafnað því að framlengja gildistíma upphafslegs tilboðs síns en þess í stað gert nýtt tilboð, sem

skilyrt væri með breytingu á verklokum og væri því frávíkstilboð. Teldi varnaraðili því upphaflegt tilboð kæranda fallið úr gildi, enda væri bjóðendum í útboðinu óheimilt að gera frávíkstilboð, breyta tilboðum sínum eða leggja fram ný tilboð eftir skilafrest tilboða. Með tilkynningu 3. febrúar 2022 tilkynnti varnaraðili að ákveðið hefði verið að taka tilboði Bjössa ehf., sem hafði átt þriðja lágsta tilboðið í verkið.

II

Kærandi byggir að meginstefnu til á því að ákvörðun varnaraðila frá 26. janúar 2022, um að meta tilboð hans ógilt, sé ólögmat. Kærandi hafi átt lágsta gilda tilboðið í útboðinu og varnaraðila hafi verið óheimilt að velja tilboð Bjössa ehf. Kærandi bendir á að grundvöllur ákvörðunar varnaraðila byggi á því að kærandi hafi skilyrt tilboð sitt í andstöðu við fyrirmæli útboðsgagna. Kærandi telur þá forsendu varnaraðila að í útboðsgögnum hafi falist óundanhægt skilyrði um að verkinu skyldi lokið þann 20. maí 2022 ekki standast. Samkvæmt greinum 0.1.2 og 0.1.7 í útboðsgögnum hafi upphaf framkvæmdatíma verksins miðast við töku tilboðs og hafi skiladagur verið 20. maí 2022. Útboðsgögnin hafi því ekki tekið skýrlega af skarið um upphaf og lengd framkvæmdatíma verksins. Í útboðsgögnum hafi komið fram að opnun tilboða færi fram 21. október 2021 og að gildistími þeirra væri sex vikur frá opnun þeirra, sbr. grein 0.4.4. Því hafi verið gert ráð fyrir því að útboðinu að tilboð yrði samþykkt innan gildistíma þeirra, sbr. 3. og 4. mgr. 86. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Af þessu leiði að upphaf framkvæmdatímans hafi í síðasta lagi verið sex vikum eftir opnun tilboða, eða 2. desember 2021. Hafi bjóðendur því mátt miða við að lágmarksframkvæmdatími verksins væri frá 2. desember 2021 til 20. maí 2022, eða 170 dagar (að báðum meðtöldum). Allan vafa um túlkun útboðsgagna beri að skýra varnaraðila í óhag, enda hafi hann samið útboðsgögnin og hafi þar átt að mæla fyrir um framkvæmdatíma með skýrum hætti, sbr. f-lið 1. mgr. 47. gr. laga um opinber innkaup. Kærandi bendir á að það skipti töluverðu máli fyrir verktaka að hægt sé að framkvæma verkið í samræmi við framangreindar forsendur, enda hafi komið fram í útboðsgögnum að skila ætti verkinu 20. maí 2022 að viðlögðum dagsektum að fjárhæð 100.000 kr. á dag fyrir hvern dag sem skilum seinkaði. Þegar varnaraðili hafi haft samband við kæranda, þann 18. janúar 2022, höfðu því liðið 48 dagar frá þeim tíma sem útboðsgögnin hafi í síðasta lagi gert ráð fyrir að bjóðendur gætu hafið verkið. Því hafi forsendur fyrir því að skila verkinu á umræddri dagsetningu brostið. Að mati kæranda hafi svör hans við fyrirspurnum varnaraðila verið í fullu samræmi við það svigrúm sem kærunefnd útboðsmála hafi játað bjóðendum til að áréttu forsendur samnings, sbr. úrskurði nefndarinnar nr. 7/2020 og 27/2017. Bjóðanda sé samkvæmt þessum úrskurðum heimilt að áréttu þær forsendur samnings sem leiða af

útboðsgögnum og almennum reglum og ætla verði að bjóðandi hafi enn frekara svigrúm til þessa eftir að tilboði hefur verið skilað og forsendur breytast síðan í töluverðum atriðum, svo sem hér eigi við.

Þá gerir kærandi athugasemd við afstöðu varnaraðila þess efnis að hann stefni að því að semja við þann bjóðanda sem sé reiðubúinn að standa við skiladagsetningu í samræmi við útboðsgögn ellegar fella útboðið niður. Bendir kærandi á að skilyrðið um skiladag verksins eigi sér ekki stoð í skilmálum útboðsins, svo sem rakið er hér að framan. Kærandi bendir einnig á að afstaða varnaraðila að þessu leyti sé ómálefnaleg, ósanngjörn og í ósamræmi við meðalhófsreglu útboðsréttar. Rúmur hálfur mánuður hafi liðið frá því tímamarki sem verktaki hafi í síðasta lagi mátt gera ráð fyrir að geta hafið framkvæmdir þegar varnaraðili hafi haft samband við kæranda. Jafnframt telur kærandi að ákvörðun varnaraðila feli í sér varhugavert fordæmi fá hún að standa óbreytt, en tafir á upphafi framkvæmdar á þessu verki megi að hluta rekja til þess að kærandi nýtti sér lögbundinn rétt sinn samkvæmt 1. mgr. 105. gr. laga um opinber innkaup til að kæra útboðið. Vitað sé að forsendur varðandi upphaf framkvæmdatíma geti breyst, enda alltaf raunhæfur möguleiki á að bjóðendur nýti sér þennan rétt sinn og allt verði sett á bið á meðan leyst er úr kæru. Gera megi ráð fyrir því að framkvæmdir geti tafist um 3-4 vikur eða jafnvel lengur sé útboð kært.

Þá gerir kærandi athugasemdir við tölvupóstsamskipti sín við varnaraðila í kjölfar þess að fallið var frá því að lægstbjóðandi í hinu kærða útboði, Verktækni ehf., tæki að sér verkið. Telur kærandi að fyrirætlanir varnaraðila, sem fram hafi komið í tölvupóstum hans, hafi verið mjög óljósar og að spurningum kæranda hafi ekki verið svarað, m.a. spurningu um hvort varnaraðili hefði annan skilning eða óskir varðandi skiladag verksins. Þegar kærandi hafi lýst þeim skilningi sínum að litið yrði til þeirra tafa sem hafi þegar orðið á verkinu og að sú töf yrði til þess að ógerlegt væri að standa við verklok þann 20. maí 2022 hafi varnaraðili fyrirvaralaust hafnað tilboði kæranda. Kærandi bendir loks á að þar sem verð hafi verið eina valforsenda útboðsins samkvæmt grein 0.4.6 í útboðsgögnum og kærandi hafi átt lægsta gilda tilboðið hafi varnaraðila borið að ganga til samninga við hann og um leið hafi verið óheimilt að semja við Bjössa ehf.

Í frekari athugasemdum kæranda 13. apríl 2022 ítrekar kærandi fram komnar kröfur sínar um að miða beri við þann tíma sem leiða hafi mátt af útboðsgögnum. Ekki sé eðlilegt að bjóðendur, sem hafi enga stjórn á innkaupaferlinu, eigi að gjalda fyrir tafir, heldur sé eðlilegra að hinn opinberi kaupandi beri hallann af því. Þá telur kærandi að varnaraðili hafi ranglega og af óljósum ástæðum ákveðið að kærandi hafi hafnað því að framlengja gildistíma tilboðs síns og sett fram nýtt tilboð, en varnaraðili hafi ekki átt að vera í neinum vafa um að kærandi hafi

sannanlega tekið fram í tölvupósti sínum 26. janúar 2022 að kærandi stæði við tilboðið sitt í hinu kærða útboði, en með þeim skilyrðum að verklokum yrði breytt. Þá telur kærandi það ekki hafa nokkra þýðingu í málinu að aðrir bjóðendur hafi verið reiðubúnir að standa við skiladagsetningu verksins, enda hafi tilboð annarra bjóðenda verið töluvert hærri og hafi einnig haft mun meira svigrúm til að taka á sig mögulega áhættu af seinkun á verkinu. Að auki sé upplýst að varnaraðili hafi verið samtímis í viðræðum við alla bjóðendur sem hafi átt tilboð undir kostnaðaráætlun, en kærandi hafi verið eini aðilinn sem hafi ekki verið meðvitaður um þessar viðræður. Að mati kæranda sé það ekki í samræmi við meginreglur útboðsréttar um jafnræði og gagnsæi, sbr. 1. mgr. 15. gr. laga nr. 120/2016. Kærandi telur því ljóst að skilyrði 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 séu uppfyllt í málinu, enda verði fallist á málatilbúnað hans, en kærandi hafi átt lágsta gilda tilboðið í útboðinu.

III

Varnaraðili bendir á að gildistími tilboða í hinu kærða útboði hafi verið til 2. desember 2021 og því hafi öll tilboð verið fallin úr gildi þegar ákvörðun kærunefndar útboðsmála um afléttingu sjálfkrafa stöðvunar í máli 47/2021 var tilkynnt varnaraðila þann 20. desember 2021. Varnaraðili hafi boðið kæranda að framlengja gildistíma tilboðsins en kærandi hafi hins vegar lýst því yfir að ef verklok myndu verða síðar þá gæti hann framlengt tilboð sitt. Af þessu leiði að allt frá því að gildistími tilboðs kæranda hafi runnið út þá hafi ekkert tilboð af hálfu kæranda verið fyrir hendi og sökin á því hvíli á herðum kæranda. Varnaraðili þurfti því hvorki né gat tekið ákvörðun um að lýsa tilboð kæranda ógilt þar sem það hafi ekki verið lengur til staðar. Varnaraðili telji því að ómögulegt sé að taka afstöðu til þeirrar kröfu kæranda, um að fella úr gildi ákvörðun varnaraðila 26. janúar 2022 um að hafna tilboði kæranda sem ógildu þar sem engin slík ákvörðun hafi verið tekin. Þegar kærandi ákvað sjálfur að framlengja ekki gildistíma tilboðs síns hafi hann ekki lengur haft lögvarða hagsmuni af niðurstöðu þessa útboðsferlis og sé honum því ekki heimilt að skjóta málinu til kærunefndar útboðsmála, sbr. 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Krefst varnaraðili þess því aðallega að kröfum kæranda verði vísað frá kærunefnd.

Til stuðnings varakröfu sinni vísar varnaraðili til 4. mgr. 76. gr. laga um opinber innkaup sem kveði á um þá meginreglu að kaupendum sé óheimilt að breyta skilmálum útboða og að bjóðendum sé óheimilt að breyta tilboðum sínum eftir að tilboð hafi verið opnuð. Ein mikilvægasta forsenda útboða sé hvenær bjóðendum beri að afhenda þá vöru, þjónustu eða verk sem óskað sé tilboða í. Sé kaupanda að leggja mat á það hvenær hann hafi þörf fyrir þá vöru, þjónustu eða verk sem hann óski eftir. Í hinu kærða útboði hafi verið kveðið á um að verklok

skyldu vera 20. maí 2022, sbr. grein 0.1.2. í útboðslýsingu. Í útboðsskilmálum hafi ekki verið að finna ákvæði um hvenær umrætt verk skyldi hefjast en kveðið hafi verið á um að gildistími tilboða skyldi vera sex vikur. Bjóðendum hafi mátt vera ljóst að upphaf verks kynni að dragast umfram þann tíma, t.a.m. ef svo færi að niðurstaða útboðsins yrði kærð. Verklókatíminn hafi því verið ákveðinn í endanlegum útboðsgögnum og að um hafi verið að ræða tiltekna dagsetningu en ekki tímabil frá töku tilboðs. Í grein 0.1.7 í útboðsgögnum sé jafnframt að finna hefðbundið ákvæði sem lúti að frestun verkloka á samningstíma, sbr. og 3. mgr. greinar 0.5.4 í útboðsskilmálum. Þar sé fjallað um dagsektir og vísað til greinar 5.2 í staðlinum ÍST 30:2012. Samkvæmt því ákvæði beri verktaka að haga framkvæmdum þannig að verkinu eða einstökum hlutum þess verði lokið innan þeirra tímamarka sem hafi verið sett í verksamningi, en jafnframt er fjallað um hvað verktaka beri að gera ef hann telji að fresta beri verklokum á verktíma. Ákvæði þessi feli ekki í sér heimildir fyrir verktaka eða verkkaupa til að krefjast breytinga á verktíma eða verkskilum áður en tilboði er tekið.

Varnaraðili bendir jafnframt á að í útboðsgögnum hafi verið tekið fram að frávíkstilboð væru ekki heimiluð. Á hinn bóginn hafi verið gert ráð fyrir að bjóðendur gætu gert athugasemdir við útboðsgögnin og slíkt gæti mögulega leitt til breytinga á útboðsgögnum sem allir bjóðendur hefðu haft aðgang að. Kærandi hafi engar slíkar athugasemdir gert við útboðsgögnin. Varnaraðili bendir jafnframt á að ákvæði útboðsgagna um dagsektir sé mikilvægt til að knýja verktaka til lúkningu verka og hafi óneitanlega bein fjárhagsleg áhrif á viðsemjendur varnaraðila. Að fella niður slíkt ákvæði í útboðsgögnum skekki fjárhagslegt jafnræði varnaraðila og viðsemjenda hans. Í því felist ólögmæt breyting á útboðsgögnum ef ekki sé hafið nýtt innkaupaferli, sbr. 5. mgr. 90. gr. laga um opinber innkaup.

Varnaraðili telur að ef fallist verði á kröfu kæranda yrði sett hættulegt fordæmi þar sem lagt yrði í hendur bjóðenda að ákveða hvort þeir ætli að standa við afhendingartíma í tilboðum sínum eða ekki. Slíkt raski áætlunum kaupenda og setji óhóflegt vald í hendur bjóðenda, auk þess sem það gengi í berhögg við meginreglur útboðsréttar. Mál þetta varði fótboltavöll, sem eðli máls samkvæmt séu notaðir meira á sumarmánuðum en öðrum tímum ársins, og því mikilvægt fyrir varnaraðila að umræddu verki verði lokið fyrir 20. maí 2022. Það sé því eðlilegt að verkkaupi geri þá kröfu að staðið sé við verklok eins og þau hafi verið skilgreind í útboðsgögnum. Þá telji kærandi að ef fallist yrði á kröfu kæranda myndi það einnig hafa í för með sér að í þeim útboðum þar sem tilgreindar séu verklökadagsetningar eða afhendingardagsetningar yrðu kaupendur að setta sig við að verklok eða afhendingar frestist sem nemi töfum sem verði á útboðsferlinu, t.a.m. þess tíma sem mál taki fyrir kærunefnd útboðsmála.

Varnaraðili bendir auk þess á að ef aðalkröfu kæranda sé hafnað þá feli það í sér að kærunefndin telji að varnaraðili hafi ekki brotið gegn lögum um opinber innkaup. Við slíkar aðstæður geti ekki verið fyrir hendi skaðabótaábyrgð af hálfu varnaraðila og því sé ekki annað unnt en að hafna varakröfu kæranda. Kærandi hafi ekki sýnt fram á að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af varnaraðila og að möguleikar hans hafi skerst við hið meinta brot. Ef fallist verði á aðalkröfu kæranda leiðir það til þess að lögstjóðandi hefði átt að njóta sömu breytinga á útboðsgögnum og kærandi fari fram á.

Varnaraðili hafnar málskostnaðarkröfu kæranda og gerir þá kröfu að kærandi verði úrskurðaður til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 111. gr. laga um opinber innkaup, enda sé kera málsins með öllu tilefnislaus og einungis orsökuð af háttsemi kæranda.

Varnaraðili Bjössí ehf. benti í greinargerð sinni á að hann hafi átt lægsta gilda tilboðið í útboðinu og að tilboð kæranda hafi verið ógilt. Þá áréttar varnaraðili Bjössí ehf. að skuldbindandi samningur sé kominn á milli varnaraðila, vinna við verkið hafin, verkferlar skipulagðir og félagið hafi gengist undir fjárskuldbindingar vegna þess. Ef ekki verði af verkinu í samræmi við þá skilmála og þau verklok sem samið hafi verið um myndi það hafa verulegt tjón fyrir félagið. Óskar varnaraðili Bjössí ehf. þess því að aflétt verði banni við samningsgerð, sbr. 2. mgr. 107. gr. laga um opinber innkaup.

IV

Meðal gagna málsins eru tölvupóstsamskipti kæranda og varnaraðila í kjölfar þess að lögstjóðandi í hinu kærða útboði, Verktækni ehf., dró tilboð sitt til baka. Svo sem áður hefur komið fram þá óskaði varnaraðili eftir upplýsingum frá kæranda hinn 18. janúar 2022 um hvort vilji væri til þess að framlengja gildistíma tilboðs þeirra til 31. janúar 2022. Með svari hinn 19. janúar 2022 upplýsti kærandi varnaraðila um að hann væri tilbúinn til að framlengja gildistíma tilboðsins en tók fram að það væri hans skilningur að verklok yrðu um sex vikum síðar en kæmi fram í útboðsgögnum og að hann liti svo á að þær vikur sem við bættust væri framlenging á skiladegi verksins. Verður þetta ekki skilið öðruvísi en svo en að kærandi hafi óskað þess að útboðsgögnum yrði breytt á þann veg að verklok skyldu frestast um sex vikur og vera í kringum 7. júlí 2022 eða í öllu falli að dagsektir yrðu felldar niður að því gefnu að kæranda tækist ekki að vinna upp þá töf sem hafi orðið á verkinu.

Í opinberum innkaupum skulu útboðsgögn innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til að bjóðanda sé unnt að gera tilboð, sbr. 47. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá skulu tilboð vera í samræmi við útboðsgögn til þess að teljast gild, sbr. 82. gr. laganna. Í f-lið 47. gr.

laga nr. 120/2016 segir að í útboðslýsingu skuli, eftir því sem við eigi, koma fram afhendingar- eða framkvæmdatími. Í greinum 0.1.2 og 0.1.7 í útboðsgögnum var tekið fram að framkvæmdum skyldi vera lokið eigi síðar en 20. maí 2022. Þá kom fram að framkvæmdatími hæfist þegar verkkaupi hefði með formlegum hætti tekið tilboði verktaka. Í C-lið greinar 0.4.1 var kveðið á um að ekki væri heimilt að gera frávíkstilboð, þ.e. tilboð í aðra tilhögun verksins en þá sem lýst væri í útboðsgögnum.

Krafa kæranda er sú að samkvæmt útboðslýsingu væri upphaf framkvæmdatímans sex vikum eftir opnun tilboða og virðist því túlka útboðsgögnin með þeim hætti að verklok ættu því að vera í kringum 7. júlí 2022. Sú túlkun kæranda fær að mati kærunefndar útboðsmála ekki stoð í útboðsgögnum, enda eru greinar 0.1.2 og 0.1.7 skýrar um að verklok skyldu vera eigi síðar en 20. maí 2022 og er þannig í samræmi við kröfur f-liðar 47. gr. laga nr. 120/2016.

Í grein 0.4.6 í útboðsgögnum kom fram að verkkaupi myndi annað hvort taka lægsta tilboði sem uppfyllti kröfur útboðsgagna eða hafna öllum tilboðum. Svo sem rakið er að framan þá tók varnaraðili tilboði lögstjóðanda, en sá dró síðar tilboð sitt til baka. Í kjölfarið bauð varnaraðili kæranda, og öðrum, að framlengja tilboð sín en setti jafnframt sem skilyrði að bjóðendur gætu staðið við skiladag verksins samkvæmt útboðsgögnum, þ.e. 20. maí 2022. Af framangreindum tölvupóstsamskiptum milli kæranda og varnaraðila verður ekki annað ráðið en að kærandi hafi skilyrt samþykki sitt fyrir framlengingu tilboðs hans á þann hátt að skiladagur verksins yrði um sex vikum síðar, eða í kringum 7. júlí 2022, en ella að dagsektir yrðu felldar niður ef kæranda tækist ekki að vinna upp þá töf sem hafi orðið á verkinu. Líta verður svo á að kærandi hafi með þessu skilyrta samþykki sínu gert kröfu um að breytingu á útboðsgögnum, svo sem raunar fram kemur í tölvupósti umboðsmanns kæranda til varnaraðila hinn 1. febrúar 2022. Rétt er að benda í þessu sambandi að óheimilt var að gera frávíkstilboð í hinu kærða útboði, sbr. C-lið greinar 0.4.1 útboðslýsingar. Að þessu virtu verður talið að þar sem tilboð kæranda rann út, og ekki hafi legið fyrir skýr afstaða hans um að framlengja gildistíma þess nema að breyttri útboðslýsingu, hafi ekkert gilt tilboð af hálfu kæranda verið til staðar. Kærandi hefur því ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn þessa máls og þykir því verða að vísa aðalkröfu kæranda frá, sbr. 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016.

Þá er eru ekki tilefni til þess að fallast á með kæranda að varnaraðili hafi brotið gegn meginreglu laga nr. 120/2016 um jafnræði og gegnsæi, sbr. 1. mgr. 15. gr., með viðræðum við aðra bjóðendur í kjölfar þess að lögstjóðandi dró tilboð sitt til baka. Kæranda mátti vera ljóst að varnaraðili myndi leita til annarra bjóðenda í hinu kærða útboði þegar í ljós kom að lögstjóðandi dró tilboð sitt til baka og athuga hvort þeir vildu jafnframt framlengja tilboð sín, enda liggur fyrir að varnaraðila bar að taka lægsta gilda tilboði í hinu kærða útboði, sbr. grein

0.4.6 í útboðslýsingu. Að þessu virtu og með hliðsjón af því að ekkert gilt tilboð lá fyrir af hálfu kæranda, sbr. framangreint, verður að hafna varakröfu kæranda.

Athugasemdir kæranda, sem bárust kærunefnd útboðsmála hinn 30. maí 2022, og lúta að stöðu framkvæmda í Laugardal, fá ekki breytt þessari niðurstöðu, enda liggur ekki annað fyrir nefndinni en að Bjössi ehf. hafi skuldbundið sig að viðlögðum dagsektum til að skila verkinu á umsömdum tíma.

Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

Úrskurðarorð

Kröfu kæranda, Gleipnis verktaka ehf., vegna útboðs varnaraðila, Reykjavíkurborgar, nr. 15323 auðkennt „Þróttur – Laugardal. Æfingavellir – Gervigras – Jarðvinna og lagnir“, er vísað frá kærunefnd.

Kröfu kæranda um álit á skaðabótaskyldu er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 9. júní 2022

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir