

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 13. mars 2019

í máli nr. 6/2018:

N1 hf.

gegn

Reykjavíkurborg

Með kæru 23. maí 2018 kærði N1 hf. útboð Reykjavíkurborgar nr. 14055 „Rammasamningur um tunnur, ker og djúpgáma fyrir Reykjavíkurborg“. Kærandi gerir aðallega þá kröfu að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila Reykjavíkurborgar um að ganga ekki til samninga við hann vegna hluta 1 í útboðinu. Til vara krefst hann þess að varnaraðila verði gert skylt að auglýsa og bjóða innkaupin út að nýju. Þá er þess krafist að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila og honum verði gert að greiða kæranda málskostnað. Varnaraðilum var gefinn kostur á að koma að athugasemdum og bærust þær með greinargerð 29. júní 2018. Varnaraðili krefst þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og kærandi greiði málskostnað í ríkissjóð. Kærandi gerði athugasemdir við greinargerð varnaraðila 16. júlí 2018.

I

Hinn 21. febrúar 2018 auglýsti varnaraðili útboð nr. 14044 „Rammasamningar um tunnur, ker og djúpgáma var auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu“ á Evrópska efnahagssvæðinu. Útboðinu var skipt í þrjá hluta: „Hluti 1: 120 og 240 lítra tunnur og 660 lítra ker undir úrgang [;] Hluti 2; djúpgáma [og] Hluti 3: Aðrar tunnur og ker en tilgreindar eru í hluta1“.

Kærandi lagði fram tilboð vegna allra hluta útboðsins. Hinn 4. maí 2018 tilkynnti varnaraðili ákvörðun sína um val tilboða. Tilboðum kæranda og annarra bjóðenda var tekið í öðrum og þriðja hluta útboðsins. Varnaraðili hafnaði aftur á móti öllum tilboðum í fyrsta hlutann með eftirfarandi rökstuðningi: „Innkauparáð samþykkti tillögu innkaupadeildar að hafna öllum tilboðum í hluta 1 en tilboð Hafnarbakka flutningatækni ehf., Íslenska gámafélagsins ehf., Fastus ehf. og Vélafls ehf. reyndust ekki uppfylla lágmarkskröfur útboðsgagna. Tilboð N1 hf. í hluta 1 reyndist mun hærra en áætlun kaupanda gerði ráð fyrir og er metið óaðgengilegt.“

Kærandi óskaði eftir rökstuðningi með tölvubréfi 7. maí 2018 vegna ákvörðunar varnaraðila um að hafna öllum tilboðum í hluta eitt og vísaði meðal annars til þess að í útboðsgögnum væri ekki að finna fyrirvara vegna kostnaðaráætlunar. Í svari varnaraðila 15. maí 2018 sagði meðal annars: „Heildartilboðsverð N1 hf. í hluta 1 hljóðaði upp á 107,77 EUR en kostnaðaráætlun kaupanda var kr. 8.024 án vsk. eða um 65,97 EUR m.v. skráð gengi evru hjá Seðlabanka Íslands á opnunardegi tilboða.“ Þá kom fram að þar sem tilboð kæranda hefði verið mun hærra en kostnaðaráætlun varnaraðila hefði innkaupadeild varnaraðila metið það svo

að þær væri óaðgengilegt og uppfyllti ekki skilmála innkaupaferils sbr. 82. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

## II

Kærandi byggir kæru sína á því að rökstuðningur varnaraðila sé ekki tækur enda feli 82. gr. laga um opinber innkaup ekki í sér heimild fyrir kaupanda til þess að hafna tilboðum á þeim grundvelli að þau séu yfir kostnaðaráætlun. Kærandi telur að engin heimild sé í lögum um opinber innkaup til þess að hafna tilboði varnaraðila á þessari forsendu og ólíklegt sé að venja hafi myndast þess efnis. Kærandi segir að í útboðsgögnum hafi ekki verið að finna áskilnað um að varnaraðili kynni að hafna öllum tilboðum ef verð væru óaðgengileg. Forsendur sem leitt geti til höfnunar á tilboðum þurfi að vera öllum ljósar áður en útboð fari fram. Í útboðsgögnum hafi komið fram að samið yrði við lágstbjóðanda í hluta 1. Að sama skapi hafi verið tekið fram að samið yrði við alla aðila sem uppfylltu lágmarkskröfur í hlutum 2 og 3 en varnaraðili hafi áskilið sér rétt til að hafna öllum tilboðum í þá hluta. Þetta verði ekki skilið öðruvísi en að lágsta tilboði yrði tekið í hluta 1, óháð því hver kostnaðaráætlun kynni að vera. Einungis hafi verið áskilnaður um að hafna öllum tilboðum í hluta 2 og 3. Þá vísar kærandi til þess að ekkert liggi fyrir um fjárheimildir eða að kostnaðaráætlun varnaraðila hafi verið tilbúin við opnun tilboða.

## III

Varnaraðili vísar til þess að mistök hafi verið gerð í útboðsgögnum þar sem 105 cm lágmarkshæð hafi gilt um bæði 240 lítra og 120 lítra tunnurnar en ætlunin hafi verið að lágmarkshæðin gildi einungis um stærri tunnurnar. Mistökin hafi í reynd leitt til þess að öll tilboð í hluta 1 hafi orðið ógild nema tilboð kæranda. Varnaraðili tekur fram að ógildu tilboðin hafi öll verið umtalsvert lægri en tilboð kæranda. Tilboð kæranda hafi verið það hæsta sem barst og verulega yfir kostnaðaráætlun varnaraðila. Kostnaðaráætlunin hafi byggst á áætlun vegna fyrri kaupa varnaraðila á sambærilegum tunnnum í desember 2017 og náð til 95% áætlaðs vægis tilboðsskrár vegna hluta 1 í tilboðinu. Kostnaðaráætlunin hafi þannig gert ráð fyrir því að heildarverð án virðisaukaskatts væri 7.793 krónur en tilboð kæranda hafi hljóðað upp á 13.109 krónur eða 168% af kostnaðaráætluninni. Varnaraðili telur sig hafa haft málefnalegar ástæður til þess að hafna öllum tilboðum enda hafi öll tilboð verið ógild nema tilboð kæranda sem hafi verið verulega umfram kostnaðaráætlun. Í útboðsgögnum hafi verið áskilnaður um höfnun allra tilboða sem hafi átt við um alla þrjá hluta útboðsins, en auk þess styðjist ákvörðunin við 83. gr. laga um opinber innkaup og almennar reglur samninga- og kröfuréttar um brostnar forsendur.

#### IV

Svo sem áður greinir lýtur ágreiningur aðila einungis að þeirri niðurstöðu varnaraðila að hafna tilboði kæranda í hluta 1 í áðurlýstu rammasamningsútboði. Með því að kærandi átti eina gilda tilboðið í þennan hluta útboðsins fólst í þessari niðurstöðu varnaraðila ákvörðun um að hafna öllum tilboðum í þennan hluta útboðsins. Hefur varnaraðili og lýst því yfir að hann hyggist bjóða þennan hluta innkaupanna út að nýju með leiðréttri útboðslýsingu.

Af dómaframkvæmd Hæstaréttar Íslands verður ráðið að kaupendum við opinber innkaup sé óheimilt að hafna öllum tilboðum sem berast í útboði nema fyrir því liggja málefnalegar og rökstuddar ástæður sem styðjast við útboðsgögn eftir því sem unnt er, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005. Gildir einu í því sambandi hvort kaupandi hafi með almennum hætti áskilið sér rétt til að hafna öllum tilboðum, svo sem óumdeilt er að hér átti við. Samkvæmt þessu, svo og í samræmi við meginreglur útboðsréttar um jafnræði, gagnsæi og meðalhóf, sbr. 15. gr. laga um opinber innkaup, eiga bjóðendur að geta gert sér grein fyrir því fyrirfram hvaða ástæður geti leitt til höfnunar tilboðs. Er það sömuleiðis ósamrýmanlegt þessum meginreglum að kaupandi eigi um það ótakmarkað mat að loknum opunarfundum hvort hafna eigi öllum boðum.

Í málinu er fram komið að þau mistök urðu við gerð útboðslýsingar að téð skilyrði um að tunnur væru 105 cm að lágmarkshæð var látin ná til bæði 120 og 240 lítra tunna, en ætlun varnaraðila mun hafa verið sú að skilyrðið tæki einungis til stærri gerðarinnar. Svo sem áður greinir upplýsti varnaraðili kæranda um kostnaðaráætlun sína í framhaldi af ákvörðun sinni um að hafna tilboði hans. Verður ráðið af málatilbúnaði varnaraðila að sú áætlun byggji á fyrri innkaupum hans. Samkvæmt þessu verður að skilja málatilbúnað varnaraðila á þá leið að téð kostnaðaráætlun hafi einnig miðast við að 120 lítra tunnur væru ekki með þá lágmarkshæð sem þó var áskilin í hinu kærða rammasamningsútboði og bjóðendum var rétt að miða tilboðsgerð sína við. Þegar af þessari ástæðu gat téð kostnaðaráætlun varnaraðila ekki verið viðhlítandi grundvöllur fyrir því að öllum tilboðum í útboðinu væri hafnað sem óaðgengilegum og var ákvörðun varnaraðila þar af leiðandi ólögmat.

Af hálfu varnaraðila hefur því verið lýst yfir að téður hluti innkaupanna verði boðinn út að nýju með leiðréttri útboðslýsingu. Skortir kæranda því lögvarða hagsmuni af kröfum sínum um að ákvörðun varnaraðila verði felld úr gildi eða að innkaupin verði boðin út að nýju. Hins vegar er það álit kærunefndar að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda samkvæmt 119. gr. laga um opinber innkaup.

Eftir úrslitum málsins verður varnaraðili látinn greiða kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 700.000 krónur og hefur þá verið tekið tillit til virðisaukaskatts.

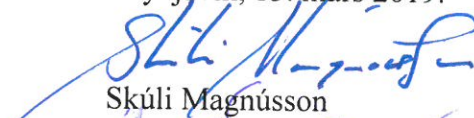
Úrskurðarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, N1 hf., um að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila, Reykjavíkurborgar, um að synja tilboði hans í fyrsta hluta útboðs nr. 14055 „Rammasamningur um tunnur, ker og djúpgáma fyrir Reykjavíkurborg“. Einnig er hafnað kröfu kæranda um að varnaraðila verði gert skylt að bjóða út innkaupin að nýju.

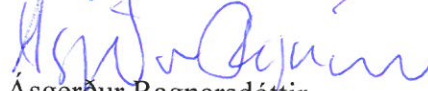
Það er álit kærunefndar útboðsmála að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna téðrar ákvörðunar sinnar um að hafna tilboði hans.

Varnaraðili greiði kæranda 700.000 krónur í málskostnað.

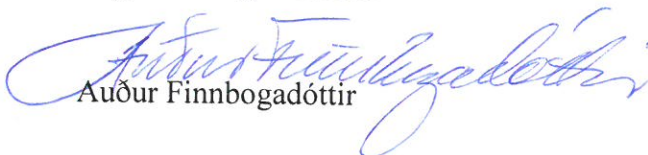
Reykjavík, 13. mars 2019.



Skúli Magnússon



Ásgerður Ragnarsdóttir



Auður Finnbogadóttir