

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 16. desember 2009

í máli nr. 29/2009:

Heflun ehf.

gegn

Vegagerðinni

Með bréfi, dags. 22. september 2009, kærir Heflun ehf. þá ákvörðun Ríkiskaupa að semja við verktakafyrirtækið Vélaleigu A.Ð. ehf. um gerð Lyngdalsheiðarvegur án útboðs. Kærandi gerir eftirfarandi kröfur í málinu:

1. Að kærunefnd útboðsmála stöðvi gerð samnings kærða við Vélaleigu A.Ð. ehf. þangað til endanlega hefur verið skorið úr kæru.
2. Að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun kærða að semja við Vélaleigu A.Ð. ehf.
3. Að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda.
4. Að kærði greiði kæranda kostnað við að hafa kærana uppi.

Kærða var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir og koma að frekari rökstuðningi fyrir vali á tilboði. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun á gerð samnings. Með bréfum, dags. 28. september og 22. október 2009, krefst kærði þess að öllum kröfum kæranda í málinu verði vísað frá kærunefnd útboðsmála. Verði ekki fallist á frávísunarkröfu er þess krafist að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Með bréfi, dags. 5. nóvember 2009, tjáði kærandi sig um athugasemdir kærða.

Með ákvörðun 29. september 2009 hafnaði kærunefnd útboðsmála kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar kærða við Vélaleigu A.Ð. ehf.

I.

Kærði óskaði eftir tilboðum í verkið „Lyngdalsheiðarvegur (365), Þingvallavegur – Laugarvatnsvegur“ og voru tilboð opnuð í maí 2008. Lægsta tilboðið átti Klæðning ehf. en kærandi átti næsta tilboð á eftir. Verksamningur milli kærða og Klæðningar ehf. var undirritaður 4. júlí 2008.

Klæðning ehf. óskaði eftir heimild kærða til skuldskeytingar samkvæmt ákvæði 12.1 í ÍST 30, sem var hluti verksamnings og meðal útboðsgagna. Verktakafyrirtækið Vélaleiga A.Ð. ehf. hafði boðist til að yfirtaka verkið með liðstyrk undirverktaka. Kærði taldi ekki tilefni til að hafna þeirri beiðni og var gerður viðauki þar að lútandi við verksamning 21. júlí 2009.

Í 1. gr. viðaukans kemur fram að kærði samþykki fyrir sitt leyti að Klæðning ehf. framselji öll réttindi og skyldur samkvæmt verksamningi til Vélaleigu A.Ð. ehf. Með viðaukanum fylgdu gögn, meðal annars um vélar og mannafla, sem nýttur yrði til verksins sem og yfirlýsingar frá undirverktökum um aðkomu að verkinu.

Kærandi bærust fregnir af því að Vélaleiga A.Ð. ehf. hefði tekið að sér að ljúka gerð Lyngdalsheiðarvegar 26. ágúst 2009. Sendi hann skriflega fyrirspurn til kærða og óskaði skýringa. Svar barst frá kærða 11. september 2009.

Kærandi telur að kærði hafi með háttsemi sinni brotið á rétti sínum, þar sem rétt hefði verið að semja við kæranda úr því ákveðið hafi verið að bjóða verkið ekki út að nýju í ljósi þess að hann hafi átt næstlægsta tilboðið.

II.

Kærandi leggur áherslu á að kærða hafi verið óheimilt að ráðstafa verkframkvæmdinni eftir eigin geðþótta, þar sem opinberum verkkaupum sé skylt að auglýsa útboð sem séu yfir 10.000.000 krónur virði, sbr. 20. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Þá séu ÍST 30:2003 einkaréttarlegir samningsskilmálar, sem gangi ekki frammar lögum um opinber innkaup.

Kærandi bendir á úrskurð kærunefndar útboðsmála nr. 12/2006, þar sem fram komi að það sé meginregla í opinberum innkaupum að bjóðendur geti ekki breytt grundvallarþáttum í tilboðum sínum eftir að þau hafi verið opnuð, enda séu slíkar breytingar almennt til þess fallnar að raska samkeppni og feli í sér hættu á mismunun. Með sama hætti sé samningshafa óheimilt að fá annan aðila til að ábyrgjast verksamning, hvort sem ábyrgðin sé samhliða eða yfirtekin.

Þá bendir kærandi á að í samræmi við IX. kafla laga nr. 84/2007 beri að meta hagkvæmni tilboða. Verkkaupa beri að semja við lágstbjóðanda og ef hann uppfylli ekki skilyrði til verktöku beri að semja við þann aðila sem á næstlægsta tilboðið.

Í tilviki verkframkvæmdarinnar hafi lágstbjóðandi ekki getað staðið við gerðan verksamning. Kærandi undirstrikar að í samræmi við grunnrök laga nr. 94/2007 hafi kærða borið að ganga til samningaviðræðna við þann aðila sem átti næsta tilboð á eftir eða bjóða verkið út að nýju.

Kærandi telur að kærði hafi brotið lög með því að semja við Vélaleigu A.Ð. ehf. um verkframkvæmdina að Lyngdalsheiði. Brot þetta hafi í för með sér tjón fyrir kæranda. Kærandi hafi átt lögbundinn rétt til þess að gengið yrði til samninga við hann um framkvæmdina.

Kærandi bendir á að hann hafi uppfyllt öll skilyrði sem sett hafi verið við gerð útboðsins í

maí 2008, ásamt verktakafélaginu Nettur ehf. Það félag hafi verið úrskurðað gjaldþrota en kærandi uppfylli öll skilyrði til að sinna verkframkvæmdinni á eigin spýtur. Áskilur hann sér rétt til að leggja fram frekari gögn því til stuðnings snúist málsvörn kærða um það.

Krafa kæranda um skaðabætur úr hendi kærða er gerð með vísan til 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, en að öðrum kosti með vísan til 1. mgr. 101. gr. laganna. Kærandi telur að kærða hafi borið að fylgja lögum nr. 84/2007, annað hvort með því að bjóða verkið út að nýju eða semja við upphaflega bjóðendur í samræmi við löginn. Brot kærða hafi leitt af sér tjón fyrir kæranda.

Kærandi bendir jafnframt á að lög nr. 84/2007 yrðu marklaus ef opinberar stofnanir geta samið við bjóðendur sem vitað er að munu ekki hafa bolmagn til að sinna verki og gert svo afleiddan samning út frá þeim skilmálum við hvern þann sem þeim hentar. Þá yrðu löginn einnig marklaus ef opinberar stofnanir geta samið við hvern sem er og vísað til þess að enginn geti gert skaðabótakröfu vegna þess að ekki sé hægt að festa hendur á hver hafi orðið fyrir tjóni. Í tilviki Lyngdalsheiðarinnar geti kærandi rökstutt að hann hafi orðið fyrir tjóni og enginn annar geti átt tilkall til verksins. Kærunefndin þurfi að gefa skýr skilaboð til ríkisstofnana að þær geti ekki samið við þá sem þeim hentar í skjóli þess að enginn ákveðinn aðili verði fyrir tjóni.

Loks krefst kærandi þess að kærði greiði honum kostnað við að hafa kærana uppi, sbr. 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Bent er á að jafnvel þótt engar kröfur kæranda verði teknar til greina sé engu að síður rétt að úrskurða kæranda málskostnað enda gefi útboðsgögn og ákvarðanir kærða fullt tilefni til kærunnar.

Í síðari athugasemdum kæranda leggur hann áherslu á að hann hafi ekki lagt fram kæru vegna þess útboðs sem fram fór vorið 2008 heldur vegna þess að kærða hafi borið að fylgja reglum laga nr. 84/2007 við úthlutun verksins sumarið 2009.

Þá bendir kærandi á að það sé ekki hans að taka afstöðu til þess hvort Klæðning ehf. hafi staðið við gert samkomulag eða hvort sá samningur hafi verið riftanlegur. Kærði hafi sjálfur tekið þá ákvörðun að leysa Klæðningu ehf. undan samningsskyldu sinni. Í úrskurði kærunefndarinnar í máli nr. 17/2009 hafi ekki verið sýnt fram á að útboðsskylda hefði myndast og því hafi úrskurðurinn ekki fordæmisgildi í þessu máli.

Kærandi leggur áherslu á að kærán lúti ekki að heimild til framsals heldur hvort útboðsskylda hafi myndast. Ítrekað er að kærði hafi sjálfur tekið ákvörðun um að leysa Klæðningu ehf. undan samningsskyldu sinni, því hafi málsástæður á borð við að samningurinn hafi verið í gildi og ekki riftanlegur enga þýðingu.

Kærandi telur ennfremur undarlega þá afstöðu kærða að hann telji sig ekki bundinn af lögum nr. 84/2007 þar sem ákvæði ÍST30:2003 gangi framar. Bendir kærandi á að ákvæði

staðalsins sé ekki andstætt lögum, heldur sé það marklaust gagnvart útboðsskyldu opinberra verkkaupa.

Kærandi telur að hann hafi sýnt fram á að hann hefði átt raunhæfa möguleika á að fá verksamning hefði verkið verið boðið út að nýju, þar sem hann hafi verið lægstbjóðandi í upprunalegu útboði, gengið að því vísu að Klæðning ehf. komi ekki til greina.

Þar sem útboðsskylda hafi myndast þurfa, að mati kæranda, að liggja fyrir málefnalegar ástæður ætli kærði ekki að bjóða verk út. Þar sem hann hafi tekið þá ákvörðun að bjóða verkið ekki út að nýja hafi honum borið að fylgja þeim leikreglum sem lög nr. 84/2007 setji honum og ganga þar með á röð upprunalegra bjóðenda. Málsástæða kærða um að kærandi hafi ekki verið bundinn af tilboði sínu sé haldslaus, tilboðið sé til staðar þó svo að kærandi hafi ekki verið bundinn af því.

Þá leggur kærandi áherslu á að hann uppfylli öll skilyrði til að framkvæma verkið hvort heldur sem litið sé til kæranda eins og sér eða í samvinnu við aðra aðila. Lög nr. 84/2007 banni ekki aðilum að skerða eigin getu til framkvæmda eftir opnun tilboða svo lengi sem bjóðendur uppfylla þau skilyrði sem verkkaupi hefur sett. Fjárhagsstaða meðbjóðenda kæranda hafi því engin áhrif á stöðu mála, svo lengi sem kærandi uppfylli skilyrði.

III.

Kærði krefst frávísunar á kröfum kæranda. Byggir hann frávísunarkröfu í fyrsta lagi á því að mál þetta falli utan valdsviðs og hlutverks kærunefndar útboðsmála. Vísar hann í úrskurð nefndarinnar nr. 17/2009, þar sem fram kemur að hlutverk nefndarinnar sé að leysa úr kærnumálum vegna meintra brota á lögum nr. 84/2007 meðan á útboðsferli stendur, auk þess sem nefndin geti tekið á því hvort skylt hafi verið að viðhafa útboð í tiltekið sinn. Afskiptum nefndarinnar ljúki þegar samningur sé kominn á að loknu útboðsferli. Kærði byggir á því að sama staða sé uppi í þessu máli. Kærði hafi uppfyllt lagaskyldur með því að bjóða umrætt verk og semja við lægstbjóðanda á grundvelli gilds tilboðs. Framkvæmd samningsins eftir það verði ekki kærð til kærunefndar útboðsmála og efnislega geti nefndin ekki tekið á málinu þar sem álitæfni þess falli utan hlutverks og valdsviðs hennar. Það álitæfni hvort framsal hafi verið heimilt falli undir framkvæmd samningsins. Þá séu aðilaskipti að réttindum og skyldum samkvæmt verksamningi liður í framkvæmd hans. Algengt sé og nánast reglan í stærri verkum hjá kærða að verktakar fái heimild til að fela undirverktökum að taka að sér að vinna mikilvæga þætti verka.

Í öðru lagi rökstyður kærði kröfu um frávísun á því að kæran sé óljós að efni til þannig að ekki liggi ljóst fyrir hver hin kærða ákvörðun sé að mati kæranda. Í efnislínu kærubréfs komi fram að kærð sé ákvörðun kærða um að semja ekki við kæranda, en í kafla um kröfugerð sé

Þess hins vegar krafist að kærunefndin felli úr gildi ákvörðun kærða um að semja við Vélaleigu A.Ð. ehf. Kærði leggur áherslu á að framsal verksamnings til Vélaleigu A.Ð. ehf. hafi verið liður í framkvæmd samningsins, sem gerður hafi verið við Klæðningu ehf. Kærði hafi hins vegar ekki ákveðið að semja við kæranda í kjölfar útboðs á umræddu verki þar sem hann hafi ekki átt lágsta tilboðið í verkið. Þá telur kærði að málatilbúnaður kæranda miðist ýmist við þá staðhæfingu að útboðsskylda sé til staðar í tilvikum sem þessum eða að semja hefði átt við kæranda beint án útboðs. Þessar staðhæfingar kæranda séu ósamrýmanlegar með öllu. Ennfremur hafi samþykki kærða á framsali réttinda og skyldna samkvæmt verksamningi ekki falið í sér ákvörðun um gerð nýs verksamnings um verkið. Gildur verksamningur hafi verið fyrir hendi en með viðauka við hann hafi kærði samþykkt sem verkkaupi beitingu heimildar í ÍST30, grein 12.1, sem hafi verið hluti útboðs- og samningsskilmála í verkinu.

Kærði bendir í þriðja lagi á að kærufrestur vegna útboðsins sé útrunnin. Kærði hafi tilkynnt kæranda með bréfi 6. júlí 2008 að samið yrði við Klæðningu ehf. á grundvelli tilboðs. Þar með hafi tilboði kæranda verið hafnað, sbr. 74. gr. laga nr. 84/2007. Kæran sé því of seint fram komin, sbr. 94. gr. sömu laga.

Loks leggur kærði áherslu á að kærandi hafi ekki lögvarinna hagsmuna að gæta vegna málsins. Gildistími tilboða í verkið hafi verið fjórar vikur og tilboð kæranda því löngu fallið úr gildi þegar kæra hafi verið lögð fram. Með því að kærði hafi samið við Klæðningu ehf. um verkið hafi tilboði kæranda einnig verið hafnað, sbr. 74. gr. laga nr. 84/2007. Kærandi hafi af þeim sökum ekki lögvarinna hagsmuna að gæta vegna málsins umfram aðra og eigi þar með ekki málskotsrétt samkvæmt 93. gr. laga nr. 84/2007. Jafnframt byggir kærði á því að kærandi eigi ekki aðild að álitafni er varðar framkvæmd verksamnings kærða og Klæðningar ehf. Hvorki kærandi né aðrir bjóðendur í verkið eigi neina aðkomu að málinu þar sem þeir séu ekki aðilar að verksamningnum. Bendir hann á að þegar í gildi sé samningur einkaréttarlegs eðlis séu við framkvæmd þess samnings teknar ákvarðanir á viðskiptalegum forsendum um ráðstöfun réttinda og skyldna samkvæmt samningi. Aðrir en samningsaðilar geti ekki átt aðild að slíkum ákvörðunum.

Kærði bendir á að Klæðning ehf. hafi ekki lengur haft til umráða þann tækjabúnað sem þurfti til verksins. Þá liggi fyrir að aðstæður hafi breyst verulega til hins verra í rekstri verktakafyrirtækja á þeim tíma sem leið frá því verksamningur var gerður. Bregðast hafi þurft við þeirri stöðu sem upp var komin og valdi kærði þá leið að knýja ekki fram efndir eða að öðrum kosti riftun verksamningsins með tilheyrandi tögum á verkinu og tjóni fyrir alla aðila, heldur gefa verktaka kost á að leysa mál með þeim hætti sem gert var á grundvelli gilds verksamnings. Með því hafi verið valin vægasta leið sem jafnframt hafi verið til þess

fallin að tryggja framgang verksins. Kærði byggir því á því að ekki hafi verið gerður nýr verksamningur um verkið. Þvert á móti hafi verki verið framhaldið á grundvelli gilds verksamnings sem komið hafi verið á eftir útboð sem í einu og öllu hafi farið fram í samræmi við lög nr. 84/2007.

Þá byggir kærði á því að kæran fari efnislega út fyrir gildissvið laga nr. 84/2007. Megi vísa til framangreindrar umfjöllunar um valdsvið nefndarinnar í því samhengi. Er á því byggt að ákvæði laganna gildi ekki um framkvæmd verksamnings eftir að honum hafi verið komið á með formlegum hætti í samræmi við ákvæði laga nr. 84/2007. Kærði leggur áherslu á að gerður hafi verið gildur verksamningur á grundvelli útboðs, sem sé enn í gildi. Vandkvæði Klæðningar ehf. hafi ekki leitt til þess að verksamningur félli sjálfkrafa úr gildi. Óljóst hafi verið með öllu hvort Klæðning ehf. hefði getað leyst úr vandkvæðum sínum með öðrum hætti en að fara fram á framsal verksamnings. Hefði framsal ekki verið heimilað er með öllu óljóst hvort knýja hefði þurft fram riftun verksamningsins. Kærði byggir á því að hann hafi enga heimild haft til þess að úthluta verkinu til kæranda í bága við gildan verksamning. Ekki hafi komið til álita að hefja innkaupaferli í samræmi við lög nr. 84/2007 fyrr en fyrir hafi legið lögmæt riftun verksamningsins á grundvelli ákvæða samnings eða laga nr. 84/2007. Telur kærði að ef hann hefði gripið til þess ráðs að bjóða verkið út hefði verið um brot gegn almennum reglum samninga- og kröfuréttar um skuldbindingargildi samninga að ræða sem varðað hefði bótaábyrgð.

Kærði mótmælir enn fremur staðhæfingum kæranda um að Klæðning ehf. hafi ekki getað staðið við gerðan verksamning. Þvert á móti hafi fyrirvarsmaður Klæðningar ehf. lýst því yfir að fyrirtækið hygðist efna samninginn, en Klæðning ehf. hafi boðið þá lausn sem felst í skuldskeytingu samkvæmt ÍST30, grein 12.1.

Þá telur kærði að kærandi virðist ganga út frá því að tilboð hans hafi enn verið í gildi þegar atvik máls gerðust en ljóst megja vera að því sé ekki að heilsa. Það hafi fallið úr gildi þegar kærði hafi samið við Klæðningu ehf. um framkvæmd verksins. Þá hafi ekki komið til álita að semja við kæranda einan á grundvelli tilboðs hans og samstarfsaðila hans, sem ekki lengur uppfyllir hæfniskröfur laga nr. 84/2007.

Kærði byggir á því að það felist í meginreglunni um frelsi til að skipa málum með samningum að skýr lagaákvæði þurfi til að banna framsal verksamnings sem byggt er á ákvæðum samnings, staðlaðra skilmála og viðurkenndum reglum samninga- og kröfuréttar og í samræmi við reglur verktakaréttar. Samkvæmt framansögðu er bann við framsali ekki að finna í lögum nr. 84/2007 og raunar enga umfjöllun um það atriði né önnur er tengist framkvæmd samnings í lögum. Kærði telur að kærandi snúi þessu við og telji að bann við framsali liggi fyrir nema framsal sé sérstaklega leyft í lögum nr. 84/2007. Mótmælir kærði

Þessum lagaskilningi sem röngum og í andstöðu við meginreglur íslensks réttar.

IV.

Kærunefnd útboðsmála hafnaði kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar með ákvörðun 29. september 2009. Af því leiðir að nefndin fellir ekki úr gildi ákvörðun kærða að semja við Vélaleigu A.Þ. ehf., enda verður bindandi samningur ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögæt, sbr. 1. mgr. 100. gr. laga nr. 84/2007. Eftir stendur að nefndin úrskurði hvort kærði hafi orðið skaðabótaskyldur gagnvart kæranda.

Samkvæmt 2. mgr. 91. gr. laga nr. 84/2007 er það hlutverk kærunefndar útboðsmála að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum þessum, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunarinnar sem vísað er til í lögnum og reglum settum samkvæmt þeim.

Hlutverk nefndarinnar er nánar tiltekið, að leysa úr kærumálum sem rísa vegna meintra brota gegn lögum nr. 84/2007 meðan á útboðsferli stendur, auk þess sem nefndin getur tekið á því hvort skylt hafi verið að viðhafa útboð í tiltekið sinn. Afskiptum nefndarinnar lýkur þegar samningur er kominn á að loknu útboðsferli. Álitafni það sem hér er til skoðunar er því hvort aðilaskipti að tilgreindum samningi hafi leitt til þess að nýr samningur hafi í reynd verið gerður eða hvort um framkvæmd samningsins hafi verið að ræða. Í fyrra tilvikinu hefur stofnast útboðsskylda og fellur slíkt tilvik undir nefndina. Sé um framkvæmd samnings að ræða heyrir málið ekki undir nefndina.

Meðan samningssamband sem stofnast hefur við útboðsferli samkvæmt lögum nr. 84/2007 er enn virkt hefur kærunefnd útboðsmála ekki heimild lögum samkvæmt til að hlutast til um framkvæmd þess samnings. Eins og hér háttar til telur nefndin að umrætt samningssamband hafi verið virkt á þeim tíma sem máli skipti, enda hafði samningnum ekki verið rift. Því hafi útboðsskylda ekki stofnast.

Af þeim ástæðum sem hér hafa verið raktar telur kærunefnd útboðsmála óhjákvæmilegt að vísa máli þessu frá nefndinni.

Úrskurðarorð:

Kröfum Heflunar ehf. er vísað frá kærunefnd útboðsmála.

Reykjavík, 16. desember 2009.

Páll Sigurðsson,
Stanley Pálsson,
Auður Finnbogadóttir

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, 16. desember 2009.