

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 5. júlí 2010

í máli nr. 12/2010:

Háfell ehf.

gegn

Vegagerðinni

Með bréfi, dags. 21. maí 2010, kærir Háfell ehf. ákvörðun Vegagerðarinnar að taka tilboði Vélaleigu AÐ ehf. í útboðinu „Hringvegur (1), tvöföldun Fossvellir – Draugahlíðar.“

Kærandi gerir eftirfarandi kröfur:

1. Að kærunefnd útboðsmála stöðvi þegar í stað umrætt innkaupaferli á grundvelli ofangreinds útboðs í samræmi við 1. mgr. 96. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup þar til endanlega hefur verið skorið úr öllum kröfum kæranda.
2. Að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun kærða þess efnis að ganga til samningaviðræðna við Vélaleigu AÐ ehf., sbr. heimild í 1. málslíð 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.
3. Í báðum tilfellum er þess krafist að nefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda. Ennfremur krefst kærandi þess að nefndin ákveði að kærði greiði kæranda kostnað hans við að hafa kærana uppi.

Kærandi sendi viðbótarathugasemdir í tölvupósti 1. júní 2010. Kærða var kynnt kæran og greinargerð kæranda og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferlis. Með bréfi, dags. 28. maí 2010, krafðist kærði þess að öllum kröfum kæranda yrði hafnað. Viðbótarathugasemdir kærða eru dagsettar 11. júní 2010.

Athugasemdir frá Vélaleigu AÐ ehf. bárust nefndinni 23. júní 2010. Þá bárust athugasemdir kæranda við greinargerð kærða 23. júní 2010.

Með ákvörðun 3. júní 2010 féllst kærunefnd útboðsmála á kröfu kæranda og stöðvaði samningsgerð.

### I.

Kærði bauð út verkið „Hringvegur (1), tvöföldun Fossvellir – Draugahlíðar“ með útboðsauglýsingu 8. mars 2010. Útboðið var opið og auglýst í Framkvæmdafréttum kærða. Tilboð voru opnuð 20. apríl 2010 og bárust 15 tilboð í verkið.

Kærði kallaði eftir gögnum um fjárhagslega og tæknilega getu þriggja lægstbjóðenda, Arnarverks ehf., Vélaleigu AÐ ehf. og kæranda. Arnarverk ehf. átti lægsta tilboðið í verkið, en þar sem félagið uppfyllti ekki kröfur útboðsins með tilliti til lágmarksveltu kom tilboðið ekki til álita. Tilboð Vélaleigu AÐ ehf. var næst lægst og talið uppfylla skilyrði

útboðslýsingar að mati kærða. Var því ákveðið að ganga til samninga við Vélaleigu AÐ ehf. og öðrum bjóðendum tilkynnt sú ákvörðun með bréfi 18. maí 2010.

## II.

Kærandi leggur áherslu á að í útboðslýsingu hafi verið gerð krafa um fjárhagslegt hæfi þess efnis að bjóðendur hefðu þrjú síðastliðin ár haft að lágmarki ársveltu sem nemur 50% af tilboði bjóðanda. Vélaleiga AÐ ehf. hafi ekki uppfyllt þetta skilyrði og því hafi tilboð félagsins verið ógilt og kærða óheimilt að taka því.

Kærandi lítur svo á að ágreiningur máls þessa snúist að meginstefnu um að í útboðsgögnum hafi krafa um fjárhagslegt hæfi kveðið á um 303 milljóna króna lágmarksveltu Vélaleigu AÐ ehf. árið 2007, en velta félagsins árið 2007 hafi hins vegar einungis verið um 201 milljón króna. Þar með hafi Vélaleiga AÐ ehf. ekki uppfyllt skilyrði útboðsins um fjárhagslegt hæfi og því óheimilt að taka tilboðinu.

Kærandi bendir á að umrætt ákvæði um fjárhagslegt hæfi sé að finna í grein 1.8 í útboðsgögnum um val á verktaka. Segi þar orðrétt: „Einnig er gerð sú krafa að ársvelta fyrirtækis bjóðanda hafi að lágmarki verið sem nemur 50% af tilboði bjóðanda í þetta verk síðastliðin 3 ár.“ Tilboð Vélaleigu AÐ ehf. var 606.718.600 krónur. Af því leiði að til að standast framangreint hæfisskilyrði hefði ársvelta félagsins þurft að vera að minnsta kosti 303.359.300 krónur á ári hverju árin 2007, 2008 og 2009. Vísar kærandi í ársreikninga Vélaleigu AÐ ehf., þar sem fram komi að velta félagsins árið 2008 hafi verið yfir tilgreindu lágmarki, en hins vegar hafi velta félagsins árið 2007 aðeins verið 201.796.935 krónur. Vélaleiga AÐ ehf. sé því rúmlega hundrað milljónum undir því lágmarki sem tilgreint sé í útboðsgögnum. Því sé ljóst að félagið uppfylli ekki skilyrði þeirra um fjárhagslegt hæfi.

Kærandi leggur áherslu á að ríkar kröfur sé gerðar til skýrleika ákvæða í útboðsgögnum um hæfi bjóðenda og þau séu ekki opin fyrir túlkun. Kaupendum sé óheimilt að víkja frá fortakslausum ákvæðum útboðsgagna. Þá geti venja eða annars konar túlkun aðila ekki vikið til hliðar skýlausum ákvæðum útboðsgagna. Væri slíkt heimilað væri bjóðendum ógerlegt að átta sig á því hvernig kaupandi ætlaði sér að meta hæfi þeirra. Þar með væru meginreglur útboðsréttar um gegnsæi og jafnræði fyrir borð bornar.

Þá bendir kærandi á að samkvæmt 1. mgr. 71. gr. laga nr. 84/2007 skuli einungis litið til gilda tilboða við ákvörðun kaupanda um gerð samnings. Það sé því óheimilt að líta til tilboða sem ekki uppfylla hæfisskilyrði. Á grundvelli þessa sé því ljóst að kærða hafi verið óheimilt að líta til tilboðs Vélaleigu AÐ ehf. Auk þess brjóti það gegn jafnræðisreglu 14. gr. laga nr. 84/2007 að sniðganga skilmála útboðsins um fjárhagslegt hæfi.

Kærandi vísar til 97. gr. laga nr. 84/2007 til stuðnings kröfum sínum. Þá bendir hann á

að í ljósi þess að hann hafi átt lægsta gilda tilboð í umræddu útboði sé ljóst að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða hlutskarpastur ef framkvæmd útboðsins hefði verið með lögmætum hætti, sbr. 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007. Í því samhengi bendir hann á að tilboð hans hafi verið 84% af kostnaðaráætlun. Telur kærandi að á grundvelli almennra reglna skðabótaréttar hafi því stofnast skaðabótaskylda hjá kærða gagnvart kæranda og sé gerð krafa um staðfestingu kærunefndar útboðsmála þess efnis.

Í síðari athugasemdum sínum bendir kærandi á að kærði telji sig hafa heimild til að túlka útboðsgögn með öðrum og rýmri hætti en samkvæmt orðanna hljóðan. Telur hann þessar fullyrðingar kærða rökleysu enda gangi þær þvert á gildandi lög og ríkjandi dómaframkvæmd á þessu sviði. Þetta hafi kærunefnd útboðsmála margsinnis staðfest. Þá vísar kærandi í 38. gr. laga nr. 84/2007 varðandi skýrleika útboðsgagna og að mikilvægt sé að bjóðendur viti fyrirfram hvaða kröfur, nákvæmlega, séu gerðar um hæfi þeirra rétt eins og þeir viti á hvaða forsendum val á hagstæðasta tilboði byggji. Ennfremur ítrekar kærandi fyrri afstöðu sína um að túlka beri ákvæði útboðsgagna eftir orðanna hljóðan.

Kærandi furðar sig á því að kærði sjái tilefni til þess að draga hæfi hans inn í þetta. Þá bendir hann á að hvað varði þau skilyrði sem fram komi í grein 2.2.2, sem sé viðbót við grein 7.4 í IST 30.2003, sé ljóst að þau séu ekki þess valdandi að tilboð kæranda sé ógilt, enda geti bjóðendur lagt viðkomandi upplýsingar fram innan 7 daga frá opnun tilboða. Engar kröfur hafi verið gerðar um að yfirlýsingar um skil á opinberum gjöldum og lífeyrissjóðsiðgjöldum yrðu lagðar fortakslaust fram. Kærandi leggur áherslu á að hann hafi uppfyllt skilyrði greinar 7.4, enda hafi hann getað afhent umbeðin gögn. Hann hafi hins vegar óskað eftir að gera það ekki fyrr en á síðari tímapunkti. Við það hafi kærði engar athugasemdir gert og slík tilhögun verið samþykkt, enda alvanalegt og í samræmi við 1. mgr. 7.4 gr. í IST 30.2003. Við beitingu ákvæðisins sé ljóst að það sé ekki fyrr en að tilboðum þeirra sem buðu lægra hafi verið hafnað að til greina komi að taka tilboði kæranda. Aðilar þurfi því fyrst að gera upp þessar kröfur þegar þeir komist að samningaborðinu. Kærandi telur ljóst að hann muni á tilsettum tíma uppfylla allar kröfur útboðslýsingar og vangaveltur um hið gagnstæða séu einfaldlega rangar.

### III.

Kærði tilgreinir að samkvæmt framlögðum gögnum hafi velta Vélaleigu AÐ ehf. verið 56,7% af tilboðsfjárhæð árið 2009, 71,4% árið 2008 og 33,2% árið 2007. Samanlögð velta síðustu þriggja ára hafi verið 979,6 milljónir króna eða að meðaltali 326,5 milljónir króna á ári sem séu 53,8% af tilboðsfjárhæð. Kærði bendir á að í máli þessu reyni á túlkun ákvæða útboðslýsingar hvað varði kröfur um fjárhagslegt hæfi verktaka, nánar tiltekið kröfur um

lágmarksveltu fyrirtækis bjóðanda.

Kærði vísar í 49. gr. laga nr. 84/2007, einkum c. lið 1. mgr. ákvæðisins, þar sem fram komi að fyrirtæki skuli að jafnaði geta sýnt fram á fjárhagslega getu með framlagningu yfirlýsingar um heildarveltu síðastliðinna þriggja ára. Þá vísar hann einnig í 1. mgr. 38. gr. laganna um að útboðsgögn skuli innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til þess að bjóðendur geti gert tilboð. Bendir hann á að kröfur til bjóðenda hvað snerti veltu fyrirtækja þeirra komi fram í 1.8 gr. útboðsgagna. Samkvæmt greininni séu kröfur um lágmarksveltu miðaðar við þriggja ára tímabil svo sem kveðið sé á um í 1. mgr. 49. gr. laga nr. 84/2007. Hins vegar sé það gert án þess að tilgreint sé nánar hvort átt sé við veltu hvers almanaksárs eða meðaltal síðustu þriggja ára.

Kærði telur að skilningur kæranda um að með ársveltu sé átt við veltu síðustu þriggja almanaksára eigi sér ekki stoð í orðalagi 1.8 gr. í útboðsgögnum. Slíkt verði ekki lesið út úr orðalagi greinarinnar. Bjóðendur hafi því ekki mátt ætla að þær kröfur væru gerðar í útboðinu að velta hvers og eins af síðastliðnum þremur almanaksárum hefði að lágmarki þurft að vera 50% af tilboðsfjárhæð.

Kærði telur að óheimilt sé að hafna tilboði lægstbjóðanda nema ótvírætt sé að hann uppfylli ekki tilgreind skilyrði. Allan vafa verði að túlka þeim bjóðanda í hag sem eigi hagstæðasta tilboðið í verkið. Að öðrum kosti geti hugsanlegir bjóðendur ekki gert sér skýra grein fyrir því fyrirfram hvaða skilyrði eru sett fyrir þátttöku í útboðinu og hvort þeir uppfylli þau.

Kærði greinir frá því að hann hafi haft það vinnulag árum saman að við mat á fjárhagsstöðu verktaka við mat á ársveltu sé tekið meðaltal veltu á þriggja ára tímabili hafi félagið, sem verið sé að meta, starfað svo lengi. Ekki hafi verið gerðar athugasemdir við það verklag til þessa. Ástæður þess séu fyrst og fremst að gæta sanngirni og jafnræðis í samskiptum við verktaka þannig að staða þeirra sé metin óháð því hvernig velta falli til innan tímabilsins. Velta fyrirtækja í vegagerð og verktöku geti sveiflast frá einu ári til annars, allt eftir því hversu mörg verk eru í gangi hverju sinni og hvernig þau dreifist á verktíma. Kærði telur það ósanngjarna markaðshindrun að krefjast þess að velta hvers almanaksárs sé yfir 50% markinu án þess að taka tillit til þess hvernig veltan dreifist á því þriggja ára tímabili sem taka beri mið af, sbr. 1.8 gr. í útboðslýsingu.

Kærði telur því að óheimilt hefði verið að telja tilboð Vélaleigu AÐ ehf. ógilt af þeirri ástæðu einni að velta félagsins árið 2007 hafi verið samkvæmt framlögðum ársreikningi undir 50% af tilboðsfjárhæð almanaksárið 2007. Slík túlkun útboðslýsingar samræmist ekki ákvæði 1. mgr. 49. gr. laga nr. 84/2007, þar sem gert sé ráð fyrir að lögð séu fram gögn yfir heildarveltu síðustu þriggja ára.

Kærði telur að engar líkur hafi verið leiddar að því að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007. Staðhæfing kæranda um að kærði hafi við töku tilboðs Vélaleigu AP ehf. sniðgengið skýr ákvæði útboðslýsingar standist ekki nánari skoðun eins og að framan hafi verið rakið. Málalíbúnaður kæranda byggir alfarið á tilteknum skilningi á 1.8 gr. í útboðslýsingu sem standist ekki.

Í síðari athugasemdum kærða kemur fram að samkvæmt grein 2.2.2 í útboðslýsingu sé skilyrði þess að verktaki verði valin í útboðinu að hann sé hvorki í vanskilum með nein opinber gjöld né lífeyrissjóðsiðgjöld. Kærandi hafi ekki lagt fram gögn því til staðfestingar að hann hafi uppfyllt þetta skilyrði þátttöku í útboðinu. Telur kærði að þetta leiði til þess að óheimilt sé að semja við kæranda og því hafi hann ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Kæruréttur kæranda sé því ekki fyrir hendi, sbr. 1. mgr. 93. gr. laga nr. 84/2007.

Kærði telur þann skilning ekki standast sem fram komi í ákvörðun nefndarinnar um stöðvun samningsgerðar, að sú afstaða kærða að miða við meðal ársveltu fremur en veltu hvers almanaksárs stríði gegn niðurstöðu kærunefndar í máli nr. 21/2004. Rekur kærði að ekki hafi reynt á það álitafni í umræddu máli, hvort heimilt væri að miða við meðaltal veltu síðastliðinna þriggja ára. Kröfugerð kæranda í máli nr. 21/2004 hafi verið byggð á því að skylt hefði verið að taka mið af samanlagðri veltu tilgreinds tímabils og allur málflytningur í málinu miðast við það. Byggir kærði á því að kærunefnd útboðsmála sé óbundin af umræddum úrskurði og sé bæði heimilt og skylt að taka til sjálfstæðrar skoðunar þær röksemdir sem færðar séu fram í því máli sem hér um ræði.

Kærði vísar ennfremur til þess að kærandi hafi brotið gegn ákvæði 2.2.2 í útboðslýsingu sem kveði á um að bjóðandi skuli reiðubúinn til þess að skila upplýsingum innan 7 daga frá opnun tilboða. Þar sem hann hafi ekki lagt fram innan tilgreinds frests gögn, sem nauðsynleg séu til sönnunar um atriði sem varðað geti skilyrðislausri frávísun tilboðs, beri að meta tilboð kæranda ógilt. Telur kærði að ef hann heimili kæranda að leggja fram umrædd gögn síðar en kveðið sé á um í útboðslýsingu og umbeðið hafi verið kunni að felast í því brot gegn jafnræðisreglu 14. gr. laga nr. 84/2007. Telur hann ennfremur að kærandi hljóti að bera hallann af því að veita ekki umbeðnar upplýsingar og einhliða yfirlýsing hans sjálfs um að hann hygdist afla slíkra yfirlýsinga nægi ekki sem staðfesting á því að hann sé í skilum með opinber gjöld og lífeyrissjóðsiðgjöld.

Kærði byggir á því að sú niðurstaða sem leidd sé af skýringu og fyllingu greinar 1.8 í útboðslýsingu að miða við meðal ársveltu tímabils samræmist betur ákvæðum laga nr. 84/2007 en sú túlkun sem kærandi telji rétt að miða við veltu hvers almanaksárs. Kröfur útboðslýsingar til lágmarksveltu bjóðenda hafi þann tilgang að sannreyna að fjárhagsstaða bjóðenda sé það trygg að þeir geti réttilega efnt tilboð. Vísar kærði til 49. gr. laga nr.

84/2007 þessu til stuðnings.

Kærði bendir á að orðalag greinar 1.8 eitt og sér skeri ekki úr um það hvort að með ársveltu sé átt við veltu hvers almanaksárs, veltu hvers reikningsárs ef það sé annað en almanaksárið eða meðal ársveltu á tilgreindu tímabili eða aðra slíka skilgreiningu. Orðið ársvelta sé ekki einhlýtt hvað þetta varði og geti því haft fleiri en eina merkingu. Skýra þurfi merkingu orða ákvæðisins meðal annars með tilliti til tilgangs þess, ákvæða laga nr. 84/2007 og annarra atriða sem máli skipta.

#### IV.

Vélaleiga AP ehf. mótmælir kröfum kæranda og því að félagið skorti fjárhagslega getu, sem og öðrum fullyrðingum sem fram komi í kæru. Félagið tekur undir skilning kærða að um meðaltalsveltu síðustu þriggja ára sé að ræða. Þá bendir Vélaleiga AP ehf. ennfremur á að í úrskurði kærunefndar útboðsmála nr. 21/2004 hafi því álitaefni ekki verið svarað hvort átt væri við meðaltal heldur hafi nefndin eingöngu svarað því hvort átt væri við samtölu þriggja ára eða ekki. Þá er einnig vísað í 49. gr. laga nr. 84/2007.

Af hálfu Vélaleigu AP ehf. er því borið við að kærandi haldi því ekki fram að nefnt ákvæði útboðslýsingar sé óskýrt heldur þvert á móti að skilja beri það með tilteknum hætti. Í ákvörðun kærunefndarinnar hafi þó verið vísað til þess að óskýrleiki í útboðsgögnum geti leitt til þess að útboð reynist ógilt. Fyrir utan þá staðreynd að slíkt geti einungis átt við í grófustu tilvikum, svo sem þegar ekki sé ljóst hvað sé verið að bjóða út, telur Vélaleiga AP ehf. rétt að leggja áherslu á að nefnt ákvæði útboðslýsingar sé ekki óskýrt í sjálfu sér og það eitt að kærandi haldi fram einum skilningi á nefndu ákvæði hafi það ekki sjálfkrafa í för með sér að telja megji ákvæðið óskýrt. Þá er bent á að gæta verði að sérstakri meðalhófsreglu útboðsréttar, sem meðal annars feli í sér túlkunarreglu gagnvart lögum nr. 84/2007 sem og að fara verði varlega við að meta tilboð ógild. Eðli málsins samkvæmt hljóti hið sama að eiga við um ákvörðun um að bjóðandi uppfylli ekki skilyrði um fjárhagslegt hæfi.

Vélaleiga AP ehf. tekur að öðru leyti undir sjónarmið kærða í málinu, sérstaklega hvað varðar heimild kæranda til að skjóta málinu til kærunefndar útboðsmála. Þá telur félagið einsýnt að hagsmunamat eigi að leiða til þeirrar niðurstöðu að hafna beri kröfu kæranda um ógildingu ákvörðunar kærða.

Loks er vísað til þess að Vélaleiga AP ehf. verði fyrir verulegu tjóni ef ákvörðun kærða verði ógilt.

#### V.

Kærði telur að kærandi hafi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og njóti þar af

leiðandi ekki kæruréttar samkvæmt 1. mgr. 93. gr. laga nr. 84/2007. Kærandi hafi ekki skilað inn umbeðnum gögnum sem leiði til þess að óheimilt sé að ganga til samninga við hann. Þeim fyrirtækjum sem njóta réttinda samkvæmt lögum nr. 84/2007 og hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn máls er heimilt að leggja mál fyrir kærunefnd útboðsmála, sbr. 93. gr. laganna. Kærunefnd útboðsmála hefur jafnan skýrt kæruréttinn rúmt. Mikilvægt er að hefta ekki aðgang aðila að nefndinni í miklum mæli svo að þeir aðilar, sem telja á rétti sínum brotið, geti fengið skorið úr málum sínum fyrir nefndinni. Þeir aðilar sem kæruréttar njóta samkvæmt 93. gr. laga nr. 84/2007 eru einkum þau fyrirtæki sem taka þátt í opinberum innkaupum sem formlegir þátttakendur en jafnframt koma aðrir aðilar til greina. Með vísan til framangreinds er það mat nefndarinnar að kærandi hafi sýnt fram á að hann hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn þessa máls og þar af leiðandi kærurétt á grundvelli 1. mgr. 93. gr. laga nr. 84/2007.

Svo sem fram hefur komið lýtur ágreiningur aðila að skýringu á ákvæði 1.8 í útboðsgögnum um val á verktaka, þar sem fjallað er um þær kröfur sem gerðar eru til verktaka. Þar segir orðrétt: „Einnig er gerð sú krafa að ársvelta fyrirtækis bjóðanda hafi að lágmarki verið sem nemur 50% af tilboði bjóðanda í þetta verk síðastliðin 3 ár.“ Kærandi leggur þann skilning í ákvæðið að velta bjóðanda skuli hafa numið 50% af tilboði bjóðanda á ári hverju í þrjú ár. Kærði telur hins vegar að meðaltalsvelta síðustu þriggja ára þurfi að hafa numið 50% af tilboði bjóðanda.

Kærði hefur lagt mikla áherslu á að heimilt hafi verið að taka tilboði Vélaleigu AP ehf. enda hafi meðaltalsvelta félagsins á síðustu þremur árum numið meira en 50% af tilboði þess. Telur hann þennan skilning í samræmi við ákvæði 49. gr. laga nr. 84/2007. Rekstur verktakafyrirtækja sé sveiflukenndur og meðaltalsvelta gefi betri mynd af stöðu þeirra. Byggir kærði á því að þessi skýring hans á ákvæði 1.8 í útboðslýsingu samræmist betur ákvæðum laga nr. 84/2007 en túlkun kæranda. Kröfur útboðslýsingar til lágmarksveltu hafi þann tilgang að sannreyna að fjárhagsstaða bjóðenda sé það trygg að þeir geti réttilega efnt tilboðið. Kærunefnd útboðsmála getur fallist á sjónarmið kærða að meðaltalsvelta yfir ákveðið tímabil gefi raunhæfari mynd af rekstri fyrirtækja heldur en ársvelta og slík sjónarmið eigi sér stoð í 49. gr. laga nr. 84/2007. Hins vegar telur nefndin að ekki verði litið framhjá þeim kröfum sem gerðar séu til kaupenda í 38. gr. laganna. Samkvæmt ákvæðinu skulu útboðsgögn innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til að bjóðanda sé unnt að gera tilboð. Óskýrleiki í útboðsgögnum getur leitt til þess að útboð reynist ógilt. Er krafa um skýrleika útboðsgagna enn fremur í samræmi við meginreglur útboðsréttar um gegnsæi og jafnræði bjóðenda, sbr. 1. og 14. gr. laga nr. 84/2007. Eiga bjóðendur þannig að geta áttað sig á því fyrirfram hvernig staðið verður að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað boðum

sínum í samræmi við það. Er það jafnan kaupenda að bera hallann af óskýrum ákvæðum útboðsgagna, enda er framsetning útboðsskilmála jafnan í verkahring þeirra. Hafi það verið ætlun kærða að meðaltalsvelta síðustu þriggja ára hafi átt að gilda við mat á veltu bjóðenda hefði honum verið í lófa lagið að setja slíkt fram í útboðslýsingu með skýrum hætti. Það gerði hann hins vegar ekki og var þar með hætta fyrir hendi á að jafnræði bjóðenda yrði raskað. Kærunefnd útboðsmála telur að túlka verði umrætt ákvæði 1.8 í útboðsskilmálum samkvæmt orðanna hljóðan. Er það mat nefndarinnar að skilmálarnir verði því ekki skildir öðruvísi en að krafist hafi verið að velta hvers árs hafi náð sem svaraði að minnsta kosti 50% af tilboði bjóðenda í verkið en ekki að meðaltali. Verður krafa kæranda því tekin til greina og felld úr gildi ákvörðun kærða þess efnis að ganga til samningaviðræðna við Vélaleigu AP ehf.

Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á því hvort kærði sé skaðabótaskyldur, sbr. 1. gr. 101. gr. laga nr. 84/2007. Í ákvæðinu er mælt fyrir um skaðabótaskyldu vegna tjóns sem hlotist hefur vegna brota kaupanda á lögum og reglum um opinber innkaup. Samkvæmt ákvæðinu eru sett tvenns konar skilyrði fyrir skaðabótaskyldu. Annars vegar þarf að vera um að ræða brot á lögum eða reglum um opinber innkaup. Hins vegar þarf bjóðandi að sanna að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerst við brotið. Kærandi þarf ekki að sýna fram á að tilboð hans hefði verið valið, aðeins að hann hafi átt raunhæfa möguleika. Ljóst er að fyrra skilyrðið er uppfyllt. Samkvæmt ákvæði 2.2.2 í útboðslýsingu bar kæranda að skila til kærða staðfestingu á því að hann væri í skilum með opinber gjöld og lífeyrissjóðsiðgjöld innan sjö daga frá opnun tilboða. Það gerði kærandi ekki þrátt fyrir skýra kröfu ákvæðisins og beiðni kærða þar um heldur lét nægja að leggja fram yfirlýsingu um að hann myndi afla umræddra gagna ef gengið yrði til samninga við hann. Þá þegar varð ljóst að tilboð kæranda var ekki gilt. Er það mat kærunefndar útboðsmála að kærandi hafi ekki sýnt fram á raunhæfa möguleika á að verða fyrir valinu í útboði kærða „Hringvegur (1), tvöföldun Fossvellir – Draugahlíðar.“ Eru skilyrði 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007 því ekki uppfyllt.

Með hliðsjón af úrslitum máls þessa og með vísan til 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 verður kærða gert að greiða kæranda 300.000 krónur í kostnað við að hafa kæru þessa uppi.

#### Úrskurðarorð:

Felld er úr gildi ákvörðun kærða, Vegagerðarinnar, þess efnis að ganga til samningaviðræðna við Vélaleigu AP ehf.

Það er álit kærunefndar útboðsmála að kærði, Vegagerðin, sé ekki skaðabótaskyldur

gagnvart kæranda, Háfelli ehf.

Kærði, Vegagerðin, greiði kæranda, Háfelli ehf., 300.000 krónur vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Reykjavík, 5. júlí 2010.

Páll Sigurðsson,  
Auður Finnsdóttir,  
Stanley Pálsson

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, 5. júlí 2010.