

201709037

Ákvörðun kærunefndar útboðsmála 2. október 2017

í máli nr. 19/2017:

Grant Thornton endurskoðun ehf.

gegn

Akureyrarbæ og

Enor ehf.

Með kæru móttékinni hjá kærunefnd útboðsmála 4. september 2017 kærir Grant Thornton endurskoðun ehf. örúboð Akureyrarbæjar auðkennt „Endurskoðun fyrir Akureyrarbæ og tengdar stofnanir hans“. Kærandi krefst þess aðallega að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að meta tilboð kæranda ógilt og ganga til samninga við Enor ehf. „og að varnaraðila verði gert að ganga til samninga við kæranda sem lægstbjóðanda.“ Til vara er þess krafist að hið kærða útboð verði fellt úr gildi og lagt verði fyrir varnaraðila Akureyrarbæ að bjóða endurskoðunina út að nýju. Þá er þess einnig krafist að kæruefnd láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila auk þess sem krafist er málskostnaðar. Í þessum hluta málsins tekur kærunefnd útboðsmála afstöðu til þess hvort rétt sé að verða við kröfu varnaraðila Akureyrarbæjar um afléttingu sjálfkrafa banns við samningsgerð samkvæmt 2. mgr. 107. gr. laga um opinber innkaup, en úrlausn málsins bíður að öðru leyti endanlegs úrskurðar.

Hinn 14. júní 2017 stóð varnaraðilinn Akureyrarbær fyrir örúboði innan rammasamnings um endurskoðun þar sem óskað var tilboða í endurskoðun fyrir Akureyrarbæ og tengdar stofnanir bæjarins fyrir rekstrarárin 2017 til og með 2022. Í örúboðsgögnum kom meðal annars fram að óskað væri eftir verkata til að sjá um endurskoðun samstæðureiknings bæjarins ásamt því að setja upp og endurskoða ársreikninga fyrir ýmis fyrirtæki og sjóði bæjarins. Gert var ráð fyrir því að umfang verkefnisins væri um 650-750 klst. á ári en auk þess væri einhver vinna við ýmis önnur verkefni. Kom fram að samið yrði við það endurskoðendafyrirtæki sem væri með lægsta tilboðið og uppfyllti að öðru leyti kröfur útboðsins eins og þeim var lýst í útboðsgögnum. Af fundargerð opnunarfundar 18. júlí 2017 verður ráðið að tilboð hafi borist frá fimm bjóðendum, en þar af var tilboð kæranda lægst að fjárhæð en tilboð Enor ehf. næstlægst. Með tölvupósti 25. ágúst 2017 tilkynnti varnaraðili að hann hefði metið tilboð kæranda ógilt og hann hefði ákveðið að ganga til samninga við lægstbjóðanda Enor ehf. Með tölvupósti 28. ágúst 2017 óskaði lögmaður kæranda eftir rökstuðningi varnaraðila fyrir því að telja tilboð kæranda ógilt. Með bréfi varnaraðila 30. ágúst 2017 kom fram að þar sem kærandi bauð ekki í annan af tveimur verkþáttum útboðsins, þ.e. að setja upp ársreikninga fyrir fyrirtæki og sjóði bæjarins, heldur eingöngu í endurskoðun

samstæðureiknings bæjarins og ársreikninga, hefði tilboðið ekki verið í samræmi við skilmála útboðsins og því verið metið ógilt.

Málatilbúnaður kæranda byggir að meginstefnu á því að tilboð hans hafi verið í samræmi við lög og útboðsskilmála að því marki sem þeir hafi samrýmt lögum. Kærandi staðfestir að hann hafi einungis boðið í endurskoðun samstæðureiknings varnaraðila og endurskoðun ársreikninga fyrirtækja og sjóða varnaraðila, en ekki uppsetningu ársreikninga. Ástæðan sé sú að sveitarstjórnarlög nr. 138/2011, einkum 7. mgr. 72. gr., lög nr. 79/2008 um endurskoðendur og síðareglur endurskoðenda komi í veg fyrir að kærandi, sem mögulegur endurskoðandi varnaraðila, geti tekið að sér að setja upp ársreikninga á sama tíma og hann sé endurskoðandi bæjarins, þar sem að með því væri hlutleysi hans stefnt í hættu.

Niðurstaða

Samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skal kæra borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleyzi sem hann telur brjóta gegn réttiindum sínum. Áður var fjallað um kærufrest í 94. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup og sagði í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi að þeim lögum að við opinber innkaup sé oft og tiðum sérlega mikilvægt að ekki sé fyrir hendi óvissa um gildi tiltekinna ákvarðana kaupanda, jafnvel þótt þær kunni að vera ólögmætar og leiða til bótaskyldu. Er í athugasendumnum vísað til þess í dæmaskyni að það kunni að vera bagalegt með tilliti til opinberra og einkaréttarlegra hagsmunu, ef ákvörðun kaupanda um að notast við samningskaup, kann að vera felld úr gildi á síðustu stigum samningskaupaferlis. Er einnig vísað til þess að fyrirtæki geti við slíkar aðstæður leitað til almennra dólmstóla þótt frestur til að bera mál undir nefndina sé runninn út.

Þótt kröfugerð kæranda í máli þessu beinist í orði kveðnu að ákvörðun varnaraðilans Akureyrarbæjar um val tilboðs er engu að síður ljóst að málatilbúnaður hans byggist á því að skilmálar örútboðsins hafi verið ólögmætir og á þeim grundvelli hafi tilboð kæranda verið gilt þrátt fyrir að fullnægja ekki kröfum skilmálanna. Er því þannig ekki sérstaklega mótmælt að ákvörðun varnaraðilans um val tilboðs hafi verið í samræmi við efni útboðsskilmála, eins og þeir voru kynntir aðilum rammassamnings, meðal annars kæranda, hinn 14. júní 2017. Er einnig ljóst að kærandi taldi frá upphafi að skilmálar örútboðsins væru ólögmætir og af þeirri ástæðu ákvað hann að haga tilboðsgerð sinni með áðurgreindum hætti.

Samkvæmt framangreindu verður að leggja til grundvallar að kæra í máli þessu beinist í reynd að lögmæti skilmála umrædds örútboðs sem kynntir voru 14. júní 2017. Hvort heldur miðað er við þann dag eða lok tilboðsfrests 18. júlí 2017 er því ljóst að kærufrestur

samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup var löngu liðinn þegar kæra barst nefndinni 4. september sl.

Samkvæmt 2. mgr. 86. gr. laga um opinber innkaup gildir biðtími samkvæmt 1. mgr. greinarinnar ekki um gerð samnings sem gerður er á grundvelli rammasamnings, sbr. 40. gr. laganna. Gat kæra í málinu af þessum ástæðum ekki leitt til sjálfkrafa stöðvunar samningserðar samkvæmt 1. mgr. 107. gr. laganna líkt og aðilar virðast hafa gengið út frá. Í þessu ljósi verður að skilja kröfur aðila í þessum þætti málsins á þá leið að í reynd krefjist kærandi þess að áðurgreind innkaup verði stöðvuð um stundarsakir en þessari kröfu sé jafnframt mótmælt af hálfu varnaraðila. Með vísan til þess sem að framan greinir eru skilyrði ekki uppfyllt til þess að fallast á þessa efnislegu kröfu kæranda. Verður henni því hafnað svo sem nánar greinir í ákvörðunarorði.

Ákvörðunarorð:

Hafnað er kröfu kæranda, Grant Thornton endurskoðun ehf., um stöðvun samningsgerðar Akureyrarbæjar við Enor ehf. í kjölfar útboðs auðkennt „Endurskoðun fyrir Akureyrarbæ og tengdar stofnanir hans“.

Reykjavík, 2. október 2017

Skúli Magnússon

Stanley Pálsson

Ásgerður Ragnarsdóttir