

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 20. desember 2021

í máli nr. 30/2021:

Garðvík ehf.

gegn

sveitarfélaginu Norðurþingi og

Bæjarprýði ehf.

### **Lykilorð**

*Kærufrestur. Óvirkni samnings hafnað. Rammasamningur.*

### **Útdráttur**

*Ágreiningur málsins laut að verkframkvæmdum á vegum varnaraðila, sveitarfélagsins N. Kærandi, G, byggði að meginstefnu til á því að varnaraðila hefði borið að bjóða út framkvæmdirnar á meðal aðila að tilteknum rammasamningi. Í úrskurði kærunefndar útboðsmála var rakið að nefndin hefði samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 heimild til að leggja fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup. Í málinu lægi fyrir að framkvæmdum væri lokið og að ekki væri upplýst um önnur fyrirhuguð verk sem N kynni að vera skylt að bjóða út. Þá kom fram í úrskurðinum að skilyrði 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 til að lýsa samning óvirkan væru ekki uppfyllt í málinu. Var kröfum G því hafnað.*

Með kæru móttækinni af kærunefnd útboðsmála 13. ágúst 2021 kærði Garðvík ehf. samninga sveitarfélagsins Norðurþings (hér eftir vísað til sem varnaraðila) við félagið Bæjarprýði ehf. Kærandi hefur uppi eftirfarandi kröfur: „Kærandi gerir þá kröfu [að] samningar sem gengið var til við fyrirtækið Bæjarprýði ehf. kt: [...] um viðgerðir á hellulögnum, hellulögn og kantsteinslögn neðan Naustsins, við Ásgarðsveg og viðgerðir á kantsteinum sem og gerð niðurtekta víðar um bæinn, verði gerði óvirkir og framkvæmdir stöðvaðar. Til viðbótar er þess krafist að frekari samningsgerð við Bæjarprýði ehf. verði stöðvuð og varnaraðila verði gert að bjóða verk út í örútbóði meðal aðila að Rammasamningi RK-17.09 sem og önnur sambærileg verk á Skrúðgarðyrkjusviði. Er í öllum tilvikum krafist þess að varnaraðili greiði kæranda kostnað við hafa kærana uppi samkvæmt mati nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 111. gr. laganna.“

Kærandi sendi frekari gögn til nefndarinnar með tölvupósti 16. ágúst 2021.

Varnaraðila og Bæjarprýði ehf. var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Varnaraðili skilaði athugasemdum vegna stöðvunarkröfu kæranda 16. ágúst 2021. Bæjarprýði ehf. hefur ekki látið málið til sín taka.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 13. september 2021 var hafnað kröfum kæranda um stöðvun frekari samningsgerðar við Bæjarprýði ehf. og stöðvun framkvæmda.

Með greinargerð 6. október 2021 krefst varnaraðili þess aðallega að öllum kröfum kæranda verði vísað frá en til vara að þeim verði hafnað. Þá krefst varnaraðili þess að kæranda verði gert að greiða honum málskostnað við að halda uppi vörnum í málinu.

Kærandi skilaði andsvörum 18. október 2021.

Kærunefnd útboðsmála beindi fyrirspurn til kæranda 7. desember 2021 sem var svarað samdægurs.

## I

Kæra þessa máls beinist að framkvæmdum á vegum varnaraðila við Garðarsbraut í Húsavík. Áður en ráðist var í framkvæmdirnar sendi varnaraðili tölvupóst á Ríkiskaup 22. júní 2021 og óskaði eftir upplýsingum um hvort að sveitarfélaginu væri skylt að viðhafa örútboð vegna framkvæmdanna. Í tölvupóstinum tók varnaraðili fram að framkvæmdirnar væru umfangslitlar og undir 500 tímum og að enginn iðnmeistari í skrudgarðyrkju væri aðili að rammasamningum Ríkiskaupa á markaðssvæði sveitarfélagsins. Ríkiskaup svöruðu fyrirspurninni 24. sama mánaðar og tóku fram að þar sem ekki væri rammasamningur á svæðinu væri varnaraðila ekki skylt að fara eftir slíkum samningi eða fara í örútboð en vöktu athygli varnaraðila á fyrirmælum 24. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Varnaraðili birti tilkynningu til íbúa vegna framkvæmdanna hinn 15. júlí 2021. Þar kom fram að framkvæmdirnar lytu að endurnýjun gangstétta, tengingu snjóbræðslukerfis og öðrum yfirborðsfrágangi ásamt lagfæringu gangbrautarlýsingar við nærliggjandi gangbrautir. Samkvæmt tilkynningunni var ráðgert að framkvæmdunum yrði að mestu lokið fyrir Mærudaga. Stuttu seinna eða 22. júlí 2021 sendi fyrirsvarsmaður kæranda tölvupóst á varnaraðila. Í tölvupóstinum var rakið að í gildi væri rammasamningur Ríkiskaupa um þjónustu iðnmeistara RK-17.09 er varðaði skrudgarðyrkju og að bjóða hefði átt út framkvæmdirnar á meðal rammasamningshafa. Þá lýsti kærandi fyrirætlunum sínum um að kæra málið til kærunefndar útboðsmála og óskaði því eftir tilteknum upplýsingum, meðal annars hvaða iðnmeistari væri ábyrgðarmaður verksins og hver hefði ákveðið að ráðast í gerð samningsins af hálfu varnaraðila. Erindi kæranda var tekið fyrir á fundi skipulags- og framkvæmdarráðs varnaraðila 10. ágúst 2021 og svarað 16. sama mánaðar.

Samkvæmt upplýsingum frá varnaraðila mun Bæjarprýði ehf. hafa lokið framkvæmd verksins 26. júlí 2021.

## II

Kærandi vísar til þess að verkefnið á Garðarsbraut sé eitt stærsta viðhaldsverkefni varnaraðila á árinu 2021, ef ekki það stærsta. Verkið hafi falið í sér ýmsa verkþætti, s.s. endurnýjun hellulagna, jarðvegsskipti, lýsingu á gangbraut, malbikun gatna o.fl., sem mismunandi aðilar hafi sinnt. Um hafi verið að ræða umfangsmikil viðhaldsverkefni sem flokkist sem þjónustukaup iðnmeistara frekar en nýframkvæmdir. Varnaraðila hafi verið óheimilt að ráðast í verkið án undangengins örútboðs eða verðkönnunar á meðal seljenda að rammasamningi nr. 17.09 um skrudgarðyrkju. Kærandi eigi aðild að þeim samningi öfugt við þá aðila sem hafi komið að framkvæmdunum við Garðarsbraut og ætti varnaraðila að vera fullkunnugt um þá aðild í ljósi úrskurðar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 15/2021. Samkvæmt rammasamningnum beri kaupanda í öllum tilfellum að ráðfæra sig við seljanda innan þess samnings og sem sé staðsettur í viðkomandi sveitarfélagi þegar um ræði verkefni á fagsviði skrudgarðyrkju. Kærandi sé staðsettur á Húsavík og megi því leiða að því líkur að fyrirtækið geti sinnt verkefnum þar sé til þess leitað. Þrátt fyrir framangreint hafi engar verðfyrirspurnir eða aðrar almennar fyrirspurnir verið sendar til kæranda eða annarra verktaka áður en verkið hófst og verkið ekki heldur auglýst eða boðið út.

Kærandi segir að samkvæmt b-lið 1.5.2 greinar í rammasamningi Ríkiskaupa, sem gildi um allt land, beri að viðhafa örútboð þegar umfang innkaupa er yfir 500 tímum eða þegar efniskaup eða vélavinna er óskilgreind. Framkvæmdirnar að Garðarsbraut hafi fallið þarna undir enda hafi umfang verksins verið langt yfir 500 tímum og hafi efniskaup og vélavinna verið óskilgreind. Í þessu samhengi vísar kærandi meðal annars til þess að verkinu hafi verið skipt upp í ýmsa verkþætti andstöðu við 4. mgr. 25. gr. og 29. gr. laga nr. 120/2016. Bæjarprýði ehf. hafi aðeins verið einn af þeim aðilum sem komu að verkinu og hafi greiðslur til fyrirtækisins einungis verið hluti af heildarkostnaði þess. Kærandi bendir einnig á að verkið hafi haldið áfram í tvo mánuði eftir að ákvörðun kærunefndar útboðsmála lá fyrir í málinu en forsenda ákvörðunarinnar hafi verið sú að verkinu væri lokið. Þá vísar kærandi til þess að varnaraðili hafi brotið gegn þeim skyldum sem á honum hvíldu samkvæmt lögum nr. 120/2016 um að ávallt gæta jafnræðis, leita verðsamanburðar og viðhafa gagnsæ vinnubrögð við opinber innkaup. Jafnframt hafi varnaraðili brotið gegn 10. gr. innkaupareglna sveitarfélagsins þar sem segi að viðhafa skuli almennt útboð, verðfyrirspurn eða verðsamanburð. Um kröfu sína um stöðvun frekari samningagerðar við Bæjarprýði ehf. tekur kærandi fram að fyrirtækið sé ekki aðili að fyrirliggjandi rammasamningi og að fyrirtækið sé með neikvætt eigið fé. Fyrirtækið standist því ekki kröfur 1. mgr. 71. gr. laga nr. 120/2016 eða þær kröfur sem Ríkiskaupa gera í rammasamningum sínum.

Kærandi hafnar því að kæra málsins hafi borist utan kærufresta. Um miðjan júlí 2021 hafi íbúar Norðurþings orðið varir við allverulegar framkvæmdir á Garðarsbraut og hafi tilkynning um framkvæmdirnar verið birt á heimasíðu varnaraðila 15. þess mánaðar. Í tilkynningunni hafi ekki komið fram hver væri verktaki eða á hvers ábyrgð verkið væri. Kærandi hafi sent erindi á Norðurþing 22. sama mánaðar og óskað eftir nánar tilgreindum upplýsingum, meðal annars um hver væri ábyrgðarmaður verksins og hverjir væru framkvæmdaraðilar. Ekki hafi verið hægt að fullgera kæru án þessara upplýsinga en erindið hafi verið tekið fyrir á fundi varnaraðila 10. ágúst 2021 og formlegt svar hafi komið 16. sama mánaðar en miða beri upphaf kærufrests við síðargreinda tímamarkið. Loks segir kærandi að hann fari fram á aukinn málskostnað í málinu með vísan til þess að varnaraðili hafi vísitandi sniðgengið kæranda sem sé aðili að fyrirbyggjandi rammasamningi Ríkiskaupa. Þá hafi varnaraðili vísitandi sent rangar upplýsingar á Ríkiskaup og svarað erindum kæranda seint í þeim tilgangi að láta kærufresti málsins renna út.

### III

Varnaraðili segir að hann hafi ákveðið að ráðast í smávægilegar framkvæmdir við niðurtekt á gangstéttum í sveitarfélaginu og ráðgert hafi verið að verkið yrði vel undir 500 vinnustundum. Þá hafi legið fyrir að enginn iðnmeistari í skrudgarðyrkju væri aðili að rammasamningi Ríkiskaupa á markaðssvæði Norðurþings, nánar tiltekið markaðssvæði XI, og hafi varnaraðili sérstaklega ráðfært sig við Ríkiskaup í aðdraganda framkvæmdanna.

Varnaraðili byggir á að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 hafi verið liðinn þegar kæra málsins barst nefndinni. Miða eigi við 20 daga kærufrestinn þar sem fjárhæð verksins hafi verið undir viðmiðunarfjárhæðum 4. mgr. 23. gr. laganna og því útilokað að kærunefnd útboðsmála geti lýst samninginn óvirkan. Kærandi hafi fengið upplýsingar um verkið 15. júlí 2021 með tilkynningu til íbúa vegna framkvæmda við Garðarsbraut en kæra hafi ekki borist fyrr en 13. ágúst sama ár. Beri því að vísa málinu frá.

Varnaraðili byggir einnig á að vísa skuli málinu frá þar sem kæranda skorti lögvarða hagsmuni af úrlausn þess. Kærandi geri kröfu um að samningar við Bæjarprýði verði lýstir óvirkir og framkvæmdir stöðvaðar. Þá sé gerð krafa um að frekari samningsgerð við Bæjarprýði ehf. verði stöðvuð og varnaraðila gert að bjóða út verk í örútboði meðal aðila að rammasamningi nr. 17.09 sem og önnur sambærileg verk á skrudgarðyrkjusviði. Umræddu verki sé lokið og þegar af þeirri ástæðu verði samningar, sem hafa verið að fullu efndir, ekki lýstir óvirkir og auk þess sé eðli málsins samkvæmt ekki hægt að stöðva framkvæmdir sem er lokið. Þess utan sé fjárhæð verksins undir viðmiðunarfjárhæðum 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup. Þá hafi

kærunefnd útboðsmála ekki heimild að lögum til þess að kveða á um bann við samningsgerð til framtíðar við tiltekinn aðila og beri því að vísa frá kröfu kæranda um að frekari samningsgerð við Bæjarprýði ehf. verði stöðvuð. Þá standi engar lagaheimildir til þess að leggja þær kvaðir á varnaraðila að banna honum samningagerð til framtíðar við einn aðila eða kveða á um það hvernig skuli farið að ef ákveðið verði að ráðast í nýjar framkvæmdir. Af framangreindu leiði að kærandi hafi ekki lögvarða hagsmuni af málinu í skilningi laga og verði því að vísa málinu frá.

Verði ekki fallist á frávísun málsins byggir varnaraðili á að ekki séu skilyrði til að lýsa samning varnaraðila og Bæjarprýði ehf. óvirkan. Varnaraðili hafi greitt Bæjarprýði ehf. rúmlega 3 milljónir króna án vsk. fyrir verkið og sé fjárhæð greiðslunnar því vel undir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 og reglugerð nr. 1313/2020. Að þessu gættu og með hliðsjón af fyrimælum 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 geti kærunefnd útboðsmála ekki lýst samninginn óvirkan. Þá segir varnaraðili að hafna verði kröfu kæranda um að varnaraðila verði gert að bjóða út verk meðal aðila að rammasamningi enda séu hvorki forsendur né lagaheimildir til að leggja þá skyldu til framtíðar á varnaraðila að haga útboðsmálum með tilteknum hætti. Samkvæmt 2. mgr. 103. gr. laga nr. 120/2016 sé hlutverk kærunefndar útboðsmála að leysa úr kærum vegna ætlaðra brota á lögum um opinber innkaup og reglum settum samkvæmt þeim en ekki mæla fyrir um háttsemi til framtíðar. Í málinu liggi einnig fyrir að varnaraðili hafi leitað eftir leiðbeiningum frá Ríkiskaupum um hvort umrætt verk væri útboðsskylt þar sem fyrir hefði legið að enginn iðnmeistari í skrudgarðyrkju væri aðili að rammasamningnum Ríkiskaupa og á markaðssvæði Norðurþings. Ríkiskaup hafi svarað afdráttarlaust að varnaraðili bæri hvorki að fara eftir rammasamningnum né að viðhafa örútböð. Varnaraðili hafi því ekki verið skylt að bjóða út verkið eða fara í örútböð og beri einnig af þeim ástæðum að hafna kröfum kæranda.

Varnaraðili segir að ef fallist verði á kröfur hans í málinu sé augljóst að kæranda beri að greiða varnaraðila málskostnað. Þar fyrir utan verði að telja að kröfur kæranda séu svo langsóttar að þær séu bersýnilega tilefnislausar og beri úrskurðarnefnd að úrskurða varnaraðila málskostnað einnig af þeim sökum samkvæmt 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

### III

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 um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Af 2. málsl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 leiðir að kröfu um óvirkni samnings er heimilt að bera undir

kærunefnd útboðsmála innan 30 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum.

Ekki verður fallist á að kærandi hafi vitað eða mátt vita um þau atriði sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum á grundvelli almennrar tilkynningar varnaraðila um framkvæmdirnar frá 15. júlí 2021. Af framlögðu erindi kæranda til varnaraðila frá 22. júlí 2021 virðist mega ráða að kærandi hafi á þeim tímapunkti haft vitneskju um framkvæmdirnar og að þær kynnu að brjóta í bága við rétt hans. Til þess ber þó að líta að framkvæmdirnar voru ekki boðnar út og kærandi beindi nánar tilteknum spurningum til varnaraðila með erindinu. Erindið var síðan tekið fyrir á fundi skipulags- og framkvæmdarráðs 10. ágúst 2021 og svarað 16. sama mánaðar. Að þessu gættu og með hliðsjón af atvikum máls þykir mega miðað við að kæra málsins, sem var móttækin af kærunefnd útboðsmála 13. ágúst 2021, hafi borist innan kærufresta samkvæmt 1. ml. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Þarf þá ekki að taka afstöðu til þess hvort ákvæði 2. ml. og 4. ml. 1. mgr. ákvæðisins kunni að eiga við í málinu.

Varnaraðili byggir einnig á því að vísa beri kærinni frá á þeim grundvelli að kæranda skorti lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Máltilbúnaður kæranda byggir að meginstefnu til á því að varnaraðila hafi borið að bjóða út framkvæmdir að Garðarsbraut á meðal seljenda að rammasamningi nr. 17.09. Samkvæmt 2. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 eru lögvarðir hagsmunir ekki skilyrði kæru þegar um er að ræða ætlað brot gegn skyldu til að nota lögákveðið innkaupaferli eða auglýsa innkaup. Verður því ekki fallist á frávísunarkröfu varnaraðila á þeim grunni að kæranda skorti lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins, sbr. til hliðsjónar úrskurð kærunefndar útboðsmála 11. júní 2021 í máli nr. 15/2021.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 13. september 2021 var hafnað kröfum kæranda um stöðvun framkvæmda og stöðvun frekari samningsgerðar við Bæjarprýði ehf. Í málinu standa því eftir kröfur kæranda annars vegar um að samningar milli varnaraðila og Bæjarprýði ehf. verði lýstir óvirkir og hins vegar um að varnaraðila verði gert að „bjóða út verk í örútboði meðal aðila að Rammasamningi RK-17.09 sem og önnur sambærileg verk á Skrúðgarðyrkjusviði“.

Að því er varðar kröfu kæranda um óvirkni er þess að geta að kærunefnd útboðsmála hefur aðeins heimild til þess að lýsa samning óvirknan samkvæmt ákvæðum 115. til 117. gr. laga nr. 120/2016 sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laganna. Í málinu liggur ekki fyrir skriflegur samningur á milli varnaraðila og Bæjarprýði ehf. um hinar umdeildu framkvæmdir en af fyrirliggjandi gögnum verður ráðið að greiðslur til fyrirtækisins hafi numið rúmlega þremur milljónum króna án virðisaukaskatts. Þykir því mega miðað við að samningurinn hafi verið undir

viðmiðunarfjárhæðum fyrir útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 og 3. gr. reglugerðar nr. 1313/2020. Verður þegar af þessum ástæðum að hafna kröfu kæranda um að samningar á milli varnaraðila og Bæjarprýði ehf. verði lýstir óvirkir.

Að því er varðar kröfu kæranda um að nefndin mæli fyrir um útboð verka er þess að geta að samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 getur kærunefnd útboðsmála lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup. Af eðli máls leiðir að hafi innkaup þegar átt sér stað getur þessi heimild ekki komið til álita. Í málinu liggur fyrir að hinum umdeildu framkvæmdum er lokið og því getur krafa kæranda ekki náð fram að ganga vegna þeirra. Í málinu liggja að öðru leyti ekki fyrir upplýsingar um önnur tiltekin innkaup sem varnaraðila kynni að vera skylt að bjóða út. Verður því að hafna þessari kröfu kæranda.

Aðrar kröfur hefur kærandi ekki uppi í málinu. Af þeim sökum þykir ekki ástæða til að fjalla nánar um málatilbúnað hans. Samkvæmt 2. másl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 getur kærunefnd útboðsmála úrskurðað að kærandi skuli greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð ef kæra er bersýnilega tilgangslaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa. Að virtum málatilbúnaði kæranda verður ekki séð að skilyrði ákvæðisins séu uppfyllt og rétt þykir að málskostnaður falli niður í málinu.

#### Úrskurðarorð:

Kröfu varnaraðila, sveitarfélagsins Norðurþings, um að málinu verði vísað frá, er hafnað.  
Öllum kröfum kæranda, Garðvík ehf., er hafnað.  
Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 20. desember 2021

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir