

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur fimmtudaginn 8. september í máli nr. E-2235/2011:

Reykjavíkurborg

(Ingi B. Poulsen hdl.)

gegn

Urði og grjóti ehf.

(Páll Rúnar M. Kristjánsson hdl.)

Mál þetta sem dómtekið var 23. ágúst 2011 var höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur 27. maí 2011 af Reykjavíkurborg á hendur Urði og grjóti ehf., Vesturási 58, Reykjavík.

Kröfur aðila

Stefnandi gerir þær dómkröfur að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 27/2010, sem upp var kveðinn þann 8. apríl 2011, verði felldur úr gildi.

Endanlegar dómkröfur stefnda eru þær að hann krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda að öðru leyti en því að hann mótmælir því ekki að þann hluta úrskurðar í máli nr. 27/2010 beri að ógilda þar sem því er beint til stefnanda að bjóða verkið út að nýju. Að auki krefst stefndi málskostnaðar að mati dómsins eða samkvæmt síðar framlögðum málskostnaðarreikningi.

Atvik máls og ágreiningsefni

Þann 14. ágúst 2010 birti stefnandi auglýsingu í stjórnartíðindum Evrópska Efnahagssvæðisins um útboð nr. 12475: *Vetrarþjónusta gatna í Reykjavík 2010-2013, útboð 2*. Nánar tiltekið var um var að ræða útboð á snjóhreinsun og hálkueyðingu gatna austan Reykjanesbrautar, í Breiðholti, Arbæjarhverfi, Norðlingaholti og Grafarholti veturna 2010-2011, 2011-2012 og 2012-2013, með mögulegri framlengingu til tveggja ára, eins árs í senn. Útboðsgögn voru afhent 17. ágúst 2010 en tilboð opnuð 5. október 2010. Alls bárust boð frá fimm bjóðendum, þar á meðal stefnda, sem reyndist, eftir yfirferð sem leiddi til lækkunar á upphaflegri tilboðsfjárhæð, eiga næstlægsta tilboð í verkið. Lægsta boðið reyndist frá Íslenska gámafélaginu en það þriðja lægsta frá Hlaðbæ Colas h.f.

Þann 8. október óskaði stefnandi eftir nánar tilgreindum upplýsingum frá stefnda vegna skoðunar á boði hans þ.á.m. staðfestingar frá viðkomandi innheimtuaðila á að stefndi væri í skilum með öll opinber gjöld en í ákvæði 0.1.3. í útboðslýsingu stefnanda sagði m.a. að ekki yrði gengið til samninga við bjóðanda sem væri í

vanskilum með opinber gjöld. Upplýsingunum skyldi skilað eigi síðar en 11. október.

Í framhaldi af ofangreindri beiðni afhenti stefndi stefnanda yfirlýsingu frá Tollstjóranum í Reykjavík dags. 11. október um skuldastöðu stefnda við ríkissjóð. Samkvæmt yfirlýsingunni skuldaði stefndi ríkissjóði 6.664.582 krónur í opinber gjöld. Yfirlýsingunni fylgdi svonefnt hreyfingayfirlit dagsett sama dag. Samkvæmt yfirlitinu skuldaði stefndi fyrirframgreiðslur vegna tekjuskatts og iðnaðarmálagjalds, sem fallið höfðu í gjalddaga 1. júní, 1. júlí, 1. ágúst og 1. september 2010, auk dráttarvaxta af skuldinni, samtals 6.664.582 krónur, miðað við 11. október. Þá lagði stefndi fyrir stefnanda þann 11. október bréf frá endurskoðunarfyrtæki stefnda, dagsett 9. október, þar sem því var lýst yfir að stefndi hefði þegar greitt 6.465.345 krónur í fyrirframgreiðslur á árinu 2010 en samtals væri fyrirframgreiðsluskylda stefnda 68% af álögðum gjöldum 2009, eða um 12 milljónir króna. Væntanleg álagning opinberra gjalda stefnda vegna ársins 2009, sem birt yrði um næstu mánaðarmót, yrði 4.321.643 krónur þ.e. 4.046.698 krónur í tekjuskatt og 274.945 í iðnaðarmálagjald. Félagið væri þannig með fyrirframgreiðslum búið að greiða umfram þá álagningu sem það kæmi til með að fá. Skuldin sem Tollstjóri væri að staðfesta með yfirlýsingunni frá 11. október 2010, upp á tæplega 6,7 milljónir króna, væri því byggð á óuppgerðri fyrirframgreiðsluskyldu sem ekki kæmi til greiðslu. Arsreikningur stefnda vegna gjaldaársins 2009 fylgdi bréfi endurskoðunarfyrtækisins auk bráðabirgðaútreiknings opinberra gjalda 2010. Samkvæmt bráðabirgðaútreikningnum var reiknaður tekjuskattur stefnda 3.372.248 krónur og iðnaðarmálagjald 274.946 krónur en samkvæmt ársreikningnum var reiknaður tekjuskattur 3.421.578 krónur. Stefnandi framkvæmdi mat á fjárhagslegu hæfi stefnda á grundvelli innsendra gagna þann 11. október 2011 og var niðurstaðan að stefndi uppfyllti ekki hæfiskröfur útboðsgagna þar sem hann væri samkvæmt yfirlýsingu Tollstjórans í Reykjavík frá 11. október í vanskilum með opinber gjöld. Stefnda mun hafa verið tilkynnt niðurstaðan samdægurs. Stefndi greiddi framangreindar eftirstöðvar fyrirframgreiðslu þann 12. október og lagði sama dag fram yfirlýsingu frá Tollstjóranum í Reykjavík sem sýndi að hann var þann dag skuldlaus við ríkissjóð vegna opinberra gjalda. Með bréfi dagsettu 14. október lagði Framkvæmda- og eignasvið Reykjavíkurborgar til við Innkauparáð Reykjavíkurborgar að tekið yrði tilboði Hlaðbæjar Colas h.f. í umrætt útboðsverk þar sem tveir lægstu bjóðendurnir hefði ekki staðist skoðun á fjárhag. Með bréfi dagsettu 15. október tilkynnti Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar Innkauparáði Borgarinnar m.a. að stefndi hefði ekki staðist kröfur útboðsganga vegna vanskila með opinber gjöld. Lægstbjóðandi hefði ekki staðist kröfur útboðsganga en Hlaðbær Colas h.f. hefði staðist skoðun. Með bréfi dagsettu 15. október 2010 staðfesti Ríkisskattstjóri, með vísan til bréfs endurskoðunarfyrtækis stefnda frá 9. október, að samkvæmt skattframtali stefnda gjaldárið 2010 yrðu álögð gjöld hans 4.321.643 krónur en samkvæmt fyrirliggjandi upplýsingum hefði félagið greitt 12.881.896 krónur í fyrirframgreiðslu uppí væntanlega álagningu gjaldárið 2010. Innkauparáð Reykjavíkurborgar tók málið fyrir á fundi 20. október en frestaði ákvörðun. Á fundi ráðsins 27. október var samþykkt að taka tilboði þess fyrirtækis sem upphaflega hafði átt þriðja lægsta tilboðið, Hlaðbæjar Colas h.f., sem nú átti að mati stefnanda lægsta gilt tilboð. Var sú ákvörðun tilkynnt stefnda bréflega sama dag af Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar og jafnframt að samkvæmt lögum um opinber innkaup nr. 84/2007 gætu bjóðendur kært ákvörðunina til Kærunefndar útboðsmála innan lögboðins kærufrests. Í tilvitnuðu bréfi Innkaupskrifstofunnar

sagði m.a. með vísan til áðurgreinds ákvæðis í útboðsskilmálum um að ekki yrði gengið til samninga við bjóðanda sem væri í vanskilum með opinber gjöld:

Eftir samráð við skrifstofu borgarlögmanns var haft samband við Ríkisskattstjóra og Tollstjóran í Reykjavík vegna þessa máls og er niðurstaðan sú að fyrirframgreiðsluskylda fellur ekki niður fyrr en við álagningu opinberra gjalda en hún fer fram þann 28. október 2010. Því er það svo að fyrir þá dagsetningu sé ekki búið að greiða fyrirframgreiðsluskyldu eða þess leitað til skattstjóra að lækka fyrirframgreiðsluskylduna, er um vanskil að ræða. Urð og Grjót ehf. uppfyllir ekki framangreindar kröfur útboðsganga.

Við álagningu opinberra gjalda stefnda 2010 reyndist inneign hans þ.e. staðgreiðsla og fyrirframgreiðslur að frádreginni álagningu vera 9.451.566 krónur. Stefndi kærði þá ákvörðun Innkauparáðs Reykjavíkurborgar að hafna boði stefnda og ganga til samninga við Hlaðbæ Colas h.f. til Kærunefndar útboðsmála með bréfi, dagsettu 1. nóvember 2010. Krafðist hann þess að kærunefndin stöðvaði þegar í stað umrætt innkaupaferli þar til endanlega hefði verið skorið úr öllum kröfum hans en jafnframt að kærunefndin felldi úr gildi ákvörðun stefnanda um að ganga til samningaviðræðna við Hlaðbæ Colas hf. og beindi því til stefnanda að taka tilboði stefnda. Til vara krafðist stefndi þess að nefndin beindi því til stefnanda að bjóða verkið út að nýju, léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda gangvart stefnda og ákvæði kæranda kostnað vegna kærunnar. Stefnandi krafðist þess fyrir nefndinni með bréfi 9. nóvember að kröfu stefnda um stöðvun samningsgerðar yrði hafnað og stefndi yrði úrskurðaður til að greiða stefnanda málskostnað.

Með ákvörðun Kærunefndar útboðsmála þann 18. nóvember féllst nefndin á kröfu stefnda um stöðvun samningsgerðar með eftirfarandi rökstuðningi:

Í grein 0.1.3 í útboðslýsingu kemur fram að ef bjóðandi sé í vanskilum með opinber gjöld verði ekki gengið til samninga við hann. Í málinu liggja fyrir yfirlýsingar tollstjórans í Reykjavík um skuldastöðu kæranda við ríkissjóð. Í yfirlýsingu 11. október 2010 kemur fram að kærandi skuldi 6.664.582 krónur í opinber gjöld, en í yfirlýsingu, dagsettri degi síðar, kemur fram að kærandi skuldi ekki opinber gjöld. Þá segir í yfirlýsingu 15. sama mánaðar að kærandi sé í engum vanskilum við ríkissjóð með opinber gjöld. Ljóst er að í útboðslýsingu er gerð krafa um að kærandi sé ekki í vanskilum við ríkissjóð. Af framangreindum yfirlýsingum má sjá að kærandi var ekki í vanskilum. Í fyrstu yfirlýsingunni kemur fram að stefnandi sé í skuld, en telja verður að slíkt nægi ekki til að vísa tilboði frá heldur verði að liggja fyrir staðfesting tollstjóra á því að kærandi sé í vanskilum. Þar sem slík yfirlýsing liggur ekki fyrir í málinu verður að telja að verulegar líkur séu á að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007.

Stefnandi var ósáttur við framangreinda niðurstöðu og óskaði með tölvubréfi 18. nóvember eftir upplýsingum frá Tollstjóra hvort stefndi hefði þann 11. október verið í vanskilum með opinber gjöld. Í svari forstöðumanns innheimtusviðs Tollstjóra 22. nóvember segir að stefndi hafi þann 11. október verið í vanskilum með þinggjöld með gjalddögum í júní til september enda skipti ekki máli að mati Tollstjóra, þótt um fyrirframgreiðslu opinberra gjalda hafi verið að ræða enda sé hún lögboðin. Það sé skilningur Tollstjóra að þegar opinber gjöld séu í skuld (gjaldfallin) „þá falli þau undir það að vera í vanskilum“.

24. nóvember óskaði stefnandi eftir endurupptöku á ákvörðun Kærunefndar útboðsmála frá 18. nóvember m.a. með vísan til framangreinds svars Tollstjóra frá 22. nóvember. Stefndi andmælti beiðni um endurupptökuna með bréfi 10. desember. Stefnandi gerði athugasemdir við andmæli stefnda 20. desember. Þann 21. janúar 2011 hafnaði úrskurðarnefndin beiðni stefnanda um endurupptöku með þeim rökstuðningi sem í ákvörðuninni greinir. Með bréfi 25. febrúar 2011 gerði stefnandi frekari athugasemdir við kæru stefnda til Kærunefndar útboðsmála.

Kærunefnd útboðsmála tók endanlega ákvörðun í máli aðila með úrskurði uppkeðnum 8. apríl 2011. Í forsendum fyrir niðurstöðu nefndarinnar segir m.a.:

Í grein 0.1.3 í útboðslýsingu kemur fram að ef bjóðandi sé í vanskilum með opinber gjöld verði ekki gengið til samninga við hann. Lýtur deila aðila málsins að því hvort kærandi hafi verið í vanskilum með opinber gjöld á þeim tíma er tilboð voru opnuð.

Í málinu liggja fyrir yfirlýsingar tollstjórans í Reykjavík um skuldastöðu kæranda við ríkissjóð. Í yfirlýsingu 11. október 2010 kemur fram að kærandi skuldi 6.664.582 krónur í opinber gjöld, en í yfirlýsingu, dagsettri degi síðar, kemur fram að kærandi skuldi ekki opinber gjöld. Þá segir í yfirlýsingu 15. sama mánaðar að kærandi sé í engum vanskilum við ríkissjóð með opinber gjöld. Kærði byggir á því að kærandi hafi breytt stöðu sinni eftir opnun tilboða með því að greiða upp opinber gjöld sem hafi verið í vanskilum. Hefði kærði fallist á tilboð kæranda hefði fallist í því brot á jafnræðisreglu laga nr. 84/2007, þar sem kæranda hefði verið heimilað að lagfæra fjárhagslegt hæfi sitt eftir opnun tilboða. Kærunefnd útboðsmála getur ekki fallist á þessa röksemdafærslu kærða. Þótt fram hafi komið í fyrstu yfirlýsingu tollstjórans í Reykjavík að kærandi skuldaði opinber gjöld sé ljóst að við opnun tilboða hafi kærandi átt umtalsverða inneign hjá hinu opinbera og því ekki verið í vanskilum með opinber gjöld. Kærandi hafi ekki greitt upp opinber gjöld í þeim tilgangi að bæta fjárhagslegt hæfi sitt heldur hafi komið til skuldajafnaðar við fjármuni sem hann hafði þegar greitt í fyrirframgreiðslu opinberra gjalda. Ljóst er að í útboðslýsingu er gerð krafa um að kærandi sé ekki í vanskilum við ríkissjóð. Er sú krafa sett með stoð í f. lið 3. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007, þar sem fram kemur að heimilt sé að útiloka fyrirtæki frá opinberum samningi sem er í vanskilum með opinber gjöld eða sambærileg lögákveðin gjöld. Er það mat nefndarinnar að rétt sé að túlka ákvæðið á þann hátt að því hafi ekki verið ætlað að standa í vegi fyrir því að hæfir bjóðendur fái verk heldur að hindra að óskilamenn séu gjaldgengir á þessum markaði. Kærunefnd útboðsmála telur því að ekki verði lagt að jöfnu að vera í skuld eða í vanskilum. Við opnun tilboða hafi

kærandi í reynd ekki verið í vanskilum við ríkissjóð. Verður því fallist á kröfu kæranda og felld úr gildi ákvörðun kærða um að ganga til samningaviðræðna við Hlaðbæ Colas hf. á grundvelli útboðs nr. 12475 – Vetrarþjónusta gatna í Reykjavík 2010-2013, útboð 2.

Með vísan til framangreindra forsenda og rökstuðnings úrskurðarnefndarinnar að öðru leyti felldi nefndin úr gildi ákvörðun stefnanda um að ganga til samningaviðræðna við Hlaðbæ Colas h.f. á grundvelli útboðs nr. 12475 – Vetrarþjónusta gatna í Reykjavík 2010-2013, útboð 2 og beindi því til stefnanda að bjóða verkið út að nýju. Jafnframt lét kærunefndin í ljós það álit að stefnandi væri skaðabótaskyldur gagnvart stefnda vegna kostnaðar stefnda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði 12475. Þá var stefnanda gert að greiða stefnda kostnað vegna kærunnar en kröfu stefnanda um að stefnda yrði gert að greiða málskostnað til ríkissjóðs hafnað.

Í máli þessu er deilt um hvort stefndi hafi verið í vanskilum með opinber gjöld á opunardegi tilboða 5. október 2010 og stefnanda af þeirri ástæðu verið heimilt að hafna boði hans með vísan til ákvæðis 0.1.3. í útboðsskilmálum, sbr. f-lið 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 um opinber útboð. Málið sætir flýtimeðferð samkvæmt XIX. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Málsástæður og tilvitnaðar réttarheimildir stefnanda

Stefnandi byggir málatilbúnað sinn fyrst og fremst á því að ákvörðun hans um val á tilboði hafi að öllu leyti verið í samræmi við lög um opinber innkaup nr. 84/2007. Þannig hafi skýrt ákvæði greinar 0.1.3 í útboðsgögnum mælt fyrir um að ekki yrði gengið til samninga við þann bjóðanda sem væri í vanskilum með opinber gjöld. Í málinu liggi fyrir yfirlýsing embættis Tollstjórans í Reykjavík þess efnis að stefndi hafi í reynd verið í vanskilum með tilgreind opinber gjöld á opunardegi tilboða. Stefnanda hafi því verið óheimilt að taka tilboði stefnda þar sem hann hafi ekki staðist hæfiskröfur útboðsgagna.

Stefnandi telur að úrskurður Kærunefndar útboðsmála í máli nr. 27/2010 sé rangur og hann beri að fella úr gildi þegar af þeim sökum. Í hinum umþrætta úrskurði komist Kærunefnd útboðsmála að þeirri niðurstöðu að við opnun tilboða hafi stefndi í reynd ekki verið í vanskilum við ríkissjóð. Af úrskurðinum, sem sé að mati stefnanda einkar illa rökum studdur, verði ekki annað séð en að sú niðurstaða nefndarinnar sé leidd af þeirri staðreynd að stefnandi hafi, þegar allt kom til alls, átt inneign hjá hinu opinbera. Á bls. 5 í úrskurðinum segi: „Þótt fram hafi komið í fyrstu yfirlýsingu tollstjórans í Reykjavík að kærandi skuldaði opinber gjöld sé ljóst að við opnun tilboða hafi kærandi átt umtalsverða inneign hjá hinu opinbera og því ekki verið í vanskilum með opinber gjöld.“ Þá segi á bls. 6:

Ljóst er að í útboðslýsingu er gerð krafa um að kærandi sé ekki í vanskilum við ríkissjóð. Er sú krafa sett með stoð í f. lið 3. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007, þar sem

fram kemur að heimilt sé að útiloka fyrirtæki frá opinberum samningi sem er í vanskilum með opinber gjöld eða sambærileg lögákveðin gjöld. Er það mat nefndarinnar að rétt sé að túlka ákveðið á þann hátt að því hafi ekki verið ætlað að standa í vegi fyrir því að hæfir bjóðendur fái verk heldur að hindra að óskilamenn séu gjaldgengir á þessum markaði. Kærunefnd útboðsmála telur því að ekki verði lagt að jöfnu að vera í skuld eða í vanskilum. Við opnun tilboða hafi kærandi í reynd ekki verið í vanskilum við ríkissjóð. Verði því fallist á kröfu kæranda ...

Á þennan rökstuðning nefndarinnar geti stefnandi ekki fallist. Virðist sem kærunefndin taki í engu tillit til yfirlýsingar Tollstjórans í Reykjavík um að stefndi hafi í reynd verið í vanskilum með opinber gjöld og enn síður skilnings embættis Tollstjóra á hugtakinu vanskil sem fram komi í sömu yfirlýsingu. Stefndi hafi verið í vanskilum á opunardegi tilboða og enn í vanskilum á þeim tímapunkti sem mat Innkaupaskrifstofu á fjárhagslegu hæfi hans hafi farið fram, þ.e. þann 11. október sl., og hafi svo verið ástatt um hann þangað til ákvörðun um skuldajöfnuð hafi verið tekin, eftir opunardag tilboða. Nánar tiltekið hafi álögð þinggjöld ársins 2010 vegna rekstrarársins 2009 verið í vanskilum samkvæmt útprentuðu yfirliti Tollstjóra 11. október sl., kl. 09:24, yfir viðskiptareikning stefnda. Á því yfirliti komi bersýnilega fram að höfuðstóll kröfunnar hafi þann dag verið að fjárhæð 6.440.944 krónur og vanskilavextir að fjárhæð 223.638 krónur og samtals gjaldfallin og ógreidd opinber gjöld ársins 2010 verið að fjárhæð 6.664.582 krónur. Jafnframt sjáist á hreyfingaryfirliti að álögð opinber gjöld 2010 hafi verið lögð á 21. janúar 2010 (færsludagsetning) og hafði stefndi greitt fyrstu fjóra gjalddagana en ekki greitt þann hluta skattsins sem gjaldféll gjalddagana 1. júní, 1. júlí, 1. ágúst og 1. september (gildisdagsetning). Þeir gjalddagar hafi allir borið dráttarvexti. Þessum upplýsingum hafi stefndi sjálfur skilað inn með yfirlýsingu Tollstjórans í Reykjavík um skuld hans dagsettri 11. október 2010. Stefnandi byggir á því að samkvæmt lögum um tekjuskatt nr. 90/2003 beri vangreidd opinber gjöld lögboðna dráttarvexti og fresti deila um álagningu ekki vanskilameðferð. Þannig sé í 1. mgr. 112. gr. laganna mælt fyrir um gjalddaga tekjuskatts með svohljóðandi hætti: „Tekjuskattur af öðrum tekjum en launatekjum hvers gjaldanda, sbr. þó 4. mgr., skal greiddur á tíu gjalddögum á ári hverju. Eru gjalddagar fyrsti dagur hvers mánaðar nema í janúar og í þeim mánuði sem álagningu lýkur samkvæmt ákvörðun fjármálaráðherra, sbr. 1. mgr. 93. gr. Eindagi er 15 dögum eftir gjalddaga, sbr. þó 5. mgr. ...“ Þá sé í 1. mgr. 113. gr. tekjuskattlaganna mælt fyrir um með skýrum hætti að deila um skattskyldu fresti ekki eindaga eða beitingu vanskilaúrræða. Það sé því ekki fyrir en ný skattákvörðun til lækkunar hafi verið tekin af þar til bærum skattyfirvöldum sem endurgreiðsla skuli fara fram, sbr. síðasta málslið 1. mgr. 113. gr. laga um tekjuskatt. Athygli sé vakin á því að þegar mat á fjárhagslegu hæfi stefnda hafi farið fram, þann 11. október sl., hafði ný skattákvörðun ekki verið tekin um lækkun opinberra gjalda stefnda fyrir árið 2010. Slík ákvörðun hafði því enn síður verið tekin fyrir opunardag tilboða, þann 5. október. Stefnandi hafi því engar heimildir haft til að breyta fyrra mati sínu á fjárhagslegu hæfi stefnda á grundvelli bréfs endurskoðanda stefnda eða yfirlýsingum Ríkisskattstjóra dags. 15. október sl., sem bæði hafi borið með sér að þegar skattyfirvöld myndu endurákvæða álagningu myndi krafan líklega verða felld niður. Þá séu opinber gjöld sem ekki hafi verið greidd á eindaga í vanskilum. Um dráttarvexti af vangoldnum skatti sé fjallað um í 114. gr. laga um tekjuskatt. Þar segi í 1. mgr. að:

Sé skattur ekki greiddur innan mánaðar frá gjalddaga skal greiða ríkissjóði dráttarvexti af því sem gjaldfallið er. Með gjalddaga í þessu sambandi er átt við reglulega gjalddaga skv. 1.–4. og 6.–8. mgr. 112. gr., en gjaldfelling vegna vangreiðslu á hluta skv. 5. mgr. 112. gr. hefur ekki áhrif á dráttarvaxtaútreikning. Dráttarvextir skulu vera þeir sömu og Seðlabanki Íslands ákveður skv. [6. gr. laga nr. 38/2001](#), um vexti og verðtryggingu.

Í ljósi framangreindra ákvæða verði þau gögn, sem stefndi hafi lagt fram um hvernig krafan myndi breytast, þegar ný skattákvörðun yrði tekin, ekki lögð til grundvallar mati á fjárhagslegu hæfi stefnda. Ekkert hafi gefið tilefni til að ætla að stefndi hafi aðeins skuldað opinber gjöld en þau gjöld ekki verið í vanskilum eins og kærunefndin virðist telja. Sá skilningur gangi þvert á þann skilning sem ákvæði skattalöggjafarinnar, sem að framan séu rakin, gefi til kynna. Jafnframt gangi sá skilningur þvert á túlkun Tollstjórans í Reykjavík á vanskilahugtakinu. Þá sé það ennfremur mat stefnanda að óheimilt hefði verið að líta til atvika sem bæta myndu stöðu stefnda eftir opnunardag tilboða. Stefnandi hafi að öllu leyti verið bundinn af ákvæðum útboðsgagna um að ekki yrði samið við þann sem væri í vanskilum með opinber gjöld. Stefnandi hafi því ekkert val átt um afstöðu til málefna stefnda eftir að komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að hann væri í vanskilum með opinber gjöld. Stefnandi mótmælir því alfarið að stefndi hafi aðeins verið í skuld en ekki í vanskilum með hin tilgreindu opinberu gjöld eins og að framan er rakið og þvert á niðurstöðu kærunefndarinnar útboðsmála. Túlkun kærunefndarinnar býður upp á að opinberir aðilar hafi matskennd sjónarmið í forgrunni við yfirferð á fjárhagslegum upplýsingum. Hún býður upp á það að hinn opinberi kaupandi leggi mat á hvort yfirlýsingar embætta og stjórnvalda séu réttar, hvort líklegt sé að þær verði endurskoðaðar, hvort viðkomandi bjóðandi eigi næga inneign, hvaða yfirlýsingar og gögn dugi til að hnekkja yfirlýsingum einstakra embætta og stjórnvalda o.s.frv. Það að gera ráð fyrir huglægu mati á þýðingu yfirlýsinga embætta á borð við embætti tollstjórans í Reykjavík gengur þvert gegn kröfu laga um opinber innkaup um að hlutlægt og gagnsætt mat sé lagt á hæfi bjóðenda.

Gögn málsins sýni að stefndi hafi verið í vanskilum með opinber gjöld á opunardegi tilboða. Kaupendur séu bundnir af þeim kröfum sem fram komi í útboðsgögnum og geti ekki eftir á slegið af kröfum sínum, t.d. um hæfi bjóðenda, gagnvart einstökum þátttakendum í innkaupaferli. Þegar af þeirri ástæðu hafi stefnanda verið óheimilt að taka tilboði stefnda, sbr. 71. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007, enda hafi hann ekki staðist hæfiskröfur útboðsgagna. Ennfremur mótmæli stefnandi eftirfarandi niðurstöðu kærunefndar útboðsmála sem rangri:

Kærði byggir á því að kærandi hafi breytt stöðu sinni eftir opnun tilboða með því að greiða upp opinber gjöld sem hafi verið í vanskilum. Hefði kærði fallist á tilboð kæranda hefði falist í því brot á jafnræðisreglu laga nr. 84/2007, þar sem kæranda hefði verið heimilað að lagfæra fjárhagslegt hæfi sitt eftir opnun tilboða.

Kærunefnd útboðsmála getur ekki fallist á þessa röksemdafærslu kærða. Þótt fram hafi komið í fyrstu yfirlýsingu tollstjórans í Reykjavík að kærandi skuldaði opinber gjöld sé ljóst að við opnun tilboða hafi kærandi átt umtalsverða inneign hjá hinu opinbera og því ekki verið í vanskilum með opinber gjöld. Kærandi hafi ekki greitt upp opinber gjöld í þeim tilgangi að bæta fjárhagslegt hæfi sitt heldur hafi komið til skuldajafnaðar við fjármuni sem hann hafði þegar greitt í fyrirframgreiðslu opinbera gjalda.

Þegar stefnda hafi orðið ljóst það mat Innkaupaskrifstofu að hann hefði ekki staðist fjárhagslegar hæfiskröfur útboðsgagna hafi hann greitt hin vangoldnu opinberu gjöld að fullu og sent Innkaupaskrifstofu ný gögn sem hafi sýnt að hann væri ekki lengur í vanskilum, sbr. yfirlýsingu Tollstjórans í Reykjavík 12. október sl.. Með því skjali hafi verið sýnt fram á að fjárhagslegt hæfi stefnda hefði breyst frá opunardegi tilboða og hafi það verið metið svo að brotið yrði gegn jafnræði bjóðenda ef tilboði kæranda yrði tekið á þeim grundvelli. Bjóðendum sé ekki heimilt að breyta tilboðum sínum eða auka hæfi sitt eða bæta stöðu sína að öðru leyti eftir opunardag tilboða. Stefnanda hafi því borið að hafna tilboði stefnda. Jafnræði bjóðenda sé sem rauður þráður í gegnum allar meginreglur í opinberum innkaupum. Í því felist að allir bjóðendur eigi að standa jafnir frammi fyrir mati kaupanda, hvort sem sé á tilboði eða hæfi þeirra. Hafi opinber aðili sett fram lágmarkskröfur eða -viðmið sem bjóðendur eigi að uppfylla megi ljóst vera að allir bjóðendur verði að uppfylla þær kröfur eða viðmið á sama tímapunktinum, opunardegi tilboða. Með því að gefa bjóðendum færi á að lagfæra hæfi sitt eða tilboð eftir opunardag væri verið að brjóta gróflega gegn jafnræði bjóðenda, gagnsæi í opinberum innkaupum og bjóða upp á valdniðslu opinberra kaupanda. Ennfremur myndi skjóta skökku við ef bjóðendum væri gert heimilt að bæta fjárhagsstöðu sína eða hæfi að öðru leyti, t.d. með uppgjöri á skuldum og vangoldnum sköttum, eftir að tilboð hefðu verið opnuð og þegar ljóst væri hverjir kæmu til greina sem samningshafar. Þannig gæti bjóðandi ákveðið að standa ekki skil á fjárhagslegum skuldbindingum sínum, s.s. gagnvart lífeyrissjóðum og opinberum gjöldum, fyrr en í ljós kæmi hvort hann ætti möguleika á að ná samningi við kaupanda, s.s. með því að eiga lægsta tilboðið. Með því að játa kaupanda svigrúm til að bíða eftir að bjóðendur uppfylltu hæfiskröfur, s.s. með því að draga að taka ákvörðun um við hvern bjóðenda gengið yrði til samninga, væri að sama skapi verið að ganga gróflega gegn fyrrgreindum meginreglum í opinberum innkaupum. Væri sú aðferðafræði ennfremur í öllum meginatriðum andstæð tilgangi og markmiðum þeirrar löggjafar sem gildi á sviði opinberra innkaupa og á hinum frjálsa samkeppnismarkaði. Tilgangur laga um opinber innkaup sé að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu. Tilganginum verði ekki náð með öðrum hætti en að setja reglur sem tryggi jafnræði bjóðenda og gagnsæi í aðferðafræði hins opinbera kaupanda þegar hann kaupir vöru, verk eða þjónustu. Það sé því grundvallarregla í opinberum innkaupum að bjóðendur geti ekki leiðrétt tilboð sín eða bætt hæfi sitt eftir opnun tilboða. Leiði þá reglu af 14. gr. laga um opinber innkaup auk óskrifaðra reglna innkauparéttarins um bann við mismunun, gagnsæi, málefnaleg sjónarmið og bann við valdniðslu. Hvernig sem á málið sé litið standi ætíð eftir sú staðreynd að stefndi hafi verið í vanskilum með opinber gjöld á opunardegi tilboða og þar með ekki staðist þær kröfur sem stefnandi hafði sett fram með bindandi hætti í

útboðsgögnum. Stefnanda hafi því borið lagaleg skylda til að hafna frekari þátttöku hans í innkaupaferlinu. Stefnandi telji að Kærunefnd útboðsmála hafi ekki tekið nægjanlegt tillit til sjónarmiða stefnanda og byggt niðurstöðu sína á röngum forsendum og ótækri túlkun á lögum. Þannig hafi nefndin komist að rangri niðurstöðu sem hafi það í för með sér að fella beri úrskurðinn úr gildi. Um lagarök fyrir málskostnaðarkröfu sinni vísi stefnandi til 130. gr. laga nr. 91/1991. Í máli þessu byggi stefnandi m.a. á eftirfarandi réttarheimildum: Lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, stjórnarsýslulögum nr. 37/1993, lögum um tekjuskatt nr. 90/2003, lögum um meðferð einkamála nr. 91/1991, lögum um staðgreiðslu opinberra gjalda nr. 45/1987 og lögum um tekjustofna sveitarfélaga nr. 4/1995.

Málsástæður og tilvitnaðar réttarheimildir stefnda

Stefndi byggir kröfur sínar á því að úrskurður Kærunefndar útboðsmála sé réttur ef frá sé talinn sá hluti niðurstöðu hans þar sem því sé beint til stefnanda að bjóða verkið út að nýju. Stefnandi hafi ekki verið í vanskilum með opinber gjöld á þeim tíma sem um ræði heldur hafi hann þvert á móti átt inneign hjá hinu opinbera. Inneign stefnda hjá hinu opinbera hafi verið til komin vegna staðgreiðslu opinberra gjalda. Það sé því rangt að stefndi hafi skuldað opinber gjöld sem og að nokkur slík skuld hafi verið í vanskilum. Í því samhengi sé rétt að benda á að réttilega ákvörðuð og innborguð staðgreiðsla sé fullnaðargreiðsla án þess að fram þurfi að fara frekari ákvörðun eða álagning tekjuskatts. Tilboð stefnda hafi því verið gilt og rangt af stefnanda að hafna því. Samkvæmt 1. mgr. 49. gr. laga nr. 84/2007, sem sé að finna í 2. þætti þeirra, skuli fjárhagsstaða bjóðanda vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Ekki skuli krefjast frekari gagna um sönnun á fjárhagslegri getu en nauðsynlegt sé með hliðsjón af eðli og umfangi fyrirhugaðra innkaupa. Kaupandi geti gert kröfu um að bjóðendur uppfylli ákveðnar lágmarkskröfur um fjárhagslega stöðu, enda séu þau í málefnalegum tengslum og réttu hlutfalli við efni sammingsins. Það leiði af framangreindu að nauðsynlegt sé að gæta meðalhófs þegar gerðar séu kröfur um fjárhagslega stöðu bjóðenda. Óumdeilt sé í máli þessu að stefndi hafi ofgreitt opinber gjöld sín fyrir tilgreint tímabil. Það sé því ljóst að alger fullvissa hafi verið um að þau yrðu greidd enda sé skuldajöfnun opinberra gjalda lögbundin. Að túlka kröfu um að bjóðendur séu ekki í vanskilum með þeim hætti sem stefnandi leggi til keyri því framúr öllu því meðalhófi sem gert sé ráð fyrir í lögum um opinber innkaup nr. 84/2007. Umrætt ákvæði laganna sé sett til að útiloka óreiðumenn frá opinberum innkaupum en ekki þá sem ofgreiði opinber gjöld sín. Vert sé að benda á að Evrópudómstóllinn hafi margsinnis staðfest meginreglu útboðsréttar um meðalhóf við opinber innkaup. Sú regla feli það m.a. í sér að í opinberum innkaupum skuli ekki ganga lengra við að ná lögmætum markmiðum en nauðsynlegt sé. Auk þess skuli allar slíkar takmarkanir vera til þess fallnar að ná lögmætum markmiðum sínum. Framangreint hafi Evrópudómstóllinn m.a. staðfest í Fabricom málinu, sbr. t.d. málsgreinar 33, 34 og 45 þar sem tekist hafi verið á um lögmæti banns sem hafi útilokað fortakslaust alla þá frá útboði sem höfðu tekið þátt í undirbúningi þess, óháð því hvort þeir hafi við það notið betri stöðu en aðrir bjóðendur. Samkvæmt reglunni hafi slíkum bjóðendum verið vísað frá þrátt fyrir að þeir gætu sýnt fram á að þeir nytu ekki betri stöðu en aðrir bjóðendur. Markmið bannsins hafi verið að tryggja jafnræði meðal bjóðenda og tryggja að einstaka bjóðendur nytu ekki forskots á aðra vegna aðkomu sinnar að útboði á fyrri stigum. Afstaða Evrópudómstólsins í þeim

efnum hafi verið að reglan gengi lengra en nauðsynlegt væri til að tryggja hið lögmeta markmið, jafnræði bjóðenda. Hafi það því orðið niðurstaða dómstólsins að reglan væri andstæð tilskipun 2004/18/EC og brot á meginreglu evrópsks útboðsréttar. Hið sama eigi við um túlkun stefnanda á fjárhagslegu hæfi, í máli þessu. Túlkun stefnanda feli það í sér að bjóðandi geti verið í vanskilum við sömu opinberu aðila og hann hafi ofgreitt. Þá feli túlkun stefnanda það í sér að bjóðandi sé í vanskilum með skuldbindingar sínar þrátt fyrir að ekki sé komið að efndatíma þeirra skv. samningi, venju eða lögum. Þar með gangi stefnandi lengra en nauðsynlegt sé til að tryggja hið lögmeta markmið um fjárhagslega stöðu bjóðanda. Slík túlkun sé því í andstöðu við framangreinda meðalhófsreglu.

Upphaf málsins megi rekja til þess að stefnandi hafi gert þau mistök við yfirferð tilboða að rugla saman hugtökunum vanskil annars vegar og skuld hins vegar. Í þeim mistökum hafi falist að stefnandi hafi lagt þann skilning í hugtökin að þau merktu í raun það sama. Það sé hins vegar ekki rétt. Í Lögfræðiorðabók bókaútgáfunnar Codex séu vanskil skilgreind sem: „Það að -> skuldari stendur ekki skil á greiðslu sinni á réttum tíma eða hún reynist ekki vera í réttu ásigkomulagi“. Skuld sé hins vegar skv. sömu heimild „einhlíða skylda -> skuldara til að greiða -> peninga.“ Þá taki stefnandi ekkert tillit til gagnkröfu stefnda á ríkissjóð eða þeirra laga og reglugerða sem ráði skuldajöfnun umræddra krafna. Í minnisblaði Reykjavíkurborgar um fjárhagsstöðu kæranda sem dagsett sé 27. október 2010 komi misskilningur Reykjavíkurborgar skýrt fram. Þar greini höfundur minnisblaðsins frá málum með þeim hætti að hann leggi til jafns hugtökin skuld og vanskil. Orðrétt komi fram í niðurstöðu minnisblaðs Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar:

Af ofangreindu metur Innkaupaskrifstofa það svo að félagið Urð og Grjót hafi ekki getað leyst sig undan fyrirframgreiðsluskyldu opinberra gjalda með eigin útreikningum og þar sem álagning hafi ekki farið fram þann 11. október 2010 hafi því raunveruleg skuldastaða félagsins við ríkissjóð verið kr. 6.664.582. og félagið því í vanskilum með opinber gjöld þann 11. október 2010.

Af framangreindri tilvitnun sem og öðrum skjölum málsins megi vera ljóst að misskilningur á hugtökunum skuld annars vegar og vanskilum hins vegar ráði hinni ólögmetu ákvörðun Reykjavíkurborgar. Síðari tíma skýringar stefnanda breyti engu um þá staðreynd. Það sama eigi við um álit forstöðumanns innheimtusviðs Tollstjórans í Reykjavík á meintum vanskilum stefnda enda sé það álit þýðingarlaust í málinu auk þess sem niðurstaða þess sé efnislega röng. Við framkvæmd útboðsins hafi stefndi lagt fram vottorð sem staðfesti svo ekki verði um villst að hann hafi ekki verið í vanskilum með opinber gjöld. Þetta séu m.a. staðfestingar frá Ríkiskattstjóra og Tollstjóranum í Reykjavík. Samkvæmt f. lið 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup megi útiloka fyrirtæki sem séu í vanskilum með opinber gjöld. Um sönnun þess efnis sé fjallað í b-lið 3. mgr. 47. gr. sömu laga. Þar komi fram að ef fyrirtæki sé krafíð um sönnun um þau atriði skuli vottorð gefið út af þar til bæru stjórnvaldi metið sem fullnægjandi sönnun. Framhjá því verði ekki litið að kærandi hafi lagt slík vottorð fram þar sem fram komi að kærandi sé ekki í vanskilum. Slíkt vottorð skuli samkvæmt fortakslausu ákvæði b. liðar 3. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 teljast fullnægjandi sönnun. Stefnandi hafi því verið óheimilt að afla frekari gagna um fjárhagsstöðu stefnda. Fram hjá því verði

hins vegar ekki litið að þau vottorð sem stefnandi hafi aflað við mat á fjárhagsstöðu stefnda sýni aðeins meinta skuld stefnda en ekki vanskil.

Stefndi byggir á ákvæðum laga um opinber innkaup nr. 84/2007, meginreglum útboðsréttar, meginreglum kröfuréttar, lögum um tekjuskatt nr. 90/2003, þá helst XII. kafla laganna og reglugerðum um innheimtu sem settar séu á grundvelli þeirra. Þá byggir stefndi einnig á dómafordæmum Hæstaréttar og Evrópudómstólsins. Málskostnaðarkrafa stefnda eigi sér stoð í 129. og 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Krafa stefndu um virðisaukaskatt á málflutningsþóknun sé reist á lögum nr. 50/1988.

Niðurstaða dómsins

Í máli þessu er eins og áður hefur verið rakið um það deilt hvort stefndi hafi við opnum tilboða þann 5. október 2010 verið í vanskilum með opinber gjöld í skilningi ákvæðis 0.1.3 í útboðsskilmálum stefnanda, sbr. f-lið, 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, og stefnanda af þeirri ástæðu verið heimilt að hafna boði hans.

Lög nr. 84/2007 um opinber innkaup, sem leystu af hólmi lög nr. 94/2001 um sama efni, fólu í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga eins og hún var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006 sem birt var 7. september 2006 í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 44/2006, sbr. 102 gr. laga nr. 84/2007. Ákvæði f-liðar 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup felur í sér innleiðingu á f-lið 2. mgr. 45. gr. tilskipunarinnar, sem m.a. heimilar kaupanda að útiloka rekstraraðila frá útboði ef fyrirtæki hefur ekki staðið skil á skattgreiðslum samkvæmt lögum lands þar sem það hefur staðfestu. Eins og áður gat leystu lög nr. 84/2007 lög nr. 94/2001 af hólmi. Ákvæðið í f-lið 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 sem heimilar að víkja fyrirtæki frá opinberum innkaupum vegna vanskila á greiðslu opinberra gjalda er efnislega samhljóma 28. gr. laga nr. 94/2001 að öðru leyti en því að tilvitnað ákvæði 47. gr. laga nr. 84/2007 er heimildarákvæði en samkvæmt 1. mgr. 28. gr. laga nr. 94/2001 var skylt að vísa bjóðanda frá væri hann í vanskilum með opinber gjöld.

Eins og rakið hefur verið voru boð vegna útboðs nr. 12475 - Vetrarþjónustu gatna 2010-2013, útboð 2, opnuð þann 5. október 2010. Þann 8. október 2010 óskaði stefnandi m.a. eftir staðfestingu frá stefnda um að hann væri í skilum með öll opinber gjöld. Stefndi lagði umbeðnar upplýsingar fram þann 11. október og sýndu þær samkvæmt yfirlýsingu Tollstjórans í Reykjavík frá 11. október og hreyfingaryfirliti dagsettu sama dag að stefndi skuldaði ríkissjóði á því tímamarki 6.664.582 krónur í opinber gjöld. Nánar tiltekið var um að ræða ógreiddar fyrirframgreiðslur vegna tekjuskatts og iðnaðarmálagjalds, sem fallið höfðu í gjalddaga 1. júní, 1. júlí, 1. ágúst og 1. september 2010 auk dráttarvaxta af skuldinni.

Fyrir liggur í málinu og er óumdeilt að álögð fyrirframgreiðsla stefnda á gjaldárinu 2010 vegna rekstrarársins 2009 var samtals 12.881.896 krónur vegna tekjuskatts og iðnaðarmálagjalds og að stefndi hafði, þegar tilboð voru opnuð þann 5. október og við athugun á fjárhagslegu hæfi stefnda þann 11. október, greitt 6.465.345 krónur í fyrirframgreiðslur, sem fallið höfðu í gjalddaga 1. febrúar, 1. mars, 1. apríl og 1. maí 2010. Jafnframt liggur fyrir að samkvæmt upplýsingum frá endurskoðunarfyrtæki stefnda var reiknaður tekjuskattur félagsins vegna rekstrarársins 2009, 4.046.698 krónur og iðnaðarmálagjald 274.945 krónur. Miðað við þessar upplýsingar mátti því gera ráð fyrir að stefndi hefði þegar, með þeim fyrirframgreiðslum sem hann hafi innt af hendi á fyrri hluta árs 2010, greitt umtalsvert meira en væntanlegri tekjuskatts- og iðnaðarmálagjaldsálagningu nam. Ekki skiptir máli varðandi þessa ályktun þótt nokkurs misræmis gæti varðandi fjárhæð reiknaðs tekjuskatts í gögnum málsins þ.e. hvort hann var réttilega reiknaður 3.372.248 krónur, 3.421.578 krónur eða 4.046.698 krónur eða þótt bréf endurskoðunarfyrtækisins, sem vísar til yfirlýsingar Tollstjórans í Reykjavík frá 11. október, sé ranglega dagsett. Umræddar upplýsingar um reiknaðan tekjuskatt og reiknað iðnaðarmálagjald stefnda vegna álagningar 2010 lágu fyrir stefnanda við athugun á fjárhagslegu hæfi stefnda 11. október, sbr. tilvitnað bréf endurskoðunarfyrtækis stefnda, skattframtal stefnda 2010, bráðabirgðaútreikning opinberra gjalda 2010 og ársreikning stefnda 2009.

Ákvæði f-liðar 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 greinir skilyrði sem bjóðanda er heimilt að setja fyrir því að fyrtæki geti tekið þátt í útboði. Ákvæðið er í VII. kafla laganna sem ber yfirskriftina „Hæfi þátttakenda og bjóðenda í opinberum innkaupum“. Í tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB, sem áður er vísað til og innleidd var í íslenskan rétt með lögum nr. 84/2007, ber sá þáttur sem samsvarar VII. kafla laga nr. 84/2007 á ensku yfirskriftina „criteria for qualitative selection“ sem í íslenskri þýðingu hefur verið útlagt „forsendur fyrir hæfismiðuðu vali“. Er þá samkvæmt athugasemdum með frumvarpi að lögum nr. 84/2007 til þess vísað að um sé að ræða reglur sem lúti að vali á þeim sem leggja eða kunni síðar að leggja fram tilboð án tillits til þess hver tilboð þeirra séu eða muni verða. Orðið hæfi sé notað yfir þessar kröfur svo sem gert hafi verið í lögum nr. 94/2001 um opinber innkaup. Ástæða sé til að áréttta að skylt sé að halda hæfiskröfum annars vegar og forsendum fyrir vali tilboðs hins vegar vandlega aðskildum í tilboðsgögnum og við yfirferð tilboða. Þessar athugasemdir í greinargerð með frumvarpi að lögum nr. 84/2007 undirstrika að hæfisskilyrðin í 47. gr. laga nr. 84/2007 þ.á.m. skilyrðið í f-lið 2. mgr. hafa ekkert með mat á fjárhagsstöðu bjóðanda eða tæknilegri getu hans í merkingu 49. gr. og 50. gr. laga nr. 84/2007 að gera heldur er tilgangur þeirra fyrst og fremst, sé þeim beitt samkvæmt skyldu eða vali, að útiloka bjóðendur, sem ekki uppfylla skilyrðin, frá þátttöku í vali við opinber útboð. Að baki liggja málefnaleg sjónarmið og rök m.a. hvað f-lið 2. mgr. varðar að opinberum aðilum eigi á grundvelli siðferðilegra sjónarmiða og til varnaðar að vera heimilt að útiloka bjóðendur frá þátttöku í vali vegna opinberra útboða hafi þeir ekki staðið í skilum með lögboðin opinber gjöld.

Það hæfisskilyrði í útboðsskilmálum stefnanda að ekki yrði gengið til samninga við bjóðanda sem væri í vanskilum með opinber gjöld var skýrt og hafði næga lagastoð samkvæmt framangreindu. Skilyrðið var fyrirsjáanlegt og hlutlægt og gat stefnda ekki dulist að vanskil á greiðslu opinberra gjalda myndu hafa þær afleiðingar sem í útboðsskilmálunum greindi. Samkvæmt 71. gr. laga nr. 84/2007, sbr. áður

samhljóða ákvæði í 49. gr. laga nr. 94/2001, skal við val á bjóðendum eingöngu líta til gildra tilboða. Af ákvæðinu og meginreglum útboðsréttar verður ályktað að boð skuli fullnægja skilmálum útboðs þegar það er opnað.

Samkvæmt 2. mgr. 112. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt ber gjaldendum, þar til álagning liggur fyrir, að greiða ákveðinn hundraðshluta skatta, er þeim bar að greiða næstliðið ár, í fyrirframgreiðslur. Skal þessi hundraðshluti ákveðinn með reglugerð fyrir hvert ár. Gjald dagar fyrirframgreiðslna eru samkvæmt ákvæðinu tíu á ári, 1. dag hvers mánaðar nema í janúar og í þeim mánuði sem álagningu lýkur samkvæmt ákvörðun fjármálaráðherra. Nánari ákvæði um fyrirframgreiðslur á árinu 2010 var að finna í reglugerð nr. 1087/2009 um innheimtu þinggjalda og jöfnunargjalds á árinu 2010. Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar náði fyrirframgreiðslan á því ári m.a. til tekjuskatts og iðnaðarmálagjalds. Samkvæmt 1. mgr. 114. gr. laga nr. 90/2003 skal, sé skattur ekki greiddur innan mánaðar frá gjalddaga, greiða ríkissjóði dráttarvexti af því sem gjaldfallið er. Með gjalddaga í þessu sambandi er m.a. átt við reglulega gjalddaga fyrirframgreiðslna samkvæmt 2. mgr. 112. gr. Samsvarandi ákvæði um dráttarvexti, væru fyrirframgreiðslur ekki inntar af hendi innan mánaðar frá gjalddaga á árinu 2010, var að finna í 1. mgr. 4. gr. reglugerðar nr. 1087/2009. Samkvæmt 3. mgr. 112. gr. laga nr. 90/2003 er heimilt að lækka mánaðarlegar fyrirframgreiðslur samkvæmt nánari ákvörðun í reglugerð, hafi aðrar tekjur gjaldanda en launatekjur á liðnu ári verið mun lægri en á næsta ári þar áður eða ástæður hans hafa með öðrum hætti breyst verulega. Nánari skilyrði fyrir lökkun fyrirframgreiðslna á árinu 2010 var að finna í 5.-7. gr. reglugerðar nr. 1087/2009. Þau ákvæði skipta ekki máli fyrir niðurstöðu máls þessa enda liggur fyrir að stefndi sótti ekki um lökkun eða niðurfellingu fyrirframgreiðslna á árinu 2010. Ef í ljós kemur þegar álagningu skatta lýkur eða við endurákvörðun þessara sömu skatta, sbr. 2. mgr. 114. gr. laga nr. 90/2003, að gjaldandi hefur greitt meira en endanlega álögðum sköttum nemur skal endurgreiða það sem ofgreitt var ásamt vöxtum fyrir það tímabil sem féð var í vörslu ríkissjóðs. Skulu vextir þessir vera jafnháir vöxtum sem Seðlabanki Íslands ákveður og birtir á hverjum tíma skv. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

Ljóst er með hliðsjón af þeim ákvæðum laga nr. 90/2003 og reglugerðar nr. 1087/2009 sem nú hafa verið rakin að stefnda var skylt að viðlögðum dráttarvöxtum að greiða álagðar fyrirframgreiðslur á árinu 2010 enda hafði hann ekki gripið til þeirra úrræða sem honum voru tiltæk samkvæmt ákvæðum laga nr. 90/2003 og reglugerðar nr. 1087/2009 til að fá fyrirframgreiðslurnar lækkaðar eða felldar niður á grundvelli þeirra upplýsinga sem hann taldi sig búa yfir um fjárhæð væntanlegrar álagningar á árinu 2010.

Samkvæmt 5. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 skal vottorð gefið úr af þar til bæru stjórnvaldi í viðkomandi ríki metið sem fullnægjandi sönnun fyrir því hvort bjóðandi sé í vanskilum með opinber gjöld. Skuld stefnda vegna opinberra gjalda var staðfest með yfirlýsingu Tollstjórans í Reykjavík frá 11. október og meðfylgjandi hreyfingaryfirliti sem sýndi að stefndi var þann 11. október í vanskilum með greiðslu opinberra gjalda, sbr. b-lið 3. mgr. 47. gr. en samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 90/2003 er innheimta fyrirframgreiðslna á hendi Tollstjórans í Reykjavík.

Með vísan til alls framaritaðs verður að fallast á það með stefnanda að stefndi hafi verið í vanskilum með opinber gjöld, þegar tilboð hans var opnað 5. október 2010 í

skilningi ákvæðis 0.1.3. í útboðsskilmálum stefnanda og honum af þeirri ástæðu verið heimilt að víkja boði stefnda frá þar sem það uppfyllti ekki það hæfisskilyrði útboðsins að bjóðandi væri ekki í vanskilum með opinber gjöld. Skiptir í því sambandi ekki máli þótt stefndi hafi greitt vanskilin þann 12. október eða þótt stefndi hafi getað sýnt framá að álagning tekjuskatts- og iðnaðarmálagjalds yrði við álagningu vegna rekstarársins 2009 lægri en þær fyrirframgreiðslur sem hann hafði innt af henti fyrri hluta gjaldaársins 2010. Stefndi var á opnunardegi tilboða 5. október í vanskilum við ríkissjóð vegna opinberra gjalda og er þá hefðbundin kröfuréttarleg merking orðsins vanskil lögð til grundvallar enda ekki rök til annars.

Ekki verður fallist á það með stefnda að höfnun á tilboði hans feli í sér brot á meðalhófsreglu stjórnsýslu- og eða útboðsréttar eða óskráðum meginreglum um meðalhóf. Til grundvallar þeirri ákvörðun að hafna boði stefnda lágu eins og rakið hefur verið skýr ákvæði útboðsskilmála og ótvíræð lagaheimild. Verður ekki séð að stefnandi hafi átt annan kost en hafna boði stefnda enda í samræmi við það sem áður sagði að boð skuli uppfylla hæfisskilyrði útboðs þegar þau eru opnuð og að umrætt skilyrði í f-lið 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 er annars eðlis og byggir eins og áður hefur verið rakið á öðrum sjónarmiðum en kröfum um fjárhagsstöðu og tæknilega getu samkvæmt 49. og 50. gr. laga nr. 84/2007. Þá verður ekki talið að samræmst hefði grunnreglum útboðsréttar um jafnræði bjóðenda, sbr. 1. mgr. 14. gr. laga nr. 84/2007, að gefa stefnda kost á að greiða vanskil opinberra gjalda áður en endanleg afstaða yrði tekin til boðs hans.

Úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 8. apríl 2011 í máli því sem hér er til meðferðar hefur að geyma álitserð hennar um skaðabótaskyldu með heimild í 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Ákvæðið er sama efnis og 1. mgr. 81. gr. laga nr. 94/2001. Álitserðin hefur ekki áhrif að lögum gagnvart aðilum málsins. Getur stefnandi því ekki haft lögvarða hagsmuni af því að fá álitserðinni hnekkt með dómi, sbr. dóma Hæstaréttar í málum nr. 182/2005 og nr. 459/2005, sem kveðnir voru upp í gildistíð laga nr. 94/2001. Ber því að vísa frá dómi þeim hluta kröfugerðar stefnanda sem nær til þess að ógilt verði með dómi það álit Kærunefndar útboðsmála að stefnandi sé skaðabótaskyldur gagnvart stefnda vegna kostnaðar stefnda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði nr. 12475-Vetrarþjónusta gatna í Reykjavík 2010-2013, útboð 2.

Samkvæmt 2. ml. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 getur Kærunefnd útboðsmála m.a. lagt fyrir kaupanda að auglýsa útboð á nýjan leik. Í úrskurði nefndarinnar frá 8. apríl 2011 segir: „Kærunefnd útboðsmála beinir því til kærða, Reykjavíkurborgar, að bjóða verkið út að nýju.“ Rétt þykir að skýra orðalag þessa liðar í úrskurði nefndarinnar í samræmi við heimildir hennar þannig að tilmælin feli í sér bindandi fyriræli og hafi stefnandi því lögvarða hagsmuni af að fá þessum þætti úrskurðarins hnekkt.

Við munnlegan flutning málsins bar stefndi fram þá málsástæðu að við mat á því hvort stefndi hafi skuldað opinber gjöld hafi nægt að hann væri skuldlaus áður en verksamningur var undirritaður. Hér er um nýja málsástæðu að ræða og kemst hún ekki að gegn mótmælum stefnanda.

Ekki verður komist hjá því að gera athugasemdir við skriflegan málflutning í stefnu og greinargerð stefnda, sbr. hvað stefnu varðar e-lið 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og hvað greinargerð varðar 2. mgr. 99. gr. sömu laga.

Í samræmi við niðurstöðu málsins og með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 ber að dæma stefnda til að greiða stefnanda 750.000 krónur í málskostnað, að teknu tilliti til virðisaukaskatts.

Þórður S. Gunnarsson settur héraðsdómari kvað upp dóm þennan.

Dómsorð:

Vísað er frá dómi þeirri kröfu stefnanda að ógilt verði með dómi það álit Kærunefndar útboðsmála að stefnandi sé skaðabótaskyldur gagnvart stefnda, Urði og Grjóti ehf., vegna kostnaðar stefnda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði nr. 12475 - Vetrarþjónusta gatna í Reykjavík 2010-2013, útboð 2. Úrskurður Kærunefndar útboðsmála í máli nr. 27/2010, sem upp var kveðinn 8. apríl 2010, er að öðru leyti en að framan greinir felldur úr gildi.

Stefndi greiði stefnanda 750.000 krónur í málskostnað.

Þórður S. Gunnarsson