

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 24. apríl 2019 í máli nr. E-1298/2018:

Annata ehf.

(Guðrún Bergsteinsdóttir lögmaður)

gegn

íslenska ríkinu og

(Fanney Rós Þorsteinsdóttir lögmaður)

Rarik ohf.

(Bjarni Aðalgeirsson lögmaður)

1. Mál þetta var höfðað 18. apríl 2018 og dómtekið 5. mars 2019. Stefnandi er Annata ehf., Hagasmára 3 í Kópavogi, og stefndu eru íslenska ríkið, Stjórnarráðinu við Lækjargötu í Reykjavík, og Rarik ohf., Dvergshöfða 2 í Reykjavík.

2. Dómkröfur stefnanda eru aðallega; að viðurkenndur verði réttur stefnanda til skaðabóta úr hendi stefndu sameiginlega (in solidum) fyrir missi hagnaðar stefnanda vegna ólögætrar og saknæmrar höfnunar á tilboði stefnanda þann 11. nóvember 2016 í útboði Ríkiskaupa nr. 20173 – Orkureikningakerfi fyrir RARIK. Til vara er þess krafist að viðurkenndur verði réttur stefnanda til skaðabóta úr hendi stefndu sameiginlega (in solidum) vegna kostnaðar sem stefnandi lagði út fyrir við þátttöku í forvali og útboði Ríkiskaupa nr. 20173 – Orkureikningakerfi fyrir RARIK. Þá krefst stefnandi alls 8.211.887 króna í málskostnað úr hendi stefndu. Stefndu krefjast sýknu og málskostnaðar úr hendi stefnanda samkvæmt mati dómsins.

3. Í nóvember 2015 óskuðu Ríkiskaup fyrir hönd Rarik ohf. eftir aðilum til að taka þátt í lokuðu samningskaupaferli um gerð orkureikningakerfis sem byggt skyldi á Microsoft Dynamics AX-hugbúnaðargrunni. Í skilmálum forvalsins kom fram að innkaupaferlið skyldi fara eftir þágildandi tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins frá 31. mars 2004 nr. 2004/17/EB, samanber reglugerð nr. 755/2007 um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti (veitutilskipunin). Að loknu forvali var tveimur aðilum boðið að taka þátt í svokölluðum samningskaupum. Þetta voru stefnandi og Advania ehf. Þessum aðilum voru fengin gögn þar sem lýst var hvaða kröfum bjóðendur þyrftu að fullnægja og gerð grein fyrir því ferli sem samningskaupin skyldu fara eftir. Þar

kom fram að beitt skyldi svokallaðri „fitgap“-aðferð, en þá eru þær lausnir sem bjóðandi býður fram mátaðar að þörfum kaupanda og bjóðanda gefinn kostur á að gera tillögur að því hvernig leysa skuli úr þeim atriðum sem á þykir vanta til að framboðin lausn henti kaupanda. Fitgap-aðferðin felur í sér að fulltrúar kaupanda og bjóðanda hittast á vinnufundum og fara yfir lausnir bjóðanda og hugmyndir um innleiðingu. Vinnufundir voru haldnir í tveimur aðskildum ferlum, einu fyrir hvorn bjóðanda. Fyrir aðkomu sína að þessu ferli var bjóðendum greitt sérstaklega án tillits til þess hvort tilboði þeirra væri tekið.

4. Fram kom í kröfulýsingargögnum þeim sem bjóðendum voru fengin hvaða valforsendur eða matsþættir yrðu lagðir til grundvallar við mat á tilboðum bjóðenda. Þar kom fram að verð skyldi veða 35%, gæði 45%, gangsetning eða innleiðing lausnar 15% og þjálfun og stuðningur við notendur 5%. Í samningskaupagögnum sem bjóðendur fengu afhent í júní 2016 kom fram að hagstæðasta tilboðið yrði talið það tilboð sem fengi hæsta einkunn miðað við fyrrgreinda matsþætti og hlutföll. Þar kom einnig fram að bjóðendur skyldu skila föstu verðtilboði sem opnuð yrðu hjá Ríkiskaupum 8. júlí 2016. Áður en að því kom hafði stýrihópur á vegum kaupanda gefið bjóðendum einkunn fyrir gæðamatsþætti og afhent Ríkiskaupum í trúnaði. Með þessu fyrirkomulagi skyldi leitast við að tryggja að verðtilboð bjóðenda hefðu ekki áhrif á mat á öðrum þáttum.

5. Eftir að verðtilboð bjóðenda voru komin fram var efnt til skýringarviðræðna við þá hvorn um sig um tilboðin svo að þeim gæfist kostur á að laga tilboð sín að kröfum kaupanda og að þeim viðræðum loknum var bjóðendum gefinn kostur á að uppfæra verðtilboð sín. Haldnir voru þrjár skýringarviðræðufundir með stefnanda og tveir með Advania. Frestur til að skila inn lokatilboðum var til 11. nóvember 2016 og strax og þau voru fram komin og færð inn í einkunnaskjöl kaupanda lá niðurstaðan fyrir. Ákveðið var að taka tilboði Advania sem talið var hagkvæmara og var bjóðendum tilkynnt um þá ákvörðun. Stefnandi sem gert hafði lægra verðtilboð krafðist rökstuðnings fyrir höfnun tilboðs síns 15. nóvember 2016 og krafðist um leið aðgangs að matsgögnum. Ríkiskaup sendu stuttan rökstuðning 21. nóvember 2016 en höfnuðu kröfum um afhendingu gagna með vísan til þess að þar færu viðkvæmar upplýsingar sem skaðað gætu hagsmuni hins tilboðsgjafans. Stefnandi kærði niðurstöðuna til kærunefndar útboðsmála. Nefndin komst að þeirri niðurstöðu 4. júlí 2017 að stofnast hefði skaðabótaskylda gagnvart stefnanda með því að val stefndu á tilboði Advania hefði ekki verið rökstutt með fullnægjandi hætti en hafnaði kröfu stefnanda um að fella úr gildi ákvörðun um

val á tilboði. Ekki tókust í framhaldi af þessu samningar um skaðabætur til handa stefnanda og sá hann sig því knúinn til að stofna til málareksturs á hendur stefndu.

Málsástæður stefnanda

6. Stefnandi telur að tilboði hans hafi með ólögmetum hætti verið hafnað í útboði stefndu. Hann telur sýnt að tilboð hans hafi uppfyllt allar þær efniskröfur sem gerðar hafi verið til tilboða bjóðenda. Hann hafi átt lægsta tilboðið og því átt rétt á að vera valinn. Stefnandi telur að stefndu hafi ekki sýnt fram á að mat þeirra á öðrum matsþáttum, gæðum, innleiðingu lausnar og þjálfun notenda hafi verið unnið á forsvaranlegan hátt. Ýmis atriði sem varða það mat séu óljós og þetta hljóti að leiða til þess að það komi í hlut stefndu að sýna fram á að matið hafi verið forsvaranlegt. Þá hafi rökstuðningur fyrir niðurstöðu stefndu komið seint og illa fram og verið ófullnægjandi. Þetta hafi enda leitt til þess að kærunefnd útboðsmála hafi talið að stofnast hefði til skaðabótaskyldu stefndu gagnvart stefnanda. Loks þegar borist hafi nánari rökstuðningur 15 mánuðum eftir opnun tilboða hafi sá rökstuðningur aðeins tekið til gæða en í engu hafi verið vikið að innleiðingu lausnar og þjálfun notenda. Þá bendir stefnandi á að atriði sem varða efni málsins séu beinlínis ranglega sett fram í rökstuðningi, sem ekki sé til þess fallið að skapa traust á niðurstöðunni.

7. Stefnandi vísar til þess að mat stefndu á öðrum þáttum en verði sé afar matskennt og háð huglægum þáttum sem engin leið sé að ganga úr skugga um hvernig eru metnir. Þá sé algerlega óskiljanlegt á hvaða kvarða einkunnir eru gefnar eða með hvaða aðferðum ákveðið er hver sé munur á einkunnum varðandi tilgreinda þætti. Þetta telur stefnandi vera í ósamræmi við þær reglur sem giltu um útboðið, samanber þágildandi reglugerð nr. 755/2007 um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti þar sem skýrlega hafi komið fram að við val á milli tilboða sem byggt væri á öðru en verði skyldi tryggt að valið væri á grundvelli hlutlægra mælikvarða. Huglægt mat eins og það sem stefndu segist hafa byggt á sé ekki heimilt og þar að auki hafi stefndu enga grein getað gert fyrir því á hverju slíkt mat þeirra hafi byggst. Algjörlega skorti því á að sýnt hafi verið fram á að mat stefndu hafi verið framkvæmt á gagnsæjan og heiðarlegan hátt. Stefnandi telur að framkvæmd útboðs stefndu hafi brotið gegn lögnum um opinber innkaup og að augljóst sé að með brotum sínum hafi stefndu valdið honum tjóni. Hann hafi orðið af þeim hagnaði sem hann hefði haft af samningi sem stefndu hafi borið að gera við hann.

Málsástæður stefndu

8. Stefndi Rarik ohf. áréttar að með vali sínu á bjóðanda hafi stefndi Rarik ohf. kosið að gera samning við þann bjóðanda sem gerði hagkvæmara tilboðið að öllu samanlögðu. Við þá ákvörðun hafi, eins og lög geri ráð fyrir, verið tekið tillit til fjölmargra þátta sem áhrif höfðu á mat á hagkvæmni tilboða. Verðið hafi einungis verið einn af fleiri þáttum sem áhrif höfðu á heildarmatið. Það að svona yrði staðið að mati á hagkvæmni tilboða bjóðenda hafi verið ljóst frá öndverðu og við þá fyrirætlan hafi engar athugasemdir verið gerðar af hálfu bjóðenda. Þá hafi öllum þeim aðilum sem að málum komu, bæði bjóðendum og stefndu, verið ljóst, fyrirfram, hvaða ferli það var sem var verið að framkvæma og að til að komast að niðurstöðu um hvort tilboðanna væri hagkvæmara þyrfti að fara fram flókið og ítarlegt mat. Þetta mat, sem í mörgum atriðum er afar huglægt, er afar erfitt að staðla eða gera grein fyrir matskvörðum sem lagðir eru til grundvallar. Þannig hafi 18 manna stýrihópur á vegum stefnda Rarik komið að tilboðsferlinu og mati á einstökum sérfræðilegum þáttum tilboða bjóðenda. Stefndi vísar til þess að fjölmörg atriði hafi verið færð fram í málartilbúnaði hans til að skýra mat hans á tilboðum bjóðenda og vísar til þess að það sé stefnanda að sýna fram á að mat stefnda sé rangt ef hann hyggist sækja bætur úr hendi hans. Þannig hafi matsgrundvöllur verið ítarlega skýrður fyrir fram með sérstöku skjali og einnig hafi komið fram rökstuðningur í einkunnaskjali tíu dögum eftir að ákveðið var að ganga til samninga við Advania. Þá hafi síðar verið settur fram ítarlegri rökstuðningur vegna athugasemda kærunefndar útboðsmála í tilefni af máli stefnanda. Ekkert hafi komið fram í málinu sem raski mati stefnda. Í því efni dugi ekki stefnanda að tilgreina að hann hafi sýnt fram á að hann hafi getað boðið fram lausn sem fullnægði þeim einstöku kröfum sem gerðar voru. Eftir sat að meta í einstökum atriðum og heildstætt hvort tilboðanna væri hagkvæmara þó að þau kynnu bæði að fela í sér nothæfar lausnir.

9. Stefndi vísar til þess að stefnandi beri sönnunarbyrði fyrir því að tilboð hans hafi verið hagstæðara en tilboð hins þátttakandans í samningskaupferlinu. Stefndi fullyrðir að af dómaframkvæmd Hæstaréttar á sviði útboðsmála verði ráðið að því aðeins hafi verið fallist á bótarétt bjóðanda að sýnt hafi verið fram á brot á innkaupareglum og að slíkt brot hafi leitt til þess að sá sem misgert var við hafi orðið af verki. Stefndi vísar til þess að stefnandi hafi ekki sýnt fram á tjón eða sýnt neina viðleitni til að gera það. Telur hann þetta ekki standast áskilnað 2. mgr. 25. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 eins og hún hafi verið skilin í dómaframkvæmd. Varakröfu stefnanda um viðurkenningu á rétti til vangildisbóta telur stefndi ekki standast heldur. Vísar hann um forsendur hennar einnig til 2. mgr. 25. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Þá sé til stuðnings varakröfu

stefnanda ekki byggt á öðru en tilvísan til niðurstöðu kærunefndar útboðsmála. Ljóst sé að samkvæmt ákvæðum laga um opinber innkaup og dómaframkvæmd verði sá sem krefst vangildisbóta að sýna fram á að hafa átt raunhæfa möguleika á að verða fyrir valinu í útboði og að þessir raunhæfu möguleikar hafi skerst við brot á reglum um framkvæmd útboðs. Í þessu máli sé ekki sýnt fram á neitt brot. Ófullnægjandi rökstuðningur niðurstöðu, jafnvel þó slíku væri fyrir að fara, geti ekki verið brot í þessum skilningi. Af hálfu stefnanda hafi ekkert verið gert til að sýna fram á að ferlið hafi leitt til rangrar niðurstöðu. Síðari rökstuðningur stefnda sé ítarlega sundurliðaður og stefnandi hafi ekkert gert til að hnekkja þeim rökstuðningi.

10. Stefndi, íslenska ríkið, tekur undir málatilbúnað meðstefnda og ber við aðildarskorti, sbr. 2. mgr. 86. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup þar sem fram kemur að áður en innkaupaferli hefst á vegum Ríkiskaupa sé stofnuninni heimilt að krefjast þess að fyrir liggi samningur þar sem m.a. sé kveðið á um ákvörðunartöku og skaðabótaábyrgð vegna innkaupaferlis. Aðalatriðið sé þó að mati stefnda að ekki hafi verið sýnt fram á að neitt brot hafi átt sér stað í málinu. Stefnandi hafi ekki átt hagkvæmara tilboðið gagnstætt því sem hann haldi sjálfur fram. Hafa verði í huga að um sérstakt og óvenjulegt útboðsferli hafi verið að ræða og að uppsetning valforsendna hafi einmitt verið í samræmi við það sem gert hafi verið ráð fyrir í 2. mgr. 55. gr. veitutilskipunarinnar þágildandi. Hinn bjóðandinn, Advania, hafi getað boðið heildstæðari lausn sem metin var betri. Þá hafi ítarlegur rökstuðningur verið settur fram eftir á vegna athugasemda kæru nefndar útboðsmála og þeim rökstuðningi hafi ekki verið hnekkkt. Þetta telur stefndi þó að sér hafi ekki borið skylda til að gera og vísar í því sambandi til 49. gr. veitutilskipunarinnar. Þar var að mati stefnda að finna sérstaka heimild til að draga úr ítarlegum rökstuðningi með vísan til viðskiptahagsmuna þess sem samningur var gerður við. Kröfunni um rökstuðning var því að mati stefnda fullnægt eftir 49. gr. veitutilskipunarinnar þó hinn ítarlegri rökstuðningur hefði ekki komið fram. Stefndi áréttar að stjórnslulög eigi ekki við og hafnar málatilbúnaði stefnanda um þetta. Stefndi vísar til þess að í 103. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup hafi beinlínis verið tiltekið að stjórnslulög giltu ekki um ákvarðanir teknar á grundvelli laganna. Enn síður telur stefndi að þetta geti átt við þegar um samningskaupaferli fer eftir veitutilskipuninni.

Niðurstaða

11. Óumdeilt er með aðilum að þágildandi lög nr. 84/2007 um opinber innkaup eigi við um það útboðsferli sem um er deilt í þessu máli. Þá er einnig

óumdeilt að um innkaupaferlið skyldi fara eftir þágildandi tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins frá 31. mars 2004 nr. 2004/17/EB, samanber reglugerð nr. 755/2007 um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti. Ágreiningur aðila um það hvort stefnandi hafi í raun gert fast verðtilboð eða hvort réttur skilningur á útboðsgögnum stefndu hafi verið sá að gera bæri slíkt tilboð skiptir að mati dómsins í raun ekki máli eins og málið liggur fyrir og úr því verður leyst. Tilboð stefnanda var af hálfu stefnda metið sem tilboð um fast verð og sem slíkt talið vera það tilboð sem bauð lægra verð.

12. Ekki verður fallist á með stefnda, íslenska ríkinu, að því beri sýkna sökum aðildarskorts vegna ákvæða 2. mgr. 86. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup með því að þar sé heimilað að áður en innkaupaferli hefjist á vegum Ríkiskaupa sé stofnuninni heimilt að krefjast þess að fyrir liggja samningur þar sem m.a. sé kveðið á um ákvörðunartöku og skaðabótaábyrgð vegna innkaupaferlis. Liggur enda ekkert fyrir um það í málinu að slíkur samningur hafi verið gerður.

13. Þó fallast verði á það með stefndu að samkvæmt 103. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup hafi stjórnarsýslulög ekki gilt um ákvarðanir sem teknar hafi verið á grundvelli laganna verður eigi að síður talið að stefndu hafi í öllu verulegu verið bundnir af sams konar reglum við ákvarðanatöku varðandi útboð sitt og gilt hefðu ef stjórnarsýslulögin hefðu átt við. Þannig verður að telja að öll sjónarmið varðandi réttmæti, jafnræði og óhæði eigi við um stefndu eins og um stjórnvöld endranær. Þetta leiðir af því að við framkvæmd útboðs stefndu fóru stefndu með opinbera hagsmuni sem þeim hafði verið trúað fyrir í þágu almennings en ekki sína eigin hagsmuni. Sá sem þannig fer með fyrirvar opinberra hagsmuna er því í öllu verulegu bundinn af sömu sjónarmiðum um takmarkanir á heimild til að beita valdinu sem honum er trúað fyrir hvort sem stjórnarsýslulög eiga við um hann samkvæmt orðanna hljóðan eða ekki.

14. Þá verður að taka undir það með stefnanda að mat það sem stýrihópur stefnda Rarik ohf. framkvæmdi á tilboðum stefnanda og bjóðandans Advania og tók til allra annarra matsþátta en verðs var óheppilega frjálst. Þannig hefði verið traustari grundvöllur slíks matsferlis ef nánari greining og flokkun matsþátta og undirmatsþátta og kvörðun á einkunnagjöf hefði verið unnin fyrir fram og legið ljós fyrir áður en matið var unnið. Það leiðir af eðli verkefnisins sem fyrir stefndu lá við mat tilboða bjóðenda að torvelt er að tíunda í smáatriðum hvaða þættir það eru sem ráða úrslitum við matið. Verður í því efni að fallast á nokkurt svigrúm þeirra sem meta. Sérhver vísbinding um ómálefnalega ætlun eða tilgang mats

manna yrði við þessar aðstæður að veða þungt og gæti leitt til þess að sönnunarbyrði fyrir því að matið hefði verið unnið með réttmætum hætti færðist yfir á stefndu.

15. Það sem úrslitum ræður við mat á því hvort stefnandi á rétt á að fá dóm um viðurkenningu á bótaskyldu eins og hann hefur krafist, hvort sem er í aðalkröfu eða varakröfu, er þó það að stefnanda hefur ekki tekist að sýna fram á að nein atriði sem varða mat stefndu á tilboði stefnanda í samanburði við tilboð þess sem fyrir valinu varð hafi verið röng, óhæfileg eða villandi. Í því sambandi dugir ekki að vísa til þess að rökstuðningur stefndu hafi í öndverðu verið rýrari en heppilegt hefði verið. Rýr rökstuðningur sannar ekki að nein réttarbrot hafi verið framin á stefnanda í útboðsferli stefndu. Ítarlegri rökstuðningur kom fram síðar og stefnandi hefur ekki hnekkst þeim rökstuðningi á nokkurn hátt. Með vísan til þessa verða stefndu sýknaðir af kröfum stefnanda en rétt þykir, í ljósi þess hversu latrækir stefndu reyndust til að láta í té fullnægjandi rökstuðning, að málskostnaður falli niður. Af hálfu stefnanda flutti málið Guðrún Bergsteinsdóttir lögmaður, af hálfu stefnda, Rarik ohf., flutti málið Bjarni Aðalgeirsson lögmaður og af hálfu stefnda, íslenska ríkisins, flutti málið Fanney Rós Þorsteinsdóttir lögmaður. Málið dæmdi Ástráður Haraldsson héraðsdómari.

D ó m s o r ð

Stefndu eru sýknir af kröfum stefnanda. Málskostnaður fellur niður.

Ástráður Haraldsson