

Héraðsdómur Suðurlands

Dómur 17. desember 2021

Mál nr. E-369/2020:

Smíðandi ON ehf.

(Guðmundur Birgir Ólafsson lögmaður)

gegn

Vatnsveitu Rangárþings ytra/Ásahrepps

(Guðjón Ármannsson lögmaður)

Dómur

Mál þetta, sem tekið var til dóms þann 13. desember sl., er höfðað með stefnu birtri þann 3. júní 2020.

Stefnandi er Smíðandi ON ehf., [...], Austurvegi 54, Selfossi.

Stefndi er Vatnsveita Rangárþings ytra og Ásahrepps, [...], Suðurlandsvegi 1-3, Hellu.

Stefnandi krefst viðurkenningar á rétti hans til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar sem hlaut af því að tilboði hans í útboði stefnda um stækkun Lækjarbotnsveitu dags. 24. apríl 2019 var hafnað. Þá krefst hann málskostnaðar að mati dómsins að viðbættum virðisaukaskatti.

Stefndi krafðist þess upphaflega að kröfum stefnanda yrði vísað frá dómi en til vara krafðist hann sýknu af öllum kröfum stefnanda. Með úrskurði dómsins uppkveðnum þann 10. desember 2020 var frávísunarkröfu stefnda hafnað. Stefndi krefst málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnanda samkvæmt málskostnaðaryfirliti.

Málavextir

Stefndi mun vera byggðasamlag í eigu sveitarfélaganna Rangárþings ytra og Ásahrepps. Stefndi mun hafa annast rekstur Lækjarbotnavatnsveitu og með auglýsingu um útboð þann 24. apríl 2019 mun hafa verið óskað eftir tilboðum í stækkun vatnsveitunnar. Verkfræðistofunni Hnit hf. mun hafa verið falið að annast útboðið og við opnun tilboða þann 7. maí sama ár hafi komið í ljós að fjórir aðilar hafi skilað inn tilboði í verkið. Hafi Gröfutækni ehf. átt lægsta tilboðið, 127.279.960 krónur, en stefnandi mun hafa átt næstlægsta tilboðið, 163.654.440 krónur. Þriðja lægsta tilboðið hafi verið frá

Þjótanda ehf., 177.985.525 krónur, en hæsta tilboðið hafi komið frá Heflun ehf., 184.058.470 krónur. Stefndi heldur því fram að stefnandi hafi látið undir höfuð leggjast að skila tilteknum gögnum samhliða tilboði. Hafi stefnandi verið beðinn þann 10 maí sama ár að skila viðeigandi gögnum og hafi hann fjórum dögum síðar skilað inn fylgigögnum. Hafi þeirri framlagningu verið verulega ábótavant þar sem töluvert af gögnum hafi skort. Þann 27. maí sama ár mun stefnanda hafa verið tilkynnt að lægstbjóðandi hefði fallið frá tilboði sínu og hafi stefnanda verið tilkynnt að enn hafi skort gögn frá honum og hafi þess verið beiðst að þeim yrði skilað ekki síðar en um hádegi daginn eftir. Þrátt fyrir það hafi umrædd gögn ekki borist fyrr en 3. júní sama ár. Stefnanda mun hafa verið verið tilkynnt þann 7. júní sama ár að gengið yrði til samninga við hann sökum þess að lægstbjóðandi hefði dregið tilboð sitt til baka og hafi verið óskað eftir nánari gögnum í samræmi við útboðslýsingu. Hafi stefnandi þann 14. júní sama ár beðið um viðbótarfrest og hafi verið fallist á aukinn frest til 18. júní sama ár. Á þeim degi hafi stefnandi skilað inn ársreikningi frá 2017 ásamt yfirlýsingu um skuldleysi við Birtu lífeyrissjóð. Samkvæmt upplýsingum frá lífeyrissjóðnum hefði stefnandi ekki verið í vanskilum en aðeins greitt í lífeyrissjóð fyrir einn starfsmann.

Stefndi mun í kjölfarið hafa hafnað því að ganga til samninga við stefnanda þar sem hann hafi ekki uppfyllt kröfur til veltu samkvæmt útboðsgögnum. Þá hefði hann ekki lagt fram gögn innan þeirra fresta sem honum hefðu verið veittir. Eftir að framlengdur samningsfrestur hefði runnið út hefði stefnandi sent tölvupóst til stefnda þar sem fram hafi komið að veltan árið 2018 hefði verið yfir 700 milljónir, en ekki hafi verið lögð fram gögn því til stuðnings. Hafi stefnandi síðar sama dag sent frekari upplýsingar um veltu sína en aftur hafi skort á að gögn væru lögð fram.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi byggir á því að í útboðinu hafi verið gerð krafa um að velta síðastliðinna þriggja ára væri ekki undir 70% af tilboðsfjárhæð, en það hafi þýtt að velta síðastliðinna þriggja ára hafi ekki mátt vera lægri en 95 milljónir króna. Velta stefnanda hafi hins vegar verið yfir einum milljarði króna á tímabilinu. Hafi stefnda mátt vera þetta vel ljóst þar sem í kynningu á stefnanda við útboðið, sem sent hafi verið 13. maí 2019, hafi komið fram að velta vegna ársins 2018 hafi verið 735 milljónir króna.

Stefnandi kveður að við val á tilboði skuli gæta ákvæða laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Segi í 66. gr. laganna að ákvörðun um gerð samnings skuli tekin á

forsendum 79.-81. gr. laganna að því gættu að skilyrði greinarinnar væru uppfyllt að öðru leyti. Sé óumdeilt að stefnandi hafi uppfyllt skilyrði 66. gr., enda hefði honum verið tilkynnt að gengið yrði til samninga við hann. Þá sé óumdeilt að stefnanda hafi verið tilkynnt með tölvupósti þann 7. júní 2019 að hann væri lögstjóðandi í kjölfar þess að fyrri lögstjóðandi hefði fallið frá tilboði sínu. Samkvæmt 79. gr. laganna og meginreglum þeirra beri kaupanda að velja fjárhagslega hagkvæmasta tilboðið sem gert er í verk. Ekki sé deilt um að stefnandi hafi uppfyllt það skilyrði.

Stefnandi byggir á því að við framkvæmd og meðferð málsins hafi ekki verið gætt að meginreglum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Hafi stefnanda ekki verið gefinn kostur á að leggja fram frekari gögn til að sýna fram á staðhæfingar hans um veltu og hafi honum verið hafnað án frekari rannsóknar. Þá hafi andmælum hans ekki verið svarað. Hafi stefndi með þessu brotið gegn 10. og 12. gr. stjórnarsýslulaga, enda hafi stefnda borið að gefa stefnanda kost á að sýna fram á fjárhagslega getu sína með framvísun gagna áður en honum var hafnað. Hafi skortur á rannsóknarskyldu og andmælarétti skv. 13. gr. laganna valdið stefnanda tjóni þar sem honum hafi ekki gefist kostur á að vinna umrætt verk.

Samkvæmt 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup sé kaupandi skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hafi í för með sér fyrir fyrirtæki. Taki tjón stefnanda mið af samþykktu tilboði hans að fjárhæð 163.654.440 krónur og tilboðum undirverktaka, 119.459.941 krónu, sem myndi áætlaðan hagnað af framkvæmd verksins, sbr. greiningu VGS verkfræðistofu. Hafi hreint tap stefnanda því verið 44.194.499 krónur að viðbættum kostnaði við gerð útboðs, sem hann áætla að sé 2 milljónir króna auk 14 milljón króna framlegðar sem ætla megi að komið hafi út úr jarðvinnu, sem sé 15-20% af 70 milljónum króna. Ekki hafi verið farið fram á dómkvaðningu matsmanna en varlega áætlað sé tap stefnanda á framlegð um 60 milljónir króna.

Stefnandi byggir bótakröfu sína á því að skv. 2. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup og almennra reglna skaðabótaréttarins beri stefndi einnig skaðabótaábyrgð á tjóni sem stefnandi hafi orðið vegna missis hagnaðar, enda hafi stefnandi átt hagstæðasta tilboðið og því hafi stefnda borið að ganga til samninga við hann um verkið. Stefnandi reisir kröfu sína um viðurkenningu á bótaskyldu stefnda á 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, en verði fallist á kröfu stefnanda í málinu megi vænta þess að leitast verði við að ná samkomulagi um greiðslu bóta og eftir atvikum verði óskað eftir mati dómkvaddra

matsmanna á tjóni stefnanda. Stefnandi kveðst krefjast viðurkenningar á bótaskyldu vegna missis hagnaðar af framangreindum sökum.

Stefnandi reisir kröfu um málskostnað á 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, sbr. 4. mgr. 129. gr. laganna.

Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi byggir á því í fyrsta lagi að stefnandi hafi vanrækt verulega skyldu sína um framlagningu gagna samkvæmt útboðslýsingu í aðdraganda ákvörðunar sinnar. Hafi stefnandi dregið að skila inn nauðsynlegum gögnum og fengið mörg tækifæri til að bæta úr þeim annmörkum. Samhliða tilboði hafi sú skylda verið lögð á bjóðendur að leggja fram tiltekin fylgigögn samkvæmt ákvæði 0.1.3 og 0.4.2 í útboðslýsingu, en það hafi stefnandi ekki gert. Meðal gagna sem hafi skort hafi verið nöfn og starfsreynsla stjórnenda, skrá yfir sambærileg verk, skrá yfir helstu tæki og búnað, lýsing á gæðastjórnunarkerfi bjóðanda og staðfesting undirverktaka á þátttöku í verkinu. Áskilinn hafi verið réttur til að ganga ekki til samninga við bjóðanda sem ekki legði fram framangreindar upplýsingar, enda mikilvægt að fá þær í hendur. Stefnandi hafi ekki veitt umrædd gögn fyrr en 3. júní, þ.e. tæpum mánuði eftir að hann hafi lagt inn tilboð sitt. Hafi stefnanda því verið veittur ríflegur frestur til framlagningar umræddra gagna, umfram skyldu. Þann 10. maí 2019 hafi stefnandi verið inntur eftir frekari gögnum og hafi stefnandi lagt fram gögn þann 14. maí sama ár. Þeirri framlagningu hafi verið verulega ábótavant, m.a. hafi skort staðfestingu á skilum á opinberum gjöldum, staðfestingu á skilum á lífeyrissjóðsgjöldum starfsmanna og staðfestingu á þátttöku undirverktaka, líkt og áður. Þegar stefnandi hafi verið inntur eftir þessu hafi hann virst koma af fjöllum og af svari hans megi ráða að mikil óreiða hafi verið á framlagningu gagna hjá honum og hafi hann ekki virt þá tímafresti sem honum hafi verið gefnir til að skila inn gögnum. Þrátt fyrir það hafi stefnanda enn og aftur verið gefinn kostur á að skila inn gögnum þegar honum hafi verið tilkynnt að lægstbjóðandi hefði dregið tilboð sitt til baka þann 27. maí og hafi hann loks skilað umræddum gögnum þann 3. júní, en þó ekki öllum. Þá hafi stefnandi sent inn staðfestingu lífeyrissjóðs og ársreikning sinn frá árinu 2017 þann 18. júní eftir að hafa fengið viðbótarfrest. Sé ljóst að stefnandi hafi fengið sífendurtekna fresti til að leggja fram þau gögn sem óskað hafi verið eftir, umfram skyldu. Því hafi ekki verið sinnt eða ófullnægjandi gögnum skilað of seint. Við þær aðstæður hafi stefnda verið heimilt að slíta viðræðum við stefnanda og leita til næstbjóðanda.

Stefndi byggir á því í öðru lagi að höfnun á að ganga til samninga við stefnanda hafi verið fyllilega í samræmi við gildandi reglur og útboðslýsingu. Hafi gögn þau sem stefnandi hafi lagt fram verið bersýnilega ófullnægjandi og því hafi honum réttilega verið hafnað sem bjóðanda. Stefnandi haldi því fram að þar sem lægstbjóðandi hafi dregið tilboð sitt til baka hafi stefnandi átt fjárhagslega hagkvæmasta tilboðið sem stefnda hafi borið að taka. Stefndi bendir á að ákvæði 0.4.6. í útboðslýsingu mæli fyrir um að við val á verktaka verði tekið mið af tilboðsupphæð með þeim fyrirvörum sem um sé getið í gr. 0.1.3., en þar komi fram að áskilinn sé réttur til að ganga ekki til samninga við bjóðanda ef samanlögð velta bjóðanda síðustu þriggja ára sé minni en 70% af tilboðsfjárhæð í verkið. Stefndi telur óumdeilt að velta stefnanda samkvæmt innsendum gögnum hafi verið lægri en 70% af tilboðsfjárhæð í verkið. Þá komi fram í ákvæðinu að fjárhagsleg geta bjóðenda verði metin á grundvelli staðfesta ársreikninga sem leggja skuli fram innan sjö daga frá því þeirra sé óskað. Það hafi stefnandi eingöngu gert fyrir árið 2017 en látið undir höfuð leggjast að leggja fram gögn vegna 2018 og fyrri hluta 2019. Í stað þess hafi stefnandi gert tilraun til að fá ákvörðun stefnda breytt með því að leggja fram tölur í tölvupósti sem ekki hafi verið studdar gögnum. Þrátt fyrir þessa tölvupósta sem borist hafi eftir að honum hefði verið hafnað, áréttar stefndi að þótt tekið hefði verið tillit til þeirra hefði ekki verið hægt að ganga til samninga við stefnanda þar sem gagnaframlagningu hefði enn verið ábótavant. Þá hafi forsvarsmaður stefnanda sagt í tölvupósti að þessi eini ársreikningur sem sendur hefði verið segi ekkert um það hver veltan hefði verið síðustu þrjú ár. Þar með viðurkenni stefnandi vanrækslu sína á gagnaframlagningu. Þá geti stefndi ekki sem kaupandi lagt til grundvallar upplýsingar úr kynningu sem stefnandi hafi sjálfur búið til þar sem fram hafi komið að velta ársins 2018 hafi verið 735 milljónir króna. Fylgja verði ákveðnum formreglum við framkvæmd útboða og beri stefnanda að sýna fram á fullyrðingar sínar með gögnum.

Í þriðja lagi byggir stefndi á því að þrátt fyrir að stefnanda hafi verið tilkynnt að gengið yrði til samninga við hann í samræmi við 66. gr. laga nr. 120/2016 geti það ekki leitt til þess að stefnandi fái verkið skilyrðislaust. Verksamningur hafi ekki verið undirritaður og enn hafi verið til staðar skilyrði sem hafi átt eftir að uppfylla áður en samningur hefði raunverulega komist á milli aðila, sbr. 7. mgr. 73. gr. laganna. Séu skilyrði ekki uppfyllt, svo sem að sýnt sé fram á veltutölu með áreiðanlegum gögnum, geti samningur ekki talist vera kominn á milli aðila. Hafi stefnda því verið rétt og skylt að hafna stefnanda sem samningsaðila.

Í fjórða lagi mótmælir stefndi því að reglum stjórnsluréttar hafi ekki verið fylgt við meðferð málsins. Rannsóknarskyldu hafi verið sinnt og ítrekað óskað eftir gögnum frá stefnanda, m.a. ársreikningum, en stefnandi hafi látið undir höfuð leggjast að skila slíkum gögnum. Hann hafi fengið ótal viðbótarfresti til að skila inn gögnum og sýni það fram á að meðalhófs hafi verið gætt. Hægt hefði verið að útiloka stefnanda á fyrri stigum, en með vísan til meðalhófssjónarmiða hafi verið ákveðið að gera það ekki. Þá hafnar stefndi því að hafa ekki virt andmælarétt stefnanda, honum hafi verið veitt víðtækt svigrúm til andmæla sem hann hafi nýtt sér. Þá hafi borið að taka tillit til annarra bjóðenda og því ekki unnt að gefa stefnanda óendanleg tækifæri til að bæta úr annmörkum. Verði að telja það í samræmi við jafnræði bjóðenda að stefnanda hafi verið synjað á grundvelli ófullnægjandi gagna eftir ítrekuð tækifæri til lagfæringa við meðferð málsins og að leitað hafi verið samninga við Þjótanda ehf.

Stefndi mótmælir útreikningi stefnanda og byggir á því að hann hafi ekki leitt nægar líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni. Kröfugerð stefnanda virðist einskorðast við bætur vegna missis hagnaðar sem hlotist hafi af því að stefndi hafnaði því að ganga til samninga við hann. Af þeirri ástæðu geti hvorki áætlaður kostnaður við gerð útboðs né framlegð vegna jarðvinnu komið til greina sem skaðabótaskyldir liðir.

Þá byggir stefndi á því að stefnandi hafi sýnt af sér svo mikið tómlæti í máli þessu að krafa hans sé niður fallin. Ákvörðun um að synja því að ganga til samninga við stefnanda hafi verið tekin þann 18. júní 2019 en málið sé höfðað þann 3. júní 2020, tæpum tólf mánuðum síðar. Krafa stefnanda sé því niður fallin sökum tómlætis.

Krafa stefnda um málskostnað er reist á 1. mgr. 130. gr., sbr. 4. mgr. 129. gr. laga nr. 91/1991.

Niðurstaða

Við munnlegan flutning málsins hreyfði lögmaður stefnda þeirri málsástæðu að til greina kæmi að vísa málinu frá dómi ex officio. Eins og að framan er rakið var frávísunarkröfu stefnda hafnað með úrskurði uppkveðnum þann 10. desember 2020 og að mati dómsins hefur ekkert komið fram í máli þessu sem haggjað gæti þeirri niðurstöðu.

Í máli þessu krefst stefnandi viðurkenningar á rétti hans til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar sem hann telur hafa hlotist af því að tilboði hans í útboði stefnda um stækkun Lækjarbotnsveitu var hafnað. Óumdeilt er að stefnanda var tilkynnt þann 7. júní 2019 að gengið yrði til samninga við hann eftir að lögstjóðandi féll frá

tilboði sínu. Í tölvupósti þann dag til fyrirvarsmanns stefnanda segir að skila þurfi inn síðasta gerða ársreikningi og staðfestingu frá lífeyrissjóðum um engin vanskil. Í tölvupósti til fyrirvarsmanns stefnanda þann 15. júní sama ár segir að myndu umbeðin gögn ekki skila sér til stefnda fyrir hádegi þriðjudaginn 18. júní sama ár yrði litið þannig á að stefnandi væri í raun að segja sig frá verkinu og tilboði sínu. Samkvæmt tölvupósti stefnda til stefnanda dagsettu þann 18. júní sama ár kemur fram að ársreikningur og staðfesting lífeyrissjóðs hafi verið móttækin. Þá segir að á grundvelli þessara gagna verði að hafna stefnanda sem sammingsaðila, en samkvæmt þeim ársreikningi sem skilað hafi verið nái velta félagsins ekki upp í áskilda kröfu skv. lið 0.1.3. í útboðsskilmálum. Í tölvupósti fyrirvarsmanns stefnanda til stefnda frá 18. júní sama ár segir að væntanlega sé tilboðinu hafnað með vísan til greinar 0.1.3. í útboðsgögnum, þ.e. að samanlögð velta bjóðanda síðustu þriggja ára sé minni en 70% af tilboðsfjárhæð í verkið. Fram kemur í tölvupóstinum að sá ársreikningur sem sendur hafi verið segi ekkert um það hver veltan hefði verið síðustu þrjú ár. Hafi veltan frá árinu 2017 til fyrri hluta ársins 2019 verið samtals 1.128.922.957 krónur. Stefnandi bauðst til þess að leggja þessar upplýsingar fram, staðfestar af endurskoðanda væri þess óskað.

Samkvæmt framansögðu skilaði forsvarsmaður stefnanda umbeðnum gögnum á þeim degi sem þeirra var krafist. Þegar gerðar voru athugasemdir við veltu stefnanda síðustu þrjú ár svaraði fyrirvarsmáður stefnda því samdægurs og gerði grein fyrir því hver veltan hefði verið og samkvæmt þeim upplýsingum var hún verulega yfir þeim kröfum sem gerðar voru í útboðsskilmálum. Þá verður ekki fram hjá því litið að í kynningu á stefnanda við útboðið, sem sent hafði verið 13. maí 2019, kom fram að velta vegna ársins 2018 hefði verið 735 milljónir króna. Verður að telja að stefnda hafi borið að fengnum þessum upplýsingum að gefa stefnanda kost á að leggja fram frekari gögn um veltu fyrirtækisins áður en honum var hafnað sem sammingsaðila. Stefnda bar við meðferð málsins að gæta að reglum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. einnig 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá skal kaupandi samkvæmt 1. mgr. 79. gr. þeirra laga velja fjárhagslega hagkvæmasta tilboðið á grundvelli lágsta verðs. Stefnanda var ekki gefinn kostur á að leggja fram frekari gögn til að sýna fram á staðhæfingar hans um veltu og var honum hafnað án frekari rannsóknar. Fallast verður á það með stefnanda að stefndi hafi með þessu brotið gegn 10. og 12. gr. stjórnarsýslulaga. Þá var andmælum stefnanda ekki svarað og verður að telja að stefndi hafi með þeirri háttsemi sinni brotið gegn andmælarétti stefnanda, sbr. 13. gr. laganna.

Að mati dómsins hefur stefnandi sýnt nægilega fram á að hann hafi orðið af missi hagnaðar þegar stefndi hafnaði honum sem samningsaðila. Samkvæmt 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 er kaupandi skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þarf einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Þá segir að bótafjárhæð skuli miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði. Þá segir í 2. mgr. sömu lagagreinar að um skaðabætur vegna brota á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim fari að öðru leyti eftir almennum reglum.

Þegar allt framanritað er virt verður að fallast á dómkröfu stefnanda eins og nánar greinir í dómsorði. Ekki verður fallist á að krafa stefnanda sé niður fallin sökum tómlætis.

Með hliðsjón af þessum úrslitum verður stefndi dæmdur til að greiða stefnanda 1.500.000 krónur í málskostnað að meðtöldum virðisaukaskatti.

Hjörtur O. Aðalsteinsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

Dómsorð:

Viðurkenndur er réttur stefnanda, Smíðanda ON ehf., til skaðabóta úr hendi stefnda, Vatnsveitu Rangárbings ytra og Ásahrepps, vegna missis hagnaðar sem hlaut af því að tilboði hans í útboði stefnda um stækkun Lækjarbotnsveitu dags. 24. apríl 2019 var hafnað.

Stefndi greiði stefnanda 1.500.000 krónur í málskostnað að meðtöldum virðisaukaskatti.

Hjörtur O. Aðalsteinsson