

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 12. apríl 2024

í málum nr. 34/2023 og 39/2023:

Íslenska gámafélagið ehf.

gegn

Sorpu bs. og

Stena Receycling AB

Lykilorð

Bindandi samningur. Kærufrestur.

Útdráttur

Í kærði útboð S er laut að útflutningi og brennslu á brennanlegum úrgangi S til orkuendurvinnslu og krafðist þess að ákvörðun S um að velja tilboð SR í hinu kærða útboði yrði felld úr gildi. Þar sem bindandi samningur var kominn á við SR um verkið var kröfunni hafnað. Kröfu um álit á skaðabótaskyldu S, sem Í setti fram í nýrri kæru til nefndarinnar eftir að bindandi samningur hafði komist á milli S og SR, var vísað frá þar sem krafan var talin of seint fram komin.

Með kæru mótttekinni hjá kærunefnd útboðsmála 29. júní 2023 kærir Íslenska gámafélagið ehf. útboð Sorpu bs. (hér eftir vísað til sem varnaraðila) nr. 15739 auðkennt „Export of selected waste for energy recovery“. Kærandi krefst þess að ákvörðun varnaraðila 16. júní 2023, sem tilkynnt var 20. sama mánaðar, um að velja tilboð Stena Receycling AB (hér eftir vísað til sem Stena) til samningsgerðar verði felld úr gildi og að viðurkennt verði að varnaraðila sé skylt að gera samning við kæranda í hinu kærða útboði á grundvelli tilboðs hans í útboðinu. Þá verði varnaraðila gert að greiða honum málskostnað.

Varnaraðili, Sorpa bs., krefst þess í greinargerð 17. júlí 2023 aðallega að kröfu kæranda um að viðurkennt verði að varnaraðila sé skylt að gera samning við kæranda í hinu kærða útboði verði vísað frá en öðrum kröfum kæranda verði hafnað. Til vara krefst hann þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Stena gerir þá kröfu í greinargerð 13. september 2023 að kröfum kæranda verði vísað frá en ella hafnað. Kæru var einnig beint að Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar, f.h. Reykjavíkurborgar. Í tölvupósti Reykjavíkurborgar sem barst kærunefnd útboðsmála 17. júlí 2023 kom fram að Reykjavíkurborg væri hvorki kaupandi né teldist innkaupaskrifstofa borgarinnar miðlæg innkaupastofnun í skilningi laga um opinber innkaup. Reykjavíkurborg ætti því ekki aðild að málinu og myndi ekki láta það til sín taka.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 5. september 2023 var aflétt sjálfkrafa stöðvun hins kærða útboðs að kröfu varnaraðila. Kærandi skilaði athugasemdum við greinargerðir varnaraðila og Stena 18. september 2023. Í þeim fór kærandi fram á að fá afhent öll skjöl er varnaraðili hafði lagt fram í málinu en óskað trúnaður um.

Kærunefnd útboðsmála barst ný kæra frá kæranda 22. september 2023, sem fékk málsnúmerið 39/2023. Í kærinni er þess krafist að nefndin veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda vegna þeirrar ákvörðunar varnaraðila 5. september 2023, sem tilkynnt var sama dag, að gera bindandi samning við Stena um verk samkvæmt fyrrgreindu útboði. Þá krefst kærandi málskostnaðar úr hendi varnaraðila.

Í greinargerð varnaraðila 17. október 2023 krefst hann þess aðallega að fyrrgreindum kröfum kæranda verði vísað frá en til vara að þeim verði hafnað. Stena skilaði ekki greinargerð vegna kærunnar en vísaði til athugasemda sinna við kæru í máli 34/2023. Kærinni var einnig beint að Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar, f.h. Reykjavíkurborgar. Í tölvupósti 28. september 2023 ítrekaði Reykjavíkurborg fyrri athugasemdir um aðild sína að málum fyrir kærunefndinni vegna hins kærða útboðs.

Kærandi skilaði athugasemdum í málinu 7. nóvember 2023. Þann 24. nóvember 2023 óskaði kærunefndin eftir nánar tilgreindum upplýsingum frá varnaraðila og bárust svör 29. sama mánaðar.

Kærunefndin tilkynnti aðilum 24. nóvember 2023 um að leyst yrði úr málum 34/2023 og 39/2023 í einu lagi þar sem kærur í þeim vörðuðu sama útboð, sömu aðila og væru byggðar á efnislega sömu sjónarmiðum. Í úrskurði þessum verður vísað til gagna og upplýsinga sem varða málin tvö án sérstakrar aðgreiningar.

Með ákvörðun 7. febrúar 2024 leysti nefndin úr kröfu kæranda um afhendingu þeirra gagna er varnaraðili hafði krafist að trúnaður ríkti um.

I

Í mars 2023 auglýsti Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar, fyrir hönd varnaraðila, útboð á Evrópska efnahagssvæðinu nr. 15739 auðkennt „Export of selected waste for energy recovery“. Laut útboðið að útflutningi og brennslu á brennanlegum úrgangi varnaraðila til orkuendurvinnslu. Í greinum 0.2.15 og 0.2.16 útboðsgögnum voru ákvæði um fjárhagslegt hæfi og útilokun vegna fjárhagsstöðu, skulda við opinbera aðila o.fl. Í grein 0.2.17 var lýst kröfum um tæknilega getu. Samkvæmt ákvæðinu skyldi boðin fram brennslustöð til endurheimtu orku sem uppfyllti orkunýtingarhlutfallið R1 og lögð fram gögn um tveggja ára reynslu af útflutningi (e. export) á brennanlegum úrgangi til endurheimtu orku (RDF) ásamt staðfestingu viðskiptavinar um fullnægjandi efnir á sambærilegum samningi, og gögn er staðfestu þriggja

ára reynslu bjóðanda af endurvinnslu, endurheimt og flutningi úrgangs og sambærilegri þjónustu. Þá skyldu lögð fram gögn um gæðastjórnunar- og umhverfisstjórnunarkerfi og stjórnkerfi heilsu og öryggis á vinnustað. Í viðaukum við útboðsgögn var að finna svör við spurningum sem borist höfðu á fyrirspurnarfresti og aðrar skýringar varnaraðila. Þar á meðal var í viðauka 4 að finna skýringar varnaraðila á einstökum atriðum varðandi útboðið þ.á m. skýringu á reynslu af „RDF export for energy recovery“ í gr. 0.2.17 í útboðsskilmálum, nánar tiltekið að krafan lyti að reynslu af flutningi RDF milli landa, þ.e. útflutningi og/eða innflutningi. Í grein 0.2.18 í útboðsgögnum kom fram að samið yrði við þann bjóðanda sem ætti hagkvæmasta tilboðið, þ.e. þann bjóðanda sem fengi hæstu einkunn þar sem verð gildi 70% og tæknilegar kröfur giltu 30% (e. non-price criteria). Í grein 0.2.20 kom fram að í þeim þætti gildi endurheimt orka (e. energy recovery) 25% og vottuð gæða- og öryggisstjórnunarkerfi (e. certified management system) 5%. Til að fá fullt hús stiga fyrir gæða- og öryggisstjórnunarkerfi yrði bjóðandi að sýna fram á að hann væri með vottuð gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi og kerfi um heilbrigði og öryggi á vinnustað. Bjóðendur sem væru með færri kerfi vottuð myndu fá stig í hlutfallinu tveir, einn eða núll miðað við fjölda vottaðra stjórnkerfa.

Fjögur tilboð bárust í hinu kærða útboði, þar á meðal frá kæranda og Stena. Niðurstaða varnaraðila var að tilboð þess síðarnefnda hlaut 96,1 stig, það er 70 stig fyrir verð og 26,1 stig fyrir tæknilegar kröfur, en tilboð kæranda 94,4 stig, það er 64,4 stig fyrir verð og 30 stig fyrir tæknilegar kröfur. Hinn 20. júní 2023 var bjóðendum tilkynnt um að varnaraðili hefði ákveðið að velja tilboð Stena. Degi síðar óskaði kærandi eftir rökstuðningi varnaraðila fyrir vali á tilboði og aðgangi að gögnum sem fylgdu tilboði Stena. Varnaraðili veitti umbeðinn rökstuðning 27. sama mánaðar og upplýsti um sundurliðun stiga, meðal annars fyrir tæknilega kröfur, en hafnaði því að veita aðgang að gögnum með tilboði Stena með vísan til 1. mgr. 17. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og þess að gögnin hefðu verið lögð fram í trúnaði.

Samkvæmt áðurgreindri sundurliðun varnaraðila hlaut kærandi fullt hús stiga, 25 stig, fyrir orkunýtingarhlutfall þar sem brennslustöð sem kærandi bauð fram í tilboði sínu hafði hæst orkunýtingarhlutfall. Stena lagði fram upplýsingar sem gáfu til kynna lægra orkunýtingarhlutfall brennslustöðvar og hlaut 19,59 stig fyrir þennan þátt. Hvað varðar stigagjöf fyrir vottuð gæða-, umhverfis- og öryggiskerfi fékk Stena fullt hús stiga, það er 5 stig, þar sem lögð var fram staðfesting á því að öll þrjú kerfi fyrirtækisins væru vottuð samkvæmt ISO staðli. Kærandi lagði fram staðfestingu um vottun á tveimur kerfum, þ.e. ekki staðfestingu á vottuðu stjórnkerfi um heilbrigði og öryggi á vinnustað, og fékk samtals 3,3 stig af 5 fyrir þennan þátt. Að þessu gættu hlaut kærandi flest sig bjóðenda fyrir tæknilegar kröfur og þar með

30 stig fyrir þann þátt en Stena 26,1 stig. Hlaut Stena því samanlagt fyrir bæði verð og tæknilega getu samtals 96,1 stig en kærandi 94,4 stig.

Sem áður segir beindi kærandi upphaflega kæru til kærunefndar útboðsmála 29. júní 2023 vegna þeirrar ákvörðunar varnaraðila að velja tilboð Stena til samningsgerðar. Í kjölfar ákvörðunar kærunefndar útboðsmála um að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar vegna kærunnar, sbr. 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 tilkynnti varnaraðili bjóðendum í útboðinu 5. september 2023 um að komist hefði á bindandi samningur milli varnaraðila og Stena.

II

Kærandi byggir á því að hafna hafi átt tilboði Stena í verkið þar sem að það hafi ekki uppfyllt ófrávíkjanleg skilyrði útboðsgagna um tæknilegar og fjárhagslegar kröfur. Í því sambandi telur kærandi að Stena hafi ekki lagt fram tilskilin gögn samkvæmt skilmálum útboðsins þ.m.t. gögn og upplýsingar um fyrirtækið og skýrslu um það hvernig ætlun væri að standa að verkinu, sbr. gr. 0.2.11 eða að þau gögn séu ófullnægjandi og sýni ekki fram á að félagið geti staðið við tilboð sitt. Þá hafi Stena hvorki uppfyllt ákvæði gr. 0.2.15 og 0.2.16 í kærðu útboði varðandi tæknilegar og fjárhagslegar kröfur og útilokun vegna fjárhagsstöðu, skulda við opinbera aðila o.fl., né uppfyllt kröfur gr. 0.2.17 um tæknilega getu, þ.m.t. varðandi tilskilda reynslu af flutningi brennanlegs úrgangs til endurvinnslu milli landa, um orkunýtingarhlutfall brennslustöðvar, tilskilda reynslu af endurvinnslu úrgangs og fleira. Kærandi leggur sérstaka áherslu á að í gr. 0.2.17 hafi verið gerð krafa um reynslu af útflutningi (e. export) á brennanlegum úrgangi (RDF) til endurheimtu orku og að kærandi Stena geti ekki talist fullnægja því skilyrði með því að hafa staðið í innflutningi (e. import) á RDF í a.m.k. tvö ár. Þá geti Stena ekki talist hafa uppfylla það skilyrði þótt einhver félög í eigu þess, að hluta eða öllu leyti kunni að hafa sinnt samskonar eða sambærilegu verki á síðustu þremur árum. Í þessu sambandi mótmælir kærandi því að einnig að varnaraðili hafi getað breytt skilyrði útboðsganga með skýringu (e. clarifications) á orðinu „export“ í gr. 0.2.17 í viðauka 4 við útboðið enda væri um verulega breytingu á hæfi að ræða, sem væri ómálefnaleg, bryti í bága við jafnræði bjóðanda og gegn lögum nr. 120/2016.

Að auki bendir kærandi á að Stena sé ekki undir lögsögu Íslands og geti því ekki verið tilkynnandi og útflytjandi samkvæmt reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 1013/2006 frá 14. júní 2006 um tilflutning og þar með að lögum flutt úrgang frá Íslandi. Ákvörðun um að semja við Stena sé ólögmat af þeim sökum. Þá telur kærandi að varnaraðili hafi nýlega sótt um útflutningsleyfi á RDF til endurheimtu orku til Umhverfisstofnunar í því skyni að Stena geti staðið við boð sitt í útboðinu. Sú afstaða varnaraðila sé ómálefnaleg og brjóti gegn útboðsskilmálum og lögum nr. 120/2016 auk þess sem tilboð Stena uppfylli ekki skilyrði gr.

0.1.11 um að vera í samræmi við íslensk lög. Þá er á því byggt að hið kærða útbod hafi verið sniðið að hagsmunum Stena í ljósi fyrri viðskipta varnaraðila og Stena.

Ennfremur telur kærandi að krafa um vottað stjórnkerfi öryggis og heilsu á vinnustað í hinu kærða útbodi hafi verið þýðingarlaus í ljósi framkvæmdar verks og stigagjöf fyrir það hafi því verið ólögmat, ómálefnaleg og í andstöðu við reglur útbodsréttar um jafnræði bjóðenda. Kærandi vísar til þess að þar sem starfsmenn varnaraðila sjái um að hlaða gáma, samkvæmt skýringum sem birtust í viðauka 4 við kært útbod, sé ekki þörf fyrir þessa kröfu. Er þess krafist að við mat á hæfi bjóðenda og stigagjöf verði ekki tekið tilliti til þess hvort bjóðandi hafi vottað vinnuverndarstjórnunarkerfi.

Kærandi byggir jafnframt á því að stigagjöf Stena sem lá til grundvallar vali tilboðs hafi verið röng og í andstöðu við skilmála útbodsins. Byggir kærandi það á því að Stena hafi annars vegar ekki sýnt fram á fullnægjandi þrjú vottuð gæða- og öryggiskerfi og hins vegar að brennslustöð uppfyllti kröfur um R1 orkunýtingarhlutfall auk þess sem hann telur stig Stena fyrir hvorn þátt verulega oftalin.

Kærandi byggir á því að synjun varnaraðila um að veita honum aðgang að upplýsingum sem fylgdu tilboð Stena sé ólögmat. Hann telur að gögnin styðji málatilbúnað hans og að meta eigi ákvörðun varnaraðila um að hafna afhendingu gagnanna varnaraðila í óhag við meðferð málsins með vísan til 3. másl. 4. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016.

Kærandi byggir á því að kæra hans 22. september 2023 hafi borist innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Kæran lúti að ákvörðun varnaraðila um að samþykka tilboð Stena sem tekin hafi verið 5. sama mánaðar og tilkynnt sama dag. Þann dag hafi fyrst verið ljóst að Sorpa hafi valdið kæranda fjárhagstjóni. Kærandi hafnar því að honum hafi borið að hafa uppi kröfu um álit á skaðabótaskyldu strax í fyrra máli enda hafi þá ekki legið fyrir ákvörðun varnaraðila um að samþykkja tilboð Stena í verkið. Á þeim tíma hafi því ekki verið unnt að hafa uppi kröfu um álit á skaðabótaskyldu vegna þeirrar ákvörðunar.

III

Varnaraðili telur kæru í málinu vanreifaða þar sem verulega óljóst sé á hvaða réttarheimildum eða ákvæðum laga nr. 120/2016 kærandi byggi til stuðnings kröfum um ógildingu ákvörðunar um val kæranda á tilboði Stena og um tengsl einstakra staðhæfinga eða röksemda við ákvæði laga. Þá sé viðurkenning á skyldu til þess að gera samning við einstakan bjóðanda ekki meðal úrræða kærunefndar samkvæmt 111. gr., sbr. 115.-117 gr. og 118. gr. laga nr. 120/2016. Þegar af þeirri ástæðu sé óhjákvæmilegt að vísa þeim kröfum kæranda frá nefndinni.

Þá hafi varnaraðila verið í lófa lagið að hafa uppi kröfu um að kærunefndin léti uppi álit á skaðabótaskyldu þegar í upphaflegri kæru sinni til nefndarinnar og hafi jafnframt verið rétt að gera það á þeim tímapunkti. Varnaraðili bendir á að í lögum nr. 120/2016 sé hvorki að finna heimild fyrir kaupanda að hverfa einhliða frá ákvörðun sinni um val tilboðs né sé að finna ólögfasta meginreglu þess efnis. Samkvæmt því og að virtri meginreglu 2. mgr. 83. gr. laga nr. 120/2026 verði að leggja til grundvallar að ákvörðun kaupanda um val tilboðs sé bindandi fyrir hann. Endanleg samþykkt tilboðs að loknum biðtíma sé því einfaldlega staðfesting á fyrri ákvörðun kaupanda um val tilboðs. Varnaraðili telur einboðið að kærandi hafi þegar í upphafi þurft að ákveða hvort að hann gerði kröfu um álit á skaðabótaskyldu í málinu á þeim grundvelli að hann yrði fyrir fjárhagstjóni vegna ákvörðunar varnaraðila um val á tilboði. Með vísan til forsendna í dómi Landsréttar 24. júní 2022 í máli nr. 745/2021, og að gætti þeirri skyldu sem á kæranda sé lögð í 2. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um að í kæru skuli greina kröfur kæranda sem skuli lúta að úrræðum nefndarinnar samkvæmt lögnum byggir varnaraðili á því að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laganna hafi verið liðin til þess að koma að kröfu um álit á skaðabótaskyldu í málinu með kæru 22. september 2023.

Varnaraðili hafnar staðhæfingum og röksemdum kæranda um annmarka á hinu kærða útboði eða ákvörðun um að velja tilboð Stena og hafna öðrum tilboðum. Að mati varnaraðila hafi tilboð Stena uppfyllt allar kröfur og skilyrði hins kærða útboðs. Stigagjöf tilboðs Stena og kæranda hafi verið í samræmi við útboðsskilmála, með hliðsjón af þeim gögnum og upplýsingum sem afhentar voru með viðkomandi tilboði, allt samkvæmt því sem kveðið hafi verið á um í gr. 0.2.18. Staðhæfingar kæranda um annmarka á ákvörðun um val tilboðs á grundvelli rangrar stigagjafar séu haldlausar.

Varnaraðili kveður Stena hafa skilaði öllum umbeðnum gögnum og upplýsingum samkvæmt gr. 0.2.11 í skilmálum kærðs útboðs. Þá hafi framlagðar upplýsingar sýnt fram á reynslu, getu og hæfni félagsins til þess að sinna verkinu, hvernig verkið skyldi unnið, hvaða tæki og búnaður væri notaður í því skyni. Gögnin hafi verið fullnægjandi til þess að meta faglega og tæknilega getu Stena. Vísar varnaraðili til þeirrar gagna sem liggja fyrir.

Varnaraðili hafnar því að Stena hafi ekki uppfyllt kröfur um fjárhagslegt hæfi skv. gr. 0.2.15, eða hafi ekki sýnt fram á að kröfur vegna útilokunar vegna persónulegra aðstæðna ættu ekki við, sbr. gr. 0.2.16. Varnaraðili vísar hér til þess að Stena hafi skilaði þeim gögnum og upplýsingum sem voru nauðsynleg til þess að leggja mat á fjárhagslega getu fyrirtækisins, þ.m.t. um lágmarksveltu, jákvætt sjóðsstreymi og eiginfjárlutfall. Þá hafi fyrirtækið staðist fjárhagsskoðun sem Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar framkvæmdi að ósk varnaraðila.

Varnaraðili kveður Stena hafa uppfyllt allar kröfur um tæknilegt hæfi samkvæmt gr. 0.2.17 í skilmálum útboðsins. Vísar hann til þess að Stena hafa lagt fram öll nauðsynleg gögn og upplýsingar um brennslustöð og orkunýtingarhlutfall brennslustöðvar. Í gögnum Stena komi fram að brennslustöð sem verði nýtt vegna verksins sé brennslustöð Tekniska Verken í Linköping í Svíþjóð og upplýsingar um R1 orkunýtingarhlutfall brennslustöðvarinnar samkvæmt II. viðauka tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 2008/98/EB frá 19. nóvember 2008 um úrgang. Hvað varði reynslu af útflutningi brennanlegs úrgangs hafi fylgt með tilboði Stena staðfesting viðskiptavinar um að fyrirtækið hefði frá árinu 2017 flutt til Svíþjóðar brennanlegan úrgang (RDF) frá Noregi. Þá hafi varnaraðili og Stena allt frá árinu 1990 átt í viðskiptasambandi varðandi endurvinnslu og útflutning á endurvinnsluefnum á ýmsum sviðum þar sem Stena hafi uppfyllt sambærilega samninga við varnaraðila með fullnægjandi hætti. Það sama eigi við um kæranda. Eigin reynsla varnaraðila af viðskiptum við Stena og kæranda hafi því jafnframt verið lögð til grundvallar við mat á þessu skilyrði í gr. 0.2.17, en slíkt sé heimilt sbr. *Hrd. 26/2013*. Þá hafi Stena skilað upplýsingum um þjónustu við a.m.k þrjá aðila sl. þrjú ár innan Evrópska Efnahagssvæðisins, í samræmi við gr. 0.2.17. Stena hafi því sýnt fram á að fyrirtækið hefði tilskilda reynslu um sömu eða sambærilega þjónustu. Loks hafi fylgt með tilboði Stena staðfestingar um ISO vottun gæða- og stjórnkerfa.

Varnaraðili telur að málsástæður kæranda um ólögmati skýringar á gr. 0.2.17 í viðauka 4 við hið kærða útboð, dags. 9. maí 2023, séu utan kærufrests og því beri að hafna þeim. Hann bendir á að kærandi hafi sótt viðauka 4 við útboðið sama dag og þá hafi tuttugu daga kærufrestur samkvæmt 106. gr. laga nr. 120/2016 byrjað að líða varðandi þær röksemdir kæranda að skýring viðaukans væri í andstöðu við ákvæði laga nr. 120/2016 þ.m.t. að hún væri ómálefnaleg. Að því frágengnu byggir varnaraðili á því að skýringar í viðauka 4 hafi ekki breytt kröfu gr. 0.2.17 heldur hafi einungis verið um að ræða skýringu á því hvernig túlka bæri hana, en ella að breytingin hafi verið í samræmi við ákvæði laga nr. 120/2016 og geti ekki talist umtalsverðar eða mikilvægar breytingar á útboðsgögnum. Þá hafi viðauki 4 verið birtur þrettán dögum áður en útboðsfrestur rann út. Verði aftur á móti talið að með umræddri skýringu í viðauka 4 hafi falist veruleg breyting á efni útboðsskilmála er á því byggt að varnaraðila verið breyting heimil og hún hafi að öðru leyti verið í samræmi við 4. mgr. 57. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðili bendir á að einn megintilgangur skýringa kaupanda með viðaukum í almennu útboði sé að upplýsa eða skýra inntak skilmála útboðsgagna þannig að bjóðendum sé ljóst hvaða kröfur eru þar gerðar. Útboðsskilmálar og viðaukar sem gefnar séu út meðan á útboðsfresti stendur myndi eina heild þ.m.t. varðandi það hvernig skýra eigi eða skilja orðalag eða einstaka kröfur. Staðhæfingar kæranda um að skilmálar útboðs séu skýrðir og túlkaðir í

tómarúmi og án samhengis við þá viðauka sem gefnir hafa verið út sé í andstöðu við meginreglur útboðsréttar og langa venju á því sviði. Að síðustu hafnar varnaraðili staðhæfingum kæranda um að skýringin hafi verið sett fram til þess að þjónkast hagsmunum Stena sem staðlausum og röngum.

Hvað varðar tilkynningar og leyfi til þess að flytja út brennanlegan úrgang mótmælir varnaraðili röksemdum kæranda sem röngum og haldlausum. Varnaraðili vísar meðal annars til þess að skilmálar útboðsins hafi hvorki að geyma ákvæði um að bjóðandi skyldi afla leyfis vegna útflutnings brennanlegs úrgangs til endurheimtu úrgangs, né verða þeir túlkaðir á þann veg. Varnaraðili muni sjálfur sækja um heimild til Umhverfisstofnunar, sem tilkynnandi, til útflutnings þess brennanlega úrgangs sem ætlað er að flytja út þegar samningur sé kominn á við bjóðanda enda þurfi að tilgreina upphaflegan framleiðanda úrgangsins, flutningsaðila hans og loks móttökuaðila. Þá sé sú staðhæfing kæranda að erlendir aðilar geti ekki flutt úrgang frá Íslandi markleysa sem enga stoð eigi í ákvæðum flutningsreglugerðarinnar eða lögum að öðru leyti.

Varnaraðili bendir á að samkvæmt gr. 2.4.3 í útboðsgögnum beri varnaraðili ábyrgð á því að bagga úrgang og ganga frá honum í gáma sem bjóðandi útvegar ásamt því efni sem þarf til þess að hlaða gámana. Í skýringum við spurningu 4 í viðauka 3 sé nánar fjallað um undirbúning. Þar komi fram að varnaraðili annist undirbúning við að ganga frá og hlaða í gáma samkvæmt hleðslufyrirmælum seljanda, undirbúa farmvernd af farmverndarfulltrúa (security declaration) innsigla gáminn og bóka gáminn til flutnings hjá skipafélagi sem bjóðandi nýtti. Ábyrgðin á því að bagga úrgang og ganga frá honum hafi því verið varnaraðila og hlutverk seljanda því að flytja úrganginn og koma honum til brennslustöðvar sem hann byði fram til endurheimt orku, til samræmis við skilmála kærðs útboðs. Hvergi í sundurliðun í tilboðsbók hafi verið gert ráð fyrir kostnaði vegna leyfisumsóknar að þessu leyti eða ábyrgðargjaldi vegna bankaábyrgðar sem bjóðandi þyrfti að afla og leggja fram. Hafi ætlunin verið að bjóðandi ætti að afla leyfis og vera tilkynnandi samkvæmt flutningsreglugerðinni hefði þurft taka það skýrlega þar fram í útboðsgögnum sem og að bjóðanda væri veitt skrifleg heimild til þess að koma fram sem tilkynnandi fyrir hönd varnaraðila gagnvart Umhverfisstofnun og stjórnvaldi í móttökulandi. Þar sem tilkynnandi samkvæmt flutningsreglugerðinni á að vera undir lögsögu sendiríkis hefði ákvæði útboðsskilmála um að bjóðandi ætti að vera tilkynnandi og sjá um öflun útflutningsleyfis í reynd þýtt að útboðið hefði takmarkaðist við innlenda aðila. Túlkun kæranda á skilmálum útboðsins leiði því beinlínis til mismununar á grundvelli þjóðernis og samkeppnishindrana í skilningi 15. gr. laga nr. 120/2016. Engar takmarkanir séu aftur á móti samkvæmt flutningsreglugerðinni á því hver annast sjálfan flutning úrgangsins milli landa. Af

hálfu varnaraðila hafi alla tíð legið fyrir að um leið og samningur kæmist á myndi varnaraðili tilkynna um útflutninginn í einu lagi m.v. áætlað heildarmagn og sækja um leyfi til útflutnings samkvæmt flutningsreglugerðinni. Tilkynningu um útflutning brennanlegs úrgangs sé hins vegar ekki unnt að senda fyrir en samningur hafi komist á, á grundvelli útboðsins, og ljóst sé hver flytjandi og móttakandi úrgangsins er og hvaða flutningsleið sé notuð.

Varnaraðili bendir á að staðhæfingar kæranda um að tilboð Stena uppfylli ekki það skilyrði gr. 1.11 í skilmálum kærðs útboðs að vera í samræmi við íslensk lög, svo og önnur skilyrði sem þar eru gerð, séu ekki studdar neinum rökum og beri að hafna.

Varnaraðili telur málsástæður kæranda er lúta að því að í útboðinu séu veitt stig fyrir vottað stjórnkerfi heilsu og öryggis í andstöðu við ákvæði laga nr. 120/2016, utan kærufrests og ekki komast að í málinu. Varnaraðili bendir á að við birtingu skýringa í viðauka 4, dags. 9. maí 2023, sem kærandi vísi til stuðnings því að stigagjöf sé ólögæt, þ.m.t. að hún sé óþörf eða brjótí gegn jafnfræði bjóðenda, hafi tuttugu daga kærufrestur byrjað að líða samkvæmt 106. gr. laga nr. 120/2016. Að því frágengnu, telur varnaraðili málatilbúnað kæranda hvað þetta varðar með öllu haldlausan. Varnaraðili hafi sjálfur vottað stjórnunarkerfi um heilbrigði og öryggi á vinnustað samkvæmt staðlinum ÍST ISO 45001:2018. Í 17. gr. innkaupareglna varnaraðila komi fram að hann geri sömu kröfur til birgja sem koma á vinnusvæði SORPU gagnvart umhverfismálum, öryggismálum og heilbrigði á vinnustað. Ljóst sé að starfsmenn bjóðanda þurfa að koma í móttöku- og flokkunarstöð varnaraðila í Gufunesi til þess að sækja gáma til að flytja þá til flutnings með skipi eða í vöruhús meðan þeir bíða þess að vera fluttir úr landi. Því séu með öllu haldlausar staðhæfingar kæranda um að stigagjöf fyrir vottað stjórnkerfi vegna heilsu og öryggis á vinnustað sé ómálefnaleg, tengist ekki framkvæmd verksins, sé tilgangslaus eða brjótí hér gegn jafnræði. Hvað sem þessu líði breyti það engu um niðurstöðu stigagjafar í útboðinu hefði krafa um vottað stjórnkerfi vegna heilsu og öryggis á vinnustað ekki verið gerð en Stena hefði þá hlotið samtals 94,6 stig en kærandi 94,4 stig. Tilboð Stena, sem jafnframt var lægsta tilboð að fjárhæð, hefði því engu að síður verið hagstæðasta tilboðið á grundvelli valforsendna í skilmálum hins kærða útboðs.

Að lokum hafnar varnaraðili því að hið kærða útboð hafi verið sniðið að hagsmunum Stena. Hann kveður skilmála útboðsins endurspegla það verk og þjónustu sem nauðsynleg sé í starfsemi varnaraðila samkvæmt mati byggðasamlagsins að undangenginni langri undirbúningsvinnu.

Varnaraðili telur ákvörðun sína um synjunná afhendingu gagna til kæranda hafa verið lögmæta. Hann kveður Stena hafa krafist þess að trúnaður ríkti um viðkomandi upplýsingar með vísan til ríkra viðskipta- og samkeppnishagsmuna fyrirtækisins. Stena og kærandi séu

samkeppnisaðilar auk þess sem að því hafi verið slegið föstu að varnaraðili sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir söfnun úrgangs á höfuðborgarsvæðinu, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 273/2015. Með vísan til þessa og rökstuðnings varnaraðila á synjun á beiðni kæranda um aðgang að gögnum Stena, dags. 27. júní sl., hafi ákvörðun varnaraðila um að synja kæranda um aðgang að upplýsingum sem fylgdi tilboði Stena verið í samræmi við þá skyldu sem á hann sé lögð í 1. mgr. 17 gr. laga nr. 120/2016. Þá hafnar varnaraðili því að tilvísun kæranda til 3. málsl. 4. mgr. 108. gr. laganna eigi við um ákvörðun kaupanda í innkaupaferli um að afhenda bjóðanda gögn og upplýsingar. Varnaraðili hafi afhent kærunefnd allar þær upplýsingar og gögn hins kærða útboðs sem kæranda hafi verið synjað um aðgang að.

Stena byggir kröfur sínar í málinu einkum á því að frestur til að kæra skýringar varnaraðila á grein 0.2.17 í útboðslýsingu hafi verið liðinn þegar kæra í málinu hafi borist kærunefndinni. Það sama eigi við um þá málsástæðu kæranda að krafa í útboðslýsingu um að bjóðendur byggju yfir vottuðu öryggis- og heilbrigðisstjórnunarkerfi væri þarfalaus og ekki skuli litið til stigagjafar að því leyti. Í öllu falli sé ekki um neina annmarka á útboðinu að ræða. Stena hafnar því sem röngu og ósönnuðu að tilboð þess hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna, s.s. um tæknilegt og fjárhagslegt hæfi, eða að tilboðið hafi að einhverju leyti gengið gegn lögum og reglum.

V

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 29. júní 2023 kærði kærandi útboð varnaraðila nr. 15739 auðkennt „Export of selected waste for energy recovery“ og krafðist þess að ákvörðun varnaraðila 16. júní 2023, sem tilkynnt var 20. sama mánaðar, um að velja tilboð Stena til samningsgerðar yrði felld úr gildi og að viðurkennt yrði að varnaraðila væri skylt að gera samning við kæranda í hinu kærða útboði. Í kjölfar ákvörðunar nefndarinnar 5. september 2023 um að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar vegna kærunnar, og eftir að bindandi samningur komst á milli varnaraðila og Stena, beindi kærandi nýrri kæru til nefndarinnar 22. september 2023 vegna sama útboðs. Í þeirri kæru krafðist kærandi þess að nefndin léti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila vegna þeirrar ákvörðunar að gera bindandi samning við Stena um verk samkvæmt útboðinu.

Kærandi beindi kærum í málinu að Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar, f.h. Reykjavíkurborgar. Líkt og rakið er í ákvörðun nefndarinnar 5. september 2023, þar sem leyst var úr kröfu varnaraðila um að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar yrði aflétt, verður lagt til grundvallar að Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar teljist ekki miðlæg innkaupastofnun í skilningi laga um opinber innkaup og hún eigi því ekki aðild að málinu samkvæmt 1. mgr. 109.

gr. laganna, sbr. og úrskurð nefndarinnar í máli nr. 18/2019. Varnaraðilar málsins teljast því Sorpa bs. og Stena.

Samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup getur kærunefndin fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa að hluta eða í heild, lýst samning óvirkan samkvæmt ákvæðum 115.-117. gr. laganna eða kveðið á um önnur viðurlög samkvæmt 118. gr. þeirra. Nefndin getur jafnframt lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup, auglýsa útboð á nýjan leik eða að fella niður tiltekna ólögmæta skilmála í útboðsgögnum. Í 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að eftir að bindandi samningur samkvæmt lögunum hefur komist á verður hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð sammings hafi verið ólögmæt. Þar sem fyrir liggur að bindandi samningur sé kominn á milli varnaraðila og Stena verður að hafna kröfum kæranda um að felld sé úr gildi ákvörðun varnaraðila um að velja tilboð Stena til sammingsgerðar og að viðurkennt verði að varnaraðila sé skylt að gera samning við kæranda. Áréttað er einnig að það er utan valdheimilda kærunefndar útboðsmála að skylda kaupanda til að ganga til samninga á grundvelli útboðs.

Krafa kæranda um að nefndin láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart honum var sem áður segir fyrst höfð uppi í kæru 20. september 2023. Hefur kærandi rökstutt heimild sína til þessa með því að tjón hans hafi fyrst orðið ljóst er bindandi samningur varnaraðila við Stena vegna útboðsins lá fyrir 5. sama mánaðar. Varnaraðili telur aftur á móti að kæranda hafi borið að setja fram kröfu um álit á skaðabótaskyldu þegar í upphaflegri kæru til nefndarinnar og geti ekki komið kröfunni að með nýrri kæru til nefndarinnar.

Þegar upphaflegri kæru í málinu var beint til nefndarinnar 29. júní 2023 hafði varnaraðili valið tilboð Stena til sammingsgerðar og hafði kærandi þá orðið fyrir kostnaði við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði en í því getur falist tjón sem 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 er ætlað að bæta. Að mati kærunefndar lágu því þegar á þeim tímapunkti fyrir nauðsynlegar forsendur til að hafa uppi kröfu um álit kærunefndar á skaðabótaskyldu. Þar sem kæranda var í lófa lagið að setja fram þessa kröfu strax í upphafi og að gættum atvikum málsins að öðru leyti verður að leggja til grundvallar að krafa þessi komist ekki að í málinu, sbr. til hliðsjónar dóm Landsréttar í máli nr. 745/2021 og úrskurð kærunefndar útboðsmála 20. febrúar 2024 í máli nr. 28/2023. Breytir engu um þetta þótt kærandi hafi sent sérstakt kæruskjal þegar hann jók við kröfur sínar enda var frestur samkvæmt 106. gr. laga nr. 120/2016 þá runninn út. Verður kröfunni því vísað frá.

Eftir framangreindum málsúrslitum verður kröfu kæranda um málskostnað hafnað.

Ákvörðunarorð

Kröfu kæranda, Íslenska gámafélagsins ehf., um álit á skaðabótaskyldu varnaraðila, Sorpu bs., er vísað frá kærunefnd útboðsmála. Öðrum kröfum kæranda er hafnað.

Reykjavík, 12. apríl 2024

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Kærunefnd útboðsmála
Reimar Snæfells Pétursson

Kærunefnd útboðsmála
Auður Finnbogadóttir

Kærunefnd útboðsmála
Kristín Haraldsdóttir