

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála dags. 14. júlí 2022

í máli nr. 20/2022:

Þarfapíng ehf.

gegn

Garðabæ og

Fortis ehf.

Lykilorð

Tæknilegt hæfi. Fjárhagslegt hæfi. Sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar.

Útdráttur

Kæruneftnd útboðsmála hafnaði kröfu varnaraðila að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar vegna útboðs á byggingu og fullnaðarfrágangi leikskóla og lóðar í Urriðaholti, sbr. 2. mgr. 107. gr. og 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Með kæru móttækinni hjá kæruneftnd útboðsmála 25. maí 2022 kærði Þarfapíng ehf. (hér eftir „kærandi“) útboð Garðabæjar (hér eftir „varnaraðili“) nr. 2106507 auðkennt „Leikskólinn Urriðaholti. Bygging og fullnaðarfrágangur húss og lóðar“.

Kærandi krefst þess að ákvörðun varnaraðila Garðabæjar, tekin á fundi bæjarstjórnar þann 17. maí 2022, en kynnt kæranda þann 18. maí 2022, verði felld úr gildi. Þá krefst kærandi þess að varnaraðila verði gert að greiða kæranda kostnað við hafa kærana uppi.

Varnaraðila og Fortis ehf. (hér eftir „Fortis“) var kynnt kæran og gefin kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð 9. júní 2022 krefst varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og að sjálfkrafa stöðvun verði aflétt hið fyrsta. Með greinargerð 9. júní 2022 krefst Fortis þess að aflétt verði sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar, sbr. 2. mgr. 107. gr. og 1. mgr. 110. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016 og að kröfum kæranda verði hafnað.

Í þessum hluta málsins verður tekin afstaða til fyrrgreindra krafna varnaraðila um að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar verði aflétt en úrlausn málsins bíður að öðru leyti endanlegs úrskurðar.

I

Varnaraðili auglýsti hið kærða útboð vegna byggingar leikskóla í Urriðaholti þann 10. mars 2022. Í grein 0.2.1 í útboðsgögnum komu fram kröfur um hæfi bjóðenda og skyldi það metið samkvæmt þremur viðmiðum; tæknilegri getu, fjárhagsstöðu, og persónulegum aðstæðum bjóðenda. Að því er varðar tæknilega getu kom fram að bjóðandi skyldi á sl. 10 árum hafa lokið

við a.m.k. eitt sambærilegt verk og með sambærilegu verki væri átt við verkefni svipaðs eðlis þar sem upphæð þess verksamnings hafi verið að lágmarki 70% af tilboði í þetta verk. Þá skyldi yfirstjórnandi (verkefnisstjóri/verkstjóri) verks hafa á sl. 10 árum stjórnað a.m.k. einu verki svipaðs eðlis þar sem upphæð verksamnings hafi verið a.m.k. 70% af tilboði bjóðenda í þetta verk. Auk þess voru aðrar kröfur gerðar um tæknilega getu bjóðanda, m.a. að hann hefði á sínum vegum tæknimenntaðan starfsmann, að hann útvegaði byggingarstjóra til verksins, sem og meistara allra iðngreina, og að hann ynni samkvæmt skilgreindu gæðastjórnunarkerfi og skyldu stjórnendur hafa unnið með gæðastjórnunarkerfi í a.m.k. einu verki. Hvað fjárhagsstöðu bjóðenda varðar kom fram að meðalársvelta fyrirtækis bjóðanda skyldi á sl. 3 árum hafa að lágmarki verið sem nemur 80% af tilboði bjóðanda án virðisaukaskatts. Eigið fé skyldi vera jákvætt samkvæmt endurskoðuðum ársreikningi og skyldi ársreikningur síðasta árs vera án athugasemda um rekstrarhæfi. Að auki skyldi bjóðandi vera í skilum með opinber gjöld og lífeyrissjóðsiðgjöld starfsmanna sinna á þeim degi þegar tilboði væri skilað inn.

Hinn 18. mars 2022 svaraði varnaraðili tveimur fyrirspurnum sem bárust á útboðsfresti um grein 0.2.1 í útboðsgögnum og munu hafa borist frá Fortis. Fyrri fyrirspurnin var um fjárhagslegt hæfi bjóðenda og um skilmála útboðsgagna þar að lútandi. Í fyrirspurninni var þeirri skoðun lýst að í útboðsgögnum væri ekki tekið fram hvort tekið væri tillit til heildarveltu bjóðenda „með veltutölum undirverktaka.“ Þá var þess óskað „í okkar tilfalli“ að „það sé tekið til greina“ og vísað til þess að „starfsemi okkar spannar aðeins rúmt ár“ en tekið fram að „fyrir störfuðum við hjá einu stærsta verktakafyrirtæki landsins.“ Í svari varnaraðila við þessari spurningu voru reifuð ákvæði 2. mgr. 67. gr. og 1. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá var tekið fram að krafa kaupanda í slíkum tilvikum væri sú að stæðu fleiri en tveir aðilar að tilboði komi aðeins einn fram fyrir hönd hinna við framkvæmd samnings og standi kaupanda skil, sbr. 2. mgr. 67. gr. laganna, eða , sé um tvo aðila að ræða sem standa saman að tilboði, þá beri þeir sameiginlega ábyrgð á efndum samnings gagnvart kaupanda, sbr. 3. mgr. 76. gr. laganna.

Seinni fyrirspurnin laut að sama atriði en var sett fram „til vara.“ Í henni fólst ósk um að varnaraðili tæki til skoðunar breytingar á skilmálum og kröfu um fjárhagslegt hæfi þannig að ársvelta seinasta árs bjóðenda yrði 250 milljónir króna eða meiri. Í svari varnaraðila kom fram að þeirri ósk væri hafnað.

Hinn 26. apríl 2022 voru tilboð í útboðinu opnuð og bárust tvö tilboð í verkið, annars vegar frá kæranda, sem átti hærra tilboðið, og hins vegar frá Fortis. Kostnaðaráætlun varnaraðila nam 1.189.168.816 kr. en tilboð varnaraðila Fortis ehf. 1.448.688.779 kr. Hinn 16. maí 2022 var að beiðni varnaraðila tekið saman af Juris slf. og exa nordic ehf. minnisblað um niðurstöður

opnunar tilboða í hinu kærða útboði, þar sem fram kom að tilboð Fortis uppfyllti hæfiskröfur í útboðinu. Í bæjarráði varnaraðila 17. maí 2022 var ákveðið að taka tilboði Fortis með fyrirvara um að allir skilmálar útboðsins væru uppfylltir og var kæranda tilkynnt um þessa ákvörðun varnaraðila með tölvubréfi degi síðar. Hinn 18. maí 2022 óskaði kærandi með bréfi eftir frekari rökstuðningi með bréfi og hinn 24. maí veitti varnaraðili kæranda frekari rökstuðning.

II

Kærandi byggir kröfu sína á því að tilboð Fortis hafi ekki uppfyllt skilmála útboðsins um tæknilega og fjárhagslega getu. Samkvæmt grein 0.2.1 í útboðslýsingu eru gerðar kröfur um tæknilega getu, nánar tiltekið að bjóðandi skuli á síðustu 10 árum hafa lokið við a.m.k. eitt sambærilegt verk þar sem upphæð verksamnings hafi að lágmarki verið 70% af tilboði í þetta verk og að yfirstjórnandi skuli hafa stjórnað a.m.k. einu sambærilegu verki þar sem upphæð verksamnings hafi að lágmarki verið 70% af tilboði í þetta verk. Bendir kærandi á að samkvæmt minnisblaði Juris slf. og exa nordic ehf. hafi Fortis aðeins unnið tvö verk sem teldust sambærileg en hvorugt þeirra væri nærri þeim stærðarmörkum sem krafa væri gerð um, þ.e. að það sé 70% af tilboði í verkið. Skilmálar útboðsins gera kröfu um að bjóðandi hafi unnið verk sem væri að lágmarki 1.014.000.000 kr., en varnaraðili Fortis ehf. hafi aðeins unnið sambærilegt verk að fjárhæð 315.000.000 kr.

Þá liggja ekki annað fyrir en að Fortis hafi eitt boðið í verkið og telur kærandi að ekki verði heldur byggt á getu annarra vegna þessa skilyrðis, ella þyrftu aðrir aðilar að bjóða þá með í verkið ásamt Fortis. Þá komi fram í fyrrgreindu minnisblaði að Fortis hafi upplýst um að nýttir yrðu undirverktakar, annars vegar Kraftlagnir ehf. og hins vegar Lóðarþjónustan ehf., en hvorugt þeirra fyrirtækja hafi unnið verk af þeirri stærðargráðu sem hér sé krafist, og muni þar einnig miklu. Þessir undirverktakar hafi ekki tekið þátt í útboðinu og ekki verði séð að þeir hafi lagt fram skuldbindandi yfirlýsingar um að þeir muni annast eintaka verkþætti, sbr. 1. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, né að þeir hafi uppfyllt að öðru leyti hæfisskilyrði útboðsins, sbr. 2. mgr. 76. gr. sömu laga.

Kærandi telur jafnframt að ranglega komi fram í fyrrgreindu minnisblaði að fullnægjandi sé að reynsla yfirstjórnenda sé nægileg til þess að uppfylla skilyrðið um sambærilegt verk. Um sé að ræða tvö sjálfstæð skilyrði, sem að mati kæranda eru ekki uppfyllt af hálfu Fortis.

Að auki telur kærandi að Fortis hafi ekki uppfyllt skilyrði greinar 0.2.1 í útboðsgögnum um fjárhagslega getu. Þar segi að meðalársvelta bjóðanda skuli síðastliðin 3 ár hafa verið að lágmarki sem nemi 80% af tilboði bjóðanda án virðisaukaskatts, og jafnframt að eigið fé

Þjóðanda skuli vera jákvætt samkvæmt endurskoðuðum ársreikningi og að ársreikningur síðasta árs skuli vera án athugasemda um rekstrarhæfi. Af ársreikningum varnaraðila Fortis ehf. sé ljóst að félagið uppfylli ekki skilyrði um fjárhagslega stöðu, en meðalvelta síðustu þriggja ára sé um 88 milljónir króna, en samkvæmt skilmálum útboðsins þyrfti ársvelta að vera að meðaltali um 950 milljónir króna. Í minnisblaði komi fram að höfundar þess hafi lagt saman veltu þjóðanda og allra undirverktaka hans við útreikning á meðalveltu, en þar komi ekki fram hverjir þessir undirverktakar hafi verið eða hvort þeir hafi samþykkt að byggt væri á getu þeirra og þeir tekist á hendur ábyrgð á efndum verksamningsins eins og krafa væri gerð um af hálfu varnaraðila, sbr. 3. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016. Af bréfi varnaraðila hinn 24. maí verði þá ráðið að engar slíkar yfirlýsingar hafi verið lagðar fram af hálfu þessara undirverktaka. Kærandi hafi aflað sér upplýsinga frá umræddum undirverktökum sem kannist ekki við að hafa samþykkt að byggt væri á fjárhagslegri getu þeirra eða að þeir hafi tekist á hendur ábyrgð á efndum verksins eða verið þjóðendur með Fortis. Auk þess hafi Fortis fengið þau svör frá varnaraðila hinn 18. mars 2022 að ef hann vildi taka mið af heildarveltu helstu undirverktaka þá yrðu þeir allir að standa saman að tilboðinu, sbr. 2. mgr. 67. gr. laga nr. 120/2016, eða þá að þeir aðilar beri allir ábyrgð á efndum samnings, sbr. 3. mgr. sömu greinar.

Kærandi telur of seint að ætla að breyta tilboði varnaraðila Fortis eftir opnun þannig að hæfi þjóðanda styðjist við getu annarra, auk þess sem kærandi telur að ekki hafi verið staðið rétt að því að byggja á fjárhagslegri getu annarra þar sem ekki hafi legið fyrir samþykki undirverktaka fyrir því að þeir tækjust á hendur ábyrgð á efndum samnings við varnaraðila. Því hafi varnaraðila verið óheimilt að taka tilboði Fortis og félaginu óheimilt að breyta tilboði sínu eftir opnun. Í þessu sambandi vísar kærandi einnig til úrskurðar kæruneftndar útboðsmála nr. 47/2020.

III

Varnaraðili bendir á að á tilboðstíma hafi Fortis lagt fyrirspurn um nánari skýringu á skilmálum útboðsins um hæfi og laut fyrirspurnin m.a. að því hvort litið væri til heildarveltu þjóðenda með veltutölum undirverktaka. Varnaraðili svaraði því til að svo væri, eftir því sem við ætti, sbr. 1. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Jafnframt hafi verið tekið fram í svari varnaraðila að á grundvelli 2. mgr. 67. gr. laga nr. 120/2016 væri fyrirtækjum heimilt að standa sameiginlega að tilboði eða þátttökutillögu. Ef fleiri en tveir aðilar kæmu að tilboði kæmi aðeins einn fram fyrir hönd hinna við framkvæmd samningsins og stæði kaupanda skil, sbr. 2. mgr. 67. gr. laganna, en ef tveir aðilar stæðu saman að tilboði þá bæru þeir sameiginlega ábyrgð á efndum samnings gagnvart kaupanda, sbr. 3. mgr. 76. gr. laganna.

Varnaraðili bendir á að Fortis hafi unnið tvö verk sem teljast sambærileg því sem hér um ræði, þ.e. annars vegar verk að verðmæti 209 milljóna króna og hins vegar verk að verðmæti 315 milljónir króna. Þótt hvorugt þessara verka uppfylli skilyrði útboðsgagna um að hafa verið 70% af tilboði í hið boðna verk, þá hafi þessi krafa útboðsgagna ekki lotið að fjárhagslegu hæfi bjóðanda heldur hafi verið um að ræða skilyrði um tæknilega getu. Markmið varnaraðila með setningu skilyrðisins hafi verið að leita eftir bjóðanda sem hefði reynslu og þekkingu til að takast á við umfang verksins. Þótt orðalag skilmálanna hefði mátt vera skýrara þá hafi það ekki verið tilgangur varnaraðila að útiloka lítil eða meðalstór fyrirtæki frá þátttöku í útboðinu. Við túlkun á hugtakinu bjóðanda við mat á tilboðum hafi verið litið til þess að forsvarsmenn og eigendur Fortis, annars vegar framkvæmdastjóri og hins vegar stjórnarformaður, hefðu báðir stjórnendareynslu af sambærilegum verkefnum. Þótt fyrirtækið sjálf væri tiltölulega ungt þegar litið sé til kennitölu þess, þá sé ljóst að stjórnendur þess og eigendur hafi yfir yfirgripsmikla reynslu af sambærilegum verkefnum á síðustu 10 árum, sem eftir hafi verið leitað. Því hafi varnaraðili talið skilyrði útboðsgagna um tæknilegt hæfi vera uppfyllt. Einnig hafi verið horft til þess að bjóðandi hafi ekki getað ráðið af útboðsgögnum að hæfisskilyrði þetta lyti einvörðungu að fyrirtækinu sjálfu, þ.e. Fortis, og að ekki yrði litið til reynslu fyrirvarsmanna eða starfsmanna bjóðanda, sbr. svar varnaraðila á fyrirspurnartíma, sbr. til hliðsjónar úrskurð kærunefndar útboðsmála nr. 24/2015.

Varnaraðili vísar einnig til þess að við yfirferð tilboðs og fylgigagna vegna mats á fjárhagslegu hæfi Fortis hafi verið ljóst af ársreikningum þess að það uppfyllti ekki kröfur um fjárhagslegt hæfi, þ.e. að meðalvelta bjóðanda síðastliðin 3 ár hafi að lágmarki verið sem næmi 80% af tilboði bjóðanda án virðisaukaskatts. Varnaraðili hafi því kallað eftir skýringum á þessu og skilaði Fortis inn gögnum um fjárhagslegt hæfi undirverktaka, svo sem svar varnaraðila á fyrirspurnartíma, hinn 18. mars 2022, bar með sér að væri heimilt, sbr. 1. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016. Samkvæmt ársreikningum þeirra þriggja undirverktaka, sem varnaraðili hafi lagt fram, var meðaltals ársvelta þeirra árin 2018-2020 yfir þeim fjárhæðarmörkum sem krafist hafi verið í grein 0.2.1 í útboðsgögnum.

Varnaraðili bendir jafnframt á að samkvæmt grein 0.1.11 í útboðsgögnum hafi varnaraðili áskilið sér rétt til að óska eftir endurskoðuðum ársreikningi síðustu tveggja ára. Ársreikningar Fortis hafi hvorki verið áritaðir né endurskoðaðir, en ársreikningar undirverktakanna hafi hins vegar ýmist verið endurskoðaðir eða áritaðir eða bæði, síðustu þrjú árin. Fortis hafi byggt á getu annarra að því er varða fjárhagslegt hæfi, og þar sem bæði ársreikningar Blikksmiðsins ehf. og Lóðapjónustunnar ehf. hafi verið endurskoðaðir, þá hafi varnaraðili talið skilyrði útboðsgagna að þessu leyti uppfyllt. Að auki bendir varnaraðili á að

Þess hafi ekki verið krafist í útboðsgögnum að samþykki undirverktaka lægi fyrir við tilboðsgerð og ekkert í tilboði Fortis hafi gefið til kynna að fleiri en hann stæðu að tilboði. Fortis hafi einungis byggt á getu undirverktaka hvað varðar fjárhagslegt hæfi. Þeirri staðhæfingu kæranda, að undirverktakar hafi ekki samþykkt að starfa með Fortis í umræddu verki, er hafnað af hálfu varnaraðila. Ekki hafi verið gerð krafa um slíkar yfirlýsingar í útboðsgögnum, enda beri bjóðandi ávallt ábyrgð á því að réttar upplýsingar séu veittar við gerð tilboðs. Áðurnefndir þrjú undirverktakar hafi staðfest samstarf við Fortis.

Fortis bendir á að það sé nýtt og vaxandi fyrirtæki. Það uppfylli kröfur greinar 0.2.1 í útboðsgögnum, um að bjóðandi skuli á síðastliðnum 10 árum hafa lokið við a.m.k. eitt sambærilegt verk, þ.e. verk sambærilegs eðlis þar sem upphæð verksamnings hafi að lágmarki verið 70% af tilboði í hið útboðna verk, á grundvelli áralangrar reynslu framkvæmdastjóra og stjórnarformanns þess. Í nýlegri úrskurðarframkvæmd hafi verið lagt til grundvallar að það sé meginregla opinberra innkaupa að öll fyrirtæki skuli eiga þess kost að leggja fram tilboð eða sækja um þátttöku í útboðum á vegum opinberra aðila, sbr. úrskurði kærunefndar útboðsmála nr. 23/2021 og 33/2021. Þessi réttur takmarkist af skilyrðum útboðsgagna sem verði að tengjast efni samnings með málefnalegum hætti og fullnægja kröfum um jafnræði og meðalhóf, sbr. 15. gr. laga nr. 120/2016. Fortis bendir jafnframt á dóm Hæstaréttar í máli nr. 26/2013, en samkvæmt niðurstöðu héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti að þessu leyti með vísan til forsendna, hafi verið talið að heimilt væri að líta til reynslu starfsmanna bjóðanda við mat á því hvort félag stæðist kröfur útboðsgagna um tiltekna reynslu. Auk þess bendir Fortis á að hann hafi byggt tilboð sitt á sameiginlegri fjárhagslegri getu sinni og undirverktaka sinna samkvæmt 1. mgr., sbr. 3. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016. Meðalársvelta kæranda og undirverktaka á árunum 2018 til 2020 hafi verið tæpir 3 milljarðar króna og því hafi þau uppfyllt skilyrði um fjárhagsstöðu samkvæmt útboðsskilmálum. Bendir Fortis í þessu sambandi einnig á svar varnaraðila hinn 18. mars 2022, þar sem rakin hafi verið ákvæði 1. og 2. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016, og telur að slíkt hafi verið heimilt samkvæmt útboðsskilmálum.

IV

Kæra málsins hafði í för með sér sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar samkvæmt 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í 1. mgr. 107. gr. laganna kemur fram að ef ákvörðun um val tilboðs er kærð innan lögboðins biðtíma samkvæmt 86. gr. laganna sé gerð samnings óheimil þar til kærunefnd útboðsmála hefur endanlega leyst úr kærinni. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar getur kærunefnd, hvort heldur að kröfu varnaraðila eða að eigin frumkvæði, ákveðið að aflétta banni við samningsgerð, en við slíka ákvörðun gilda ákvæði 110. gr. laganna

eftir því sem við á. Í því felst að einungis á að viðhalda stöðvun hafi verulegar líkur verið leiddar að broti gegn lögum um opinber innkaup eða reglum settum samkvæmt þeim við tiltekin innkaup sem leitt getur til ógildingar ákvörðunar eða annarra athafna varnaraðila.

Meginregla laga nr. 120/2016 um opinber innkaup er sú að öll fyrirtæki eigi þess kost að leggja fram tilboð eða sækja um þátttöku í útboðum á vegum opinberra aðila, sbr. 1. tl. og 9. tl. 1. mgr. 2. gr. laganna. Ákvæði 69. gr. laganna heimilar þó kaupanda að setja skilyrði fyrir þátttöku fyrirtækja m.a. á grundvelli fjárhagsstöðu, sbr. 71. gr., og á grundvelli tæknilegrar og faglegrar getu, sbr. 72. gr. Þau skilyrði þurfa þó að tengjast efni samnings með málefnalegum hætti og fullnægja kröfum um jafnræði og meðalhóf, sbr. m.a. 15. gr. laganna. Af þessu leiðir að vafi um inntak skilyrða sem þessara verður að meginstefnu metinn bjóðendum í hag.

Varnaraðili setti skilyrði fyrir þátttöku í hinu kærða útboði m.a. um tæknilega getu bjóðenda. Samkvæmt því var það skilyrði fyrir þátttöku í útboðinu að bjóðandi hefði á sl. 10 árum lokið a.m.k. einu sambærilegu verki, en með því var átt við að hann hefði lokið við verkefni svipaðs eðlis og að upphæð þess verksamnings væri að lágmarki 70% af tilboði viðkomandi bjóðanda. Samkvæmt þessu var því einungis gerð krafa um að bjóðendur hefðu lokið einu verki sem fullnægir þessu skilyrði á tiltölulega löngu tímabili. Á þessu stigi máls virðist mega miða við að þessi skilyrði hafi fullnægt kröfum um jafnræði og meðalhóf.

Í málalíbúnaði varnaraðila og Fortis kemur fram að Fortis hafi á sl. 10 árum ekki unnið sambærilegt verk í þessum skilningi. Því er hins vegar haldið fram að eigendur Fortis, sem séu framkvæmdastjóri og stjórnarformaður félagsins, hafi unnið mörg verk sem þessi á umræddu tímabili. Því eigi að horfa til þessara verka og Fortis sé heimilt að byggja á þeim á grundvelli 1. mgr. 76. gr. laga nr. 120/2016.

Af ferilskrár forsvarsmanna Fortis, sem fylgdu tilboði þess, má ráða að þeir hafi gegnt margvíslegum ábyrgðarstöðum við fjölda verkframkvæmda sl. áratug sem hafi iðulega hlaupið á milljörðum og verið allt að 12 milljörðum króna að verðmæti. Hafi þeir gegnt mismunandi hlutverki við þessar framkvæmdir, allt frá því að vera í starfsnámi yfir í að vera með yfirumsjón með heildarframkvæmdum.

Að þessu leyti verður þannig tæpast dregið í efa að forsvarsmenn Fortis hafi reynslu af þátttöku í stórum verklegum framkvæmdum sem starfsmenn. Á hinn bóginn kemur hvergi fram í tilboði Fortis að þeir hafi haft með höndum hina eiginlegu verktöku um umrædd verkefni eða átt aðild að þeim verksamningum sem um þau voru gerð.

Af þessari ástæðu getur vart komið til álita að Fortis geti byggt á reynslu forsvarsmanna þess að þessu leyti. Þannig virðist umrætt skilyrði útboðsgagna afdráttarlaust um að það lúti að reynslu af gerð verksamnings um verk tiltekins eðlis og að tiltekinni fjárhæð. Fær það aukna

stoð í öðrum skilmálum útboðslýsingarinnar sem greina á milli þessa skilyrðis og skilyrða sem lúta að reynslu og þekkingu starfsmanna. Þá er aðild að verksamningi sem verktaki í eðli sínu önnur en aðild að ráðningarsamningi sem starfsmaður.

Af þessu leiðir að Fortis virðist ekki hafa fullnægt skilyrðum um þátttöku í hinu kærða útboði. Þá fæst ekki séð að svör varnaraðila 18. mars 2022 við fyrirspurn Fortis breyti neinu um þessa niðurstöðu. Þau svör voru almenns eðlis og fólu í sér endursögn 76. gr. laga nr. 120/2016 án þess að tekin væri nokkur afstaða til þess hvernig skýra ætti útboðsskilmála að þessu leyti.

Með vísan til þessa, og að virtum fyrirbyggjandi gögnum, verður að miða við, eins og mál þetta liggur fyrir nú, að verulegar líkur standi til þess að brotið hafi verið gegn lögum um opinber innkaup nr. 120/2016 sem leitt geti til ógildingar ákvörðunar varnaraðila. Samkvæmt þessu verður að hafna kröfu varnaraðila og Fortis um að aflétta stöðvun samningsgerðar í hinu kærða útboði, sbr. 2. mgr. 107. gr., sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016.

Ákvörðunarorð

Hafnað er kröfu Garðabæjar og Fortis um að aflétt verði stöðvun samningsgerðar um stundarsakir milli varnaraðila, Garðabæjar og Fortis, í kjölfar útboðs nr. 2106507 auðkennt „Leikskólinn Urriðaholti. Bygging og fullnaðarfrágangur húss og lóðar“.

Reykjavík, 14. júlí 2022

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir