GREINARGERÐ

Kópavogsbæjar

í máli kærunefndar útboðsmála nr. 40/2025

Stjörnugarðar ehf.
gegn
Kópavogsbæ og
Óskataki ehf.

Skjal sótt af '0000000000' dags: 11.11.2026

I. KRÖFUR:

1. Varnaraðili krefst þess að stöðvun samningsgerðar verði aflétt.

2. Varnaraðili krefst þess að öllum kröfum sóknaraðila verði hafnað.

II. MÁLSATVIK:

3. Málið varðar almennt opið útboð nr. 25042774: Vatnsendavegur – Gatnagerð, stígar og undirgöng. Verkið felst í gerð undirganga, gatna, stíga og gangstétta, lagnavinnu, lýsingu og landmótun. Kostnaðaráætlun verksins í heild, þ.e. að meðtöldum hönnunar- og eftirlitskostnaði, er um 460 milljónir króna án vsk.

4. Varnaraðili auglýsti eftir tilboðum með birtingu útboðsgagna á útboðsvef og rann tilboðsfrestur út þann 11. júní 2025. Þann sama dag var opnunarskýrsla birt bjóðendum en samtals sex bjóðendur buðu í verkið. Kærandi og varnaraðili áttu fund þann 23. júní 2025 til nánari útskýringar og skýringa á lágum tilboðsverðum. Þann 27. júní 2025 tilkynnti varnaraðili um val tilboðs kæranda. Í kjölfar þess að Óskatak ehf., sem átti næstlægsta tilboðið í verkið, kærði val tilboðs kæranda tók varnaraðili mat tilboðsins til endurskoðunar og var kæranda tilkynnt um það með tölvupósti þann 2. júlí 2025.

5. Þann 10. júlí 2025 tilkynnti varnaraðili um afturköllun á vali tilboðs kæranda og að tilboð yrðu aftur tekin til mats. Þann 28. júlí 2025 tilkynnti varnaraðili um val á tilboði Óskataks ehf.

6. Kæra kæranda var móttekin hjá nefndinni þann 1. ágúst 2025.

III. MÁLSÁSTÆÐUR:

7. Varnaraðili byggir kröfur sínar á því að ákvörðun um val tilboðs Óskataks ehf. sem tilkynnt var um þann 28. júlí 2025 hafi verið rétt og lögmæt. Jafnframt er á því byggt að varnaraðila hafi verið heimilt að hafna tilboði kæranda sem hafi verið ógilt. Varnaraðili byggir ógildi tilboðs kæranda á ákvæðum útboðsgagna nr. 1.3.7, 1.3.10 og 1.3.11.c. og hafi Óskatak ehf. þannig átt lægsta, gilda og fjárhagslega hagstæðasta tilboð í útboðinu í samræmi við valforsendur sbr. grein 1.4. í útboðsskilmálum.

3.1. Aflétting stöðvunar á samningsgerð.

8. Nefndin getur skv. 2. mgr. 107. gr. laga um opinber innkaup hvort heldur að kröfu varnaraðila eða að eigin frumkvæði, ákveðið að aflétta banni við samningsgerð. Við slíka ákvörðun gilda ákvæði 110. gr. Verður samkvæmt ákvæðinu litið til þeirra einka- og almannahagsmuna sem í húfu eru og hvort þeir hagsmunir séu meiri eða minni en hagsmunir kæranda af því að viðhalda banni við samningsgerð. Áætlað upphaf samnings var 1. júlí 2025 og nauðsynlegt er að hefja verk áður og ná að klára ákveðnum áfanga fyrir veturinn. Með vísun í málsástæður í greinargerð þessari telur varnaraðili almannahagsmuni krefjast þess að stöðvun samningsgerðar verði aflétt.

3.2. Afturköllun ákvörðunar um val tilboðs.

9. Að því er varðar athugasemdir kæranda vegna afturköllunar á fyrri tilkynningu um val á tilboði kæranda þá bendir varnaraðili á að afturköllun var tilkynnt kæranda þann 10. júlí 2025. Í tilkynningu gerði varnaraðili grein fyrir heimild til að kæra ákvarðanir innan 20 daga teldi kærandi ákvörðunina brjóta gegn réttindum hans. Ákvörðun um afturköllun var ekki kærð innan kærufrests en í kæru dags. 1. ágúst 2025 gerir kærandi engar kröfur sem lúta að þeirri ákvörðun að afturkalla ákvörðun um fyrra val. Sú ákvörðun kemur því ekki til endurskoðunar hjá nefndinni.

10. Í málsástæðukafla kæru gerir kærandi athugasemdir við afturköllun ákvörðunar. Því er mótmælt af hálfu varnaraðila að kæranda hafi ekki gefist kostur á að tjá sig um ástæður afturköllunar áður en ákvörðun var tekin. Hið rétta er að varnaraðili sendi kæranda tölvupóst þann 2. júlí 2025 og gerði grein fyrir því að fjárhagslegt hæfi kæranda væri til skoðunar og til greina kæmi að taka tilboð aftur til mats og hafna tilboði kæranda. Gerði varnaraðili kæranda grein fyrir því að samkvæmt kröfu í útboðsskilmálum ætti að leggja fram ársreikninga fyrir árin 2023 og 2024 eða drög að ársreikningi/árshlutareikningi ef ársreikningur 2024 lægi ekki fyrir. Var kæranda veittur frestur til þess að bregðast við erindinu.

11. Kærandi svaraði tölvupóstinum þann 3. júlí 2025 með vísun í tölvupóst Þorsteins Guðjónssonar frá Deloitte. Í pósti þess síðarnefnda kemur fram að um drög sé að ræða og ekki víst að endanleg útgáfa yrði eins. Þá staðfesti Þorsteinn að eigið fé kæranda samkvæmt drögum að ársreikningi fyrir árið 2024, væri jákvætt um sem næmi meira en 5% af tilboðsfjárhæð félagsins í útboðinu. Jafnframt að meðalársvelta síðastliðinna tveggja ára væri hærri en sem næmi 80% af tilboðsfjárhæð kæranda.

12. Þann 4. júlí 2025 svaraði varnaraðili og spurði hvort það væri rétt skilið að svarið við spurningum í fyrri pósti væri neikvætt, þ.e. að framlagður ársreikningur hefði ekki verið unninn af löggiltum endurskoðanda, endurskoðaður af löggiltum endurskoðanda og framlögð drög hafi ekki verið staðfest af löggiltum endurskoðanda um að hann sýndi rétta fjárhagsstöðu um veltu og eigið fé. Fyrirspurninni virðist ekki hafa verið svarað af kæranda en þann 8. júlí 2025 svaraði hann með spurningu um það hver staðan væri og hvort það væri eitthvað meira sem þeir gætu gert.

13. Samkvæmt framansögðu gafst kæranda kostur á andmælum áður en ákvörðun var tekin um afturköllun. Tilboð kæranda var aftur tekið til mats í tilefni af kæru Óskataks ehf. og var því ekki um að ræða aðgerð að frumkvæði varnaraðila til þess að tryggja sér viðbótarumhugsunartíma eða svigrúm til þess að endurskoða ákvörðun sína um val á tilboði. Kæra ákvörðunarinnar þvingaði fram endurskoðun sem leiddi í ljós að tilboð kæranda var ekki gilt og ákvörðunin þar með ógildanleg.

14. Kaupandi í opinberum innkaupum þarf að geta gripið til aðgerða ef í ljós kemur á biðtíma að ekki sé rétt að ganga til samninga við ákveðinn bjóðanda. Ákvörðun kaupanda í slíkum aðstæðum um að taka aftur að eigin frumkvæði ákvörðun um að velja tilboð bjóðanda kemur til greina ef veigamiklar ástæður liggja að baki, s.s. ákvörðun er kærð eða ný gögn leiða í ljós að tilboð bjóðanda sé ekki gilt.

Skjal sótt af '0000000000' dags: 11.11.2026

15. Sú staða var uppi í máli kæranda að athugasemdir og kæra bjóðanda með næstlægsta tilboð leiddi til þess að varnaraðili kom auga á að ársreikningar kæranda voru ekki endurskoðaðir af löggiltum endurskoðanda og að ársreikningarnir væru fyrir árin 2022 og 2023 en ekki 2023 og 2024 eins og krafa var gerð um. Gögn bentu til þess að yfirsjón hafi leitt til þess að ákvörðun væri röng og ógildanleg og að óheimilt væri að ganga til samninga við kæranda. Var því ákvörðun tekin um að afturkalla fyrri tilkynningu um val tilboðs og voru tilboðin tekin aftur til mats.

16. Varnaraðili telur framangreint vera veigamikla ástæðu. Ekki var um annars konar mat að ræða en áður hafði verið framkvæmt. Við fyrra mat höfðu mannleg mistök leitt til þess að framlagðir ársreikningar teldust fullnægjandi sem þeir voru ekki. Sömu ársreikningar voru teknir aftur til skoðunar og var því ekki um að ræða viðbótartíma til þess að láta fara fram mat sem ekki hefði farið fram áður.

17. Samkvæmt framangreindu verður að leggja til grundvallar að ákvörðun varnaraðila um val á tilboði kæranda hafi verið ógildanleg og af þeim sökum sætt afturköllun, sbr. m.a. til hliðsjónar þá meginreglu stjórnsýsluréttar sem birtist í 2. tölul. 25. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og úrskurð nefndarinnar í máli nr. 4/2022. Verður því að leggja til grundvallar að ákvörðun varnaraðila um afturköllun á vali á tilboði kæranda hafi hvorki verið í andstöðu við ákvæði laga nr. 120/2016 né ákvæði útboðsgagna.

18. Í kæru vísar kærandi til máls kærunefndar nr. 16/2011 þar sem kaupandi afturkallaði ákvörðun um val tilboðs án þess að kæra eða önnur gögn hefðu gefið tilefni til endurskoðunar á valinu. Nefndin staðfesti í málinu að dæmi um veigamiklar ástæður væri ný gögn sem leiddu í ljós að tilboð kæranda væri ekki gilt.

3.2. Ógildi tilboðs kæranda.

19. Um hæfi bjóðanda er fjallað í kafla 1.3. í útboðsskilmálum. Þar kemur fram að ef bjóðandi uppfylli ekki allar hæfiskröfur útboðs, teljist tilboð hans ógilt skv. 82. gr. laga um opinber innkaup.

20. Í grein 1.3.7. um fjárhagsstöðu bjóðanda kemur fram að hún skuli vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart varnaraðila. Fram kemur sú krafa að meðalársvelta sl. tveggja ára, þ.e. 2023 og 2024, skyldi vera að lágmarki 80% af tilboði bjóðanda án vsk og jafnframt að eigið fé bjóðanda skyldi vera jákvætt á síðasta ársreikningi um sem næmi 5% af tilboðsfjárhæð bjóðanda. Fram kemur sú krafa að ársreikningar skyldu unnir af löggiltum endurskoðanda og að ársreikningar skyldu jafnframt vera án athugasemda um rekstrarhæfi.

21. Til staðfestingar á því að kröfur um meðalársveltu væru uppfylltar gerði varnaraðili þá kröfu að bjóðandi legði fram með tilboði sínu, annars vegar ársreikning fyrir árið 2023 unninn af löggiltum endurskoðanda, án athugasemda um rekstrarhæfi og hins vegar bar kæranda að leggja fram ársreikning 2024, unnin af löggiltum endurskoðanda, án athugasemda um rekstrarhæfi. Í sama ákvæði útboðsskilmála kemur fram að ef ársreikningur 2024 lægi ekki fyrir þá væri þess í stað heimilt að leggja fram drög að ársreikningi/árshlutareikning og skyldi löggiltur endurskoðandi staðfesta að hann sýndi rétta fjárhagsstöðu um veltu og eigið fé.

22. Til staðfestingar á því að krafa um eigið fé væri uppfyllt gerði varnaraðili þá kröfu að bjóðandi legði fram síðasta ársreikning, þ.e annað hvort ársreikning 2023 eða ársreikning 2024, væri hann tilbúinn, og jafnframt að sá ársreikningur sem lagður yrði fram væri endurskoðaður af löggiltum endurskoðanda án athugasemda.

23. Í sama ákvæði útboðsskilmála kemur fram að bjóðandi megi gera ráð fyrir því að tilboð hans verði metið ógilt sé ársreikningur hans ekki í ársreikningaskrá.

Skjal sótt af '0000000000' dags: 11.11.2026

24. Í þessum hluta tilboðsins lagði kærandi fram þrjú skjöl. Kærandi lagði fram ársreikning 2023 en skjalið er á hverri blaðsíðu merkt sem árshlutareikningur. Líkt og fram kemur að ofan hefur kærandi staðfest að hvorki sé um ársreikning né árshlutareikning að ræða heldur drög að ársreikningi fyrir árið 2023. Þá lagði kærandi fram ársreikning 2022 sem er áritaður af viðskiptafræðingi og að hann sé án áritunar eða endurskoðunar löggilts endurskoðanda. Þá lagði kærandi fram yfirlýsingu um jákvæða eiginfjárstöðu frá nóvember 2023 og er síðast skjalið því ríflega eins og hálfs árs gamalt.

25. Að því er varðar undirverktaka kæranda þá lagði kærandi fram ársreikning hans fyrir árið 2023 sem merktur er að hann sé án endurskoðunar en í grein 1.3.3. í útboðsskilmálum er gerð krafa um að undirverktakar skili sömu skjölum og bjóðendur.

26. Eins og fram kemur að ofan þá sendi varnaraðili tölvupóst til kæranda þann 2. júlí 2025 og vakti athygli hans á kröfum útboðsskilmála um framlagningu ársreikninga fyrir árin 2023 og 2024 eða drög ef ársreikningur 2024 lægi ekki fyrir. Kærandi sendi varnaraðila hvorki áritaða útgáfu af ársreikningi 2023 né drög eða ársreikning 2024.

27. Varnaraðila er ekki heimilt að byggja mat á fjárhagslegu hæfi kæranda á óárituðum og óendurskoðuðum ársreikningi 2022 og drögum að ársreikningi 2023. Gögn sem krafa var gerð um að fylgdu tilboðum bjóðenda fylgdu ekki með tilboði kæranda. Tilboð kæranda var þannig ekki í samræmi við útboðsgögn og ógilt skv. 82. gr. laga um opinber innkaup.

Heilbrigðisáætlun – 1.3.10.

28. Í grein 1.3.10. í útboðsskilmálum kemur fram að bjóðandi skuli vinna samkvæmt skilgreindri öryggis- og heilbrigðisáætlun og því til staðfestingar skyldi bjóðandi leggja fram afrit af slíkum áætlunum eða undirritað loforð um afhendingu þeirra við undirritun verksamnings.

29. Í þessum hluta tilboðsins lagði kærandi fram tvö skjöl. Annars vegnar skjal sem merkt er *Áhættugreining-hellulagnir* og hins vegar skjal sem merkt er *Almenn áhætta við mannvirkjagerð.docx*. Fyrra skjalið ber með sér að vera unnið af fyrirsvarsmanni kæranda um hellulagnir almennt og að þar sé um áhættugreiningu að ræða. Síðarnefnda skjalið ber með sér að vera almennt form fyrir áhættugreiningu í mannvirkjagerð en ótengt því verki sem boðið var í og er greiningin ekki undirrituð af neinum starfsmanni til staðfestingar á því að farið hafi verið yfir áhættugreininguna.

30. Þar sem hvorki áætlun né undirritað loforð um afhendingu áætlunar fylgdu tilboði kæranda uppfyllti tilboðið ekki kröfur útboðsgagna.

Meistarar – 1.3.11.c.

31. Í grein 1.3.11.c. í útboðsskilmálum um tæknilega og faglega getu bjóðanda kemur fram að krafa sé gerð um að bjóðandi hafi á sínum vegum tæknimenntaðan starfsmann sem beri ábyrgð á útsetningum, innmælingum og magntöku. Bjóðandi skuli einnig hafa á sínum vegum starfsmenn með löggildingu sem rafvirkjameistari, pípulagningameistari, múrarameistari, trésmíðameistari og garðyrkjumeistari. Umræddir aðilar skuli hafa nauðsynleg réttindi og/eða löggildingu þ.a. þeir geti sótt um nauðsynleg leyfi. Til staðfestingar á því að þessi krafa sé uppfyllt kemur fram í útboðsskilmálum að bjóðandi þurfi að leggja fram nöfn starfsmanna, hvaða störf þeir kæmu til með að sinna í verki og hvaða réttindi og löggildingu þeir hefðu.

32. Í þessum hluta tilboðsins lagði kærandi fram sex skjöl. Í fyrsta lagi lagði kærandi fram prófskírteini fyrirsvarsmanns um að hann hefði lokið prófi á námskeiði um merkingu vinnusvæða og í öðru lagi

Skjal sótt af '0000000000' dags: 11.11 2026

meistarabréf í skrúðgarðyrkju fyrir sama mann. Í þriðja lagi lagði kærandi fram skjal sem ber með sér að vera leyfi útgefið af ráðherra til einstaklings til notkunar á starfsheitinu verkfræðingur og í fjórða lagi staðfestingu Upplýsingaskrifstofu Íslands að einstaklingurinn hefði lokið prófi í byggingaverkfræði. Í fimmta lagi lagði kærandi fram staðfestingu háskóla á því að einstaklingur hefði lokið prófi á námskeiði um merkingu vinnusvæða. Í sjötta lagi lagði kærandi fram skjal útgefið af Mími símenntum um einstakling sem hafði lokið 300 stunda starfsnámi í jarðlagnatækni.

33. Við mat varnaraðila á hæfni og reynslu bjóðanda í þessum hluta áskildi varnaraðili sér rétt til að taka tillit til hæfni og reynslu eigenda, stjórnenda, lykilstarfsmanna, undirverktaka og sérstakra ráðgjafa bjóðanda og leggja slíka hæfni og reynslu að jöfnu við hæfni og reynslu bjóðandans sjálfs. Í gögnum um reynslu undirverktakans Heildarverks ehf. kemur fram að fyrirsvarsmaður þess félags sé húsasmíðameistari.

34. Með tilboði kæranda fylgdu þannig engin gögn sem gáfu til kynna að uppfyllt væri sú krafa að bjóðandi hefði á sínum vegum starfsmenn með löggildingu sem rafvirkjameistarar, pípulagningameistarar, eða múrarameistarar. Tilboð kæranda uppfyllti þannig ekki kröfur útboðsgagna og telst ógilt. Upplýst er að eftir lok tilboðsfrest og eftir fund kæranda með varnaraðila vegna lágra tilboðsverða þá sendi kærandi fleiri meistarabréf til varnaraðila. Varnaraðila er ekki heimilt að taka tilboði kæranda þannig breyttu.

3.3. Skaðabótaskylda:

35. Þar sem tilboð kæranda er ógilt var ekki raunhæft að það tilboð yrði valið. Þegar af þeirri ástæðu er ekki unnt að viðurkenna skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda.

36. Telji nefndin tilboð kæranda ekki ógilt og þar sem endanlegur samningur hefur ekki enn verið gerður verður ekki útilokað að kærandi verði fyrir valinu sem samningsaðili enda átti kærandi lægsta tilboð í útboðinu. Eru því ekki uppfyllt skilyrði 119. gr. laga um opinber innkaup að möguleikar kæranda, að verða valinn, hafi verið skertir.

IV. FRAMLÖGÐ GÖGN.

37. Af hálfu varnaraðila eru lögð fram eftirfarandi fylgiskjöl:

1) Útboðsskilmálar
2) Opnunarskýrsla
3) Tilkynning um val tilboðs.
4) Tilkynning um afturköllun dags. 10.7.2025.
5) Tilkynning um val tilboðs.
6) Tilboð kæranda dags. 11.6.2025.
    a. Almennar upplýsingar um bjóðanda.
    b. Drög að ársreikningi bjóðanda 2023.
    c. Ársreikningur bjóðanda 2022.
    d. Meðmælabréf Landsbankans.
    e. Skuldleysisyfirlýsing.
    f. Heildarverk – áhættugreining.
    g. Hellulagnir – almennt – áhættugreining.
    h. Umhverfisáætlun.
    i. Sambærileg verkefni síðustu 5 ár.
    j. Reynsla bjóðanda af verkum.
    k. Mímir símenntun – Jarðlagnatækni.

Skjal sótt af '0000000000' dags: 11.11.2026

l. Meistarabréf skrúðgarðyrkju.
m. Opni háskólinn – Merking vinnusvæða ÞKÞ
n. Opni háskólinn – Merking vinnusvæða IFE
o. Starfsleyfi verkfræðings.
p. Viljayfirlýsing um samstarf.
q. Ársreikningur Heildarverks 2023.
r. Helstu verk Heildarverks ehf.

7) Tölvupóstsamskipti 2. júlí til 8. júlí 2025.

V. ÁSKILNAÐUR:

38. Varnaraðili áskilur sér rétt til að hafa í frammi frekari kröfur, málsástæður, röksemdir og lagarök ef þurfa þykir og enn fremur leggja fram gögn á síðari stigum.

18. ágúst 2025

f.h. Kópavogsbæjar.

Steinn Finnbogason
Steinn S. Finnbogason
Lögmaður

Skjal sótt af '0000000000' dags: 11.11 2026