

## **D Ó M U R**

**Héraðsdóms Reykjavíkur 8. maí 2013 í máli nr. E-1032/2013:**

### **Ríkiskaup**

*(Hjördís Halldórsdóttir hrl.)*

### **gegn**

### **Logalandi ehf.**

*(Björn Líndal hdl.)*

### **Beckman Coulter AB**

*(Björn Líndal hdl.)*

### **Fastusi ehf.**

*(Lárus Blöndal hrl.)*

Mál þetta, sem var dómtekið 3. maí sl., er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur af Ríkiskaupum, Borgartúni 7c, Reykjavík á hendur Logalandi ehf., Tunguhálsi 8, Reykjavík, Beckman Coulter AB, Archimedesvägen 7, 16866 Bromma, Svíþjóð og Fastusi ehf., Síðumúla 16, Reykjavík, með stefnu birtri 7. mars 2013.

Stefnandi, Ríkiskaup, gera svofelldar kröfur:

1. Að felldur verði úr gildi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 18. október 2012 í máli nr. 19/2012, Logaland ehf. og Beckman Coulter AB gegn Ríkiskaupum.
2. Að felldur verði úr gildi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 18. október 2012 í máli nr. 25/2011, Logaland ehf. gegn Ríkiskaupum.
3. Að felldur verði úr gildi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 18. október 2012 í máli nr. 20/2012, Fastus ehf. gegn Ríkiskaupum.
4. Að stefndu, Logalandi ehf. og Beckman Coulter AB, verði sameiginlega (in solidum) gert að greiða stefnanda 800.000 krónur auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 26. október 2012 til greiðsludags.

5. Að stefnda, Logalandi ehf., verði gert að greiða stefnanda 200.000 krónur auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 26. október 2012 til greiðsludags.

6. Að stefndu verði dæmdir sameiginlega (in solidum) til að greiða stefnanda málskostnað að skaðlausu að mati dómsins.

Stefndu, Logaland ehf. og Beckman Coulter AB, krefjast sýknu af öllum kröfum stefnanda. Þá krefjast þeir þess að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 verði staðfestur. Að auki krefjast þeir málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Stefndi, Fastus ehf., krefst sýknu af kröfum stefnanda og málskostnaðar að skaðlausu.

I.

Í mars 2011 var auglýst forval fyrir samkeppnisviðræður nr. 14981 „Tækjabúnaður og rekstrarvara fyrir Kjarna- og bráðarannsóknarstofu Landspítala“. Óskað var eftir þátttöku áhugasamra aðila til að taka þátt í samkeppnisviðræðum um kaup á fjárhagslega hagkvæmustu lausn á sviði tækjabúnaðar og rekstrarlausna fyrir nýja kjarna- og bráðarannsóknarstofu Landspítala. Markmið verkefnisins var að endurnýja tækjabúnað rannsóknarstofunnar, skipuleggja rannsóknir Landspítalans með hámarks hagræðingu í huga, og leita eftir lausnum og tillögum framleiðanda til að lágmarka húsnæðis-, tækja- og rekstrarkostnað fyrir rannsóknarstofu Landspítalans. Kostnaðaráætlun verkefnisins var um 860 milljónir króna miðað við rekstur í fimm ár og innifalið í kostnaðaráætlun var tækjakaup, rekstrarvörukaup í fimm ár og þjónustusamningur í fjögur eftir að ábyrgðartíma lyki.

Hinn 22. mars 2011 skilaði stefndi, Fastus ehf., inn þátttökutilkynningu og tveimur dögum seinna eða hinn 24. mars barst þátttökutilkynning frá öðrum stefndu.

Samkeppnisviðræðunum var skipt niður í þrjú áfanga, þ.e. svokallað forval, samkeppnisviðræður og lok samkeppnisviðræðna.

Í fyrsta áfanga viðræðnanna fór fram forval. Markmið forvalsins var að leita eftir hæfum aðilum til að taka þátt í viðræðunum. Í þessum áfanga fengu þátttakendur afhent forvalsgögn þar sem verkefninu var lýst og almennar kröfur til þess settar fram. Í gögnunum kom fram að val á lausnum í samkeppnisviðræðunum myndi grundvallast á gæðum og tæknilegum eiginleikum (60%) og heildarverði (40%). Í þessum áfanga voru þátttakendur valdir til samkeppnisviðræðnanna sem var annar áfanginn.

Með tilkynningu 15. apríl 2011 var stefnda, Logalandi ehf., vísað frá áframhaldandi þátttöku í samkeppnisviðræðunum þar sem félagið uppfyllti ekki kröfur útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi. Hinn 13. maí 2011 var ákvörðunin kærð til kærunefndar útboðsmála sem hinn 14. júní 2011 féllst á stöðvunarkröfu stefnda, Logalands ehf. Ákvörðunin um að vísa stefnda, Logalandi ehf., frá áframhaldandi þátttöku í samkeppnisviðræðunum var síðan felld úr gildi með úrskurði kærunefndar útboðsmála frá 8. ágúst 2011 í máli nr. 11/2011. Þá þegar voru viðræður í öðrum áfanga hafnar við aðra þátttakendur og var stefnda, Logalandi

ehf., kynnt það sem fram hafði farið og valforsendurnar hinn 18. ágúst 2011.

Annar áfangi viðræðanna hófst í apríl 2011. Þá fengu þátttakendur afhent aukin skýringargögn þar sem lýst var efnislega þeim kröfum sem stefnandi gerði til lausna þátttakenda. Í þessum gögnum komu fram kröfur til viðbótar þeim sem settar höfðu verið fram í fyrsta áfanga og um það hvernig þátttakendur áttu að setja fram lausnir sínar eftir gangi viðræðnanna. Þá fóru fram viðræður við þátttakendurnar í því skyni að finna og skilgreina hagkvæmustu lausnir til að uppfylla þarfir kaupandans. Viðræðunefnd, sem skipuð var fulltrúum frá klínískri lífefnafræðideild, heilbrigðis- og upplýsingatæknideild og innkaupadeild Landspítalans, leiddi viðræður þessar við þátttakendur en fulltrúar stefnanda tóku einnig þátt í viðræðunum. Tekið var fram að nefndin myndi m.a. fara í vettvangsferðir til að kanna lausnir þátttakenda. Í lið 1.2.6 í skýringargögnum á dskj. nr. 11 var vikið að valforsendum og þeim skipt í tvo aðalflokka. Annars vegar „verð“ sem gildi 40% og hins vegar „gæði og tæknilegir eiginleikar“ sem gildi 60%. Seinni flokknum var síðan skipt í þrjá matsþætti og undirflokka, sem gerð er grein fyrir í gögnum málsins.

Hinn 24. maí 2011 sendi stefnandi þátttakendum bréf með yfirskriftinni „14981 – Kjarnarannsóknir LSH samkeppnisviðræður“, þar sem lýst var nánar hvernig þátttakendur áttu að setja fram tilboð sín (lausnir). Skyldu þátttakendur skila inn „upplýsingum með einingarverðum“ í síðasta lagi 3. júní 2011. Með bréfinu fylgdi nýr listi yfir valforsendur þar sem þeim hafði verið raðað í „mikilvægisröð“. Með bréfinu fylgdi einnig spurningalisti sem þátttakendur skyldu fylla út.

Tilboðum með aðlöguðum lausnum þátttakenda var skilað 6. janúar 2012 og í kjölfarið áttu sér stað viðræður á tímabilinum 16.-19. janúar 2012. Hinn 9. febrúar 2012 skiluðu allir þátttakendur inn aðlöguðum lausnum á grundvelli þess sem komið hafði fram í viðræðunum fram að því. Stefnandi mat þær lausnir á grundvelli valforsendna og fækkaði þátttakendum úr fimm í þrjá í samræmi við heimild 5. mgr. 31. gr. laga um opinber innkaup. Lausn stefnda, Fastusar ehf., var önnur þeirra lausna sem felld var út á því stigi. Ástæður þess voru aðallega þrjúþættar. Í fyrsta lagi bauð tækjabúnaður félagsins mun færri rannsóknartegundir en tækjabúnaður annarra þátttakenda. Í lausn félagsins vantaði um fjórðung allra rannsóknartegunda sem taldar voru upp í útsendum gögnum. Í öðru lagi voru kæligeymslur ekki tengdar flæðilínu, ólíkt lausnum allra annarra þátttakenda. Í þriðja lagi voru þó nokkur atriði í lausn stefnda talin uppfylla þarfir og kröfur kaupanda síður en lausnir annarra þátttakenda. Fækkun þátttakenda, á því stigi sem stefndi, Fastus ehf., var útilokaður frá frekari viðræðum, byggðist á valforsendum og því hversu fjárhagslega hagkvæm lausn hvers þátttakanda var.

Þriðji áfangi fór fram dagana 16. mars til 2. apríl 2012. Í kjölfar þeirra var þeim þátttakendum sem eftir voru gefinn kostur á að leggja fram endanlegt tilboð. Lokatilboði var skilað 2. apríl 2012.

Hinn 28. júní 2012, tilkynnti stefnandi að ákveðið hefði verið að velja lausn Medor ehf. (Siemens). Jafnframt var stefndu sent bréf þar sem rökstutt var hvers vegna þeirra lausn var hafnað. Þar sem rökstuðningurinn skiptir ekki máli varðandi efnislega niðurstöðu málsins verður ekki gerð frekari grein fyrir honum.

Hinn 6. júlí 2012, kærðu stefndu, Logaland ehf. og Beckman Coulter AB, samkeppnisviðræðurnar til kærunefndar útboðsmála. Gerðar voru þær kröfur að kærunefndin stöðvaði þegar í stað innkaupaferlið og gerð samnings þar til endanlega hefði verið skorið úr um kæru þeirra, að lagt yrði fyrir stefnanda að auglýsa útboðið á nýjan leik, að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda og að stefnanda yrði gert að greiða stefndu kostnað við að hafa kæruna uppi.

Hinn 27. júlí 2012 féllst kærunefnd útboðsmála á stöðvunarkröfu stefndu með ákvörðun. Með úrskurði í máli nr. 19/2012, dags. 18. október 2012, féllst kærunefnd útboðsmála á kröfu stefndu um að lagt yrði fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin að nýju. Einnig var ákvörðun stefnanda um að taka tilboði Medor ehf. felld úr gildi. Þá var kröfu stefnda, um að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda, hafnað. Með úrskurðinum var stefnanda jafnframt gert að greiða stefndu 800.000 kr. í málskostnað. Stefnandi mun hafa greitt málskostnaðinn hinn 26. október 2012.

Í úrskurði nefndarinnar nr. 19/2012 var lagt til grundvallar að þau atriði sem voru grundvöllur að vali tilboða hafi sum hver verið verulega almennt orðuð þar sem skýringargögn hafi ekki gert ljósa grein fyrir nánara inntaki almennt orðaðra matsþátta. Talið var að bjóðendum hefði í mörgum tilvikum verið ógerlegt að átta sig á því fyrir fram hvernig kaupandi hygðist meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Nefndin taldi jafnframt að af rökstuðningi stefnanda fyrir vali á tilboðum mætti ráða að hann hefði enn verið að þróa hugmyndir og kanna lausnir til að fullnægja þörfum sínum eftir að þátttakendum var gefinn kostur á að leggja fram tilboð. Þannig taldi nefndin að valforsendur og vægi forsendna hefði átt að vera skýrara og inntak þeirra og vægi hefði mátt greina með nákvæmari og hlutlægari hætti. Jafnframt er í úrskurði nefndarinnar vísað til þess að við viðræðurnar hafi valforsendum verið breytt, þeim raðað upp á nýtt og að tvær af upphaflegum valforsendum hafi verið felldar út. Með vísan til þessa taldi nefndin rétt að fella úr gildi hinar kærðu samkeppnisviðræður og að leggja fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin á nýjan leik.

Stefndi, Logaland ehf., hafði áður eða með bréfi dags. 2. september 2011 kært samkeppnisviðræðurnar til kærunefndar útboðsmála og krafist þess að innkaupaferlið yrði stöðvað, að nefndin legði fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin að nýju og að hún léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kaupanda. Með ákvörðun, dags. 23. september 2011, neitaði kærunefnd útboðsmála að stöðva innkaupaferlið. Var sú niðurstaða rökstudd með vísan til þess að hinum kærðu samkeppnisviðræðum væri ekki lokið og að stefnandi hefði ekki gefið þátttakendum kost á að leggja fram endanlegt tilboð. Sérstaklega er tekið fram að kærunefnd útboðsmála hefði kynnt sér forvalsgögn fyrir viðræðurnar og þau gögn sem lögð höfðu verið fram að þessum tíma. Var það niðurstaða nefndarinnar að ekki yrði séð, a.m.k. að svo stöddu, að brotið hefði verið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup og því var stöðvunarkröfu stefnda hafnað. Þar sem stefndi, Logaland ehf., kærði samkeppnisviðræðurnar aftur hinn 6. júlí 2012 ákvað kærunefnd útboðsmála að bíða með að kveða upp úrskurð í máli þessu og úrskurða í málunum samhliða. Úrskurður í máli nr. 25/2011 var því kveðinn upp hinn 18. október 2012. Með honum var lagt fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin að nýju, stefnanda var gert að greiða stefnda, Logalandi ehf., 200.000 krónur í málskostnað

en kröfu stefnda um að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda var hafnað. Niðurstaða nefndarinnar í úrskurði í máli nr. 25/2011 er eingöngu rökstudd með vísan til þess að með úrskurði í máli nr. 19/2012 hefði nefndin lagt fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin að nýju.

Stefndi, Fastus ehf., kærði einnig samkeppnisviðræðurnar með bréfi, dags. 9. júlí 2012. Félagið krafðist þess að innkaupaferlið og samningsgerð yrðu stöðvuð, að ákvörðun um að hafna tilboði félagsins og vísa því frá áframhaldandi þátttöku í viðræðunum yrði felld úr gildi, að lagt yrði fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin á nýjan leik, að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kaupanda og að stefnanda yrði gert að greiða málskostnað. Fallist var á stöðvunarkröfu stefnda með ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 27. júlí 2012. Með úrskurði í máli nr. 20/2012, dags. 18. október 2012, féllst kærunefnd útboðsmála á kröfu stefnda um að stefnanda yrði gert að auglýsa innkaupin að nýju. Ákvörðun stefnda um val á tilboði var einnig felld úr gildi. Þá var fallist á kröfu stefnda um málskostnað, en kröfu hans um að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda var hafnað. Líkt og í úrskurði nr. 25/2011 er niðurstaða nefndarinnar í úrskurði nr. 20/2012 aðeins rökstudd með vísan til þess að með úrskurði í máli nr. 19/2012 hefði nefndin lagt fyrir stefnanda að bjóða út innkaupin að nýju.

Stefnandi telur að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 sé haldinn verulegum annmörkum. Þessir annmarkar leiði til þess að úrskurðir nefndarinnar í málum nr. 25/2011 og 20/2012 séu jafnframt haldnir verulegum annmörkum. Vegna þessa telur stefnandi nauðsynlegt að höfða mál þetta til ógildingar á tilgreindum úrskurðum kærunefndar útboðsmála.

## II.

Stefnandi byggir kröfur sínar um að hinir tilgreindu úrskurðir kærunefndar útboðsmála verði felldir úr gildi á eftirfarandi málsástæðum:

### 1. *Almennt*

Stefnandi byggir á því að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 sé haldinn mörgum annmörkum sem alla verði að telja verulega. Byggt sé á því að sérhver þeirra leiði til þess að fella beri úrskurð nefndarinnar úr gildi.

Stefnandi gerir jafnframt þær kröfur að úrskurðir kærunefndar útboðsmála í málum nr. 25/2011, Logaland ehf. gegn Ríkiskaupum, og 20/2012, Fastus ehf. gegn Ríkiskaupum, verði felldir úr gildi. Niðurstaða nefndarinnar í tilgreindum úrskurðum sé í báðum tilvikum byggð á úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012, án frekari rökstuðnings. Stefnandi byggir á því að verði fallist á að fella beri úr gildi úrskurð nefndarinnar í máli nr. 19/2012 leiði það jafnframt til þess að fella beri úr gildi úrskurði hennar í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

### 2. *Kærufrestur var liðinn*

Úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 sé að mestu leyti byggður á ætluðum annmörkum á tilgreiningu valforsendna í samkeppnisviðræðunum. Að

mati kærunefndar útboðsmála hafi ekki verið endanlega ljóst hvernig staðið yrði að vali tilboða fyrr en tilkynnt hafi verið um það og valið rökstutt af hálfu stefnanda. Nefndin hafi talið að það tímamark væri upphaf kærufrests og að því hafi kæra verið borin undir nefndina áður en kærufrestur hafi verið liðinn. Á þessa niðurstöðu kærunefndar útboðsmála geti stefnandi ekki fallist.

Samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup skuli kæra borin undir kærunefnd útboðsmála innan fjögurra vikna frá því að kærandi hafi vitað eða hafi mátt vitað um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Ákvæði þetta sé sérákvæði sem gangi framur 27. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Við túlkun á ákvæðinu sé því mikilvægt að líta til þeirra sjónarmiða sem liggja því að baki. Í athugasemdum með frumvarpi því er hafi orðið að lögum nr. 84/2007 sé tekið fram að það væri bagalegt, með tilliti til opinberra og einkaréttarlegra hagsmuna, ef ákvörðun kaupanda, t.d. um tiltekið innkaupaferli, kynni að verða felld úr gildi á síðustu stigum ferilsins sem ættu sér stað löngu síðar. Áréttað sé að í opinberum innkaupum sé oft á tíðum sérlega mikilvægt að ekki sé fyrir hendi óvissa um gildi tiltekinna ákvarðana og að það standi sérstök rök til þess að fyrirtæki bregðist skjótt við ætluðum brotum.

Af þessum ummælum í greinargerð megi ráða að ákvæðið feli í sér sérákvæði um kærufrest sem túlka beri með þeim hætti að upphaf hans eigi að miða við fyrsta mögulega tímamark. Í þessu sambandi verði að benda á að í fyrri framkvæmd kærunefndar útboðsmála hafi verið talið að túlka beri ákvæðið með þessum hætti. Niðurstaða nefndarinnar um kærufrest sé því í hróplegu ósamræmi við bæði lögskýringargögn og fyrri framkvæmd hennar.

Valforsendur og önnur gögn samkeppnisviðræðnanna hafi verið kynnt fyrir stefnda, Logalandi ehf., hinn 18. ágúst 2011 á upplýsingafundi í kjölfar úrskurðar kærunefndar útboðsmála, dags. 8. ágúst 2011, þar sem ákvörðun stefnanda um að vísa Logalandi frá áframhaldandi þátttöku í viðræðunum hafi verið ógilt. Hinn 18. ágúst 2011 hafi því stefndi, Logaland ehf., vitað eða mátt vita um tilgreiningu valforsendna í viðræðunum. Hafi kærufrestur því verið liðinn hvað varði valforsendur þegar félagið hafi kært framkvæmd samkeppnisviðræðnanna hinn 6. júlí 2012.

Þar sem kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup hafi verið liðinn þegar kæra stefnda, Logalands ehf., hafi borist kærunefnd útboðsmála hinn 6. júlí 2012 beri að fella úr gildi úrskurð nefndarinnar í máli nr. 19/2012 og þar með einnig úrskurði í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

Stefnandi byggir jafnframt á því að kærufrestur hafi verið liðinn þegar kæra stefnda, Fastusar ehf., hafi borist 9. júlí 2012. Stefnda, Fastusi ehf., hafi í síðasta lagi verið kunnugt um valforsendur hinn 24. maí 2011. Þá verði jafnframt að líta til þess að lausn stefnda hafi verið felld út úr viðræðunum í lok febrúar 2012. Kærufrestur hafi því verið löngu liðinn þegar kæra stefnda, Fastusar ehf., hafi borist kærunefnd útboðsmála.

## 2. Rökstuðningur kærunefndar útboðsmála er haldinn verulegum annmörkum

Í 95. gr. laga um opinber innkaup sé fjallað um meðferð kæru og gagnaöflun fyrir kærunefnd útboðsmála. Í ákvæðinu sé ekki vikið að rökstuðningi úrskurða

nefndarinnar. Í 8. mgr. ákvæðisins sé hins vegar mælt fyrir um að þar sem ákvæðum laga um opinber innkaup sleppi fari málsmeðferð fyrir kærunefnd útboðsmála eftir stjórnarsýslulögum nr. 37/1993.

Úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 hafi fylgt samhliða rökstuðningur eins og ávallt skuli fylgja úrskurðum á kærustigi, sbr. 4. mgr. 21. gr. stjórnarsýslulaga. Í 22. gr. laganna sé mælt fyrir um hvaða atriði skuli koma fram í slíkum rökstuðningi. Í 1. mgr. ákvæðisins sé mælt fyrir um að þegar ákvörðun byggist á mati skuli greina frá þeim meginþingarmíðum sem ráðandi hafi verið við matið. Stefnandi byggir á því að það hafi ekki verið gert í úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012. Í úrskurði nefndarinnar sé vísað til þess að atriði, sem hafi verið grundvöllur að vali á tilboði, hafi „sum hver“ verið verulega almennt orðuð og að skýringargögn hafi ekki gert skýrlega grein fyrir nánara inntaki almennt orðaðra matsþátta. Þetta sé talið hafa leitt til þess að bjóðendum hafi í „mörgum tilvikum“ verið ógerlegt að átta sig á því fyrir fram hvernig kaupandi hygðist meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Þá sé vísað til þess að rökstuðningur stefnanda fyrir vali á tilboðum hafi gefið til kynna að hann hafi enn verið að þróa hugmyndir og kanna nýjar lausnir til að fullnægja þörfum sínum eftir að þátttakendum hafi verið gefinn kostur á að leggja fram tilboð. Nefndin komist síðan að þeirri niðurstöðu að valforsendur og vægi forsendna hafi átt að vera skýrari og að inntak þeirra og vægi hafi mátt greina með nákvæmari og hlutlægari hætti. Þessi niðurstaða nefndarinnar sé ekki rökstudd frekar.

Samkvæmt framangreindu sé í úrskurði kærunefndar útboðsmála aðeins greint frá því að tilteknir annmarkar hafi verið á valforsendum. Þannig sé ekki tilgreint við hvaða valforsendur séu gerðar athugasemdir, ekki rökstutt hvers vegna þær hafi ekki uppfyllt skilyrði laga um opinber innkaup eða hvers vegna einstaka matsþættir séu haldnir annmörkum. Vegna þessara annmarka á rökstuðningi kærunefndar útboðsmála veiti hann afar takmarkaða vitneskju um hvaða aðstæður hafi leitt til framangreindrar niðurstöðu. Rökstuðningur nefndarinnar sé því haldinn verulegum annmörkum sem leiði til þess að fella beri úrskurð nefndarinnar í máli nr. 19/2012 úr gildi og þar með úrskurði í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

### *3. Kærunefnd útboðsmála hafði áður talið valforsendur í samræmi við lög um opinber innkaup*

Í ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 23. september 2011 í máli nr. 25/2011 hafi nefndin fjallað um kröfu stefnda, Logalands ehf., um að samkeppnisviðræðurnar yrðu stöðvaðar þangað til endanlega hefði verið skorið úr um kæru hans. Í ákvörðuninni sé m.a. komist að eftirfarandi niðurstöðu: „Kærunefnd útboðsmála hefur kynnt sér forvalsgögn fyrir viðræðurnar og þau gögn sem lögð hafa verið fram í viðræðunum til þessa. Ekki verður séð að kærði hafi, a.m.k. ekki að svo stöddu, brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup og verður því að hafna kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferilsins.“

Ljóst sé að á þessum tíma hafi forvalsgögn, skýringargögn og valforsendur í mikilvægisröð verið komnar fram í viðræðunum. Kærunefnd útboðsmála taki sérstaklega fram að nefndin hafi kynnt sér þessi gögn og komist síðan að þeirri niðurstöðu að stefnandi hefði ekki brotið gegn lögum um opinber innkaup. Rúmu ári síðar komist nefndin hins vegar að þeirri niðurstöðu í úrskurði, í máli nr. 19/2012, að þessi sömu gögn, sem hafi ekkert breyst á þessu tímabili, hafi ekki

uppfyllt skilyrði laganna.

Stefnandi byggir á því að þessi breyting á afstöðu nefndarinnar fái ekki staðist og að framangreind niðurstaða, um að gögn samkeppnisviðræðnanna hafi verið í samræmi við lög um opinber innkaup, hafi verið bindandi fyrir nefndina. Þannig byggir stefnandi á því að ef kærunefnd útboðsmála hefur frjálssar hendur til að gera slíkar breytingar leiði það til óviðunandi réttaróvissu, líkt og raunin hafi verið í því tilviki sem hér sé til umfjöllunar. Stefnandi byggir á því að vegna þessa sé verulegur annmarki á úrskurðum kærunefndar útboðsmála og því beri að fella þá úr gildi.

Verði hins vegar talið að kærunefnd útboðsmála hafi verið heimilt að breyta afstöðu sinni með þessum hætti byggir stefnandi á því að nefndin hafi brotið gegn andmælarétti hans við töku þeirrar ákvörðunar. Þar sem til hafi staðið að breyta afstöðu nefndarinnar til gagna samkeppnisviðræðnanna hafi verið nauðsynlegt að gefa stefnanda kost á að tjá sig um þá mögulegu breytingu sérstaklega. Það hafi ekki verið gert og því sé um að ræða verulegan annmarka á úrskurðum nefndarinnar og beri þar af leiðandi að fella þá úr gildi. Þá sé um að ræða brot gegn rannsóknarreglu stjórnsluréttarins af sömu ástæðu.

Stefnandi byggir jafnframt á því að verulegir annmarkar séu á rökstuðningi kærunefndar útboðsmála fyrir þessari breytingu á afstöðu hennar. Nánar tiltekið sé hvergi í úrskurðum nefndarinnar að finna rökstuðning fyrir því hvers vegna hún hafi talið nauðsynlegt að komast að annarri niðurstöðu um gögn samkeppnisviðræðnanna en hún hafi áður gert með ákvörðun í máli nr. 25/2011. Því beri að fella úrskurðina úr gildi.

#### 4. *Tilboð stefnda, Logalands ehf. og Beckman Coulter AB, var ógilt*

Kærunefnd útboðsmála hafi komist að þeirri niðurstöðu í úrskurði sínum í máli nr. 19/2012 að stefnanda hafi ekki verið rétt að meta tilboð stefndu, Logalands ehf. og Beckman Coulter AB, ógilt. Á þessa niðurstöðu nefndarinnar geti stefnandi ekki fallist.

Lokatilboð Logalands ehf. og Beckman Coulter AB hafi ekki innihaldið staðla (*e. Calibrators*) fyrir almenna kemíu og lyfjamælingar, þynningarvökva og klór. Um sé að ræða atriði sem séu nauðsynleg til reksturs rannsóknartækja. Gerð hafi verið ófrávíkjanleg krafa um að tilboð þátttakenda innihéldu alla rekstrarvöru. Tilboðið hafi því verið ógilt.

Kærunefnd útboðsmála hafi hins vegar talið að stefndu, og aðrir þátttakendur sem ekki hafi verið vísað frá viðræðunum, hafi mátt líta svo á að við lok hinna „eiginlegu viðræðna“ hafi verið ljóst að lausnir eftirstandandi þátttakenda stæðust allar kröfur kaupanda. Þannig hafi þátttakendur mátt ganga út frá því að í lokaáfangi innkaupaferilsins yrði einungis valið á milli hagkvæmstu tilboða sem öll hafi byggt á gildum lausnum. Nefndin hafi þannig talið að stefndu hafi mátt treysta því að í lokaáfangi innkaupaferilsins væri lausn þeirra gild. Þessi niðurstaða nefndarinnar sé röng.

Stefnandi vill í þessu sambandi áréttta það sérstaklega að hvergi í lögum um opinber innkaup sé mælt fyrir um það að þátttakendur í opinberum innkaupum megi treysta

Því að endanleg tilboð þeirra séu gild. Þess konar fyrirkomulag yrði enda bæði óheppilegt og órökrétt þar sem ábyrgð á tilboðum bjóðenda í opinberum innkaupum verði vart lögð á kaupanda. Bjóðendur í opinberum innkaupum verði að bera ábyrgð á tilboðum sínum.

Í 7. mgr. 31. gr. laga um opinber innkaup segi að þegar kaupandi hafi lýst því yfir að viðræðum sé lokið og tilkynnt það þátttakendum skuli hann gefa þátttakendum kost á að leggja fram endanleg tilboð með hliðsjón af þeim lausnum sem kynntar hafi verið í viðræðunum. Í ákvæðinu sé síðan mælt fyrir um að tilboð þessi skuli hafa að geyma öll þau atriði sem nauðsynleg séu til að hrinda samningi í framkvæmd. Stefndu, Logalandi ehf. og Beckman Coulter AB, hafi ásamt tveimur öðrum bjóðendum verið veittur kostur á að leggja fram endanlegt tilboð með hliðsjón af þeirri lausn sem kynnt hafi verið í viðræðunum. Stefndu hafi lagt fram slíkt tilboð án framangreindra atriða sem nauðsynleg hafi verið til að hrinda samningnum í framkvæmd. Tilboðið hafi því ekki uppfyllt skilyrði 7. mgr. 31. gr. laga um opinber innkaup og hafi því verið ógilt.

Kærunefnd útboðsmála hafi hins vegar jafnframt vísað til þess að þau atriði, sem stefnandi hafi talið valda ógildi tilboðsins, hefðu verið innan þess svigrúms sem kveðið sé á um í 7. mgr. 31. gr. laga um opinber innkaup. Nefndin hafi með þessu verið að vísa til heimildar þátttakenda til að skýra, skilgreina og laga til tilboð sín eftir beiðni kaupanda svo lengi sem slíkt feli ekki í sér breytingar á grundvallarþáttum tilboðs þannig að samkeppni sé raskað eða um mismunun verði að ræða. Stefndandi byggir hins vegar á því að þær lagfæringar sem stefndu hafi gert á tilboði sínu hafi verið umfram það svigrúm sem mælt sé fyrir um í 7. mgr. 31. gr. laga um opinber innkaup, enda hafi grundvallarþáttum tilboðsins verið raskað með þeim. Þannig hafi umræddar lagfæringar leitt til þess að verðtilboð stefndu hafi hækkað. Verð sé óumdeilanlega einn af grundvallarþáttum tilboðs í opinberum innkaupum. Lagfæringar á slíkum grundvallarþætti séu ótvírætt til þess fallnar að raska samkeppni. Ákvæði 7. mgr. 31. gr. laga um opinber innkaup hafi því ekki veitt stefndu heimild til að lagfæra þá þætti tilboðsins sem um ræði.

Af framangreindu sé ljóst að endanlegt tilboð stefndu hafi verið ógilt. Vegna þessa sé niðurstaða kærunefndar útboðsmála efnislega röng og því sé úrskurður hennar í máli nr. 19/2012 haldinn verulegum annmörkum. Beri því að fella úrskurð nefndarinnar úr gildi og þar með úrskurði nefndarinnar í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

##### *5. Tilgreining valforsendna í samkeppnisviðræðum*

Í úrskurði kærunefndar útboðsmála sé lagt til grundvallar að allar sömu meginreglur gildi um val tilboða í samkeppnisviðræðum og almennt í útboðum og að við val á tilboði beri kaupanda þannig að fara eftir reglum um valforsendur sem fram komi í 45. og 72. gr. laganna. Af rökstuðningi nefndarinnar verði ekki annað séð en að við túlkun á ákvæðum laganna um valforsendur hafi ekki verið tekið tillit til sjónarmiða sem óumflýjanlega leiði af eðli samkeppnisviðræðna sem innkaupaferils.

Í 2. mgr. 45. gr. laga um opinber innkaup sé mælt fyrir um að skilgreina skuli valforsendur eins nákvæmlega og framast sé unnt. Orðalag ákvæðisins veiti bersýnilega svigrúm til mats sem gefi til kynna að meta verði í hverju tilviki hversu

nákvæmlega unnt sé að tilgreina valforsendur. Í þessu sambandi verði að líta til þess að um samkeppnisviðræður hafi verið að ræða, en slíku innkaupaferli sé aðeins beitt þegar um sérstaklega flókinn samning sé að ræða í skilningi laga um opinber innkaup. Um sérstaklega flókinn samning sé að ræða þegar ekki sé mögulegt með hlutlægum hætti að skilgreina þau tæknilegu atriði sem fullnægt geti þörfum eða markmiðum kaupanda. Stefnandi byggir á því að með sama hætti verði valforsendur í samkeppnisviðræðum að vera almennari vegna þess hve flókin innkaupin séu. Jafnframt verði valforsendur að fela í sér ákveðinn sveigjanleika þar sem eðli samkeppnisviðræðna sé að kaupandi hefji viðræður við þátttakendur með það fyrir augum að slá því föstu með hvaða hætti þörfum hans verði best fullnægt.

Stefnandi byggir á því að þar sem ekki verði séð að kærunefnd útboðsmála hafi litið til framangreindra sjónarmiða um samkeppnisviðræður við beitingu ákvæðis 45. gr. laga um opinber innkaup sé úrskurður hennar í máli nr. 19/2012 haldinn verulegum annmarka. Beri því að fella hann úr gildi og þar með úrskurði hennar í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

#### *6. Tilgreining valforsendna í samkeppnisviðræðunum var í samræmi við lög um opinber innkaup*

Eins og áður hafi verið fjallað um sé í rökstuðningi kærunefndar útboðsmála ekki greint frá því við hvaða valforsendur séu gerðar athugasemdir. Rökstuðningur nefndarinnar veiti því takmarkaða vitneskju um hvaða aðstæður hafi leitt til niðurstöðu nefndarinnar. Leiði það til þess að umfjöllun um niðurstöðu hennar sé erfiðleikum bundin. Stefnandi leyfir sér hins vegar að fullyrða að hún sé röng og að tilgreining valforsendna hafi að öllu leyti verið í samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup.

Í forvalsgögnum hafi verið greint frá því að valforsendur í samkeppnisviðræðunum hafi grundvallast annars vegar á gæðum og tæknilegum eiginleikum (60%) og hins vegar á heildarverði (40%). Í skýringargögnum sem afhent hafi verið þeim sem valdir hafi verið til þátttöku í viðræðunum hafi valforsendur verið skilgreindar nánar þannig að gæðum og tæknilegum eiginleikum hafi verið skipt í þrjá þætti, þ.e. rannsóknartæki (30%), tækjabúnað fyrir forgreiningar- og efnagreiningarfasa ásamt flæðilínu (20%) og hugbúnað og nettengingu tækjabúnaðar (10%). Í útsendum gögnum til þátttakenda hafi komið fram tilteknir matsþættir undir hverjum framangreindra liða og hafi þeim verið raðað í mikilvægisröð. Þá hafi valforsendurnar verið skýrðar enn frekar með spurningalista þar sem þátttakendur hafi verið inntir eftir svörum við atriðum tengdum hverjum þætti valforsendnanna.

Stefnandi byggir á því að framangreind tilhögun við tilgreiningu valforsendna hafi verið í fullu samræmi við kröfur laga um opinber innkaup. Eins og áður segir verði við túlkun á 45. gr. laga um opinber innkaup að hafa hliðsjón af eðli samkeppnisviðræðna. Sé slík túlkun lögð til grundvallar telji stefnandi ljóst að tilgreining valforsendna hafi verið í samræmi við kröfur laga um opinber innkaup. Þannig hafi hvorki inntak né vægi valforsendna verið óskýrt.

Jafnvel þótt talið verði að gera eigi almennar kröfur til valforsendna byggir stefnandi á því að tilgreining þeirra hafi verið í fullu samræmi við þær kröfur sem almennt séu gerðar við opinber innkaup. Með vísan til framangreinds byggir stefnandi á því að niðurstaða kærunefndar úrboðsmála í úrskurði nr. 19/2012 sé

haldin verulegum annmarka. Beri því að fella úrskurð nefndarinnar úr gildi og þar með úrskurði hennar í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

7. *Hugmyndir voru ekki þróaðar og nýjar lausnir ekki kannaðar eftir að þátttakendum var gefinn kostur á að leggja fram tilboð*

Í niðurstöðu kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 sé lagt til grundvallar að ráða megi af rökstuðningi stefnanda fyrir vali á tilboðum að hann hafi enn verið að þróa hugmyndir og kanna nýjar lausnir til að fullnægja þörfum sínum eftir að þátttakendum hafi verið gefinn kostur á að leggja fram tilboð. Eins og fjallað hafi verið um hér að framan sé þessi ályktun nefndarinnar ekki rökstudd frekar og sé stefnanda því erfitt að gera sér grein fyrir þýðingu hennar. Stefnandi leyfir sér hins vegar að fullyrða að hugmyndir hafi ekki verið þróaðar og nýjar lausnir ekki kannaðar eftir að þátttakendum hafi verið gefinn kostur á að leggja fram tilboð.

Í rökstuðningi stefnanda fyrir vali á tilboðum sé einungis að finna samanburð á lausnum þátttakenda. Sams konar rökstuðning sé að finna í rökstuðningi stefnanda fyrir höfnun tilboða annarra þátttakenda. Samanburðurinn hafi falist í því að meta hvort lausnir bjóðenda hafi hentað þörfum kaupanda betur eða síður en lausnir annarra þátttakenda. Þannig hafi ekki verið um að ræða þróun á hugmyndum eða könnun á nýjum lausnum eftir að tilboð hafi verið lögð fram. Einungis hafi verið metið hvernig lausnir þátttakenda hafi hentað þörfum kaupanda með hliðsjón af valforsendum og lausnum annarra þátttakenda.

Framangreind ályktun kærunefndar útboðsmála sé samkvæmt framangreindu röng og leiði til þess að úrskurður hennar í máli nr. 19/2012 sé haldinn verulegum annmarka. Beri því að fella hann úr gildi og þar með úrskurði kærunefndar í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

8. *Valforsendum var ekki breytt og rangt er að segja að tvær þeirra hafi verið felldar út*

Kærunefnd útboðsmála leggi það jafnframt til grundvallar niðurstöðu sinni að valforsendum hafi verið breytt og þeim raðað upp á nýtt eftir því sem samkeppnisviðræðunum vatt fram. Stefnandi telur þessa niðurstöðu nefndarinnar ranga eða í það minnsta villandi. Valforsendum samkeppnisviðræðanna hafi ekki verið breytt. Grunnur að þeim hafi verið settur fram í forvalsgögnum og þær síðan nánar tilgreindar í skýringargögnum sem afhent hafi verið þátttakendum í öðrum áfanga viðræðanna, en í þeim áfanga hafi matsþáttum verið raðað í mikilvægisröð. Rétt sé að áréttta að matsforsendur hafi verið tilgreindar áður en þátttakendur hafi gert grein fyrir lausnum sínum. Niðurstaða kærunefndar útboðsmála sé því efnislega röng og því verði að telja að úrskurður hennar í máli nr. 19/2012 sé haldinn verulegum annmarka sem leiði til þess að fella beri hann úr gildi.

Í úrskurði nefndarinnar sé einnig vísað til þess að tvær af upphaflegum valforsendum hafi verið felldar út. Þessi niðurstaða nefndarinnar sé sett fram án nánari tilgreiningar á því hvaða valforsendur sé átt við. Erfitt sé því fyrir stefnanda að vita með vissu hvaða valforsendur sé um að ræða en telja verði að hér sé nefndin að vísa til matsþáttanna „Uppskipting sýna“ og „Strikamerking sýna eftir uppskiptingu“. Sé það raunin byggir stefnandi á því að þessi niðurstaða nefndarinnar sé röng.

Hið rétta sé að í viðræðunum hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að Landspítalinn hefði ekki þörf fyrir þennan búnað. Með öðrum orðum hafi því verið slegið föstu í viðræðunum hvernig þörfum kaupanda yrði best fullnægt. Vegna þessarar niðurstöðu viðræðnanna hafi verið farin sú leið að gefa öllum þátttakendum fullt hús fyrir umrædda matsþætti þegar tilboð þeirra hafi verið metin. Þannig sé alrangt að segja að þeir hafi verið felldir út og gefa það í skyn að framkvæmd viðræðnanna hafi verið haldin annmörkum vegna þessa. Niðurstaða nefndarinnar hvað þetta varði sé því efnislega röng og þar af leiðandi sé úrskurður hennar haldinn verulegum annmörkum. Því beri að fella úrskurð nefndarinnar í máli nr. 19/2012 úr gildi og þar með úrskurði nefndarinnar í málum nr. 25/2011 og 20/2012.

#### *9. Fjárkröfur stefnanda á hendur stefndu Logalandi ehf. og Beckman Coulter AB*

Fjárkröfur sínar á hendur stefndu Logalandi ehf. og Beckman Coulter AB byggir stefnandi á því að fella beri úrskurði kærunefndar útboðsmála í málum nr. 25/2011 og 19/2012 úr gildi. Færð hafa verið rök fyrir þessari niðurstöðu hér að framan. Með úrskurði í máli nr. 19/2012 hafi stefnanda verið gert að greiða stefndu Logalandi ehf. og Beckman Coulter AB 800.000 krónur í málskostnað. Stefnandi hafi greitt stefndu málskostnaðinn hinn 26. október 2012. Þar sem fella beri úrskurðinn úr gildi gerir stefnandi þá kröfu að stefndu verði sameiginlega (in solidum) gert að greiða stefnanda 800.000 krónur, auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 26. október 2012 til greiðsludags.

Með úrskurði í máli nr. 25/2011 hafi stefnanda verið gert að greiða stefnda Logalandi ehf. 200.000 krónur í málskostnað. Stefnandi hafi greitt stefnda málskostnaðinn þann 26. október 2012. Þar sem fella beri úrskurðinn úr gildi gerir stefnandi þá kröfu að stefnda verði gert að greiða stefnanda 200.000 krónur auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 26. október 2012 til greiðsludags.

### III.

Stefndu, Logaland ehf. og Beckman Coulter AB, taka eftirfarandi fram varðandi málsástæður og lagarök stefnanda.

*Um málsástæðu nr. 1.* Stefndu hafna því að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 hafi verið haldinn annmörkum sem leitt geti til þess að fella beri úrskurðinn úr gildi, sbr. síðar. Þá sé því mótmælt að fella beri úr gildi úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 25/2011.

*Um málsástæðu nr. 2.* Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda að kærufrestur hafi verið liðinn samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup þegar hann hafi lagt fram kæru í máli nr. 19/2012 hinn 6. júlí 2012. Í úrskurði kærunefndar

Útboðsmála komi skýrt fram að atvikum við framkvæmd samkeppnisviðræðnanna hafi verið þannig háttað að þátttakendum í viðræðunum hafi ekki mátt vera ljóst hvernig endanlega yrði staðið að vali tilboða fyrr en tilkynnt hafi verið um það og valið rökstutt af hálfu stefnanda 28. júní 2012.

Þá segi í úrskurðinum að „m. a. með hliðsjón af rökstuðningi kærða á vali tilboðs, að valforsendur og vægi forsendna hefðu átt að vera skýrari og inntak þeirra og vægi hafi mátt greina með nákvæmari og hlutlægari hætti“. Orðalagið sýni að það sé fyrst þegar rökstuðningur stefnanda liggja fyrir hinn 28. júní 2012 að ljóst sé, að vægi inntaks valforsendna hafi verið óskýrt og hafi ekki uppfyllt kröfur laga um opinber innkaup. Í greinargerð stefndu með kæru frá 17. júlí 2012 komi líka skýrt fram að athugasemdir þeirra lúti í verulegum atriðum að rökstuðningi stefnanda fyrir vali á tilboði og höfnun á tilboði þeirra. Þeim hafi því verið ókleift að kæra val á tilboði fyrr en að hafa kynnt sér umræddan rökstuðning.

Loks megi vísa til þess að nán tengsl séu á milli vals tilboðs og forsendna fyrir vali á tilboði en um þessi atriði sé fjallað í 45. og 72. gr. laga um opinber innkaup. Þegar innkaupaferlið sé byggt á samkeppnisviðræðum þar sem breytingar geti orðið á afstöðu kaupanda meðan viðræður vari sé ljóst að þessi tengsl séu enn nánari og verði vart slitin í sundur.

*Um málsástæðu nr. 3.* Stefnandi haldi því fram að í úrskurði kærunefndar útboðsmála nr. 19/2012 hafi þess ekki verið gætt að greina frá þeim meginsjónarmiðum sem hafi ráðið niðurstöðu hennar í málinu í samræmi við áskilnað 1. mgr. 22. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Stefndu geti ekki fallist á þau sjónarmið sem stefnandi reifi til stuðnings þessari málsástæðu.

Hafa beri í huga að stefnandi sé sú stofnun ríkisins sem annist stærri innkaup fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki, sbr. 85. gr. laga um opinber innkaup. Hafi stofnunin látið svipað orðalag, sem hún vísi til, í úrskurðum kærunefndar, óátalið í ýmsum málum og boðað til nýs útboðs. Dæmi um slíka úrskurði kærunefndar séu mál nr. 20/2009 og mál nr. 2/2010 þar sem stefnandi hafi ekki farið þá leið, sem hann hafi nú valið, og talið rökstuðning kærunefndar fullnægjandi.

Jafnframt ber að hafa í huga að úrskurður kærunefndar útboðsmála myndi eina heild og niðurstöður úrskurðar verði að lesa í samhengi við aðra kafla, bæði málavaxtalýsingu og málsástæður kæranda og kærða. Varpi þessir kaflar frekara ljósi á niðurstöðukafla úrskurðarins og skýri frekar þau sjónarmið sem kærunefndin leggi til grundvallar úrskurðinum.

Þá hafi stefnandi undir höndum öll gögn kærumálsins sjálfs eins og stefna og skrá hans yfir framlögð gögn í máli þessu beri með sér. Honum, sem stjórnvaldi sérhæfðu á sviði opinberra innkaupa, hljóti því að vera ljóst hvernig eigi að skilja þau meginsjónarmið sem búi að baki úrskurðinum og hver þau atriði sem hafi farið aflaga við alla framkvæmd samkeppnisviðræðnanna.

Stefndu mótmæla þessari málsástæðu stefnanda og telja hagsmuni sína af því að fá niðurstöðu kærunefndar útboðsmála staðfesta af héraðsdómi mun ríkari en þá hagsmuni sem stefnandi tefli fram til stuðnings málsástæðunni.

*Um málsástæðu nr. 4.* Samkvæmt þessari málsástæðu stefnanda telji hann að kærunefnd útboðsmála hafi breytt afstöðu sinni til gagna samkeppnisviðræðnanna frá því nefndin tók ákvörðun 23. september 2011 í máli nr. 25/2011 og þar til úrskurður nefndarinnar í máli nr. 19/2012 liggja fyrir 18. október 2012. Segi stefnandi að gögnin hafi ekkert breyst á tímabilinu. Stefnandi telji að breytt afstaða kærunefndar til gagnanna fái ekki staðist og niðurstaða nefndarinnar í ákvörðun hennar frá 23. september 2011 hafi verið bindandi fyrir hana.

Stefndi telur ranga þá staðhæfingu stefnanda, að gögn hafi ekki breyst á umræddu tímabili. Aðalskjali stefnanda sem feli í sér uppröðun valforsendna gæða og tæknilegra eiginleika sé breytt í október 2011 gagnvart stefndu þó að þess sé hvergi getið í stefnu. Gerist það með sérstöku tölvubréfi stefnanda hinn 10. október 2011. Breytingarnar lúti bæði að uppröðun valforsendna og efnisbreytingum á þeim og hafi stefndi, Logaland ehf., tekið saman yfirlit um breytingarnar og lagt fram í málinu.

Þá sé sú staðhæfing stefnanda röng að niðurstaða kærunefndar í ákvörðun hennar frá 23. september 2011 hafi verið bindandi fyrir nefndina. Eins og glögg komi fram í 96. gr. laga um opinber innkaup sé ákvörðun kærunefndar í eðli sínu bráðabirgðaákvörðun sem nefndin geti tekið til að stöðva innkaupaferli eða gerð samnings þar til endanlega hafi verið skorið úr kæru, enda telji hún að verulegar líkur séu á því að brotið hafi verið gegn lögum um opinber innkaup. Í kjölfar ákvörðunar samkvæmt lagagreininni fari fram nánari athugun af hálfu kærunefndar og sé hún á engan hátt bundin við ákvörðunina í endanlegum úrskurði. Tilgangur ákvæðisins sé einungis að veita kærunefndinni heimild til að komast hjá réttarspjöllum þegar hún telji verulegar líkur á því að reglur laga um opinber innkaup hafi verið brotnar. Í ákvörðun sinni frá 23. september 2011 sé því kærunefndin að gæta varfærni og telji að skilyrðinu um verulegar líkur sé ekki fullnægt þótt ljóst sé af notkun orðalagsins að svo stöddu í ákvörðuninni að nefndin telji að lítið megi út af bera til að stefnandi verði brotlegur gagnvart lögum um opinber innkaup. Einnig sýni þetta verklag kærunefndarinnar hversu nán tengsl séu á milli óljósra valforsendna og mats á tilboðum sem komi fram með þeim hætti að nefndin telji í úrskurði nr. 19/2012 að nauðsynlegt sé að fyrir liggja mat tilboða til að unnt sé að úrskurða endanlega um lögmæti innkaupaferilsins.

Með vísan til framangreinds verði heldur ekki séð að kærunefnd hafi brotið gegn andmælarétti stefnanda líkt og hann haldi fram. Þá sé ljóst að stefnandi hafi fjallað ítarlega um valforsendur og mat tilboða í greinargerðum sínum til kærunefndar útboðsmála.

*Um málsástæðu nr. 5.* Stefnandi segist ekki geta fallist á þá niðurstöðu í úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 að stefnanda hafi ekki verið rétt að meta tilboð stefndu ógild. Sé vísað til þess í stefnu að tilboð stefndu hafi ekki innihaldið staðla fyrir almenna kemíu og lyfjamælingar, þynningarvökva og klór. Segi þar að gerð hafi verið ófrávíkjanleg krafa um að tilboð þátttakenda innihéldi alla rekstrarvöru

Stefndu hafni þessari málsástæðu stefnanda sem rangri og vísa til greinargerða stefndu í máli nr. 19/2012. Í fyrsta lagi telja stefndu það órökstudda staðhæfingu að gerð hafi verið ófrávíkjanleg krafa um að tilboð þátttakenda innihéldu þær þrjár

vörur sem stefnandi segi að hafa vantað í tilboðið. Á þetta sé minnst í tölvupósti stefnanda til annars stefndu 17. apríl 2012, þ. e. eftir að lokatilboði hafi verið skilað 2. apríl 2012. Svar stefndu 20. apríl 2012 sýni að þeir hafi ekki litið svo á að tilboð þeirra hefði átt að innihalda umræddar vörur heldur veiti þeir upplýsingar um kostnað en sendi ekki uppfært tilboð. Það sé ekki fyrr en á skýringarfundi með stefnanda 27. apríl 2012 að stefnandi upplýsi að hann hafi viljað fá tilboð í þessar þrjár vörur. Hafi það verið skilningur stefndu á niðurstöðum skýringarfundarins að til þess væri ætlast af stefnanda að hann fengi uppfært tilboð frá þeim vegna þessa. Það sé mat stefndu að sú áhersla sem skyndilega hafi verið lögð á þessar vörur eftir að lokatilboðsfrestur hafi verið liðinn sé enn eitt dæmið um alvarlega annmarka á framkvæmd samkeppnisviðræðnanna af hálfu stefnanda. Í öðru lagi vísi stefndu til þess að ekki verði ráðið af tilboðsblaði að tilboð ætti að innihalda alla staðla en tilboðsblað sé hluti útboðsgagna. Í þriðja lagi leggi stefndu áherslu á að útboðsgögn og skýringargögn hafi verið svo ónákvæm að því er varði umræddar vörur að gögnin hafi að þessu leyti ekki uppfyllt þær kröfur sem gerðar séu til gagnanna samkvæmt lögum um opinber innkaup.

Að því er varði staðla sérstaklega vilja stefndu benda á að þeir komi til tals á seinni stigum viðræðufunda aðila. Á þessum fundum hafi stefnandi ítrekað að ekki stæði til að kaupa staðla af sama aðila og valinn yrði í lok viðræðnanna væri þess kostur, þ. e. að tækjabúnaður gæti notað staðla frá öðrum framleiðendum. Sé í þessu sambandi allrar athygli vert að í rökstuðningi stefnanda fyrir höfnun á tilboði stefnda segi undir valforsendu nr. 8 – Calibration í lið A að það sé talið jákvætt að hægt sé að nota staðla frá öðrum birgjum við stöðlun á almennri kemíu á tæki stefnda Beckman Coulter. Eins segi að það teljist vera ókostur við tækin að ekki sé unnt að nota staðla frá öðrum í „immunochemistry“ hlutanum. Styðji þessi skriflega yfirlýsing stefnanda, um að hann hafi ekki ætlað að kaupa staðla af þeim aðila sem samið yrði við að loknum samkeppnisviðræðunum, framangreinda staðhæfingu stefndu. Þess beri að geta að stefnandi virtist ekki láta rita fundargerðir viðræðufunda að einum fundi undanskildum. Hafi framkvæmd fundanna að þessu leyti ekki verið í samræmi við góða stjórnsýsluhætti.

Varðandi staðlana sé rétt að taka fram að stefndu hafi sent stefnanda fyrirspurn um þá en ekki fengið fengið nein svör. Hafi hér verið um vanrækslu af hálfu stefnanda að ræða við framkvæmd samkeppnisviðræðnanna. Þá beri að geta þess að í lok 2. áfanga viðræðnanna hafi þátttakendum verið fækkað um tvo en stefndu hafi haldið áfram án þess að athugasemdir væru gerðar við það að vissa staðla og tvær aðrar vörur vantaði í tilboð þeirra. Í bréfi dags. 20. ágúst 2012 sé að finna enn frekari athugasemdir stefndu við þá ákvörðun stefnanda að meta tilboð þeirra ógilt vegna þess að tiltekna staðla hafi vantað í tilboðið.

Varðandi þynningarvökva, sem stefnandi haldi fram að hafi vantað í tilboð stefndu, eigi það sama við og áður segi um staðla. Í útboðs- og skýringargögnum sé hvergi tekið fram að þynningarvökvi sé hluti af þeim vörum sem tilboð skuli innihalda og því síður við hvað ætti að miða í tilboðum. Sú krafa sé eins og áður segi fyrst sett fram á fundi aðila 27. apríl 2012, þ. e. nokkrum vikum eftir lok tilboðsfrests.

Sama máli gegni um klór. Eins og fram komi í bréfi fulltrúa stefnda, Beckman Coulter, frá 16. ágúst 2012, hafi stefnandi afþakkað að tilboð innihéldi klór.

*Um málsástæðu nr. 6.* Stefnandi haldi því fram að rökstuðningur í úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 sýni að við túlkun á ákvæðum laga um valforsendur hafi ekki verið tekið tillit til sjónarmiða sem óumflýjanlega leiði af eðli samkeppnisviðræðna sem innkaupaferils. Sé vísað til 45. og 72. gr. laganna í þessu sambandi.

Stefndu hafna þessu sjónarmiði stefnanda. Líkt og fram komi í úrskurði kærunefndar sé það skýrt að sömu reglur eigi við um val tilboðs í samkeppnisviðræðum og almennum og lokuðum útboðum. Af því leiði að velja beri tilboð á grundvelli upphaflegra valforsendna í samræmi við 72. gr. laga um opinber innkaup. Á þetta sé lögð enn frekari áhersla í 8. mgr. 31. gr. laganna þar sem segi orðrétt: „Kaupandi skal meta tilboða á grundvelli þeirra forsendna fyrir vali tilboðs sem fram komu í upphaflegri útboðslýsingu eða skýringargögnum og skal velja hagkvæmasta tilboð í samræmi við ákvæði 72. gr.“ Af þessu leiði að sú staðhæfing stefnanda að við túlkun á ákvæðum laga um opinber innkaup hafi ekki verið tekið tillit til sjónarmiða sem óumflýjanlega leiði af eðli samkeppnisviðræðna standist engan veginn. Eftirtektarvert sé að í handbók um opinber innkaup sem stefnandi hafi verið útgefandi að ásamt fjármálaráðuneytinu árið 2008 haldi stefnandi fram sömu skoðun og kærunefndin hafi gert í máli nr. 19/2012.

Jafnframt sé ljóst að stefndu hafi hinn 27. september 2011 skilað inn tilboði til stefnanda þar sem skilmerkilega hafi verið lýst eiginleikum og kostum þeirra lausna sem hann hafi boðið í samkeppnisviðræðunum. Eins og áður hafi komið fram hafi stefnandi tilkynnt um breytingar á uppröðun og efni valforsendna 10. október það ár. Með öðrum orðum eigi breytingarnar sér stað eftir að allir þátttakendur í samkeppnisviðræðunum hafi skilað slíkum tilboðum. Í svonefndri Explanatory note, komi fram að ekki megi breyta valforsendum meðan á viðræðum standi og á það bent að það væri augljóst brot á jafnræðisreglu.

Stefndu mótmæla þessari málsástæðu stefnanda og telja ljóst með vísan til framangreinds að innkaupaferlið hafi farið fram í ósamræmi við ákvæði laga um opinber innkaup, sbr. og útboðstilskipun Evrópusambandsins.

*Um málsástæðu nr. 7.* Vegna þessarar málsástæðu taki stefnandi fram að hann telji niðurstöðu úrskurðar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 ranga að því leyti að tilgreining valforsendna í skýringargögnum hafi verið í samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup. Bendi hann á að valforsendum gæða og tæknilegra eiginleika hafi verið skipt í þrjá þætti sem hver um sig hafi haft að geyma mismunandi matsþætti sem hafi verið raðað í mikilvægisröð. Síðan hafi valforsendur verið skýrðar enn frekar með spurningalista sem þátttakendur hafi svarað.

Stefndu mótmæla þessari staðhæfingu stefnanda. Eins og áður hafi komið fram hafi stefnandi breytt uppröðun og efni einstakra valforsendna gæða og tæknilegra eiginleika með róttækum hætti eftir að tilboð þátttakenda hafi legið fyrir. Jafnframt hafi ekki verið tiltekið að spurningalistinn, sem stefnandi vísi til, væri hluti þess mats sem hann hygðist framkvæma. Með þessu hafi hann brotið gegn 1. mgr. 14. gr. laga um opinber innkaup. Þessar breytingar hafi verið verulegar eins og lýst sé í greinargerð stefndu 17. júlí 2012.

Þá liggi fyrir að þættirnir þrír hafi hver um sig haft að geyma fjölda undirmatsþátta. Megi sem dæmi nefna að þáttur A hafi haft að geyma 18 undirmatsþætti, þáttur B 10 og þáttur C 8. Hafi verið með öllu útilokað fyrir þátttakendur að átta sig á innbyrðis vægi einstakra undirmatsþátta. Spurningalistinn sem stefnandi vísi til og sé sendur stefndu með tölvubréfi stefnanda hinn 10. október 2011 hafi síðan hvergi verið tilgreindur í skýringargögnum eða annars staðar sem gagn sem mat tilboða myndi byggjast á. Það sem spurningalistinn sýni í raun og veru sé að stefnanda hafi verið í lófa lagið að haga samningu skýringargagna með mun nákvæmari hætti en gert hafi verið. Staðfesti framlagning listans – eftir að þátttakendur hafi lagt fram tilboð sín – að stefnanda hafi verið mögulegt að tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs með nákvæmari hætti en gert hafi verið. Framkvæmd samkeppnisviðræðnanna að þessu leyti hafi því brotið gegn ákvæði 2. mgr. 45. gr. laga um opinber innkaup.

*Um málsástæðu nr. 8.* Í stefnu segi stefnandi efnislega um þessa málsástæðu að það sé rangt sem fram komi í úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 að hann hafi þróað hugmyndir og kannað nýjar lausnir eftir að þátttakendum hafi verið gefinn kostur á að leggja fram tilboð. Segi stefnandi að eftir að tilboð hafi verið lögð fram hafi einungis verið metið hvernig lausnir þátttakenda hafi hentað þörfum kaupanda með hliðsjón af valforsendum og lausnum annarra þátttakenda.

Í nefndum úrskurði kærunefndar útboðsmála sé framangreind staðhæfing studd með þeim hætti að rökstuðningur kærða fyrir vali á tilboðum virðist benda til þess að áframhaldandi þróun og könnun lausna hafi átt sér stað eftir að allir þátttakendur hafi skilað inn tilboðum. Þetta orðalag beri vitaskuld að skoða í samhengi við það sem sagt sé á undan og eftir í úrskurðinum. Á undan staðhæfingu segi m. a. að þau „atriði sem voru grundvöllur að vali tilboða [sú] sum hver verulega almennt orðuð þar sem skýringargögn gera ekki skýrlega grein fyrir nánara inntaki almennt orðaðra matsþátta“. Á eftir staðhæfingunni segi að kærunefndin telji, „m. a. með hliðsjón af rökstuðningi kærða [stefnanda] á vali tilboðs, að valforsendur og vægi forsendna hefðu átt að vera skýrari og inntak þeirra og vægi hafi mátt greina með nákvæmari og hlutlægari hætti“.

Þá komi fyrir í rökstuðningi fyrir vali tilboðs og rökstuðningi fyrir höfnun tilboðs Logalands vangaveltur sem virðist mega skilja á þann hátt sem kærunefndin geri.

Fyrir liggi að með tölvubréfi stefnanda til stefnda Logalands hinn 10. október 2011 hafi stefnandi breytt uppröðun valforsendna og efni þeirra með róttækum hætti. Hafi það verið gert eftir að stefnandi hafi haft tilboð stefndu til skoðunar um nálega tveggja vikna skeið og tilboð annarra þátttakenda til skoðunar svo mánuðum skipti. Sé ljóst að þetta háttalag brjóti gegn lögum um opinber innkaup, einkum jafnræðisreglu 13. gr. laganna.

*Um málsástæðu nr. 9.* Stefnandi haldi því fram að sú niðurstaða kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2012 að valforsendum hafi verið breytt og þeim ráðað upp á nýtt eftir því sem samkeppnisviðræðunum vatt fram sé röng eða í það minnsta villandi. Segi stefnandi að matsforsendur (valforsendur) hafi verið tilgreindar áður en þátttakendur hafi gert grein fyrir lausnum sínum.

Eins og áður hafi komið fram sé þessi staðhæfing stefnanda hreinlega ekki rétt. Uppröðun og efni valforsendna hafi verið breytt eftir að stefndu hafi lagt fram

tilboð sem hafi haft að geyma nákvæma lýsingu á boðnum tækjum og vörum. Þá vísi stefnandi til þess að í úrskurði kærunefndar komi fram að tvær af upphaflegum valforsendum hafi verið felldar út en í úrskurðinum segi orðrétt um þetta atriði: „Fyrir liggur að eftir því sem hinum kærðu viðræðum vatt fram var uppröðun valforsendna breytt og þeim raðað upp á nýtt og auk þess voru tvær af upphaflegum valforsendum felldar út“.

Í greinargerð stefndu frá 17. júlí 2012, sé fjallað um breytingar á valforsendum. Sérstakt fylgiskjal sem sýni breytt efni og uppröðun valforsendna hafi fylgt greinargerðinni þar sem farið sé nákvæmlega yfir þær breytingar sem hafi verið gerðar á uppröðun og efni valforsendna. Það hafi því ekki átt að vefjast fyrir stefnanda að vita með vissu hvaða valforsendur hafi verið felldar út. Þá beri að hafa í huga að stefnandi sé höfundur/ábyrgðaraðili á valforsendum útboðsins, bæði upphaflegum forsendum og þeim sem endanlega hafi verið notaðar. Vefjist það enn fyrir honum hverjar hafi verið þær forsendur sem hann sjálfur hafi felld út segi það sína sögu um hversu miklum annmörkum framkvæmd samkeppnisviðræðnanna hafi verið haldin.

Stefnandi haldi því líka fram að sú leið hafi verið farin, vegna niðurfellingar á þessum tveimur undirmatsþáttum, að gefa öllum þátttakendum í samkeppnisviðræðunum fullt hús stiga vegna þeirra. Fyrir liggir að þessir tveir matsþættir hafi verið felldir út, eins og m.a. komi fram í bréfi stefnanda 28. júní 2012 þar sem sé að finna rökstuðning stefnanda fyrir vali tilboðs í viðræðunum. Engu að síður komi fram í stefnu að allir þátttakendur hafi fengið fullt hús stiga fyrir þessa þætti þegar tilboð þeirra hafi verið metin en ekki veittar upplýsingar um vægi þessara matsþátta. Ef eitthvað sé sýni þetta verklag að framkvæmd viðræðnanna hafi verið verulega gölluð. Með vísan til framangreindra sjónarmiða sé þessari málsástæðu stefnanda hafnað sem rangri.

*Um málsástæðu nr. 10.* Með vísan til þess sem þegar hafi komið fram í þessari greinargerð sé fjárkröfum stefnanda á hendur stefndu hafnað, bæði varðandi höfuðstól og dráttarvexti.

#### IV.

Helstu rök stefnda, Fastusar ehf., vegna málsástæðna stefnanda.

*Um málsástæðu nr. 2.* Stefndi hafnar því að kærufrestur hafi verið liðinn þegar kæra stefnda til kærunefndar útboðsmála vegna umþrættra samkeppnisviðræðna hafi verið lögð fram hinn 9. júlí 2012. Sama gildi um kæru meðstefndu 6. júlí 2012.

Samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007 skuli kæra borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan fjögurra vikna frá því að kærandi hafi vitað eða mátt vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Alltaf sé þó heimilt að bera kæru undir kærunefnd útboðsmála innan 15 daga frá því að rökstuðningur skv. 75. gr. sé veittur. Hinn 28. júní 2012 hafi stefnda verið tilkynnt um þá ákvörðun stefnanda að taka tilboði Medor ehf. (Siemens) og röksemdir fyrir henni, og í öðru bréfi sama dag hafi verið færð rök fyrir þeirri ákvörðun að hafna lausn stefnda. Líta verði svo á að þessi tvö bréf hafi jafngilt

rökstuðningi skv. 75. gr. laga nr. 84/2007. Þar sem kæra stefnda til kærunefndar útboðsmála hafi verið lögð fram innan 15 daga frá því að sá rökstuðningur hafi verið veittur, eða 9. júlí 2012, hafi hún verið komin fram innan kærufrests, sbr. 2. másl. 1. mgr. 94. gr. sömu laga, en um sé að ræða sérreglu gagnvart almennu ákvæði 1. másl. sömu málsgreinar. Hvað sem því líði byggir stefndi á því að honum hafi fyrst orðið kunnugt „um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum“ þegar val á tilboði hafi verið tilkynnt hinn 28. júní 2012, og því hafi fjögurra vikna kærufrestur skv. 1. másl. fyrst byrjað að líða þá. Innkaupin hafi því verið kærð innan kærufrests einnig samkvæmt 1. másl. ákvæðisins. Ekki sé hægt að fallast á þá staðhæfingu stefnanda að niðurstaða nefndarinnar um kærufrest sé „í hróplegu ósamræmi við [...] fyrri framkvæmd hennar“, enda hafi álitafni tengd samkeppnisviðræðum, þ.m.t. varðandi kærufresti, ekki áður komið til kasta kærunefndarinnar. Enn fremur hafni stefndi þeim ályktunum sem stefnandi telji sig geta dregið af lögskýringargögnum hvað varði skýringu 94. gr. laganna.

Þá hafnar stefndi því alfarið að sérstakur kærufrestur gildi varðandi valforsendur, þannig að stefnda hafi borið að kæra þær sérstaklega til kærunefndar útboðsmála á fyrri stigum, óháð öðrum atriðum. Ágreiningur málsins lúti að ákvörðunum stefnanda sem sagðar séu byggjast á almennt orðuðum og óljósum valforsendum. Við mat á lögmæti þeirra ákvarðana hafi kærunefndin óhjákvæmilega þurft að skoða þær í samhengi við útboðsgögn og valforsendur, og önnur atvik málsins. Þetta tvennt verði því að skoða sem eina heild og verði valforsendur því ekki „teknar út fyrir sviga“ og metnar í tómarúmi, eins og stefnandi virðist byggja á.

Þar sem um samkeppnisviðræður hafi verið að ræða hafi enn síður verið ástæða til að „kæra valforsendur“ sérstaklega. Stefnandi segi raunar sjálfur í greinargerð frá 20. júlí 2012, að „útboðslýsing og skýringargögn myndi eins konar grunn sem byggt verður ofan á í viðræðunum sjálfum“. Framangreint fái einnig stuðning í forsendum ákvörðunar kærunefndarinnar í máli nr. 25/2011. Einnig skuli á það bent að það hafi fyrst verið með rökstuðningi stefnanda 28. júní 2012 sem leitt hafi verið í ljós með óyggjandi hætti að stefnandi hafi túlkað valforsendur á ófyrirsjáanlegan hátt og litið fram hjá atriðum sem komið hafi fram í viðræðunum, sbr. framangreint, en það hafi augljóslega ekki legið fyrir þegar valforsendur hafi verið kynntar í upphafi.

Þá sé því hafnað að kærufrestur til nefndarinnar hafi byrjað að líða í febrúar 2012, þ.e. þegar lausn stefnda hafi verið felld út úr viðræðunum, enda hafi sú ákvörðun ekki verið rökstudd fyrir en hinn 28. júní 2012.

*Um málsástæðu nr. 3.* Að mati stefnda leiki enginn vafi á því að rökstuðningur umþrættra úrskurða standist kröfur stjórnslulaga. Rökstuðningurinn sé glöggur og greinargóður bæði varðandi réttarreglur og þau meginsjónarmið sem niðurstaðan sé reist á. Stefndi telur í það minnsta fjarri lagi að úrskurðirnir fullnægi ekki lágmarkskröfum stjórnslulaga. Rökstuðningur og niðurstaða nefndarinnar sé skýr um að samkeppnisviðræðurnar hafi verið haldnar verulegum annmörkum, og fari ekki á milli mála í hverju þeir annmarkar felist. Nefndin leggi áherslu á að valforsendur hafi verið almennt orðaðar og óskýrar og hafi ekki sett stefnanda neinar skorður við mat á tilboðum, í andstöðu við tilgreind ákvæði laga nr. 84/2007. Þó að kærunefndin hafi ekki tiltekið í sjálfum rökstuðningnum hverjar þær valforsendur hafi nákvæmlega verið sem nefndin hafi talið óljósar, þá breyti það

ekki því að rökstuðningurinn sé fyllilega í samræmi við 31. gr. stjórnarsýslulaga. Þess utan hafi stefndu gert ítarlega grein fyrir málsástæðum og röksemdum í kærnum og greinargerðum til nefndarinnar og hafi þar verið skýrlega tilgreint hvaða valforsendur stefndu telji öðrum fremur annmörkum háðar. Virðist stefnandi jafnframt ekki hafa átt í neinum erfiðleikum með að átta sig á um hvað kærnumálið snerist og tefla fram vörnum fyrir kærnefndinni, þ.m.t. hvað valforsendur snerti. Það að stefnandi telji sig nú ekki skilja hvað hafi ráðið niðurstöðu kærnefndarinnar fái því með engu móti staðist.

Í úrskurði kærnefndarinnar í málinu nr. 19/2012 segi t.a.m. að það sé „alveg ljóst að jafnvel þótt um sé að ræða „sérlega flókinn samning“ þá gildi engu að síður allar sömu meginreglur um val tilboða og almennt í útboðum“. Að teknu tilliti til þessarar röksemdar kærnefndarinnar þurfi stefnandi, hvað sem öðru líði, ekki annað en að bera valforsendurnar í þessu tilviki að þeim kröfum sem almennt séu gerðar til valforsendna í útboðsmálum, til að hann geti áttað sig á því sem aflaga hafi farið í samkeppnisviðræðunum, vefjist það fyrir honum á annað borð.

Jafnvel þótt lítið yrdi svo á að annmarkar væru á rökstuðningi umþrættra úrskurða eða formi þeirra að öðru leyti, þá byggji stefndi á því að slíkir annmarkar geti aldrei talist verulegir, þannig að varðað geti ógildingur úrskurðanna.

Loks telur stefndi rétt að benda á, í tengslum við þessa málsástæðu stefnanda, að mál þetta sé rekið sem flýtimeðferðarmál samkvæmt XIX. kafla laga nr. 91/1991, að kröfu stefnanda, á þeim forsendum að brýn þörf sé á því að endanleg dómsúrlausn liggja fyrir sem fyrst. Ógilding vegna formannamarka, á borð við þá sem stefnandi tefli fram, nái hins vegar ekki þessu markmiði. Þvert á móti ætti stefndi, að gengnum slíkum ógildingardómi, að geta borið ákvörðun stefnanda að nýju undir kærnefnd útboðsmála innan lögmæltis frests, í samræmi við almennar reglur stjórnarsýsluréttar. Myndi nefndin þá leysa aftur úr efnishlið málsins, væntanlega á sama hátt og áður, og bæta jafnframt úr þeim formannmörkum sem hafi leitt til ógildingar í fyrra skiptið, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar 1. desember 2011 (116/2011). Málið væri þá aftur komið á byrjunarreit. Eins og hér hátti til skorti stefnanda því lögvarða hagsmuni af því að fá leyst úr ætluðum formannmörkum á úrskurðunum og beri því, hvað sem öðru líði, að hafna slíkum málsástæðum stefnanda af þeirri ástæðu, án kröfu.

*Um málsástæðu nr. 4.* Stefndi hafnar þeirri röksemd stefnanda að kærnefnd útboðsmála hafi með ákvörðun sinni 23. september 2011 í máli nr. 25/2011, varðandi kröfu meðstefnda, Logalands ehf., um stöðvun innkaupaferlis, bundið hendur sínar hvað varði síðari kærnumál vegna sömu samkeppnisviðræðna. Í þessu sambandi vísar stefnandi til ályktunar kærnefndarinnar þess efnis að „[e]kki verð[i] séð að kærði [stefnandi] hafi, a.m.k. ekki að svo stöddu, brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup [...]“, sbr. dskj. nr. 6.

Af hálfu stefnda sé á það bent að í tilvitnaðri setningu sé beinlínis gert ráð fyrir því að málið kunni að koma til kasta nefndarinnar á síðari stigum og hljóti þá frekari skoðun, sbr. orðin „að svo stöddu“. Ekkert í forsendunum gefi tilefni til þeirrar ályktunar að nefndin sé þar að leysa endanlega úr kærnefndinni, svo bindandi sé. Þvert á móti sé um að ræða ákvörðun um hvort stöðva skuli innkaupaferlið, sbr. 96. gr. laga nr. 84/2007, en slíkar ákvarðanir séu eðli sínu samkvæmt til bráðabirgða og geti aldrei skoðast sem fullnaðarúrlausn um viðkomandi ágreining af hálfu

nefndarinnar, sbr. niðurlag 1. mgr. tilvitnaðrar lagagreinar („... þar til endanlega hefur verið skorið úr kæruf“). Hér hafi viðræðurnar verið skammt á veg komnar og kæra stefnda ekki enn komin fram. Stefnanda hafi því ekki getað verið ókunnugt um að kærunefndin myndi koma til með að leysa úr málinu með úrskurði á síðari stigum, þegar öll kurl væru komin til grafar. Í ljósi eðlis samkeppnisviðræðna sé jafnframt óhjákvæmilegt að ferlið sé metið heildstætt, en ekki fái staðist að þátttakendur þurfi að „kæra valforsendur“ til nefndarinnar sérstaklega á fyrri stigum. Af þeim sökum hafi kærunefndin heldur ekki getað lagt fullnaðarúrskurð á kærufnið fyrr en í fyrsta lagi að viðræðunum loknum.

Þá hafnar stefndi þeirri röksemd stefnanda að brotið hafi verið gegn andmælarétti hans og rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar, með því að stefnda hafi ekki verið gefið tækifæri til að tjá sig um „þá mögulegu breytingu sérstaklega“, þ.e. að kærunefndin gæti komist að annarri niðurstöðu en ákvörðun í máli nr. 25/2011 hafi gefið til kynna. Stefnandi hafi ekki getað verið í neinni villu um þetta atriði, eins og áður sé rakið. Án tillits til þess bendir stefndi á að stefnandi hafi fengið fullt tækifæri til að tjá sig um alla þætti málsins, þ.m.t. svara röksemdum stefndu varðandi annmarka á valforsendum. Það hafi hann og gert, líka eftir að ákvörðun nr. 25/2011 hafi verið tekin. Greinargerðir stefnanda fyrir kærunefndinni beri þess heldur ekki merki að hann hafi staðið í þeirri trú að álítaefni varðandi valforsendur hafi verið endanlega afgreidd með ákvörðun nr. 25/2011. Þvert á móti sé þar að finna ítarleg andsvör stefnanda við röksemdum stefndu þar að lútandi, sbr. greinargerð stefnanda dags. 3. ágúst 2012. Vandséð sé því að um brot gegn andmælaeignu eða rannsóknarreglu geti verið að ræða.

Í öllu falli geti ákvörðun nr. 25/2011, sem tekin hafi verið í september 2011 í máli meðstefnda, Logalands ehf., aldrei haft nein bindandi áhrif gagnvart stefnda, sem hafi ekki verið aðili að því tiltekna kærumáli. Ekki sé unnt að fallast á, hvað sem öðru líði, að úrlausn kærunefndar um stöðvunarkröfu meðstefnda, Logalands ehf., geti útilokað stefnda frá því að bera þessi sömu atriði undir kærunefndina á síðari stigum, en stefndi hafi lagt fram kæruf sína 9. júlí 2012, sem fyrir segi. Samkvæmt öllu framansögðu beri að hafna þessari málsástæðu stefnanda.

*Um málsástæðu nr. 5.* Af hálfu stefnda sé því hafnað að tilboð meðstefndu hafi verið ógilt. Vísast um það til greinargerðar meðstefndu, svo og forsendna úrskurðar kærunefndar útboðsmála 18. október 2012 í máli nr. 19/2012. Ekki sé á því byggt af hálfu stefnanda að tilboð stefnda hafi verið ógilt.

Stefndi byggir jafnframt á því að jafnvel þótt litið yrði svo á að tilboð meðstefndu hafi verið ógilt, þá haggi sú niðurstaða í engu við gildi úrskurðar kærunefndar útboðsmála í kærumáli stefnda, sbr. úrskurð sama dag í máli nr. 20/2012. Engu breyti í þessu sambandi þótt forsendur úrskurðarins í máli meðstefndu nr. 19/2012 séu ekki teknar í heild sinni upp í texta úrskurðar nr. 20/2012, enda hafi sá úrskurður að geyma almenna millitilvísun til úrskurðar nr. 19/2012, sbr. orðalagið: „Með vísan til framangreindrar niðurstöðu [...]“. Þannig sé ljóst að hver sem niðurstaðan verði varðandi þetta atriði geti hún engin áhrif haft á úrskurð nr. 20/2012 í kærumáli stefnda, sem standi óhaggaður með sömu forsendum og byggt sé á í úrskurði í máli nr. 19/2012 og að teknu tilliti til málalíbúnaðar stefnda fyrir nefndinni að öðru leyti.

*Um málsástæðu nr. 6.* Stefndi geti ekki fallist á þessa málsástæðu stefnanda. Ákvæði 2. mgr. 45. gr. laga nr. 84/2007 leggi stefnanda þá afdráttarlausu skyldu á herðar að tilgreina valforsendur með eins nákvæmum og skýrum hætti „og framast er unnt“. Stefndi telur engan vafa leika á því að stefnandi hafi ekki sinnt þeirri skyldu.

Jafnvel þótt samkeppnisviðræður fælu hugsanlega í sér eitthvað aukið svigrúm að þessu leyti þá sé ljóst að stefnandi hafi oftúlkað það svigrúm verulega, með þeim afleiðingum að innkaupaferlið hafi farið úr skorðum. Virðist stefnandi telja að notkun samkeppnisviðræðna veiti honum nær frjálsar hendur um tilgreiningu valforsendna og beitingu þeirra. Það standist ekki vegna þess að reglur 31. gr. laganna séu undantekning frá þeirri meginreglu að innkaup skuli fara fram með almennu eða lokuðu útboði, sbr. 30. gr., og beri því að skýra þær þröngt. Allar sömu reglur gildi þannig um val tilboðs í samkeppnisviðræðum og almennum og lokuðum útboðum, þar á meðal reglur 45. gr. um skýra tilgreiningu valforsendna. Kaupandi verði því sem endranær að skilgreina þarfir sínar fyrir fram á eins nákvæman hátt og unnt sé, jafnvel þótt um samkeppnisviðræður sé að ræða. Að mati stefnda sé augljóst að hér hafi þetta ekki verið gert. Megi meðal annars áréttta í því sambandi að í nóvember 2011, þegar nokkuð hafi verið liðið á annan áfanga viðræðnanna, hafi verið haldið í sérstaka skoðunarferð af hálfu stefnanda/LSH, í því skyni að kanna frekar hvernig fullnægja mætti þörfum LSH. Stefndi fái ekki betur séð en að unnt hafi verið að gera þetta áður en efnt hafi verið til samkeppnisviðræðnanna og að LSH hafi þá í framhaldi af slíkri ferð hæglega getað afmarkað kröfur og þarfir sínar í skýringargögnum á mun skýrari hátt en gert hafi verið. Gera verði þá kröfu til kaupenda í opinberum innkaupum að þeir leggi út í einhverja lágmarksrannsókn á þörfum sínum áður en innkaupaferlið sé hafið.

*Um málsástæðu nr. 7.* Stefndi byggir á því að valforsendur samkeppnisviðræðnanna hafi verið í andstöðu við lög nr. 84/2007 og telji að fallast beri á niðurstöðu kærunefndar útboðsmála þar að lútandi. Valforsendur í útboðsgögnum séu mjög almennt orðaðar og óljósar, og raunar nánast í stikkorðaformi. Komi enda á daginn þegar bjóðendum hafi verið kynntur rökstuðningur stefnanda hinn 28. júní 2011, að stefnandi hafi beitt valforsendum á ófyrirsjáanlegan hátt og byggt á atriðum sem ekki urðu ráðin af skýringargögnum og hafi auk þess gengið þvert á það sem fram hafi komið í viðræðum aðila, sbr. framangreinda umfjöllun. Spurningalisti frá stefnanda hafi á engan hátt getað bætt úr þessum annmörkum eða komið í staðinn fyrir skýra tilgreiningu valforsendna í útboðsauglýsingu/skýringargögnum, sbr. 2. mgr. 31. gr. laga nr. 84/2007.

Í rökstuðningi stefnanda sé þannig vísað til fjölda atriða sem verði alls ekki ráðin af valforsendunum með hlutlægum hætti, þ.e. samkvæmt orða þeirra hljóðan. Dæmi um þetta sé valfösenda B-6 („Output unit“). Í rökstuðningi stefnanda fyrir því að hafna lausn stefnda hafi verið sérstaklega vísað til þess að stefndi hafi ekki boðið „sjálfvirka kæligeymslu“. Valfösendan „Output unit“ beri þó á engan hátt með sér að LSH kjósi slíka kæligeymslu umfram aðrar tegundir, en að mati stefnda geti slík kæligeymsla ekki talist hagkvæmur kostur fyrir LSH, eins og áður sé komið fram. Þetta sýni einnig að stefnandi hafi verið í lófa lagið að orða þessa kröfu strax í upphafi í skýringargögnum, og sé á engan hátt hægt að segja að „almennur ómöguleiki“ hafi staðið því í vegi, sbr. og umfjöllun um skoðunarferð hér að framan. Liggi því í augum uppi að mati stefnda að fösendan sé ekki tilgreind með

jafn nákvæmum hætti og framast sé unnt og samrýmist þar af leiðandi ekki 2. mgr. 45. gr. laga nr. 84/2007. Stefndi byggir á því að aðrar valforsendur séu sama marki brenndar.

*Um málsástæðu nr. 8.* Af hálfu stefnanda sé mótmælt þeirri niðurstöðu kærunefndar útboðsmála að af rökstuðningi stefnanda fyrir vali á tilboðum virðist „sem [stefnandi] hafi enn verið að þróa hugmyndir og kanna nýjar lausnir til að fullnægja þörfum sínum eftir að þátttakendum var gefinn kostur á að leggja fram tilboð“. Stefndi telur á hinn bóginn að þessi ályktun kærunefndarinnar sé rétt og eigi sér stoð í gögnum málsins.

Þannig segi t.a.m. í rökstuðningi stefnanda frá 28. júní 2012 að „[v]ið afmörkun lausna í viðræðum kom einnig fram að kæligeymsla fyrir sýni á færibandi yrði hagkvæm lausn fyrir LSH [...]“. Þetta virðist mega skilja svo að það hafi fyrst verið eftir að lausnir bjóðenda hafi verið komnar fram sem stefnandi hafi ákveðið að leggja áherslu á þá tegund kæligeymslu sem að lokum hafi orðið fyrir valinu. Þá sé rétt að benda á að ekki verði annað ráðið af rökstuðningi stefnanda en að lausnir aðila hafi verið útfærðar og þróaðar frekar í þriðja áfanga viðræðnanna, þ.e. eftir að stefndi hafi lagt fram tilboð sitt og verið vísað frá í lok annars áfanga.

Án tillits til framangreinds sé og til þess að líta að umrædd setning í úrskurði kærunefndarinnar sé ekki sett fram sem fullyrðing, heldur „virðist“ mega draga þá ályktun af rökstuðningnum. Þetta atriði sé því augljóslega aukaatriði í forsendunum og virðist fyrst og fremst sett fram til að undirstrika hve óskýr rökstuðningur stefnanda sé. Geti þetta atriði því aldrei orðið grundvöllur ógildingar úrskurðanna.

*Um málsástæðu nr. 9.* Stefnandi mótmælir einnig þeirri niðurstöðu kærunefndar útboðsmála að „eftir því sem hinum kærðu viðræðum vatt fram var uppröðun valforsendna breytt og þeim raðað upp á nýtt og auk þess voru tvær af upphaflegum valforsendum felldar út“. Að mati stefnda sé hins vegar ljóst af gögnum málsins að þessi ályktun nefndarinnar sé rétt, og því beri að hafna þessari röksemd stefnanda.

Stefnandi hafi sent þátttakendum bréf 24. maí 2011 ásamt fylgiskjölum. Þar hafi valforsendunum verið raðað upp á nýtt („í mikilvægisröð“) frá því sem hafi greint í upphaflegum skýringargögnum. Að auki hafi nýjar valforsendur bæst við (sjá lið B, „Regular Terms“, „General“ og „Miscellaneous“, og lið C, „Requirements for IT / Network“), og orðalagi sumra annarra breytt frá því sem hafi verið í skýringargögnum.

Sem fyrr segi verði jafnframt skýrlega ráðið af rökstuðningi stefnanda frá 28. júní 2012 að tvær valforsendur hafi ekki verið teknar til mats, þ.e. B-11 og B-12 („Uppskipting sýna“/„Aliquotting“ og „Strikamerking sýna eftir uppskiptingu“ /„Barcode labelling of secondary tubes“). Þannig komi fram undir þessum liðum að í samkeppnisviðræðunum hafi verið „ákveðið að Landspítali hefði ekki þörf fyrir þennan búnað“. Með öðrum orðum hafi þessir tveir þættir verið felldir út.

Í stefnu sé því haldið fram að farin hafi verið sú leið „að gefa öllum þátttakendum fullt hús fyrir umrædda matsþætti“. Því sé „alrangt að segja að þeir hafi verið felldir út“. Að mati stefnda sé ekki hægt að fallast á þessi rök. Hvort sem stefnandi hafi gefið öllum þátttakendum fullt hús stiga eða engin stig breyti það í engu þeirri staðreynd að þessar tvær valforsendur hafi verið felldar út. Brottfall þeirra bitni að

sjálfsögðu á þeim þátttakendum sem hafi staðið best að vígi í viðkomandi liðum, en að sama skapi njóti þeir sem hafi staðið hallari fæti góðs af. Ef stefnanda væri játuð heimild til að gera þetta myndi það skapa augljósa hættu á misferli og geðþóttaákvörðunum við mat á tilboðum; stefnandi gæti þá beinlínis lagað valforsendurnar að því tilboði sem hann kjósi, með því að handvelja þær forsendur sem falli vel að því tilboði, en gefa öllum „fullt hús stiga“ fyrir aðrar valforsendur. Slíkt fái auðvitað ekki staðist og gangi þvert gegn markmiðum laga nr. 84/2007 og meginreglum útboðsréttar. Að mati stefnda sé það raunar mjög ámælisvert út af fyrir sig að stefnandi telji sig yfirhöfuð geta hnikað til valforsendum með þessum hætti. Stefndi geti ómögulega vitað hvaða stig lausn hans hafi átt að fá undir þessum tveimur liðum, samanborið við aðrar lausnir, og því sé ómögulegt að segja til um hvort þessi annmarki hafi raunverulega haft áhrif á niðurstöðu viðræðnanna. Áréttu beri í þessu samhengi að einkunnir eða heildarstig séu ekki gefin upp í rökstuðningi varðandi lausn stefnda. Hafi stefndi því engar forsendur til að átta sig á því hvernig tilboði hans hafi farnast í samanburði við önnur tilboð og hversu langt bil sé á milli þeirra í stigum talið.

Að mati stefnda hafi stefnandi enga heimild til að gera ofangreindar breytingar á valforsendunum undir gangi viðræðnanna og hafi þær því verið í andstöðu við lög nr. 84/2007, sbr. einkum 1. másl. 8. mgr. 31. gr. og 2. mgr. 72. gr. Að sama skapi séu ályktanir kærunevndarinnar hvað þetta varði fyllilega í samræmi við staðreyndir málsins. Niðurstaða nefndarinnar sé því rétt og í samræmi við ákvæði laga nr. 84/2007. Beri því að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda.

V.

Samkvæmt 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup skal kæra borin skriflega undir kærunevnd útboðsmála innan fjögurra vikna frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Síðan segir í ákvæðinu að alltaf sé þó heimilt að bera kæru undir kærunevnd útboðsmála innan 15 daga frá því að rökstuðningur skv. 75. gr. er veittur. Tilvísun stefnda, Fastusar ehf., til síðastnefnda frestsins á ekki við, þar sem þar er ekki fjallað um valforsendur.

Fyrsta kæran er frá stefnda, Logalandi ehf., dags. 2. september 2011. Þar eru kærð ætluð brot stefnanda á lögum nr. 84/2007 við framkvæmd samkeppnisviðræðnanna. Stefndi krafðist þess að kærunevndin stöðvaði innkaupaferlið á grundvelli útboðsins þar til endanlega hefði verið skorið úr um kærana. Í annan stað að kærunevndin legði fyrir stefnanda að auglýsa útboðið að nýju. Í þriðja lagi að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu gagnvart stefnda, Logalandi ehf. og að endingu var krafist kærumálskostnaðar. Í greinargerð kærunnar koma fram áhyggjur stefnda af því að hann sitji ekki við sama borð og aðrir og ekki sé gætt jafnræðis, en stefndi, Logaland ehf., dróst aftur úr í viðræðuferlinu, þar sem mál félagsins var hjá kærunevndinni. Hins vegar er einnig að finna rökstuðning fyrir því að hann telur valforsendurnar brjóta í bága við ákvæði 2. mgr. 45. gr. laga um opinber innkaup. Lyktir þessarar kæru urðu með ákvörðun kærunevndar útboðsmála frá 23. september 2011 þar sem hafnað var kröfum stefnda, Logalands ehf., um stöðvun innkaupaferilsins. Að kæru þessari er jafnframt vikið í úrskurði kærunevndar í málinu nr. 25/2011 frá 18. október 2012 og var forsenda hans og niðurstaða sú

sama og í úrskurði nefndarinnar nr. 20/2012, en báðir vísar þeir til niðurstöðu úrskurðar í málinu nr. 19/2012, eins og síðar verður vikið að.

Í kæru stefndu, Logalands ehf. og Beckham Coultur, frá 6. júlí 2012 kemur fram að kært sé val á tilboði í samkeppnisviðræðum og sé kærán byggð á ákvörðun um val tilboðs í samkeppnisviðræðum og það hafi falið í sér brot gegn lögum um opinber innkaup. Gerðar eru kröfur um að kærunefndin stöðvi þegar í stað innkaupaferlið/gerð samnings á grundvelli útboðsins þar til endanlega hafi verið skorið úr um kærana. Í annan stað verði lagt fyrir stefnanda að auglýsa útboðið á nýjan leik. Í þriðja lagi að nefndin láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda og síðan er krafist kærumálskostnaðar. Í kærinni kemur fram að einnig sé verið að gera athugasemdir við valforsendurnar, jafnframt því sem höfnun tilboðs þeirra sé mótmælt. Úrskurður kærunefndar útboðsmála vegna þessarar kæru er í málinu nr. 19/2012 frá 18. október 2012.

Í kæru stefnda, Fastusar ehf., frá 9. júlí 2012 er þess í fyrsta lagi krafist að stöðvuð verði samningsgerð og innkaupaferli á grundvelli samkeppnisviðræðnanna þar til endanlega hafi verið skorið úr um kærana. Í annan stað að felld verði úr gildi ákvörðun stefnanda um að hafna tilboði Fastusar ehf. og vísa honum frá áframhaldandi þátttöku í samkeppnisviðræðunum sem og ákvörðun stefnanda um að taka tilboði Medor ehf. og lagt fyrir stefnda að bjóða út innkaupin að nýju. Í þriðja lagi þess krafist að nefndin láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda og að kærandi fái kærumálskostnað. Í kærinni er að hluta byggð á því að valforsendur hafi ekki verið skýrar. Úrskurður kærunefndar vegna þessarar kæru er í málinu nr. 20/2012 og er frá 18. október 2012. Einu forsendur úrskurðarnefndarinnar eru: „Með úrskurði í dag í máli nr. 19/2012 hefur kærunefnd útboðsmála lagt fyrir kærða á bjóða að nýju út innkaupin. „Tækjabúnaður og rekstrarvara fyrir Kjarna- og bráðarannsóknarstofu Landspítala““. Því var ákvörðun stefnanda um að taka tilboði Medor ehf. felld úr gildi og lagt fyrir stefnanda að auglýsa innkaupin að nýju.

Eins og að framan greinir eru samkeppnisviðræður ein af tegundum innkaupaferla sem hægt er að nota í opinberum innkaupum og er málsmeðferðin önnur en þegar um opið/lokað útboð er að ræða. Þar er gert ráð fyrir viðræðum við þau fyrirtæki sem valin eru allt með það að markmiði að þróa einn eða fleiri valkosti sem mætt geta kröfum kaupanda, enda séu þessar kröfur lagðar til grundvallar þegar umsækjendum er boðið að leggja fram tilboð. Um fátíðan feril er að ræða og mun aldrei háður hafa reynt á þessa aðferð í málum er borin hafa verið undir kærunefnd útboðsmála.

Ákvæði 94. gr. laga um opinber innkaup gera ráð fyrir því, að upphaf kærufrests miðist við þann tíma þegar „kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum“. Stefnandi byggir á því að valforsendur og önnur gögn samkeppnisviðræðnanna hafi verið kynnt fyrir stefnda, Logalandi ehf., hinn 18. ágúst 2011 á upplýsingarfundi í kjölfar úrskurðar kærunefndar útboðsboðmála frá 8. ágúst 2011 þar sem ákvörðun stefnanda um að vísa Logalandi ehf. frá áframhaldandi þátttöku í viðræðunum var ógilt. Varðandi stefnda, Fastus ehf., byggir stefnandi á því að honum hafi í síðasta lagi verið kunnugt um valforsendurnar hinn 24. maí 2011.

Dómurinn tekur undir það með stefnanda er fram kemur í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum um opinber innkaup, að mikilvægt sé að ekki sé fyrir hendi óvissa um gildi tiltekinnna ákvarðana. Sérstök rök standi til þess að fyrirtæki bregðist skjótt við ætluðum brotum, ef þau óska eftir því að úrræðum kæruneftndar útboðsmála sé beitt. Því bar stefndu, væru þeir ósáttir eða hefðu athugasemdir við útboðsferilinn eða þær valforsendur sem settar voru fram, að kæra til kæruneftndar innan fjögurra vikna frá því að þeir vissu eða máttu vita af þessum ákvörðunum. Kæru stefndu, að því leyti sem þær lúta að gildi valforsendna, voru því of seint fram bornar fyrir kæruneftndina.

Í annan stað byggir stefnandi á því að rökstuðningur kæruneftndar útboðsmála hafi verið haldinn verulegum annmörkum. Stefnandi bendir á að í úrskurði kæruneftndarinnar sé vísað til þess að atriði sem voru grundvöllur að vali á tilboðum hafi „sum hver“ verið verulega almennt orðuð og að skýringargögn hafi ekki gert skýrlega grein fyrir nánara innitaki almennt orðaðra matsþátta. Taldi nefndin að þetta hafi leitt til þess að bjóðendum hafi í „mörgum tilvikum“ verið ógerlegt að átta sig á því fyrir fram hvernig kaupandi hygðist meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Þá sé vísað til þess að rökstuðningur stefnanda fyrir vali á tilboðum hafi gefið til kynna að hann hafi enn verið að þróa hugmyndir og kanna nýjar lausnir til að fullnægja kröfum sínum eftir að þátttakendum hafi verið gefinn kostur á að leggja fram tilboð. Stefnandi tekur fram að síðan hafi kæruneftndin komist að þeirri niðurstöðu að valforsendur og vægi forsendna hefði mátt greina með nákvæmari og hlutlægari hætti.

Í 95. gr. laga um opinber innkaup er fjallað um meðferð kæru og gagnaöflun. Ekki er kveðið á um rökstuðning kæruneftndar í þeirri grein, en í 8. mgr. ákvæðisins segir að að öðru leyti skuli meðferð kærumála fara eftir ákvæðum stjórnslulaga nr. 37/1993. Samkvæmt 4. mgr. 21. gr. stjórnslulaga skal rökstuðningur ávallt fylgja úrskurðum í kærumálum. Í 22. gr. sömu laga er kveðið á um efni rökstuðnings. Þar segir meðal annars að að því marki sem ákvörðun byggist á mati, skuli í rökstuðningnum greina frá þeim meginsjónarmiðum sem ráðandi voru við matið. Gera verður þá kröfu til rökstuðnings að málsaðilar geti skilið af lestri úrskurðarins hvers vegna niðurstaða málsins var eins og raun ber vitni. Hér er um að ræða úrskurð í kærumáli þar sem aldrei áður hefur reynt á álitaefni varðandi samkeppnisviðræður. Skiptir því enn meira máli að rökstuðningurinn sér skýr og glöggur því hann getur einnig haft leiðbeiningargildi í næstu málum. Ekki verður ráðið, hvorki af úrskurðinum í heild né af forsendum hans, hvaða atriði, sem voru grundvöllur að vali tilboða, hafi verið almennt orðuð að mati kæruneftndarinnar og hver ekki. Engin tilvik eru nefnd í dæmaskyni. Þá verður ekki séð í hvaða tilvikum stefndu hafi verið ógerlegt að átta sig á því fyrir fram hvernig stefnandi hygðist meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Hér hefði kæruneftndin getað nefnt dæmi. Þá er ekki getið um það hvaða rök liggi til grundvallar hjá kæruneftndinni um að stefnandi hafi enn verið að þróa hugmyndir sínar og kanna nýjar lausnir. Þegar á allt þetta er litið er það niðurstaða dómsins að verulega skorti á að rökstuðningur kæruneftndar sé í samræmi við 22. gr. stjórnslulaga.

Með vísan til þess sem að framan greinir er það niðurstaða dómsins að kærutriði er varða valforsendur hafi borist of seint, þ.e. eftir að kærufresti lauk, og að verulegir annmarkar séu á rökstuðningi í úrskurði kæruneftndar útboðsmála í málinu nr. 19/2012 frá 18. október 2012 þannig að ekki verði hjá því komist að

fella úrskurðinn úr gildi. Af því leiðir að þar sem í forsendum úrskurða nr. 25/2011 og 20/2012 er vísað til úrskurðar nr. 19/2012 án frekari rökstuðnings, verða þeir úrskurðir einnig felldir úr gildi. Sú málsástæða stefnda, Fastusar ehf., að þar sem um flýtimeðferðarmál sé að ræða hafi það ekki þýðingu að fella úrskurðina úr gildi, er haldlaus.

Stefnanda hefur í ofangreindum úrskurðum kærunefndar verið gert að greiða stefndu, Logaland ehf. og Beckman Coulter AB, kærumálskostnað. Í ljósi þess að nefndir úrskurðir eru felldir úr gildi með dómi þessum eru kröfur stefnanda um endurgreiðslu kostnaðarins teknar til greina sem svo sem greinir í dómsorði, en dráttarvaxtakrafan hefur ekki sætt rökstuddum andmælum.

Með vísan til 131. gr. laga um meðferð einkamála ber stefndu, hverjum um sig, að greiða stefnanda 800.000 kr. (þ.e. 2.400.000 kr. í heild) í málskostnað og er þá ekki tekið tillit til virðisaukaskatts.

Sigrún Guðmundsdóttir héraðsdómari kvað upp dóm þennan.

## DÓMSORÐ

Felldir eru úr gildi úrskurðir kærunefndar útboðsmála frá 18. október 2012 í málunum nr. 19/2012, Logaland ehf. og Beckman Coulter AB gegn Ríkiskaupum, nr. 25/2011, Logaland ehf. gegn Ríkiskaupum og nr. 20/2012, Fastus ehf. gegn Ríkiskaupum.

Stefndu, Logalandi ehf. og Beckman Coulter AB, greiði stefnanda, Ríkiskaupum, sameiginlega (in solidum) 800.000 krónur auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 26. október 2012 til greiðsludags.

Stefndi, Logaland ehf. greiði stefnanda, Ríkiskaupum, 200.000 krónur auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 26. október 2012 til greiðsludags.

Stefndu, Logaland ehf., Beckman Coulter AB og Fastus ehf, hver um sig, greiði stefnanda, Ríkiskaupum 800.000 kr. í málskostnað.

Sigrún Guðmundsdóttir.