

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 2. apríl 2025

Mál nr. E-3742/2022:

Embætti landlæknis

(Dagmar Sigurðardóttir lögmaður)

gegn

Köru Connect ehf.,

(Lára Herborg Ólafsdóttir lögmaður)

Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins,

(Snorri Stefánsson lögmaður)

Origo hf.

(Hjördís Halldórsdóttir lögmaður)

og Sensa ehf.

(Áslaug Björgvinsdóttir lögmaður)

og

Kara Connect ehf.

gegn

Embætti landlæknis,

Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins,

Origo hf.

og Sensa ehf.

Dómur

- Mál þetta var höfðað 22. ágúst 2022 og tekið til dóms 5. mars 2025. Aðalstefnandi er Embætti Landlæknis, Katrínartúni 2, Reykjavík. Gagnstefnandi er Kara Connect ehf., Skipholti 25, Reykjavík. Stefndu í aðalsök og gagnsök eru Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins, Álfabakka 16, Reykjavík, Origo hf., Borgartúni 37, Reykjavík, og Sensa ehf., Lynghálsi 4, Reykjavík.
- Endanlegar dómkröfur aðalstefnanda, Embættis landlæknis, í aðalsök eru aðallega þær að úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 22. febrúar 2022 í máli nr. 8/2021 verði felldur

úr gildi að öðru leyti en því sem þar er vísað frá kröfum gagnstefnanda að því er snertir samninga um Sögu sjúkraskrárkerfi.

3. Til vara gerir aðalstefnandi kröfu um að felld verði úr gildi með dómi ákvæði úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá 22. febrúar 2022 í máli nr. 8/2021 um að aðalstefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 9.000.000 króna og málskostnað til gagnstefnanda að fjárhæð 2.000.000 króna.
4. Til þrautavara gerir aðalstefnandi kröfu um að sektarfjárhæð og fjárhæð málskostnaðar í úrskurði kærunefndar útboðsmála frá 22. febrúar 2022 í máli nr. 8/202[1] verði lækkuð verulega.
5. Þá krefst aðalstefnandi málskostnaðar.
6. Stefndi í aðalsök, Kara Connect ehf., krefst sýknu af endanlegum dómkröfum aðalstefnanda, auk málskostnaðar úr hendi hans.
7. Stefndi í aðalsök, Origo hf., gerir kröfu um að aðalkrafa aðalstefnanda nái fram að ganga. Krefst hann sýknu af kröfu aðalstefnanda um málskostnað og gerir kröfu um málskostnað úr hendi hans.
8. Stefndi í aðalsök, Sensa ehf., gerir kröfu um að aðalkrafa aðalstefnanda nái fram að ganga. Krefst hann sýknu af kröfu aðalstefnanda um málskostnað og gerir kröfu um málskostnað úr hendi hans.
9. Stefndi í aðalsök, Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins, gerir kröfu um að staðfestur verði með dómi sá hluti úrskurðar kærunefndar útboðsmála nr. 8/2021 sem kveðinn var upp 22. febrúar 2022 og laut að frávísun á kröfum gagnstefnanda varðandi nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Auk þess gerir hann kröfu um málskostnað úr hendi aðalstefnanda.
10. Endanlegar dómkröfur gagnstefnanda, Köru Connect ehf., í gagnsök eru að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 8/2021, sem kveðinn var upp 22. febrúar 2022, verði ógiltur með dómi að því er varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Þá krefst gagnstefnandi málskostnaðar úr hendi stefndu í gagnsök.
11. Stefndi í gagnsök, Embætti landlæknis, krefst sýknu af endanlegum dómkröfum gagnstefnanda, auk málskostnaðar úr hendi hans.
12. Stefndi í gagnsök, Origo hf., krefst sýknu af endanlegum dómkröfum gagnstefnanda, auk málskostnaðar úr hendi hans.

13. Stefndi í gagnsök, Sensa ehf., krefst sýknu af endanlegum dómkröfum gagnstefnanda, auk málskostnaðar úr hendi hans.
14. Stefndi í gagnsök, Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins, gerir kröfu um að hafnað verði kröfu gagnstefnanda um að ógiltur verði með dómi sá hluti úrskurðar kærunefndar útboðsmála nr. 8/2021 sem kveðinn var upp 22. febrúar 2022 og varðaði frávísun á kröfum gagnstefnanda varðandi nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Auk þess gerir hann kröfu um málskostnað úr hendi gagnstefnanda.
15. Aðalstefnandi og gagnstefnandi höfðuðu upphaflega hvor sitt dómsmálið en þau voru með ákvörðun dómsins sameinuð 9. september 2024 með vísan til 30. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.
16. Fyrir sameiningu málanna hafði verið leyst úr frávísunarkröfum er vörðuðu kröfugerð gagnstefnanda. Var hluta krafna hans vísað frá dómi með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur frá 23. febrúar 2023 og var sú niðurstaða staðfest með úrskurði Landsréttar uppkveðnum 3. júlí 2023 í máli nr. 168/2023.
17. Undirritaður dómari tók við máli þessu 19. desember 2023 en hafði fram til þess tíma engin afskipti haft af rekstri þess. Málið var fyrst dómtekið að lokinni aðalmeðferð 23. október 2024 en sökum embættisanna dómara tókst ekki að leggja dóm á málið innan lögbundins frests. Var munnlegur málflutningur því endurtekinn 5. mars 2025 í samræmi við 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991 og að því búnu var málið dómtekið að nýju.

Yfirlit helstu málsatvika og ágreiningsefna

18. Mál þetta varðar úrskurð kærunefndar útboðsmála frá 22. febrúar 2022 í máli nr. 8/2021. Úrskurðurinn varðar kæru gagnstefnanda þessa máls frá 24. febrúar 2021 og voru stefndu í gagnsök til varnar. Kröfugerð gagnstefnanda tók breytingum undir rekstri kærumálsins og kvað kærunefndin upp úrskurð er laut að innkaupum og þróun hugbúnaðar, nánar tiltekið Sögu sjúkraskrárkerfis, Heklu heilbrigðisnets og Heilsuveru, til notkunar í heilbrigðiskerfinu. Í úrskurðinum var kveðið á um að aðalstefnandi þessa máls skyldi greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 9.000.000 króna í ríkissjóð. Lagt var fyrir aðalstefnanda að bjóða út þróun hugbúnaðarins Heklu heilbrigðisnets, gerð og þróun hugbúnaðar Heilsuveru fyrir almenning til að sækja heilsutengdar upplýsingar í gegnum Heklu heilbrigðisnet og þróun fjarfundalausnar til notkunar á heilbrigðissviði. Auk þess var aðalstefnanda gert að greiða gagnstefnanda 2.000.000 króna í málskostnað. Þá var kröfum gagnstefnanda, að svo miklu leyti sem þær lutu að nytjaleyfissamningum um Sögu sjúkraskrárkerfi, vísað frá úrskurðarnefndinni.

19. Gagnstefnandi, sem er hugbúnaðarfyrirtæki, beindi kæru, dags. 24. febrúar 2021, til kærunefndar útboðsmála er varðaði kaup aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins á vörum og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna af stefndu Origo hf. og Sensa ehf. Í kærinni setti gagnstefnandi kröfur sínar fram með þeim hætti að krefjast þess aðallega að samningar aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um kaup vara og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna yrðu lýstir óvirkir og að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og að bjóða innkaupin út. Til vara gerði gagnstefnandi kröfu um að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að segja upp samningum við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um kaup á vörum og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna, bjóða innkaupin út og sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016. Auk þessa gerði gagnstefnandi kröfu um málskostnað.
20. Í kærinni óskaði gagnstefnandi eftir því að kærunefndin krefði aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins um þá samninga sem þeir hefðu gert við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. vegna þróunar hugbúnaðarlausna og vísaði í því sambandi til 4. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016. Þá tók gagnstefnandi fram í kæru sinni að hann áskildi sér í framhaldinu rétt til að leggja fram frekari kröfur eða skerpa á þeirri kröfugerð sem sett væri fram í kærinni og vísaði í því sambandi til 15. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016, sem og jafnframt 7. gr. stjórnsýslulaganna.
21. Í kjölfar þess að kæra gagnstefnanda barst kærunefnd útboðsmála kynnti kærunefndin aðalstefnanda og stefndu Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, Origo hf. og Sensa ehf. framkomna kæru og gaf þeim kost á að gera athugasemdir. Skiluðu þeir allir greinargerðum til kærunefndarinnar, ýmist dags. 11. mars 2021 eða 9. apríl 2021, og kröfðust þess ýmist að kröfum gagnstefnanda yrði hafnað eða þeim vísað frá kærunefndinni.
22. Kærunefnd útboðsmála kynnti gagnstefnanda greinargerðir aðalstefnanda og stefndu og gaf gagnstefnanda færi á að tjá sig um þær. Gagnstefnandi sendi kærunefndinni athugasemdir sínar með erindi, dags. 27. apríl 2021. Þar kom m.a. fram að gagnstefnandi sæi sig knúinn, formsins vegna, til að skerpa á orðalagi kröfugerðar sinnar á grundvelli upplýsinga sem komið hefðu fram í greinargerðum aðalstefnanda og stefndu Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, Origo hf. og Sensa ehf., sér í lagi varðandi upplýsingar um eignarrétt á sjúkraskráningarkerfinu Sögu, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisneti og

- þá afstöðu aðalstefnanda og stefnda Origo hf. að langvarandi reikningsviðskipti sem stunduð hefðu verið svo áratugum skipti milli aðila þar að lútandi væru ekki útboðsskyld.
23. Breytti gagnstefnandi aðalkröfu sinni þannig að auk upphaflegrar kröfugerðar krafðist hann þess jafnframt að samningar aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. um rafræn sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet yrðu lýstir óvirkir og að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 og bjóða innkaupin út. Enn fremur breytti gagnstefnandi varakröfu sinni á þá leið að auk upphaflegrar kröfugerðar krafðist hann þess jafnframt að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að segja upp samningum við stefnda Origo hf. um rafræn sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet, bjóða innkaupin út og sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016.
24. Kærunefnd útboðsmála veitti aðalstefnanda og stefndu Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, Origo hf. og Sensa ehf. kost á að tjá sig um framkomnar athugasemdir gagnstefnanda og breytta kröfugerð hans. Að auki beindi kærunefndin erindi til aðalstefnanda þar sem óskað var eftir tilgreindum upplýsingum og gögnum. Aðalstefnandi og stefndi Origo hf. sendu kærunefndinni viðbótarathugasemdir af sinni hálfu með bréfum, dags. 31. maí 2021. Þá brást aðalstefnandi með bréfi, dags. 4. júní 2021, við erindi kærunefndarinnar um framlagningu tilgreindra upplýsinga og gagna með því að senda nefndinni tilgreind gögn. Í bréfi aðalstefnanda var tekið fram að af hans hálfu væru gögnin lögð fyrir kærunefndina sem trúnaðargögn og gerði aðalstefnandi kröfu um að nefndin afhenti hvorki gögnin né veitti annars konar aðgang að þeim.
25. Hinn 15. júní 2021 mun gagnstefnandi hafa óskað eftir afriti af öllum þeim gögnum sem aðalstefnandi hafði lagt fyrir kærunefndina. Eftir að hafa gefið öðrum aðilum kost á að tjá sig um þá kröfu tók kærunefnd útboðsmála ákvörðun 28. júlí 2021 um að veita gagnstefnanda að verulegu leyti aðgang að umræddum gögnum.
26. Í kjölfar þess að gagnstefnandi hafði fengið aðgang að gögnunum skilaði hann viðbótarathugasemdum til kærunefndarinnar, dags. 30. ágúst 2021. Aðalstefnandi og stefndu Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins, Origo hf. og Sensa ehf. skiluðu allir af því tilefni athugasemdum til kærunefndarinnar, dags. 17. september 2021. Þá skilaði gagnstefnandi enn á ný viðbótarathugasemdum til kærunefndarinnar, dags. 11. október 2021.

27. Fram kemur í úrskurði kærunefndar útboðsmála að nefndin hafi kallað sérfræðing í hugbúnaðargerð til ráðgjafar og aðstoðar um álitamál sem tengist hugbúnaðargerð.
28. Hinn 19. janúar 2022 fór fram munnlegur málflutningur fyrir kærunefnd útboðsmála en 22. febrúar s.á. kvað nefndin upp úrskurð þann sem þrætt er um í máli þessu og gerðar eru kröfur um að verði ógiltur.
29. Í úrskurðinum komst kærunefndin að þeirri niðurstöðu að tilvist eða skortur lögvarinna hagsmuna gæti engu skipt fyrir meðferð málsins og vísaði í því sambandi til 2. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016.
30. Þá taldi kærunefndin að gagnstefnanda hefði verið heimilt að auka við kröfugerð sína fyrir nefndinni og bæta við nýjum kröfum með þeim hætti sem hann gerði 27. apríl 2021 að því marki sem viðbótarkrafa hans lyti að hugbúnaðarþróun á vegum aðalstefnanda og stefndu á rafrænu sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisneti. Tók kærunefndin í því sambandi fram að í kæru gagnstefnanda 24. febrúar 2021 hefðu verið rakin samskipti gagnstefnanda við aðalstefnanda er lutu einkum að þróun hugbúnaðar til að unnt væri að veita fjarheilbrigðisþjónustu. Enn fremur vísaði nefndin til þess að í kærinni frá 24. febrúar 2021 hefði einnig verið gerð að umtalsefni þróun aðalstefnanda á virkni þessu tengdri í Sögu, Heilsuveru og Heklu varðandi fjarheilbrigðisþjónustu. Á hinn bóginn var það niðurstaða kærunefndarinnar að gagnstefnanda hefði ekki verið heimilt að beina breyttri kröfugerð sinni að gerð einstakra nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Vísaði nefndin í því sambandi til þess að ekki hefði verið fjallað um þá nytjaleyfissamninga með neinum viðhlítandi hætti í kæru málsins, auk þess sem upplýst væri að fjöldi sjúkrastofnana sem ættu enga aðild að málinu hefðu gert slíka samninga en aðalstefnandi ætti enga aðild að þeim. Væri því óhjákvæmilegt að vísað kröfu gagnstefnanda frá að því marki sem hún lyti að einstökum nytjaleyfissamningum um sjúkraskrárkerfið Sögu.
31. Kærunefndin komst einnig að þeirri niðurstöðu að allir þeir samningar sem fjallað hefði verið um í málinu hefðu verið gerðir án undanfarandi útboðsauglýsingar og að upplýst hefði verið að engar tilkynningar hefðu verið birtar um gerð þeirra í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Af því leiddi að 20 og 30 daga frestirnir samkvæmt 1. og 2. málslíð 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 hefðu ekki enn byrjað að líða og leit kærunefnd útboðsmála því svo á að kæra gagnstefnanda til nefndarinnar hefði komið fram innan tímafrestra.

32. Kærufndin féllst ekki á að kærufnið varðaði þjónustu í almannapágu sem ekki væri af efnahagslegum toga. Byggði nefndin í því sambandi á því að í málinu væri fjallað um innkaup á hugbúnaði og þjónustu sem tengdist þróun hans og hefði endurgjald verið greitt fyrir innkaupin. Afraksturinn hefði farið til opinbers aðila en ekki beint til almennings. Innkaupin féllu því undir gildissvið laga nr. 120/2016 og breytti engu þó sá opinberi aðili sem hefði verið kaupandi veitti almenningi þjónustu sem ekki væri af efnahagslegum toga.
33. Kærufndin áleit að innkaup aðalstefnanda á þróun hugbúnaðar frá stefnda Origo hf. byggðust á sambandi sem sætti reglulegri endurnýjun þegar samið væri um einstök verkefni. Eftir að skriflegir samningar hefðu runnið út hefði verið stofnað til fjölda sjálfstæðra samninga um einstök innkaup. Af því leiddi að við mat á viðmiðunarfjárhæð 23. gr. laga nr. 120/2016 yrði að miða við samanlagt virði allra samninganna við stefnda Origo hf., sbr. 29. gr. sömu laga. Á þeim grundvelli taldi kærufndin að innkaupin hefðu farið langt yfir viðmiðunarmörk, óháð því hvort horft væri til einstakra kerfa eða þeirra allra í einu. Af þessu leiddi síðan aftur að líta bæri svo á að verðgildi hvers og einstaks samnings aðalstefnanda við stefnda Origo hf. hefði verið yfir viðmiðunarmörkum, sbr. 2. málslíð 1. mgr. 29. gr. laganna. Þá áleit nefndin að lögum samkvæmt yrði að líta svo á að viðskipti aðalstefnanda við stefnda Sensa ehf. hefðu í reynd verið hluti af þeim verkum sem aðalstefnandi hefði falið stefnda Origo hf. með síendurteknum hætti. Af því leiddi að verðmæti samnings stefnda Sensa ehf. teldist vera með í samanlögðu virði allra viðskipta aðalstefnanda við stefnda Origo hf. um þróun hugbúnaðar, sbr. 1. málslíð 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016 og væri það virði langt umfram viðmiðunarmörk. Kæmi ekki til álita að fyrir hendi væru hlutlægur ástæður í þeim skilningi að unnt væri að réttlæta uppskiptingu samninganna. Teldust því viðskipti aðalstefnanda við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um þróun hugbúnaðar fyrir aðalstefnanda, og þar með talið um fjarfundi, yfir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 23. gr. laga nr. 120/2016 og 3. gr. reglugerðar nr. 1313/2020.
34. Á hinn bóginn lagði kærufndin til grundvallar að stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins hefði engar greiðslur innt af hendi til stefndu Origo hf. eða Sensa ehf. fyrir þróun hugbúnaðar fyrir Sögu, Heklu eða Heilsuveru. Hafnaði því nefndin öllum kröfum á hendur stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins.
35. Kærufndin komst enn fremur að þeirri niðurstöðu að líta yrði svo á að aðalstefnanda hefði verið óskýlt að bjóða út innkaup á þróun Sögu. Leit kærufndin í því sambandi til

þess að fyrir lögju samningar þar sem slegið væri föstu að höfundarétt stefnda Origo hf. að Sögu mætti rekja til ársins 1993. Eins væri upplýst að frumkóði kerfisins væri allur í vörslum stefnda Origo hf. og ekkert benti til þess að aðalstefnandi ætti samningsbundinn rétt til afhendingar hans. Höfundaréttur stefnda Origo hf. og tæknilegar ástæður leiddu því til þess að aðalstefnanda hefði verið heimilt að eiga viðskipti við stefnda Origo hf. um þróun þessa hugbúnaðar í formi samningskaupa án útboðs.

36. Að því er varðaði hugbúnaðarforritið Heklu virtist kærunefndinni að slá mætti því föstu, líkt og um Sögu, að Hekla nyti verndar höfundalaga sem tölvuforrit og að tæknilegar ástæður útilokuðu að annar en sá sem byggir yfir frumkóðanum gæti gert á því breytingar. Á hinn bóginn hefði komið fram að aðalstefnandi hefði með samningi 20. desember 2012 keypt hugbúnaðinn Heklu með höfundarétti og öðrum tilheyrandi hugverkarétti, þ.m.t. forritskóða, ásamt orðnum breytingum og þeim sem síðar kynnu að verða gerðar. Á þeim grundvelli taldi kærunefndin að viðskipti aðalstefnanda við stefnda Origo hf. um þróun Heklu gætu ekki helgast af undanþágu b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016.
37. Jafnframt taldi kærunefndin ekki vera unnt að fallast á að innkaup á þróun Heilsuveru gætu talist undanþegin útboði með stoð í b-lið 39. gr. laga nr. 120/2016. Nefndi kærunefndin í því sambandi að hugbúnaðarkerfið Heilsuvera hefði af sérfræðingi kærunefndarinnar um hugbúnaðargerð verið talið vera einfaldast umræddra hugbúnaðarkerfa að kerfislegri uppbyggingu. Þá yrði að hafa sérstaklega í huga að í málinu lægi engin skýrsla fyrir um kaup á þjónustu sem tengdist Heilsuveru, sbr. f-lið 1. mgr. og 3. mgr. 96. gr. laga nr. 120/2016 og enginn skriflegur samningur hefði verið gerður um kaup þessarar þjónustu, sbr. 2. málslíð 1. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016.
38. Kærunefnd útboðsmála taldi sig ekki hafa forsendur til að verða við kröfu gagnstefnanda um að samningar aðalstefnanda við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. yrðu lýstir óvirkir á grundvelli 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016. Jafnframt hafnaði kærunefndin varakröfu gagnstefnanda um að aðalstefnanda yrði gert að segja upp samningum sínum við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. á þeim forsendum að nefndin hefði ekki heimild til að úrskurða um skyldu til þess, sbr. 111. gr. laga nr. 120/2016.
39. Á hinn bóginn féllst kærunefndin á kröfur gagnstefnanda um að beitt yrði viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 og að bjóða skyldi út innkaup, sem og kröfu gagnstefnanda um greiðslu málskostnaðar.
40. Í úrskurðarorði úrskurðar kærunefndar útboðsmála nr. 8/2021 er kröfum gagnstefnanda vísað frá að svo miklu leyti sem þær lúti að nytjaleyfissamningum um Sögu

sjúkraskrárkerfi. Þá er þar kveðið á um að aðalstefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 9.000.000 króna í ríkissjóð. Lagt er fyrir aðalstefnanda að bjóða út þróun hugbúnaðarins Heklu heilbrigðisnets, gerð og þróun hugbúnaðar Heilsuveru fyrir almenning til að sækja heilsutengdar upplýsingar í gegnum Heklu heilbrigðisnet og þróun fjarfundalausnar til notkunar á heilbrigðissviði. Enn fremur skuli aðalstefnandi greiða gagnstefnanda 2.000.000 króna í málskostnað.

Helstu málsástæður og lagarök aðalstefnanda

41. Aðalstefnandi byggir aðalkröfu sína í aðalsök á því að verulegir annmarkar hafi að ýmsu leyti verið á úrskurði kærunefndar útboðsmála frá 22. febrúar 2021 í máli nr. 8/2021 og sé úrskurðurinn af þeim sökum ógildanlegur.
42. Aðalstefnandi byggir á því að kærufrestur hafi verið liðinn hvort tveggja er kæra gagnstefnanda hafi borist nefndinni 24. febrúar 2021 og er gagnstefnandi hafi bætt nýjum kæruefnum við upphaflega kæru sína 27. apríl s.á. Hafi kærunefnd útboðsmála því átt að vísa kæru gagnstefnanda frá.
43. Vísar aðalstefnandi í þessu sambandi til þess að samkvæmt því sem fram komi í bréfi gagnstefnanda til aðalstefnanda 11. september 2020 hafi gagnstefnandi á þeim tíma haft vitneskju um hin kærðu innkaup, þ.e. um fjórum og hálfum mánuði áður en kæra var lögð fram 24. febrúar 2021 er sneri að fjarheilbrigðislausnum. Í nefndu bréfi sé því haldið fram að aðalstefnandi væri að vinna að gerð hugbúnaðarlausna, meðal annars í samstarfi við stefnda Origo ehf., sem teldust til vöru- og þjónustukaupa sem væru útboðsskyld samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup en ekki yrði ráðið að kaupin hefðu verið boðin út. Kærufrestur hafi því verið liðinn þegar kæra hafi verið sett fram, sbr. 106. gr. laga nr. 120/2016, þar sem kveðið sé á um að skrifleg kæra skuli borin undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleyssi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum.
44. Þá hafi kærunefndin heimilað gagnstefnanda að koma að nýjum, óskyldum kæruefnum um tveimur mánuðum eftir að upphafleg kæra gagnstefnanda kom fram, eða 27. apríl 2021 er hann skilaði athugasemdum við greinargerð aðalstefnanda til kærunefndarinnar. Hafi hin nýju kæruefni varðað innkaup aðalstefnanda samkvæmt samningum um Sögu sjúkraskrárkerfi, Heklu heilbrigðisnet og Heilsuveru. Byggir aðalstefnandi á því að vitneskja um samninga er varðað hafi Heklu og Heilsuveru hafi verið opinber og hafi gagnstefnandi vitað eða mátt vita um þá löngu áður en hann hafi sett fram hinar nýju kröfur. Í því sambandi vísar aðalstefnandi til svara heilbrigðisráðherra á Alþingi í maí

2019 við fyrirspurn þingmanns og umfjöllunar í stefnu aðalstefnanda um rafræna sjúkraskrá og heilbrigðisnet, sem birt hafi verið opinberlega í janúar 2016. Enn fremur vísar aðalstefnandi til tiltekins úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá árinu 2018 að því er varðar samning um Heilsuveru og til tilgreinds úrskurðar úrskurðarnefndar upplýsingamála frá árinu 2013 varðandi samning um Heklu, sem birtir hafi verið opinberlega. Varðandi kærufrest tengdan kærufni gagnstefnanda sem kom fram í apríl 2021 vísar aðalstefnandi einnig til dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021 þar sem vísað hafi verið til lögskýringargagna þess efnis að almennt geti kærandi ekki aukið við kröfur sínar eða málsástæður í andsvari til kærunefndar útboðsmála, sem og að hraða skuli málsmeðferð fyrir nefndinni og skuli frestur kæranda til andsvara almennt vera mjög skammur enda eigi málflutningur hans að liggja fyrir að verulegu leyti í kæru.

45. Þá hafi samningarnir í raun verið ótímabundnir og ekki skylt að bjóða þá út meðan eldri samningar væru í gildi og nýtt innkaupaferli hvorki hagkvæmt né mögulegt. Samningar um Heklu og Heilsuveru séu í raun viðbótarsamningar við Sögusamninginn því þeir fjalli allir um þjónustu í þágu almennings og sjúkrastofnana sem skylt sé að veita samkvæmt lögum um sjúkraskrár nr. 55/2009. Samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 verði krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir séu liðnir frá gerð hans og af þeim sökum hafi kærufrestur einnig verið liðinn. Vísar aðalstefnandi í þessu sambandi einnig til dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021.
46. Að því er varði kærufrest vegna samninga um Sögu, Heklu og Heilsuveru beri jafnframt að líta til þeirra laga sem í gildi hafi verið á þeim tíma þegar samningarnir voru gerðir, annars vegar á árinu 2012 og hins vegar á árinu 2013. Vísar aðalstefnandi í þessu sambandi til 94. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 84/2007, eins og ákvæðið hafi verið fyrir breytingu er gerð var á því með lögum nr. 58/2013.
47. Þá hafi ekki verið heimilt að miða kærufrest við eftirfarandi birtingu samnings í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins þar sem ákvæði um slíka skyldu hafi ekki verið í lögum er samningar um Heklu og Heilsuveru hafi verið gerðir á árunum 2012 og 2013. Þá hafi heldur engin ákvæði verið í gildi um óvirkni samninga og stjórnvaldssektir er samningarnir voru gerðir. Af þeim sökum hafi ekki verið unnt að beita stjórnvaldssektum um samningana og ekki unnt að miða kærufrest við kröfu um óvirkni. Hafi kærunefndin í þeim efnum beitt lögum með afturvirkum hætti. Vísar aðalstefnandi í þessu sambandi til 69. og 77. gr. stjórnarskrárinnar.

48. Aðalstefnandi byggir einnig á því að hin kærðu innkaup hafi ekki verið útboðsskyld og því hafi kærunefnd útboðsmála borið að vísa frá kærnu gagnstefnanda. Upphafleg kæra gagnstefnanda frá 24. febrúar 2021 hafi snúist um innkaup aðalstefnanda á tilraunaverkefni hans og stefnda Sensa ehf. vegna fjarfundabúnaðar. Hafi þau innkaup frá upphafi verkefnisins árið 2019 verið alls að fjárhæð 7.661.750 krónur og því verið undir viðmiðunarfjárhæðum um útboðsskyldu bæði innanlands og á EES-svæðinu samkvæmt 23. gr. laga nr. 120/2016 sem hafi kveðið á um að viðmiðunarfjárhæð um útboðsskyldu innanlands væri 15.500.000 krónur.
49. Þá byggir aðalstefnandi enn fremur á því að kærunefnd útboðsmála hafi borið að vísa frá kærnu gagnstefnanda þar sem hann hafi ekki átt lögvarða hagsmuni og vísar aðalstefnandi í því sambandi til 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016. Þegar innkaup á tilraunaverkefni um fjarheilbrigðislausnir hafi verið gerð hafi ekki legið fyrir staðfesting óháðs aðila á því að fjarheilbrigðislausn gagnstefnanda uppfyllti fyrirmæli aðalstefnanda um upplýsingaöryggi við veitingu fjarheilbrigðisþjónustu sem sett hafi verið með vísan til 1. mgr. 5. gr. laga nr. 41/2007 um landlækni og lýðheilsu. Hafi gagnstefnandi ekki boðið upp á hugbúnað eða kerfi fyrir rafræna sjúkraskrá á markaði sem uppfyllt hafi skilyrði laga nr. 55/2009 um sjúkraskrár fyrr en staðfesting hafi borist 17. febrúar 2021 frá óháðum úttektaraðila. Hafi gagnstefnandi því ekki átt raunhæfa möguleika á að verða valinn til þátttöku í tilraunaverkefni um fjarheilbrigðislausnir þegar þau innkaup áttu sér stað. Sama máli gegni um aðra þjónustu og vöru sem fjallað hafi verið um í máli kærunefndar útboðsmála sem hinn umþrætti úrskurður varði.
50. Þá eigi málskotsréttur almennings samkvæmt 2. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 ekki við varðandi nefnd innkaup í tengslum við veitingu fjarheilbrigðisþjónustu því lögin kveði ekki á um skyldu til að bjóða út innkaup og auglýsa þau ef þau eru undir viðmiðunarfjárhæðum.
51. Aðalstefnandi byggir jafnframt á því að innkaupin hafi ekki verið útboðsskyld sökum þess að þegar samningar um Heklu og Heilsuveru hafi verið gerðir og allt þar til lög nr. 120/2016 hafi tekið gildi 29. október 2016 hafi samningar á sviði heilbrigðisþjónustu og stoðþjónustu við heilbrigðisþjónustu verið undanskildir útboðsskyldu.
52. Einnig byggir aðalstefnandi á því að þjónusta samkvæmt Heklu og Heilsuveru sé sértæk þjónusta í almannapágu og því ekki útboðsskyld en kærunefnd útboðsmála hafi algerlega horft fram hjá því. Vísar aðalstefnandi í þessu sambandi til reglugerðar nr. 1000/2016. Jafnframt vísar hann til þess að samkvæmt 2. mgr. 92. gr. laga nr. 120/2016 sé hinu

opinbera, þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. 92. gr., frjálst að ákveða hvernig staðið skuli að framkvæmd verks eða veitingu þjónustu, einkum til að tryggja hátt gæðastig, öryggi og viðráðanlegt verð, jafna meðferð og stuðla að almennum aðgangi og réttindum notenda í tengslum við opinbera þjónustu. Hafi ákvæði laganna af þeim sökum ekki áhrif á sviðum opinberra aðila til að skilgreina þjónustu í almannapágu sem hafi almenna, efnahagslega þýðingu, hvernig skipuleggja skuli þá þjónustu og fjármagna hana, í samræmi við reglur um ríkisaðstoð, sem og hvaða sérstöku skuldbindingar skuli gilda um hana. Þá taki lögin ekki til þjónustu í almannapágu sem ekki sé af efnahagslegum toga. Jafnframt vísar aðalstefnandi til tilgreinds úrskurðar kærunefndar útboðsmála og dóms EFTA-dómstólsins í máli E-13/19 því til stuðnings.

53. Bæði Hekla og Heilsuvera séu vefir í þágu almennings sem geri einstaklingum kleift að hafa beint samband við lækna og sækja vottorð og gögn milliliðalaust án greiðslu og jafnframt nálgast sjúkraskrá sína á einum stað. Hekla og Heilsuvera falli undir lög um sjúkraskrár nr. 55/2009 og feli í sér sértæka þjónustu samkvæmt VIII. kafla laga nr. 120/2016. Réttur til heilbrigðisþjónustu sé tryggður í 76. gr. stjórnarskrárinnar.
54. Að öðru leyti en því sem fram komi í VIII. kafla laga nr. 120/2016 gildi lögin ekki um sértæka samninga nema það sé sérstaklega tekið fram, sbr. 3. mgr. 92. gr. laganna. Samkvæmt því gildi ákvæði III. kafla laganna um útreikning á virði samninga ekki um sértæka samninga. Í hinum umþrætta úrskurði segi að aðalstefnanda hafi verið skylt að bjóða út innkaup á þjónustu frá stefnda Origo hf. vegna Heklu og Heilsuveru og með því að gera það ekki hafi hann brotið gegn 33. gr. laga nr. 120/2016 en samkvæmt framangreindu eigi sú lagagrein ekki við um sértæka þjónustu.
55. Það hafi verið nýmæli þegar framangreind þjónusta hafi með tilskipun 2014/24/ESB orðið útboðsskyld að hluta, sbr. VIII. kafla laga nr. 120/2016 um sértæka þjónustu (léttu leiðina). Hafi ákvæði tilskipunarinnar um sértæka þjónustu verið innleidd hér á landi 29. október 2016.
56. Þá byggir aðalstefnandi enn fremur á því að í athugasemdum gagnstefnanda til kærunefndar útboðsmála 27. apríl 2021 hafi falist ný kæra um efni sem ekki hafi tengst fyrri kæru. Hafi aðalstefnandi gert kröfu um að stofnað yrði nýtt mál og að allir þeir sem ættu hagsmuna að gæta fengju aðild að málinu, svo sem handhafar fjárlagaheimilda, fjárveitingavalds á sviði heilbrigðismála, rafrænnar sjúkraskrár og stórnotenda sjúkraskrárkerfisins. Kærunefndin hafi ekki orðið við þeirri kröfu aðalstefnanda en þess

í stað samþykkt að nýjar kröfur gagnstefnanda bættust við upphaflega kæru hans, rúmunum tveimur mánuðum eftir að upphafleg kæra barst.

57. Kröfur gagnstefnanda sem settar hafi verið fram 27. apríl 2021 hafi varðað allt önnur innkaup en þau sem upphaflega kæran hafi varðað. Upphafleg krafa um óvirkni hafi aðeins átt við um innkaup á fjarheilbrigðislausnum en ekki aðra samninga og geti ekki yfirfærst á allt önnur innkaup. Kröfu um óvirkni sé aðeins hægt að gera vegna innkaupa sem séu yfir viðmiðunarmörkum á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 1. mgr. 115. gr. og 1. mgr. 118. gr. laga nr. 120/2016.
58. Aðalstefnandi vísar jafnframt til þess að í hinum umþrætta úrskurði kærunefndar útboðsmála hafi kröfum er vörðuðu nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi verið vísað frá. Hafi verið viðurkennt að fyrir lægju samningar þar sem slegið væri föstu að höfundaréttur stefnda Origo hf. nyti verndar 1. mgr. 2. gr. höfundalaga nr. 73/1972 og því hafi innkaup verið heimil samkvæmt 39. gr. laga nr. 120/2016. Kærunefnd útboðsmála hafi einnig áður, í úrskurði nr. 21/2017, viðurkennt hugverkarétt þjónustuveitanda að Heilsuveru og því hafi átt að vísa frá kröfum er vörðuðu þann samning eins og Sögusamninginn. Á sama hátt hafi kærunefndin einnig á grundvelli höfundaréttar átt að vísa frá kröfum gagnstefnanda varðandi Heklu því þar hafi verið samið um eignarrétt seljanda að hugbúnaðinum.
59. Einnig vísar aðalstefnandi til þess að samningur sem gerður hafi verið um afnotarétt á hugbúnaði varðandi Heilsuveru hafi verið ótímabundinn og sé hann enn í gildi, sem og viðhalds- og þjónustusamningur sem fylgdi honum. Hvorki hafi verið ólöglegt að gera ótímabundinn samning þegar samningarnir voru gerðir né sé það brot gegn lögum nr. 120/2016, sbr. b-lið 2. mgr. 27. gr. þeirra laga. Auk þess feli lög nr. 120/2016 ekki í sér skyldu til að segja upp öllum eldri samningnum sem gerðir hafi verið ótímabundið. Jafnvel þótt talið yrði að skort hafi á skriflega nákvæmni við samningagerð vegna Heilsuveru og Heklu sé skýrt að samningar hafi verið fyrir hendi sem uppfylli kröfur samningalaga nr. 7/1936.
60. Aðalstefnandi vísar enn fremur til þess að þrátt fyrir að kærunefnd útboðsmála hafi ekki talið sig bundna af kröfugerð og málatilbúnaði málsaðila fyrir nefndinni með vísan til rannsóknarreglu stjórnsýslulaga hafi nefndin ekki tekið til skoðunar hvort hin umþrætta innkaup hafi fallið undir margvíslegar undanþágur laga nr. 120/2016. Byggir aðalstefnandi á því að samningar um Heklu og Heilsuveru hafi verið afurð rannsókna og þróunar í samstarfi yfirvalda við fyrirtæki á einkamarkaði sem séu undanskilin lögum

um opinber innkaup samkvæmt o-lið 1. mgr. 11. gr. laga nr. 120/2016, áður f-lið 6. gr. laga nr. 84/2007. Feli samningarnir í sér samstarf einkaaðila og opinberra aðila og séu þess eðlis að seljandi taki á sig hluta af kostnaði við þróun með því að veita afslátt af verði þjónustu og geti síðan samið við aðra kaupendur, bæði í einkageiranum og hjá hinu opinbera, um áskrift að þjónustunni. Samningarnir nýtist því ekki aðeins kaupanda heldur einnig fjölda stofnana og einstaklinga.

61. Þá bendir aðalstefnandi á að samningar um Heklu og Heilsuveru eigi rætur að rekja til samningsgerðar sem hafi verið fullkomlega lögmæt þegar hún hafi átt sér stað þótt hún hafi leitt af sér læsingu inni í samningunum síðar. Fjármálaráðuneytið hafi 2021 gefið út leiðbeiningar um hvernig unnt sé að koma í veg fyrir læsingu inni í samningum. Slíkar leiðbeiningar hafi á hinn bóginn ekki verið fyrir hendi þegar samningar um Heklu, Heilsuveru og Sögu hafi verið gerðir og gildi ekki um eldri samninga.
62. Jafnframt bendir aðalstefnandi á að ákvæði 90. gr. laga nr. 120/2016 um leyfilegar breytingar á samningum sé nýmæli í lögum um opinber innkaup. Takmarki ákvæðið breytingar á samningum og feli í sér að óheimilt sé að gera stórar breytingar á samningi sem boðinn hafi verið út því það geti leitt til þess að farið sé í kringum útboðsskyldu. Ákvæðið eigi ekki við um samninga um Heklu og Heilsuveru sem gerðir hafi verið fyrir gildistöku þess.
63. Þá byggir aðalstefnandi á því að ákvæði III. kafla laga nr. 120/2016 um útreikning á virði samninga eigi ekki við um innkaup á sértækri þjónustu, sbr. 3. mgr. 92. gr. laganna, og ákvæði annarra kafla laganna eigi ekki við um sértæka þjónustu nema það sé sérstaklega tekið fram. Því skuli aðeins horfa á þann samning sem fyrirhugað sé að gera hverju sinni og ekki sé nauðsynlegt að horfa á alla tengda samninga við útreikning á virði samnings. Því hafi ekki verið rétt að blanda saman fjárhæðum vegna mismunandi samninga, eins og gert hafi verið í hinum umþrætta úrskurði. Þá sé engin lagastoð fyrir því að líta svo á að allir nýir reikningar feli í sér nýjan samning þegar augljóst sé að samningar séu fyrir hendi.
64. Aðalstefnandi vísar einnig til þess að sérleyfissamningur sé verk- eða þjónustusamningur þar sem endurgjald fyrir verk eða þjónustu felist annaðhvort eingöngu í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna eða í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna ásamt fjárgreiðslu frá kaupanda, sbr. skilgreiningu í 23. tölulið 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016. Í 12. gr. laganna komi fram að þjónustusamningar sem teljist vera sérleyfi falli utan gildissviðs laganna. Þegar samningar um Heilsuveru og Heklu hafi verið gerðir hafi

sérleyfissamningar um þjónustu verið undanskildir lögnum samkvæmt 11. gr. þágildandi laga nr. 84/2007. Samningar um Sögu, Heklu og Heilsuveru hafi einkenni sérleyfis og hafi slíkir samningar fyrst orðið útboðsskyldir með setningu reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins sem sett hafi verið á grundvelli laga nr. 120/2016.

65. Þá byggir aðalstefnandi enn fremur á því að fyrirmæli í hinum umþrætta úrskurði um að aðalstefnandi skuli bjóða út gerð og þróun hugbúnaðar Heilsuveru fyrir almenning til að sækja heilsutengdar upplýsingar í gegnum Heklu heilbrigðisnet hafi ekki haft lagastoð. Búið sé að þróa hugbúnað/vef Heilsuveru fyrir almenning og ekki sé hægt að leggja fyrir opinberan aðila, án fjárheimilda, að hefja gerð og þróun á hugbúnaði sem þegar sé til. Hugbúnaðurinn eða vefurinn Heilsuvera sé þegar til og í fullri notkun í samræmi við samning frá því í ársbyrjun 2013 og breytingar á honum, sem lengi hafi legið fyrir í opinberum gögnum.
66. Varðandi vara- og þrautavarakröfur sínar vísar aðalstefnandi til fyrrgreindra röksemda sem varða aðalkröfu hans en bendir jafnframt á að í hinum umþrætta úrskurði skorti á fullnægjandi rökstuðning fyrir sektarfjárhæð, sbr. 4. mgr. 21. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, auk þess sem sektarfjárhæðin sé í andstöðu við meðalhófsreglu 12. gr. þeirra laga.
67. Í gagnsök byggir aðalstefnandi sýknukröfu sína á því að fallast beri á þá niðurstöðu kærunefndar útboðsmála í hinum umþrætta úrskurði að vísa frá kröfu gagnstefnanda um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Auk þess að vísa til sjónarmiða sem eigi við um kröfur aðalstefnanda í aðalsök og gerð hefur verið grein fyrir hér að framan byggir aðalstefnandi einnig á því þeir aðilar sem gert hafi slíka samninga við stefnda Origo hf. hafi ekki verið aðilar að kærumálinu og sé fjöldi heilbrigðisstofnana, bæði opinberra og einkarekinna, með nytjaleyfissamninga um Sögu.

Helstu málástæður og lagarök gagnstefnanda

68. Gagnstefnandi byggir í aðalsök á því að kröfur hans hafi verið hafðar uppi innan þeirra fresta sem lög nr. 120/2016 um opinber innkaup áskilji, sbr. 106. gr. þeirra laga. Kærunefnd útboðsmála hafi í hinum umþrætta úrskurði lagt til grundvallar að í reglum 106. gr. laga nr. 120/2016 felist að ef kæra varðar óvirkni samnings sem gerður hafi verið án undanfarandi útboðsauglýsingar og tilkynning um gerð hans ekki verið birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins teljist kæran í öllu falli innan frests berist hún

innan sex mánaða frá gerð samnings. Samningar þeir sem deilt sé um í málinu hafi ýmist aldrei verið færðir í letur eða áfram hafi verið haldið að stunda viðskipti á grundvelli eldri samninga eftir að gildistími þeirra hafi runnið sitt skeið, án sérstakrar endurskoðunar eða skriflegrar útfærslu þar um. Hafi kærunefndin því réttilega lagt til grundvallar að um væri að ræða endurtekin innkaup sem hafi verið endurnýjuð með reglubundnum hætti og því væri ekki hægt að líta öðru vísi á en að samningssamband um þjónustuna hafi verið endurnýjað með reglubundnum hætti með endurteknum kaupum. Þar af leiðandi hafi verið útilokað að framangreindur sex mánaða frestur 106. gr. laga nr. 120/2016 hafi verið liðinn þegar kærur bárust.

69. Vegna tilvísunar aðalstefnanda til dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021 tekur gagnstefnandi fram að hann telji atvik í því máli vera ólík þeim sem uppi séu í þessu máli. Í máli því er dómur Landsréttar varði hafi verið um þá aðstöðu að ræða að kærandi þess máls hafi verið þátttakandi í auglýstu útboði á vegum Reykjavíkurborgar og hafi honum enn fremur verið tilkynnt um niðurstöðu útboðsins. Hafi því verið eðlilegt að við upphaflega kæru hafi kærandi verið talinn búa yfir þeirri vitneskju sem til þurfti til að setja fram kröfu um óvirkni þá þegar. Aðalstefnandi þessa máls hafi á hinn bóginn aldrei boðið út þau innkaup sem hinn umþrætti úrskurður varðar og hafi það verið ástæða kærunnar. Í því ljósi hafi tilvísun aðalstefnanda til nefnds dóms Landsréttar lítil áhrif á mat á kærufresti 106. gr. laga nr. 120/2016.
70. Af gögnum málsins sé ljóst að ekki sé hægt að líta svo á að gagnstefnandi hafi búið yfir nægjanlegri vitneskju til að kæra hin umdeildu innkaup fyrr en gert var og verði það ekki síst rakið til þess hve seint og illa upplýsingar um innkaupin hafi borist frá aðalstefnanda. Gagnstefnandi hafi 11. september 2020 sent erindi og upplýsingabeiðni til aðalstefnanda þar sem óskað hafi verið eftir upplýsingum um öll verkefni sem aðalstefnandi hefði komið að síðustu fimm ár þar á undan varðandi þróun og útfærslu á hugbúnaði til notkunar við veitingu fjarheilbrigðisþjónustu, um auglýst útboð slíkra verkefna, og óskað hafi verið eftir gögnum um samninga í tengslum við þau auk upplýsinga um fjárhæðir þeirra. Þá hafi verið óskað eftir afriti af öllum gögnum er málinu tengdust og beri upplýsingabeiðnin þess augljós merki að gagnstefnandi hafi ekki búið yfir upplýsingum svo nokkru næmi sem gefið hafi tilefni til kæru til kærunefndar útboðsmála á umræddum tímapunkti. Þannig hafi gagnstefnandi ekki búið yfir upplýsingum um tiltekna samninga, hverjir nákvæmlega væru samningsaðilar þeirra, hverjar fjárhæðir slíkra samninga kynnu að vera eða um hvaða verk, vörur eða þjónustu væri eða ræða. Hafi gagnstefnandi

einungis haft grun um að viðskipti ættu sér stað. Því sé ljóst að þegar loks hafi borist upplýsingar frá aðalstefnanda 5. febrúar 2021 hafi gagnstefnandi haft lágmarksforsendur til að leggja fram kæru. Kæran beri þess þó merki að gagnstefnandi hafi ekki haft vitneskju um nærri því öll innkaup sem síðar hafi átt eftir að koma í ljós. Verði því að telja ljóst að kæra gagnstefnanda, sem lögð hafi verið fram 19 dögum eftir svarbréf stefnanda, hafi komið fram innan kærufresta 106. gr. laga nr. 120/2016 hvernig sem á málið sé litið.

71. Yrði það niðurstaða í málinu að gagnstefnandi hafi 11. september 2020 talist hafa búið yfir nægjanlegri vitneskju til að virkja tímafresti 106. gr. laga nr. 120/2016 myndi það fela í sér þau tilmæli til aðila á markaði að kæra skuli öll meint innkaup sem þá gruni að eigi sér stað óháð því hve traustur eða nákvæmur sá grunur sé. Enn fremur fæli það í sér þau tilmæli að í stað þess að senda fyrirspurn til viðkomandi stjórnvalds um upplýsingar um innkaup skuli ætíð kæra innkaupin til kærunefndar útboðsmála þegar í stað til að brenna ekki inni á kærufresti.
72. Þá hafnar gagnstefnandi þeim röksemdum aðalstefnanda að kærufrestur markist af „opinberum upplýsingum“ á borð við svar heilbrigðisráðherra á Alþingi við fyrirspurn þingmanns um rafræna sjúkraskrá og heilbrigðisnet frá 2016, tiltekinn úrskurð kærunefndar útboðsmála frá 2018 og tiltekinn úrskurð úrskurðarnefndar um upplýsingamál frá 2013. Birtingu svara, upplýsingabæklinga eða úrskurða sé ekki ætlað það hlutverk að eyða lögbundnum réttindum, auk þess sem umrædd gögn hafi í engu að geyma upplýsingar um þau umfangsmiklu viðskipti aðalstefnanda sem sætt hafi kæru í umþrættu máli kærunefndar útboðsmála. Ekkert þessara gagna beri með sér þau innkaup sem sætt hafi efnislegri úrlausn kærunefndar útboðsmála í málinu enda hafi þau varðað fyrri tímabil.
73. Kærufresti til kærunefndar útboðsmála verði jafnframt að túlka í ljósi þess hvernig aðalstefnandi hafi hagað umþrættum innkaupum sínum. Með því að eiga í endurteknum reikningsviðskiptum, í stað þess að færa samningana í letur með tilgreindum upphafs- og lokatíma, hafi samningarnir endurnýjast og þar með sá frestur sem hafi verið fyrir hendi til að kæra innkaupin. Meðan slík viðskipti eigi sér stað verði ávallt nýjar athafnir af hálfu aðalstefnanda sem feli í sér ný brot á lögum nr. 120/2016 og því tilhæfulaust fyrir hann að bera því við að kæra stefnda til kærunefndar útboðsmála hafi komið utan kærufrests.

74. Þá hafnar gagnstefnandi því að kærufrestur hafi verið liðinn þegar hann hafi afmarkað nánar kröfur sínar fyrir kærunefnd útboðsmála 27. apríl 2021. Upphafleg kæra gagnstefnanda til kærunefndar útboðsmála hafi byggst á þeim óljósu svörum aðalstefnanda sem gagnstefnanda höfðu verið látn í té í kjölfar upplýsingabeiðni. Í kærunni hafi skýrlega verið tekið fram að veigamiklar upplýsingar vantaði í málið, vísað hafi verið til allra upplýsinga um viðskiptin sem þegar hafi verið aðgengilegar og tiltekið að gagnstefnanda væri nauðugur sá kostur að leita á náðir kærunefndar útboðsmála á því tímamarki til þess að gögn fengjust afhent um raunveruleg viðskipti aðalstefnanda við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. Í kjölfar þess að aðalstefnandi, auk stefndu, hafi lagt fyrir kærunefndina frekari upplýsingar 9. apríl 2021 um viðskipti þeirra á milli hafi gagnstefnandi fyrst átt þess kost að afmarka með skýrum hætti kröfur sínar. Hvort sem litið sé á umræddar kröfur sem nýjar eða sem hluta af sama kæruefni og áður hafi verið sett fram sé um að ræða kröfur sem teljist framkomnar innan kærufrests samkvæmt 106. gr. laga nr. 120/2016. Umræddar viðbætur við kröfugerð gagnstefnanda fyrir kærunefnd útboðsmála hafi varðað nátengd innkaup milli sömu aðila og hafi það enga þýðingu hvort þeim hafi verið gefið nýtt málsnúmer eða ekki, enda hafi þær kröfur borist innan þeirra fresta sem lög nr. 120/2016 áskilji. Þá hafi allir þeir er aðkomu höfðu að umræddum innkaupum, þ.e. aðalstefnandi og stefndu Origo hf. og Sensa ehf., fengið víðtækt svigrúm til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri bæði skriflega og munnlega.
75. Um hafi verið að ræða endurtekin og viðvarandi innkaup án skriflegs samnings, og því hafi stofnast nýtt samningssamband í hvert skipti sem aðalstefnandi keypti vörur og þjónustu af stefndu Origo hf. og Sensa ehf. Kæra málsins hafi lotið að innkaupum en ekki tilteknum samningi eða samningum enda hafi þeim ekki verið til að dreifa. Um hin endurteknu innkaup hafi gilt þau lög sem í gildi hafi verið þegar þau áttu sér stað, þ.e. lög nr. 120/2016, og því eigi ekki við sá málatilbúnaður aðalstefnanda að vísa til eldri laga. Ef á hinn bóginn yrði litið svo á að frestur samkvæmt fyrri lögum skuli gilda, hafi kæra og viðbætur við hana borist innan 30 daga frá því að gagnstefnandi vissi eða mátti vita um þá athöfn sem hann taldi brjóta á réttindum sínum, og því hafi þær kærur einnig verið innan fresta sem aðalstefnandi vísi til samkvæmt 94. gr. laga nr. 84/2007.
76. Gagnstefnandi hafnar einnig þeirri málsástæðu aðalstefnanda að hin upphaflegu kaup sem kæra gagnstefnanda varði hafi ekki verið útboðsskyld. Vísar gagnstefnandi til þess að upphafleg kæra hans til kærunefndar útboðsmála hafi borið með sér að umfangsmikil viðskipti aðalstefnanda og stefndu vegna hugbúnaðargerðar og -þróunar sættu kæru, þótt

tölulegar upplýsingar um viðskiptin hafi ekki legið fyrir á þeim tímapunkti. Auk þess hafi innkaup aðalstefnanda á umræddu „tilraunaverkefni“ með fjarfundabúnað verið hluti af þeim umfangsmiklu verkum sem aðalstefnandi hafi falið stefnda Origo hf. að sinna og stefndi Sensa ehf. hafi haft aðkomu að. Umrædd viðskipti hafi verið hluti af umfangsmiklum viðskiptum aðalstefnanda við Origo hf. og hafi að lögum borið að virða þau sem eina heild, sbr. 1. málslíð 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016, og hafi þau verið langt umfram viðmiðunarfjárhæðir 23. gr. laganna. Engar hlutlægar ástæður liggi til grundvallar því að líta megi á umrædd viðskipti sem sjálfstæð gagnvart öðrum viðskiptum aðalstefnanda og stefndu, sbr. 4. mgr. 25. gr. laga nr. 120/2016.

77. Gagnstefnandi mótmælir jafnframt málsástæðum aðalstefnanda varðandi það að kærunefnd útboðsmála hafi beitt lögum nr. 120/2016 með afturvirkum hætti. Samningur um Heilsuveru, sem gerður hafi verið í febrúar 2013, hafi runnið sitt skeið samkvæmt skýrum ákvæðum hans í lok árs 2013. Haggi sá samningur ekki þeim endurteknu reikningsviðskiptum sem sætt hafi skoðun kærunefndar útboðsmála. Samningur um Heklu, gerður árið 2012, hafi samkvæmt efni sínu varðað kaup aðalstefnanda á eintaki af hugbúnaðinum í þeirri mynd sem hugbúnaðurinn hafi verið það ár. Sá samningur varði ekki síðari uppfærslur eða viðbætur við hann og hafi hann ekki sætt endurskoðun kærunefndarinnar. Umræddir samningar sýni ekki fram á neitt annað en að síðari endurtekin reikningsviðskipti aðalstefnanda og stefndu, einkum Origo hf., hafi ekki verið færð í letur, hvað þá boðin út og hafi með slíkum viðskiptaháttum stofnast endurtekin ný réttarsambönd. Engri afturvirkni hafi því verið fyrir að fara en umrædd innkaup hafi raunar verið jafn ólögleg samkvæmt eldri löggjöf. Þá gildi engin almenn regla í íslenskum rétti um bann við afturvirkni laga og sértæk stjórnarskrárákvæði um skatta og refsingu haggi engu þar um. Við mat á afturvirkni laga í tilviki málsmeðferðarreglna hafi í framkvæmd verið lagt til grundvallar að nýjar málsmeðferðarreglur gildi þegar mál komi til kasta úrlausnaraðila, óháð því hvort ágreiningur lúti að atvikum sem átt hafi sér stað fyrir gildistöku hinna nýju málsmeðferðarreglna. Málatilbúnaður stefnanda þetta varðandi sé því rangur

78. Sömu sjónarmið eigi að breyttu breytanda við um umfjöllun í stefnu aðalstefnanda um að þau innkaup sem sættu úrlausn kærunefndar útboðsmála hafi fallið undir B-þjónustu samkvæmt lögum nr. 84/2007. Raunar verði ekki ráðið að aðalstefnandi byggi með beinum hætti á því að framangreint hafi að hans mati falið í sér ógildingarannmarka en auk þess sé ekki rökstutt með neinum viðhlítandi hætti hvers vegna innkaup varðandi

Heklu og Heilsuveru hafi átt að falla undir undanþágu laga nr. 84/2007 og þá með tiltekinni tilvísun til ákveðinna undanþága. Verði því að telja þessa málsástæðu stefnanda verulega vanreifaða.

79. Þá byggir gagnstefnandi á því að samkvæmt 2. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 séu lögvarðir hagsmunir ekki skilyrði kæru þegar um sé að ræða ætlað brot gegn skyldu til að auglýsa innkaup. Hinn umþrætti úrskurður kærunefndar útboðsmála hafi byggst á kæru gagnstefnanda um að tiltekin innkaup aðalstefnanda hefðu átt sér stað heimildarlaust án útboðsauglýsingar. Af hálfu aðalstefnanda hafi því ekki verið borið við að umrædd innkaup hefðu í reynd verið auglýst og því hafi tilvist eða skortur lögvarinna hagsmuna engu skipt fyrir meðferð málsins.
80. Þá hafi ástæða þess að gagnstefnandi hafi ekki átt raunhæfa möguleika á að verða valinn til þátttöku í „tilraunaverkefni um fjarheilbrigðislausnir“ þegar þau innkaup áttu sér stað aðeins verið sú að þau innkaup hafi aldrei verið auglýst eða boðin út. Því hafi möguleikinn til að eiga raunhæfa möguleika á að verða valinn til þátttöku raunar verið enginn fyrir nokkurt annað fyrirtæki en það fyrirtæki sem aðalstefnandi hafi hugnast að fá til samstarfs við sig.
81. Gagnstefnandi hafnar því enn fremur að hin keypta þjónusta sem deilt sé um hafi verið sértæk þjónusta í almannapágu sem sé undanþegin útboðsskyldu samkvæmt 2. mgr. 92. gr. laga nr. 120/2016. Í hinum umþrætta úrskurði hafi réttilega verið komist að þeirri niðurstöðu að í málinu hafi verið fjallað um innkaup á hugbúnaði og þjónustu sem tengist þróun hans. Endurgjald hafi verið veitt fyrir þau innkaup og afrakstur þeirra farið til opinbers aðila en ekki beint til almennings. Umræddur 2. málslíður 2. mgr. 92. gr. laga nr. 120/2016 undanskilji aðeins innkaup opinberra aðila á þjónustu í almannapágu sem ekki séu af efnahagslegum toga en ekki innkaup opinberra aðila á hvers kyns vörum og þjónustu af þeirri ástæðu einni að þeir veiti almenningi þjónustu sem ekki sé af efnahagslegum toga. Væri reglan eins og aðalstefnandi byggir á myndu engar reglur gilda um opinber innkaup.
82. Vegna tilvísunar aðalstefnanda til dóms EFTA-dómstólsins í máli nr. E-13/19 bendir gagnstefnandi á að fjallað hafi verið um þann dóm í hinum umþrætta úrskurði kærunefndar útboðsmála. Eins og þar komi fram hafi það mál varðað tiltekna þjónustusamninga sem ríkið gerði við þrjá einkaskóla um að þeir önnuðust kennslu á framhaldsskólastigi. Í þeim innkaupum hafi falist að ríkið hafi útvistað því til þriggja einkaskóla að veita almenningi milliliðalaust þjónustu sem taldist, eins og atvikum var

nánar háttað, ekki af efnahagslegum toga. Þá bendir gagnstefnandi á að hvorki stefndi Origo hf. né Sensa ehf. veiti milliliðalaust grunnþjónustu til almennings heldur sértæka stoðþjónustu til handa aðalstefnanda.

83. Gagnstefnandi hafnar jafnframt þeim málatilbúnaði aðalstefnanda að innkaup á hugbúnaðargerð og þróun falli undir félagsþjónustu og aðra sértæka þjónustu samkvæmt VIII. kafla laga nr. 120/2016, sbr. reglugerð nr. 1000/2016. Einföld orðskýring á heiti þess kafla laganna eigi að nægja til að álykta að slík innkaup falli ekki þar undir. Sú þjónusta sem aðalstefnandi kaupir af stefndu Origo hf. og Sensa ehf. teljist til vöru eða tölvuþjónustu og falli slíkt undir CPV-kóða sem ekki sé að finna í reglugerð nr. 1000/2016. Innkaup íslenska ríkisins, svo og annarra ríkja innan Evrópusambandsins, á hugbúnaði og tölvuþjónustu, m.a. fyrir heilbrigðisyfirvöld, hafi verið boðin út með vísan til tilgreindra CPV-kóða en ekki felld undir þá undantekningarreglu sem aðalstefnandi vísir til.
84. Þá heldur gagnstefnandi því fram að ekki standist skoðun sú málsástæða aðalstefnanda að uppfærslur og viðbætur við Heilsuveru annars vegar og Heklu hins vegar séu heimilar á grundvelli undantekningarreglu b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 sem kveði á um heimild til samningskaupa þegar aðeins eitt fyrirtæki komi til greina af listrænum ástæðum þar sem um sé að ræða einstakt listaverk eða listflutning, ekki sé um samkeppni að ræða af tæknilegum ástæðum eða sökum þess að um lögverndaðan einkarétt sé að ræða. Í athugasemdum með frumvarpi til laganna sé rakið að um þrönga undantekningarreglu sé að ræða og hafi í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins, svo og úrskurðarframkvæmd kærunefndar útboðsmála, verið horft til þess að greining á því hvort þessi aðstaða sé fyrir hendi þurfi að liggja fyrir áður en ráðist sé í innkaup og séu ríkar sönnunarkröfur lagðar á þá sem beri regluna fyrir sig. Slíku hafi ekki verið fyrir að fara hjá aðalstefnanda.
85. Þá komi höfundaréttur stefnda Origo hf. á Heilsuveru ekki í veg fyrir aðkomu annarra að þeim fyrir tilstilli gagna- og kerfisskila (API). Rekstarsamhæfni forrita sé mikilvægur þáttur í að stuðla að samkeppni á markaði. Þau verkefni sem stefnda Origo hf. hafi verið falið að vinna, án útboðs, varði útfærslu og viðbætur við kerfið sem öðrum sé sannanlega kleift að vinna, ýmist með beinni tengingu fyrir tilstilli gagnaskila eða með miðlun gagna í gegnum Heklu. Gagnaskil í hefðbundnum skilningi veiti engan aðgang að undirliggjandi hugverki þeirra kerfa sem ætlunin sé að tengjast og slíkt feli ekki í sér höfundaréttarbrot. Stefndi Origo hf. sé ekki eini aðilinn sem geti komið að viðbótum og

aðlögunum við sín kerfi. Fyrir liggi að verkefni þau er stefnda Origo hf. hafi verið falið að vinna fyrir stefnanda, án útboðs, hafi verið sjálfstæðar viðbætur og aðlaganir að undirliggjandi kerfi, sem óumdeilt sé að aðrir aðilar á markaði geti hæglega þróað og útbúið. Tæknilegur ómöguleiki sé því ekki til staðar við gerð útfærslna og viðbóta. Þá liggi fyrir það mat kærunefndar útboðsmála, sem notið hafi fulltingis sérfróðs aðila, að Heilsuvera sé einfalt kerfi sem uppfæra þurfi reglulega og staðfesti það málatilbúnað gagnstefnanda.

86. Aðalstefnanda hafi samkvæmt fyrirmælum Samkeppniseftirlitsins verið gert að verða eigandi Heklu heilbrigðisnets, þar sem það hafi verið talið samkeppnishamlandi ef utanaðkomandi aðilar gætu ekki tengst kerfum á borð við Sögu og öðrum kerfum, með miðlun gagna í gegnum Heklu. Aðalstefnandi byggji á hinn bóginn á því nú að Hekla sé einnig í eigu stefnda Origo hf. og að aðeins hafi „núverandi útgáfa“ árið 2012 verið andlag kaupa aðalstefnanda en stefndi Origo hf. eigi áfram höfundarétt til þróunar á hugbúnaðinum. Virðist aðalstefnandi samkvæmt því hafa farið gegn skýrum fyrirmælum Samkeppniseftirlitsins, auk þess sem málatilbúnaður aðalstefnanda þetta varðandi sé misvísandi fyrir dómi og gagnvart kærunefnd útboðsmála. Þá hafi engar líkur verið leiddar að tæknilegum ómöguleika fyrir aðra aðila til þess að vinna að viðbótum og uppfærslu hugverka þótt grunnverkin séu höfundaréttarvarin og af þeim sökum beri að hafna málatilbúnaði aðalstefnanda. Bendir gagnstefnandi í því sambandi á að við munnlegan flutning málsins fyrir kærunefnd útboðsmála hafi starfsmaður aðalstefnanda svarað því til að aðrir gætu hæglega þjónustað Heklu en slíkt hafi einfaldlega aldrei komið til skoðunar.
87. Þá tekur gagnstefnandi fram að niðurstaða kærunefndar útboðsmála í hinum umþrætta úrskurði hafi ekki verið byggð á því að óheimilt hafi verið að gera ótímabundna samninga. Þess í stað hafi í úrskurðinum verið vísað til b-liðar 2. mgr. 27. gr. og 28. gr. laga nr. 120/2016 varðandi mat á virði samninga.
88. Engir ótímabundnir samningar séu fyrir hendi milli aðalstefnanda og stefndu um þróun og viðbætur á Heilsuveru eða Heklu. Samningur, sem gerður hafi verið um afnotarétt af hugbúnaði varðandi Heilsuveru og aðalstefnandi hafi vísað til í málatilbúnaði sínum, varði viðhald og þjónustu vegna Heilsuveru, þegar hann hafi verið gerður, en ekki viðbætur og endurnýjun hugbúnaðarins um ókomna framtíð. Málatilbúnaður aðalstefnanda að þessu leyti standist ekki skoðun. Beri hann fyrir sig að hann hafi munnlega og ótímabundið bundið sig við viðskipti við stefnda Origo hf. um allt sem

tengist gerð, þróun og uppfærslu hugbúnaðar. Því mótmæli gagnstefnandi og er af hans hálfu því haldið fram að viðskipti aðalstefnanda við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. séu dæmigerð reikningsviðskipti enda hafi ekki verið samið um umfang verka milli aðila, eðli þeirra eða endapunkt og væri fráleitt að leggja til grundvallar að til hljóti að vera ótímabundinn munnlegur samningur sem undanskilji aðalstefnanda með öllu kröfum laga nr. 120/2016. Sé málsástæða aðalstefnanda um fastákveðna ótímabundna samninga í andstöðu við skýr sönnunargögn um hið gagnstæða.

89. Vegna þess málatilbúnaðar aðalstefnanda að kærunefnd útboðsmála hafi ekki tekið til skoðunar hvort hin umþrættu innkaup hafi fallið undir margvíslegar undanþágur laga nr. 120/2016, þrátt fyrir að nefndin hafi með vísan til rannsóknarreglu stjórnsýslulaga ekki talið sig bundna af kröfugerð og málatilbúnaði málsaðila fyrir nefndinni, tekur gagnstefnandi fram að ekki verði annað séð en að í hinum umþrætta úrskurði hafi með afar ítarlegum hætti verið fjallað um þær undanþágur laga nr. 120/2016 sem komið hafi til greina í málinu.
90. Gagnstefnandi hafnar jafnframt alfarið málatilbúnaði aðalstefnanda þess efnis að samningar um Heklu og Heilsuveru séu „afurð rannsókna og þróunar í samstarfi yfirvalda við fyrirtæki“ og njóti sem slík undanþágu frá útboðsskyldu á grundvelli o-liðar 1. mgr. 11. gr. laga nr. 120/2016. Segir gagnstefnandi að engin gögn frá fyrri tíð hafi verið lögð fram um að aðalstefnandi eða aðrir opinberir aðilar hafi litið á innkaup samkvæmt samningum um Heklu og Heilsuveru sem tilraunaverkefni á grundvelli nefnds lagaákvæðis. Þá bendi enn síður nokkuð til þess stefndu Origo hf. eða Sensa ehf. hafi tekið á sig hluta kostnaðar við þróun með því að veita afslátt af verði þjónustunnar.
91. Vegna umfjöllunar aðalstefnanda um læsingu í samningum bendir gagnstefnandi á að í engu sé fjallað um hvernig þetta umfjöllunarefni snerti hinn umþrætta úrskurð. Sé um málsástæðu að ræða af hálfu aðalstefnanda sé hún í öllu falli verulega vanreifuð. Engri læsingu sé fyrir að fara þegar um munnleg endurtekin reikningsviðskipti sé að ræða.
92. Jafnframt telji gagnstefnandi málsástæðu aðalstefnanda er varði leyfilegar breytingar vera óljósa og verulega vanreifaða. Bendir gagnstefnandi í því sambandi á að hvergi sé í hinum umþrætta úrskurði minnst á ákvæði 90. gr. laga um opinber innkaup eða að sú grein hafi haft nokkur áhrif á niðurstöðu málsins.
93. Þá hafi í hinum umþrætta úrskurði því verið hafnað að um væri að ræða samning um sértæka þjónustu í skilningi 92. gr. laga nr. 120/2016 og ekki verið fjallað um útreikning samkvæmt 3. mgr. þeirrar greinar. Fáir gagnstefnandi því ekki séð hvaða þýðingu

umfjöllun um útreikning á samningum samkvæmt þeirri grein hafi fyrir ógildingu úrskurðarins.

94. Gagnstefnandi bendir á að ákvæði 23. töluliðar 2. gr. laga nr. 120/2016 skilgreini sérleyfissamninga sem verk- eða þjónustusamninga þar sem endurgjald fyrir verk eða þjónustu felst annaðhvort eingöngu í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna eða í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna ásamt fjárgreiðslu frá kaupanda. Í þeim samningum sem lagðir hafi verið fram og varði eldri réttarsambönd aðalstefnanda og stefndu Origo hf. og Sensa ehf. sé hvergi minnst á að endurgjald fyrir þjónustuna skuli að einhverju leyti felast í rétti til að nýta sér þjónustuna. Síðari reikningsviðskipti og þær fjárgreiðslur sem stefndu Origo hf. og Sensa ehf. hafi hlotið í tengslum við hin umdeildu innkaup beri með sér að endurgjaldið felist einmitt í fjárgreiðslum en ekki öðru og hafi viðskiptin engin auðkenni sérleyfissamninga. Þá hafi fyrir kærunefnd útboðsmála ekki verið fjallað um hina umdeildu samninga sem sérleyfissamninga og því sé það atriði óviðkomandi hinum umþrætta úrskurði nefndarinnar og geti ekki valdið ógildingu hans.
95. Þá hafnar gagnstefnandi þeirri málsástæðu aðalstefnanda að í úrskurðarorði hins umþrætta úrskurðar sé lagt fyrir aðalstefnanda að hefja gerð og þróun á hugbúnaði sem þegar sé fyrir hendi. Af orðalagi úrskurðarorðsins og forsendum kærunefndarinnar megi leiða að frekari gerð og þróun hugbúnaðar Heilsuveru skuli boðin út. Í því felist að bjóða skuli út viðbætur og þróun á Heilsuveru í stað endurtekinna reikningsviðskipta við stefnda Origo hf. Þá hafnar gagnstefnandi því að „búið sé að þróa“ Heilsuveru og telur ljóst að forritið hafi verið í stöðugri þróun frá árinu 2013 og sé fyrirséð að sú þróun muni halda áfram.
96. Loks vekur gagnstefnandi athygli á því að aðalstefnandi hafi birt yfirlýsingu á heimasíðu sinni 22. ágúst 2022 þar sem hann hafi lýst því yfir að hann myndi „á næstunni“ standa að útboði á tilteknum þáttum sem úrskurður kærunefndar í máli nr. 8/2021 varðaði, nánar tiltekið á þeim hluta fjarfundabúnaðar sem upprunaleg kæra gagnstefnanda hafi beinst að. Telji gagnstefnandi ekki unnt að túlka þessi ummæli öðruvísi en svo að aðalstefnandi felli sig við niðurstöðu kærunefndarinnar að þessu leyti og byggir gagnstefnandi því á því að ekki sé grundvöllur til að ógilda úrskurðinn hvað þennan hluta varðar.
97. Varðandi vara- og þrautavarakröfu aðalstefnanda vísar gagnstefnandi til framangreindra málsástæðna sinna að breyttu breytanda. Varðandi rökstuðning fyrir sektarfjárhæð sé um að tefla endurtekin reikningsviðskipti sem áður höfðu sætt athugasemdum kærunefndar útboðsmála árið 2017, sbr. úrskurð nefndarinnar nr. 21/2017. Telur gagnstefnandi

sektarfjárhæðina vera síst of lága og bendir á að úrskurðurinn sé vel rökstuddur að því leytnu til. Forsendur úrskurðarins myndi eina heild, meðal annars með tilliti til sektarfjárhæðar sem taki mið af aðstæðum og umfangi brota. Þá eigi umfjöllun um meðalhófsregluna ekki við í fyrirbyggjandi samhengi.

98. Í gagnsök byggir gagnstefnandi á því að niðurstaða kærunefndar útboðsmála í úrskurði nefndarinnar nr. 8/2021 að því leyti sem varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi sé byggð á röngum forsendum og haldin verulegum annmarka sem leiði til ógildingar.
99. Geti gagnstefnandi ekki fallist á þá niðurstöðu kærunefndarinnar að gagnstefnanda hafi ekki verið heimilt að beina kröfugerð sinni að gerð einstakra nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi á þeirri forsendu að ekki hafi verið með viðhlítandi hætti fjallað um nytjaleyfissamninga í kæru. Þó hafi verið upplýst að fjöldi sjúkrastofnana sem ekki ættu aðild að málinu hefðu gert slíka samninga án þess að aðalstefnandi ætti aðild að þeim. Telur gagnstefnandi niðurstöðu kærunefndarinnar að þessu leyti ranga og fara á svig við meginreglur stjórnsýsluréttar, sér í lagi rannsóknarregluna.
100. Í bréfi sínu til kærunefndar útboðsmála, dags. 27. apríl 2021, hafi gagnstefnandi meðal annars gert þá kröfu til viðbótar við fyrri kröfur sínar í kæru að samningar aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. um rafræn sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet yrðu lýstir óvirkir og að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að sæta viðurlögum og þeim gert að bjóða innkaupin út. Auk þess hafi gagnstefnandi í nefndu bréfi áréttað að mikilvægt væri að kærunefndin aflaði frekari gagna og upplýsinga í málinu í krafti rannsóknarskyldu sinnar og kallaði meðal annars eftir samningum sem kvæðu á um greiðslu leyfisgjalda til stefnda Origo hf. fyrir notkun aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins á hugbúnaðarlausnum í eigu stefnda Origo hf.
101. Jafnframt hafi verið á það bent í kæru frá 24. febrúar 2021 að margt benti til þess að í málinu væri um að ræða viðvarandi samningskaup, svo sem á grundvelli leyfissamninga, vegna áframhaldandi notkunar sértækra hugbúnaðarlausna án þess að útboð hefði farið fram. Þá hafi gagnstefnandi sent upplýsingabeiðnir til aðalstefnanda og stefndu, dags. 23. febrúar 2021, þar sem meðal annars hafi verið krafist upplýsinga um skjöl sem sýndu fjárhæðir sem greiða skyldi fyrir áframhaldandi afnot hugbúnaðarlausna stefnda Origo hf., t.d. á grundvelli leyfissamninga og í formi leyfisgjalda.

102. Af þessu verði ráðið að bæði í upphaflegri kærú gagnstefnanda og í bréfi gagnstefnanda 27. apríl 2021 hafi með skýrum hætti verið vikið að leyfissamningum sem kynnu að falla innan þeirra innkaupa sem kærð voru og ráð fyrir því gert að nytjaleyfisgjöld væru hluti þeirra innkaupa sem kærð voru. Einnig skipti máli að við innkaup á flóknum hugbúnaðarkerfum eða -þróun þurfi að greiða fyrir ýmsa tengda þjónustu, sem sé þó hluti af heildarvirði og samningsfjárhæð verksins. Megi í því skyni nefna viðhald og rekstur, hýsingu, þróunarvinnu og leyfisgjöld. Nytjaleyfissamningar séu því almennt hluti af heildarinnkaupum hverju sinni, svo sem upphaflegur samningur um Sögu frá 1993 beri skýrlega með sér.
103. Undir meðferð málsins hjá kæruneftndinni hafi aðalstefnandi lagt fram tvo samninga sem hann hafði gert án útboðs við stefnda Origo hf. (áður TM Software) um hugbúnaðarþróun og aðra vinnu við Sögu sjúkraskrárkerfi, dags. 25. nóvember 2014. Virðist stefndi Origo hf. hafa unnið á grundvelli þessara samninga út gildistíma þeirra en auk þess enn lengur án skriflegrar framlengingar samninganna eða útboðs. Í samningunum komi fram að greitt sé fyrir nytjaleyfi hjá öllum heilbrigðisstofnunum. Aðalstefnandi sé aðili að samningunum sem verkkaupi og beri greiðsluskyldu gagnvart stefnda Origo hf. á grundvelli þeirra. Verði sérstaklega að horfa til þess að aðalstefnandi hafi ítrekað lagst gegn því að upplýsa um atvik er varðað hafi innkaup hans og hafi gagnstefnandi því haft úr verulega litlum upplýsingum að moða á fyrstu stigum málsins, svo sem við kærú og athugasemdir sínar í apríl 2021.
104. Þá veki athygli að kæruneftndin hafi engar athugasemdir gert við það að nytjaleyfissamningar um myndsímtalalausn stefndu Sensa ehf. og Origo ehf., sem og kerfi Heilsuveru, væru hluti kröfugerðar gagnstefnanda og kæmust því að í málinu. Allir samningshlutar þeirrar vinnu hafi fallið undir úrskurðarorð nefndarinnar um hugbúnaðarþróun við þau kerfi. Í öllu falli hafi engar forsendur verið af hálfu nefndarinnar til að vísa frá kröfum gagnstefnanda er varðað hafi sérstaklega þá nytjaleyfissamninga sem beinlínis sé mælt fyrir um að aðalstefnandi greiði fyrir samkvæmt fyrirneftndum samningum frá 25. nóvember 2014, ef yfirhöfuð er uppi einhver vafi um það hvort aðrar sjúkrastofnanir greiði fyrir sambærileg nytjaleyfi á grundvelli annarra samninga.
105. Niðurstaða úrskurðar kæruneftndar útboðsmála að þessu leyti sé því röng og háð ógildingarannmarka. Í öllu falli verði ekki séð á hvaða gögnum kæruneftndin hafi byggt umrædda niðurstöðu sína um frávísun þessa hluta málsins og virðist kæruneftndin ekki

hafa rannsakað til hlítar og í ljósi fyrrnefndra samninga hvernig samningssambandi milli einstaka sjúkrastofnana hafi verið háttað við stefnda Origo hf. um greiðslur fyrir nytjaleyfi. Leiði sá annmarki einnig til ógildingar. Hafi staðið kærunefndinni nær, í samræmi við leiðbeiningarskyldu, svo og rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins, að óska eftir upplýsingum um alla nytjaleyfissamninga er lotið hafi að Sögu sjúkraskrárkerfi og taka afstöðu til lögmætis þeirra í kjölfar athugasemda aðila málsins.

106. Lög nr. 120/2016 séu byggð á þeirri frumforsendu að aðilar á markaði hafi eftirlit með hinu opinbera en kærunefnd útboðsmála taki svo afstöðu til krafna þeirra. Öryggisventill þessa opinbera útboðskerfis sé því kærunefndin og ef opinberir aðilar skirrast vísvitandi við að afhenda gögn og upplýsingar um umfangsmikil reikningsviðskipti sín, án útboðs, við einkafyrirtæki verði kærunefnd útboðsmála að beita sínum úrræðum til þess að kalla eftir upplýsingum og leggja mat á þær. Gagnstefnandi hafi frá upphafi í kæru haft uppi kröfur er lutu að umræddum nytjaleyfissamningum og því sé ótækt að þeim kröfum sé vísað frá með vísan til þess að ekki hafi verið fjallað nægjanlega skýrlega um þá í upphaflegri kæru. Eðli málsins samkvæmt hafi kæran þetta varðandi ekki verið skýrari en hún var við framlagningu hennar þar er stefndu og einkum aðalstefnandi hafi engar upplýsingar veitt um þá nytjaleyfissamninga sem kæran laut að. Sé rökstuðningur kærunefndarinnar raunar í innbyrðis ósamræmi við sjónarmið í öðrum hlutum úrskurðarins þar sem fram hafi farið sjálfstæð rannsókn á reikningsviðskiptum hins opinbera við einkaaðila.

Helstu málásástæður og lagarök stefnda Origo hf.

107. Í aðalsök byggir stefndi Origo hf. á því að rétt sé að ógilda úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 8/2021 þar sem niðurstaða og forsendur úrskurðarins séu rangar.
108. Í fyrsta lagi byggir stefndi Origo hf. á því að kærufrestir hafi verið liðnir þegar kæra gagnstefnanda hafi borist kærunefnd útboðsmála auk þess sem breytt kröfugerð gagnstefnanda hafi komið of seint fram. Vísar stefndi Origo hf. í því sambandi til 106. gr. laga nr. 120/2016, sem og dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021.
109. Gagnstefnanda hafi í allra síðasta lagi verið kunnugt um eða mátt vera kunnugt um þau viðskipti sem kröfugerð hans hjá kærunefnd útboðsmála laut að, bæði að því er varðar upphaflega og breytta kröfugerð, 11. september 2020, þó líklegt sé að vitneskjan hafi legið fyrir mun fyrr.

110. Hvað varði þau viðskipti sem hafi verið undir í upphaflegri kröfugerð gagnstefnanda hafi í upplýsingabeiðni sem gagnstefnandi hafi sent aðalstefnanda 11. september 2020 komið fram að gagnstefnanda hefðu borist fregnir um að stefndi Origo hf. væri að þróa myndbandskerfi og spjallrás fyrir aðalstefnanda og heilsugæslustöðvar auk þess sem stefndi Origo hf. tæki þátt í öðrum þróunarverkefnum í samstarfi við aðalstefnanda. Hafi gagnstefnandi sérstaklega vísað til þess að ekki yrði annað ráðið en að vinna aðalstefnanda við gerð hugbúnaðarlausna í samstarfi við stefnda Origo hf. teldist útboðsskyld samkvæmt lögum um opinber innkaup og ekki yrði séð að kaupin hefðu verið boðin út. Þá virðist gagnstefnandi jafnframt leggja til grundvallar í kæru að félaginu hafi verið kunnugt um viðskiptin um myndsamtalalausnina og spjallrásina í upphafi árs 2020.
111. Hvað varði þau viðskipti sem hafi verið undir í breyttri kröfugerð gagnstefnanda frá 27. apríl 2021 hafi umrædd viðskipti hafist mörgum árum fyrir umrædda kæru og jafnvel áratugum fyrr. Engin leynd hafi verið yfir þeirri staðreynd að stefndi Origo hf. og aðalstefnandi hefðu átt í viðskiptum með þróun á hugbúnaði til notkunar á heilbrigðissviði og hafi þau málefni margoft verið rædd á opinberum vettvangi. Til að mynda megí nefna að lýsingar á öllum lausnum stefnda Origo hf., þar með talið þeim sem mál þetta fjalli um, séu aðgengilegar á heimasíðu hans. Gagnstefnandi hafi því ekki þurft að gera annað og meira en að fara inn á heimasíðu stefnda Origo hf. til að gera sér grein fyrir samstarfinu þegar hann grunaði að viðskipti hefðu átt sér stað í trássi við útboðsskyldu. Þá hafi verið fjallað um greiðslur og eignarrétt stefnda Origo hf. að umræddum kerfum á Alþingi auk þess sem fjallað hafi verið um samstarf stefnda Origo hf. og aðalstefnanda á öðrum opinberum vettvangi. Þá hafi jafnframt verið vikið að umræddum viðskiptum í svari aðalstefnanda við upplýsingabeiðni gagnstefnanda 5. febrúar 2021. Hafi þar verið sérstaklega tekið fram að Sögukerfið væri eign stefnda Origo hf. og varið hugverkarétti hans og þar af leiðandi væri stefndi Origo hf. eini aðilinn sem gæti staðið að áframhaldandi þróun þess. Gagnstefnandi hafi því vitað og í öllu falli mátt vita af viðskiptasambandi stefnda Origo hf. og aðalstefnanda í tengslum við alla anga rafræns sjúkraskrárkerfis, þar með talið þeim kerfum sem málið varði, mörgum árum áður en upphafleg kæra hafi verið lögð fram.
112. Gagnstefnanda hafi verið í lófa lagið að leggja fram kæru til kærunefndar útboðsmála strax á þeim tíma þegar hann hafi viðurkennt sjálfur að hafa grunað að innkaup hefðu farið fram án útboðsskyldu, þ.e. þegar upplýsingabeiðnin var send í september 2020. Hafi

gagnstefnandi talið nauðsynlegt að fá frekari upplýsingar til að meta réttarstöðu sína hefði félagið getað krafist þess að kærunefnd útboðsmála óskaði eftir frekari upplýsingum frá aðalstefnanda. Mikilvægt sé að hafa í huga að í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 sé ekki kveðið á um að upphaf kærufrests miðist við það tímamark þegar kærandi telji sig hafa allar eða fullnægjandi upplýsingar sem hann telji nauðsynlegar til að slá því föstu að um ólögsmæta háttsemi hafi verið að ræða eða þegar kærandi telji sig fullvissan um að kæra verði honum í hag, eins og gagnstefnandi virðist byggja á. Yrði slík túlkun lögð til grundvallar væri ljóst að það væri ekki í samræmi við skýrt orðalag ákvæðisins um að tímafresturinn miðist við það tímamark þegar kærandi vissi eða mátti vita um ákvörðun sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum og það hvernig fyrningarreglur og reglur um fresti hafi almennt verið túlkaðar í framkvæmd.

113. Sex mánaða fresturinn, sem gildi um kröfur um óvirkni samninga og kveðið sé á um í 106. gr. laga nr. 120/2016, gildi óháð 30 daga frestinum og óháð tilkynningu samkvæmt 2. tölulið. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Frestur til þess að hafa uppi kröfu um óvirkni samnings geti því aldrei verið lengri en sex mánuðir frá gerð samnings. Það liggi fyrir að allir þeir samningar sem kröfur gagnstefnanda lúti að séu dagsettir meira en sex mánuðum áður en kæran hafi verið lögð fram. Margir samninganna séu enn í gildi og enn sé verið að vinna eftir þeim. Niðurstaða kærunefndar útboðsmála um að verið sé að endurnýja samningssambandið með reglubundnum hætti með endurteknum kaupum sé því ekki rétt. Þá verði ekki séð að nokkru máli skipti þó munnlegt samkomulag hafi verið gert með aðilum um áframhaldandi gildi tiltekinna samninga sem hafi runnið sitt skeið enda verði ekki séð að sérstök krafa hafi verið gerð í lögum um að samningar væru skriflegir þegar samningarnir hafi verið gerðir.

114. Þessu til viðbótar staðfesti dómafordæmi dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021 að kærendum séu þröngar skorður settar samkvæmt lögum nr. 120/2016 til að breyta og bæta við kröfugerð sína eftir að upphafleg kæra hafi verið lögð fram. Eigi það sér í lagi við þegar breytt kröfugerð gjörbreyti grundvelli málsins og sé verulega íþyngjandi fyrir aðila máls. Ekki sé hægt að líta fram hjá þeirri staðreynd að hin breytta kröfugerð hafi verulega íþyngjandi áhrif á stefnda Origo hf., sem hafi engar reglur brotið og í áranna rás byggt upp umfangsmikla þekkingu og hugbúnaðarkerfi, með tilheyrandi kostnaði, í samstarfi við aðalstefnanda, í trausti þess að um gilda samninga væri að ræða. Upphafleg kröfugerð í kæru gagnstefnanda eigi að marka grundvöll málsins að verulegu leyti og sé ótækt að hann geti síðar breytt og bætt stöðugt við kröfugerð sína vegna atriða sem fram

komi í vörnum aðila hjá kæruneftndinni. Gangi það þvert á markmið reglna um kærufresti og málshraða hjá kæruneftnd útboðsmála, sbr. 106. og 108. gr. laga nr. 120/2016, sem og málshraðareglu 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.

115. Hafi kæruneftnd útboðsmála samkvæmt framangreindu með réttu átt að vísa frá kæru gagnstefnanda og í öllu falli hinni breyttu körfugerð. Þar sem kæruneftndin hafi ekki gert það sé úrskurður nefndarinnar haldinn slíkum annmarka að ógilda beri hann.
116. Í öðru lagi byggir stefndi Origo hf. á því að innkaup þau sem upphafleg kröfugerð gagnstefnanda hafi lotið að hafi verið undir viðmiðunarfjárhæðum útboðsskyldu og því hafi átt að vísa kröfum gagnstefnanda frá kæruneftndinni.
117. Í 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 komi fram að bjóða skuli út öll innkaup opinberra aðila á vörum og þjónustu yfir 15.500.000 krónum og verkum yfir 49.000.000 króna. Samkvæmt aðalstefnanda hafi hann greitt alls 7.661.750 krónur vegna þess verkefnis sem upphafleg kröfugerð gagnstefnanda hafi lotið að, þ.e. kaupum á myndsamtalalausninni af stefnda Sensa og samþættingu kerfa stefnda Origo hf. vegna hennar. Innkaupin hafi því verið vel undir viðmiðunarfjárhæðum og ekki útboðsskyld.
118. Ótækt sé að líta á alla samninga sem aðalstefnandi hafi gert við stefnda Origo hf. um þróun hugbúnaðarlausna sem eina heild við mat á því hvort viðmiðunarfjárhæðum laga um opinber innkaup sé náð, óháð því fyrir hvað þær séu greiddar, eins og kæruneftnd útboðsmála hafi lagt til grundvallar í úrskurði sínum. Yrði fallist á slíka túlkun myndi það leiða til þess að hvers kyns breytingar og uppfærslur á kerfum stefnda Origo hf., jafnvel þó svo um verulega einföld og ódýr atriði væri að ræða, væru útboðsskyldar þar sem sú heildarfjárhæð sem greidd hefði verið til stefnda Origo hf. vegna hugbúnaðarlausna myndi alltaf ná viðmiðunarfjárhæðum. Kerfin séu mismunandi, tilgangur þeirra og markmið ólík og þau hafi verið þróuð á mismunandi tímum yfir langt tímabil.
119. Kaupin á myndsamtalalausninni og sú samþætting sem nauðsynleg hafi verið vegna hennar séu sérstök innkaup í skilningi laga um opinber innkaup sem virða beri sjálfstætt við mat á því hvort viðmiðunarfjárhæðum laganna sé náð. Engin skilyrði séu til þess að miða við samanlagt virði allra samninga stefnda Origo hf. og aðalstefnanda við mat á viðmiðunarfjárhæðum í einstaka verkefnum. Niðurstaða kæruneftndar útboðsmála sé því röng að þessu leyti og beri að ógilda úrskurðinn.
120. Í þriðja lagi byggir stefndi Origo hf. á því að kæruneftnd útboðsmála hefði átt að hafna kröfum gagnstefnanda þar sem þau innkaup sem kæran hafi lotið að séu ekki útboðsskyld

á grundvelli tæknilegra ástæðna og lögverndaðs einkaréttar stefnda Origo hf., sbr. b-lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016.

121. Öll þau kerfi sem málið snúist um, þ.e. Heilsuvera, Saga sjúkraskrárkerfi og Hekla heilbrigðisnet, hafi verið búin til af stefnda Origo hf. og forverum hans. Um sé að ræða tölvuforrit sem öll njóti sérstakrar verndar sem höfundaverk samkvæmt 4. mgr. 1. gr. höfundalaga nr. 73/1972. Sú vernd sem tölvuforritum sé veitt samkvæmt höfundalögum nái til tölvuforrits í hvers kyns framsetningu þess, þar á meðal til frumkóða og viðfangskóða forritsins, sem einnig nefnist grunnkóði og keyrslukóði í daglegu tali. Þá nái verndin jafnframt til undirbúnings- og hönnunarvinnu við gerð tölvuforrita, sbr. 1. mgr. 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2009/24/EB um lögvernd tölvuforrita, sem hafi verið tekin upp í EES-samninginn og innleidd í íslenskan rétt.
122. Almennt séu ekki gerðar strangar kröfur til tölvuforrita svo þau njóti verndar sem höfundaverk. Þvert á móti sé sérstaklega tekið fram í 3. mgr. 1. gr. fyrrnefndrar tilskipunar að tölvuforrit sem sé frumverk höfundar skuli njóta verndar og að óheimilt sé að setja önnur skilyrði fyrir vernd þess, t.d. varðandi gæði eða listrænt gildi forritsins. Fyrir liggi að öll kerfin hafi verið þróuð af stefnda Origo hf. og forverum hans og teljast þau öll til frumverks stefnda Origo hf. Njóti kerfin þar af leiðandi verndar sem höfundaverk, óháð aldri kerfanna, flækjustigi kóðanna, listrænu gildi þeirra eða öðrum sambærilegum atriðum, enda beinlínis óheimilt að gera slík atriði að skilyrði verndar. Niðurstaða kærunefndar útboðsmála þess efnis að Heilsuvera sé mjög einfalt kerfi og af þeim sökum sé hægt að skylda aðalstefnanda til að bjóða út gerð og þróun Heilsuveru sé röng.
123. Í 1. mgr. 2. gr. höfundalaga sé kveðið á um að höfundur hafi einkarétt til að gera eintök af verki sínu og til að gera það aðgengilegt almenningi í upphaflegri eða breyttri mynd, í þýðingu eða annarri aðlögun. Með hliðsjón af þessum einkarétti liggi fyrir að aðkoma stefnda Origo hf. sé nauðsynleg til hvers konar þróunar, breytinga eða viðbóta við kerfi hans. Yrði ótengdum aðilum gert kleift að fá aðgang að og breyta og bæta við kerfin myndi það brjóta freklega gegn framangreindum einkarétti stefnda Origo hf. Þá kunni sæmdarréttur stefnda Origo hf. samkvæmt 4. gr. höfundalaga jafnframt að koma í veg fyrir að öðrum ótengdum aðilum yrði gert kleift að fá aðgang að og breyta kerfum stefnda Origo hf. án samþykkis frá félaginu. Breyti 2. mgr. 42. gr. a í höfundalögum engu í þessu samhengi enda séu skilyrði þess undantekningarákvæðis ekki fyrir hendi í málinu.

- 124.Í b-lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 komi fram að þegar aðeins eitt fyrirtæki komi til greina af listrænum ástæðum þar sem um sé að ræða einstakt listaverk eða listflutning, ekki sé um samkeppni að ræða af tæknilegum ástæðum eða sökum þess að um lögverndaðan einkarétt sé að ræða séu samningskaup án opinberrar birtingar útboðsauglýsingar heimil, hvort sem sé í tilviki innkaupa á verki, vöru eða þjónustu.
- 125.Með hliðsjón af höfundarétti stefnda Origo hf. á þeim kerfum sem málið varði liggi fyrir að um lögverndaðan einkarétt sé að ræða í skilningi b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 og sé aðalstefnanda því óskýlt, og jafnframt óheimilt, að framkvæma útboð á þróun og viðbótum við kerfin.
- 126.Þá leiði tæknilegar ástæður til þess að samningskaup án opinberrar birtingar útboðsauglýsingar hafi verið heimil, sbr. b-lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Í 50. lið fororða tilskipunar 2014/24/ESB, sem innleidd hafi verið í íslenskan rétt með lögum um opinber innkaup, komi fram að tæknilegar ástæður í skilningi ákvæðisins geti falið í sér að næst sem ógerlegt sé fyrir annan aðila að ná þeirri frammistöðu sem krafist sé eða að nauðsynlegt sé að nota sérstaka verkkunnáttu, tæki eða aðferðir sem aðeins einn rekstraraðili búi yfir. Þá geti tæknilegar ástæður einnig verið tilkomnar vegna krafna um rekstrarsamhæfi sem skýlt sé að uppfylla til að tryggja nothæfi verka, birgða eða þjónustu sem kaupa skuli inn.
- 127.Telji stefndi Origo hf. framangreind skilyrði vera fyrir hendi í málinu. Í fyrsta lagi verði í því sambandi að hafa hugfast að þau kerfi sem um ræði hafi verið í þróun hjá stefnda Origo hf. og forverum hans í áratugi. Þannig hafi skapast mikil og sérhæfð verkkunnátta og þekking sem ekki sé að finna annars staðar. Í öðru lagi verði að líta til þess að það sé í þágu notenda kerfanna, þ.e. meirihluta almennings og heilbrigðisstarfsfólks á Íslandi, og í raun nauðsynlegt, að hvers konar viðbætur eða þróun á kerfunum sé ekki boðin sérstaklega út. Væri raunin sú þyrftu notendur að nota mörg mismunandi kerfi eftir því hvað þeir væru að gera hverju sinni, sem væri afar óhagkvæmt og óskilvirk og kæmi auk þess beinlínis í veg fyrir að hægt væri að tryggja rekstrarsamhæfni þeirra kerfa sem heyri undir hið rafræna heilbrigðiskerfi í heild sinni.
- 128.Það sé ekki fortakslaust skilyrði fyrir beitingu b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 að sérstök greining hafi farið fram á því hvort skilyrði ákvæðisins séu fyrir hendi. Engin sambærileg skilyrði hafi verið í eldri lögum um opinber innkaup þegar innkaup á kerfunum fóru fram. Skilyrði um skjalfesta fyrirframgreiningu á möguleikum þess að beita undantekningarheimildum 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 eigi þegar af þeirri

ástæðu ekki við um kaup og þróun á þeim kerfum sem falli undir málið. Þá megi jafnframt ráða af úrskurðum kæruneftndar útboðsmála að það leiði ekki fyrirvaralaust til þess að undantekningum 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 verði ekki beitt af þeirri ástæðu einni að ekki hafi farið fram sérstakt mat á því hvort skilyrði ákvæðisins væru uppfyllt. Geti kaupandi fært fram afdráttarlaus sönnunargögn sem styðja það að skilyrðum ákvæðisins sé fullnægt komi beiting ákvæðisins til greina.

129. Sá einkaréttur sem um ræði sé lögakveðinn réttur sem kveðið sé sérstaklega á um í höfundalögum. Verði að telja slík lög afdráttarlaus sönnunargagn sem styðji það að skilyrðum ákvæðisins sé fullnægt. Þá sé jafnframt ljóst af þeim samningum sem gildi um kerfin að þau séu eign stefnda Origo hf. og öll hugverkaréttindi, þ.m.t. höfundaréttur, að kerfunum tilheyri félaginu og að hið sama gildi um viðbætur og breytingar á kerfunum. Hinn lögverndaði einkaréttur sem stefndi Origo hf. eigi sé því augljós og fyrir liggi afdráttarlaus sönnunargögn um hann.
130. Með hliðsjón af því sem rakið hafi verið sé ljóst að undantekningarregla b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 eigi við í málinu varðandi öll kerfin og öll skilyrði fyrir beitingu hennar séu fyrir hendi. Hafi niðurstaða kæruneftndar útboðsmála um að hafna kröfum gagnstefnanda er lotið hafi að innkaupum á Sögukerfinu og viðbótum við það verið rétt en niðurstaðan varðandi Heilsuveru og Heklu röng. Beri því að ógilda úrskurðinn.
131. Loks byggir stefndi Origo hf. á því að aðalstefnanda verði ekki gert að bjóða út kaup sem þegar hafi farið fram og hvað þá heldur á kerfum sem aðalstefnandi njóti engra eignarréttinda yfir. Auk þess sé um að ræða þjónustu í almannapágu sem sé ekki útboðsskyld.
132. Í forsendum úrskurðar kæruneftndar útboðsmála komi fram að ekki komi til greina að beita heimild 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 um óvirkni samninga vegna þess hvernig samningssambandi aðila sé háttað. Á hinn bóginn hafi kæruneftndin komist að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi skyldi bjóða tiltekin innkaup út með vísan til 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Hafi nánar tiltekið í úrskurðarorði verið kveðið á um að stefnandi skyldi bjóða út þróun hugbúnaðarins Heklu heilbrigðisnets, gerð og þróun Heilsuveru fyrir almenning til að sækja heilsutengdar upplýsingar í gegnum Heklu heilbrigðisnet og þróun fjarfundalausnar til notkunar á heilbrigðissviði. Þessi niðurstaða kæruneftndarinnar sé bæði röng og verulegum annmörkum háð og það leiði að mati stefnda Origo hf. til þess að rétt sé að ógilda úrskurðinn.

133. Beita verði því úrræði sem kveðið sé á um í 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 með hliðsjón af öðrum ákvæðum laganna. Þannig sé í 114. gr. laga nr. 120/2016 kveðið á um að eftir að bindandi samningur samkvæmt lögunum hafi komist á verði hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögmat. Kærunefndin hafi því réttilega hafnað því að óvirkja samningana sem um ræði en það feli þá í sér að samningarnir sem gerðir hafi verið í tengslum við kerfin standi óhaggaðir, sbr. 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016.
134. Ekki verði séð á hvaða grundvelli kærunefndin telji sig geta komist að þeirri niðurstöðu að bjóða skuli út innkaup sem hafi þegar farið fram, enda sé engin þörf á innkaupum á nýjum kerfum þar sem þau séu þegar til. Þá geti aðalstefnanda aldrei verið gert skylt að fara í innkaup á gerð og þróun Heilsuveru enda hafi hann engan rétt til að bjóða út gerð, þróun eða viðbætur við kerfi sem hann njóti engra eignarréttinda yfir. Myndi slíkt útboð brjóta freklega gegn eignarréttindum stefnda Origo hf., þ.m.t. höfundarétti hans.
135. Jafnframt verði að horfa til þess að stefndi Origo hf. hafi engar reglur brotið og hafi félagið átt í viðskiptum við aðalstefnanda í trausti þess að um gilda samninga væri að ræða. Komist dómurinn að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi hafi á einhvern hátt brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup sé tilgangur 1. mgr. 114. gr. þeirra laga einmitt sá að koma í veg fyrir að slíkir samningar séu ógiltir eða þeim breytt. Þegar svo beri undir verði þeir sem telja á réttindum sínum brotið einfaldlega að láta sér nægja önnur réttarúrræði, svo sem greiðslu skaðabóta. Stefndi Origo hf. eigi ekki að þurfa að gjalda fyrir það mörgum árum seinna að aðalstefnandi hafi gerst brotlegur við ákvæði laga um opinber innkaup við gerð samninga við félagið.
136. Þá falli þau innkaup sem aðalstefnanda sé gert að bjóða út samkvæmt úrskurðarorði kærunefndar útboðsmála undir. 2. mgr. 92. gr. laga nr. 120/2016 og séu því ekki háð útboðsskyldu. Í nefndu ákvæði komi fram að þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. 92. gr. sé hinu opinbera frjálst að ákveða hvernig staðið skuli að framkvæmd verks eða veitingu þjónustu, einkum til að tryggja hátt gæðastig, öryggi og viðráðanlegt verð, jafna meðferð og stuðla að almennum aðgangi og réttindum notenda í tengslum við opinbera þjónustu. Af þeim sökum hafi ákvæði laga um opinber innkaup ekki áhrif á svigrúm opinberra aðila til að skilgreina þjónustu í almannapágu sem hafi almenna, efnahagslega þýðingu, hvernig skipuleggja skuli þessa þjónustu og fjármagna hana, í samræmi við reglur um ríkisaðstoð, sem og hvaða sérstöku skuldbindingar skuli gilda um hana. Þá taki lög um opinber innkaup ekki til þjónustu í almannapágu sem ekki sé af efnahagslegum toga.

137. Umrætt ákvæði hafi bæst við lög um opinber innkaup með lögum nr. 37/2019. Í athugasemdum með frumvarpi til þeirra laga komi fram að með hugtakinu þjónusta í almannapágu með almenna efnahagslega þýðingu sé átt við þjónustu sem hafi verið skilgreind af hálfu hins opinbera sem mikilvæg í þágu almennings og telja megji að yrði ekki veitt, eða ekki veitt undir sömu skilyrðum, án aðkomu eða tilstuðlan hins opinbera. Almennt hafi verið litið svo á að þjónusta, sem til standi að flokka sem þjónustu með almenna efnahagslega þýðingu, verði að nýtast almenningi eða vera öllu þjóðfélaginu til hagsbóta. Bæði geti verið um að ræða þjónustu sem hinu opinbera sé skylt að veita og þjónustu sem hið opinbera telji að ekki verði sinnt á fullnægjandi hátt á markaðslegum forsendum. Sem dæmi um svið slíkrar þjónustu megji nefna menningarstarfsemi, húsnæðismál, almenningssamgöngur og rekstur innviða, svo sem á sviði fjarskipta. Hugtakið þjónusta í almannapágu með almenna efnahagslega þýðingu sé í stöðugri þróun og mótist meðal annars af þörfum almennings, tækniþróun og markaðsþróun og félagslegum og stjórnmálalegum áherslum í hlutaðeigandi EFTA-ríki. Gildissvið og skipulag þjónustu í almannapágu sem hafi almenna efnahagslega þýðingu sé þar af leiðandi mjög mismunandi eftir EFTA-ríkjunum. Þjónusta sem falli undir hugtakið sé því fjölbreytt og ráðist að miklu leyti af sögulegum, landfræðilegum, félagslegum og menningarlegum þáttum í hverju landi fyrir sig.
138. Sú þjónusta sem veitt sé með þeim kerfum sem málið varði falli undir fyrirnefnt ákvæði og því sé ekki hægt að skylda aðalstefnanda til að bjóða gerð og þróun á kerfunum út eins og greini í úrskurðarorði kærunefndar útboðsmála. Saga sjúkraskrárkerfi sé eitt útbreiddasta sjúkraskrárkerfi í landinu og í notkun á öllum heilsugæslustöðvum, stærstu sjúkrahúsum og öðrum heilbrigðisstofnunum. Heilsuvera sé vefsvæði tengt Sögu þar sem almenningur geti átt í samskiptum við heilbrigðisstarfsmenn og nálgast gögn. Kerfin tengist svo inn á Heklu heilbrigðisnet sem sé gagnanet milli heilbrigðisstofnana. Kerfin eigi því snertiflöt við nær alla landsmenn sem og mikinn meirihluta alls heilbrigðisstarfsfólks. Úrskurður kærunefndar útboðsmála um skyldu aðalstefnanda til útboðs sé því rangur og rétt að hann verði ógiltur.
139. Í gagnsök byggir stefndi Origo hf. sýknukröfu sína á því að niðurstaða kærunefndar útboðsmála hafi verið rétt að því er varði frávísun á kröfum um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Sú niðurstaða kærunefndarinnar grundvallist á því að gagnstefnanda hafi skort heimild til að auka við kröfur sínar frá upphaflegri kröfugerð þannig að þær beindust að gerð einstakra nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi.

Hafi nefndin vísað til þess að ekki hafi verið fjallað um nytjaleyfissamninga með neinum viðhlítandi hætti í kæru auk þess sem aðilar að umræddum nytjaleyfissamningum hafi ekki verið aðilar að málinu hjá kærunefnd útboðsmála.

140. Stefndi Origo hf. tekur undir þessi sjónarmið kærunefndarinnar. Hvergi hafi verið vikið að umræddum nytjaleyfissamningum í upphaflegri kæru auk þess sem ekki hafi verið fjallað um þá með nægilega skýrum og rökstuddum hætti í breyttri kröfugerð gagnstefnanda frá 27. apríl 2021. Kröfur gagnstefnanda um nytjaleyfissamninga hafi ekki rúmast innan orðalags kröfugerðar gagnstefnanda auk þess sem aðilum einstakra nytjaleyfissamninga hafi ekki verið gert kleift að tjá sig um hinar óljósu kröfur, en fyrir liggi að aðalstefnandi hafi enga aðild átt að þessum samningum. Hafi því verið ótækt að taka þær til greina.

141. Þá vísar stefndi Origo hf. til sömu sjónarmiða og teft er fram í aðalsök af hans hálfu varðandi fordæmi dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021 um skorður er kærendum séu settar samkvæmt lögum um opinber innkaup til að breyta og bæta við kröfugerð sína frá upphaflegri kæru.

142. Þá liggi jafnframt fyrir að jafnvel þó svo kröfunum um nytjaleyfissamninga um Sögu hefði ekki verið vísað frá hefði þeim verið hafnað á grundvelli sömu sjónarmiða og lögð hafi verið til grundvallar niðurstöðu kærunefndarinnar um höfnun annarra krafna er lutu að Sögu sjúkraskrárkerfi. Nánar tiltekið hafi kærunefnd útboðsmála komist að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið skilyrði til að óvirkja samninga um Sögu sjúkraskrárkerfi eða bjóða út gerð og þróun kerfisins með vísan til tæknilegra ástæðna og lögverndaðs einkaréttar stefnda Origo hf., sbr. b-lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Kærunefnd útboðsmála hefði því aldrei komist að þeirri niðurstöðu að nytjaleyfissamningarnir skyldu lýstir óvirkir eða að aðilum yrði gert skylt að bjóða innkaupin út að því leyti.

Helstu málsástæður og lagarök stefnda Sensa ehf.

143. Í aðalsök byggir stefndi Sensa ehf. í fyrsta lagi á því að kærufrestir hafi verið liðnir þegar gagnstefnandi hafi lagt fram kæru til kærunefndar útboðsmála 24. febrúar 2021, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá sé ljóst af dómafordæmi Landsréttar í máli nr. 745/2021 að ákvæði 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup verði ekki gefið víðtækara gildissvið en skýrlega megi ráða af orðalagi þess. Þannig miðist upphafstími frests sem kærandi hafi til að bera fram kæru við það tímamark er hann vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleyfi sem hann telji brjóta gegn

réttindum sínum. Hinn 30 daga frestur til að gera kröfu um óvirkni miðist því jafnframt við það tímamark þegar kærandi veit eða má vita af þeirri ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem kærð sé. Upphafstími frests sem vikið sé að í 2. tölulið 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 taki eingöngu til krafna um óvirkni samninga og eigi aðeins við í þeim tilvikum þegar sérstök tilkynning hafi verið birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Þegar slík tilkynning hafi ekki verið birt skuli hinn sérstaki frestur 2. töluliðar 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 eingöngu eiga við um þá kærundur sem séu grandlausir um þau innkaup sem um ræði. Slík hafi ekki verið raunin í máli þessu enda hafi gagnstefnandi ekki verið grandlaus um viðskipti aðila. Sé niðurstaða kærunefndar útboðsmála þess efnis að hvorki 20 né 30 daga fresturinn hafi verið byrjaður að líða þar sem engar tilkynningar hafi verið birtar um gerð samninga því bersýnilega röng.

144. Gagnstefnanda hafi verið kunnugt um eða mátt vera kunnugt um þau viðskipti sem kröfugerð hans hjá kærunefnd útboðsmála hafi lotið að 11. september 2020 þegar hann hafi sent upplýsingabeiðni til aðalstefnanda. Í beiðninni hafi meðal annars komið fram að gagnstefnanda hefðu borist fregnir um að verið væri að þróa myndbandskerfi og spjallrás fyrir aðalstefnanda og heilsugæslustöðvar. Á þeim tímapunkti þegar upplýsingabeiðnin hafi verið send hafi gagnstefnandi vitað eða mátt vita um þá athöfn sem hann hafi talið brjóta gegn réttindum sínum. Á þeim grundvelli hafi honum borið að leggja strax þá fram kæru til kærunefndar útboðsmála enda miðist upphaf kærufrestsins ekki við það tímamark er kærandi telur sig vera með nægjanlega haldbærar upplýsingar í höndunum sem bendi til að niðurstaða nefndarinnar verði honum í hag. Sé því ljóst að kæra gagnstefnanda, dags. 24. febrúar 2021, hafi borist löngu eftir að kærufrestur hafi verið liðinn og hafi hún á þeim grundvelli ekki verið tæk til efnismeðferðar. Hafi kærunefnd útboðsmála því með réttu átt að vísa kærinni frá.

145. Í öðru lagi byggir stefndi Sensa ehf. á því að vísa hafi átt frá kröfum gagnstefnanda, sem hafi komið fram í upphaflegri kröfugerð fyrir kærunefnd útboðsmála, þar sem innkaupin hafi verið undir viðmiðunarfjárhæðum útboðsskyldu samkvæmt ákvæðum laga nr. 120/2016.

146. Á grundvelli 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 skuli bjóða út öll innkaup opinberra aðila á vörum og þjónustu yfir 15.500.000 krónur og verkum yfir 49.000.000 króna. Þar að auki hafi kærunefnd útboðsmála aðeins heimild til þess að lýsa samninga óvirka sem séu yfir þeim viðmiðunarfjárhæðum sem gildi um útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu skv. 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016, sbr. 1. mgr. 115. gr. laganna.

Viðskipti stefnda Sensa ehf. og aðalstefnanda hafi hafist í maí 2019. Í upphafi hafi verið gerður samningur um profuleyfi en frá tímabilinu desember 2019 til júní 2022 hafi verið gerðir fimm samningar sem allir hafi gilt til sex mánaða í senn. Á meðan á umræddum viðskiptum hafi staðið hafi verið í gildi reglugerðir nr. 178/2018, 260/2020 og 1313/2020 um útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir, skilgreiningu á verksamningum og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar. Viðmiðunarfjárhæðirnar hafi verið 15.500.000 krónur fyrir vöru- og þjónustusamninga samkvæmt öllum reglugerðunum, 18.734.400 krónur um útboð á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt reglugerð nr. 178/2018 en 18.120.000 krónur samkvæmt reglugerðum nr. 260/2020 og 1313/2020. Fyrir vinnuáætlun, profuleyfið og þá fimm leyfissamninga sem hafi verið gerðir í kjölfarið hafi aðalstefnandi greitt stefnda Sensa ehf. samtals 8.550.464 krónur án virðisaukaskatts. Viðskipti stefnda Sensa ehf. við aðalstefnanda hafi því verið langt undir viðmiðunarfjárhæðum. Með vísan til þeirra fjárhæða sem aðalstefnandi hafi greitt stefnda Sensa ehf. fyrir Pexip-launsina hafi kærunefnd útboðsmála borið að vísa kærinni frá, bæði hvað varði kröfur gagnstefnanda um óvirkni sem og aðrar kröfur sem gerðar hafi verið hjá nefndinni.

147. Þá mótmælir stefndi Sensa ehf. þeirri niðurstöðu kærunefndar útboðsmála að viðskipti aðalstefnanda við stefnda Sensa ehf. hafi í reynd verið hluti af þeim verkum sem aðalstefnandi hafi falið stefnda Origo hf. Um sé að ræða viðskipti við sinn hvorn lögaðilann sem hafi engin innbyrðis tengsl sín á milli. Stefndi Sensa ehf. hafi þannig ekki að neinu leyti komið að gerð samnings aðalstefnanda við stefnda Origo hf. og geti viðskipti stefnda Sensa ehf. við aðalstefnanda þannig ekki talist hluti af þeim verkum eða þjónustu sem aðalstefnandi hafi falið stefnda Origo hf.
148. Samningar aðalstefnanda og stefnda Sensa ehf. taki til sjálfstæðrar lausnar sem stefndi Sensa ehf. endurselji frá þriðja aðila, auk hýsingar á henni. Jafnvel þótt fjarfundalausnin Pexip hafi verið samþætt kerfum í eigu stefnda Origo hf. leiði það eitt og sér ekki til þess að unnt sé að horfa á viðskiptin sem eina heild og ljóst að stefndi Sensa ehf. hafi aldrei verið í samningssambandi við stefnda Origo hf. Það sé alþekkt í framkvæmd að lausnir í eigu mismunandi framleiðenda séu samþættar til að auka skilvirkni og afköst kerfa. Slík samþætting hafi ekki í för með sér að leyfissamningar sem liggi að baki notkun á kerfunum séu að einhverju leyti tengdir eða hægt sé að horfa á slíka samninga sem eina heild.

- 149.Mótmælir stefndi Sensa ehf. því þeirri niðurstöðu kærunefndar útboðsmála að meta skuli undirliggjandi samninga við mismunandi samningsaðila saman sem eina samstæða heild á grundvelli 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016. Yrði niðurstaða kærunefndarinnar lögð til grundvallar væri í raun ávallt hægt að leggja samninga um öll viðskipti sem eigi það sameiginlegt að snúa að sama efninu saman sem eina heild, sama hver viðsemjandinn væri hverju sinni. Þannig gætu einföldustu breytingar eða uppfærslur á verki ávallt leitt til þess að bjóða bæri þjónustu út. Ekki fáist séð að neitt í lögum um opinber innkaup styðji þessa niðurstöðu kærunefndarinnar.
- 150.Stefndi Sensa ehf. byggir jafnframt á því að hýsingarþjónusta sú sem veitt hafi verið aðalstefnanda hafi verið algjörlega óháð notendaleyfi að fjarfundalausninni Pexip sem stefndi Sensa ehf. hafi selt aðalstefnanda. Beri því að líta á hýsingu og veitingu leyfisins sem aðskilin innkaup.
- 151.Aðalstefnandi hafi verið aðili að rammasamningi ríkiskaupa nr. 20.114, sem beri heitið „RS Hýsingar- og rekstrarþjónusta“. Stefndi Sensa ehf. hafi einnig, auk annarra, verið aðili að þeim samningi sem þjónustuveitandi hvað varði hýsingarþjónustu. Í grein 2.3.2 í rammasamningnum sé því lýst hvað falli undir hýsingarþjónustu og sé þar m.a. vísað til hýsingar á miðlurum, sýndarþjónum og sýndarvélum ásamt diskum og diskastæðum auk tryggs uppitíma á vélbúnaði og nettengingum. Á grundvelli þessa rammasamnings hafi aðilar samið um hýsingu á lausninni. Aðalstefnandi hafi þó allt eins getað falið öðrum þjónustuveitanda að rammasamningnum að hýsa lausnina. Sú staðreynd að aðalstefnandi hafi kosið að fela stefnda Sensa ehf. hýsingu á fjarfundalausninni leiði ekki til þess að hýsingarþjónustan og leyfissamningur fyrir notkun á fjarfundalausninni Pexip myndi eina samstæða heild sem beri að horfa til þegar lagt sé mat á fjárhæðir í tengslum við viðskipti aðila með hliðsjón af viðmiðunarfjárhæðum.
- 152.Aðalstefnandi hafi mánaðarlega greitt 117.793 krónur án virðisaukaskatts fyrir hýsinguna. Þannig hafi aðalstefnandi greitt stefnda Sensa ehf. 3.533.790 krónur án virðisaukaskatts fyrir hýsinguna á tímabilinu 19. desember 2019 til 19. júní 2022.
- 153.Jafnvel þó svo að dómurinn myndi komast að þeirri niðurstöðu, gegn andmælum stefnda Sensa ehf., að líta skuli á viðskipti aðalstefnanda og stefnda Sensa ehf. hvað varði leyfisveitingar og hýsingarþjónustu sem eina samstæða heild sé ljóst að fjárhæðirnar séu undir viðmiðunarfjárhæðum.
- 154.Þá hafi það leyfi sem stefndi Sensa ehf. hafi veitt aðalstefnanda til notkunar á fjarfundalausninni Pexip ávallt verið til sex mánaða í senn. Leyfisgjöld til notkunar á

lausninni séu háð ákvörðun Pexip AS sem stefndi Sensa ehf. endurselji viðskiptavinum leyfin frá. Þegar sex mánaða leyfistímabili ljúki verði aðilar því að endursemja til næstu sex mánaða og leiði aðgerðarleyfi þannig ekki til þess að samningar aðila framlengist sjálfkrafa. Á þeim grundvelli sé við mat á viðmiðunarfjárhæðum því aðeins hægt að miða við þá þjónustu sem þegar hafi verið samið um þegar málið hafi borist kæruneftndinni.

155.Í gagnsök byggir stefndi Sensa ehf. í fyrsta lagi á aðildarskorti, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991. Kröfugerð gagnstefnanda varði á engan hátt lögvarða hagsmuni stefnda Sensa ehf. enda hafi hann enga aðkomu að Sögu sjúkraskrárkerfi og nytjaleyfissamningum um kerfið. Hafi aðkoma stefnda Sensa ehf. að þeim viðskiptum sem hinn umþrætti úrskurður hafi hverfst um aðeins snúið að leyfissamningum við aðalstefnanda um not á fjarfundalausninni Pexip, sem og hýsingu hennar. Máli verði ekki með réttu beint að öðrum en þeim sem geti látið hagsmunina af hendi og verði að þola þá. Verði ekki séð að stefndi Sensa ehf. geti með nokkru móti haft einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta af kröfugerð gagnstefnanda í gagnsök eða að niðurstaða í þeim hluta málsins muni hafa nokkur áhrif á stefnda Sensa ehf. Af þeim sökum verði að telja, í ljósi þess hvernig gagnstefnandi hafi ákveðið að byggja upp mál sitt, að um aðildarskort sé að ræða hvað varði stefnda Sensa ehf. sem leiði til sýknu. Engu breyti í þessu samhengi þótt í dómaframkvæmd hafi verið litið svo á að óhjákvæmilegt sé að beina kröfu um ógildingu úrskurðar stjórnvalds að þeim sem hafi átt aðild að málinu á málskotsstigi, enda ætti slíkt aðeins við þegar aðilar ættu verulegra, einstaklegra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins en slíkt væri ekki raunin hér.

156.Í öðru lagi byggir stefndi Sensa ehf. sýknukröfu sína á því að niðurstaða kæruneftndar útboðsmála hafi verið rétt hvað varði frávísun á kröfum um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi.

Helstu málástæður og lagarök stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins

157.Stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins gerir í aðalsök þá kröfu að staðfestur verði með dómi sá hluti úrskurðar kæruneftndar útboðsmála í máli nr. 8/2021 sem kveðinn var upp 22. febrúar 2022 og laut að frávísun á kröfum gagnstefnanda varðandi nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Í gagnsök gerir stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins þá kröfu að hafnað verði kröfu gagnstefnanda um að ógiltur verði með dómi sá hluti framangreinds úrskurðar kæruneftndar útboðsmála er varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda. Samkvæmt því falla í raun kröfur stefnda Heilsugæslu

höfuðborgarsvæðisins í aðalsök og gagnsök saman, svo og kröfur stefnda annars vegar og aðalstefnanda í aðalsök hins vegar samkvæmt endanlegum kröfum hans. Af þessum sökum telur dómurinn ekki þörf á að gera sérstaka grein fyrir málsástæðum sem stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins setti fram í greinargerð sinni í aðalsök.

- 158.Í gagnsök byggir stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins á því að hinn umþrætti úrskurður hafi verið efnislega réttur í þeim þætti málsins sem varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda varðandi nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi.
- 159.Vísar stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins til þess að lög um opinber innkaup nr. 120/2016 taki ekki til þjónustu í almannapágu sem sé ekki af efnahagslegum toga, sbr. 2. mgr. 92. gr. þeirra laga og athugasemdir með ákvæðinu. Hluti af umþrættum samningum hafi verið gerður fyrir gildistöku laganna. Leiði það ekki til annarrar niðurstöðu heldur hafi þeir verið í samræmi við gildandi lög á þeim tíma sem þeir hafi verið gerðir.
- 160.Stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins byggir einnig á því að réttilega hafi verið byggt á því í hinum umþrætta úrskurði að stefndi Origo hf. nyti höfundaréttar á grundvelli 1. og 2. gr. höfundalaga á þeim hugbúnaði sem til umfjöllunar hafi verið. Verði ekki séð að gagnstefnandi hafi fært sönnur á að svo sé ekki og hafnar stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins öllum málatilbúnaði hvað það varðar.
- 161.Stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins byggir á því að bein samningskaup á nytjaleyfum að Sögu sjúkraskrárkerfi af stefnda Origo hf. séu heimil án útboðs, sbr. b-lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Séu nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi nauðsynleg fyrir starfsemi stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins enda sé hugbúnaðurinn sérþróaður fyrir íslenska heilsugæsluþjónustu og starfsemi stefnda í áratugi. Hafi stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins því ekki kost á að kaupa nytjaleyfi að öðrum rafrænum sjúkraskrárkerfum en Sögu. Einungis eitt fyrirtæki á markaði, stefndi Origo hf., hafi lögverndaðan einkarétt á að selja nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi. Bein samningskaup séu þar af leiðandi heimil stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, bæði vegna tæknilegs ómöguleika og sökum lögverndaðs einkaréttar stefnda Origo hf.
- 162.Samningskaup stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins á afnotum af Sögu sjúkraskrárkerfi hafi upphaflega leitt af samningi Heilbrigðisráðuneytisins árið 1993 við Gagnalind hf. og síðari samningum aðalstefnanda við stefnda Origo hf. um þróun kerfisins. Tengist samningssamband stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. um nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi með beinum hætti og leiði af

upphaflegum samningi ráðuneytisins sem komist hafi á með lögmætum hætti og í samræmi við þágildandi lög um opinber innkaup nr. 52/1987.

163. Jafnframt telji stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins að af 1. gr. laga nr. 120/2016 leiði að stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins beri réttur og svigrúm til að skilgreina þarfir sínar á innkaupum með hliðsjón af þeim eignum og afnotaréttindum sem hann hafi þegar til ráðstöfunar í rekstri og starfsemi stofnunarinnar. Verði honum því ekki gert að bjóða út innkaup á hugbúnaði fyrir rafrænt sjúkraskrárkerfi þegar hann hafi þegar aðgang að og afnotarétt á slíku í starfsemi sinni. Þá myndu slík útgjöld ekki rúmast innan fjárveitingarheimildar stefnda sem ákvarðaðar séu með fjárlögum Alþingis. Telji stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins að það sé óumdeilt að honum sé heimilt að afla sér þjónustunnar á grundvelli nytjaleyfissamninga.

164. Þá telji stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins kaup sín samkvæmt nytjaleyfum á aðgangi að rafrænu sjúkraskrárkerfi utan gildissviðs laga um opinber innkaup þar sem ekki sé um að ræða þjónustusamning í skilningi laganna. Vísað sé til afmörkunar hugtaksins þjónustusamningur í skilningi laga nr. 120/2016, sbr. 35. tölulið 2. gr. og sbr. 1. og 4. mgr. 4. gr. laganna, þ.e. að þjónustusamningur í skilningi laga um opinber innkaup sé samningur um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur geri við eitt eða fleiri fyrirtæki sem hafi að markmiði veitingu þjónustu, annarrar en þeirrar þjónustu sem um geti í verksamningnum, sbr. 2. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016. Byggi stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins á því að skýra beri hugtakið þjónusta, sbr. 4. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016, til samræmis við þjónustuhugtak ákvæðis 37. gr. EES-samningsins og að utan hugtaksins falli þjónusta sem ekki teljist til hagnaðardrifinnar starfsemi, þ.e. starfsemi sem ekki sé af efnahagslegum toga.

165. Séu samningarnir og skilgreint hlutverk aðalstefnanda sem þróunaraðila rafrænnar sjúkraskrár á landsvísu til vitnis um að ákvarðanir um þróun sjúkraskrárkerfis fyrir opinbera heilbrigðisþjónustu, og sér í lagi heilsugæslu, og ráðstöfun opinberra fjármuna til slíkrar þróunar séu og hafi verið á herðum heilbrigðisráðuneytisins og síðar aðalstefnanda en ekki einstakra heilbrigðisstofnana eða heilsugæslustöðva. Þá sé skylt að halda rafræna sjúkraskrá samkvæmt lögum nr. 55/2009.

166. Að mati stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins séu áframhaldandi samningskaup um afnotarétt á Sögu sjúkraskrárkerfi því heimil stofnuninni. Kerfið sé sérþróað í samræmi við þarfir starfseminnar og sé sem slíkt nauðsynlegt. Telur stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins það óeðlilegt ef honum yrði, einni heilbrigðisstofnana, gert að

standa straum af þróun og innleiðingu á öðru sjúkraskrárkerfi en því sem kostað sé af sameiginlegum fjárheimildum heilbrigðiskerfisins. Það liggi fyrir að fleiri notendur séu að umræddum kerfum á grundvelli nytjaleyfissamninga og hafi slíkir samningar ekki komið til skoðunar í máli þessu á stjórnarsýslustigi.

- 167.Þá byggir stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins á því að reglur stjórnarsýsluréttar styðji frávísun kröfunnar. Niðurstaða kærunefndar útboðsmála varðandi gerð nytjaleyfissamninga byggist á því að gagnstefnanda hafi ekki verið heimilt að beina kröfugerð sinni einungis að einstaka nytjaleyfissamningum. Fyrir liggi að fjöldi sjúkrastofnana hafi gert slíka samninga án þess að þær eigi aðild að málinu.
- 168.Stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins telur enn fremur að viðbótarkröfur gagnstefnanda, sbr. athugasemdir hans til nefndarinnar 27. apríl 2021, hafi verið verulega vanreifaðar og þar af leiðandi ekki verið tækar til efnismeðferðar hjá kærunefndinni, einkum og sér í lagi meintar kröfur varðandi samninga stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. um nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi. Gera verði lágmarkskröfur til skýrleika kröfugerðar málsaðila að stjórnarsýslurétti með hliðsjón af málatilbúnaði aðila að öðru leyti. Leiði það enn fremur af 2. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 sem hafi að geyma lágmarkskröfur um innihald kæru til kærunefndar útboðsmála. Sé einungis að afar takmörkuðu leyti vikið að samningskaupum stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins og að því er virðist að engu leyti að samningi stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins um nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi. Þrátt fyrir það sem haldið sé fram í stefnu gagnstefnanda verði að ætla að gagnstefnanda hafi verið í lófa lagið að fjalla um þessi atriði með ítarlegri hætti, m.a. í ljósi athugasemda stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins gagnvart kærunefndinni.
- 169.Jafnframt hafi viðbótarkröfur gagnstefnanda til nefndarinnar verið gerðar að liðnum kærufresti og hefði átt að vísa þeim frá nefndinni af þeim sökum, sérstaklega meintum kröfum varðandi óvirkni samninga stefnda um nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi. Vísar stefndi til 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup um kærufresti, en að mati stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins geti kærufrestur vegna kröfu um óvirkni aldrei orðið lengri en 30 dagar frá því að kærandi vissi eða mátti vita af samningsgerð, og að sex mánaða frestur 2. töluliðar 1. mgr. 106. gr. laganna eigi ekki við ef kærandi hefur vitað eða mátt vita af þeim athöfnum eða athafnarleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Telji stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins að gagnstefnandi hafi vitað eða mátt vita af samningum stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda

Origo hf. um nytjaleyfi að Sögu sjúkraskrárkerfi um langt skeið enda starfi gagnstefnandi á sérhæfðum markaði fyrir hugbúnaðarlausnir á heilbrigðissviði og alkunna sé að allar opinberar heilsugæslustöðvar noti Sögu sjúkraskrárkerfi í starfsemi sinni en auk þess liggi fyrir að markaðshlutdeild stefnda Origo hf. á markaði fyrir rafræn sjúkraskrárkerfi á Íslandi sé 95%.

170. Hafi gagnstefnandi haft upplýsingar um hin kærðu innkaup að minnsta kosti frá 11. september 2020, sbr. bréf hans þann dag. Kæra hafi verið lögð fram 24. febrúar 2021. Frestur til að leggja fram kæru sé 20 dagar frá því að kærandi fær vitneskju um hina kærðu háttsemi, sbr. 106. gr. laga nr. 120/2016 og hafi fresturinn því verið liðinn þegar kæra barst kærunefndinni. Hið sama eigi við um ný kæruefni sem hafi verið send kærunefndinni með bréfi, dags. 27. apríl 2021, enda hafi verið fjallað opinberlega um kæruefnin, sbr. tilgreindan úrskurð kærunefndar útboðsmála og tilgreinda úrskurði úrskurðarnefndar um upplýsingamál.

171. Loks byggir stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins á því að brýnir almannahagsmunir standi til þess að áframhaldandi framkvæmd umþrættra samninga sé nauðsynleg í skilningi 117. gr. laga nr. 120/2016 og sé þar um að ræða nauðsynlegan þátt í framkvæmd hlutverks stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins á sviði heilbrigðisþjónustu.

Niðurstaða

172. Í máli þessu er deilt um hvort ógilda beri úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 8/2021 sem kveðinn var upp 22. febrúar 2022 en aðild að því máli áttu allir málsaðilar þessa dómsmáls. Í máli því sem úrskurður kærunefndarinnar varðar var gagnstefnandi þessa máls kærandi en aðalstefnandi þessa máls og aðrir stefndu voru þar til varnar. Tekið er fram í 2. mgr. 112. gr. laga nr. 120/2016 að ekki skuli höfða mál á hendur kærunefndinni.

173. Í úrskurðarorði úrskurðar kærunefndar útboðsmála í framangreindu máli er í fyrsta lagi kveðið á um að kröfum gagnstefnanda þessa máls sé vísað frá að svo miklu leyti sem þær lúti að nytjaleyfissamningum um Sögu sjúkraskrárkerfi. Í öðru lagi úrskurðaði kærunefndin að aðalstefnandi þessa máls skyldi greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 9.000.000 króna í ríkissjóð. Í þriðja lagi lagði kærunefndin fyrir aðalstefnanda þessa máls að bjóða út þróun hugbúnaðarins Heklu heilbrigðisnets, gerð og þróun hugbúnaðar Heilsuveru fyrir almenning til að sækja heilsutengdar upplýsingar í gegnum Heklu

heilbrigðisnet og þróun fjarfundalausnar til notkunar á heilbrigðissviði. Loks var aðalstefnanda þessa máls gert að greiða gagnstefnanda þessa máls 2.000.000 króna í málskostnað.

174. Aðalstefnandi og gagnstefnandi hafa hvor um sig höfðað mál til ógildingar greindum úrskurði kærunefndar útboðsmála. Voru málin sameinuð með ákvörðun dómara 9. september 2024 með vísan til 30. gr. laga nr. 91/1991. Aðalkrafa aðalstefnanda fyrir dómi lýtur í aðalstök að því að úrskurður kærunefndarinnar verði felldur úr gildi að öðru leyti en því sem varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda er snertu samninga um Sögu sjúkraskrárkerfi og taka stefndu Origo hf. og Sensa ehf. undir þá kröfugerð. Krafa gagnstefnanda fyrir dómi lýtur á hinn bóginn í gagnsök að því að úrskurður kærunefndarinnar verði ógiltur að því er varðar frávísun á kröfum hans fyrir kærunefndinni um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi.
175. Að því leyti er stefndu Origo hf., Sensa ehf. og Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins taka undir kröfur aðalstefnanda í aðalsök skal áréttað að að því marki sem sambærilegra málsástæðna nýtur ekki við í málatilbúnaði aðalstefnanda í aðalsök verða málsástæður stefndu Origo hf. Sensa ehf. og Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins ekki lagðar til grundvallar dómsniðurstöðu. Engar heimildir að réttarfarslögum standa til þess almennt að aðili sem stefnt er fyrir dóm geti lagt stefnanda slíkt lið gagnvart öðrum meðstefnda. Meðstefnda hefur eðli málsins samkvæmt ekki gefist færi á að bregðast við slíkum málatilbúnaði í eigin greinargerð sem lögð er fram samtímis greinargerðum annarra stefndu. Önnur niðurstaða myndi raska stjórnarskrárvörðu jafnræði málsaðila fyrir dómi sem liggur lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála til grundvallar, sbr. 65. og 70. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, sbr. lög nr. 33/1944.
176. Í aðalsök málsins hefur aðalstefnandi teft fram mörgum og margvíslegum málsástæðum fyrir þeirri kröfu sinni að úrskurður kærunefndar útboðsmála verði felldur úr gildi að öðru leyti en því sem varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda er snertu samninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Hefur gagnstefnandi hafnað öllum málsástæðum aðalstefnanda en aðrir hinna stefndu hafa tekið undir hluta málsástæðna aðalstefnanda, eins og að framan er rakið. Eitt þeirra ágreiningsefna sem uppi er í málinu er hvort gagnstefnanda hafi verið heimilt að bæta við kröfugerð sína eins og hann hafi gert í máli kærunefndar útboðsmála nr. 8/2021. Byggir aðalstefnandi ásamt stefnda Origo hf., á því að svo hafi ekki verið en gagnstefnandi hafnar þeim málatilbúnaði og byggir á því að honum hafi verið heimilt að bæta við kröfugerð sína með þeim hætti sem gert var og kærunefndin féllst á.

177. Eins og rakið er í málsatvikakafla gerði gagnstefnandi í kæru sinni til kærunefndar útboðsmála, dags. 24. febrúar 2021, upphaflega kröfur um að samningar aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um kaup vara og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna yrðu lýstir óvirkir og að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og þeim gert að bjóða innkaupin út. Til vara gerði gagnstefnandi kröfur um að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að segja upp samningum við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um kaup á vörum og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna, bjóða innkaupin út og sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016. Kröfugerð gagnstefnanda laut þannig einungis að gerð svonefndra fjarheilbrigðislausna. Gagnstefnandi áskildi sér í kærinni rétt til þess að leggja í framhaldinu fram frekari kröfur eða skerpa á kröfugerð sinni og vísaði í því sambandi til 15. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 sem varðar upplýsingarétt, sbr. 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016, sem og 7. gr. laga nr. 37/1993 er varðar leiðbeiningarskyldu stjórnvalda.
178. Við meðferð málsins fyrir kærunefnd útboðsmála bætti gagnstefnandi með erindi 27. apríl 2021 við aðalkröfu sína og gerði auk framangreindra krafna nýjar kröfur um að samningar aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. um rafræn sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet yrðu lýstir óvirkir og að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 og þeim gert að bjóða innkaupin út. Við varakröfur sínar bætti gagnstefnandi einnig nýjum kröfum um að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að segja upp samningum við stefnda Origo hf. um rafræn sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet, bjóða innkaupin út og að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016.
179. Kærunefnd útboðsmála taldi gagnstefnanda vera heimilt að auka við kröfugerð sína fyrir nefndinni með framangreindum hætti að því marki sem viðbótarkrafa hans lyti að hugbúnaðarþróun á vegum aðalstefnanda og stefndu á rafrænu sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisneti. Vísaði kærunefndin í því sambandi m.a. til þess að í kæru gagnstefnanda 24. febrúar 2021 hefði m.a. þróun aðalstefnanda á virkni tengdri sjúkraskrárkerfinu Sögu, Heilsuveru og Heklu heilbrigðisneti varðandi fjarheilbrigðisþjónustu verið gerð að umtalsefni þótt þar hefðu einkum verið rakin samskipti gagnstefnanda við aðalstefnanda er lutu að þróun hugbúnaðar til að unnt væri

að veita fjarheilbrigðisþjónustu. Á hinn bóginn var það niðurstaða kærunefndarinnar að gagnstefnanda væri ekki heimilt að beina breyttri kröfugerð sinni að gerð einstakra nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi. Vísaði nefndin í þeim efnum til þess að ekki hefði verið fjallað um þá nytjaleyfissamninga með neinum viðhlítandi hætti í kæru málsins.

180. Með hinni nýju og breyttu kröfugerð gagnstefnanda jók hann allverulega við kröfur sínar frá því að varða aðeins samninga um kaup vara og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna yfir í það að varða samninga um rafræn sjúkraskrárkerfi, kerfi Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet. Fól framangreind breyting að mati dómsins í sér mikla eðlisbreytingu á málinu.

181. Í athugasemdum við XI. kafla í frumvarpi er varð að lögum nr. 120/2016 segir að ekki hafi verið gerðar efnislegar breytingar á ákvæðum kaflans um hlutverk kærunefndar útboðsmála. Í athugasemdum við 91. gr. frumvarps til eldri laga um sama efni, nr. 84/2007, sagði jafnframt um hlutverk kærunefndar að það ákvæði svaraði til 75. gr. eldri laga um sama efni nr. 94/2001. Í athugasemdum með frumvarpi við síðastnefnt ákvæði segir að hlutverk kærunefndar útboðsmála sé bundið við að taka til meðferðar formlegar kærur einstaklinga og lögaðila. Má af þessum lögskýringargögnum ráða að málalíbúnaður kæranda sem lagður er fyrir kærunefnd útboðsmála með skriflegri kæru í öndverðu marki að meginstefnu til umfjöllunarefni nefndarinnar og úrlausn og að kærandi geti að jafnaði ekki bætt síðar við kröfum vegna sjónarmiða og gagna frá kærða.

182. Þá er einnig til þess að líta að í athugasemdum við 79. gr. í frumvarpi er varð að fyrrgreindum lögum nr. 94/2001 og fjallaði um meðferð kæru og gagnaöflun fyrir kærunefnd útboðsmála var vísað til þess að sambærilegt ákvæði væri að finna í þágildandi 54. gr. reglugerðar nr. 302/1996 um innkaup ríkisins. Í athugasemdunum segir að ráðgert sé að viðhaldið verði því fyrirkomulagi að sá sem kæra beinist gegn fái stuttan frest til að tjá sig um kæru en að því loknu geti kærandi tjáð sig um svar kærða. „Kærandi getur hins vegar almennt ekki aukið við kröfur eða málsástæður í andsvari sínu“ og því sé ekki nauðsynlegt að gefa kærða kost á því að tjá sig sérstaklega um svar kærands. Í sömu athugasemdum segir jafnframt að hraða skuli málsmeðferð fyrir nefndinni og verði frestur til greinargerðar að vera skammur. Hæfilegur frestur til greinargerðar kærða yrði almennt talinn um ein vika, en það beri þó að meta með hliðsjón af eðli málsins. Frestur til andsvars kæranda myndi almennt vera mjög skammur, „enda á málalíbúnaður hans að liggja fyrir í kærinni að öllu verulegu leyti“. Ekki verður ráðið af lögskýringargögnum

með eldri lögum nr. 84/2007, sem leystu lög nr. 94/2001 af hólmi, eða núgildandi lögum nr. 120/2016, að önnur sjónarmið ættu að gilda um meðferð kærufyrir kærunefndinni.

183. Til framangreindra lögskýringargagna og sjónarmiða var vísað og litið til í dómi Landsréttar frá 24. júní 2022 í máli nr. 745/2021. Lagði Landsréttur í því máli til grundvallar að samkvæmt lögum nr. 120/2016 væri heimild kæranda þröngur stakkur sniðinn til að setja fram viðbótarkröfur eftir að kæra hefði verið send og ætti það einkum við íþyngjandi kröfur.

184. Þess ber að geta að í kjölfar dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021 voru með lögum nr. 64/2024 gerðar breytingar á 2. mgr. 103. gr. laga nr. 120/2016 og nýjum málslíð bætt við málsgreinina. Þar er beinlínis kveðið á um að málsmeðferð kærunefndarinnar takmarkist við það kærufni sem lagt sé fyrir hana. Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 64/2024 er tekið fram að ákvæðið sé tilkomið vegna nefnds dóms Landsréttar, þar sem talið hafi verið að kærunefndin hefði efnt til málsmeðferðar af sjálfsdáðum án tengsla við málalíbúnað kæranda. Þar segir jafnframt að ákvæðinu sé ætlað að kveða skýrar á um að valdsvið kærunefndarinnar sé bundið kærufni, þ.e. málsatvikum, kröfum, málsástæðum og gögnum sem aðilar tefli fram fyrir nefndinni.

185. Að teknu tilliti til framangreindra lögskýringargagna er lúta að löggjöfinni eins og hún var er hinn umþrætti úrskurður kærunefndar útboðsmála var kveðinn upp og með hliðsjón af dómi Landsréttar í máli nr. 745/2021 er það mat dómsins að kærunefndinni hafi verið óheimilt að taka til meðferðar hina breyttu kröfugerð gagnstefnanda sem fól í raun í sér nýtt kærufni og hafði þar með í för með sér verulegar eðlisbreytingar á málinu. Breytir í því sambandi engu hvort gagnstefnandi hafi í upphaflegri kærufni sinni til kærunefndarinnar gert að umtalsefni þróun aðalstefnanda á virkni tengdri sjúkraskrárkerfinu Sögu, Heilsuveru og Heklu heilbrigðisneti varðandi fjarheilbrigðisþjónustu. Breytir í þessum efnum heldur engu hvort aðalstefnandi hafi í bréfi sínu til gagnstefnanda, dags. 5. febrúar 2021, mögulega gefið að einhverju leyti villandi upplýsingar um tiltekinn rammasamning eins og kærunefndin komst að niðurstöðu um. Afleiðing slíkrar missagnar, hafi verið um hana að ræða, gat ekki orðið sú að gagnstefnanda gæfist kostur á að eðlisbreyta málinu eins og kærunefndin virðist hafa lagt til grundvallar. Slík túlkun sýnist í brýnni mótsögn við niðurstöðu Landsréttar sem áður var vikið að um svigrúm aðila til breytingar á kröfugerð sinni.

186. Telur dómurinn samkvæmt framangreindu að engar forsendur hafi verið til þess að viðbótarkröfugerð gagnstefnanda kæmist að í máli kærunefndar útboðsmála nr. 8/2021.

Kærunefndinni hefði þess í stað borið að vísa viðbótarkröfum gagnstefnanda frá. Leiðir af þessari niðurstöðu að niðurstaða kærunefndarinnar verður ekki lögð til grundvallar dómi í máli þessu.

187. Auk framangreinds er til þess að horfa að meðal ágreiningsefna málsins er einnig hvort kærufrestur hafi í raun verið liðinn þegar gagnstefnandi beindi kæru sinni með upphaflegri kröfugerð til kærunefndar útboðsmála 24. febrúar 2021. Byggir aðalstefnandi, ásamt stefndu Origo hf., Sensa ehf. og Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, á því að svo hafi verið en gagnstefnandi hafnar þeim málalíbúnaði og byggir á því að kæra hans hafi komið fram innan kærufresta.
188. Á þetta ágreiningsefni reyndi fyrir kærunefnd útboðsmála og varð það niðurstaða nefndarinnar að kæra gagnstefnanda hefði komið fram innan lögmæltis kærufrests. Þar segir í niðurstöðukafla að þess beri að gæta að allir þeir samningar sem fjallað sé um í málinu hafi verið gerðir án undanfarandi útboðslýsingar. Þá sé upplýst að engar tilkynningar hafi verið birtar um gerð þeirra í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Var það niðurstaða kærunefndarinnar að þar af leiðandi hefðu 20 og 30 daga frestirnir sem kveðið er á um í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 ekki enn byrjað að líða og því teldist krafa kæranda fram komin innan þeirra fresta sem kveðið væri á um í því ákvæði. Ráða má af forsendum úrskurðar kærunefndarinnar að nefndin tók afstöðu til þessa álitaefnis með hliðsjón af þeirri ályktun nefndarinnar að málið lyti að miklu víðtækara álitaefni en kæra gagnstefnanda fól í sér og gaf þar með tilefni til. Að mati dómsins eru ekki forsendur til svo víðtækrar umfjöllunar heldur verður að leggja mat á þetta álitaefni með hliðsjón af upphaflegu kæruefni gagnstefnanda.
189. Í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 er kveðið á um kærufrest og þar segir að kæra skuli borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleyfi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Kröfu um óvirkni samnings sé þó heimilt að bera undir nefndina innan 30 daga frá framangreindu tímamarki. Krafa um óvirkni samnings verði þó ekki höfð uppi þegar sex mánuðir séu liðnir frá gerð hans. Enn fremur segir varðandi nánari ákvörðun kærufrests að þegar höfð sé uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hafi verið án undanfarandi útboðsauglýsingar skuli miða upphaf frests við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samningsins í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur fyrir ákvörðun kaupanda um að auglýsa ekki innkaup.

190. Samkvæmt orðalagi 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 og með hliðsjón af dómi Landsréttar frá 24. júní 2022 í máli réttarins nr. 745/2021 verður að mati dómsins að líta svo á að meginreglan samkvæmt ákvæðinu sé sú að upphafstími frests sem kærandi hafi til að bera fram skriflega kæru miðist við það tímamark er hann vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Þá miðist upphafstími til að setja fram kröfu um óvirkni samnings jafnframt við sama tímamark, sbr. orðalagið um að setja skuli slíka kröfu fram „innan 30 daga frá framangreindu tímamarki“. Frestur til að bera fram slíka kröfu geti þó aldrei orðið lengri en sex mánuðir frá því að samningur hafi verið gerður. Þá verði ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan ekki skilið á annan hátt en að 30 daga fresturinn gildi í öllum tilvikum þegar kærandi veit eða má vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Þannig nái hinn sérstaki upphafstími frests sem vikið sé að í lokamálslið 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 eingöngu til þess þegar tilkynning hafi verið birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Hafi skylda til slíkrar birtingar verið vanrækt verði í ljósi framangreindrar meginreglu 1. mgr. 106. gr. laganna að líta svo á að hinn sérstaki frestur samkvæmt lokamálslið ákvæðisins geti einungis náð til kæranda sem séu grandlausir um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem þeir telji að brjóti gegn réttindum sínum.
191. Með vísan til framangreinds telur dómurinn nauðsynlegt að leggja mat á hvort gagnstefnandi geti hafa talist vera grandlaus um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann taldi brjóta gegn réttindum sínum, svo skömmu áður en hann beindi kæru sinni til kærunefndar útboðsmála 24. febrúar 2021, að telja megi kærana fram komna innan þeirra tímamarka sem tilgreind eru í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016.
192. Við mat á grandleysi gagnstefnanda um kaup þau sem upphafleg kröfugerð hans laut að um fjarheilbrigðisþjónustu samkvæmt kæru, dags. 24. febrúar 2021, verður að leggja mat á þær upplýsingar sem fyrir liggja í málinu um það hvenær gagnstefnandi hafi vitað eða mátt vita um kaupin. Í því sambandi er til þess að líta að gagnstefnandi sendi aðalstefnanda bréf, dags. 11. september 2020, þar sem óskað var upplýsinga um þróun aðalstefnanda á hugbúnaðarlausnum við veitingu fjarheilbrigðisþjónustu. Í því bréfi kemur m.a. fram að gagnstefnandi hafi átt í umtalsverðum samskiptum við aðalstefnanda „undanfarin 5 ár“ vegna þróunar hugbúnaðarlausnar á sviði fjarheilbrigðisþjónustu, m.a. með tilliti til nauðsynlegra öryggisráðstafana í tæknilausnum sínum. Þá er því lýst að á sama tíma og fyrimæli aðalstefnanda um upplýsingaöryggi við veitingu

fjarheilbrigðisþjónustu hafi fyrst verið birt hafi heilsugæslustöðvar tilkynnt um þá nýjung að bjóða ætti upp á netspjall í gegnum vefsíðu, þar sem m.a. væri hægt að panta tíma hjá læknum, endurnýja lyf o.fl. Í viðtali við fréttastofu RÚV á umræddum tíma hafi komið fram að aðalstefnandi og stefndi Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins hefðu unnið saman að þessu verkefni. Þar hafi einnig verið tekið fram að með netspjalli væri reynt að bjóða upp á ráðgjöf í heilbrigðiskerfinu, nánar tiltekið aðstoð við hvert fólk gæti leitað, sem svarað væri af hjúkrunarfræðingum. Gagnstefnandi hafi sent aðalstefnanda fyrirspurn um málið og fengið þau svör að embættið liti svo á að ekki væri um veitingu fjarheilbrigðisþjónustu að ræða þar sem ekki væri um nein meðferðarúrræði að ræða. Telji gagnstefnandi þær skýringar afar takmarkaðar, enda ljóst að veiting slíkrar þjónustu geti fallið undir það að teljast heilbrigðisþjónusta í skilningi laga nr. 41/2007 um landlækni og lýðheilsu, enda séu hjúkrunarfræðingar heilbrigðisstarfsmenn í skilningi sömu laga, auk þess sem endurnýjun lyfseðla teljist í öllum tilvikum veiting heilbrigðisþjónustu.

193.Þá segir enn fremur í bréfi gagnstefnanda til aðalstefnanda, dags. 11. september 2021:

- 1 Köru Connect hafa jafnframt borist þær fregnir að Origo hf. sé að þróa myndbandskerfi til viðbótar við framangreinda spjallarás fyrir Embætti landlæknis og eftir atvikum heilsugæslustöðvar. Þannig liggur fyrir að Embætti landlæknis vinnur nú að því að þróa sambærilegar hugbúnaðarlausnir og Kara Connect í beinni samkeppni við félagið.
- 2 [...]
- 3 Þá verður ekki annað ráðið en að umrædd vinna embættis Landslæknis að gerð hugbúnaðarlausna, m.a. í samstarfi við Origo ehf., teljist til vöru- og þjónustukaupa sem eru útboðsskyld samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, en ekki fæst ráðið að kaupin hafi verið boðin út.

4

194.Aðalstefnandi svaraði fyrrgreindri upplýsingabeiðni gagnstefnanda með bréfi, dags. 5. febrúar 2021, en áður hafði afgreiðsla aðalstefnanda á upplýsingabeiðninni verið kærð af hálfu gagnstefnanda til úrskurðarnefndar um upplýsingamál með kæru, dags 8. janúar 2021. Í kærunni til úrskurðarnefndar upplýsingamála kemur fram að gagnstefnandi telji sig m.a. hafa þörf á að fá þau gögn sem óskað hafi verið eftir frá aðalstefnanda til að kanna hvort aðalstefnandi hafi farið á svig við útboðsreglur þegar samið hafi verið við stefnda Origo hf.

195.Það var síðan með kæru, dags. 24. febrúar 2021, sem gagnstefnandi beindi málinu til kærunefndar útboðsmála. Í þeirri kæru setti gagnstefnandi fram þá aðalkröfu, eins og að framan er getið, að samningar aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um kaup vara og þjónustu við

gerð fjarheilbrigðislausna yrðu lýstir óvirkir og að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 og bjóða innkaupin út. Þá var sett fram sú krafa til vara að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að segja upp samningum við stefndu Origo hf. og Sensa ehf. um kaup á vörum og þjónustu við gerð fjarheilbrigðislausna, bjóða innkaupin út og að sæta viðurlögum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016.

196. Í ljósi þess sem fram kemur í framangreindu bréfi gagnstefnanda til aðalstefnanda 11. september 2020 er það mat dómsins að á því tímamarki hafi gagnstefnandi búið yfir slíkum upplýsingum að hann hafi í það minnsta mátt vita og þar með verið grandsamur um að aðalstefnandi ynni að gerð hugbúnaðarlausna á sviði fjarheilbrigðisþjónustu, m.a. í samstarfi við stefnda Origo ehf., sem gagnstefnandi teldi til útboðsskyldra vöru- og þjónustukaupa samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016.

197. Í þessu tilliti er það jafnframt mat dómsins að sömu sjónarmið eigi almennt við varðandi kærufrest annars vegar og fyrningarfrest hins vegar. Í dómi Landsréttar frá 14. desember 2018 í máli nr. 407/2018 komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að af lögskýringargögnum varðandi 1. mgr. 9. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda yrði ráðið að í því ákvæði fælist ekki að tjónþoli gæti haldið að sér höndum uns hann teldi sig öruggan um að niðurstaða málsóknar yrði honum í hag, heldur miðaðist upphaf fyrningarfrests við það tímamark er hann hefði haft nægilegt tilefni til málsóknar. Að mati dómsins eiga sömu sjónarmið við að breyttu breytanda varðandi kærufrest samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016.

198. Samkvæmt framangreindu og að virtu skýru orðalagi 1. málslíðar 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 og þeirri meginreglu sem í ákvæðinu felst telur dómurinn rétt að leggja til grundvallar að frestur gagnstefnanda til að beina kæru til kærunefndar útboðsmála varðandi samninga þá sem kæra hans til nefndarinnar 24. febrúar 2021 varðar hafi verið liðinn er hann beindi kærinni til kærunefndarinnar rúmum fimm mánuðum eftir framangreint tímamark í september 2020. Af því leiðir að kærunefnd útboðsmála bar í öndverðu að vísa kæru hans frá nefndinni.

199. Þá er enn fremur til þess að horfa að í málinu er jafnframt ágreiningur um hvort viðskipti þau sem málið varðar hafi verið yfir viðmiðunarfjárhæðum 23. gr. laga nr. 120/2016, eins og kærunefnd útboðsmála komst að niðurstöðu um. Byggja aðalstefnandi og stefndu Origo hf. og Sensa ehf. á því að svo hafi ekki verið en gagnstefnandi tekur undir niðurstöðu kærunefndarinnar.

- 200.Á þetta ágreiningsefni reyndi einnig fyrir kærunefnd útboðsmála. Úrskurður nefndarinnar ber með sér að kærunefndin hafi ekki tekið afstöðu til þess hver væri fjárhæð þeirra afmörkuðu viðskipta sem vörðuðu gerð fjarheilbrigðislausna og upphafleg kröfugerð gagnstefnanda í febrúar 2021 varðaði. Þess í stað ákvað kærunefndin, eftir að gagnstefnandi hafði bætt nýjum kröfum við kröfugerð sína í apríl 2021, að líta á viðskipti aðalstefnanda við stefnda Sensa ehf. um fjarheilbrigðislausn „þótt sjálfstæð hafi verið“ sem hluta af innkaupum aðalstefnanda frá stefnda Origo hf. vegna hugbúnaðarþróunar í tengslum við þau hugbúnaðarkerfi sem ný kröfugerð gagnstefnanda laut að, þ.e. Sögu sjúkraskráningarkerfi, Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet. Vísaði kærunefndin í þessu sambandi til 29. gr. laga nr. 120/2016.
- 201.Komst kærunefndin þannig að þeirri niðurstöðu að viðskipti aðalstefnanda við stefnda Sensa ehf. hefðu í reynd verið hluti af þeim verkum sem aðalstefnandi hefði falið stefnda Origo hf. með síendurteknum hætti. Teldust verðmæti samnings stefnda Sensa ehf. því vera með í samanlögðu virði allra viðskipta aðalstefnanda við stefnda Origo hf. um þróun hugbúnaðar, sbr. 1. málslíð 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016. Virði þeirra viðskipta væri langt umfram viðmiðunarmörk og af því leiddi að líta yrði svo á að verðgildi hvers og eins þessara samninga, þar með talið samningana við stefnda Sensa ehf., væri yfir viðmiðunarmörkum, sbr. 2. málslíð 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016. Þar með taldi kærunefndin að ekki þyrfti að fjalla frekar um útreikning virðis samninga aðalstefnanda við stefnda Sensa ehf. miðað við að þeir stæðu sjálfstætt og án allra tengsla við viðskiptin við Origo hf.
- 202.Ber hér allt að sama brunni og varðandi álitaefti um kærufrest sem rakin hafa verið. Verður af forsendum úrskurðar kærunefndarinnar ráðið að nefndin tók afstöðu til þessa álitaeftis með hliðsjón af þeirri ályktun nefndarinnar að málið lyti að miklu víðtækara álitaefti en kæra gagnstefnanda fól í sér og gaf þar með tilefti til. Að mati dómsins eru ekki forsendur til svo víðtækrar umfjöllunar heldur verður að leggja mat á þetta álitaefti með hliðsjón af upphaflegu kæruefti gagnstefnanda.
- 203.Óumdeilt er að viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 að því er varðar innkaup opinberra aðila á vörum og þjónustu nam 15.500.000 krónum er gagnstefnandi beindi kæru til kæruneftdar útboðsmála í febrúar 2021 og raunar enn er úrskurður nefndarinnar var kveðinn upp. Þá nam á sama tíma viðmiðunarfjárhæð um opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 3. gr. reglugerðar nr. 1313/2020 sem sett var á grundvelli 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016, 18.120.000 krónum.

204. Af þeim gögnum sem lögð hafa verið fram í málinu eru sterkar vísbendingar um að fjárhæð viðskipta aðalstefnanda samkvæmt sjálfstæðum samningum við stefnda Sensa ehf. um kaup á fjarfundalausn hafi verið vel innan við framangreindar viðmiðunarfjárhæðir enda á það ekki við málefnaleg rök að styðjast að leggja saman sem órjúfanlega heild verkefni sem tvö fyrirtæki eru að vinna að, sjálfstætt gagnvart hvort öðru. Engu breytir þótt kerfi beggja fyrirtækja verði mögulega tengd einu og sama kerfinu í fyllingu tímans. Þótt það orki samkvæmt framangreindu mjög tvímælis að leggja saman greiðslur til tveggja lögaðila verður jafnframt að nefna að einnig eru sterkar vísbendingar um að jafnvel þótt greiðslum aðalstefnanda til stefnda Origo hf. fyrir það verkefni að samþætta og þróa virkni Sögu og Heilsuveru svo unnt væri að nýta fjarfundalausnina frá stefnda Sensa ehf. væru viðskiptin engu að síður enn innan viðmiðunarfjárhæðar. Bar kærunefndinni að taka afstöðu til þess í úrskurði sínum hver fjárhæð umræddra viðskipta væri og telur dómurinn engar forsendur hafa verið til þess að líta á hin sjálfstæðu innkaup aðalstefnanda á fjarfundalausn frá stefnda Sensa ehf. samkvæmt 29. gr. laga nr. 120/2016 sem hluta af viðskiptum aðalstefnanda við stefnda Origo hf. á annars konar hugbúnaðarþróun fyrir Sögu sjúkraskráningarkerfi, Heilsuveru og Heklu heilbrigðisnet, sem átt hefðu sér stað á löngum tíma.
205. Að virtu öllu því sem að framan hefur verið rakið telur dómurinn að málsmeðferð kærunefndar útboðsmála hafi verið slíkum annmörkum háð að óhjákvæmilegt sé að ógilda úrskurð nefndarinnar í máli nr. 8/2021. Verður samkvæmt því fallist á aðalkröfu aðalstefnanda í aðalsök.
206. Í gagnsök snúa endanlegar dómkröfur gagnstefnanda að því að úrskurður kærunefndar útboðsmála verði ógiltur með dómi að því er varðar frávísun á kröfum hans um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi.
207. Í þinghaldi 9. september 2024 var af hálfu aðalstefnanda lagður fram úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 14. ágúst 2024 í máli kærunefndarinnar nr. 15/2023. Í því máli kærunefndarinnar var gagnstefnandi þessa dómsmáls til sóknar en aðalstefnandi og stefndu Heilsugæsla höfuðborgarsvæðisins, Origo hf. og Sensa ehf. til varnar. Laut kröfugerð gagnstefnanda í því máli kærunefndarinnar m.a. að samningum aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. „um sjúkraskrárkerfi Sögu (þ.m.t. nytjaleyfi, þróun og sjálfstæðar viðbætur)“. Var það niðurstaða kærunefndarinnar að hafna kröfu gagnstefnanda um að aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins yrði gert að bjóða út nytjaleyfi að sjúkraskrárkerfinu

Sögu en öðrum kröfum gagnstefnanda tengdum nytjaleyfissamningum um Sögu var vísað frá nefndinni.

208. Við munnlegan flutnings þessa máls fyrir dómi komu fram ábendingar um að með úrskurði þessum hefði kærunefndin tekið afstöðu til þess álitaefnis sem gagnsök þessa máls varðar og því væru mögulega efni til að vísa gagnsakarhluta málsins frá dómi án kröfu (ex officio) sökum skorts á lögvörðum hagsmunum.
209. Brugðist var við nefndum ábendingum í málflutningi af hálfu gagnstefnanda og því mótmælt að um væri að ræða skort á lögvörðum hagsmunum. Var því haldið fram að úrskurður kærunefndarinnar í máli nr. 15/2023 varðaði ekki sama ágreiningsefni og væri hér til úrlausnar sökum þess að um væri að ræða mismunandi tímabil viðskipta, þ.e. að nefndur úrskurður kærunefndarinnar hefði varðað viðskipti á öðru tímabili en viðskipti þau sem væru úrlausnarefni dómsins.
210. Í forsendum kærunefndar útboðsmála í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 15/2023 segir með skýrum hætti að kröfur gagnstefnanda í því máli, sem beindust að samningum aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins við stefnda Origo hf. um nytjaleyfi, hafi jafnframt verið settar fram í máli kærunefndarinnar nr. 8/2021. Hafi þeim kröfum í því máli verið vísað frá nefndinni þar sem í kæru þess máls hafi ekki verið fjallað um þá nytjaleyfissamninga með neinum viðhlítandi hætti. Hafi sú krafa því ekki komið til efnislegrar úrlausnar nefndarinnar. Á þeim grundvelli tók kærunefndin í máli nr. 15/2023 til efnislegrar úrlausnar kröfur gagnstefnanda er lutu að nefndum samningum um nytjaleyfi að sjúkraskrárkerfinu Sögu.
211. Niðurstaða kærunefndarinnar í máli nr. 15/2023 var að vísa skyldi frá kröfu gagnstefnanda um óvirkni þess samnings um afnotarétt sem miða yrði við að kröfur gagnstefnanda beindust að og byggði nefndin í því sambandi á því að sex mánaða kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 hefði verið liðinn. Jafnframt skyldi, eins og málinu væri háttað, vísa frá nefndinni kröfu gagnstefnanda um álagningu stjórnvaldssektar vegna þeirra viðskipta. Þá taldi úrskurðarnefndin engar forsendur til að verða við kröfu gagnstefnanda um að nytjaleyfi að sjúkraskráningarkerfinu Sögu yrðu boðin út og hafnaði kröfu gagnstefnanda þess efnis.
212. Með vísan til framangreindra forsendna kærunefndar útboðsmála í úrskurði í máli nr. 15/2023, sem og með hliðsjón af framsetningu kröfugerðar gagnstefnanda, eins og henni er lýst í úrskurðinum, þar sem ekki var tilgreint neitt viðskiptatímabil, telur dómurinn ljóst að kærunefnd útboðsmála hafi í úrskurði í máli nr. 15/2023 tekið til umfjöllunar

sömu úrlausnarefni varðandi nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi og áður sættu frávísun í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 8/2021 og krafa gagnstefnanda í gagnsök lýtur að.

213. Að framangreindu virtu er það álit dómsins að kærunefnd útboðsmála hafi í úrskurði sínum í máli nr. 15/2023 í raun tekið til endurskoðunar þann hluta úrskurðar nefndarinnar í máli nr. 8/2021 sem krafa gagnstefnanda í gagnsök þessa máls varðar. Hefur samkvæmt því sá hluti úrskurðar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 8/2021 sem gagnsök lýtur að í raun ekki þýðingu lengur þar sem kærunefndin hefur leyst efnislega úr því sakarefni með síðari úrskurðinum, nr. 15/2023. Þar með hefur gagnstefnandi ekki lengur lögvarða hagsmuni af því að dómurinn leysi úr því hvort efni séu til að úrskurður kærunefndarinnar nr. 8/2021 verði ógiltur að því leyti er varðar frávísun byggða á vanreifun varðandi kröfur er lutu að nytjaleyfissamningum um Sögu sjúkraskráningarkerfi. Samkvæmt því verður gagnsök gagnstefnanda vísað frá dómi án kröfu. Á sama hátt verður þeim þætti kröfu aðalstefnanda vísað frá dómi án kröfu er lýtur að því að niðurstaða kærunefndar útboðsmála um tilvitnaða frávísun standi óhöggð. Á sömu veg fer um kröfu stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins sem hefur krafist þess að hafnað verði þeirri kröfu gagnstefnanda, sem samkvæmt framansögðu hefur verið vísað frá dómi og því ekki efni til að taka afstöðu til þeirrar kröfu þess stefnda.

214. Þrátt fyrir framangreindar niðurstöður þykir, eins og hér stendur á og með hliðsjón af 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, rétt að málskostnaður milli aðalstefnanda, gagnstefnanda svo og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins falli niður, bæði í aðalsök og gagnsök. Að því gættu hvernig mál þetta liggur fyrir og að hvort tveggja aðalstefnandi og gagnstefnandi hafa höfðað mál gegn stefndu Origo hf. og Sensa ehf., sem ekki eru bundin af lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup í rekstri sínum, þykir rétt að aðalstefnandi og gagnstefnandi greiði hvor um sig stefndu Origo hf. og Sensa ehf. málskostnað eins og tilgreint er í dómsorði.

215. Málið fluttu Dagmar Sigurðardóttir lögmaður fyrir aðalstefnanda, Lára Herborg Ólafsdóttir lögmaður fyrir gagnstefnanda, Snorri Stefánsson lögmaður fyrir stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, Hjördís Halldórsdóttir lögmaður fyrir stefnda Origo hf. og Áslaug Björgvinsdóttir lögmaður fyrir stefnda Sensa ehf.

216. Stefanía G. Sæmundsdóttir héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

Dómsorð:

Úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 8/2021, sem kveðinn var upp 22. febrúar 2022, er ógiltur að því er varðar ákvörðun um greiðslu stjórnvaldssektar, ákvörðun um að bjóða skuli út þróun hugbúnaðarins Heklu heilbrigðisnets, gerð og þróun hugbúnaðar Heilsuveru fyrir almenning til að sækja heilsutengdar upplýsingar í gegnum Heklu heilbrigðisnet, þróun fjarfundalausnar til notkunar á heilbrigðissviði og ákvörðun um greiðslu málskostnaðar.

Kröfum gagnstefnanda, aðalstefnanda og stefnda Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins er lúta að þeim hluta úrskurðar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 8/2021 er varðar frávísun á kröfum gagnstefnanda um nytjaleyfissamninga um Sögu sjúkraskrárkerfi er vísað frá dómi.

Aðalstefnandi, Embætti landlæknis, greiði stefnda Origo hf. 1.000.000 króna í málskostnað og stefnda Sensa ehf. 750.000 krónur í málskostnað.

Gagnstefnandi, Kara Connect ehf., greiði stefnda Origo hf. 1.000.000 króna í málskostnað og stefnda Sensa ehf. 750.000 krónur í málskostnað.

Málskostnaður milli aðila fellur að öðru leyti niður bæði í aðalsök og gagnsök.