

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 12. febrúar 2021

í máli nr. 42/2020:

Flugfélagið Ernir ehf.

gegn

Vegagerðinni,

Ríkiskaupum og

Norlandair ehf.

### **Lykilorð**

*Bindandi samningur. Afturköllun valákvörðunar. Gildistími tilboðs. Skaðabótakröfu hafnað.*

### **Útdráttur**

*Kærandi kærði val varnaraðila á tilboði N í rekstur þriggja flugleiða. Þar sem þegar hafði verið gerður bindandi samningur á grundvelli útboðsins um allar flugleiðirnar var kröfum kæranda um að felldar yrður úr gildi ákvarðanir varnaraðila um að hafna tilboði kæranda og um val á tilboði N og um að útboðið yrði fellt úr gildi, hafnað, sbr. 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá var talið að varnaraðili væri ekki skaðabótaskyldur gagnvart kæranda þar sem hann hefði þegar afturkallað þær ákvarðanir sem sættu kærnu og tekið nýjar, sem að hluta til væru til úrlausnar í öðru máli fyrir nefndinni milli sömu aðila.*

Með kærnu móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 9. september 2020 kærði Flugfélagið Ernir ehf. útboð Ríkiskaupa f.h. Vegagerðarinnar (hér eftir vísað til Vegagerðarinnar sem varnaraðila) nr. 21114 auðkennt „Áætlunarflug á Íslandi – sérleyfi fyrir Vegagerðina“. Kærandi krefst þess „að felldar verði úr gildi þær ákvarðanir kærða að hafna tilboði kæranda á þeim grundvelli að það hafi verið ógilt og velja tilboð Norlandair.“ Þá er þess einnig krafist að útboðið verði fellt úr gildi og varnaraðila gert að bjóða innkaupin út að nýju, „ellegar taka tilboði kæranda í báðum hlutum útboðsins.“ Þess er einnig krafist að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila „þar sem þær ákvarðanir Ríkiskaupa um að velja tilboð Norlandair og hafna tilboði kæranda, þar sem það hafi verið ógilt, hafi verið ólögmetar.“ Þá er krafist málskostnaðar.

Varnaraðila, Ríkiskaupum og Norlandair ehf. var kynnt kærnan og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum 30. september og 28. október 2020 krafðist varnaraðili að öllum kröfum kæranda yrði vísað frá eða hafnað. Norlandair ehf. skilaði greinargerð 17.

september 2020 þar sem þess var krafist að kröfum kæranda yrði hafnað. Kærandi skilaði andsvörum mótteknum 10. nóvember 2020. Ríkiskaup hafa ekki látið málið til sín taka.

Með ákvörðun kærunefndar 12. október 2020 var fallist á þá kröfu varnaraðila að sjálfkrafa stöðvun hins kærða útboðs, sem komist hafði á með kærnu, yrði aflétt.

## I

Í apríl 2020 auglýsti varnaraðili eftir tilboðum í rekstur þriggja flugleiða: F1, Reykjavík – Gjögur – Reykjavík, F2, Reykjavík – Bíldudalur – Reykjavík og F3, Reykjavík – Höfn – Reykjavík. Kom fram að útboðinu væri skipt í tvo hluta og að bjóðendur gætu boðið í allar flugleiðirnar eða flugleiðir F1 og F2 saman eða flugleið F3 eina og sér. Í grein 1.1.1 kom fram að loka dagsetning fyrirspurna og athugasemda frá bjóðendum skyldi vera 6. júní 2020 og skyldi svarfresti ljúka þremur dögum síðar. Jafnframt kom fram að tilboð skyldu gilda til 14. september 2020. Í grein 1.1.3 í útboðsgögnum kom meðal annars fram að við útboðið hefði verið gætt ákvæða reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 1008/2008 frá 24. september 2008 um sameiginlegar reglur um rekstur flugþjónustu í Bandalaginu. Í grein 1.2.1 kom fram að um útboðið giltu ákvæði laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í grein 1.2.12 kom fram að seljandi skyldi upplýsa kaupanda í tilboði hvaða undirverktaka hann hygðist nota og leita samþykkis kaupanda áður en undirverktaki hæfi störf. Jafnframt kom fram að kæmi tilboð til álita væri kaupanda heimilt að krefjast þess að bjóðandi legði einnig fram hæfisyfirlýsingu fyrir undirverktaka. Í grein 1.3. var lýst þeim kröfum til hæfis sem gerðar voru til bjóðenda. Í þeirri grein, sbr. og grein 1.3.2, kom meðal annars fram að ef fyrirtæki byggði á getu annars aðila í samræmi við 76. gr. laga um opinber innkaup skyldi hæfisyfirlýsing bjóðanda einnig innihalda viðeigandi upplýsingar samkvæmt 1. mgr. 73. gr. laganna um þann aðila. Þá kom einnig fram að fyrirtæki skyldi jafnframt sanna fyrir kaupanda að það hafi tryggt sér tilgreinda aðstoð, t.d. með því að leggja fram skuldbindingu yfirlýsingu aðila um að hann myndi annast verkið eða þjónustuna. Þá kom fram að byggði bjóðandi á getu annars fyrirtækis eða fyrirtækja skyldi það fyrirtæki skila inn sömu upplýsingum og bjóðandi. Jafnframt kom fram að hæfi bjóðenda yrði metið á grundvelli þeirra upplýsinga sem þeir sendu inn með tilboðum sínum eða gögnum sem Ríkiskaup hefði áskilið sér rétt til að óska eftir. Í grein 1.3.5 kom fram að fjárhagsstaða bjóðenda skyldi vera það trygg að þeir gætu staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Var meðal annars gerð sú krafa að eigið fé bjóðenda skyldi vera jákvætt og skyldu bjóðendur leggja fram áritaðan ársreikning 2018 og árshlutareikning 2019 á því formi sem fyrirtækjaskrá RSK geri kröfu um því til staðfestingar. Þá kom fram að bjóðendur skyldu geta framvísað verktryggingu í samræmi við kafla 1.5.11 og skyldi lögð fram staðfesting frá viðskiptabanka um að lögð yrði fram verktrygging. Þá kom einnig fram að bjóðendur gætu sýnt fram á nægilega

trausta fjárhagsstöðu með staðfestingu á að eigið fé væri jákvætt með framlagningu á endurskoðuðum ársreikningi síðasta árs eða framlagningu bankaábyrgðar að upphæð 10% af tilboðsfjárhæð. Jafnframt kom fram að kæmi tilboð til álita skyldi væntanlegur seljandi leggja fram bankaábyrgð að fjárhæð 10% af væntanlegri sammingsfjárhæð, sem tryggingu fyrir efndum á samningi, áður en tilboð skyldi samþykkt endanlega. Í grein 1.3.7 komu fram kröfur til tæknilegrar og faglegrar getu bjóðenda. Var meðal annars gerð krafa um að bjóðendur hefðu reynslu af flugrekstri við vetraraðstæður og um flugvallarlágmörk, reynslu af blind- og næturflugi, að bjóðendur hefðu þekkingu á flugvöllum, þ.m.t. sérkennum landslags og aðstæðum vegna ókyrrðar o.fl., auk þess sem gerðar voru kröfur um ísingarvarnir, afisingu og um tungumálakunnáttu. Jafnframt kom fram að bjóðandi skyldi geta sýnt fram á það skjalfest að hann uppfyllti allar nauðsynlegar tæknilegar og rekstrarlegar kröfur til að geta þjónað tiltekinni áætlunarleið. Ef bjóðandi gæti ekki sýnt fram á að hann uppfyllti nauðsynlegar kröfur fyrir skilafrest útboðsins skyldi í tilboðum gerð grein fyrir því hvernig áætlað væri að uppfylla þær áður en þjónustan hæfist. Í grein 1.4.1 kom fram að velja skyldi tilboð á grundvelli verðs eingöngu. Þá kom fram í grein 1.5.4 að gerður skyldi samningur til þriggja ára frá 1. nóvember 2020 að telja, með möguleika á framlengingu til tveggja ára. Í grein 1.6.1.2 voru gerðar ýmsar kröfur til boðinna flugvéla. Kom meðal annars fram að boðnar vélar skyldu vera með hverfihreyflum og ýmsum öðrum nánar tilgreindum búnaði. Þá kom fram að fjöldi farþegasæta fyrir áætlunarleið F1 skyldi að lágmarki vera níu og á tímabilinu 1. nóvember til og með 31. maí þyrfti flugrekandi á þessari leið að geta annast vöruflutninga allt að 600 kg í ferð til viðbótar farþegaflutningum. Þá var kveðið á um að fjöldi farþegasæta skyldi vera að lágmarki níu vegna flugleiðar F2, en á tímabilinu 1. maí til 31. ágúst skyldi flugrekandi hafa a.m.k. 15 flugsæti. Fyrir áætlunarleið F3 skyldi fjöldi farþegasæta vera að lágmarki 15. Fyrir liggur að á fyrirspurnartíma útboðsins staðfesti varnaraðili að á flugleið F2 skyldu vera 15 farþegasæti á tímabilinu 1. maí til 31. ágúst. Á sama tíma kom einnig fram fyrirspurn um hvort gerð væri krafa um að boðnar flugvélar skyldu vera með jafnþrýstibúnaði. Í svari varnaraðila, sem veitt var 10. júní 2020, eða degi eftir að þeim fresti sem útboðsgögn höfðu áskilið varnaraðila til svara við fyrirspurnum lauk, kom fram að sú lágmarkskrafa væri gerð að vélar skyldu búnar jafnþrýstibúnaði.

Tilboð voru opnuð 16. júní 2020 og bárust tilboð frá þremur fyrirtækjum. Átti Flugfélag Austurlands ehf. lægsta tilboðið í báða hluta útboðsins en kærandi átti næst lægsta tilboð í hluta 2, þ.e. flugleið F3, og Norlandair ehf. átti næst lægsta tilboðið í hluta 1, þ.e. flugleiðir F1 og F2. Kærandi sendi varnaraðila bréf 21. og 29. júlí 2020 þar sem farið var yfir rekstrar- og fjárhagsstöðu kæranda og meðal annars upplýst að þótt eiginfjárstaða kæranda væri neikvæð

hefði verið unnið að fjárhagslegri endurskipulagningu rekstrarins í samráði við helstu hagsmunaaðila og Samgöngustofu. Þá liggur fyrir að skömmu síðar skilaði kærandi ársreikningi 2019 að beiðni varnaraðila.

Hinn 31. ágúst 2020 tilkynnti varnaraðili að tilboði Norlandair ehf. hefði verið tekið í allar flugleiðir. Með tölvubréfi varnaraðila til kæranda þann sama dag kom fram að tilboði hans hefði verið hafnað þar sem hann hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna um jákvætt eigið fé. Hefði kæranda verið gefinn kostur á að leggja fram gögn um fjárhagslegt hæfi eftir móttöku tilboða en þau viðbótargögn sem hann hafi skilað hafi sýnt að hann uppfyllti ekki fyrrnefnda kröfu.

Með bréfi varnaraðila til bjóðenda 17. september 2020 var upplýst að í ljósi nýrra upplýsinga teldi varnaraðili að mögulega hefðu verið gerð mistök við mat á tilboðum og því hvort bjóðendur uppfylltu kröfur útboðsgagna. Af þeirri ástæðu hefði varnaraðili ákveðið að afturkalla fyrri ákvarðanir um val á tilboðum í útboðinu. Þá kom fram að óskað yrði eftir frekari gögnum frá bjóðendum og ósk um að bjóðendur framlengdu gildistíma tilboða til 14. október 2020. Með bréfi sama dag til Norlandair ehf. óskaði varnaraðili eftir að fyrirtækið legði fram gögn um að það hefði tryggt sér flugvél sem uppfyllti kröfur útboðsgagna, m.a. um jafnþrýstibúnað og sæti fyrir 15 farþega. Með bréfi sama dag til kæranda óskaði varnaraðili eftir því að fyrirtækið legði fram bankaábyrgð að upphæð 10% af tilboðsfjárhæð. Þá var óskað eftir staðfestingu á því að félaginu hafi staðið bankaábyrgðin til reiðu þegar tilboði var skilað í útboðinu. Var báðum bjóðendum gefinn frestur til 21. september 2020 til að skila umbeðnum gögnum.

Með bréfi 21. september 2020 lýsti kærandi því að með tilboði hans hefði fylgt yfirlýsing frá tiltekinni tryggingarmiðlun þar sem ábyrgst hefði verið að miðlun þessi myndi útvega allar þær tryggingar sem gerðar væru kröfur um í útboðsskilmálum kæmi til þess að gengið yrði til samninga við kæranda. Væri það mat kæranda að umrædd yfirlýsing væri fullnægjandi staðfesting á þessu stigi um tryggingu, enda lægi ekki fyrir hvort tilboð kæranda kæmi til álita til samnings. Kærandi taldi ekki ástæðu til að falla frá kærnu í fyrra kærnumáli auk þess sem hann samþykkti að framlengja gildistíma tilboðs síns til 14. október 2020, þó með fyrirvara um lögmæti ákvarðana varnaraðila. Með bréfi 22. september 2020 lýsti varnaraðili því að hann teldi að yfirlýsing tryggingarmiðlunarinnar væri ekki fullnægjandi og að hin umbeðna yfirlýsing þyrfti að vera frá viðskiptabanka, sparisjóði, lánafyrirtæki eða váttryggingarfélagi. Skyldi ábyrgð þessi liggja fyrir eigi síðar en 24. september 2020. Kærandi brást við bréfi þessu sama dag með framlagningu viljayfirlýsingar fjármálastofnunar um að veita kæranda bankaábyrgð kæmi til þess að samningar tækjust um flug á grundvelli útboðsins

og að því gefnu að kærandi legði fram fullnægjandi tryggingar. Af gögnum málsins verður ráðið að kærandi hafi í kjölfarið lagt fram bankaábyrgð sem dagsett er 9. október 2020.

Í tölvubréfi Norlandair ehf. 21. september 2020 kom fram að það væri áratuga reynsla af áætlunarflugi á Íslandi og til Grænlands á flugvélum sem ekki væru búnar jafnþrýstibúnaði. Til þess að bregðast við þeirri mögulegu nýju kröfu útboðsgagna, sem hafi fyrst verið gerð sex dögum áður en skila hafi átt tilboðum, að boðnar flugvélar skyldu vera búnar jafnþrýstibúnaði, hafi Norlandair ehf. tekið fram í tilboði sínu að til stæði að kaupa eða leigja 19 sæta Beechcraft 1900 C/D flugvél til að sinna því flugi sem krefðist jafnþrýstibúnaðar. Frekari skoðun hafi hins vegar leitt í ljós að umædd vél myndi ekki henta félaginu eins og best væri á kosið vegna lengdar flugbrautar á Bíldudal. Fyrirtækið teldi betri kost að kaupa eða leigja 37 sæta DASH 8 100/200 flugvél sem þyrfti styttri flugbrautir en fyrirtækið hefði verið með þennan kost í skoðun allt frá því í janúar 2020 og hefði meðal annars verið búíð að afla bindandi tilboðs um leigu slíkrar vélar. Tilboðinu hafi þó ekki verið tekið vegna Covid-19. Í tengslum við útboðið og í ljósi þróings tímaramma til undirbúnings, einkum vegna þjálfunar áhafna, hafi fyrirtækið hafið samstarf við Air Iceland Connect til skamms tíma eða þar til félagið gæti lokið þeirri innleiðingu og þjálfun sem nauðsynleg væri til þess að geta byrjað að fljúga á DASH 8 100/200 flugvél. Með bréfinu fylgdi yfirlýsing Air Iceland Connect þar sem kom fram að á meðan Covid-19 faraldurinn vari og takmarkanir séu á þjálfun nýrra flugáhafna vegna hans myndi Air Iceland Connect eiga í samstarfi með Norlandair ehf. um flug milli Reykavíkur og Hornafjarðar og myndi fyrirtækið nýta 37 sæta DASH 8-200 flugvél fyrir verkefnið, en vél þessi væri útbúin jafnþrýstibúnaði. Jafnframt fylgdi með tilboð um leigu flugvélar dagsett 15. janúar 2020 sem og yfirlýsing viðskiptabanka Norlandair ehf.

Með bréfi varnaraðila 14. október 2020 óskaði varnaraðili eftir því að Norlandair ehf. legði fram gögn sem sýndu fram á að Beechcraft King Air B200 flugvél sem fyrirtækið bauð uppfyllti kröfur fyrir flugleið F1 bæði fyrir farþegasæti fyrir níu manns og fyrir vöruflutninga allt að 600 kg. Þá var einnig óskað eftir staðfestingu á því að samstarf við Air Iceland Connect næði til allra flugleiða útboðsins. Norlandair ehf. lagði fram frekari gögn vegna þessa með tölvubréfi sama dag. Kom þar meðal annars fram að umrædd flugvél hefði upprunalega komið frá framleiðanda með sjö sætum en hefði síðar verið breytt fyrir níu sæti. Þá færði fyrirtækið jafnframt rök fyrir því að kærandi fullnægði ekki kröfum útboðsins um fjárhagslegt hæfi.

Þennan sama dag tilkynnti varnaraðili að tilboð frá Norlandair ehf. hefði verið valið í flugleiðir F1 og F2 og að tilboð kæranda hefði verið valið í flugleið F3. Í tilkynningunni kom fram að Flugfélag Austurlands ehf. hefði átt lægsta tilboð í allar flugleiðirnar en tilboð fyrirtækisins hafi ekki uppfyllt öll skilyrði útboðsgagna og að ómögulegt hefði verið að bæta

úr tilboðinu með frekari gögnum. Kærandi og Norlandair ehf. hafi hins vegar uppfyllt öll skilyrði útboðsgagna. Vafi hafi verið um fjárhagslegt hæfi kæranda en í kjölfar fyrirspurnar hafi fyrirtækið lagt fram bankaábyrgð sem hafi numið 10% af tilboðsfjárhæð. Þá hafi verið vafi um eiginleika flugvéla Norlandair ehf. að því er varðaði jafnþrýstibúnað en í kjölfar fyrirspurnar hafi fyrirtækið lagt fram fullnægjandi staðfestingu á því að þjónustunni yrði sinnt með flugvél af gerðinni Dash 8 100/200 sem uppfyllti kröfur útboðsgagna og væri meðal annars búin jafnþrýstibúnaði.

Í málinu liggur fyrir að varnaraðili hefur gengið frá bindandi samningi við Norlandair ehf. um flugleiðir F1 og F2 og við kæranda um flugleið F3.

## II

Kærandi byggir á því að hann hafi fullnægt öllum kröfum útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi. Grein 1.3.5 í útboðsgögnum verði að skilja svo að bjóðendur hefðu getað sýnt fram á fjárhagslega getu sína, þótt eigið fé þeirra væri neikvætt, með framlagningu endurskoðaðs ársreiknings 2019 eða með framlagningu bankaábyrgðar að upphæð 10% af tilboðsfjárhæðinni. Kærandi hafi lagt fram endurskoðaðan ársreikning 2019, en af honum megi ráða að þótt eigið fé kæranda samkvæmt honum hafi verið neikvætt í árslok 2019 hafi verið gert samkomulag um hlutafjárukningu í ágúst 2020 sem hafi gert það að verkum að eigið fé kæranda varð jákvætt. Í útboðsgögnum hafi hvergi komið fram á hvaða tímamarki eigið fé bjóðenda skyldi vera jákvætt. Hafi kærandi því fullnægt kröfum útboðsins um eigið fé. Þá hafi kærandi lagt fram með tilboði sínu yfirlýsingu tryggingarmiðlunar þar sem fram hafi komið að miðlunin myndi ábyrgjast allar tryggingar sem gerð væri krafa um í útboðsgögnum, en eðli máls samkvæmt verði að ganga út frá því að þar undir hafi fallið bankatrygging til tryggingar efnidum sammingsins. Þá verði ekki ráðið af útboðsgögnum að kæranda hafi verið skylt við tilboðsgerð að leggja fram áskildar tryggingar. Þá hafi kærandi verið boðinn og búinn til að leggja fram frekari gögn og útskýringar til stuðnings fjárhagslegri getu sinni. Kærandi hafi því þegar við skil tilboða fullnægt kröfum útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi.

Þá byggir kærandi á að framlagning hans á bankatryggingu eftir skil tilboða hafi ekki gengið lengra en heimilt sé samkvæmt 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup eða breytt tilboði hans í grundvallaratriðum. Með framlagningu tryggingarinnar hafi kærandi eingöngu verið, að beiðni varnaraðila, að leggja fram gögn sem varnaraðili hafi átt að óska eftir eða leiðbeina kæranda um þegar við upphaflega meðferð málsins. Útboðsgögn hafi verið óljós um hvort tryggingin þurfti að liggja fyrir þegar við opnun tilboða og hvert efni hennar hafi átt að vera. Staða kæranda og Norlandair ehf. hvað varðar frekari gagnaframlagningu að þessu leyti hafi ekki verið sambærileg. Þá hefði honum ávallt staðið bankaábyrgð til boða ef varnaraðili hefði

óskað eftir slíkum upplýsingum eða skýringum frá kæranda um fjárhagslegt hæfi hans fyrr í matsferlinu.

Kærandi byggir einnig á því að kröfur útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi hafi verið of strangar og gengið lengra en lög heimili. Um flugrekstur gildi ítarlegar reglur sem byggja á reglum Flugöryggisstofnunar Evrópu, en meðal annars séu gerðar kröfur um fjárhagsstöðu flugrekanda. Traust fjárhagsstaða sé forsenda flugrekstrarleyfis. Kærandi hafi flugrekstrarleyfi og fullnægi því þeim fjárhagslegu kröfum sem löggjafinn hafi sett. Kröfur útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi bjóðenda stangist því á við framangreindar reglur og gangi lengra en nauðsyn hafi borið til, auk þess sem þær séu ósanngjarnar og til þess fallnar að takmarka möguleika bjóðenda sem í raun hafi haft fjárhagslega getu til að sinna hinu útboðna flugi, til þess að taka þátt í útboðinu.

Þá hafi ýmsir aðrir annmarkar verið á útboðinu. Á fyrirspurnartíma hafi einn bjóðandi beint fyrirspurn til varnaraðila þar sem óskað hafi verið upplýsinga um styrki og farþegafjölda á flugleiðum útboðsins á tilteknu tímabili. Fyrirspurn þessari hafi verið svarað, eftir að frestur til að svara fyrirspurnum hafi verið liðinn, með því að veita upplýsingar úr verðkönnun sem varnaraðili hafi staðið fyrir sem einungis kærandi hafi tekið þátt í. Út frá þessum upplýsingum hafi bjóðendur getað reiknað út hvert tilboð kæranda hafi verið í verðkönnuninni. Þar með hafi öðrum bjóðendum verið veittar viðkvæmar viðskiptaupplýsingar um tilboð kæranda og því hafi jafnræði og gagnsæi verið raskað í útboðinu. Þessi annmarki einn og sér sé nægilegur til að ógilda eigi hið kærða útboð.

Kærandi byggir jafnframt á því að flugvélar Norlandair ehf. hafi ekki fullnægt kröfum útboðsgagna. Útboðsgögnin, eins og þeim hafi verið breytt í kjölfar fyrirspurna bjóðenda, hafi gert kröfu um að allar flugvélar skyldu vera búnar jafnþrýstibúnaði, auk þess sem bjóðendur skyldu vera með a.m.k. eina vél sem tæki níu farþega og gæti tekið 600 kg frakt til viðbótar farþegum á flugleið F1 og aðra vél sem tæki 15 farþega á tímabilinu 1. maí – 31. ágúst ár hvert á flugleið F2. Af tilboðsgögnum Norlandair ehf. verði ráðið að fyrirtækið hafi ekki búið yfir 15 sæta flugvél sem hafi verið búin jafnþrýstibúnaði við opnun tilboða. Þá hafi Norlandair ehf. heldur ekki búið yfir flugvél sem fullnægt hafi kröfum um níu farþega og gæti flutt 600 kg af vörum samkvæmt útreikningum kæranda. Varnaraðila hafi því verið óheimilt að taka tilboði Norlandair ehf. í flugleiðir F1 og F2 og varnaraðila borið að taka tilboði kæranda.

Kærandi byggir einnig á því að Norlandair ehf. hafi ekki tilgreint með fullnægjandi hætti í tilboði sínu hvernig fyrirtækið hygðist fullnægja kröfum útboðsgagna um boðnar vélar áður en þjónustan hæfist, en til þess hefði þurft að liggja fyrir leigu- eða kaupsamningur um flugvél sem fullnægði kröfum útboðsgagna. Af tilboði þess verði ráðið að fyrirtækið hafi haft í hyggju

að byggja á eigin getu í útboðinu, en það hafi síðar breyst. Þannig hafi Norlandair ehf., fyrst eftir afturköllun varnaraðila á vali á tilboðum 17. september 2020, upplýst að fyrirtækið hygðist nýta vél Air Iceland Connect tímabundið ásamt áhöfn og byggja á getu þess fyrirtækis til að fullnægja kröfum útboðsins. Það hafi falið í sér grundvallarbreytingu á tilboði Norlandair ehf. umfram heimildir 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og raskað jafnræði bjóðenda og gagnsæi í útboðinu. Til þess að heimilt hefði verið að nýta vél frá Air Iceland Connect hefðu upplýsingar um slíkt þurft að liggja fyrir þegar við opnun tilboða auk staðfestingar frá Air Iceland Connect um að fyrirtækið myndi taka að sér þjónustuna. Þá hefði varnaraðila einnig borið að kanna sérstaklega bæði tæknilega getu og fjárhagslegt hæfi Air Iceland Connect. Kærandi dregur í efa að hæfi Air Iceland Connect hafi verið kannað áður en tilboði Norlandair ehf. hafi verið tekið. Þá liggi fyrir að samkvæmt ársreikningi 2019 sé eigið fé Air Iceland Connect neikvætt. Vegna alls framangreinds hafi varnaraðila borið að hafna tilboði Norlandair ehf. í útboðinu og ganga að tilboði kæranda í allar flugleiðir.

### III

Varnaraðili byggir á því að hann hafi afturkallað þá ákvörðun um val tilboða sem sæti kæru í máli þessu og í kjölfarið tekið nýjar ákvarðanir. Eðlilegur þáttur í rétti bjóðenda til að fá ákvarðanir endurskoðaðar sé að kaupandi sjálfur hafi svigrúm til þess að endurskoða fyrri ákvarðanir í ljósi nýrra upplýsinga, gagna eða athugasemda fram að því tímamarki að bindandi samningur komist á. Það sé einnig megintilgangur með útboði að tekin sé rétt ákvörðun um val tilboða. Ef vafi leikur á um hvort rétt ákvörðun hafi verið tekin beri kaupanda að eyða þeim vafa og leiðréttu ef gerð hafa verið mistök. Sú ákvörðun varnaraðila að afturkalla ákvarðanir hafi ekki sætt kæru til kærufndar útboðsmála og sé því lögmaet þangað til annað komi í ljós. Grundvöllur kæru í máli þessu sé því brostinn þar sem þau meintu brot sem kærandi byggir á séu ekki lengur til staðar eftir að varnaraðili vatt ofan af fyrri ákvörðunum sínum. Því hafi kærandi ekki lögvarða hagsmuni að gæta af rekstri kærumsáls þessa. Eina krafan sem kærandi geti haft uppi sé krafa um ógildingu útboðsins í heild, en sú krafa sé beinlínis andstæð hagsmunum kæranda í ljósi þess að í kjölfar afturköllunar hafi verið tekin ný ákvörðun um að gera samning við kæranda um hluta af þeim flugleiðum sem boðnar voru út í hinu kærða útboði.

Norlandair ehf. byggir á því að kærufrestur sé liðinn vegna málsástæðna kæranda er lúti að því að kröfur útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi hafi verið of strangar og gangi lengra en lög heimili og þær sem lúti að skilmálum í útboðslýsingu um verktryggingu banka. Þá hafi kærandi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi. Samkvæmt ársreikningum kæranda 2018 og 2019 hafi eigið fé kæranda verið neikvætt. Þegar af þeirri ástæðu hafi varnaraðila verið heimilt að hafna tilboði kæranda enda hafi útboðsgögn gert óundanþæga kröfu um að eigið fé



þjóðenda skyldi vera jákvætt. Þá sé alþekkt að gerð sé krafa um jákvætt eigið fé í opinberum innkaupum og því verði ekki tekið undir gagnrýni kæranda á þá kröfu útboðsgagna, meðal annars í ljósi þess að neikvætt eigið fé sé vísbending um að viðkomandi fyrirtæki sé í raun gjaldþrota. Með tilboði kæranda hafi auk þess ekki fylgt bankaábyrgð heldur einungis yfirlýsing váttryggingarmiðlunar um að miðlunin myndi ábyrgjast allar tryggingar sem gerð væri krafa um í útboðsgögnum. Slík yfirlýsing jafngildi ekki bankaábyrgð. Bankaábyrgð sé fyrirvaralaust loforð um greiðslu fjár til réttthafa samkvæmt ábyrgðinni og stafi frá bönkum eða váttryggingafélögum. Yfirlýsing váttryggingamiðlunar geti ekki talist til bankaábyrgðar auk þess sem hún hafi ekki falið í sér fyrirvaralaust greiðsluloforð. Þá er einnig byggt á því að boðnar flugvélar Norlandair ehf. hafi fullnægt öllum kröfum sem útboðsgögn hafi gert til boðinna véla.

#### IV

Samkvæmt 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup verður bindandi samningur sem komist hefur á samkvæmt lögnum ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð sammings hafi verið ólögð. Í máli þessu liggur fyrir að 17. september 2020 afturkallaði varnaraðili ákvörðun sína frá 31. ágúst 2020 um val á tilboði Norlandair ehf. í hinu kærða útboði og gaf kæranda og Norlandair ehf. kost á að bæta við og skýra tilboð sín frekar. Þessi afturköllun sætti ekki kærnu til kærunefndar útboðsmála. Þá liggur fyrir að varnaraðili tók nýja ákvörðun hinn 14. október 2020 um val tilboða Norlandair ehf. í flugleiðir F1 og F2 og kæranda í flugleið F3 og komst í kjölfarið á bindandi samningur við fyrirtækin á grundvelli útboðsins. Verður þegar af þeirri ástæðu að hafna kröfum kæranda um að felldar verði úr gildi ákvarðanir varnaraðila um höfnun á tilboði kæranda, um val á tilboði Norlandair ehf. og um að útboðið verði felld úr gildi og boðið verði út að nýju.

Kærandi krefst þess einnig að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda þar sem ákvarðanir varnaraðila um val á tilboði Norlandair ehf. og höfnun á tilboði kæranda hafi verið ólögð. Þessar kröfur kæranda varða ákvörðun varnaraðila 31. ágúst 2020 um að velja tilboð Norlandair ehf. í allar flugleiðir útboðsins og hafna tilboði kæranda. Hins vegar liggur fyrir að varnaraðili afturkallaði þessa ákvörðun 14. september 2020 og tók nýja ákvörðun um val tilboða 14. október 2020, og sætir sú ákvörðun kærnu í máli milli sömu aðila sem er til úrlausnar í máli nr. 47/2020 hjá kærunefnd útboðsmála. Þar sem þær ákvarðanir varnaraðila sem kærandi telur að hafi bakað varnaraðila bótaskyldu í þessu máli hafa verið afturkallaðar verður ekki talið að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna þeirra, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup.

Með hliðsjón af framangreindri niðurstöðu þykir rétt að málskostnaður falli niður.

Úrskurðarorð:

Öllum kröfum kæranda, Flugfélagsins Ernis ehf., vegna útboðs varnaraðila nr. 21114 auðkennt „Áætlunarflug á Íslandi – sérleyfi fyrir Vegagerðina“, er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 12. febrúar 2021

Sandra Baldvinsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Hildur Briem