

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 12. febrúar 2021

í máli nr. 47/2020:

Flugfélagið Ernir ehf.

gegn

Vegagerðinni,

Ríkiskaupum og

Norlandair ehf.

Lykilorð

Bindandi samningur. Tæknilegt hæfi. Fjárhagslegt hæfi. Byggt á getu annarra. Viðbótargögn. Skaðabótaskyldu hafnað.

Útdráttur

Kærandi kærði val varnaraðila á tilboði N í rekstur tveggja flugleiða af þremur sem boðnar voru út. Þar sem þegar hafði verið gerður bindandi samningur á grundvelli útboðsins um flugleiðirnar var kröfu kæranda um að felld yrði úr gildi ákvörðun varnaraðila um val tilboða, hafnað, sbr. 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá var talið að N hefði breytt grundvallarþáttum í tilboði sínu, sbr. 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup, með því að stofna til samstarfs við annan aðila eftir skil tilboða um rekstur flugs á einni flugleið með flugvél sem fullnægði kröfum útboðsgagna um jafnþrýstibúnað, og að varnaraðili hafi ekki mátt taka tilboðinu þannig breyttu. Var því talið að varnaraðili hefði brotið gegn lögum um opinber innkaup með vali á tilboði N í útboðinu. Hins vegar taldi kærunefnd að kærandi hefði ekki fullnægt kröfum útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi við skil tilboða. Jafnframt að kærandi hefði ekki í tilboði sínu haft í hyggju að sýna fram á fjárhagslegt hæfi sitt með framlagningu bankaábyrgðar, heldur hafi sú fyrirætlan fyrst komið til að ósk varnaraðila eftir skil tilboða. Var því talið að með framlagningu bankaábyrgðarinnar hafi grundvallarþáttum í tilboði kæranda einnig verið breytt og ekki hefði mátt taka tilboði kæranda þannig breyttu. Því var talið að kærandi hefði ekki sýnt fram á að hann hefði átt raunhæfa möguleika á að verða fyrir valinu í útboðinu og að möguleikar hans hefðu skerst við brot varnaraðila, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup. Var skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda því hafnað.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 23. október 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

„fellt verði úr gildi sú ákvörðun Vegagerðarinnar að velja tilboð Norlandair í flugleið F1 Reykjavík – Gjögur - Reykjavík og flugleið F2 Reykjavík – Bíldudalur – Reykjavík“ í hinu kærða útboði og að „Vegagerðinni verði gert að taka tilboði kæranda í þessar sömu leiðir.“ Verði ekki fallist á framangreindar kröfur krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit á skaðabótaskyldu varnaraðila „þar sem ákvörðun Vegagerðarinnar að velja tilboð Norlandair í leiðir F1 og F2, og þar með hafna tilboði kæranda í sömu leiðir, hafi verið ólöglegt.“ Þá er krafist málskostnaðar.

Varnaraðila, Ríkiskaupum og Norlandair ehf. var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerðum 26. október og 17. nóvember 2020 krafðist varnaraðili að öllum kröfum kæranda yrði vísað frá eða hafnað. Norlandair ehf. skilaði greinargerðum 27. október og 10. nóvember 2020 þar sem þess var krafist að kröfum kæranda yrði hafnað. Kærandi sendi kærunefnd tölvubréf 28. október 2020 þar sem upplýst var að Vegagerðin hefði óskað eftir því við hann að hann héldi tímabundið áfram flugi fyrir stofnunina. Af þessu tilefni beindi kærunefnd erindi til Vegagerðarinnar 29. október 2020 þar sem óskað var eftir afstöðu til þeirra upplýsinga sem komu fram í tölvubréfi kæranda. Afstaða Vegagerðarinnar barst með tölvubréfi 29. október 2020. Kærandi skilaði auk þess andsvörum móttæknum 4. desember 2020. Ríkiskaup hefur ekki látið málið til sín taka.

Með ákvörðun kærunefndar 30. október 2020 var fallist á þá kröfu varnaraðila að sjálfkrafa stöðvun hins kærða útboðs, sem komist hafði á með kæru, 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 hæfisfirlýsingu 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 skuldbindandi 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 samningsfjárhæð, sem tryggingu fyrir efnidum 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, afisíngu 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. Sú ákvörðun varnaraðila að taka tilboði Norlandair ehf. í útboðinu á þessum tíma og hafna tilboði kæranda var kærð af hálfu kæranda, sbr. mál nr. 42/2020 hjá kærunefnd útboðsmála.

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 væri 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 kæru í fyrra kærumáli auk þess sem hann samþykki 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 þröngs 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 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 hafi borið að taka tilboði kæranda í þessar flugleiðir.

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 liggja fyrir að samkvæmt ársreikningi 2019 sé eigið fé Air Iceland Connect neikvætt.

Kærandi byggir einnig 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 efnudum samningsins. 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 fyrir 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.

III

Varnaraðili byggir að meginstefnu á því að tilboð Norlandair ehf. hafi fullnægt öllum kröfum útboðsgagna eftir að kallað hafi verið eftir frekari gögnum frá fyrirtækinu. Boðnar flugvélar Norlandair ehf. hefðu fullnægt öllum kröfum útboðsins frá upphafi hefði ekki verið gerð síðbúin

krafa um að allar flugvélar skyldu búnar jafnþrýstibúnaði. Í ljósi þess hve krafan hafi komið seint fram hafi varnaraðili ákveðið að veita Norlandair ehf. svigrúm til að sýna hvernig fyrirtækið ætlaði að uppfylla nauðsynlegar kröfur áður en þjónustan hæfist eins og heimilt hefði verið samkvæmt grein 1.3.7 í útboðsgögnum og á grundvelli 5. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Af þeim skýringum hafi orðið ljóst að Norlandair ehf. hafi búið yfir flugvél sem upphaflega hafi verið sjö manna en verið breytt til að taka níu farþega og sem jafnframt væri búin jafnþrýstibúnaði og fullnægði að öðru leyti kröfum útboðsins. Þá hafi fyrirtækið lagt fram gögn um samstarf við Air Iceland Connect þar sem félagið skyldi annast sem undirverktaki flug fyrir Norlandair ehf. með 37 sæta flugvél sem búin væri jafnþrýstibúnaði og fullnægði að öðru leyti öllum kröfum útboðsins. Þar með hafi tilboð Norlandair ehf. fullnægt öllum kröfum útboðsgagna. Ekki hafi verið um grundvallarbreytingu á tilboði fyrirtækisins að ræða eða aðrar skýringar sem ekki rúmist innan heimilda 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup. Um hafi verið að ræða tímabundna ráðstöfun sem gripið hafi verið til vegna hinnar síðbúnu kröfu í útboðsgögnum um að allar flugvélar skyldu búnar jafnþrýstibúnaði og vegna þess hve stutt var þangað til flug samkvæmt samningnum skyldi hefjast. Norlandair ehf. hyggist sjálfst að lokum framkvæma þjónustuna. Þá hafi Norlandair ehf. á hinum skamma tíma ekki getað aflað bindandi samninga um flugvélar sem fullnægðu kröfum útboðsins eða þjálfað nauðsynlegar flugáhafnir vegna áhrifa Covid-19 faraldursins. Því hafi Norlandair ehf. verið gefið svigrúm til að fullnægja kröfum útboðsgagna og að frekari gögnum fengnum hafi verið talið að fyrirtækið fullnægði öllum kröfum. Því hafi verið heimilt að ganga að tilboði Norlandair ehf. í útboðinu í flugleiðir F1 og F2.

Varnaraðili byggir einnig á að kærandi hafi ekki fullnægt kröfum útboðsins um fjárhagslegt hæfi þegar upphaflega hafi verið tekin ákvörðun um að hafna tilboði kæranda. Með tilboði kæranda hafi fylgt ársreikningur 2018 sem hafi sýnt að eigið fé kæranda hafi verið neikvætt. Hafi kæranda þá verið gefið færi á að bæta úr með skilum á frekari gögnum og hafi kærandi skilað ársreikningi 2019 sem einnig hafi sýnt neikvætt eigið fé. Ekki hafi verið talið mögulegt að miða við að kærandi fullnægði kröfum um fjárhagslegt hæfi með samkomulagi um hlutafjáraukningu í kæranda þar sem hún hafi ekki átt að eiga sér stað fyrr en eftir opnun tilboða. Þá hafi kærandi heldur aldrei byggt á því að hann fullnægði kröfum um fjárhagslegt hæfi á grundvelli bankaábyrgðar. Eftir upphaflega höfnun á tilboði hans hafi kærandi byggt á því að yfirlýsing tryggingamiðlunar, þar sem fram hafi komið að miðlunin myndi ábyrgjast allar tryggingar sem gerð væri krafa um í útboðsgögnum, væri fullnægjandi bankaábyrgð. Kærandi hafi hafnað því þar sem umrædd yfirlýsing væri ekki bankaábyrgð þar sem um væri að ræða yfirlýsingu um að umræddur miðlari myndi útvega slíka ábyrgð, auk þess sem

útboðsgögn hafi áskilið að slík trygging þyrfti að liggja fyrir strax í upphafi. Hafi varnaraðili því talið ljóst að kærandi hafi ekki fullnægt kröfum útboðsins um fjárhagslega stöðu. Varnaraðili hafi hins vegar gefið kæranda færi á því að bæta úr með framlagningu bankaábyrgðar með vísan til 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup og til þess að gæta jafnræðis gagnvart Norlandair ehf., sem einnig hafi verið gefið færi á því að leggja fram frekari gögn til stuðnings því að boðnar vélar þess fullnægðu kröfum útboðsgagna. Kærandi hafi að lokum og eftir eftirgangsmuni af hálfu varnaraðila lagt fram bankaábyrgð sem talin hafi verið fullnægjandi.

Verði hins vegar talið að varnaraðili hafi gengið of langt í að heimila Norlandair ehf. að koma að viðbótargögnum og skýringum við tilboð sitt þannig að ekki hafi mátt ganga að tilboði þess fyrirtækis, eigi hið sama við um tilboð kæranda. Í tilboði Norlandair ehf. hafi hvorki verið gert ráð fyrir undirverktöku né að fyrirtækið hygðist byggja á getu annars aðila. Tilboð kæranda hafi ekki byggt á því að fjárhagslegt hæfi yrði staðfest með bankaábyrgð. Telur varnaraðili að hann hafi mátt gefa báðum bjóðendum færi á að bæta úr, en ef talið verði að óheimilt hafi verið að gefa Norlandair ehf. færi á að bæta úr eigi hið sama við um kæranda. Því geti engin bótaskylda verið fyrir hendi gagnvart kæranda. Kæranda hafi verið nauðsynlegt að gefa báðum aðilum færi á að bæta úr annmörkum á tilboðum sínum. Ella hefði flug á boðnum leiðum fallið niður í töluverðan tíma þar sem ekki hafi mátt framlengja gildandi samning. Það hafi því verið brýnir almannahagsmunir að gefa báðum bjóðendum svigrúm til að sýna fram á að þeir fullnægðu kröfum útboðsgagna. Þá hafi báðir bjóðendur sýnt fram á að þeir séu raunverulega hæfir til að sinna þjónustunni. Tilgangur 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup sé meðal annars að tryggja jafnræði bjóðenda gagnvart öðrum bjóðendum eftir opnun tilboða og hafi þess verið gætt með því að veita báðum aðilum tækifæri til að bæta úr annmörkum á tilboðum sínum. Þá verði einnig að horfa til þess að varnaraðili hafi gert grundvallarbreytingar á útboðsskilmálum með kröfu um að allar vélar skyldu búnar jafnþrýstibúnaði einungis sex dögum áður en tilboðum hafi átt að skila og eftir að frestur til að svara fyrirspurnum hafi verið liðinn. Norlandair ehf. hafi haft yfir að ráða flugvélum sem hafi fullnægt upphaflegum skilmálum en ekki breyttum skilmálum um jafnþrýstibúnað. Hafi varnaraðili því veitt Norlandair ehf. svigrúm til þess að sýna fram á að það gæti fullnægt kröfum útboðsgagna. Fyrirtækið hafi sýnt fram á það með tímabundnu samstarfi við Air Iceland Connect. Varnaraðili hafi kallað eftir gögnum um hæfi Air Iceland Connect og hafi utanaðkomandi sérfræðingur staðfest að fyrirtækið hafi uppfyllt viðeigandi kröfur útboðsgagna. Varnaraðili hafi ekki talið þörf á að óska eftir framvísun sérstakrar hæfisyfirlýsingar þar sem hann hafi talið liggja fyrir að Air Iceland Connect hafi fullnægt viðeigandi kröfum útboðsgagna. Eftir skil á frekari

gögnum af hálfu Norlandair ehf. hafi varnaraðili talið að fyrirtækið fullnægði öllum kröfum útboðsgagna og gengið að tilboði fyrirtækisins í flugleiðir F1 og F2 þar sem það hafi verið hagstæðasta tilboðið í þessar flugleiðir.

IV

Norlandair ehf. byggir á því að kærandi hafi ekki fullnægt kröfum útboðsgagna um jákvætt eigið fé. Þá er byggt á því að ekki verði séð í reynd að Norlandair ehf. hafi byggt á getu annars eða ráðið undirverktaka í skilningi laga um opinber innkaup til að sinna hluta þjónustunnar enda hafi útboðsgögn mælt fyrir um að lýst skyldi flugvélum sem nýta skyldi til þjónustunnar án þess að kröfur væru gerðar til þess með hvaða hætti tengsl við umráðamann viðkomandi flugvélar væru. Því geti ekki verið um að ræða breytingu á grundvallarþáttum tilboðs. Í útboðsgögnum þurfi að koma skýrt fram með hvaða hætti flugvélar skuli vera undir yfirráðum bjóðenda, eigi tiltekna kröfur þar að lútandi að leiða til þess að ólöglegt væri að taka tilboði viðkomandi bjóðenda. Þannig dugi ekki þó á einum stað segi að viðkomandi tæki eigi að vera í eigu bjóðanda ef á öðrum stað megi leggja almennan skilning í orðalag sem varðar umráð yfir framboðið tæki. Gæta verði meðalhófsreglu við mat á ákvæðum útboðsgagna sem varði hæfi bjóðenda og að almennt orðaðar kröfur verði að túlka þannig að vafalaust sé að þær séu ekki uppfylltar, þegar ákvæði útboðsgagna séu virt heildstætt.

Þá er byggt á því að krafa um jafnþrýstibúnað hafi fyrst komið fram í svörum við fyrirspurnum eftir að fyrirspurnarfresti hafi verið lokið. Ekki hafi verið um að ræða kröfu í útboðinu, enda hefði þurft að tilgreina það með skýrari hætti að verið væri að breyta kröfum samkvæmt útboðsgögnum. Umrædda kröfu hafi ekki verið að finna í upphaflegum útboðsgögnum. Verði talið að kröfum útboðslýsingar hafi verið breytt að þessu leyti hafi það verið gert of seint og líta eigi framhjá kröfunni. Útiloka eigi þær upplýsingar sem komi fram eftir að frestur til að svara fyrirspurnum sé liðinn, a.m.k. þegar um sé að ræða kröfur sem hafi neikvæðar afleiðingar fyrir bjóðendur. Að öðrum kosti væri fyrirspurnarferli tilgangslaust. Þá er bent á að í samningarétti sé eðlilegt að túlkandi leitist við að komast að niðurstöðu um að tiltekinn löggerningur eða samningsákvæði hafi í för með sér raunveruleg réttaráhrif. Fyrirspurnarfrestur hafi engin raunveruleg réttaráhrif ef svör sem veitt eru eftir að hann er liðinn eigi að hafa þýðingu við val á tilboðum. Ekki dugi að ákvarða réttarstöðu Norlandair ehf. eingöngu á grundvelli laga um opinber innkaup heldur verði einnig að líta til meginreglna samninga- og kröfuréttar.

Verði þrátt fyrir framangreint talið að grundvallarþáttum í tilboði Norlandair ehf. hafi verið breytt verði að meta áhrif þess í því ljósi að þeim þáttum hafi verið breytt einungis örfáum dögum fyrir lok tilboðsfrests. Norlandair ehf. hafi vissulega haft val um að hafna því að um

lögmæta breytingu væri að ræða og kæra ákvörðunina með tilheyrandi hættu fyrir sína viðskiptahagsmuni en þess í stað hafi hann ákveðið að aðlaga tilboð sitt að þessum breytingum. Það hafi hann getað þar sem hann hafi áður hafið undirbúning kaupna á flugvél með jafnþrýstibúnaði en hins vegar hafi heimsfaraldur kórónaveiru sett stik í reikninginn með þjálfun flugáhafnar. Vegna þess hafi Norlandair ehf. orðið að tryggja sér samstarf við Air Iceland Connect. Það samstarf sé einnig til skamms tíma, þar til unnt verði að þjálfa flugáhöfn. Ómöguleiki hafi því staðið í vegi fyrir því að þjónustunni yrði sinnt með vél með jafnþrýstibúnaði í eigu Norlandair ehf.

V

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 samnings hafi verið ólögmæt. Í máli þessu liggur fyrir að 17. september 2020 afturkallaði varnaraðili upphaflega 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 kæru til kærunefndar útboðsmála. Þá liggur fyrir að varnaraðili tók hinn 14. október 2020 nýja ákvörðun um val tilboða Norlandair ehf. í flugleið 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 felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að velja tilboð Norlandair ehf. í framangreindar flugleiðir og varnaraðila verði gert að taka tilboði kæranda í þær. Stendur þá eftir að leysa úr þeirri kröfu kæranda að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda, sbr. 2. mgr. 111. gr. og 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup.

Samkvæmt 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup getur kaupandi farið fram á, þegar upplýsingar eða gögn sem bjóðandi leggur fram virðast vera ófullkomin eða innihalda villur eða tiltekin skjöl vantar, að bjóðandi leggi fram, bæti við, skýri eða fullgeri upplýsingar eða gögn innan hæfilegs frests. Slíkar skýringar, lagfæringar eða viðbótar upplýsingar mega þó ekki fela í sér breytingar á grundvallarþáttum tilboðs eða vera líkleg til að raska samkeppni eða ýta undir mismunun. Af 1. mgr. 76. gr. laganna leiðir að fyrirtæki er heimilt að byggja á fjarhagslegri, tæknilegri og faglegri getu annarra aðila óháð lagalegum tengslum við þá og skal fyrirtæki sanna fyrir kaupanda að það hafi tryggt sér tilgreinda aðstoð. Í 2. mgr. kemur fram að kaupandi skuli, í samræmi við 73. og 74. gr. laganna, sannreyna hvort aðili, sem fyrirtæki hyggst reiða sig á varðandi getu, uppfyllir viðeigandi hæfiskröfur og hvort ástæða sé til að útiloka hann samkvæmt 68. gr. laganna. Kaupandi skal krefjast þess að fyrirtækið finni nýjan

aðila í stað aðila sem ekki uppfyllir viðeigandi hæfiskröfu eða þegar til staðar eru bindandi útilokunarástæður samkvæmt 68. gr. Samkvæmt 73. gr. laganna er fyrirtæki heimilt að leggja fram sérstaka hæfisyfirlýsingu, sem eigin yfirlýsingu og bráðabirgðasönnun fyrir því að það uppfylli kröfur kaupanda, í stað vottorða sem gefin eru út af stjórnvöldum eða sambærilegum aðilum, til staðfestingar á að það fullnægi hæfiskröfum. Í 2. mgr. kemur fram að ef fyrirtæki byggir á getu annars aðila í samræmi við 76. gr. skuli hæfisyfirlýsing bjóðanda einnig innihalda viðeigandi upplýsingar samkvæmt 1. mgr. um þann aðila.

Eins og áður hefur verið rakið gerðu útboðsgögn þá kröfu að bjóðendur skyldu hafa yfir að ráða flugvél á flugleið F1 sem gæti tekið að lágmarki níu farþega og á tímabilinu 1. nóvember til og með 31. maí annast vöruflutninga allt að 600 kg í ferð til viðbótar farþegaflutningum. Á flugleið F2 skyldu bjóðendur hafa yfir að ráða flugvél sem tæki að lágmarki 15 farþega á tímabilinu 1. maí til 31. ágúst en annars að lágmarki níu farþega. Þá verður jafnframt að miða við að með svari varnaraðila við fyrirspurn bjóðanda á fyrirspurnartíma útboðsins, sem kom að liðnum svarfresti, hafi útboðsgögnum verið breytt á þá leið að gerð væri krafa til þess að boðnar flugvélar skyldu búnar jafnþrýstibúnaði. Er þá horft til þess að bæði kærandi og varnaraðili leggja til grundvallar að útboðsgögnum hafi verið breytt að þessu leyti og að Norlandair ehf. leitaðist við að fullnægja kröfu þessari með útvegum flugvélar sem fullnægði kröfunni og án þess að gera athugasemdir við eða bera lögmati hennar undir kærunefnd útboðsmála innan kærufrests.

Af gögnum málsins verður ráðið að Norlandair ehf. hafi við opnun tilboða ekki búið yfir flugvél sem hafi fullnægt bæði áskilnaði um að taka að lágmarki 15 farþega í sæti og verið búin jafnþrýstibúnaði. Þá verður ráðið af tilboði fyrirtækisins að það hafi haft áform um að kaupa eða leigja vél sem fullnægði kröfum útboðsgagna að þessu leyti sem yrði komin í notkun áður en hefja skyldi þjónustuna. Ljóst er hins vegar að þau áform gengu ekki eftir og því leitaðist fyrirtækið við að fullnægja þessum kröfum útboðsgagna með samstarfi við Air Iceland Connect um rekstur flugs á leið F2 með flugvél sem fullnægði kröfum útboðsgagna að þessu leyti. Norlandair ehf. upplýsti fyrst um þau áform eftir að fyrirtækið skilaði tilboði sínu og varnaraðili afturkallaði fyrri ákvörðun sína um val tilboðs Norlandair ehf. 17. september 2020 og gaf fyrirtækinu kost á að sýna fram á að boðnar vélar þess uppfylltu kröfur útboðsgagna um jafnþrýstibúnað. Verður því að miða við að með þessu hafi grundvallarþáttum í tilboði kæranda verið breytt í skilningi 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup og að varnaraðila hafi ekki verið heimilt að taka því þannig breyttu. Að mati kærunefndar verða þessar breytingar á tilboði fyrirtækisins ekki réttlættar með vísan til þess að krafa um jafnþrýstibúnað hafi fyrst verið gerð einungis sex dögum áður en tilboðum skyldi skilað og því hafi þurft að gefa Norlandair ehf.

verulegt svigrúm til þess að fullnægja henni, enda var varnaraðila í sjálfsvald sett hvort krafa þessi yrði gerð auk þess sem honum var í lófa lagið að gera hana fyrir á útboðstíma teldi hann að krafan væri nauðsynleg. Þá verður auk þess ekki séð að varnaraðili hafi kannað hæfi Air Iceland Connect samkvæmt 68. gr. laga um opinber innkaup, sbr. 2. mgr. 76. gr. laganna. Verður því að leggja til grundvallar að varnaraðili hafi brotið gegn lögum um opinber innkaup við val á tilboði Norlandair ehf. í flugleiðir F1 og F2 í hinu kærða útboði. Af þessari niðurstöðu leiðir að ekki þarf að taka afstöðu til þeirrar málsástæðu kæranda, sem fyrst kom fram í síðari greinargerð hans til kærunefndar, að boðin níu sæta flugvél Norlandair ehf. hafi ekki fullnægt kröfu útboðsgagna um að geta flutt 600 kg í vöruflutningum til viðbótar farþegum á tímabilinu 1. nóvember til og með 31. maí.

Í grein 1.3.5 í útboðsgögnum var meðal annars gerð sú krafa að eigið fé bjóðenda skyldi vera jákvætt og að bjóðendur gætu sýnt fram á jákvætt eigið fé með framlagningu endurskoðaðs ársreiknings síðasta árs eða með framlagningu bankaábyrgðar að upphæð 10% af tilboðsfjárhæð. Að mati kærunefndar verður að skilja ákvæði þessi svo að bjóðendur gætu fullnægt kröfum um fjárhagslegt hæfi með framlagningu bankaábyrgðar að upphæð 10% af tilboðsfjárhæð þótt ársreikningar sýndu að eigið fé væri neikvætt. Ekki verður talið að kröfur útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi hafi gengið lengra en nauðsynlegt var eða að öðru leyti verið í andstöðu við lög líkt og kærandi heldur fram.

Ársreikningar kæranda 2018 og 2019 bera með sér að eigið fé kæranda var neikvætt. Þá er ekki unnt að fallast á það með kæranda að varnaraðila hafi borið að taka tillit til þess við mat á fjárhagslegu hæfi hans að gert væri ráð fyrir að hlutfé yrði aukið sem myndi leiða til þess að eigið fé hans yrði jákvætt, en fyrir liggur að hlutafjárukningin hafði ekki átt sér stað þegar tilboð voru opnuð. Þá er ekki unnt að líta svo á að sú yfirlýsing tryggingarmiðlara sem kærandi lagði fram með tilboði sínu hafi fullnægt kröfum útboðsgagna um bankaábyrgð þar sem umrædd yfirlýsing fól einungis í sér ráðagerð um að miðlunin myndi útvega allar þær tryggingar sem settar væru kröfur um í útboðsskilmálum ef gengið yrði til samninga við kæranda, en ekki bankatryggingu. Verður því að fallast á það með varnaraðila og Norlandair ehf. að við opnun tilboða hafi kærandi ekki fullnægt kröfum útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi.

Fyrir liggur að varnaraðili gekk ítrekað á eftir því við kæranda að hann legði fram bankaábyrgð til staðfestu á því að hann fullnægði kröfum útboðsgagna um fjárhagslegt hæfi, en varnaraðili byggir á því að honum hafi það verið heimilt á grundvelli 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup og skilmála útboðsgagna. Af gögnum málsins verður hins vegar ráðið að kærandi hafi ekki talið þörf á því að leggja slíka tryggingu fram þar sem hann taldi yfirlýsingu tryggingamiðlara sem hann lagði fram með tilboði sínu fullnægjandi staðfestingu um tryggingu

á meðan ekki lægi fyrir hvort tilboð kæranda kæmi til álita í útboðinu. Þegar varnaraðili féllst ekki á það brást kærandi við með framlagningu yfirlýsingar fjármálastofnunar þar sem lýst var vilja til þess 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. Svo virðist sem varnaraðili hafi heldur ekki fallist á það því að lokum lagði kærandi fram bankaábyrgð dagsetta 9. október 2020. Að mati kærunefndar útboðsmála verður af þessu ráðið að kærandi hafi ekki í tilboði sínu haft í hyggja að sýna fram á fjárhagslega getu sína með framlagningu bankaábyrgðar, heldur hafi sú fyrirætlan fyrst komið til að ósk varnaraðila eftir skil tilboða. Verður því að miða við að með framlagningu bankaábyrgðarinnar hafi grundvallarþáttum í tilboði kæranda verið breytt í skilningi 5. mgr. 66. gr. laga um opinber innkaup og að varnaraðili hafi ekki mátt taka tilboðinu þannig breyttu. Verður því að telja að kærandi hafi ekki sýnt fram á að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða fyrir valinu af varnaraðila í flugleiðir F1 og F2 og að möguleikar hans hafi skerst við brot varnaraðila, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup. Það er því álit kærunefndar útboðsmála að varnaraðili sé ekki skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna framangreinds útboðs. Það getur engu breytt um þessa niðurstöðu þótt varnaraðili hafi, í andstöðu við ákvæði laga um opinber innkaup, þegar gert samning við kæranda í sama útboði um flugleið F3.

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

Úrskurðarorð:

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