

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 12. febrúar 2021

í máli nr. 43/2020:

Flugfélag Austurlands ehf.

gegn

Vegagerðinni,

Ríkiskaupum og

Norlandair ehf.

### **Lykilorð**

*Bindandi samningur. Afturköllun. 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 yrðu úr gildi ákvarðanir varnaraðila um að hafna tilboði kæranda og um val á tilboði N og um að útboðið skyldi fara fram að nýju, hafnað, sbr. 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Þá var ekki talið að varnaraðili væri skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup, þar sem tilboð kæranda hefði ekki getað orðið fyrir valinu við endanlega valákvörðun þar sem það var ekki lengur í gildi.*

Með kæru mótttekinni hjá kærunefnd útboðsmála 21. september 2020 kærði Flugfélag Austurlands 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 felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um höfnun tilboðs kæranda. Jafnframt er þess krafist „að kærunefnd útboðsmála stöðvi innkaupafjerli varnaraðila og felli úr gildi ákvörðun varnaraðila um að taka tilboði Norlandair ehf. og ákveði að útboðið skuli fara fram að nýju.“ Einnig er þess krafist að kærunefnd veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila vegna „höfnunar og ógildingar á tilboði hans.“ Að lokum er þess krafist að kærunefnd „meti hvort kæranda skuli bættur allur kostnaður sem hann hefur orðið fyrir vegna þessa, ma. lögmannskostnaðar, kærumálskostnaðar ofl.“

Varnaraðila, Ríkiskaupum og Norlandair ehf. var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð 30. september krafðist Vegagerðin að öllum kröfum kæranda yrði vísað frá eða hafnað. Norlandair ehf. skilaði greinargerðum 23. september og 6.

október 2020 þar sem þess var krafist að kröfum kæranda yrði hafnað. Ríkiskaup hafa ekki látið málið til sín taka.

Með ákvörðun kærunefndar 12. október 2020 var kröfu kæranda um að hið kærða útboð yrði stöðvað um stundarsakir hafnað.

## I

Í apríl 2020 auglýstu varnaraðilar 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 í útboðsgögnum kom fram að gildistími tilboða væri til 14. september 2020. Í grein 1.2.1 kom fram að um útboðið giltu ákvæði laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Í grein 1.3. var lýst þeim kröfum til hæfis sem gerðar voru til bjóðenda. 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 efnudum 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 handhafi flugrekandaskírteinisins eða aðilar sem kæmu að rekstrinum skyldu hafa minnst tveggja ára marktæka reynslu af flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Þá voru gerðar kröfur 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 vélar skyldu búnar jafnþrýstibúnaði.

Tilboð voru opnuð 16. júní 2020 og bárust tilboð frá þremur fyrirtækjum. Átti kærandi lægsta tilboðið í báða hluta útboðsins en Flugfélagið Ernir ehf. átti næst lægsta tilboð í hluta 2 og Norlandair ehf. átti næst lægsta tilboðið í hluta 1. Hinn 31. ágúst 2020 tilkynntu varnaraðilar að tilboði Norlandair ehf. hefði verið tekið. Með tölvupósti varnaraðila þann sama dag til kæranda kom fram að tilboði kæranda í útboðinu hefði verið hafnað þar sem ársreikningur sem fylgdi tilboði kæranda hafi ekki verið áritaður eins og krafa hafi verið gerð um í útboðsgögnum. Þá hefði kærandi fyrst fengið flugrekstarleyfi 15. apríl 2019 og hefði ekki sinnt farþega- eða áætlunarflugi áður. Kærandi uppfyllti því ekki kröfu um tímalengd reynslu. Kom fram að ef ætlun kæranda væri að byggja á reynslu aðalflugmannsins sem tilgreindur væri í tilboði hans þá hafi hann starfað sem flugrekstrarstjóri hjá Atlanta árin 2002-2004. Atlanta sinni öðrum verkefnum á stórum leiguvélum úti í heimi en ekki flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Því hafi kærandi ekki fullnægt kröfum um marktæka reynslu af flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Þá kom fram að í útboðsgögnum hafi verið gerðar ákveðnar kröfur til boðinna flugvéla en af tilboði kæranda að dæma hafi virst „sem þær flugvélar vanti og þurfi að leigja þær en ekki var gert ráð fyrir þeirri fjármögnun í tilboðsgögnum.“

Með bréfi varnaraðila til bjóðenda 17. september 2020 kom fram 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 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 Flugfélagsins Ernis ehf. 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. Ekki var óskað frekari gagna frá kæranda. Var báðum bjóðendum gefinn frestur til 21. september 2020 til að skila umbeðnum gögnum. Með tölvubréfi 21. september 2020 kvað kærandi að sér væri af tæknilegum ástæðum ómögulegt að verða við ósk varnaraðila um framlengingu á tilboði sínu.

Hinn 14. október 2020 tilkynnti varnaraðili að tilboð frá Norlandair ehf. hefði verið valið í flugleiðir F1 og F2 og að tilboð Flugfélagsins Ernis ehf. hefði verið valið í flugleið F3. Í tilkynningunni kom fram að kærandi 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. Flugfélagið Ernir ehf. og Norlandair ehf. hafi hins vegar uppfyllt öll skilyrði útboðsgagna. Vafi hafi verið um fjárhagslegt hæfi Flugfélagsins Ernis ehf. 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 Flugfélagið Ernir ehf. um flugleið F3.

## II

Kærandi byggir á því að hann hafi fullnægt kröfum útboðsins um jákvætt eigið fé og hafi það verið staðfest með ársreikningum sem hafi verið skilað með tilboði á sama formi og þeir voru sendir til fyrirtækjaskrár RSK eins og heimilt hafi verið samkvæmt útboðsgögnum. Engar athugasemdir hafi borist frá fyrirtækjaskrá RSK við ársreikninga kæranda. Varnaraðili geti ekki gert ríkari kröfur um ársreikninga en fyrirtækjaskrá RSK geri. Þessi gögn staðfesti að kærandi uppfylli kröfu útboðsgagna um eigið fé. Þá hafi varnaraðila á grundvelli meðalhöfsreglu borið að gefa kæranda færi á að bæta úr annmarka á tilboði sínu að þessu leyti hafi hann talið tilboðinu áfátt.

Þá byggir kærandi einnig á því að hann hafi fullnægt kröfum útboðsins um reynslu. Kærandi hafi starfað um eins og hálfis árs skeið í flugi á norðlægum slóðum að sumar- og

vetrarlagi og flogið verkefni fyrir ýmsar stofnanir auk þess að sinna leiguflugi og útsýnisflugi. Þá hafi aðalflugmaður kæranda og flugrekstrarstjóri verið flugrekstrarstjóri Air Atlanta 2002-2004. Air Atlanta hafi verið með yfir 40 þotur í sínum rekstri og fullyrðingar kæranda um að fyrirtækið hafi einungis flogið stórum leiguvélum úti í heimi en ekki við vetraraðstæður, eins og krafa hafi verið gerð um í útboðinu, séu rangar. Þá hafi flugrekstrarstjórinn áratuga reynslu af störfum sem flugmaður, flugstjóri, þjálfunarstjóri og öryggisfulltrúi hjá Icelandair, auk þess sem hann hafi víðtæka reynslu af flugöryggismálum, eftirlitsstöfum hjá Flugmálastjórn Íslands og sem flugmaður við ýmis erfið veðurskilyrði. Þá sé krafa útboðsgagna um reynslu af flugrekstri ekki nánar skilgreind í útboðsgögnum og óljóst sé hvað í henni felist. Þá hafi engin krafa verið gerð um að reynsla skyldi hafa fengist á sambærilegum flugvélum og útboðið hafi kallað á. Þá hafi gögn sem fylgt hafi með tilboði kæranda gert ráð fyrir kostnaði vegna leigu á flugvélum í rekstraráætlun kæranda þó leigusamningar hafi ekki verið undirritaðir. Fullyrðingar varnaraðila um að engar flugvélar yrðu til reiðu séu því úr lausu lofti gripnar.

### III

Varnaraðili byggir á því að hann hafi afturkallað upphaflega ákvörðun sína um val tilboðs Norlandair ehf. þar sem mögulega hafi verið gerð mistök við mat á tilboðum og hvort bjóðendur uppfylltu kröfur útboðsgagna. Sú afturköllun hafi verið heimil og hafi ekki sætt kærnu til kærunefndar útboðsmála. Í kjölfarið hafi varnaraðili óskað eftir framlengingu tilboða bjóðenda. Bæði Flugfélagið Ernir ehf. og Norlandair ehf. hafi samþykkt framlengingu tilboða sinna en kærandi ekki. Sú höfnun sýni fram á að kæranda hafi ekki verið alvara með kröfum sínum. Hún geti hins vegar ekki leitt til þess að útboðsferlið eða kærufurferlið sé ónýtt, enda væri ótækt ef einn bjóðandi gæti við þessar aðstæður ráðið úrslitum útboðsins með því að hafna framlengingu á gildistíma tilboðs síns.

Varnaraðili byggir einnig á því að tilboð kæranda hafi ekki fullnægt kröfum útboðsgagna um reynslu. Í útboðsgögnum hafi verið gerð krafa um að handhafi flugrekandaskírteinis eða aðilar sem kæmu að rekstri bjóðenda skyldu hafa minnst tveggja ára marktæka reynslu af flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Fyrir liggir að kærandi sjálfur, sem handhafi flugrekstrarskírteinis, hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna að þessu leyti enda hafi flugrekandaskírteini hans fyrst verið gefið út tæplega einu og hálfu ári fyrir skil tilboða. Þá hafi fyrirsvarsmaður kæranda reynslu af ýmsum störfum sem tengist loftferðum en ekki reynslu af flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Jafnframt geti reynsla hans í störfum fyrir Air Atlanta ekki talist fullnægja kröfum útboðsgagna að þessu leyti þar sem það flugfélag sinni ekki flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Í öllu falli hafi kærandi ekki rökstutt, hvorki í útboðsferlinu né í kærumáli þessu, að fullnægt sé kröfum útboðsgagna

um reynslu. Þá hafi kærandi heldur ekki fullnægt kröfum útboðsgagna um jákvætt eigið fé. Framlagðir ársreikningar kæranda hafi ekki verið áritaðir eins og útboðsgögn hafi áskilið. Þá hafi verið vafi um hvort eigið fé kæranda hafi í raun verið jákvætt eins og ársreikningarnir hafi sýnt þar sem eigið fé hafi einungis orðið jákvætt vegna þess að hluthafar í kæranda hafi breytt skuldum félagsins við þá í hlutafé. Hins vegar hafi skuldbreytingin ekki átt sér stað við opnun tilboða og því hafi eigið fé kæranda verið neikvætt á þeim tíma. Jafnframt hafi önnur boðin flugvél kæranda ekki uppfyllt skilyrði útboðsgagna að geta tekið 15 farþega. Hin boðin flugvél kæranda hafi fullnægt öllum kröfum útboðsgagna en ekkert í tilboðsgögnum hafi bent til þess að kærandi ætti eða hefði umráð yfir vélinni eða hefði gert ráðstafanir til þess að svo mætti verða. Þá hafi tilboð kæranda verið óeðlilega lágt og hefði kærandi verið talin fullnægja kröfum útboðsgagna hefði varnaraðili óskað skýringa á fjárhæð tilboðs hans á grundvelli 81. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Norlandair ehf. byggir á því að kærufrestur sé liðinn hvað varðar athugasemdir kæranda um kröfur útboðsgagna um reynslu af flugrekstri við vetraraðstæður á norðlægum slóðum. Auk þess komi ekkert fram í kæru sem sýni fram á að kærandi hafi fullnægt kröfum um reynslu. Þá hafi kærandi ekki skilað inn árituðum ársreikningi og árshlutareikningi eins og gerð hafi verið óúndanþæg krafa um í útboðsgögnum. Enn fremur verði ekki séð að kærandi hafi tryggt sér þær flugvélar sem nauðsynlegt sé að búa yfir til að geta sinnt þeirri þjónustu sem boðin hafi verið út.

#### 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 ólögmæt. 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 Flugfélaginu Erni ehf. 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 nýja ákvörðun 14. október 2020 um val tilboða Norlandair ehf. í flugleiðir F1 og F2 og Flugfélagsins Ernis ehf. 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 fella úr gildi ákvarðanir varnaraðila um val tilboða og höfnun á tilboði kæranda og um að útboðið skuli fara fram að nýju.

Kærandi krefst þess einnig að kærunefnd veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila vegna „höfnunar og ógildingar á tilboði hans.“ Í máli þessu liggur fyrir að kærandi upplýsti varnaraðila um það með tölvubréfi 21. september 2020 að honum væri ómögulegt af tæknilegum ástæðum

að framlengja gildistíma tilboðs síns, eins og varnaraðili fór fram á. Verður því að miða við að tilboð kæranda hafi ekki getað orðið fyrir valinu við endanlega ákvörðun varnaraðila um val tilboða hinn 14. október 2020, þar sem það var þá ekki lengur í gildi. Verður því ekki talið að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga um opinber innkaup.

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

#### Úrskurðarorð:

Öllum kröfum kæranda, Flugfélags Austurlands 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