

*Alþingi*  
*Erindi nr. P 141/1872*  
*komudagur 5.3.2013*

**From:** [Haraldur.Steinthorsson@fjr.is](mailto:Haraldur.Steinthorsson@fjr.is) [<mailto:Haraldur.Steinthorsson@fjr.is>]

**Sent:** 5. mars 2013 10:56

**To:** Eiríkur Áki Eggertsson

**Cc:** [gudrun.ogmundsdottir@fjr.is](mailto:gudrun.ogmundsdottir@fjr.is)

**Subject:** Fw: Úrskurðir kæruneftndar útboðsmála í málum vegna samningskaupaferils Strætó bs. nr. 12903

Sæll Eiríkur.

Meðfylgjandi eru úrskurðir úrskurðarneftndar sem ég nefndi í símtalinu áðan. Úrskurðarneftndin telur að "þegar uppi er staðið" hafi breytingarnar sem gerðar voru á OIL 2010 ekki dugað til að bæta úr þeim ágöllum sem komu til kastar Hæstaréttar í máli nr. 714/2010.

"Svo sem áður greinir komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu í máli nr. 714/2010 að gildissvið 7. gr. laga nr. 84/2007 væri óljóst. Var það niðurstaða kæruneftndar útboðsmála í kjölfarið að nefndin gæti ekki fjallað um mál á grundvelli tilskipunar nr. 2004/17/EB. Með setningu laga nr. 56/2011 var ætlað að bæta úr þessum óskýrleika. Kæruneftnd útboðsmála telur hins vegar þegar upp er staðið að ákvæði 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 gangi gegn skýru ákvæði 2. mgr. 91. gr. laganna. Fær nefndin því ekki séð, þrátt fyrir breytingu á 3. mgr. 7. gr. laganna, að innkaup á grundvelli tilskipunar nr. 2004/17/EB falli undir lögsögu nefndarinnar. Af þeirri ástæðu verður að vísa öllum kröfum í máli þessu frá kæruneftnd útboðsmála."

Enda þótt ráðuneytið sé á annarri skoðun þá teljum við að hægt sé að koma til móts við þetta sjónarmið með tillögu um breytingu á lögnum, sú tillaga ætti að geta borist þér með tölvupósti síðar í dag.

Kveðja,

---

Haraldur Steinþórsson, lögfræðingur / Legal Adviser  
Fjármála- og efnahagsráðuneytið / Ministry of Finance and Economic Affairs  
Lögfræðisvið / Legal Department  
Arnarholi, 150 Reykjavík, Iceland  
Sími / Tel (+354) 545 9378  
[www.fjr.is](http://www.fjr.is)

2. mgr. 91. gr. orðast svo:

Hlutverk kærufndar útboðsmála er að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum þessum og reglum settum samkvæmt þeim, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunarinnar, tilskipunar nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, svo og annarra EES-gerða, sem þar er vísað til.

## Skýring

Með breytingunni eru tekin af tvímæli um að efnisleg lögsaga kærufndar útboðsmála nái einnig til þeirra EES-reglna sem vísað er til í lögnum og reglum settum samkvæmt þeim. Samkvæmt þessu á ekki að fara á milli mála að nefndin fjallar einnig um kærur vegna ætlaðra brota gegn hvers kyns EES-reglum sem vísað er til í lögnum eða vísað er til í stjórnvaldsfyrirmælum settum samkvæmt lögnum, þ.á m. þeirri reglugerð sem sett er með heimild í 3. mgr. 7. gr. laganna um innkaup á sviði stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu.

Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. laganna gilda ákvæði XIV. kafla um kærufnd útboðsmála m.a. um samninga sem falla undir tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu. Tilskipunin er hins vegar leidd í íslenskan rétt með reglugerð með heimild í 3. mgr. greinarinnar (sbr. nú reglugerð nr. 755/2007 um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti með síðar breytingum).

Samkvæmt núgildandi ákvæði 2. mgr. 90. gr. gr. nær hlutverk kærufndar útboðsmála m.a. til þess að fjalla um ætluð brot gegn „reglum settum samkvæmt lögnum“. Í samræmi við þetta orðalag, sem er einnig í samræmi við fyrri löggjöf, hefur verið gengið út frá því um langt skeið í framkvæmd að kærufnd útboðsmála hefði vald til þess að fjalla um kærur vegna brota á reglugerð um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti og þar með þeirri tilskipun sem hún vísaði til (tilskipun nr. 2004/17/EB). Þrátt fyrir þetta hefur kærufnd útboðsmála nýlega komist að þeirri niðurstöðu að um þetta efni ríki vafi (sjá úrskurð kærufndar útboðsmála 28. febrúar 2013 í máli nr. 30/2012).

Þar sem brýnt er að fyrirtæki sem starfa á sviði vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti eigi kost á því að skjóta kærum vegna ætlaðra brota á fyrrnefndri reglugerð, og þeirri tilskipun sem hún leiðir í íslensk lög, til kærufndar útboðsmála, þykir rétt að taka af öll tvímæli um valdsvið nefndarinnar að þessu leyti.

Athygli er vakin á því að lögð er til sérregla um lögsögu kærufndar útboðsmála gagnvart innkaupum sveitarfélaga í b-lið 8. gr. frumvarps.

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 28. febrúar 2013

í máli nr. 30/2012:

Klettur – sala og þjónusta ehf.

gegn

Strætó bs.

Með bréfi, dags. 8. október 2012, kærir Klettur – sala og þjónusta ehf. ákvörðun Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar fyrir hönd Strætó bs. um að synja kæranda áframhaldandi þátttöku í samningskaupaferli nr. 12903 um endurnýjun strætisvagna. Kærandi gerir eftirfarandi kröfur:

1. Að innkaupaferli kærða í samningskaupum nr. 12903 „Endurnýjun strætisvagna“ verði stöðvað þar til niðurstaða kærunefndar liggur fyrir samkvæmt 96. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.
2. Að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun kærða að synja kæranda um áframhaldandi þátttöku í samningskaupum nr. 12903, sbr. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 og að kærða verði gert að velja kæranda til þátttöku í útboðinu eða kærða verði ella gert að bjóða áhugasömum aðilum að sækja um þátttöku í samningskaupum að nýju, að viðlögðum dagsektum, sbr. 4. og 5. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.
3. Að kærða verði gert að greiða kæranda þann kostnað sem hann hefur þurft að bera vegna kærunnar.

Kærða var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Athugasemdir kærða bárust kærunefnd útboðsmála með bréfum, dags. 11. október 2012 og 25. sama mánaðar. Krefst kærði þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og að kærunefnd úrskurði kæranda til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Með ákvörðun 31. október 2012 stöðvaði kærunefnd útboðsmála innkaupaferli kærða í samningskaupum nr. 12903 „Endurnýjun strætisvagna“ þar til endanleg niðurstaða kærunefndar útboðsmála lægi fyrir.

Kærði óskaði eftir rökstuðningi kærunefndar vegna fyrrgreindrar ákvörðunar með tölvupósti 2. nóvember 2012 og varð nefndin við því með erindi 8. sama mánaðar. Óskaði nefndin jafnframt eftir nánari skýringum og gögnum varðandi tiltekin atriði í mati á umsóknum þátttakenda í umþrættu samningskaupaferli. Athugasemdir kærða eru dagsettar 29. sama mánaðar. Endanlegar athugasemdir kæranda eru dagsettar 21. desember sama ár.

## I.

Kærandi lýsir málavöxtum þannig að málið varði ákvörðun innkaupadeildar Reykjavíkurborgar, sem umsjónaraðila samningskaupa nr. 12903, um hæfi umsækjenda til áframhaldandi þátttöku í samningskaupaferlinu, sem ljúka eigi með gerð rammasamnings við allt að þrjá aðila sem verða fyrir valinu í samningskaupaferlinu.

Í samningskaupalýsingu kom fram að kærði óskaði eftir áhugasömum aðilum til þess að taka þátt í innkaupaferli vegna endurnýjunar strætisvagna. Þá kom þar fram að til samningskaupanna yrðu valdir þeir aðilar sem skiluðu inn umsókn og uppfylltu hæfisskilyrði samningskaupalýsingarinnar og skilmála hennar. Skyldu áhugasamir aðilar senda umsókn ásamt nauðsynlegum fylgigögnum eigi síðar en 7. september 2012. Í samningskaupalýsingunni var gert ráð fyrir að samningskaupaferlið hæfist 10. september 2012 og yrði lokið 15. nóvember 2012. Þá kom fram að samningskaupin hefðu verið auglýst á EES-svæðinu. Kærandi sendi inn umsókn ásamt fylgiskjölum í samræmi við samningskaupalýsinguna innan tilskilins frests.

Kærandi greinir frá því að honum hafi borist bréf kærða 2. október 2012, dagsett sama dag, þar sem honum hafi verið kynnt sú niðurstaða kærða að kærandi hafi ekki verið metinn hæfur til áframhaldandi þátttöku í samningskaupaferlinu. Í bréfinu sé vísað til þess að ráðgjafahópur Strætó bs. hafi farið yfir þær umsóknir sem bárust vegna samningskaupanna og metið þær með tilliti til krafna samningskaupalýsingarinnar. Eftir þá yfirferð hafi niðurstaða kærða verið að sex aðilar hafi skilað inn fullnægjandi gögnum og því metnir hæfir til áframhaldandi þátttöku í samningskaupunum. Kærandi hafi ekki verið á meðal þeirra þar sem hann hafi ekki uppfyllt kröfur sem gerðar voru í samningskaupalýsingu um gerð og frágang umsókna. Í bréfinu er sérstaklega vísað til þess að (i) ekki hafi verið gerð grein fyrir nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni og að (ii) ekki hafi verið gert grein fyrir því hvernig umsækjandi hygðist standa að þjónustu á samningstíma.

Kærandi sendi kærða bréf 3. október 2012, þar sem óskað var eftir endurskoðun framangreindrar ákvörðunar kærða. Þá var ennfremur óskað eftir því að kæranda yrði veitt heimild til áframhaldandi þátttöku í samningskaupum, enda hefði kærandi talið sig hafa skilað öllum nauðsynlegum fylgigögnum með umsókninni og uppfylla að öllu leyti hæfisskilyrði samningskaupalýsingarinnar. Kærði hafnaði sjónarmiðum kæranda með bréfi, dags. 5. október 2012.

## II.

Kærandi byggir kröfur sínar einkum á því að ákvörðun kærða um að velja ekki kæranda til þátttöku sé ekki í samræmi við samningskaupalýsingu og skilmála hennar sem og markmið

og tilgang laga nr. 84/2007, enda beri tilboð kæranda með sér að hann fullnægi öllum hæfisskilyrðum samningskaupalýsingarinnar.

Hvað snertir upplýsingar um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni byggir kærandi á því að meðfylgjandi umsókn hans hafi verið ítarlegar upplýsingar sem að þessu lutu, sem var að finna í fylgiskjali 12 með umsókn. Þar má finna bækling frá Scania, framleiðanda strætisvagnanna, sem greinir frá framtíðarsýn Scania varðandi nýja orkugjafa sem og hvað unnt sé að gera í dag með þeim vélum sem Scania hefur upp á að bjóða. Fram komi í bæklingnum að Scania sé fyrstur framleiðanda til að bjóða upp á algera breytingu í fljótandi endurnýtanlegu eldsneyti og sé því brautryðjandi á því sviði, en það sé einmitt áhugaverður kostur fyrir kærða. Þá sé ítarlega gerð grein fyrir Scania ethanol fólksflutningabifreiðum og 20 ára reynslu þeirra, nýrri 9-lítra ethanol vél, Scania Hybrid Concept Bus, sem sé í stöðugri þróun og hafi verið til reynslu í Stokkhólmi. Þessi bifreið minnki koltvísýringsútblástur um 90%. Þá komi fram að erlend stofnun, „The Clinton Climate Initiative“, líti á Scania ethanol drifna vagna sem eina af bestu lausnum til að minnka koltvísýringsútblástur í borgarumferð. Ennfremur sé greint frá framtíðarsýn Scania um að lækka megi útblástur koltvísýrings í vélum félagsins um 50% til ársins 2020 með því að auka notkun endurnýtanlegs eldsneytis, þróun á vögnum, tvinntækni o.fl. Að síðustu bendir kærandi á að fram komi í bæklingnum að Scania vélar geti notað ethanol, „biodiesel“, „synthetic diesel“ og „biogas“. Samkvæmt framansögðu telur kærandi ljóst að Scania hefur um árabíl einbeitt sér að nýsköpun og þróun nýrra orkugjafa við framleiðslu strætisvagna sinna og markað sér skýra stefnu allt fram til ársins 2020.

Af framanröktu telur kærandi ljóst að gerð hafi verið fullnægjandi grein fyrir nýsköpun og þróun framleiðandans á nýjum orkugjöfum. Byggir kærandi á því að enginn sé betur fallinn til þess að gefa slíkar upplýsingar en framleiðandinn sjálfur, enda geri orðalag samningskaupalýsingarinnar ráð fyrir að upplýsingarnar stafi frá framleiðanda strætisvagnanna en ekki umsækjanda. Kærandi hafnar alfarið því sjónarmiði kærða, sem fram kom í bréfi hans 5. október 2012, að ekki sé unnt að fallast á að gögnin beri með sér að slík nýsköpun og þróun eigi sér stað hjá framleiðanda vagnanna þar sem þau séu þriggja og fjögurra ára gömul. Kærandi bendir á að engin krafa hafi verið gerð til aldurs upplýsinganna í samningskaupalýsingunni, en í bæklingnum er meðal annars lýst 20 ára reynslu framleiðandans af notkun endurnýjanlegra orkugjafa í strætisvögnum og framtíðarsýn hans á því sviði allt fram til ársins 2020. Þær upplýsingar sem fram komi í bæklingnum séu því í fullu gildi og sýni svo ekki verði um villst að framleiðandi sinni nýsköpun og þróun nýrra orkugjafa og hafi mótað sér framtíðarsýn í þeim efnum. Í því samhengi bendir kærandi á að samningskaupaferlið miði að því að gerður verði rammasamningur við allt að þrjá aðila til

allt að sex ára og muni samningurinn því sennilega renna sitt skeið árið 2018 eða 2019. Telur kærandi að sú framtíðarsýn framleiðandans sem lýst sé í bæklingnum sé einmitt í fullu samræmi við yfirlýst markmið Strætó bs. í samningskaupalýsingunni um að draga úr losun gróðurhúsalofttegunda næstu 10 árin með frekari notkun á umhverfisvænum orkugjöfum og/eða orkutækni. Kærandi telur sig því hafa fullnægt öllum þeim kröfum sem gerðar voru í samningskaupalýsingunni að því er varðar upplýsingagjöf um nýsköpun og þróun framleiðanda á nýjum orkugjöfum. Ákvörðun kærða um að synja honum þátttöku í samningskaupunum verði því ekki byggð á því að þær upplýsingar hafi ekki fylgt umsókn hans.

Hvað snertir upplýsingar um það hvernig umsækjandi hyggist standa að þjónustu á samningstíma byggir kærandi á því að hann hafi að sama skapi skilað greinargóðum upplýsingum um hvernig hann ætli að standa að þjónustu á samningstímanum. Í kafla 16, fylgiskjali M, sé að finna greinargerð frá kæranda þar sem staðfest sé að hann geti boðið framúrskarandi þjónustu á vögnum í eigu Strætó bs. Er þar sérstaklega rakin stærð húsnæðis félagsins, fjölda starfsmanna, þar með talið tæknimanna með áralanga reynslu, upplýsingar um hjólbarða- og smurþjónustu fyrir vörubíla og önnur stór tæki, upplýsingar um útkallsþjónustu allan sólarhringinn fyrir viðgerðir, varahluti og hjólbarða. Ennfremur sé þar rakið að félagið bjóði þjónustusamning fyrir Scania bíla og sé eini viðurkenndi þjónustuaðilinn á Íslandi fyrir ZF, sem framleiðir meðal annars stýrisvélar og sjálfskiptingar, en búnaður frá ZF sé sennilega í öllum vögnum Strætó bs. Þessari greinargerð til viðbótar skilaði félagið inn kynningu í kafla 2 sem vísað var til í greinargerðinni. Þar koma meðal annars fram frekari upplýsingar um menntun og reynslu starfsmanna á verkstæði, að félagið vinni eftir DOS stöðlum frá Scania og að félagið hafi á að skipa tíu sérútbúnum þjónustubifreiðum. Með þessum upplýsingum séu uppfylltar kröfur um greinargerð um þá þjónustu sem umsækjandi geti veitt, sbr. ákvæði 1.2.2. í samningskaupalýsingu, þar með talið að kærandi bjóði upp á viðgerða- og varahlutaþjónustu allan sólarhringinn allan ársins hring. Þessu til viðbótar er á það bent að Strætó bs. reki fjölda Scania bifreiða og hafi kærandi innt af hendi þjónustu fyrir Strætó bs. til margra ára svo kærða sé fullkunnugt um hæfni kæranda til að standa að þjónustu strætisvagnanna. Með vísan til þessa telur kærandi að hann hafi nægilega gert grein fyrir tilhögun þjónustu sinnar og afgreiðslutíma.

Kærandi vísar til 1. gr. laga nr. 84/2007 þar sem fram komi að tilgangur laganna sé að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum innkaupum með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu. Kærandi telur einsýnt að það hljóti að vera hagkvæmast fyrir varnaraðila að sem flestum hæfum aðilum sé gefinn kostur á að taka þátt í

samningskaupunum, enda séu þá auknar líkur á því að kaupanda takist að gera rammisamning við aðila sem bjóði bestu heildarlausnirnar og hagstæðustu tilboðin. Ákvörðun um að meina aðila, sem augljóst sé að fullnægi öllum hæfisskilyrðum samningskaupalýsingarinnar um þátttöku í samningskaupunum á grundvelli huglægrar afstöðu varnaraðila um aldur upplýsinga frá framleiðanda annars vegar og framsetningar kæranda á upplýsingum um eigin þjónustu hins vegar stríði þannig bersýnilega gegn markmiði og tilgangi laganna.

Kærandi bendir á, að gefnu tilefni, að kærandi krefjist þess ekki að honum sé gert kleift að koma að frekari upplýsingum, heldur þess að varnaraðili kynni sér efnislega þær upplýsingar sem lagðar voru fram með umsókn kæranda og beri slíkt saman við samningskaupalýsinguna annars vegar og umsóknir og fylgiskjöl annarra umsækjenda hins vegar. Þá bendir kærandi jafnframt á að samningskaupalýsingin geri sérstaklega ráð fyrir því að hæfir aðilar fái tækifæri til að kynna búnað sinn í viðræðum við kærða í kjölfar fyrsta stigs innkaupaferlisins. Samningskaupalýsingin geri því bersýnilega ráð fyrir að unnt verði að veita kærða og/eða kaupanda ítarlegri upplýsingar á síðari stigum ferlisins.

ooo

Kærandi telur ljóst af viðbótarathugasemdum kærða að kærði hafi brotið gegn ákvæðum samningskaupalýsingar og meginreglu 14. gr. laga nr. 84/2007 við mat á fjárhagslegu hæfi Aflvéla ehf./Solaris. Kærði hafi annars vegar metið Aflvélar ehf./Solaris hæfa þrátt fyrir að tilskilin fylgigögn hafi vantað um fjárhagslegt hæfi beggja fyrirtækja auk þess sem fjárhagslegt hæfi Aflvéla ehf. hafi eingöngu verið metið út frá upplýsingum er varði Solaris. Hins vegar hafi kærði heimilað sömu umsækjendum að koma að nauðsynlegum gögnum eftir að umsóknir hafi verið opnaðar 7. september 2012. Ennfremur telur kærandi ljóst að upplýsingagjöf Aflvéla ehf. um fjárhagslegt hæfi hafi verið ófullnægjandi. Þá bendir kærandi á að ótækt sé að kærði gefi sumum umsækjendum aflsátt af kröfum sem skýrlega séu settar fram í samningskaupalýsingu en öðrum ekki.

Kærandi undirstrikar að í viðbótarathugasemdum kærða komi fram að um hafi verið að ræða útboð á EES-svæðinu og því hafi sérstaklega þurft að gæta að því að kröfur um gögn vegna fjárhagslegs hæfis hafi ekki verið til þess fallnar að mismuna þátttakendum á grundvelli þjóðernis. Telur kærandi að slík röksemd standi órökstudd og ekki fáist séð með hvaða hætti staðfesting á lágmarksveltu síðastliðinna þriggja ára eigi að vera til þess fallin að mismuna þátttakendum á grundvelli þjóðernis. Hafnar hann því þessari röksemd kærða.

Kærandi bendir á að á sama tíma og framangreindir umsækjendur hafi átt þess kost að skila inn afar mikilvægum viðbótarupplýsingum sem skýrlega hafi verið teknar fram í samningskaupalýsingu, tæpum mánuði eftir að skila hafi átt öllum fylgigögnum með

umsókn, hafi kærandi verið metinn óhæfur til að taka þátt í samningskaupaferlinu þrátt fyrir að hafa skilað inn öllum nauðsynlegum upplýsingum með umsókn sinni. Telur kærandi að með því hafi kærði bersýnilega brotið gróflega gegn meginreglu 14. gr. laga nr. 84/2007. Þá bendir kærandi á að upplýsingar um fjárhagslegt hæfi hljóti að veða þyngra en þær upplýsingar sem kærði haldi fram að kærandi hafi ekki skilað inn með umsókn sinni.

Kærandi vísar á bug röksemdum kærða um að í umsókn kæranda hafi ekki verið vikið að áformum hans um hvernig félagið „hygðist“ standa að þjónustunni heldur „eingöngu fjallað um þá þjónustu sem fyrirtækið veitir í dag“. Kærandi telur það afar öfugsnúið að hann eigi að gjalda fyrir að bjóða nú þegar upp á góða þjónustu og fullnægja öllum skilyrðum samningskaupalýsingar, þar á meðal um tæknilegt hæfi. Það sé auðvelt að slá fram fullyrðingum um hvað umsækjendur hafi í hyggju að gera, en annað að standa við slíkar fullyrðingar.

Kærandi bendir á að í viðbótarathugasemdum kærða komi fram að fyrirtækið Shenzhen BYD Auto Co. Ltd. hafi ekki skilað inn EB-gæðavottun, en hafi hafið ferli til að fá slíka gæðavottun samkvæmt tilskipun 2007/46/EB. Kærandi leggur áherslu á að þessi umsækjandi hafi verið metinn hæfur til þess að taka þátt í samningskaupaferlinu, þrátt fyrir verulegan annmarka á tilskilinni upplýsingagjöf. Enn á ný víki kærði frá kröfum samningskaupalýsingarinnar með því að líta framhjá skilyrði um EB-gæðavottun, í það minnsta að leyfa félaginu að koma að slíkri vottun síðar þegar hún liggi fyrir.

Kærandi áréttar að fylgiskjöl með umsókn hans hafi verið fullnægjandi. Kærða hafi því borið að meta kæranda hæfan til að taka þátt í samningsgerðinni. Ákvörðun kærða um að synja honum þátttöku í samningskaupum verði ekki byggð á því að framangreindar upplýsingar hafi ekki fylgt umsókn hans.

### III.

Kærði vekur athygli á því að það sé Strætó bs. sem sé hinn opinberi kaupandi í skilningi 2. og 5. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu og að innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar sé framkvæmdaraðili útboðsins í samræmi við þjónustusamning við Strætó bs. Í stað þess að Reykjavíkurborg hafi farið fram á frávísun málsins frá kærunefnd á grundvelli aðildarskorts tekur Strætó bs. til varna með athugasemdum sem réttur varnaraðili.

Kærði byggir kröfu sína um höfnun krafna kæranda á því að ákvörðun um að synja kæranda um frekari þátttöku í ferlinu hafi verið lögmat. Mat á hæfi kæranda til að taka þátt í samningskaupaferlinu hafi farið fram á grundvelli innsendra gagna og hafi sú skoðun leitt í



I ljós að kærandi uppfyllti ekki hæfiskröfur samningskaupagagna sem þar voru settar fram í samræmi við skilyrði 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB, sbr. 7. gr. laga nr. 84/2007 og 1. gr. reglugerðar nr. 755/2007. Þykir því að mati varnaraðila í ljós leitt að honum hafi verið óheimilt annað en að hafna frekari þátttöku kæranda í samningskaupafærlinu. Fram komi í tilkynningu til kæranda, dags. 2. október 2012, að gerð og frágangi umsóknar kæranda hafi verið ábótavant þar sem ekki hafi legið fyrir greinargerð um nýsköpun og þróun auk þess sem greinargerð um þjónustu skorti.

Kærði vísar til þess að í gr. 1.2.2. í samningskaupalýsingu séu tilgreind þau gögn sem fylgja skyldu umsókn um þátttöku. Þar segi undir þættinum „reynsla“ að leggja skuli fram greinargerð um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni í framleiðslu og framtíðarsýn framleiðanda. Þá sé nánar fjallað um hæfisskilyrði í gr. 1.2.7. þar sem vísað sé til þess að gerðar séu þær kröfur að framleiðandi sé með í gangi nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni. Með umsókn kæranda hafi fylgt bæklingur frá framleiðanda, útgefinn árið 2008, þar sem fjallað sé meðal annars um ethanol drifna vagna. Þá hafi einnig fylgt fréttatilkynning frá framleiðanda frá árinu 2009. Með vísan til gr. 1.2.7. í samningskaupagögnum, þar sem skýrlega sé kveðið á um að framleiðandi skuli vera með í gangi nýsköpun og þróun sé ekki unnt að fallast á að fyrirbyggjandi gögn sem séu annars vegar fjögurra ára gömul og hins vegar þriggja ára feli í sér staðfestingu á að slíkt vinna sé til staðar hjá framleiðanda í dag. Þrátt fyrir að á einum stað í kynningarbæklingi sé vísað til áætlunar til ársins 2020 liggi þannig ekki fyrir neinar upplýsingar um að framleiðandi sé í dag að fylgja slíkri áætlun eða hafi eftir atvikum bætt við hana eða breytt. Kærandi hafi því ekki uppfyllt umræddar hæfiskröfur.

Að því er varðar kröfu um greinargerð um þjónustu, sbr. einnig gr. 1.2.2., beri að líta til þess að leggja skyldi fram greinargerð um þjónustu sem umsækjandi gæti veitt og gera grein fyrir hvernig umsækjandi hygðist standa að almennri viðhaldsþjónustu og tæknilegri ráðgjöf, varahlutalager, viðbrögðum við sérhæfðri viðgerðarþjónustu og afgreiðslutíma varahluta. Þá komi fram í gr. 1.2.7. að tiltekin viðgerðarþjónusta og varahlutalager skuli vera til staðar hér á landi.

Með umsókn kæranda hafi fylgt almenn lýsing á þjónustu kæranda. Sú lýsing hafi ekki náð til allra þeirra þátta sem óskað hafi verið eftir að fram kæmu í greinargerð, sbr. orðalag gr. 1.2.2. Þannig sé ekki tilgreint sérstaklega hvernig kærandi hafi ætlað sér að standa að viðhaldsþjónustu og tæknilegri ráðgjöf til kærða, ekki hafi verið gerð nánari grein fyrir viðbrögðum við sérhæfðri viðgerðarþjónustu fyrir kærða eða afgreiðslutíma varahluta. Sé því ljóst að hin almenna lýsing sem lögð var fram með umsókninni hafi ekki verið þannig úr garði gerð að unnt hafi verið að líta svo á að kærandi uppfyllti framangreindar hæfiskröfur.

Kærði lítur svo á að honum hafi ekki verið skylt að gefa kæranda kost á að leggja fram ný gögn um framangreinda þætti þar sem það hefði verið til þess fallið að bæta stöðu hans eftir opnun umsókna og þar með raska jafnræði bjóðenda. Bendir kærði sérstaklega á að kröfur samningskaupagagna um hvað skyldi koma fram í umbeðnum greinargerðum og á hvaða forsendum þær upplýsingar yrðu metnar hafi verið skýrar og ítarlegar. Með hliðsjón af 2. og 3. mgr. 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB sé ljóst að kaupandi hafi verulegt svigrúm til að setja fram forsendur innkaupaferlis svo lengi sem það sé í samræmi við hlutlægar reglur og öruggt sé að valdir þátttakendur séu nógu margir til að tryggja næga samkeppni. Báðum þessum skilyrðum sé fullnægt að mati kærða í umræddu ferli. Þá bendir kærði á að sex þátttakendur af átta hafi uppfyllt allar hæfiskröfur og haldi því áfram í samningskaupaferlinu. Hefði kæranda verið í lófa lagið að skila inn greinargerðum sem fælu í sér nauðsynlegar upplýsingar svo hægt væri að leggja mat á hæfi hans. Kærandi hafi tekið mikla áhættu með því að vanda umsókn sína ekki betur. Þá telur kærði rétt að áréttta sérstaklega að á Stætó bs. hafi ekki hvílt lögboðin skylda til að gefa kæranda kost á að leggja fram ný gögn um þessa þætti.

Kærði bendir á að skv. 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 nái gildissvið laganna aðeins til hins kærða innkaupaferlis að því er varðar XIV og XV. kafla laganna, það er að því er varðar valdsvið kærunefndar útboðsmála til að endurskoða ákvarðanir kærða í innkaupaferlinu og mögulega skaðabótaskyldu. Af þessu leiði að það séu eingöngu ákvæði tilskipunar nr. 2004/17/EB og reglugerðar nr. 775/2007 sem komi til skoðunar í málinu.

Kærði leggur áherslu á að kröfur samningskaupagagna um hvað ætti að koma fram í umbeðnum greinargerðum og á hvaða forsendum þær upplýsingar yrðu metnar hafi verið mjög skýrar og ítarlegar. Með hliðsjón af 2. og 3. mgr. 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB sé ljóst að kaupandi hafi verulegt svigrúm til að setja fram forsendur innkaupaferlis svo lengi sem það sé í samræmi við hlutlægar reglur og tryggt sé að valdir þátttakendur séu nógu margir til að tryggja næga samkeppni. Báðum þessum skilyrðum hafi verið mætt í umræddu ferli.

Kærði telur að réttilega hafi verið staðið að vali á þátttakendum í umræddu samningskaupaferli og að ekkert í málatilbúnaði kæranda sýni fram á að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007 eða reglum settum samkvæmt þeim. Kærandi hafi ekki uppfyllt umræddar hæfiskröfur og hafi því ekki verið heimilt að halda áfram í innkaupaferlinu, sbr. ákvæði 1.2.8 um að þeir umsækjendur sem uppfylli skilyrði 1.2.7 um hæfi komist áfram í samningskaupunum. Með hliðsjón af framangreindu telur kærði að hafna beri öllum kröfum kæranda.

ooo

Í svari kærða við fyrirspurn kærunefndar útboðsmála setur kærði fram athugasemdir um að hann hafi ekki fengið að njóta andmælaréttar áður en kærunefnd hafi tekið ákvörðun um stöðvun útboðs. Telur hann ljóst af bréfi kærunefndar að nefndin hafi að verulegu leyti byggt ákvörðun sína á atriðum sem kærða hafi ekki verið kunnugt um og hafi ekki gefist tækifæri til þess að skýra nánar eða hreyfa andmælum við. Vísar hann til 13. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 í þessu efni. Telur hann að kærunefnd hafi borið skylda til þess að tilgreina sérstaklega þau atriði sem nefndin hafi talið leiða til þess að skilyrðum 1. mgr. 96. gr. laga nr. 84/2007 væri fullnægt. Þetta hafi nefndin ekki gert og því hafi ekki verið gætt að andmælarétti kærða í þessu máli. Er það mat kærða að brot á andmælarétti teljist verulegur annmarki sem leiði til þess að íþyngjandi ákvarðanir séu ógildanlegar.

Vegna fyrirspurnar kærunefndar útboðsmála um áhættumat Aflvéla ehf., sem dagsett er 2. október 2012, eftir opnun tilboða, vísar kærði til greina 1.2.1 og 1.2.2 í útboðslýsingu. Í fyrra ákvæðinu komi fram að ef fleiri en eitt fyrirtæki standa saman að umsókn skuli hvert fyrirtæki um sig skila inn umbeðnum gögnum en fyrirtækin fái umsögn eins og um eitt fyrirtæki væri að ræða. Með umsókn hafi átt að skila lánshæfiseinkunn frá viðurkenndu matsfyrirtæki, sbr. grein 1.2.2. Kærði greinir frá því að með umsókn Aflvéla ehf. / Sloaris hafi borist ársreikningur Solaris fyrir árið 2011, en óskað hafi verið eftir gögnum um lánshæfiseinkunn fyrirtækjanna með tölvupósti 1. október 2012 og hafi þau borist degi síðar.

Kærði bendir á að hafa beri í huga að þátttakendur hafi getað uppfyllt hæfiskröfur ýmist einir og sér eða í samstarfi við annan aðila. Umsókn Aflvéla ehf. og framleiðandans Solaris hafi því verið metin heildstætt. Þar sem ársreikningur síðarnefnda fyrirtækisins hafi fylgt umsókninni hafi verið litið svo á að rétt væri að gefa aðilunum kost á að leggja fram vottorð matsfyrirtækis, enda byggi matsfyrirtækin á upplýsingum úr ársreikningum við áhættumat. Telur kærði að hafa þurfi í huga að þar sem útboðið hafi farið fram á EES-svæðinu hafi þurft að gæta sérstaklega að því að kröfur um gögn vegna fjárhagslegs hæfis væru ekki til þess fallnar að mismuna þátttakendum á grundvelli þjóðernis. Þá vísar kærði til þess að áhættumat matsfyrirtækis sé eðli málsins samkvæmt dæmi um gögn sem stafi frá þriðja aðila en ekki bjóðanda sjálfum. Byggi þau á upplýsingum sem hafi orðið til fyrir opnunardag og hafi bjóðandi þannig ekki möguleika á því að hafa áhrif á niðurstöðu slíks mats. Að mati kærða sé því ekki unnt að líta svo á að í þessu tilfelli hafi Aflvélum ehf. / Solaris verið gefinn kostur á að bæta stöðu sína.

Í erindi kærunefndar var gerð athugasemd við það að fram hafi komið í gögnum að til dæmis starfsmannafjöldi Aflvéla ehf. væri takmarkaður og því fengist ekki séð að jafnræðis hafi verið gætt gagnvart kæranda. Kærði ítrekar að lögð hafi verið áhersla á að bjóðendur lýstu hvaða þjónustu þeir hygðust veita ef gengið yrði til samninga við þá. Þar sem um EES-

útboð hafi verið að ræða hafi kærði orðið að gæta þess að aðilar gætu tekið þátt í ferlinu án þess að hafa eiginlega starfsemi á umræddu sviði hér á landi nú þegar. Hafi því megináhersla verið lögð á hugmyndir þátttakenda um hvaða þjónustu þeir hygðust veita. Bendir kærði á að Aflvélar ehf. geri með mun ítarlegri hætti grein fyrir því hvaða þjónustu félagið hyggist veita, auk þess að leggja fram staðfestingu frá framleiðanda um ábyrgðir og þjónustu, svo sem tæknilega ráðgjöf og afhendingartíma varahluta. Það sama hafi átt við um greinargerð BL um væntanlega þjónustu. Þá leit kærði einnig til þess að BL hafi lagt fram staðfestingu frá framleiðanda, Irisbus, um heimild til að sinna ábyrgðarþjónustu og annarri þjónustu ásamt yfirliti yfir ábyrgðarskilmála. Kærði leggur áherslu á að í umsókn kæranda hafi ekki verið vikið að áformum fyrirtækisins um það hvernig það hygðist standa að þjónustunni heldur eingöngu fjallað um þá þjónustu sem fyrirtækið veiti í dag. Þá sé ekki að finna upplýsingar um hvaða hlutverki Scania muni gegna við þjónustuveitingu. Að mati kærða sé greinargerð kæranda ófullnægjandi að þessu leyti. Telur hann að umsækjanda hafi mátt vera ljóst að lýsing á núverandi þjónustu eingöngu væri ekki í samræmi við kröfur samningskaupagagna og að með því að skila eingöngu upplýsingum um núverandi þjónustu gæti hann ekki sýnt fram á hæfi sitt að þessu leyti.

Í erindinu var ennfremur bent á að gerð hafi verið krafa um EB-gæðavottun, en fyrirtækið BYD hafi ekki haft slíka vottun. Kærði vísar til greinar 1.1.2 í samningskaupalýsingu, þar sem fram kemur að eitt að meginmarkmiðum verkefnisins sé að draga úr losun gróðurhúsalofttegunda með aukinni áherslu á nýja orkugjafa eða orkutækni. Kærði bendir á að BYD hafi verið eini þátttakandinn sem hafi boðið upp á rafmagnsvagna. Taldi kærði því heimilt að byggja á yfirlýsingu IDIADA, sem sé gæðavottunarskrifstofa í Evrópu, um að BYD hafi hafið ferli til að fá gæðavottun samkvæmt tilskipun 2007/46/EB. Þá hafi verið lögð fram gögn um að vagnarnir hefðu ISO 9001 vottun. Með vísan til þess getur kærði ekki fallist á að handvömm hafi orðið að þessu leyti.

Með vísan til alls þess sem rakið hefur verið telur kærði í ljós leitt að umsækjendum hafi ekki verið mismunað við mat á hæfi þeirra í umræddu samningskaupaferli.

#### IV.

Með ákvörðun 31. október 2012 stöðvaði kærunefnd útboðsmála innkaupaferli það sem hér um ræðir. Kærði gerir athugasemdir við að hann hafi ekki fengið að njóta andmælaréttar áður en kærunefnd tók ákvörðun um stöðvun útboðs. Telur hann að kærunefnd útboðsmála hafi að verulegu leyti byggt ákvörðun sína á atriðum sem kærða hafi ekki verið kunnugt um og ekki gefist tækifæri til þess að skýra nánar eða hreyfa andmælum við.

Ákvæði 96. gr. laga nr. 84/2007 fjallar um stöðvun innkaupaferlis eða samningsgerðar

um stundasakir. Samkvæmt ákvæðinu getur kærufnd útboðsmála stöðvað innkaupaferli eða gerð samnings þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru telji nefndin að verulegar líkur séu á lagabroti. Það er hagur flestra sem standa að innkaupum að ferlið gangi greitt fyrir sig. Oft líður skammur tímur frá því tilboð eða viðsemjandi eru valin þar til gengið er frá samningi. Telji einhver á réttindum sínum brotið í ferlinu getur sá hinn sami kært innkaupin til kærufndar útboðsmála. Ákvörðun nefndarinnar um stöðvun er bráðabirgðaráðstöfun, sem leiðir til þess að mögulegt er að bregðast við brotum á lögum sem gilda um viðkomandi innkaup áður en þau eru frágengin. Kærufnd útboðsmála reynir jafnan að hraða málsmeðferð vegna stöðvunarkrafna, enda þótt nefndin leggi ríka áherslu að vanda til verka og gæta að ákvæðum stjórnsýslulaga nr. 37/1993 í einu og öllu. Þannig fá aðilar máls skemmri tíma til að koma athugasemdum sínum á framfæri vegna stöðvunarkrafna en áður en til endanlegs úrskurðar kemur, auk þess sem nefndin hefur styttri tíma til þess að fjalla um mál á þessu stigi.

Kærufnd útboðsmála miðar lögum samkvæmt við það að verulegar líkur séu á því að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007 á þeim tíma er nefndin fjallar um stöðvunarkröfu og stöðvar innkaupaferli til bráðabirgða. Slík ákvörðun þarf þó ekki sjálfkrafa að leiða til þess að úrskurður verði á þann veg að um lögbrot hafi verið að ræða. Þannig geta frekari skýringar og röksemdir aðila, auk nýrra gagna, varpað öðru ljósi á mál.

Gögn máls þessa eru afar umfangsmikil. Enda þótt aðeins hluti gagna málsins hafi verið fjölfaldaður og afhentur kærufnd útboðsmála, fékk nefndin öll gögn málsins til skoðunar. Fór kærufnd yfir gögn málsins í heild og komst að þeirri niðurstöðu að ýmis atriði bentu til þess að skilyrði stöðvunar væru uppfyllt. Óskaði nefndin ennfremur eftir frekari skýringum um þessi atriði, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga. Kærufnd útboðsmála hafnar því að kærða hafi ekki verið veittur andmælaréttur. Kærða var tilkynnt strax um kæru vegna samningskaupaferlis nr. 12903 og gefinn skammur frestur til þess að svara kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar. Athugasemdir kærða eru dagsettar 11. október 2012. Þar sem ákvörðun kærufndar útboðsmála um stöðvun er bráðabirgðaráðstöfun lítur nefndin svo á að miklu skipti að hraðað sé til verka. Aðilum máls gefst kostur á að koma að frekari athugasemdum, sem teknar eru til skoðunar við endanlegan úrskurð í málinu. Var það einnig svo í máli því sem hér um ræðir. Skilaði kærði tveimur bréfum til nefndarinnar með viðbótarathugasemdum, dagsettum 25. október 2012 og 29. nóvember sama ár. Standast fullyrðingar kærða um að andmælaréttur hans hafi ekki verið virtur því ekki og er hafnað.

Kærði ber því við að um innkaup þau sem um er deilt gildi tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/17/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu. Kærandi heldur því hins vegar fram

að þar sem um innkaup á strætisvögnum sé að ræða eða tilfallandi innkaup á vörum en ekki útboð á samgöngukerfi í heild sinni falli innkaupin utan gildissviðs tilskipunar nr. 2004/17/EB.

Ljóst er að Strætó bs. er tilgreint sem samningsstofnun á sviði flutninga í 8. viðbæti ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006 frá 2. júní 2006 um breytingu á XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn. Sú tilgreining ein og sér leiðir þó ekki endilega til þess að öll innkaup stofnunarinnar falli undir gildissvið tilskipunar nr. 2004/17/EB. Í 5. gr. tilskipunarinnar er fjallað um flutningaþjónustu. Kemur þar fram í 1. mgr. að tilskipunin gildi um starfsemi í tengslum við framboð eða starfsrækslu á kerfum sem þjóna almenningi á sviði flutninga með járnbrautum, sjálfvirkum kerfum, sporvögnum, rafknúnum strætisvögnum, hópþjónu eða togbrautum. Verður að telja að innkaup og viðhald strætisvagna séu svo órjúfanlegur þáttur í starfrækslu kerfis sem þjónar almenningi á sviði flutninga að ekki sé hægt að undanskilja það gildissviði tilskipunar nr. 2004/17/EB. Er því fallist á með kærða að tilskipun nr. 2004/17/EB gildi um samningskaupaferli það sem hér um ræðir.

Í 7. gr. laga nr. 84/2007 er mælt fyrir um samninga stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, en ákvæðið er svofellt:

„Lögin taka ekki til samninga sem undanþegnir eru tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sbr. 3.-7. gr. þeirrar tilskipunar, eins og hún hefur verið tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006, sem birt var 7. september 2006 í EES-viðbæti Stjórnartíðinda ESB nr. 44/2006, sbr. 2. mgr. 5. gr., 19. gr., 26. gr. og 30. gr. sömu tilskipunar.

Ákvæði XIV. og XV. kafla laga þessara gilda um samninga sem þeir kaupendur gera sem reka eina eða fleiri tegundir þeirrar starfsemi sem um getur í 3.-7. gr. þeirrar tilskipunar sem ræðir í 1. mgr. og eru gerðir vegna reksturs þeirrar starfsemi. Að öðru leyti taka lögin ekki til innkaupa þessara aðila.

Ráðherra skal í reglugerð mæla fyrir um innkaup þeirra aðila sem greinir í 2. mgr., til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins á sviði opinberra innkaupa samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið og öðrum milliríkjasamningum.“

Samningar, eins og sá sem hin kærðu innkaup taka til, falla utan meginreglu um útboðsskyldu opinberra aðila samkvæmt 30. gr. laga nr. 84/2007. Í dómi Hæstaréttar frá 2. desember 2010 í máli nr. 714/2009 voru efnisatriði 7. gr. laga nr. 84/2007 rakin. Talið var að þar sem ekki hefði verið sett reglugerð um innkaup þeirra aðila sem undanþegnir væru tilskipun nr. 2004/17/EB yrði að líta svo á að veitustofnanir væru hvorki bundnar af lögum

nr. 84/2007 né tilskipun nr. 2004/17/EB við innkaup. Með 1. gr. laga nr. 56/2011, sem breyttu lögum nr. 84/2007 og tóku gildi 31. maí 2011, var ætlun löggjafans að bæta úr þessum annmarka á lögnum. Var tilvísun til 1. mgr. í 3. mgr. 7. gr. laganna breytt og vísað til 2. mgr. sömu greinar í staðinn.

Í 2. mgr. 91. gr. laga nr. 84/2007 er fjallað um hlutverk kærunefndar og segir þar orðrétt að nefndinni sé ætlað að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum þessum, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunarinnar sem vísað er til í lögnum, og reglum settum samkvæmt þeim. Samkvæmt ákvæðinu er það því hlutverk nefndarinnar að leysa úr kærum vegna ætlaðra brota á lögum nr. 84/2007 og tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga frá 31. mars 2004, sbr. 24. töluliður 1. mgr. 2. gr. laga nr. 84/2007.

Að mati kærunefndar útboðsmála er ákvæði 2. mgr. 91. gr. laga nr. 84/2007 skýrt. Nefndin skal eingöngu leysa úr kærum vegna ætlaðra brota á lögum nr. 84/2007 eða tilskipunar nr. 2004/18/EB. Hlutverk nefndarinnar er samkvæmt gagnályktun ekki að fjalla um ætluð brot gegn tilskipun nr. 2004/17/EB.

Af 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 leiðir að einungis ákvæði XIV. og XV. kafla laganna gilda um samninga veitustofnana, enda falla samningar sem þessir utan meginreglu um útboðsskyldu aðila, sbr. 30. gr. laga nr. 84/2007. Ákvæði XIV. og XV. kafla laganna varða málskot til kærunefndar útboðsmála og gildi samninga og skaðabætur. Samkvæmt þessu hefur kærunefnd útboðsmála verið ætlað að leysa úr ágreiningi um innkaup veitustofnana, þrátt fyrir skýrt orðalag 2. mgr. 91. gr. laganna. Tilskipun nr. 2004/17/EB er enda hluti heildarregluverks opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu, en lögum nr. 84/2007 var ætlað að innleiða það regluverk í íslenskan rétt.

Svo sem áður greinir komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu í máli nr. 714/2010 að gildissvið 7. gr. laga nr. 84/2007 væri óljóst. Var það niðurstaða kærunefndar útboðsmála í kjölfarið að nefndin gæti ekki fjallað um mál á grundvelli tilskipunar nr. 2004/17/EB. Með setningu laga nr. 56/2011 var ætlað að bæta úr þessum óskýrleika. Kærunefnd útboðsmála telur hins vegar þegar upp er staðið að ákvæði 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 gangi gegn skýru ákvæði 2. mgr. 91. gr. laganna. Fær nefndin því ekki séð, þrátt fyrir breytingu á 3. mgr. 7. gr. laganna, að innkaup á grundvelli tilskipunar nr. 2004/17/EB falli undir lögsögu nefndarinnar. Af þeirri ástæðu verður að vísa öllum kröfum í máli þessu frá kærunefnd útboðsmála.

Úrskurðarorð:

Kröfum kæranda, Kletts – sölu og þjónustu ehf., á hendur kærða, Strætó bs., vegna samningskaupa nr. 12903 „Endurnýjun strætisvagna“ er vísað frá kærunefnd útboðsmála.

Reykjavík, 28. febrúar 2013

Páll Sigurðsson,  
Auður Finnbogadóttir,  
Stanley Pálsson

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, [Setja inn dags.]



Úrskurður kærunefndar útboðsmála 28. febrúar 2013

í máli nr. 31/2012:

Kynnisferðir ehf. og

VDL Bus & Coach B V

gegn

Strætó bs.

Með bréfi, dags. 17. október 2012, kæra Kynnisferðir ehf. og VDL Bus & Coach B V ákvörðun Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar, fyrir hönd Strætó bs., að vísa frá tilboði þeirra í útboði „Strætó bs. Endurnýjun strætisvagna, nr. 12903“. Kærendur gera eftirfarandi kröfur:

1. Að innkaupaferli kærða í samningskaupum verði stöðvað þar til endanlega hefur verið leyst úr kæru kærenda, sbr. 1. mgr. 96. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.
2. Að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun kærða að vísa tilboði kærenda frá, sbr. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.
3. Að kærunefnd útboðsmála leggi fyrir kærðu að auglýsa útboðið á nýjan leik, sbr. 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Til vara er þess krafist að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kærendum, sbr. 2. mgr. 97. gr. og 101. gr. laga nr. 84/2007.

Í öllum tilvikum er þess krafist að kærunefnd útboðsmála ákveði að kærði greiði kærendum kostnað við að hafa kæru þessa uppi að skaðlausu samkvæmt mati nefndarinnar eða framlögðu málskostnaðaryfirliti, sbr. 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Kærða var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Sérstaklega var óskað eftir athugasemdum kærða vegna kröfu kæranda um stöðvun innkaupaferlis. Athugasemdir kærða bárust kærunefnd útboðsmála með bréfi, dags. 22. október 2012. Krefst kærði þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og að kærunefnd úrskurði kærendur til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Með ákvörðun 31. október 2012 stöðvaði kærunefnd útboðsmála innkaupaferli kærða í samningskaupum nr. 12903 „Endurnýjun strætisvagna“ þar til endanleg niðurstaða kærunefndar útboðsmála lægi fyrir.

Kærði óskaði eftir rökstuðningi kærunefndar vegna fyrrgreindrar ákvörðunar með tölvupósti 2. nóvember 2012 og varð nefndin við því með erindi 8. sama mánaðar. Óskaði

nefndin jafnframt eftir nánari skýringum og gögnum varðandi tiltekin atriði í mati á umsóknum þátttakenda í umþrættu samningskaupaferli. Athugasemdir kærða bárust í tveimur bréfu, dagsettum 29. sama mánaðar. Endanlegar athugasemdir kæranda eru dagsettar 3. janúar 2013.

## I.

Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar, fyrir hönd Strætó bs., óskaði í ágúst 2012 eftir áhugasömum aðilum til þess að taka þátt í samningskaupaferli vegna endurnýjunar strætisvagna fyrir Strætó bs.

Samningskaupin voru auglýst á EES-svæðinu og átti innkaupaferlinu að ljúka með rammamningi við einn til þrjú aðila til allt að sex ára með möguleika á framlengingu til allt að þriggja ára, til eins árs í senn. Heildarárafjöldi rammamningsins getur því orðið níu ár.

Í kafla 1.2 samningskaupalýsingar er því lýst með hvaða hætti bjóðendur áttu að skila inn umsókn sinni. Í gr. 1.2.2 kemur fram hvaða gögn áttu að fylgja umsókn umsækjenda. Þar kemur meðal annars fram í kaflanum um reynslu að umsækjandi skyldi skila inn staðfestingu á því að hann hefði áður afhent sambærilega vagna og staðfestingu á því að hann hefði áður veitt sambærilega þjónustu (viðhalds- og varahlutaþjónustu). Þá átti umsækjandi að skila greinargerð um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni í framleiðslu og framtíðarsýn framleiðanda.

Í gr. 1.2.7 samningskaupalýsingar er fjallað um hæfi umsækjanda. Þar kemur fram að mikilvægt sé að upplýsingarnar í gr. 1.2.2 séu greinargóðar og nákvæmar. Um kröfur til reynslu umsækjanda segir meðal annars að hann þurfi að hafa afhent sambærilega vagna, hafa þjónustað sambærilega vanga og að framleiðandi sé með í gangi nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni.

Í gr. 1.2.2. í samningskaupalýsingunni kemur fram að verkkaupi „áskilji“ sér rétt til að vísa umsókn umsækjanda frá sem ógildri ef umsækjandi skili ekki með umsókn sinni umbeðnum upplýsingum. Hvergi kemur fram hvers konar annmarkar á gagnaframlagningu muni leiða til fyrirvaralausrar ógildingar eða frávísunar tilboðs.

Kærendur stóðu sameiginlega að þátttökutilkynningu í umrætt verkefni. Kærandinn VDL Bus and Coach B V (hér eftir „VDL“) átti að vera framleiðandi strætisvagnanna, enda hafi fyrirtækið áralanga reynslu á því sviði og hefur byggt upp stórt net af eigin þjónustueiningum um alla Evrópu. Kærandinn Kynnisferðir átti hins vegar að vera þjónustuaðili framleiðandans. Þátttökutilkynningin var undirrituð af framkvæmdastjóra Kynnisferða og framkvæmdastjóra VDL. Með umræddri þátttökutilkynningu lögðu

kærendur fram fjölda fylgiskjala, meðal annars staðfestingu á að umsækjandi hefði afhent sambærilega vagna, staðfestingu á því að framleiðandi/umsækjandi hefði veitt sambærilega þjónustu og greinargerð um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og framtíðarsýn framleiðanda.

Með bréfi innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar, dags. 2. október 2012, var tilkynnt um að kærendur hefðu ekki uppfyllt kröfur sem gerðar voru í samningskaupalýsingu. Þannig kom fram að gögnin hefðu ýmist verið óundirrituð eða sett fram einhliða af kærandanum Kynnisferðum án þess að frekari aðkoma kærandans VDL yrði ráðin af gögnunum. Eftirfarandi var talið ábótavant:

1. Staðfesting á að framleiðandi hafi afhent sambærilega vagna var talin ófullnægjandi, óundirrituð af framleiðanda.
2. Staðfesting á að framleiðandi hafi veitt sambærilega þjónustu ófullnægjandi, óundirrituð af framleiðanda/umsækjanda.
3. Ekki gerð grein fyrir nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni.

Kærandi telur að af bréfi kærða megi ráða að eini annmarkinn í fyrstu tveimur liðunum sé sá að undirritanir af hálfu kærandans VDL hafi skort á umrædd gögn. Það sem styður þá skýringu er að í bréfi Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar komi fram að gögn kæranda hafi „ýmist [verið] óundirrituð eða sett fram einhliða af Kynnisferðum án þess að frekari aðkoma VDL verði ráðin af gögnunum“. Af þessu má ráða að efnisinnihald umræddra gagna hafi ekki verið ábótavant, að mati kærða, heldur aðeins að gögnin væru óundirrituð af hálfu kærandans VDL.

Hvað þriðja liðinn snertir virðist kærði, að mati kæranda, telja að í umsókn kæranda hafi ekki verið gerð grein fyrir nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni framleiðanda.

## II.

Kærendur byggja á því að sá samningur, sem kærðu buðu út, sé vörusamningur í skilningi 3. mgr. 4. gr. laga nr. 84/2007, þar sem kærðu óskuðu eftir því að kaupa strætisvagna af bjóðendum með rammasamningi þar um. Jafnvel þótt samningurinn feli í sér tilfallandi þjónustu, það er viðhalds- og varahlutaþjónustu, teljist slíkur samningur almennt vera vörusamningur, sbr. 2. msl. 3. mgr. 4. gr. laga nr. 84/2007.

Kærendur byggja á því að tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu gildi ekki um framkvæmd umræddra samningskaupa, ólíkt því sem kærði haldi fram. Kærendur byggja á því að almennar reglur laga nr. 84/2007 gildi um innkaupin.

Þannig segi í 1. mgr. 5. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB að hún gildi um starfsemi í

tengslum við framboð eða starfrækslu á „kerfum“ (samgöngukerfum) sem þjóna almenningi á sviði flutninga með járnbrautum, sjálfvirkum kerfum, sporvögnum, rafknúnum strætisvögnum, hóp bifreiðum eða togbrautum. Í sama ákvæði tilskipunarinnar segir síðan að með „samgöngukerfum“ sé átt við það þegar þjónusta sé veitt samkvæmt rekstrarskilyrðum sem lögbær yfirvöld aðildarríkis setja varðandi þær leiðir sem þjónustan er veitt á, til dæmis um sætaframboð og ferðatíðni.

Samkvæmt framangreindu sé ljóst að tilskipun nr. 2004/17/EB gildi eingöngu þegar opinberir aðilar bjóða út samgöngukerfin sem slík, það er skipulag og rekstur á leiðum, sætaframboðum og ferðatíðni. Tilskipunin á því ekki við í þeim innkaupum sem hér um ræðir, þar sem kærði leitar eftir samningum um að kaupa ákveðnar vörur sem tengjast umræddri þjónustu. Þannig séu hin kærðu samningskaup ekki útboð á samgöngukerfi heldur innkaup á strætisvögnum.

Þá sé nauðsynlegt að geta þess að tilskipunin gildi ekki um aðila sem veita almenningi flutningsþjónustu með hóp bifreiðum þegar öðrum aðilum er almennt frjálst að veita slíka þjónustu, sbr. 2. mgr. 5. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB og 4. mgr. 2. gr. eldri veitutilskipunar nr. 93/38/EBE. Að íslenskum rétti gildir sú regla að allir sem hafa til þess almennt rekstrarleyfi geti sinnt fólksflutningum í atvinnuskyni, sbr. 4. gr. laga nr. 73/2001 um fólksflutninga og farmflutninga á landi. Af þeim sökum sé ljóst að kærði hafi ekki einkaleyfi á hóp bifreiðaakstri og tekur því tilskipun nr. 2004/17/EB ekki til innkaupa fyrirtækisins.

Að lokum, hvað þetta snertir, sé nauðsynlegt að nefna að innkaup kærða á strætisvögnum hafa áður komið til kasta kærunefndar útboðsmála og hafi þá lögum um opinber innkaup verið beitt.

Kærendur leggja áherslu á að hið umþrætta útboð teljist vörusamningur í skilningi laga nr. 84/2007. Samkvæmt reglugerð nr. 615/2012 séu viðmiðunarfjárhæðir um útboðsskyldu á EES-svæðinu í tilviki vörusamninga 33.139.208 krónur. Kærendur hafa ekki upplýsingar um heildarverðmæti samningskaupanna en telja þó óhætt að fullyrða að útboðið nái að minnsta kosti framangreindri viðmiðunarfjárhæð. Um innkaup á allt að 85-90 strætisvögnum geti orðið að um að ræða og gera megri ráð fyrir að einn strætisvagn kosti að minnsta kosti um 28 til 35 milljónir króna. Heildarverðmæti umrædds rammasamnings sé því um 2,5 til 3 milljarðar króna, sbr. 29. gr. laga nr. 84/2007. Telja kærendur því ljóst að samningskaup kærða eigi undir lögsögu kærunefndar útboðsmála.

Kærendur telja að kærða hafi verið óheimilt að vísa tilboði þeirra frá. Kærendur mótmæla því að undirritanir hafi vantað á nánar tiltekin gögn. Benda þeir á að hvergi komi fram í samningskaupalýsingu kærða að umrædd gögn þurfi að vera undirrituð. Þá sé ljóst að kærendur hafi staðið saman að umræddri þátttökutilkynningu og hafi framkvæmdastjóri

kærandans VDL staðfest það skriflega. Sú tilhögun sé að fullu leytí í samræmi við lög nr. 84/2007. Þátttökutilkynning kærenda sé undirrituð af framkvæmdastjórum beggja félaganna og byggi þeir sameiginlega á tæknilegri og fjárhagslegri getu fyrirtækjanna. Telja kærendur að kærða hafi þannig mátt vera ljóst að öll fylgigögn hafi stafað frá báðum aðilum. Ennfremur telja kærendur að jafnvel þótt talið yrði að nauðsynlegt hefði verið að báðir aðilar hefðu undirritað umrædd gögn hefði verið eðlilegt af hálfu kærða að gefa kærendum kost á að auka við framkomin gögn eða skýra þau, sbr. 53. gr. laga nr. 84/2007. Kærendur telja ljóst að umbeðnum gögnum hafi verið skilað, en kærði hafi hins vegar talið þá gagnaframlagningu ófullnægjandi. Vöntun á gögnum hafi ekki skýrt frávisun tilboðs kærenda heldur meintur annmarki á gagnaframlagningunni. Kærendur leggja áherslu á að kærða hafi verið óheimilt að vísa tilboði kærenda frá á þeim grundvelli að undirritun kærandans VDL hafi vantað á tvö skjöl. Telja kærendur að ekki hafi verið gætt meðalhófs í þessu sambandi í samræmi við meginreglu stjórnisýsluréttarins um meðalhóf.

Kærendur hafna því ennfremur sem röngu að ekki hafi verið gerð grein fyrir nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni. Með þátttökutilkynningu kærenda hafi fylgt skjal sem bar heitið „Greinargerð um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og framtíðarsýn framleiðanda“. Þar sé að finna skjal frá alþjóðastofnun um almenningssamgöngur (e. UITP – International Association of Public Transport) þar sem framlag kærandans VDL til sjálfbærrar þróunar sé vottað.

Kærendur benda á að jafnvel þótt kærði hafi talið að umræddri greinargerð hafi verið ábótavant sé ljóst að hvergi komi fram í samningskaupalýsingu kærða hvaða efnisatriði hafi verið nauðsynlegt að kæmu fram í greinargerðinni. Ef kærðu hafi viljað ítarlegri og betri skil á þessum atriðum hefði það einfaldlega átt að koma fram í útboðsgögnum.

Að mati kærenda sé í raun ekkert því til fyrirstöðu að kaupandi krefjist allra þeirra gagna sem hann telur nauðsynlegt að afla. Aftur á móti sé ljóst að hann geti einungis vísað tilboði bjóðanda frá ef sú gagnaframlagning sé í ósamræmi við kröfur 47.-52. gr. laga nr. 84/2007, sbr. 71. gr. laganna. Þar sem ekki hvíli skylda á bjóðendum að leggja fram greinargerð um „nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni“, sbr. 1. mgr. 50. gr. laganna, hafi kærðu verið óheimilt að vísa tilboði kærenda frá á þeim grundvelli að þau gögn væru ófullnægjandi.

Kærendur telja nauðsynlegt, þótt ekki sé byggt á þeirri málsástæðu sérstaklega í þessu máli, að nefna að innkaupaferli kærða brjóti freklega í bága við V. kafla laga nr. 84/2007. Þannig sé meginreglan sú að beita eigi almennu eða lokuðu útboði við framkvæmd innkaupa og gildi það einnig um rammasamninga, sbr. 1. mgr. 34. gr. laga nr. 84/2007. Í V. kafla sé þó að finna undantekningu frá þessu, sem verði að fylgja ströngum reglum. Þannig segi til

dæmis í 1. mgr. 32. gr. laganna að einungis megi viðhafa samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu ef ekkert lögmætt tilboð berist í almennu eða lokuðu útboði eða samkeppnisviðræðum, öll tilboð séu óaðgengileg eða þátttakendum eða bjóðendum sé vísað frá. Það sé því skilyrði fyrir samningskaupum að kaupandi hafi reynt önnur innkaupaferli til þrautar. Telja kærendur að þetta skilyrði sé ekki uppfyllt í málinu og hafi því kærða verið óheimilt að viðhafa samningskaup.

Kærendur telja augljóst með vísan til framangreinds að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007 og því eigi að fallast á kröfur kæranda. Kærendur gera kröfu um ógildingu á þeirri ákvörðun kærða að ganga til samninga við annan en kærendur. Þá er gerð sú krafa að kærunefnd leggi fyrir kaupanda að auglýsa útboð á nýjan leik. Vísa kærendur til 1. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007 um þessi atriði.

Kærendur krefjast þess til vara að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu kærða gagnvart kæranda. Í umræddum innkaupum kærða var þess ekki krafist að bjóðendur legðu fram tilboð í verkið. Kærendur hafi því átt jafn mikla möguleika og hver annar bjóðandi til þess að verða fyrir valinu og séu skilyrði skaðabóta því uppfyllt. Krafan byggist á 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

Í öllum tilvikum er þess krafist að kærunefnd útboðsmála ákveði að kærði greiði kærendum kostnað við að hafa kæru þessa uppi, sbr. 3. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007.

ooo

Kærendur áréttu að tilgreining í 8. viðbæti tilskipunar nr. 2004/17/EB geti ekki ein og sér haft þau áhrif að tilskipunin gildi fortakslaust um öll innkaup kærða Strætó bs. Það sé enda sjálfstætt skoðunarefni hverju sinni hvort lög nr. 84/2007 eða tilskipun 2004/17/EB gildi um þau innkaup sem kærði viðhefur. Þannig væri fráleitt að ætla að tilskipunin gildi um kaup kærða á lögmannsþjónustu eða þegar keypt væru aðföng fyrir atvinnureksturinn. Þannig sé enda ljóst að í 8. viðbætinum sé einungis vísað til innkaupa samningsyfirvalda á sviði járnbrauta-, sporvagna-, rafvagna- og strætisvagnaþjónustu í þéttbýli. Þá komi fram í 5. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB að hún taki einungis til flutningaþjónustu og geti því ekki átt við þegar samningsyfirvöld kaupa inn vörur. Telja kærendur því að lög nr. 84/2007 eigi að gilda um innkaupin.

Kærendur telja óumdeilt að þeir hafi skilað greinargerð um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni. Telja þeir að efnisatriði í greinargerðinni hafi verið fullnægjandi. Benda þeir meðal annars á að kærandinn VDL sé að þróa nýjar aðferðir við framleiðslu strætisvagna. Þá sé að finna skjal frá alþjóðastofnun um almenningssamgöngur þar sem framlag kærandans VDL til sjálfbærrar þróunar sé vottað. Þá hafi fylgt tilboði kæranda ítarlega gögn um tvinnvagna kærandans VDL, sem séu almennt léttari en vagnar

keppinauta og því með mun minni eldsneytiseyðslu. Af framlögðum gögnum megi augljóslega ráða að kærandsinn VDL leggi mikinn metnað í nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni, enda sé tvinnkerfið ný eldsneytistækni sem sé þróuð með nýjum orkugjafa, sem stuðli að betri nýtingu og séu vagnarnir umhverfisvænni en hefðbundnir strætisvagnar. Kærandur hafi því uppfyllt umrætt hæfisskilyrði og því hafi verið óheimilt að vísa tilboði þeirra frá.

Jafnvel þótt kærandur yrðu ekki taldir hafa skilað fullnægjandi greinargerð um þetta efni telja kærandur að hæfisskilyrðið hafi verið ómálefnalegt og ekki í samræmi við 1. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007. Ekki sé því lagaheimild fyrir því að vísa tilboði þeirra frá á þeim grundvelli að gögn um nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni sé ábótavant.

Jafnvel þótt svo færi að tilskipun nr. 2004/17/EB væri talin gilda um innkaupin telja kærandur að kærðu hafi samt sem áður verið óheimilt að vísa tilboði þeirra frá. Af rökstuðningi kærða megi ráða að kaupendur hafi svo til sjálfðæmi um það hvaða hæfisskilyrði séu sett fram í útboðsgögnum. Þessu eru kærandur ósammála. Þeir benda á 2. mgr. 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB, þar sem fram komi að samningsstofnanir skuli velja þátttakendur í samningskaupum í samræmi við „hlutlægar reglur og forsendur sem skulu vera aðgengilegar viðkomandi rekstraraðilum.“ Þótt ekki sé fyrir að fara eins ítarlegum ákvæðum um hæfisskilyrði og í lögum nr. 84/2007 telja kærandur ljóst að framangreint ákvæði byggir á meginreglu útboðsréttar og meðalhófsreglu stjórnisýsluréttarins að hæfisskilyrði þurfi að vera málefnaleg, skýr og forsvaranlega og ekki sé heimilt að ganga lengra en nauðsyn krefji. Með hliðsjón af því telja kærandur að hæfisskilyrðið um að framleiðandi sé „með í gangi nýsköpun og þróun á nýjum orkugjöfum og/eða orkutækni“ samrýmist ekki 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB.

Þá benda kærandur á að af orðalagi 5. gr. 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB megi ráða að samningsyfirvaldi sé óheimilt að ganga svo langt að krefjast þess að báðir (allir) bjóðendur undirriti öll gögn, enda sé nægjanlegt að bjóðandi leggi fram „skuldbindingu“ þar að lútandi. Telja kærandur að undirritun framkvæmdastjóra kærandsins VDL á þátttökutilkynningu teljist fullnægjandi að því leyti.

Kærandur telja því ljóst að hvort sem lög nr. 84/2007 eða tilskipun nr. 2004/17/EB gildi um hin kærðu innkaup hafi verið óforsvaranlegt af hálfu kærðu að vísa tilboði kæranda frá.

### III.

Kærði byggir á því að hið kærða innkaupaferli hafi að öllu leyti verið í samræmi við þau lög og reglur sem um það gilda og að ákvörðun um að synja kærendum um frekari þátttöku í

ferlinu hafi verið lögmat. Mat á hæfi kæranda til að taka þátt í samningskaupaferlinu hafi farið fram á grundvelli innsendra gagna með þátttökutilkynningu kæranda. Hafi það leitt í ljós að hæfiskröfur samningskaupagagna, sem settar hafi verið fram í samræmi við skilyrði 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB, sbr. 7. gr. laga nr. 84/2007 og 1. gr. reglugerðar nr. 755/2007, hafi ekki verið uppfylltar. Telur kærði því í ljós leitt að kærða hafi verið óheimilt annað en að hafna frekari þátttöku kæranda í samningskaupaferlinu.

Kærði bendir á að frestur til að kæra ákvörðun kærða um að framkvæma samningskaupaferlið á grundvelli veitutilskipunarinnar hafi runnið út fjórum vikum eftir að kærundur hafi vitað eða mátt vita um ákvörðun sem hann telji að brjóti gegn réttindum sínum, sbr. 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007. Kæra í þessu máli sé hins vegar dagsett 17. október 2007 eða tæpum tíu vikum eftir að kærundur hafi vitað eða mátt vita um ákvörðunina.

Engu að síður byggir kærandi á því að í samningskaupalýsingu komi fram að tilskipun nr. 2004/17/EB gildi um samningskaupin. Skýr lagaheimild sé til þess að byggja á umræddri tilskipun. Þá beri að líta til þess að fyrir liggi að innkaup kærða falli undir umrædda tilskipun enda sé kærði tilgreindur sem samningsstofnun á sviði flutninga í 8. viðbæti í ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006. Þá telur kærði ljóst að innkaup á strætisvögnum falli undir starfrækslu á kerfi á sviði flutninga með strætisvögnum í skilningi 5. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB.

Kærði vekur athygli á því að engin skilyrði séu sett fram í tilskipun nr. 2004/17/EB fyrir því að velja að beita samningskaupaaðferð við innkaupin. Þar sem tilkynnt hafi verið um ferlið í samræmi við 42. gr. tilskipunarinnar sé ljóst að ákvörðun kærða um að fara af stað með umþrætt innkaupaferli sé í fullu samræmi við þær reglur sem gildi um ferlið.

Kærði leggur áherslu á að ekki sé hægt að fallast á þær skýringar sem fram komi í kæru að með undirritun á þátttökutilkynningu hafi framleiðandinn jafnframt staðfest allar þær efnislegu upplýsingar sem sendar hafi verið inn með umsókn kæranda. Um hafi verið að ræða þrjú eyðublöð og ekkert þeirra hafi innihaldið efnislegar upplýsingar um það sem krafist hafi verið staðfestingar á í kafla 1.2.2 í samningskaupalýsingu. Ljóst sé að hvaða gögn sem er geti verið sett fyrir aftan hina undirrituðu þátttökutilkynningu og undirritun á hana verði þannig ekki talin koma í stað undirritunar á umkrafðar staðfestingar.

Kærði bendir á að vantað hafi gögn frá vélaframleiðendum, sem nefndir hafi verið í greinargerð kæranda, um nýsköpun og þróun og því ljóst að kærundur hafi ekki uppfyllt hæfiskröfur 1.2.7 í samningskaupalýsingu. Auk þess hafi skort að kynnt væri framtíðarsýn framleiðendanna sem kærundur hygðust vinna með við framleiðslu vagnanna. Ljóst hafi því verið af innsendum gögnum að ekki hafi verið til staðar stefna um rannsóknar- eða



þróunarferli á sviði nýrra orkugjafa og/eða orkutækni eins og krafa hafi verið gerð um. Ekki verði talið heimilt að veita kærendum tækifæri til að leggja fram slíkar upplýsingar eftir að umsóknir hafi verið opnaðar því það hefði brotið gegn meginreglunni um jafnræði bjóðenda. Þá telur kærði að kröfur samningskaupagagna um hvað hafi átt að koma fram í umbeðnum staðfestingum og greinargerðum og á hvaða forsendum þær upplýsingar yrðu metnar hafi verið mjög skýrar og ítarlegar. Telur kærði að ljóst sé að kærundur hafi ekki uppfyllt umræddar hæfiskröfur og hafi því ekki verið heimilt að halda áfram í innkaupaferlinu, sbr. ákvæði 1.2.8 um að þeir umsækjendur sem uppfylltu skilyrði 1.2.7 um hæfi kæmust áfram í samningskaupunum.

Kærði bendir á að samkvæmt 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 nái gildissvið laganna aðeins til hins kærða innkaupaferlis að því er varði XIV. og XV. kafla laganna, þ.e. að því er varði valdssvið kærunefndar útboðsmála til að endurskoða ákvarðanir kærða í innkaupaferlinu og mögulega skaðabótakyldu. Af því leiði að það séu einungis ákvæði tilskipunar nr. 2004/17/EB og reglugerðar nr. 775/2007 sem komi til skoðunar í þessu máli.

ooo

Í svari kærða við fyrirspurn kærunefndar útboðsmála setur kærði fram athugasemdir um að hann hafi ekki fengið að njóta andmælaréttar áður en kærunefnd hafi tekið ákvörðun um stöðvun útboðs. Telur hann ljóst af bréfi kærunefndar að nefndin hafi að verulegu leyti byggt ákvörðun sína á atriðum sem kærða hafi ekki verið kunnugt um og hafi ekki gefist tækifæri til þess að skýra nánar eða hreyfa andmælum við. Vísar hann til 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 í þessu efni. Telur hann að kærunefnd hafi borið skylda til þess að tilgreina sérstaklega þau atriði sem nefndin hafi talið leiða til þess að skilyrðum 1. mgr. 96. gr. laga nr. 84/2007 væri fullnægt. Þetta hafi nefndin ekki gert og því hafi ekki verið gætt að andmælarétti kærða í þessu máli. Er það mat kærða að brot á andmælarétti teljist verulegur annmarki sem leiði til þess að íþyngjandi ákvarðanir séu ógildanlegar.

Vegna fyrirspurnar kærunefndar útboðsmála um áhættumat Aflvéla ehf., sem dagsett er 2. október 2012, eftir opnun tilboða, vísar kærði til greina 1.2.1 og 1.2.2 í útboðslýsingu. Í fyrra ákvæðinu komi fram að ef fleiri en eitt fyrirtæki standi saman að umsókn skuli hvert fyrirtæki um sig skila inn umbeðnum gögnum en fyrirtækin fái umsögn eins og um eitt fyrirtæki væri að ræða. Með umsókn hafi átt að skila lánshæfiseinkunn frá viðurkenndu matsfyrirtæki, sbr. grein 1.2.2. Kærði greinir frá því að með umsókn Aflvéla ehf. / Solaris hafi borist ársreikningur Solaris fyrir árið 2011, en óskað hafi verið eftir gögnum um lánshæfiseinkunn fyrirtækjanna með tölvupósti 1. október 2012 og hafi þau borist degi síðar.

Kærði bendir á að hafa beri í huga að þátttakendur hafi getað uppfyllt hæfiskröfur ýmist einir og sér eða í samstarfi við annan aðila. Umsókn Aflvéla ehf. og framleiðandans Solaris

hafi því verið metin heildstætt. Þar sem ársreikningur síðarnefnda fyrirtækisins hafi fylgt umsókninni hafi verið litið svo á að rétt væri að gefa aðilunum kost á að leggja fram vottorð matsfyrirtækis, enda byggji matsfyrirtækin á upplýsingum úr ársreikningum við áhættumat. Telur kærði að hafa þurfi í huga að þar sem útboðið hafi farið fram á EES-svæðinu hafi þurft að gæta sérstaklega að því að kröfur um gögn vegna fjárhagslegs hæfis væru ekki til þess fallnar að mismuna þátttakendum á grundvelli þjóðernis. Þá vísar kærði til þess að áhættumat matsfyrirtækis sé eðli málsins samkvæmt dæmi um gögn sem stafi frá þriðja aðila en ekki bjóðanda sjálfum. Byggi þau á upplýsingum sem hafi orðið til fyrir opnunardag og hafi bjóðandi þannig ekki möguleika á því að hafa áhrif á niðurstöðu slíks mats. Að mati kærða sé því ekki unnt að líta svo á að í þessu tilfalli hafi Aflvélum ehf. / Solaris verið gefinn kostur á að bæta stöðu sína.

Í erindi kærunefndar var gerð athugasemd við það að fram hafi komið í gögnum að til dæmis starfsmannafjöldi Aflvéla ehf. væri takmarkaður og því fengist ekki séð að jafnræðis hafi verið gætt gagnvart kæranda. Kærði ítrekar að lögð hafi verið áhersla á að bjóðendur lýstu hvaða þjónustu þeir hygðust veita ef gengið yrði til samninga við þá. Þar sem um EES-útboð hafi verið að ræða hafi kærði orðið að gæta þess að aðilar gætu tekið þátt í ferlinu án þess að hafa eiginlega starfsemi á umræddu sviði hér á landi nú þegar. Hafi því megináhersla verið lögð á hugmyndir þátttakenda um hvaða þjónustu þeir hygðust veita. Bendir kærði á að Aflvélar ehf. geri með mun ítarlegri hætti grein fyrir hvaða þjónustu hann hyggist veita, auk þess að leggja fram staðfestingu frá framleiðanda um ábyrgðir og þjónustu, svo sem tæknilega ráðgjöf og afhendingartíma varahluta. Það sama hafi átt við um greinargerð BL um væntanlega þjónustu. Þá leit kærði einnig til þess að BL hafi lagt fram staðfestingu frá framleiðanda, Irisbus, um heimild til að sinna ábyrgðarþjónustu og annarri þjónustu ásamt yfirliti yfir ábyrgðarskilmála.

Í erindinu var enn fremur bent á að gerð hafi verið krafa um EB-gæðavottun, en fyrirtækið BYD hafi ekki haft slíka vottun. Kærði vísar til greinar 1.1.2 í samningskaupalýsingu, þar sem fram kemur að eitt að meginmarkmiðum verkefnisins sé að draga úr losun gróðurhúsalofttegunda með aukinni áherslu á nýja orkugjafa eða orkutækni. Kærði bendir á að BYD hafi verið eini þátttakandinn sem hafi boðið upp á rafmagnsvagna. Taldi kærði því heimilt að byggja á yfirlýsingu IDIADA, sem sé gæðavottunarskrifstofa í Evrópu, um að BYD hafi hafið ferli til að fá gæðavottun samkvæmt tilskipun 2007/46/EB. Þá hafi verið lögð fram gögn um að vagnarnir hefðu ISO 9001 vottun. Með vísan til þess getur kærði ekki fallist á að handvömm hafi orðið að þessu leyti.

Kærði áréttar að í samræmi við 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 komi einungis ákvæði tilskipunar nr. 2004/17/EB, eins og þau hafa verið innleidd með lögum nr. 56/2011, og

reglugerðar nr. 775/2007 til skoðunar í máli þessu.

Kærði bendir á að á honum hafi ekki hvílt lögboðin skylda til að gefa kæranda kost á að leggja fram ný gögn. Bendir hann sérstaklega á að kröfur samningskaupagagna um hvað ætti að koma fram í umbeðnum greinargerðum og á hvaða forsendum þær upplýsingar yrðu metnar hafi verið mjög skýrar og ítarlegar. Með hliðsjón af 2. og 3. mgr. 54. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB sé ljóst að kaupandi hafi verulegt svigrúm til að setja fram forsendur innkaupaferlis svo lengi sem það sé í samræmi við hlutlægar reglur og tryggt sé að valdir þátttakendur séu nógu margir til að tryggja næga samkeppni. Báðum þessum skilyrðum hafi verið mætt í ferlinu.

Þá sé hafnað þeirri afstöðu kæranda að kærða hafi verið óheimilt á grundvelli 1. mgr. 50. gr. laga nr. 84/2007 að gera kröfu um gögn sem sýndu fram á framtíðarsýn framleiðanda. Bent sé á að tilvitnað lagaákvæði gildi ekki um umþrætt samningskaupaferli frekar en önnur ákvæði laganna sem ekki sé að finna í XIV. og XV. kafla þeirra, sbr. 2. mgr. 7. gr.

Kærði hafnar því að geta talist skaðabótaskyldur gagnvart karendum. Aðstæður í máli þessu séu með þeim hætti að skilyrði 101. gr. laga nr. 84/2007 komi ekki til álita. Innkaupaferlið sé rétt að hefjast og vegna kærunnar hafi kærði ekki hafið viðræður við þá aðila sem hafi reynst uppfylla allar kröfur samningskaupalýsingarinnar. Bent sé á að þó endanleg niðurstaða yrði sú að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007 séu skilyrði 101. gr. laganna ekki uppfyllt. Ljóst sé að möguleikar umsækjanda til að hljóta samninginn munu ekki skerðast þó kærunefnd meti það svo að viðkomandi umsækjandi hafi staðist hæfiskröfur útboðsgagna þar sem umsækjandinn fengi þá að taka fullan þátt í umræddum samningskaupaviðræðum og ætti jafna möguleika á við alla aðra umsækjendur að hljóta aðild að rammasamningi kærða um endurnýjun strætisvagna.

Í ljósi þess sem að framan greinir telur kærði að réttilega hafi verið staðið að vali á þátttakendum í umræddu samningskaupaferli. Ekkert í málatilbúnaði kæranda sýni fram á að brotið hafi verið gegn reglum nr. 84/2007 eða reglum settum samkvæmt þeim. Kærandi hafi ekki uppfyllt umræddar hæfiskröfur og hafi því ekki verið heimilt að halda áfram í innkaupaferlinu, sbr. ákvæði 1.2.8 í samningskaupalýsingunni. Með hliðsjón af þessu beri að hafna kröfum kæranda.

#### IV.

Með ákvörðun 31. október 2012 stöðvaði kærunefnd útboðsmála innkaupaferli það sem hér um ræðir. Kærði gerir athugasemdir við að hann hafi ekki fengið að njóta andmælaréttar áður en kærunefnd tók ákvörðun um stöðvun útboðs. Telur hann að kærunefnd útboðsmála hafi að verulegu leyti byggt ákvörðun sína á atriðum sem kærða hafi ekki verið kunnugt um

og ekki gefist tækifæri til þess að skýra nánar eða hreyfa andmælum við.

Ákvæði 96. gr. laga nr. 84/2007 fjallar um stöðvun innkaupaferlis eða samningsgerðar um stundasakir. Samkvæmt ákvæðinu getur kærunefnd útboðsmála stöðvað innkaupaferli eða gerð samnings þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru telji nefndin að verulegar líkur séu á lagabroti. Það er hagur flestra sem standa að innkaupum að ferlið gangi greitt fyrir sig. Oft líður skammur tímur frá því tilboð eða viðsemjandi eru valin þar til gengið er frá samningi. Telji einhver á réttindum sínum brotið í ferlinu getur sá hinn sami kært innkaupin til kærunefndar útboðsmála. Ákvörðun nefndarinnar um stöðvun er bráðabirgðaráðstöfun, sem leiðir til þess að mögulegt er að bregðast við brotum á lögum sem gilda um viðkomandi innkaup áður en þau eru frágengin. Kærunefnd útboðsmála reynir jafnan að hraða málsmeðferð vegna stöðvunarkrafna, enda þótt nefndin leggi ríka áherslu að vanda til verka og gæta að ákvæðum stjórnisýslulaga nr. 37/1993 í einu og öllu. Þannig fá aðilar máls skemmri tíma til að koma athugasemdum sínum á framfæri vegna stöðvunarkrafna en áður en til endanlegs úrskurðar kemur, auk þess sem nefndin hefur styttri tíma til þess að fjalla um mál á þessu stigi.

Kærunefnd útboðsmála miðar lögum samkvæmt við það að verulegar líkur séu á því að brotið hafi verið gegn lögum nr. 84/2007 á þeim tíma er nefndin fjallar um stöðvunarkröfu. Slík ákvörðun þarf þó ekki sjálfkrafa að leiða til þess að úrskurður verði á þann veg að um lögbrot hafi verið að ræða. Þannig geta frekari skýringar og röksemdir aðila, auk nýrra gagna, varpað öðru ljósi á mál.

Gögn máls þessa eru afar umfangsmikil. Enda þótt aðeins hluti gagna málsins hafi verið fjölfaldaður og afhentur kærunefnd útboðsmála, fékk nefndin öll gögn málsins til skoðunar. Fór kærunefnd yfir gögn málsins í heild og komst að þeirri niðurstöðu að ýmis atriði bentu til þess að skilyrði stöðvunar væru uppfyllt. Óskaði nefndin ennfremur eftir frekari skýringum um þessi atriði, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga. Kærunefnd útboðsmála hafnar því að kærða hafi ekki verið veittur andmælaréttur. Kærða var tilkynnt strax um kæru vegna samningskaupaferlis nr. 12903 og gefinn skammur frestur til þess að svara kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar. Athugasemdir kærða eru dagsettar 22. október 2012. Þar sem ákvörðun kærunefndar útboðsmála um stöðvun er bráðabirgðaráðstöfun lítur nefndin svo á að miklu skipti að hraðað sé til verka. Aðilum máls gefst kostur á að koma að frekari athugasemdum, sem teknar eru til skoðunar við endanlegan úrskurð í málinu. Var það einnig svo í máli því sem hér um ræðir. Skilaði kærði tveimur bréfum til nefndarinnar með viðbótarathugasemdum í tveimur bréfum, dagsettum 29. nóvember 2012. Standast fullyrðingar kærða um að andmælaréttur hans hafi ekki verið virtur því ekki og er hafnað.

Kærði ber því við að um innkaup þau sem um er deilt gildi tilskipun Evrópuþingsins og

ráðsins nr. 2004/17/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu. Kærandi heldur því hins vegar fram að þar sem um innkaup á strætisvögnum sé að ræða eða tilfallandi innkaup á vörum en ekki útboð á samgöngukerfi í heild sinni falli innkaupin utan gildissviðs tilskipunar nr. 2004/17/EB.

Ljóst er að Strætó bs. er tilgreint sem samningsstofnun á sviði flutninga í 8. viðbæti ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006 frá 2. júní 2006 um breytingu á XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn. Sú tilgreining ein og sér leiðir þó ekki endilega til þess að öll innkaup stofnunarinnar falli undir gildissvið tilskipunar nr. 2004/17/EB. Í 5. gr. tilskipunarinnar er fjallað um flutningahjónustu. Kemur þar fram í 1. mgr. að tilskipunin gildi um starfsemi í tengslum við framboð eða starfsrækslu á kerfum sem þjóna almenningi á sviði flutninga með járnbrautum, sjálfvirkum kerfum, sporvögnum, rafknúnum strætisvögnum, hópþifreiðum eða togbrautum. Verður að telja að innkaup og viðhald strætisvagna séu svo órjúfanlegur þáttur í starfsrækslu kerfis sem þjónar almenningi á sviði flutninga að ekki sé hægt að undanskilja það gildissviði tilskipunar nr. 2004/17/EB. Er því fallist á með kærða að tilskipun nr. 2004/17/EB gildi um samningskaupaferli það sem hér um ræðir.

Í 7. gr. laga nr. 84/2007 er mælt fyrir um samninga stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, en ákvæðið er svofellt:

„Lögin taka ekki til samninga sem undanþegnir eru tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sbr. 3.-7. gr. þeirrar tilskipunar, eins og hún hefur verið tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006, sem birt var 7. september 2006 í EES-viðbæti Stjórnartíðinda ESB nr. 44/2006, sbr. 2. mgr. 5. gr., 19. gr., 26. gr. og 30. gr. sömu tilskipunar.

Ákvæði XIV. og XV. kafla laga þessara gilda um samninga sem þeir kaupendur gera sem reka eina eða fleiri tegundir þeirrar starfsemi sem um getur í 3.-7. gr. þeirrar tilskipunar sem ræðir í 1. mgr. og eru gerðir vegna reksturs þeirrar starfsemi. Að öðru leyti taka lögin ekki til innkaupa þessara aðila.

Ráðherra skal í reglugerð mæla fyrir um innkaup þeirra aðila sem greinir í 2. mgr., til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins á sviði opinberra innkaupa samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið og öðrum milliríkjasamningum.“

Samningar, eins og sá sem hin kærðu innkaup taka til, falla utan meginreglu um útboðsskyldu opinberra aðila samkvæmt 30. gr. laga nr. 84/2007. Í dómi Hæstaréttar frá 2. desember 2010 í máli nr. 714/2009 voru efnisatriði 7. gr. laga nr. 84/2007 rakin. Talið var að

þar sem ekki hefði verið sett reglugerð um innkaup þeirra aðila sem undanþegnir væru tilskipun nr. 2004/17/EB yrði að líta svo á að veitustofnanir væru hvorki bundnar af lögum nr. 84/2007 né tilskipun nr. 2004/17/EB við innkaup. Með 1. gr. laga nr. 56/2011, sem breyttu lögum nr. 84/2007 og tóku gildi 31. maí 2011, var ætlun löggjafans að bæta úr þessum annmarka á lögnum. Var tilvísun til 1. mgr. í 3. mgr. 7. gr. laganna breytt og vísað til 2. mgr. sömu greinar í staðinn.

Í 2. mgr. 91. gr. laga nr. 84/2007 er fjallað um hlutverk kæruneftndar og segir þar orðrétt að nefndinni sé ætlað að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum þessum, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunarinnar sem vísað er til í lögnum, og reglum settum samkvæmt þeim. Samkvæmt ákvæðinu er það því hlutverk nefndarinnar að leysa úr kærum vegna ætlaðra brota á lögum nr. 84/2007 og tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga frá 31. mars 2004, sbr. 24. töluliður 1. mgr. 2. gr. laga nr. 84/2007.

Að mati kæruneftndar útboðsmála er ákvæði 2. mgr. 91. gr. laga nr. 84/2007 skýrt. Nefndin skal eingöngu leysa úr kærum vegna ætlaðra brota á lögum nr. 84/2007 eða tilskipunar nr. 2004/18/EB. Hlutverk nefndarinnar er samkvæmt gagnályktun ekki að fjalla um ætluð brot gegn tilskipun nr. 2004/17/EB.

Af 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 leiðir að einungis ákvæði XIV. og XV. kafla laganna gilda um samninga veitustofnana, enda falla samningar sem þessir utan meginreglu um útboðsskyldu aðila, sbr. 30. gr. laga nr. 84/2007. Ákvæði XIV. og XV. kafla laganna varða málskot til kæruneftndar útboðsmála og gildi samninga og skaðabætur. Samkvæmt þessu hefur kæruneftnd útboðsmála verið ætlað að leysa úr ágreiningi um innkaup veitustofnana, þrátt fyrir skýrt orðalag 2. mgr. 91. gr. laganna. Tilskipun nr. 2004/17/EB er enda hluti heildarregluverks opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu, en lögum nr. 84/2007 var ætlað að innleiða það regluverk í íslenskan rétt.

Svo sem áður greinir komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu í máli nr. 714/2010 að gildissvið 7. gr. laga nr. 84/2007 væri óljóst. Var það niðurstaða kæruneftndar útboðsmála í kjölfarið að nefndin gæti ekki fjallað um mál á grundvelli tilskipunar nr. 2004/17/EB. Með setningu laga nr. 56/2011 var ætlað að bæta úr þessum óskýrleika. Kæruneftnd útboðsmála telur hins vegar þegar upp er staðið að ákvæði 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 gangi gegn skýru ákvæði 2. mgr. 91. gr. laganna. Fær nefndin því ekki séð, þrátt fyrir breytingu á 3. mgr. 7. gr. laganna, að innkaup á grundvelli tilskipunar nr. 2004/17/EB falli undir lögsögu nefndarinnar. Af þeirri ástæðu verður að vísa öllum kröfum frá kæruneftnd útboðsmála.

Úrskurðarorð:

Kröfum kæranda, Kynnisferða ehf. og VDL Bus & Coach B V, á hendur kærða, Strætó bs., vegna samningskaupa nr. 12903 „Endurnýjun strætisvagna“ er vísað frá kærunefnd útboðsmála.

Reykjavík, 28. febrúar 2013

Páll Sigurðsson,  
Auður Finnbogadóttir,  
Stanley Pálsson

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, [Setja inn dags.]