

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 6. desember 2005

í máli nr. 33/2005:

Ólafur Gíslason & Co. hf..

gegn

Ríkiskaupum

Með bréfi 5. október 2005 kærir Ólafur Gíslason & Co. hf. þá ákvörðun Ríkiskaupa að taka tilboði Múlatinds ehf. í útboð Ríkiskaupa nr. 13790, auðkennt sem „Sjúkrabifreiðar fyrir Rauða kross Íslands“.

Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála stöðvi um stundarsakir samningsgerð á grundvelli hinnar kærða ákvörðunar, sbr. 1. mgr. 80. gr. laga nr. 94/2001. Þá krefst kærandi þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og lagt verði fyrir kærða að leiðrétta mistök sín, endurmeta og samþykkja tilboð kæranda. Til vara er gerð krafa um að lagt verði fyrir kaupanda að bjóða innkaupin út að nýju og jafnræðissjónarmiða gætt að breyttum útboðsskilmálum.

Kærði krefst þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað.

Tekin var afstaða til stöðvunarkröfu kæranda með ákvörðun hinn 12. október 2005. Með ákvörðuninni var kröfu kæranda um stöðvun samningsgerðar hafnað.

I.

Í júlí 2005 óskaði kærði fyrir hönd Rauða kross Íslands eftir tilboðum í átta nýjar sjúkrabifreiðar, með innréttingum og rafmagnsbúnaði, skráðum í ökutækjaskrá og tilbúnum til notkunar. Um var að ræða opið útboð sem auglýst var á Evrópska efnahagssvæðinu. Opnunartími tilboða átti samkvæmt útboðsgögnum að vera hinn 23. ágúst 2005, en vegna breyttra útboðsgagna var opnunartíma frestað til 30. ágúst 2005. Samkvæmt fundargerð opnunarfundar bárust tilboð frá fimm bjóðendum og var þar á meðal tilboð frá kæranda þar sem bifreiðategundin Demers Ford Econoline var boðin. Samkvæmt fyrirbyggjandi tilboðsblaði undirrituðu af kæranda var boðið einingarverð kr. 5.952.581 og nam heildartilboðsfjárhæð kr. 47.620.651. Viðmiðunargjaldmiðill var tilgreindur sem bandaríkjadalur. Þá var skrifað inn á tilboðsblaðið að veittur væri 3% afsláttur verði gengi það sama út afgreiðslutímann. Í fundargerð opnunarfundar er einingarverð kæranda tilgreint sem kr. 5.952.581, en ekki getið um framangreindan afslátt. Með tölvupósti hinn 20. september 2005 tilkynnti kærði kæranda að ákveðið hefði

verið að taka hagkvæmasta tilboði í útboðið sem væri tilboð Múlatinds ehf. með Mercedes Benz Sprinter 316 CDE 4x4 að upphæð kr. 5.784.640. Í kjölfarið voru samskipti á milli kæranda og kærða um hvort tilboð kæranda hefðu verið gild.

II.

Kærandi vísar til þess að það sé raunalegt til þess að vita að þeir starfsmenn sem eigi að meta gildi framkominna tilboða og leggja á þau efnislegt mat, jafnframt því að meta getu og hæfi bjóðenda, skuli ekki einu sinni vita hver sé lögboðin skilgreining á frávikstilboðum áður en þeir kveði upp dóma um gildi tilboða. Samkvæmt 2. gr. laga nr. 94/2001 sé frávikstilboð skýrt sem tilboð sem leysi þarfir kaupandans á annan hátt en gert sé ráð fyrir í tæknilegri lýsingu útboðsgagna og uppfylli jafnframt lágmarkskröfur þeirra. Hafi ekki að mati kæranda verið um frávikstilboð að ræða. Hann telji hins vegar að með verðtryggingarákvæðum útboðsskilmála sé ekki gætt jafnræðis milli þeirra sem bjóði fyrir erlenda framleiðendur og þeirra sem bjóði fyrir innlend fyrirtæki, þar sem aðeins 60% tilboðsverðs skuli háð gengisbreytingum. Þýði það í raun að ef gengi íslensku krónunnar lækki á afgreiðslutímanum gagnvart viðmiðunargjaldmiðli erlends bjóðanda séu 40% kaupverðsins ekki tryggð fyrir slíkri breytingu. Hafi kærandi því orðið að tryggja sig fyrir slíkri hugsanlegri gengisbreytingu, en á þeirri forsendu að gengi íslenskrar krónu breytist ekki til lækkunar gagnvart bandaríkjadal á samningstímanum hafi hann veitt 3% afslátt frá grunnverðinu. Hafi það verið óafturkræfur hluti tilboðs hans, en ekki skilyrtur að öðru leyti eða nýtt tilboð og fráleitt væri að telja þetta frávikstilboð eins og kærði haldi fram. Haldi gengi íslenskrar krónu hins vegar áfram að styrkjast gagnvart bandaríkjadal á samningstímanum lækki verðið auk 3% afsláttarins um það sem nemi gengisstyrkingunni að því er taki til 60% af samningsverðinu. Myndi 3% afslátturinn hins vegar eyðast hlutfallslega við allt að 8% gengislækkun á samningstíma.

Samkvæmt framansögðu feli tilboð kæranda í sér einingarverð, sem sé kr. 10.636 lægra en tilboð Múlatinds ehf. Einingarverð tilboðs Múlatinds ehf. hljóði upp á kr. 5.784.640, en einingarverð tilboðs kæranda kr. 5.952.581 að frádregnum 3%, þ.e. að frádregnum kr. 178.577. Nemi einingarverð tilboðs kæranda því kr. 5.774.004 sem sé kr. 10.636 lægra en tilboð Múlatinds ehf. Sé kæranda þegar af þessari ástæðu nauðsynlegt að skjóta ákvörðun kærða til kærunefndar útboðsmála til ógildingar.

Hafi kærandi og raunar aðrir bjóðendur í þeim útboðum sem kærði hafi gert fyrir hönd Rauða kross Íslands undanfarin ár því miður ástæðu til að ætla að hvorki hafi við mat tilboða eða samningsgerð verið gætt þeirra grundvallarmarkmiða sem kveðið sé á um í 1. gr. laga nr. 94/2001 um jafnræði bjóðenda og að stuðlað skuli að virkri samkeppni ellegar hagkvæmni í opinberum rekstri. Þá hafi kaupandi ekki heldur farið að þeim skilmálum, sem útboðsgögn kveði á um, þrátt fyrir bersýnilegar og sannanlegar vanefndir bjóðanda sem valinn hafi verið. Jafnframt hafi kærandi ríkar ástæður til þess að ætla að kærði hafi ekki, hvorki nú né undanfarin tvenn skipti þar sem útboð hafi varðað sjúkrabifreiðar, gætt lögboðinnar eftirlits- og könnunarskyldu eða lagt raunhæft mat á fjárhagslega og tæknilega stöðu og getu samkvæmt 30. og 31. gr. laga nr. 94/2001, þannig að tryggt hafi verið að sá bjóðandi sem valinn var hafi getað staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt útboðsskilmálum.

Þegar nú sé gerður samanburður á útboðslýsingum þess útboðs sem mál þetta varði og þeirra tveggja útboða þar á undan læðist óneitanlega sá grunur að manni að kaupandi hafi lagt sig í líma við að gera útboðsskilmála svo úr garði að bersýnilega sé til þess ætlast að innlendu tilboði verði tekið án tillits til jafnræðisreglu 1. gr. laga nr. 94/2001, virkrar samkeppni eða hagkvæmni í opinberum rekstri. Þótt kærandi vilji ekki ætla að tilgangurinn hafi beinlínis verið sá að beina kaupunum norður í Ólafsfjörð vísar hann til þess að það hafi verið gert með ákvörðunum í útboðunum árin 2003 og 2004, þrátt fyrir að þá hafi verið bersýnilegt að tilboð seljanda væri miklu lægra en svaraði fyrirsjáanlegum kostnaði hans við smíðina, að tæknileg geta hans hafi einnig verið mikið minni en vonlegt væri, að hann gæti ekki staðið við afhendingar á réttum tíma og hefði samkvæmt ákvæðum útboðsskilmála átt að greiða févíti sem nam 12% af tilboðsverði allra bíla, sem hann framleiddi samkvæmt útboðsgögnum, auk þess sem hann hafi vegna lélegrar fjárhagsstöðu enga möguleika haft til að tryggja efndir samningsins nema vegna framlaga opinberra sjóða.

Kærandi gerir ráð fyrir að kærði mótmæli því að framkvæmd umræddra útboða og fullnusta samninga árin 2003 og 2004 eigi að vera hér til umfjöllunar, enda kærufrestur löngu liðinn. Kærandi telur slík mótmæli hins vegar ekki eiga við. Vísar hann til þess að Sigurjón Magnússon, framkvæmdastjóri og fyrirsvarsmaður MT bíla ehf. hafi fyrir hönd fyrirtækisins gert tilboð í útboðin árin 2003 og 2004. Bæði árin hafi tilboð fyrirtækisins

verið langt undir fyrirsjáanlegu mögulegu framleiðslukostnaðarverði bílanna. Megi því segja að um raunverulegt undirboð hafi verið að ræða, sem kærði hafi átt að sjá og hafna ef vilji hafi verið til þess að hafa markmið 1. gr. laga nr. 94/2001 að leiðarljósi. Hafi það ekki verið gert þrátt fyrir 71. gr. laganna. Samkvæmt ársreikningi MT bíla ehf. hafi rekstrartap fyrirtækisins árið 2003 numið liðlega kr. 9.400.000, en reikningurinn sýni aðild Byggðasjóðs og Nýsköpunarsjóðs að fyrirtækinu. Sýni tapreksturinn í raun að framleiðsluverð bílanna þriggja hafi verið allt að kr. 9.400.000 hærri en tilboðsverðið og styðji því tilgátuna um undirboð. Þrátt fyrir tapreksturinn árið 2003 hafi sami fyrirsvarsmáður MT bíla ehf. gert tilboð í sambærilega bifreið í útboðinu árið 2004. Hafi kærði tekið því tilboði, enda hafi það verið kr. 18.450 lægra en tilboð kæranda. Hins vegar hafi þetta tilboð verið kr. 357.175 lægra en tilboð sama aðila árið áður, þegar tapið vegna framleiðslunnar hafi numið sem svaraði kr. 3.130.000 á hvert eintak bílanna þriggja. Sé óskiljanlegt að kærði hafi ekki séð að um undirboð væri að ræða sem stofnuninni hafi borið að forðast auk þess sem fjárhagsleg staða og tæknileg geta hafi fyrirsjáanlega og bersýnilega ekki verið til staðar og því ekki tryggt að bjóðandi gæti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Hafi það enda komið í ljós að afhendingardráttur varð svo mikill af hálfu MT bíla á öllum bifreiðum vegna útboðsins árið 2004 að það hefði líklega átt að leiða til févítis samkvæmt útboðsskilmálum. Auk þess hefði einingarverð einstakra bifreiða átt að lækka vegna þeirra breytinga sem orðið hefðu á samningstímanum til hækkunar á gengi íslensku krónunnar gagnvart viðmiðunargjaldmiðli samkvæmt samningnum, frá því að tilboði var tekið eða samningur gerður og til afhendingardags hverrar bifreiðar.

Kærandi vísar til þess að í fundargerð frá opunarfundu tilboða, dags. 30. ágúst 2005, komi fram að MT bílar ehf. hafi gert tilboð um tvær tegundir bifreiða. Hafi kærða mátt vera fullljóst að verulega hefði skort á að fyrirtækið hefði staðið við samningsskyldur sínar vegna sambærilegs útboðs árið áður. Hafi kærða því beinlínis borið skylda samkvæmt 30. og 31. gr. laga nr. 94/2001 til að rannsaka sérstaklega fjárhagslega og tæknilega stöðu, hæfi og getu fyrirtækisins í því skyni að sannreyna hvort tryggt væri að fyrirtækið gæti staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt tilboðinu. Þetta hafi fyrirtækið átt að gera m.a. „með vottorðum um efndir samninga síðastliðin þrjú ár. Í vottorðum skulu koma fram upphæðir samninga, dagsetningar og yfirlýsing um að

samningurinn hafi verið efndur með fullnægjandi hætti“. Kærandi spyr hver hefði svo sem átt að gefa slíkt vottorð og tekur fram að kaupandi hafi auðvitað átt að gera það. En hann hafi auðvitað ekki lagt fram slík vottorð þar sem hann hefði þá verið kominn út á hálán ís. Gagnrýni kæranda í kærumáli vegna útboðsins árið 2004 og fullyrðingum hans um að afhendingardráttur MT bíla ehf. vegna útboðsins árið 2003 hafi átt að leiða til févítis, hafi kærði svarað með því að Rauði krossinn hafi verið afar ánægður með kaupin. Vegna fullyrðinga um tafirnar hafi kærði sérstaklega tekið fram að samningsaðilar hafi gert „smávægilegar breytingar á samningi sínu, sbr. heimild í 1.2.9 í útboðsgögnum varðandi innréttingasmíði, að beiðni kaupanda, er leiddi til smávægilegrar lengingar á afhendingarfresti og þar af leiðandi afhendingarseinkunar, sem hafði ekki áhrif á skuldbindingar kaupanda til sjúkraflutninga. Jafnframt sættist seljandi á að falla frá rétti sínum s.k.v. verðbreytingarákvæða (sic) samnings til að hækka verð um u.þ.b. 8% vegna gengislækkunar íslensku krónunnar gagnvart EUR“.

Sannleiksgildi þessarar yfirlýsingar hafi verið og sé dregið í efa, enda hafi þá þegar verið ljóst að verðhækkunin vegna gengisbreytinga hafi aldrei getað átt að vera 8% af kaupverði, því gengisbreytingin sem orðið hafi þegar fyrsti bílinn hafi verið afhentur hafi einungis verið 7,15%, en eftir það hafi krónan styrkst og lækkunin þá aðeins numið 4,5% þegar annar bílinn hafi verið afhentur en 4% þegar seljandi hafi ætlað að afhenda þriðja bílinn hinn 15. mars 2004. Hafi þess vegna þá þegar verið skorað á kærða að leggja fram hinn skriflega samning sem aðilum hafi borið að gera vegna framangreindra frávika samkvæmt útboðsskilmálum. Hafi þeirri áskorun ekki verið sinnt. Sé þess vegna á ný og að sérstaklega gefnu tilefni skorað á kærða að leggja fram alla þá samninga sem kaupandi kunni að hafa gert við MT bíla ehf. og varði breytingar eða frávik frá þeim skilmálum sem útboðsgögn vegna útboðanna árin 2003 og 2004 hafi kveðið á um. Jafnframt er skorað á kærða að tilgreina nákvæmlega hvaða févítisgreiðslur kaupandi hafi fengið greiddar eða hafi verið færðar honum til tekna við endanlegt uppgjör við MT bíla ehf. vegna samninga samkvæmt útboðunum. Ennfremur er skorað á kærða að leggja fram sönnunargögn fyrir útreikningum á endanlegu einingarverði hvernar bifreiðar á afhendingardegi hennar að teknu tilliti til þeirra gengisbreytinga er á samningstímanum urðu. Sé þessi krafa gerð með sérstakri vísan til ákvæða upplýsingalaga nr. 50/1996, sbr. 2. mgr. 1. gr. , 3. gr. og niðurlagsákvæði 3. tl. 1. mgr. 4. gr. laganna. Sé krafan ekki

eingöngu borin fram til að færa sönnur á fjárhagslega stöðu MT bíla eða fjárhagslega og tæknilega getu og hæfi til að tryggja að staðið verði við tilboð, heldur til þess að gefa kærða og kaupanda kost á að eyða grunsemdum um að þeir hafi stuðlað að því eða látið það viðgangast að beinlínis og augljóslega væri vikið frá opinberlega auglýstum skilmálum og skýrum lagafyrirmælum um framkvæmd útboðs og samninga reista á því, vísvitandi í þeim tilgangi að halda leyndum mistökum kærða við framkvæmd útboðsins og við mat á tilboðum, hæfi og getu einstakra bjóðenda og sérstaka ívilnun kaupanda við einn bjóðanda. Verði þessari áskorun ekki sinnt telur kærandi að kærunefnd útboðsmála beri að skoða það sem viðurkenningu kærða og kaupanda á mistökum þeirra og brotum.

Kærandi telur það óneitanlega vekja athygli að Sigurjón Magnússon, sem hafi áður sem framkvæmdastjóri MT bíla ehf. gert tilboð í útboðin árin 2003 og 2004, geri nú tilboð í nafni Múlatinds ehf. sem framkvæmdastjóri þess. Hafi kærði ákveðið að taka þessu tilboði þótt það hafi ekki verið það lægsta. Hafi það eiginlega vakið jafnmikla athygli síðastliðið ár að tilboði hans vegna MT bíla ehf. skuli hafa verið tekið, þrátt fyrir að bersýnilega hafi verið um undirboð að ræða og fjárhagsleg afkoma fyrirtækisins á árunum 2000-2003 sýnt rekstrartap þess, sem fjármagnað hafi verið með framlögum úr opinberum sjóðum. Þá hafi tæknileg geta ekki verið með þeim hætti að unnt hafi verið að standa við samninga samkvæmt útboðsskilmálum eins og síðar hafi komið í ljós. Liggi að vísu ekki fyrir upplýsingar um tap MT bíla ehf. vegna sjúkrabifreiðanna árið 2004, en um það hefði kærði átt að afla upplýsinga samkvæmt 30. og 31. gr. laga nr. 94/2001 við mat tilboðsgagna. Staðreynd sé að áður en MT bílar ehf. hafi efnt samning við kaupanda samkvæmt útboðinu 2004 hafi Sigurjón Magnússon hætt eða verið látinn hætta störfum hjá fyrirtækinu. Kærandi vísar til þess að glögglega megi sjá af samanburði tilboða samkvæmt 2. tl. og 10. tl. fundargerðar, dags. 30. ágúst 2005, að um sé að ræða sömu gerð eða útfærslu sjúkrabifreiða annars vegar frá MT bílum ehf. og hins vegar frá Múlatindi ehf. Ætla megi að verðtilboð MT bíla ehf. sé byggt á raunhæfu kostnaðarmati og reynslu fyrirtækisins af undirboðum á undanförunum árum. Sé tilboð MT bíla ehf. nú kr. 850.161 herra fyrir hvern bíl en tilboð Múlatinds ehf. Kærandi spyr hvort hugsanlegt sé að tilboð MT bíla ehf. hefði verið sömu fjárhæðar og tilboð Múlatinds ehf. ef Sigurjón Magnússon færi enn með forræði MT bíla ehf.. Hafi tilboð Múlatinds ehf. átt að vekja tortryggni eins og á stóð og kalla á sérstaka rannsókn samkvæmt 30. og 31. gr. laga nr.

94/2001, en þá hefðu sannast grunsemdirnar um undirboð og að fyrirtækið hefði verið rekið með tapi þrjú ár í röð og að samtímis hefði neikvæð eiginfjárstaða þess orðið stöðugt verri. Jafnframt hefði komið í ljós að ekki sé til þess vitað að fyrirtækið hafi staðið í framleiðslu sjúkraflutningabíla, að fyrirtækið sé talið hafa starfstöð sína að Múlavegi 13 en eign þessi hafi verið til ítrekaðrar uppboðsmeðferðar undanfarin ár og að sú staða að því er best verði séð enn uppi. Hefðu þessi sannindi átt að vera kærða hvatning til þess að krefjast gagna um bættu eða lakari fjárhagsstöðu fyrirtækisins til þess að unnt væri að leggja raunhæft og hlutlægt mat á getu og hæfi bjóðandans og ganga úr skugga um hvort tryggt væri að hann gæti staðið við skuldbindingar gagnvart kaupanda.

Kærandi vísar til þess að hér að framan hafi verið greint frá því að kærðu hafi ítrekað og þrátt fyrir sannanlega vitneskju um að undirboð eins bjóðenda væru möguleg vegna fjárframlaga opinberra aðila ákveðið að taka tilboði hans. Hafi á sama hátt verið sýnt fram á að kaupandi hafi eftir að kaup hafi verið ákveðin, vikið í verulegum atriðum frá þeim skilmálum sem settir hafi verið í útboðsgögnum til hagsbóta fyrir þennan sama seljanda. Hafi kaupandi haldið fram að hann hafi til málamynda að því er kæranda virðist óskað eftir smávægilegum breytingum innréttinga til að geta fellt niður févítisgreiðslur án þess að geta lagt fram nokkurn samning um slík frávík sem skylt hafi verið að gera samkvæmt útboðsskilmálum. Hafi kærði í samráði við kaupanda breytt útboðsskilmálum þess útboðs er mál þetta varði frá því sem hafi verið árið 2004, augljóslega til hagsbóta fyrir innlenda bjóðendur og þá sem fyrirsjáanlega eigi erfitt með að standa við afhendingartíma eftir útboðsskilmálum. Í fyrsta lagi er vísað til þess að 60% af kaupverði sé líkt og árið 2004 gengistryggt. Fyrir erlendan aðila eða umboðsfyrirtæki hans séu 40% þannig óverðtryggt. Í öðru lagi hafi févítisbætur verið lækkaður úr 0,2% fyrir hvern almanaksdag sem afhending dragist umfram umsaminn skiladag í 0,1%. Sé hér bersýnilega komið til móts við fyrirtæki, eins og það sem Sigurjón Magnússon hafi gert tilboð fyrir árin 2003 og 2004, þar sem meðaltal afhendingardráttar hafi farið fram úr 60 dögum og hafi átt að leiða til 12% lækkunar kaupverðsins, en á síðasta ári muni drátturinn að meðaltali hafa verið milli 60 og 120 daga. Í þriðja lagi er vísað til þess að til að fjármagna kaup undirvagna eða draga að öðru leyti úr rekstrarfjárförf innlendra bjóðenda eða fjárframlögum opinberra sjóða til bjóðenda gefi kaupandi þeim nú kost á fyrirframgreiðslu á 25% heildarkaupverðs allra bifreiðanna. Sýni öll þessi atriði ótvírætt

að jafnræðissjónarmiða laga nr. 94/2001 og stjórnarsýslulaga hafi alls ekki verið gætt. Hafi fjárframlög opinberra stofnana gert ítrekuð undirboð sama bjóðanda möguleg og hafi kærði ákveðið ítrekað að taka þeim tilboðum, en kaupendur síðan vikið frá útboðsskilmálum í síðari skiptum við hann sem seljanda. Vegna stöðugs tapreksturs um árabil, sem fjármagnaður hafi verið með almannafé, hafi bjóðandi hvorki þurft að greiða tekju- né eignaskatt vegna starfsemi sinnar gagnstætt því sem kærandi og aðrir ábyrgir bjóðendur hafi þurft að gera. Auk brota á jafnræðisreglu hafi kærði og kaupandi beinlínis stuðlað að því að einn megintilgangur laga nr. 94/2001 um virka samkeppni hafi verið virtur að vettugi og jafnframt meðalhófsregla stjórnarsýslulaga. Verði að lokum að telja að það geti naumast talist til hagkvæmni þegar stofnun með starfsemi, sem sé rekin fyrir almannafé, geri kaup um tæki gagnvart verði, sem sé að vísu svipað því sem ábyrgir bjóðendur áskilji sér, en kjósi heldur að eiga kaup við aðila sem geti fyrirsjáanlega ekki með eðlilegum hætti hvorki fjárhagslega né tæknilega staðið við skuldbindingar samkvæmt tilboði sínu, nema til komi verulegur fjárstuðningur af almannafé auk þess sem kaupandi síðan afsali sér tilkalli til afsláttar af kaupverði og févítisgreiðslum sem ákveðnar hafi verið í útboði vegna afhendingardráttar. Hafi kærði og kaupandi ítrekað orðið uppvísir að þessu.

Sé það í sjálfu sér skiljanlegt að stjórnvöld og stofnanir sem inni af hendi starfsemi sem sé rekin fyrir almannafé vilji efla innlendan iðnað og beina viðskiptum að íslenskum fyrirtækjum, enda séu þau þá samkeppnishæf um tæknileg gæði og verð og standist framleiðsla þeirra þær kröfur sem alþjóðlegir gæða- og öryggisstaðlar hafi að geyma. Sé þessi viðleitni þeim mun skiljanlegri þar sem sú þróun hafi orðið undanfarin ár samfara mikilli hagsæld og almennri velmegun að vegur ýmissa innlendra framleiðslufyrirtækja í útflutnings- og samkeppnisiðnaði hafi versnað og fjöldi fyrirtækja orðið að hætta starfsemi sinni. Sé það raunar eðlileg afleiðing aukins viðskiptafrelsis og virkrar samkeppni á jafnræðisgrundvelli, en hafi jafnframt leitt til aukinnar hagsældar og hagkvæmni, þ.á.m. í opinberum rekstri.

Hafi það í sjálfu sér sýnt sig að unnt sé að smíða yfir sjúkrabíla í Ólafsfirði ef menn fái bara nægilegan tíma til þess, hafi nægilegt fjármagn til að standa undir framleiðslukostnaði og það skipti þá heldur engu máli hve mikill sá kostnaður sé og því ekki heldur hvað raunverulegt verð þurfi að vera. Að allri kaldhæðni slepptri sé ekki hægt

að ætlast til þess að fyrirtæki, sem starfrækt sé í afskekktu sveitarfélagi norður við heimskaut og þurfi að kaupa öll aðföng til framleiðslunnar frá ýmsum löndum austan og vestan hafs í tiltölulega litlum og væntanlega dýrum einingum geti ásamt starfsmönnum teljandi á fingrum annarrar handar og í starfsstöð sem rekin hafi verið með tapi og sívaxandi neikvæðri eiginfjárstöðu, geti keppt við rótgróin erlend fyrirtæki með áratuga reynslu, hundruð velþjálfaðra starfsmanna í tæknilega fullkomnum starfsstöðvum, sem árlega framleiði hundruð sjúkrabifreiða með markaðssetningu í öllum heimsálfum. Væri verið að gera óraunhæfar og yfirnáttúrulegar kröfur, ef ætlast væri til þess að fyrirtækið í Ólafsfirði gæti staðist samkeppni við slíkt fyrirtæki, en það sé einfaldlega ekki í aðstöðu til þess tæknilega eða fjárhagslega.

Leggi Rauði krossinn svo ríka áherslu á kaup sjúkrabíla sem byggt sé yfir héraendis, að það eigi ekki að vera því til fyrirstöðu að við kaupin sé farið á svig við grundvallartilgang laga nr. 94/2001 eða aðrar greinar ekki virtar við mat á tilboðum, hæfi og getu bjóðanda þannig að seljanda sem geti ekki staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt útboðsskilmálum og samningi sé að lokum ívilnað með því að falla frá samningsbundnum rétti gagnvart honum virðist heiðarlegra að gera slíka samninga beint við seljanda án undangengins útboðs í stað þess að misnota kærða með sýndarútboðum til þess föllnum að rýra trúverðugleika hans.

Kærandi vísar til þess að lög um opinber innkaup hafi beinlínis verið sett í þeim tilgangi að efla hagkvæmni í opinberum rekstri. Kærði annist framkvæmd innkaupa ríkisstofnana og fyrirtækja samkvæmt lögnum. Sé ekki nokkur vafi á því að starfsemi kærða hafi leitt til verulegrar hagkvæmni í opinberum rekstri og njóti almenns traust þeirra er við stofnunina skipti. Byggist það traust á því að stofnunin hafi farið og eigi að fara svo að við framkvæmd útboða að í einu og öllu sé gætt ákvæða laganna um hlutlæga og samviskusamlega rannsókn og mat á hæfi og getu bjóðenda til að tryggja að þeir geti staðið við tilboð sín og skuldbindingar við kaupanda. Við það mat skuli tekið tillit til þess sem segi í 1. gr. laganna um að jafnræði aðila skuli tryggt, að stuðlað skuli að virkri samkeppni og að tilboð sem ákveðið hafi verið að taka sé til þess fallið að auka hagkvæmni í opinberum rekstri. Þegar stofnunin hafi hins vegar gert slíkt mistök með ákvörðun sinni og þeirri undanfarandi framkvæmd, tómlæti eða vanrækslu um lögboðið eftirlit og mat er leitt hafi til ákvörðunar sem fari þvert á tilgang laganna eins og sú

ákvörðun sem hér sé kærð, beri að leiðrétta slíkt mistök án tafar. Sé ella óhjákvæmilegat að hún rýri það traust sem nauðsynlegt sé borið sé til stofnunar á borð við kærða.

Hvað varðar athugasemdir kærða tekur kærandi fram að í fyrstu atrennu hafi kærði sagst hafa metið tvö tilboð kæranda sem frávikstilboð. Hafi kærði nú komist að raun um að skilningur hans á hugtakinu frávikstilboð hafi ekki staðist skýringu laga um opinber innkaup og því gripið til annarra björgunarúræða. Sé nú gefið í skyn að tilboð kæranda hafi verið ógilt og hafnað vegna þess að ákvæði um 3% afslátt hafi aðeins verið handskrifuð athugasemd á tilboðsblaði hans. Sé allt á tilboðsblaði handskrifað fyrir utan stimpil kæranda við undirskrift hans, enda geri form tilboðsblaðsins naumast ráð fyrir að það verði gert með öðrum hætti. Farið er fram á að kærunefnd útboðsmála meti og taki afstöðu til þess hvort unnt sé að skilja ákvörðunina eða tilboðið um 3% afslátt öðruvísi en óafturkræfan og óaðskiljanlegan hluta tilboðsins um verð. Hvað varðar ummæli kærða um svar verkefnisstjóra hans við umsögn um hvort tilboð kæranda hafi verið fullgilt vísar kærandi til þess að skýringin sé röng. Hafi verkefnisstjórinn ekki vitnað í lið 1.1.5 í útboðslýsingu, heldur lið 1.1.7 um að tilboð kæranda væri frávikstilboð og því ekki gilt. Hafi tilboð kæranda þegar af þessari ástæðu ekki komið til skoðunar við mat tilboða hjá kærða og sé hér um að ræða síðbúna afsökunarbeiðni á mistökum byggðum á rangri staðhæfingu. Vísað er til þess að gefið sé í skyn að tilboð kæranda hafi ekki verið sett fram samkvæmt tilboðsblöðum. Hafi kærandi allmikla og farsæla reynslu af gerð útboðsgagna bæði hérlendis og erlendis og hafi aldrei verið haldið fram að tilboð hans í opinberum innkaupum hafi ekki verið sett fram í samræmi við meðfylgjandi útboðsblöð. Spurt er hvar það komi fram í lögum um opinber innkaup, útboðslýsingu eða á tilboðsblöðum að tilboðsgjafi megi ekki skuldbinda sig til að veita afslátt af kaupverði. Hvernig geti þá tilboðsblaði skuldbundið sig til að veita aflátt með öðrum hætti en á tilboðsblöðum, sem bindi hann frá því að hann leggi tilboðið fram. Ef tilboðsgjafi tilgreindi hins vegar ekki um afsláttinn á tilboðsblaðinu, en tilkynnti kaupanda eftir opnun tilboða að hann myndi veita afslátt frá tilboðsverðinu eða önnur fríðindi ef gengið yrði óbreytt og tilboði hans yrði tekið færi slíkur afsláttur í bága við útboðsskilmálana. Væri það óheimilt þar sem jafnræðissjónarmiðum væri varpað fyrir róða.

Hvað varðar athugasemd kærða um að kærandi hafi ekki óskað eftir rökstuðningi fyrir höfnun á tilboði sínu tekur kærði fram að þetta sé naumast nema hálfur sannleikur.

Eftir móttöku tilkynningar um að tilboði Múlatinds ehf. hefði verið tekið hafi kærandi sent fyrirspurn um hvort tilboð kæranda hafi ekki verið metin fullgild. Samkvæmt svari kærða hafi tilboðin ekki verið metin gild og rökin verið þau að um væri að ræða frávikstilboð. Að fenginni reynslu á síðasta ári taldi kærandi ekki ástæðu til annars en að beina kærðu til kærunefndar þegar eftir að skýring og rökstuðningur kærða fyrir mati sínu um ógildi tilboðs lá fyrir. Vísað er til þess að kærði segist hafa tekið tilboð kæranda til mats án 3% afsláttarins, sem þó hafi verið óaðskiljanlegur og skuldbindandi hluti af verðtilboði kæranda. Á þessari röngu og breyttu forsendu staðhæfi kærði að við mat á öllum tilboðum hafi tilboð Múlatinds ehf. fengið hæstu einkunn. Vandséð sé hvort trúá eigi þeirri staðhæfingu að vegna þess að tilboð kæranda hafi ekki verið metið gilt þá hafi það ekki komið til álita við val á tilboði eða því að tilboðið hafi verið tekið með í reikninginn þegar búið hafi verið að breyta því að geðþótta kærða eða vegna mistaka hans þannig að líta mætti svo á að það kæmi ekki til álita við val á bjóðanda. Verði heldur hallast að fyrri staðhæfingunni því annars hefði mátt vænta þess að matsgerð um tilboð kæranda hefði verið lögð fram í málinu til samanburðar. Því er mótmælt að liður 1.1.5 í útboðsgögnum leggi bann við því að bjóðandi skuldbindi sig til að veita afslátt og vísað til þess að afslátturinn sé eindreginn og óafturkræfur hluti tilboðsins hvað varði verðlagningu þeirra hluta sem boðnir hafi verið og jafnþýðingarmikill hluti tilboðsins og önnur atriði sem það hafi að geyma. Vísað er til liðar 1.2.6 í útboðslýsingu og tekið fram að ekki sé unnt að sjá fyrir hvaða breytingar kunni að verða á gengi íslensku krónunnar eða tollgengi gagnvart viðmiðunargjaldi á samningstímabilinu. Þó svo að verðið sé að þessu leyti háð atriðum sem ekki sé hægt að sjá fyrir sé það bindandi fyrir báða aðila. Sé afsláttarhlutinn í tilboði kæranda fyrirsjáanlegur á meðan krónan haldi áfram að styrkjast gagnvart viðmiðunargjaldmiðli og komi þá til viðbótar lækkun kaupverðsins vegna styrkingar krónunnar gagnvart viðmiðunargjaldmiðlinum, en breytist hins vegar ekki til lækkunar við gengislækkun krónunnar nema hlutfallslega og falli fyrst alveg niður við 8% gengislækkun. Tekið er fram að með ákvæði um verð og verðbreytingar í útboðslýsingu telji kærandi bæði nú og fyrir ári hafa verið brotið gegn jafnræði að því er varði erlenda bjóðendur ef um gengislækkun íslensku krónunnar sé að ræða, þar sem verðtilboð séu í íslenskum krónum en aðeins 60% verðsins gengistryggð. Í útboðinu árið 2004 hafi kærandi ákveðið tilboðsverð sitt svo að umsýsluþóknun hans yrði í lágmarki að

Þótt gengislækkun gæti orðið allt að 8% á samningstíma þess útboðs. Hafi kærandi eftir á að tryggja komist að þeirri niðurstöðu að tilboð hans í útboðinu hefði af þessum sökum orðið hærra en þurft hefði. Hafi kærandi því ekki talið ástæðu til að kæra sérstaklega þetta atriði heldur hagað verðtilboði nú með 3% afslættinum inniföldum til hagsbóta fyrir kaupanda. Kærandi dregur í efa að kærði hafi framkvæmt raunverulegt og hlutlægt mat á því hvort fjárhagsstaða Múlatinds ehf. hafi verið nægilega trygg til að fyrirtækið gæti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Lýst er yfir áhyggjum af því að kærði hafi ekki sinnt lögboðinni skyldu sinni samkvæmt 2. mgr. 30. gr. laga um opinber innkaup þar sem mælt sé fyrir um að bjóðandi skuli færa sönnur á fjárhagslega getu sína. Hafi kærði í raun viðurkennt tómlæti í þeim efnum með því að taka fram að ekki hafi verið gerðar sérstakar kröfur í útboðsgögnum um hæfi bjóðenda aðrar en þær að þeir hefðu a.m.k. eins árs reynslu af sölu og þjónustu bifreiða. Séu þess háttar vinnubrögð við framkvæmd útboðs bæði ámælisverð og í engu samræmi við markmið í rekstri kærða, sbr. 71. gr. laga um opinber innkaup. Kalli þau eftir nánari skýringum verkefnisstjóra kærða og kaupanda á því samráði sem bersýnilega hafi verið viðhaft af þeirra hálfu við framkvæmdina að þessu leyti.

Vísað er til þess að samkvæmt útboðsgögnum hafi borið að gera skriflegan samning við þann bjóðanda sem hafi verið valinn. Á sama hátt beri að gera skriflega samninga vegna allra viðbótarverka sem aðilar komi sér saman um á samningstímanum og jafnframt um öll frávik sem aðilar komi sér saman um við framkvæmd og útfærslu á þeim samningsákvæðum sem ákveðin hafi verið í útboðslýsingu. Séu þessi ákvæði sett til að undirstrika nauðsynina á gagnsæi samninga vegna opinberra innkaup. Séu þau jafnframt sett til að tryggja að ekki sé vikið frá þeim samningsákvæðum sem opinberlega hafi verið sett fram í útboðsskilmálum, nema sérstakar, brýnar og eðlilegar ástæður gefi tilefni til. Séu þessi ákvæði sett til að tryggja jafnræði bjóðenda og til þess að veita samningsaðilum og kærða tæki til sönnunar því að framkvæmd útboðs og samninga á því reistu hafi verið gerð í samræmi við markmið og ákvæði laga um opinber innkaup. Vísað er til kærumáls nr. 29/2004 og þess að kaupandi hefði þá vikið frá skilmálum samninga sem gerðir hefðu verið á grundvelli útboðs bersýnilega til hagsbóta fyrir MT-bíla sem hafi gert sig bera að verulegum afhendingardrætti. Hefði á grundvelli útboðs nr.

13556/2004 þrátt fyrir vanefndir samninga eftir fyrra útboð verið gerður samningur við MT-bíla um smíði sex sjúkrabíla.

Vísað er til þess að tilgangur kæranda sé ekki aðeins að fá leiðrétt mistök sem orðið hafi við framkvæmd útboðs gagnvart kæranda við val á tilboði, heldur einnig að vekja athygli kærunefndar á því að við framkvæmd útboða og gerð samninga fyrir þann kaupanda sem mál þetta varði hafi mikið skort á að farið hafi verið að þeim leikreglum sem lög um opinber innkaup mæli fyrir um. Sé tilgangurinn að þetta leiði í framtíðinni til þess að kærði bæti verklag við framkvæmd útboða og tryggi jafnræði bjóðenda, virka samkeppni að öðru leyti og að kaupandi hafi að leiðarljósi markmið 71. gr. laga um opinber innkaup. Hafi tilgangur kæranda með þátttöku í útboðinu ekki síst verið að geta boðið kaupanda í raunverulega virkri samkeppni og á jafnræðisgrundvelli þær bestu, öruggustu og hagkvæmstu sjúkrabifreiðar bæði austan hafs og vestan sem hann viti um.

Kærandi vísar til þess að kærði hafi neitað að veita upplýsingar um staðreyndir í sambandi við framkvæmd útboða og samninga á þeim reistum, sem þó eigi að vera gagnsær og opnir öllum. Hafi kærði ekki sinnt áskorunum kæranda um framlagningu gagna í máli þessu og hljóti sú afstaða í sjálfu sér að vekja tortryggni. Hljóti hún að gefa sérstaka ástæðu til að ætla að kærði sé að þessu leyti að viðurkenna að misbrestur hafi orðið við framkvæmd útboða hans. Verði að breyta þessari afstöðu kærða og eyða tortryggni, en það verði ekki gert nema með því að leggja spilin á borðið. Því geri kærandi þá kröfu að kærunefnd heimili og ákveði að viðhafa munnlegan flutning málsins, þar sem kostur verði á því að fá munnlegar skýringar og athugasemdir verkefnisstjóra kærða og kaupanda sem hafi unnið að útboðinu. Þar sem kærunefnd hafi ekki tekið ákvörðun um frestun sammingsgerðar, telur kærandi nauðsynlegt að gera til öryggis og til vara þær kröfur að nefndin úrskurði að framkvæmd útboðsins og sammingsgerðin hafi verið andstæð ákvæðum laga um opinber innkaup og góðri viðskiptavenju og því ólögmat. Jafnframt er óskað eftir því að nefndin láti uppi álit um skaðabótaskyldu og kveði á um greiðslu kostnaðar við að hafa kærana uppi.

III.

Kærði vísar til þess að niðurstaða útboðsins hafi verið tilkynnt 20. september 2005 og hafi þar með verið kominn á bindandi samningur á milli aðila sem ekki verði rift,

sbr. lög um opinber innkaup og samningalög. Af sömu ástæðum verði heldur ekki boðið út að nýju.

Vísað er til þess að kærán virðist ganga út á að ekki hafi verið tekið tillit til handskrifaðra athugasemda á tilboðsblaði kæranda sem hafi verið svohljóðandi: „Veittur er 3% afsláttur ef gengi er það sama út afgreiðslutíma“. Kærði tekur fram að val á samningsaðila hafi farið fram samkvæmt lið 1.2.2 í útboðslýsingu með hliðsjón af 49. gr. laga um opinber innkaup. Í 49. gr. laga um opinber innkaup komi fram að við val á bjóðanda skuli eingöngu litið til gildra tilboða. Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 94/2001 komi fram að kaupandi geti lagt mat á gildi boða samtímis því sem tekin sé afstaða til þess hvaða boð sé hagkvæmast. Í slíku tilviki sé ógildum boðum ekki sérstaklega vísað frá heldur hafnað af þessum ástæðum. Sé það venja kærða að leggja mat á gildi allra tilboða samtímis og vísa ógildum tilboðum ekki sérstaklega frá, eins og heimilt sé samkvæmt 49. gr. laga um opinber innkaup. Hafi öll tilboð verið metin samkvæmt lið 1.2.3 í útboðslýsingu og tilboð Múlatinds ehf. merkt nr. III fengið hæstu einkunn eða 88,4 stig. Í framhaldi af tilkynningu um niðurstöðu útboðsins hinn 20. september 2005 hafi fulltrúi kæranda haft samband við verkefnisstjóra kærða og óskað eftir umsögn um hvort tilboð hans hefði verið fullgilt. Hafi verkefnisstjórinn svarað því að um frávík hafi verið að ræða frá útboðslýsingu sem ekki hafi verið heimilt með vísan til liðar 1.1.5 í útboðslýsingu þar sem fram komi að Ríkiskaup muni hafna þeim tilboðum sem ekki séu sett fram samkvæmt tilboðsblöðum og með vísan til tilboðsblaðs kæranda þar sem fram komi að „veittur verði 3% afsláttur ef gengi verði það sama út afgreiðslutímann“. Hafi kærandi ekki óskað eftir rökstuðningi fyrir höfnun á tilboði sínu eins og bent hafi verið á að bjóðendur tilboða sem hafnað hafi verið eigi rétt á, sbr. lið 1.2.4. í útboðslýsingu.

Byggt er á því að staðreyndin sé sú að tilboð kæranda hafi verið tekið til mats án 3% afsláttarins þar sem afslátturinn hafi verið í andstöðu við lið 1.1.5 í útboðslýsingu og háð atriðum sem ekki hafi verið viðkomandi útboðinu og ekki hægt að sjá fyrir. Í samræmi við 49. gr. laga um opinber innkaup hafi niðurstaða útboðsins verið tilkynnt þannig að tilboð Múlatinds ehf. væri hagstæðast og ekki tekin ákvörðun um hvort önnur tilboð væru gild eða ógild með vísan til umfjöllunar í greinargerð með frumvarpi til laga

um opinber innkaup. Hafi það ekki verið fyrir en eftir að kærandi leitaði upplýsinga hjá verkefnisstjóra um tilboð sitt sem kveðið hafi verið á um slíkt.

Vísað er til þess að kærandi geri athugasemdir við breytingar sem hann telji hafi verið gerðar á útboðslýsingu meðal annars varðandi verð og verðbreytingar. Sé um sömu ákvæði að ræða og í útboði á sjúkrabifreiðum nr. 13556 sem fram fór árið 2004. Hafi kærandi sótt útboðsgögn hinn 12. júlí 2005 og borið að kæra þau atriði sem hann geri athugasemdir við eigi síðar en 9. ágúst 2005, sbr. 78. gr. laga um opinber innkaup. Þar sem kærandi hafi ekki kært innan tímafrests er þess krafist að þessu kæruatriði verði vísað frá með vísan til fyrri úrskurða kærunefndar útboðsmála, svo sem í málum nr. 16/2004, 18/2002, 19/2002 og 1/2005.

Vakin er athygli á því að hinn 17. ágúst 2005 hafi kærandi sent kærða beiðni um frestun á opnun tilboða í nokkra daga vegna svara við fyrirspurnum sem væntanlegum bjóðendum bárust. Hafi kærði frestað opnun tilboða til 30. ágúst 2005. Hafi á opnunarfundi tilboða hinn 30. ágúst 2005, þar sem fulltrúi kæranda hafi verið viðstaddur, verið lýst eftir athugasemdum við útboðið og í lok fundar eftir athugasemdum við opnunarfundinn, en engar athugasemdir verið gerðar. Hvað varðar opinbera styrki til Múlatinds ehf. tekur kærði fram að hann hafi engar upplýsingar um slíkt, en bendir á að samkeppnismál heyri undir Samkeppniseftirlitið.

Megi draga niðurstöðu hins kærða útboðs saman í stuttu máli á þann veg að auglýst hafi verið eftir ákveðnum fjölda sjúkrabifreiða og að kæran gangi út á að ekki hafi verið tekið tillit til 3% afsláttar sem kærandi hafi ætlað að veita í framtíðinni ef gengi myndi þróast á ákveðinn hátt til afhendingardags. Hafi komið fram í útboðslýsingu að hagstæðasta boði yrði tekið, en ekki lægsta eins og kærandi virðist halda. Hafi lýsing á bifreiðunum fylgt með í útboðslýsingunni. Komi kröfur um hæfi bjóðenda fram í lið 1.2.1 og hvaða upplýsingar um fyrirtækið skuli fylgja með tilboði í lið 1.1.9 í útboðslýsingu. Sé í lið 1.1.2.3 áskilnaður um að kalla eftir ákveðnum gögnum þegar mat tilboða liggi fyrir. Hafi hagstæðasta tilboði sem uppfyllti öll skilyrði útboðsgagna verið tekið og kæranda ekki tekist að sýna fram á að tilboð hans hefði uppfyllt skilmála útboðsins.

Hvað varðar meint undirboð Múlatinds ehf. og lægra tilboð nú en tilboð MT-bíla ehf. á síðasta ári tekur kærði fram að það sé ekki á valdi hans að útskýra lægra tilboð, en það sé alltaf á hendi bjóðenda hvaða upphæð þeir bjóði og séu margir þættir sem ráði því

þ.á m. samkeppni eða hagræðing í rekstri frá fyrri árum. Sé það þekkt að bjóðendur lækki tilboð sín miðað við tilboð frá fyrri útboðum og sé það ekki kaupanda að gera athugasemdir við slíkt, heldur sé það einfaldlega eðli viðskipta á frjálsum og opnum markaði. Vísað er til 51. gr. laga um opinber innkaup þar sem fjallað er um óeðlilega lág tilboð og tekið fram að ekki hafi verið talið um slíkt að ræða og því ekki verið ástæða til að leita skýringa. Hafi verið lítill munur á verði samkvæmt tilboði kæranda og tilboði Múlatinds ehf., en fleiri þættir en verð ráðið niðurstöðu. Hafi kæranda samkvæmt framangreindu ekki tekist að sýna fram á að brotið hafi verið á honum og sé kæran órökstudd, byggð á misskilningi og beri að hafna henni.

IV.

Fjallað er um gildissvið laga um opinber innkaup í II. kafla þeirra. Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laganna taka þau til ríkis, sveitarfélaga, stofnana þeirra og annarra opinberra aðila. Þá taka löginn einnig til samtaka sem þessir aðilar, einn eða fleiri, kunna að hafa með sér. Í 2. mgr. 3. gr. er skýrt nánar hvenær aðili telst opinber. Tekið er fram að aðili teljist opinber ef hann getur borið réttindi og skyldur að lögum og sérstaklega hefur verið stofnað til hans í því skyni að þjóna almannahagsmunum, enda reki hann ekki starfsemi sem verði jafnað til starfsemi einkaaðila, svo sem á sviði viðskipta eða iðnaðar. Þá segir í sama ákvæði að auk þess skuli eitt eftirfarandi skilyrða eiga við um aðilann svo hann geti talist opinber:

- a. Starfsemi hans er að mestu leyti rekin á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila. Miðað skal við að aðili sé að mestu leyti rekinn á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila, ef opinber fjármögnun nemur meira en 50% af rekstrarkostnaði. Tekjur aðila á grundvelli gagnkvæms viðskiptasamnings við opinberan aðila teljast ekki opinber fjármögnun.
- b. Hann lýtur yfirstjórn ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila.
- c. Hann lýtur sérstakri stjórn sem ríki eða sveitarfélag, stofnanir þeirra eða aðrir opinberir aðilar skipa að meiri hluta.

Samkvæmt lögum fyrir Rauða kross Íslands sem samþykkt voru á aðalfundi hinn 21. maí 2005 er félagið landsfélag og starfa innan þess svæðisbundnar deildir sem mynda eina félagsheild. Félagið er viðurkennt af Alþjóðaráði Rauða krossins og ríkisstjórn

Íslands sem eina Rauða kross félagið er starfa má á Íslandi með þeim réttindum og skyldum sem því fylgja. Fjallað er um stjórn félagsins í 7. gr. laganna og kemur þar meðal annars fram að stjórnin skuli skipuð 11 mönnum og að kjósa skuli formann sérstaklega. Ljóst er að félagið lýtur ekki yfirstjórn ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinbera aðila. Þá verður ekki séð að félagið lúti sérstakri stjórn sem ríki eða sveitarfélag, stofnanir þeirra eða aðrir opinberir aðilar skipa að meiri hluta. Í því skyni að kanna hvort a-liður ákvæðisins ætti við um félagið óskaði kærunefnd útboðsmála með bréfi, dags. 19. október 2005, eftir upplýsingum um hversu stór hluti af rekstrarkostnaði félagsins væri fjármagnaður með opinberu fé. Í svari félagsins kemur fram að sé horft til sjúkraflutninga hafi framlög frá opinberum aðilum numið um 30% af rekstrarkostnaði á árinu 2004, en að samkvæmt ársreikningi fyrir árið 2004 hafi um 14% af útgjöldum félagsins verið fjármögnuð með opinberu fé. Samkvæmt þessu er starfsemi félagsins að því er hvorki almennt eða að því er varðar sjúkraflutninga sérstaklega ekki rekin að mestu leyti á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila, í skilningi a-liðar 2. mgr. 3. gr. laga um opinber innkaup. Verður samkvæmt þessu talið að verkkaupi í máli þessu falli ekki undir gildissvið laga um opinber innkaup nr. 94/2001.

Það athugast að í 70. gr. laga nr. 94/2001 er fjallað um Ríkiskaup og segir þar meðal annars að stofnunin annist innkaup fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki, rannsaki sameiginlegar þarfir á vörum og þjónustu og beiti sér fyrir samræmdum innkaupum til þarfa ríkisins. Virðist því aðeins vera gert ráð fyrir að stofnunin hafi umsjón með útboðum ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja, en ekki félaga á borð við Rauða kross Íslands. Sú staðreynd að Ríkiskaup óskaði eftir tilboðum í hið kærða útboð fyrir hönd Rauða kross Íslands getur þó ekki breytt því að félagið telst ekki vera opinber aðili í skilningi 2. mgr. 3. gr. laga nr. 94/2001 eins og rakið var að framan.

Fjallað er um heimildir og úrræði kærunefndar útboðsmála í XIII. kafla laga um opinber innkaup. Hlutverk nefndarinnar er að leysa úr ágreiningi aðila vegna ætlaðra brota á lögnum. Þar sem verkkaupi í því útboði sem kæra þessi beinist að fellur ekki undir löggin samkvæmt framansögðu brestur nefndina heimild til að leysa úr kæru kæranda. Það að vísað er til kærunefndar útboðsmála í lið 1.2.4 í útboðsgögnum getur ekki breytt þeirri niðurstöðu. Með vísan til þessa verður að vísa kröfum kæranda frá kærunefnd útboðsmála.

Úrskurðarorð:

Kröfum kæranda, Ólafs Gíslasonar & Co. hf., vegna útboðs nr. 13790, auðkennt sem „Sjúkrabifreiðar fyrir Rauða kross Íslands“ er vísað frá kærunefnd útboðsmála.

Reykjavík, 6. desember 2005.

Páll Sigurðsson

Auður Finnbogadóttir

Sigfús Jónsson

Rétt endurrit staðfestir,

Reykjavík, 6. desember 2005.