

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 4. janúar 2024

í máli nr. 38/2023:

Origo hf.

gegn

Reykjavíkurborg

### **Lykilorð**

*Samkeppnisútboð. Kærufrestur. Kröfu um ógildingu útboðs hafnað.*

### **Útdráttur**

*O kærði samkeppnisútboð R sem laut að kaupum á þjónustu og krafðist þess að útboðið yrði fellt úr gildi og R gert að auglýsa það á nýjan leik. Máltilbúnaður O byggði í öllum aðalatriðum á að R hefði með ólögætum hætti fallið frá tilteknum lágmarkskröfum í útboðinu. Þessu til stuðnings vísaði O einkum til breytinga sem R hefði gert á fundargerð aðila þar sem tilvísun til tiltekinna lágmarkskrafna hefði verið felld út. Í úrskurði kærunefndar útboðsmála var rakið að umrædd breyting hefði ekki verið til marks um að R hefði fallið frá kröfunum. Jafnframt að R hefði lýst því yfir að hann hefði ekki fallið frá kröfunum og fært fram haldbærar útskýringar fyrir ástæðum breytingarinnar. Þá bæru gögn málsins að öðru leyti ekki með sér að R hefði fallið frá lágmarkskröfunum. Að þessu og öðru því sem var rakið í úrskurðinum virtu hafnaði kærunefnd útboðsmála kröfu R um að útboðið yrði fellt úr gildi og R gert að auglýsa það að nýju.*

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 22. september 2023 kærði Origo hf. (hér eftir „kærandi“) samkeppnisútboð Reykjavíkurborgar (hér eftir „varnaraðili“) nr. 15088 auðkennt „Stuðningskerfi velferðarþjónustu Reykjavíkurborgar“.

Kærandi krefst þess að útboðið verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að auglýsa það á nýjan leik auk málskostnaðar. Þá var í kæru á það bent að stöðva bæri útboðsferlið þar til leyst væri úr kæru og vísað til 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Með greinargerð 27. september 2023 krefst varnaraðili þess aðallega að viðurkennt verði að sjálfkrafa stöðvun eigi ekki við í málinu og staðfest að kærandi hafi ekki gert sérstaka kröfu um stöðvun og að ætluð stöðvunarkrafa kæranda verði ekki tekin til meðferðar. Þá krefst varnaraðili þess að öllum öðrum kröfum kæranda verði vísað frá. Til vara krefst varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Þá krefst varnaraðili þess að kærunefnd útboðsmála úrskurði kæranda til greiðslu málskostnaðar á grundvelli 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

Kærunefnd útboðsmála gaf kæranda kost á að tjá sig um athugasemdir varnaraðila og bárust frekari athugasemdir frá kæranda 2. og 4. október 2023.

Kærunefnd útboðsmála sendi fyrirspurn til varnaraðila 12. október 2023 sem hann svaraði degi síðar. Þá sendi kærunefnd aðra fyrirspurn til varnaraðila 20. október, sem var svarað þremur dögum síðar.

Kærunefnd útboðsmála hafnaði kröfu kæranda um að innkaupaferlið yrði stöðvað með ákvörðun 31. október 2023.

Aðilum var gefinn kostur á að leggja fram frekari athugasemdir í málinu en engar frekari athugasemdir bárust frá aðilum.

## I

Með útboðsgögnum, dagsettum í apríl 2023, óskaði varnaraðili eftir tilboðum í hugbúnaðarlausn fyrir skipulagningu og stafrænni veitingu þjónustu hans, sérstaklega með áherslu á þjónustu við notendur heimastuðnings, heimilis- og búsetuþjónustu, ýmsa stoðþjónustu og aðra þjónustu veitta utan þjónustumiðstöðva.

Í grein 0.8.1 í útboðsgögnum kom meðal annars fram að kröfur sem varnaraðili gerði til verkefnisins væru flokkaðar í lágmarkskröfur og matskröfur. Lágmarkskröfur væru ófrávíkjanlegar kröfur sem gerðar væru til verkefnisins og skyldi tilboð bjóðenda uppfylla allar lágmarkskröfur til þess að vera gilt. Lágmarkskröfur væru flokkaðar í tvennt, annars vegar lágmarkskröfur sem skyldu vera uppfylltar miðað við opnunardag tilboða eða eftir atvikum opnunardag endurbættra tilboða og hins vegar tímasettar lágmarkskröfur sem skyldu vera uppfylltar innan tiltekins tímafrests frá því að hagstæðasta tilboði væri tekið. Þá kom fram að varnaraðili áskildi sér rétt til staðfesta virkni/uppfyllingu krafna með prófunum á virkni í boðinni þjónustu.

Á fylgiskjali 1 með útboðsgögnum var meðal annars gerð grein fyrir lágmarkskröfum. Þar kom fram undir tölulið 1.7.2 að framboðið kerfi skyldi að lágmarki annaðhvort vera (a) fullbúið skipulagstól fyrir vaktuumsýslu eða (b) vera með API tengingu við vaktuumsýslukerfi. Í töluliðum 1.7.3. og 1.7.4 komu fram nánari kröfur til virkni kerfanna en í síðari töluliðum kom fram að ef kerfið væri með API tengingu við vaktuumsýslukerfi þá fæli það í sér að kerfið skyldi útfæra API til að samþætta vaktaplan við vaktuumsýslukerfi eins og „vaktasmið Vinnustundar“.

Varnaraðili gaf út viðauka II við útboðsgögn þann 17. maí 2023 en í viðaukanum var að finna fyrirspurnir bjóðenda og svör varnaraðila. Í fyrirspurn nr. 15 tók bjóðandi fram að töluliður 1.7.4 fjallaði ekki nánar um hvernig upplýsingar skyldu flæða milli kerfa og erfitt væri að gera umfangsmat um innleiðingu við annað kerfi án þess að fyrir lægju upplýsingar um

hvaða „API köll“ væri ætlast til að yrðu útfærð og þá með upplýsingum um hvaða API væru í boði fyrir þá lausn sem skyldi tengjast. Varnaraðili svaraði fyrirspurninni og tók fram að þarna væri átt við að bjóðandi skyldi staðfesta að falboðið kerfi væri „API hæft“, það væri þannig úr garði gert að hægt væri að tengja það öðrum kerfum kaupanda svo sem „Vaktasmið Vinnustundar“ með API tengingu. Ekki væri ætlast til þess að bjóðandi skilaði tilboði í fullbúna API tengingu við tiltekið kerfi varnaraðila.

Tilboð voru opnuð í útboðinu 31. maí 2023 en samkvæmt fundargerð opnunarfundar bárust tilboð frá fimm bjóðendum, þar með talið kæranda.

Varnaraðili upplýsti kæranda með bréfi 25. ágúst 2023 að hann hygðist nýta sér áskilnað útboðsgagna um virkniprófanir og óskaði eftir því að kærandi tæki á móti fulltrúum varnaraðila 29. sama mánaðar. Kom meðal annars fram í bréfinu að óskað væri eftir að kærandi sýndi fulltrúum varnaraðila fullbúið falboðið kerfi og allar þær lágmarkskröfur, tímasettar lágmarkskröfur, matskröfur og viðbótarmatskröfur sem fulltrúar varnaraðila óskuðu eftir að skoða og sannreyna að virki eins og krafa væri gerð um.

Samkvæmt fundargerð, sem ber yfirskriftina „Mat á virkni lágmarkskrafna“ og er dagsett 30. ágúst 2023, fóru fram virkniprófanir á boðinni lausn kæranda 29. ágúst 2023. Í fundargerðinni er rakið að nánar tiltekna lágmarkskröfur hefðu verið prófaðar í boðinni lausn og að virkni fyrir kröfur 1.1.7, 1.7.2, 1.7.3 og 1.7.4, 2.1.2, 3.1.1, 3.1.3 og 3.3.11 hefðu ekki verið til staðar í boðnu kerfi. Starfsmaður varnaraðila sendi tölvupóst 31. ágúst 2023 til starfsmanns kæranda og upplýsti að hann væri búinn að senda fundargerðina til hans til rafrænnar undirritunar. Sama dag sendi starfsmaður varnaraðila annan tölvupóst til starfsmanns kæranda og bað hann um að undirrita ekki fundargerðina þar sem villu væri að finna í henni. Leiðrétt fundargerð yrði send til undirritunar daginn eftir. Önnur útgáfa af fundargerðinni liggur fyrir í málinu og er hún dagsett 1. september 2023. Fundargerðirnar eru samhljóða að því undanskildu að í síðara fundargerðinni er ekki að finna tilvísanir til krafna 1.7.2, 1.7.3 og 1.7.4 í tengslum við þær lágmarkskröfur sem ekki töldust uppfylltar. Kærandi sendi bréf til varnaraðila vegna fundarins þann 3. september 2023.

Í málalíbúnaði varnaraðila er rakið að í fundargerðinni, dagsettri 30. ágúst 2023, hafi láðst að taka tillit til skýringa í viðauka 2 varðandi mat á kröfum 1.7.2-1.7.4 og röng túlkun umræddra ákvæða því lögð til grundvallar. Þessi misskilningur hafi verið leiðréttur degi síðar með leiðréttingu fundargerðarinnar. Í hinni leiðréttu fundargerð hafi réttur skilningur á lágmarkskröfunum í tölulíðum 1.7.2-1.7.4 verið lagður til grundvallar og hafi þá verið ljóst að boðin þjónusta kæranda, sem hafi verið API hæf, hafi uppfyllt þær kröfur sem þar hafi verið gerðar.

Varnaraðili vísaði frá tilboði kæranda með bréfi 14. september 2023 með vísan til þess að tilboðið uppfyllti ekki ófrávíkjanlegar lágmarkskröfur sem settar hefðu verið fram í útboðsgögnum og viðeigandi fylgiskjölum. Í bréfinu var meðal annars fjallað um framangreinda virkniprófun og tiltekið að áður en þær hefðu hafist hefðu fulltrúar bjóðanda fengið lista yfir þær lágmarkskröfur sem hefði átt að sýna fram á að væru til staðar í boðnu kerfi. Þá kom fram í bréfinu að með vísan til fundargerðar 30. ágúst 2023 hefðu ófrávíkjanlegar lágmarkskröfur töluliða 1.1.7, 2.1.2, 3.1.3 og 3.3.11 ekki verið uppfylltar í boðinni lausn kæranda.

## II

Kærandi byggir í meginatriðum á að varnaraðili hafi ákveðið að falla frá lágmarkskröfum greina 1.7.2 til 1.7.4 sem enginn bjóðandi hafi uppfyllt en hafi ekki tilkynnt um það með formlegum hætti. Kærandi telji að varnaraðila hafi verið óheimilt að fella úr gildi þessar lágmarkskröfur og því beri að ógilda útboðið og leggja fyrir varnaraðila að auglýsa það að nýju. Þannig segi í 3. mgr. 36. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup að í samkeppnisútboði skuli ekki semja um lágmarkskröfur og forsendur fyrir vali tilboðs og komi hið sama einnig skýrt fram í lögskýringargögnum með ákvæðinu. Af þessu leiði að óheimilt sé á öllum stigum ferils samkeppnisútboðs að fella niður lágmarkskröfur. Þær eigi að vera óbreyttar meðan allt ferlið vari, þar með talið eftir opnun tilboða þegar ljóst sé að enginn bjóðandi uppfylli lágmarkskröfur. Kaupanda sé í lófa lagið að hefja nýjan innkaupaferil sem gefi þá öllum mögulegum bjóðendum kost á að bjóða lausn sem uppfylli breyttar kröfur, bæði bjóðendum sem hafi tekið þátt í fyrra útboðsferli og öðrum bjóðendum sem hafi ákveðið að taka ekki þátt í fyrra ferli á grundvelli þess að lausn þeirra hafi ekki uppfyllt lágmarkskröfur í fyrra útboðsferli. Engu máli skipti þó kaupendur megi breyta kröfum í almennum og lokuðum útboðum fyrir opnun tilboða. Um sé að ræða aðra aðstöðu, sem gefi öllum bjóðendum þá jafnt tækifæri til að miða við breyttar kröfur í tilboðsgerð. Þá séu lögskýringargögn afdráttarlaus um að í ferli samkeppnisútboða sé þessi háttsemi óheimil. Þurfi því sérstaklega að gæta að jafnræði allra bjóðenda og útiloka þá áhættu að einum bjóðanda verði hyglað á kostnað annarra með því að breyta lágmarkskröfum í samkeppnisútboði. Varnaraðila hafi því verið óheimilt að fella út tilgreindar lágmarkskröfur í innkaupaferlinu og sé um að ræða brot gegn 3. mgr. 36. gr. laga nr. 120/2016 og fari háttsemin auk þess gegn jafnræðisreglu 15. gr. laganna og þeirri sérstöku jafnræðisreglu sem gildi við samkeppnisútboð samkvæmt 4. mgr. 36. gr. laganna. Hafi kærandi jafnframt ástæðu til að ætla að sú regla hafi líka verið brotin á fyrri stigum ferlisins, þar sem tilkynning til hans um frávísun tilboðs gefi til kynna að aðrir bjóðendur en hann hafi fyrir

virkniprófun fengið lista yfir þær lágmarkskröfur sem staðið hafi til að prófa virkni boðinna lausna gagnvart. Þannig hafi aðrir bjóðendur en kærandi verið betur í stakk búnir en kærandi til að standa prófunina. Loks bendir kærandi á að háttsemi varnaraðila hafi brotið gegn gagnsæiskröfu 4. mgr. 36. gr. laga nr. 120/2016 en í ákvæðinu sé nánar tiltekið mælt fyrir um að kaupandi skuli upplýsa alla bjóðendur skriflega um hvers konar breytingar á tæknilýsingum eða öðrum útboðsgögnum en varnaraðili hafi ekki tilkynnt formlega um að fallið hafi verið frá umræddum formkröfum.

Í athugasemdum sínum 2. og 4. október 2023 andmælir kærandi sjónarmiðum varnaraðila sem lúta að stöðvun. Rekur kærandi fyrirmæli 107. gr. laga nr. 120/2016 og bendir á að varnaraðili hafi fengið afrit kærunnar um leið og hún hafi verið send kærunefnd útboðsmála. Engin þörf sé á að setja fram sérstaka kröfu um stöðvun samningsgerðar með vísan til 110. gr. laganna þegar svo hátti til. Öðru máli gegni þegar biðtíma sé lokið þegar kæra er send til kærunefndar útboðsmála og ekki hefur enn verið gengið til samninga. Þá hafi sérstök athygli verið vakin á því að kærandi teldi að sjálfkrafa stöðvun hafi tekið gildi og hafi nefndinni verið rétt að líta svo á að slík krafa hafi komið fram. Í öllu falli þá sé slík krafa sett fram nú og því mótmælt að stöðvun verði aflétt.

Hvað kærufrest varðar bendir kærandi á að varnaraðili hafi tilkynnt kæranda um frávísun á tilboði hans þann 14. september 2023 eftir að hafa áður breytt fundargerð, sem laut að virkniprófun, þannig að felldar hafi verið út tilvísanir til lágmarkskrafna sem áður hafi verið tilgreint að ekki væru uppfylltar. Megi ljóst vera að kærufrestir telji frá þeim degi sem tilkynningin hafi borist barst kæranda enda lúti kæran fyrst og fremst að niðurfellingu lágmarkskrafna. Ennfremur sé það bent að það sé fyrst núna sem því sé haldið fram af hálfu varnaraðila að lágmarkskröfur númer 1.7.2-1.7.4 hafi verið uppfylltar af hálfu kæranda að teknu tilliti til viðauka 2 við útboðslýsingu. Eins og rakið sé í kæru hafi ekki verið tilkynnt formlega um að fallið hafi verið frá þeim lágmarkskröfum og hafi kærandi því ekki á öðru að byggja en umræddri fundargerð, sem og óformlegum samskiptum við varnaraðila eftir að tilkynnt hafi verið um frávísun á tilboði hans. Lýsing varnaraðila í athugasemdum hans, um að ekki hafi verið fallið frá umræddum lágmarkskröfum, sé í ósamræmi við þau óformlegu samskipti varnaraðila og kæranda. Nánar tiltekið hafi starfsmaður varnaraðila upplýst símleiðis, í samtali sínu við nafngreindan starfsmann kæranda, að fallið hafi verið frá þessum tilgreindum lágmarkskröfum þar sem enginn bjóðandi hafi uppfyllt þær. Kæran sé sem fyrr segir á því byggð að fallið hafi verið frá umræddum lágmarkskröfum og fari sú háttsemi gegn lögum nr. 120/2016. Í ljósi misvísandi upplýsinga frá varnaraðila um hvort fallið hafi verið frá lágmarkskröfum eða ekki geri kærandi athugasemd við að varnaraðili beri því við að kæran sé

tilefnislaus. Loks bendi kærandi á að engu máli skipti hvort tilboð kæranda hafi um einhver önnur atriði verið í ósamræmi við lágmarkskröfur, sem kærandi geri ennfremur fyrirvara við, enda ljóst að sé staðan sú að niðurfelling lágmarkskrafa hafi leitt til þess að bjóðandi, sem annars hafi ekki uppfyllt lágmarkskröfu hafi gert það, hafi brotið haft afleiðingar bæði fyrir kæranda og aðra sem gætu nýtt tímann á meðan nýtt útbóð sé auglýst til að aðlaga lausnir sínar að lágmarkskröfum í nýju útbóði.

### III

Varnaraðili mótmælir sem röngum staðhæfingum kæranda um að hann hafi með óheimilum hætti felld úr gildi lágmarkskröfur töluliða 1.7.2-1.7.4 og að ætluð breyting hafi leitt til þess að aðeins einn bjóðenda hafi uppfyllt allar lágmarkskröfur útbóðsins. Varnaraðili hafi ekki verið að falla frá lágmarkskröfum eða breyta þeim heldur aðeins skýra frekar inntak þeirra í kjölfar fyrirspurnar. Þær lágmarkskröfur sem gerðar séu í töluliðum 1.7.2-1.7.4, að teknu tilliti til síðari skýringar í viðauka 2, séu enn hluti útbóðsskilmála og því nauðsynlegt að boðin þjónusta bjóðenda uppfylli þessar lágmarkskröfur.

Varnaraðili byggir á að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 sé liðinn og að vísa skuli kröfum kæranda frá. Málalíbúnaður kæranda sé í reynd reistur á því að varnaraðili hafi með ólögum hætti gert breytingar á lágmarkskröfum útbóðsskilmála. Varnaraðili sé ósammála þessu og byggir á að lágmarksskilyrðum hafi ekki verið breytt heldur hafi inntak þeirra aðeins verið skýrt frekar með útgáfu viðauka 2. Í öllu falli liggi fyrir að frekari upplýsingar um inntak skilyrða greina 1.7.2-1.7.4 hafi verið kynntar bjóðendum og felldar inn í útbóðsskilmála með viðauka þann 17. maí 2023 og hafi kærufrestur vegna þessa verið liðinn við móttöku kæru. Þá segir varnaraðili að kröfugerð kæranda falli fyrir utan úrræði nefndarinnar samkvæmt 111. gr. laga nr. 120/2016 en þar sé ekki mælt fyrir um heimild til handa nefndinni til að ógilda útbóð. Skuli því vísa þessari kröfu frá nefndinni.

Varnaraðili hafnar því að skilyrði séu fyrir hendi til að ógilda útbóðið eða leggja fyrir hann að auglýsa það á nýjan leik. Kærandi hafi sjálfur viðurkennt að boð hans hafi ekki fullnægt lágmarkskröfum og að virkniprófun hafi leitt þá niðurstöðu í ljós. Varnaraðila hafi því borið að vísa tilboði kæranda frá samkvæmt fyrirmælum útbóðsskilmála og laga nr. 120/2016. Varnaraðili haft tryggt jafnræði bjóðenda í tengslum við skýringar á greinum 1.7.2-1.7.4 og sjónarmið kæranda varðandi brot gegn lögum nr. 120/2016 virðist byggja á misskilningi um að fallið hafi verið frá lágmarkskröfum og taka ekki tillit til þess að skýringar hafi þegar verið settar fram og birtar öllum bjóðendum. Það megi teljast hvítleitt að hnökror hafi orðið í framkvæmd útbóðsferlisins af hálfu varnaraðila, nánar tiltekið að nauðsynlegt hafi reynst að

leiðrétta fundargerð degi eftir gerð hennar og að vísað hafi verið til rangrar fundargerðar í erindi varnaraðila frá 14. september 2023. Þessi atriði varði þó ekki kæruefni málsins um ætlaða niðurfellingu á lágmarkskröfum og ekki til þess fallin að hafa áhrif á niðurstöðu málsins eða þá staðreynd að tilboð kæranda hafi verið ógilt.

Þá segir varnaraðili að kæranda hafi með hliðsjón af fundarboðinu frá 25. ágúst 2023 og útboðsskilmálum mátt vera fulljóst hvaða kröfu hafi staðið til að kanna með virkniprófun. Í bréfi varnaraðila til kæranda frá 14. september 2023 hafi ranglega verið vísað til þess að kærandi hafi verið sendur sérstakur listi yfir lágmarkskröfur. Hið rétta sé að engum bjóðenda hafi verið sendur sérstakur listi í aðdraganda virkniprófana þar sem slík hafi verið talið óþarft enda hafi lágmarkskröfurnar sem átti að prófa þegar verið útlistaðar með skilmerkilegum hætti í útboðsskilmálum.

#### IV

##### A

Varnaraðili krefst þess að málinu verði vísað frá með vísan til þess að kæra hafi borist utan kærufresta. Í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup segir að kæra skuli borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleyssi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum.

Málatilbúnaður kæranda byggir í öllum aðalatriðum á að varnaraðili hafi með ólögætum hætti fallið frá þeim lágmarkskröfum sem voru tilgreindar í töluliðum 1.7.2 til 1.7.4 í fylgiskjali 1 með útboðsskilmálum. Þessu til stuðnings vísar kærandi til þess að varnaraðili hafi breytt fundargerð aðila og fellt út tilvísanir til umræddra liða. Jafnframt að starfsmaður varnaraðila hafi tilkynnt starfsmanni kæranda símleiðis um að ákveðið hafi verið að falla frá þessum kröfum þar sem enginn bjóðandi hafi uppfyllt þær.

Framangreind fundargerð, þar sem tilvísun til fyrrgreindra töluliða 1.7.2 til 1.7.4 hafði verið felld á brott, er dagsett 1. september 2022. Að mati nefndarinnar gat kærufrestur þar með í fyrsta lagi byrjað að líða 2. september 2022, sbr. 1. mgr. 8. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016. Verður því að mati nefndarinnar að leggja til grundvallar að kæran, sem var móttækin af nefndinni 22. september 2022, hafi borist innan kærufresta 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016.

Að framangreindu frágengnu byggir varnaraðili á að kröfugerð kæranda falli fyrir utan úrræði kærunefndar útboðsmála samkvæmt 111. gr. laga nr. 120/2016 þar sem í ákvæðinu sé ekki mælt fyrir um heimild til handa nefndinni til að ógilda útboð.

Í 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að kærunefnd útboðsmála geti fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa, að hluta eða í heild. Að mati kærunefndar útboðsmála er ljóst að ákvörðun kaupanda um að auglýsa tiltekið útboð er á meðal ákvarðana sem nefndin getur fellt úr gildi og er löng úrskurðarframkvæmd fyrir því. Í þessu samhengi má einnig benda á að samkvæmt 2. máls. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 hefur nefndin heimild til að leggja fyrir kaupanda að auglýsa útboð á nýjan leik en það liggur í hlutarins eðli að ekki verður lagt fyrir kaupanda að auglýsa útboð á nýjan leik nema fyrra útboð hafi verið fellt úr gildi.

Samkvæmt framangreindu verður krafa kæranda, um að útboðið verði fellt úr gildi og lagt verði fyrir varnaraðila að auglýsa það að á nýjan leik, tekin til efnislegrar úrlausnar.

## B

Líkt og áður hefur verið rakið héldu fulltrúar varnaraðila og kæranda fund 29. ágúst 2023 þar sem prófanir fóru fram á virkni boðinnar lausnar kæranda. Tvær fundargerðir voru ritaðar vegna fundarins, dagsettar 30. ágúst 2023 og 1. september 2023, en síðari fundargerðin mun vera leiðrétting á þeirri fyrri. Í fyrri fundargerðinni er meðal annars rakið að boðin lausn kæranda hafi ekki uppfyllt kröfur liða 1.7.2 til 1.7.4 en í hinni síðari hefur, eins og fyrr segir, tilvísun til þessara liða verið felld á brott.

Að mati kærunefndar útboðsmála verður að telja að framangreind breyting sé ekki til marks um að varnaraðili hafi ákveðið að falla frá umræddum kröfum. Í þessu samhengi skiptir máli að varnaraðili hefur lýst því yfir að hann hafi ekki fallið frá kröfunum og fært fram haldbærar útskýringar fyrir ástæðum breytingarinnar. Þá kemur fram í báðum fundargerðum að lausn kæranda hafi verið prófuð með tilliti til liða 1.7.2, 1.7.3 og 1.7.4. Að öðru leyti bera gögn málsins ekki með sér að varnaraðili hafi ákveðið að falla frá umræddum kröfum og geta ætluð samskipti á milli starfsmanns varnaraðila og starfsmanns kæranda ekki haft sérstaka þýðingu í þessu samhengi. Þá bera gögn sem nefndin aflaði um samskipti varnaraðila við aðra bjóðendur ekki með sér að brotið hafi verið gegn jafnræði í tengslum við prófanir þær sem deilt er um í málinu.

Samkvæmt öllu framangreindu og að virtum fyrirbyggjandi gögnum og málatilbúnaði aðila að öðru leyti er það mat nefndarinnar að varnaraðili hafi ekki brotið gegn lögum nr. 120/2016 eða reglum settum samkvæmt þeim við framkvæmd útboðsins. Verður því að hafna kröfu kæranda um að hið kærða útboð verði ógilt og lagt verði fyrir varnaraðila að auglýsa það á nýjan leik.



Varnaraðili hefur uppi kröfu um að kæranda verði gert að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð. Í 2. málsl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 er mælt fyrir um að ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa geti kærunefnd úrskurðað kæranda til að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð. Þrátt fyrir að kröfum kæranda hafi verið hafnað eru ekki efni til þess að líta svo á að kæra hans hafi verið bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa. Þykir því rétt að málskostnaður falli niður.

#### Úrskurðarorð:

Kröfu kæranda, Origo hf., um að útboð varnaraðila nr. 15088 auðkennt „Stuðningskerfi velferðarþjónustu Reykjavíkurborgar“ verði fellt úr gildi og honum gert að auglýsa það á nýjan leik, er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 4. janúar 2024.

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

# Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir