

## Úrskurður kærunefndar útboðsmála 22. maí 2023

í máli nr. 43/2022:

AJ Produkter AB

gegn

Reykjavíkurborg og

Pennanum ehf.

### **Lykilorð**

*Rökstuðningur. Bindandi samningur. Álit á skaðabótaskyldu hafnað.*

### **Útdráttur**

*R auglýsti útboð vegna innkaupa fyrir borð í grunnskóla borgarinnar. Í útboðsgögnum og í tilboðsbók útboðs voru gerðar ýmsar kröfur til boðinna borða, meðal annars að borðplatan skyldi steipt í heilu lagi en ekki límd saman og stærð borðplötu væri 70cm x 50cm. Þá skyldu öll horn vera rúnuð. Í útboðsgögnum kom einnig fram að bjóðendur skyldu hafa borðin tilbúin til sýningar fyrir matsnefnd borgarinnar innan viku frá opnun tilboða. R valdi tilboð P ehf. A óskaði eftir rökstuðningi R fyrir þeirri ákvörðun og kærði í kjölfarið ákvörðunina til kærunefndar útboðsmála. Í niðurstöðu kærunefndar kom fram að kærandi hefði boðið fram tvenns konar borð. Önnur borðplatan var ekki talin uppfylla skilyrði útboðsgagna um að vera steipt í heilu lagi og þá lá fyrir að kærandi gat ekki sýnt hitt borðið innan viku frá opnun tilboða. Var tilboð kæranda því ógilt af þessum sökum. Kærunefndin hafnaði því öllum kröfum kæranda. Kærunefnd gerði jafnframt athugasemdir við rökstuðning R sem A óskaði eftir, en taldi það ekki geta haft áhrif á niðurstöðu málsins þar sem tilboð kæranda var talið ógilt.*

Með kæru mótttekinni hjá kærunefnd útboðsmála 13. desember 2022 kærði AJ Produkter AB (hér eftir „kærandi“) ákvörðun Reykjavíkurborgar (hér eftir „varnaraðili“) um að velja tilboð Pennans hf. í útboði nr. 15694 auðkennt „Húsgögn (borð) fyrir grunnskóla“.

Kærandi krefst þess að kærunefnd útboðsmála felli úr gildi ákvörðun kaupanda frá 8. desember 2022 um að taka tilboði Pennans hf. í útboði nr. 15692 og hafna þar með tilboði kæranda. Kærandi gerir jafnframt kröfu um að kærunefnd útboðsmála láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu kaupanda vegna ákvörðunarinnar. Þá er gerð krafa um að kærunefnd útboðsmála geri Reykjavíkurborg að greiða kæranda hæfilegan kostnað við að hafa kærana uppi.

Varnaraðili krefst þess að þess að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar í útboðsferli varnaraðila nr. 15694 verði aflétt. Þá krefst varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda verði

hafnað og jafnframt að kærunefnd útboðsmála úrskurði kæranda til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Penninn ehf. krefst þess að stöðvun samningsgerðar verði aflétt, en jafnframt að hafna beri kæru í málinu.

Kærunefnd útboðsmála óskaði eftir því við varnaraðila 16. janúar 2023 að hann legði fram tilboð kæranda, sem varnaraðili og gerði 17. janúar 2023.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 7. febrúar 2023 var fallist á kröfu varnaraðila um að aflétta þeirri sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar sem komist hafði á með kæru málsins.

Varnaraðili upplýsti kærunefnd útboðsmála 9. febrúar 2023 að hann hygðist ekki leggja fram frekari athugasemdir í málinu. Hinn 21. febrúar 2023 lagði Penninn ehf. fram frekari athugasemdir sínar. Kærandi lagði svo fram lokaathugasemdir sínar 10. mars 2023.

## I

Í nóvember 2022 auglýsti varnaraðili hið kærða útboð og óskaði eftir tilboðum í borð fyrir grunnskóla. Um var að ræða almennt útboð. Í grein 0.8 í útboðslýsingu kom fram að samið yrði við þann aðila sem ætti hagkvæmasta gilda tilboðið á grundvelli besta hlutfalls milli verðs, gæða og afhendingar samkvæmt tilboðsbók. Tekið var fram að tilboð teldist óaðgengilegt ef bjóðandi byði hærra verð en kostnaðaráætlun kaupanda gerði ráð fyrir, en kaupandi áskildi sér þó rétt til þess að taka hærra tilboði en kostnaðaráætlun segði til um eftir því sem við ætti. Í sömu grein kom fram að gæðamat skyldi fara fram innan við einni viku frá opnun tilboða og skyldu bjóðendur hafa eintak af boðnum vörum aðgengilegt matsaðilum í verslun eða á starfsstað bjóðanda á höfuðborgarsvæðinu á þeim tíma. Ef húsgögn væru ekki á staðnum þegar gæðamat átti að fara fram þá yrði tilboðið metið ógilt og óaðgengilegt. Kaupandi myndi leggja mat á tilboðin og skyldi verð gilda 50% og gæðamat 50%. Lægsta verð skyldi hljóta 50 stig og önnur verðtilboð stig í réttu hlutfalli samkvæmt gefinni formúlu í grein 0.8 í útboðslýsingu. Að því er varðar gæðamat þá var tekið fram að matsnefnd myndi leggja mat á boðnar vörur. Þær yrðu metnar á fimm stiga skala frá „mjög ósammála“ til „mjög sammála“. Ófullnægjandi vörur fengu „mjög ósammála“ og myndu hljóta 0% af viðkomandi stigum sem tilgreind væru í tilboðsskrá. Fullnægjandi vörur myndu hljóta 20%-80% af tilgreindum hæsta stigafjölda og framúrskarandi vörur, sem fengu „mjög sammála“, myndu hljóta hæsta mögulega stigafjölda samkvæmt tilboðsskrá. Að auki yrði afhendingartími metinn á sams konar fimm stiga skala. Ófullnægjandi afhendingartími fengi „mjög ósammála“ og teldist vera 11 vikur eða meira, og fengi því 0% af viðkomandi stigum samkvæmt tilboðsskrá. Fullnægjandi afhendingartími teldist 8-9 vikur, 9-10 vikur eða 10-11 vikur, og myndi hljóta 20%-80% af tilgreindum hæsta

stigafjölda, en framúrskarandi afhendingartími teldist vera innan 8 vikna og myndi því hljóta hæsta mögulega stigafjölda samkvæmt tilboðsskrá.

Í tilboðsbók 1 koma fram lágmarkskröfur til boðinna vara. Kröfurnar eru í tíu liðum og þar á meðal kemur fram að borðplata skuli steipt í heilu lagi (compact), stærð borðplötu skuli vera 70cm x 50cm, og öll horn skuli rúnuð. Þá er tekið fram að borðið skuli vera stöðugt og virðast öruggt fyrir börn í notkun.

Á fundi innkaupa- og framkvæmdaráðs varnaraðila 8. desember 2022 var tilkynnt að fjórir af sex bjóðendum hefðu staðist lágmarkskröfur útboðsgagna. Var í kjölfarið lagt til og samþykkt að ganga að tilboði Pennans ehf., sem nam 20.863.500 kr., en tilboð þess hefði fengið hæstu stigagjöf bjóðenda að teknu tilliti til bæði gæða og verðs, og hefði því átt hagstæðasta tilboðið í útboðinu. Kærandi óskaði eftir rökstuðningi frá varnaraðila 12. desember 2022 þar sem fram kom að ekki hafi verið framkvæmt gæðamat á tilboði kæranda þar sem það hafi ekki þótt standast lágmarkskröfur útboðslýsingar. Var tekið fram að kærandi hefði boðið þrjú borð sem öll hafi verið með sama verð, en eitt borðanna hafi ekki verið á staðnum þegar skoða átti vöruna og því hafi ekki verið hægt að meta það. Annað borð hafi verið með fjóra fætur og þar af leiðandi ekki í samræmi við þá kröfu sem getið væri um í grein 2.1 í útboðsgögnum og lið 0.10 í lágmarkskröfulista. Fætur eða grind þriðja borðsins hafi ekki verið eins og á teikningu, líkt og gerð hafi verið krafa um í kafla 0.10 í lágmarkskröfulista og hefði því ekki þótt nógu stöðugt. Þá hafi borðplatan ekki verið í samræmi við kröfur. Í því sambandi var m.a. vísað til þess að hún hafi ekki getað talist steipt í heilu lagi (e. compact), sbr. lið 0.5 í lágmarkskröfulista.

## II

Kærandi hafnar rökstuðningi varnaraðila og tekur fram að hann hafi ekki boðið borð sem hafi verið með fjórum fótum, sem ranglega sé fullyrt um í rökstuðningi varnaraðila. Þá hafnar kærandi því að borðfætur hafi ekki verið í samræmi við kröfur útboðsgagna, sem og að efni í borðplötu og kanti borðanna hafi verið ófullnægjandi. Bendir kærandi á að samkvæmt framlögðum vörulýsingum, sem hafi fylgt tilboði hans, komi fram að efni í borðum hans uppfylli allar kröfur útboðsgagna og séu í raun sterkari en krafa hafi verið gerð um. Varnaraðili hafi aldrei óskað eftir frekari upplýsingum um gerð og búnað borðanna, sem honum hafi þó verið rétt og skylt að gera, eða í það minnsta staðreyna með einhverjum viðunandi hætti hvort þau uppfylltu settar kröfur í stað þess að draga órökstuddar ályktanir af lauslegri skoðun borðplötunnar.

Að mati kæranda verði tilboði hans ekki hafnað sem ógildu og óaðgengilegu á þeim forsendum að borð hafi ekki verið til staðar þegar matsnefndin hafi óskað eftir að skoða þau,

en í grein 0.8 í útboðslýsingu hafi verið gert ráð fyrir að gæðamat færi fram innan við einni viku frá opnun tilboða. Ákvæði þetta verði ekki túlkað með öðrum hætti en að borðin yrðu að vera aðgengileg til skoðunar á þeim tíma. Kærandi hafi upplýst varnaraðila um að borðfætur/grind fyrir nemendaborð Access yrði aðgengilegt til skoðunar mánudaginn 5. desember 2022, eða innan framangreinds frests. Borðplatan hefði þegar verið skoðuð þar sem hún sé sameiginleg með báðum boðnum borðum, Access og Axiom. Varnaraðili hafi hins vegar hafnað að skoða borðfætturna/grindina innan þess frests sem tilgreindur hafi verið og hafi upplýst um að matsnefndin hefði þegar skilað niðurstöðum sínum, þ.e. fyrir lok frestsins. Kærandi telji að ákvörðun varnaraðila um að hafna tilboði hans í útboðinu og meta vörur hans ekki til gæða í samræmi við skilmála útboðsins sé ómálefnaleg og byggji á röngum forsendum. Hún eigi sér ekki viðhlítandi stoð í skilmálum útboðslýsingar né byggji á lögum. Hafi varnaraðila borið skylda til að framkvæma gæðamat á vöru kæranda og meta tilboð hans til stiga til samanburðar við tilboð annarra bjóðenda.

Kærandi bendir á að athugasemdir varnaraðila séu ekki byggðar á sömu forsendum og rökstuðningur varnaraðila fyrir því að meta tilboð kæranda ógilt við framkvæmd útboðsins. Í athugasemdum varnaraðila sé áhersla lögð á að fylgiskjöl sem tilboði kæranda hafi ekki verið fullnægjandi eða nægilega skýr, auk þess sem gögn um reynslu af notkun á framboðnum vörum kæranda hafi verið ófullnægjandi. Hvort tveggja telji kærandi að hafi mátt gefa varnaraðila tilefni til þess að gefa kæranda kost á að koma á framfæri frekari skýringum eða gögnum innan hæfilegs frests, einkum í ljósi þess að kærandi hafi átt langlægsta verðtilboðið í útboðinu. Framlagning slíkra gagna hefði ekki verið til þess fallin að raska jafnræði bjóðenda eða fæli í sér breytingu á grundvallaratriðum tilboðsins, enda hafi mátt ráða um umtalsverða reynslu kæranda af fylgiskjöllum með tilboðinu. Þá bendir kærandi á að það liggi fyrir að borð þau sem hann hafi boðið séu notuð af fjölmörgum skólum í Svíþjóð og uppfylla allar þær kröfur sem gerðar séu til slíkra húsgagna, m.a. kröfur um staðla.

### III

Varnaraðili bendir á að óljóst hafi verið af tilboði og fylgigögnum með því hvaða borð kærandi hafi verið að bjóða. Í fylgigögnum með tilboðinu hafi verið að finna vörulýsingar af annars vegar Axiom borði og hins vegar Access borði, en einnig hafi fylgt með tilboðinu prófunarskýrsla sem vísar til borðheitisins Borås, og í þeirri skýrslu sé að finna myndir af borðum sem hvorki séu í samræmi við útboðsskilmála né vörulýsingar vegna Axiom og Access borðanna. Þessi prófunarskýrsla hafi verið sú eina sem hafi fylgt með kæru kæranda til kærunefndarinnar. Með tilboði kæranda hafi þó einnig fylgt prófunarskýrslur fyrir Axiom borð

og Access borð. Að því er varðar Axiom borðin væri tekið fram að borðið uppfyllti einungis staðal EN 1729 fyrir stærðarviðmið 5-7, en þær borðplötur sem falli undir þau stærðarviðmið séu ekki af stærðinni 70x50 cm, svo sem krafa var gerð um í útboðsgögnum. Þá komi ekki fram í prófunarskýrslunni úr hverju hin prófaða borðplata sé, en af mynd í skýrslunni sé þó ljóst að hún sé engan veginn sambærileg hinni boðinni vöru. Í vörulýsingu með Axiom borðinu sé tekið fram að borðplatan sé spónaplata, en þess sé ekki getið í prófunarskýrslunni. Með tilboði kæranda hafi einnig fylgt prófunarskýrsla fyrir Access borð og vísar varnaraðili til þess að hið sama gildi um það og vikið hafi verið að varðandi Axiom prófunarskýrsluna.

Þá bendir varnaraðili á að í grein 0.5 í útboðsgögnum hafi verið mælt fyrir um hvaða upplýsingar varðandi verkefnið bjóðendum hafi verið skylt að leggja fram. Í C-lið hafi verið áskilið að upplýsingar um hæfi vegna tæknilegrar og faglegrar getu, sbr. kafla 0.10.3, og þar mælt fyrir um að bjóðandi skuli með tilboði sínu skila staðfestingu á reynslu, geta vísað til grunnskóla þar sem viðkomandi vörur séu í notkun og reynsla komin á notkun þeirra. Þá sé í E-lið að finna upptalningu á nokkrum atriðum, m.a. um að skylt væri að skila inn útfylltum og undirrituðum lágmarkskröfulistu. Með tilboði kæranda hafi fylgt tvö fylgiskjöl sem nefnd hafi verið Experience Axiom og Experience Access. Í skjölunum komi fram jafnframt CustomerIDName og síðan fylgi listi yfir erlenda aðila án nokkurra skýringa. Ekki sé ljóst af skjalinu að um staðfestingu á reynslu sé að ræða, hvort umræddir aðilar á listanum séu grunnskólar, nákvæmlega hvaða vörur sé um að ræða, hvenær þær hafi verið teknar í notkun eða hvaða reynsla sé komin á notkun. Að mati varnaraðila verði vart talið að þessi skjöl geti talist uppfylla áskilnaði C-liðar greinar 0.5 í útboðsgögnum. Þá verði ekki heldur talið að kærandi hafi með framlagningu prófunarskýrslna fullnægt áskilnaði E-liðar greinar 0.5 í útboðsgögnum um að leggja fram gögn til staðfestingar á kröfum um hæfi, þ.e. að varan uppfylli staðla um húsgagnaframleiðslu (ÍST 1729 eða sambærilegt).

Varnaraðili bendir jafnframt á að Access borðið hafi ekki verið sýnt innan frests, en skýrt hafi komið fram í grein 0.8 í útboðsgögnum að gæðamat færi fram innan við einni viku frá opnun tilboða og að bjóðendur skyldu hafa eintak af boðnum vörum aðgengileg á þeim tíma. Tilboð hafi verið opnuð mánudaginn 28. nóvember klukkan 10 og vikufresturinn því liðinn í síðasta lagi mánudaginn 5. desember klukkan 10. Starfsmaður varnaraðila hafi sent tölvupóst á kæranda þar sem óskað hafi verið eftir því að fá að skoða hina boðnu vöru. Í svari kæranda hafi verið tekið fram að kærandi ætti aðeins Axiom borðið en líklega tæki um 10 daga að fá Access grindina. Með tölvupósti 6. desember frá kæranda hafi verið tekið fram að Access grindin væri tilbúin samsett ef varnaraðili vildi skoða hana, en með svarpósti þann sama dag hafi varnaraðili tilkynnt að tillögum hafi þegar verið skilað til innkauparáðs varnaraðila og því næði þetta borð

ekki inn. Varnaraðili bendir á að kærandi haldi því ranglega fram að Access borðið yrði „til reiðu á næstu dögum“ í kæru sinni, heldur liggi fyrir af fyrirliggjandi tölvupóstum að grindin hafi fyrst verið tilbúin til sýningar 6. desember, eftir að vikufresturinn hafi verið liðinn og eftir að matsnefnd hafi skilað niðurstöðum sínum. Því telji varnaraðili að tilboð kæranda með boði á Access borði hafi þá þegar verið ógilt og óaðgengilegt, sbr. 0.8. gr. útboðsgagna og 82. gr. laga nr. 120/2016.

Þá bendir varnaraðili á að eina boðna vara kæranda sem matsnefnd varnaraðila hafi getað skoðað hafi verið af Axiom borði. Það hafi verið skoðað 2. desember og hafi það verið mat matsnefndar að borðið hafi ekki uppfyllt lágmarkskröfur, sbr. útboðslýsingu og 66. gr. og 82. gr. laga nr. 120/2016. Í fyrsta lagi hafi matsnefnd talið að plata borðsins hafi ekki verið í þeim gæðum sem gerð hafi verið krafa um í lið 0.5 í lágmarkskröfum, þ.e. að hún skuli vera steipt í heilu lagi (e. compact) og kantar ekki úr öðru efni eða álímdir. Í vörulýsingu með Axiom borði kæranda, sem eigi einnig við Access borðinu, komi fram að borðplatan sé úr EN 312 type 2 spónaplötu og þar ofan á sé HPL plast sem sé pressað ofan á. Hin boðnu borð kæranda séu því „compressed“ framleidd en skýrt komi fram í lið 0.5 í lágmarkskröfum og viðauka 1 með útboðsgögnum að krafist væri „compact“ framleiðslu. Við skoðun Axiom borðsins hafi einnig komið í ljós að kantur borðsins væri álímdur og virtist ekki vera úr sama efni og efsta lag borðplötunnar. Við sýningu hafi mjög sýnileg dæld verið á kanti borðplötunnar, en kærandi mun hafa upplýst varnaraðila um að borðið hafi rekist í hurð og við það hafi dældin komið. Varnaraðili hafi því talið þetta enn frekar til marks um að borðplatan uppfylli ekki þær lágmarkskröfur sem gerðar hafi verið.

Í öðru lagi hafi það verið mat matsnefndar að grind borðsins væri ekki talin uppfylla lágmarkskröfur um stöðugleika, sbr. lið 0.9 yfir lágmarkskröfur, auk þess sem fætur þess hafi ekki verið eins og þeir fætur sem sýndir hafi verið af fótum í útboðslýsingu, sbr. grein 2.1 í útboðsgögnum og óskað hafi verið eftir að bjóðendur myndu hafa til viðmiðunar.

Í þriðja lagi hafi það verið mat matsnefndar að horn borðsins hafi ekki verið nægilega sveigð til að geta talist rúnuð, sbr. lið 0.2 í lágmarkskröfum. Kærandi hafi tiltekið að horn Axiom borðsins væru rúnuð í tilboði sínu og um það vísað nánar til vörulýsingar. Í vörulýsingu komi hins vegar ekkert fram um að horn séu rúnuð, heldur aðeins að um sé að ræða ferhyrnda borðplötu.

Í fjórða lagi sé óljóst hvort hið boðna Axiom borð með spónaborðplötunni EN 312 type P2 af stærðinni 70x50 uppfylli staðalinn EN 1729 eða sambærilegan staðal líkt og gerð hafi verið krafa um í lið 0.1 í lágmarkskröfum.

Varnaraðili hafnar því að skilyrði skaðabótaskyldu séu fyrir hendi, enda hafi hvorugt boðinna borða kæranda uppfyllt lágmarkskröfur samkvæmt útboðsskilmálum og varnaraðila hafi því verið skylt að hafna þeim, sbr. 66. og 82. gr. laga nr. 120/2016.

Penninn ehf. vísar til þess að það hafi átt hagstæðasta tilboðið í hinu kærða útboði og hafi þar af leiðandi fengið flest stig fyrir verð og gæði. Engin ágreiningur sé um það að þau borð sem félagið hafi boðið hafi uppfyllt skilmála útboðsins að öðru leyti. Í kæru sé ekki gerð tilraun til þess að rökstyðja að tilboð Pennans ehf. hafi ekki uppfyllt útboðsskilmála heldur sé aðeins á því byggt að velja hafi átt tilboð kæranda þar sem það hafi verið hagstæðara og uppfyllt skilmála. Penninn ehf. telji hins vegar að borð kæranda hafi ekki uppfyllt skilmála útboðsins í veigamiklum atriðum og því hafi ekki komið til greina að velja vörur kæranda, jafnvel þótt tilboð hans hafi verið lægra en önnur tilboð. Bendir Penninn ehf. á að í útboðsskilmálum hafi verið gerð krafa um að borðplata væri steipt í heilu lagi, en kærandi hafi boðið borð með spónaplötu með HPL. Hún sé því ekki steipt í heilu lagi og uppfylli þar af leiðandi ekki skilyrði útboðsins.

Þá kveður Penninn ehf. að gæðamunurinn á kröfum í útboðinu og því sem kærandi hafi boðið hafi verið mjög mikill. Það komi því ekki á óvart að verðmunur á tilboði kæranda og annarra bjóðanda hafi verið umtalsverður, en vörurnar séu ekki samanburðarhæfar. Mikilvægt sé að bjóðandi í útboði komist ekki upp með að bjóða vöru í allt öðrum gæða- og verðflokki og kæra svo útboðið á þeim grundvelli að viðkomandi hafi boðið svo gott verð, en reyni að draga fjöður yfir að vörurnar hafi ekki aðeins verið lakari að gæðum heldur uppfylli heldur ekki grundvallaratriði í útboði. Kærandi hafi þar af leiðandi ekki boðið vörur sem uppfylltu skilyrði útboðsgagna. Þótt tilboð hans hafi verið lægra en önnur þá skipti það ekki máli í þessu tilviki. Því verði að hafna kærinni.

#### IV

Samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 getur kærunefnd útboðsmála fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa að hluta eða í heild, lýst samning óvirkan samkvæmt ákvæðum 115. til 117. gr. laganna eða kveðið á um önnur viðurlög samkvæmt 118. gr. laganna. Nefndin getur jafnframt lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup, auglýsa útboð á nýjan leik eða fella niður tiltekna ólögmetta skilmála í útboðsgögnum. Í 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 segir að eftir að bindandi samningur samkvæmt lögnum hefur komist á verði hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögmet. Fyrir liggur í máli þessu að bindandi samningur hefur komist á milli varnaraðila og Pennans ehf. en upplýsingar um það bárust kærunefnd

útboðsmála 2. maí 2023. Þegar af þeirri ástæðu verður að hafna aðalkröfu kæranda, um að fella úr gildi ákvörðun varnaraðila 8. desember 2022 um að taka tilboði Pennans ehf. í hinu kærða útboði.

Kemur því eingöngu til skoðunar krafa kæranda um að nefndin láti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu gagnvart kæranda, sbr. 2. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Í 1. mgr. 119. gr. laganna kemur fram að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Því þarf fyrst að taka til athugunar hvort um hafi verið að ræða brot gegn nefndum lögum eða reglum settum samkvæmt þeim.

Útboðsskilmálum hefur áður verið lýst, en í grein 2 í útboðsgögnum kom fram að óskað væri eftir nemendaborði með T eða U laga fótum fyrir grunnskóla í Reykjavík. Í grein 2.1 var að finna teikningu af þeim borðum sem óskað væri eftir að bjóðendur skyldu nota til viðmiðunar, þ.e. borð með T og U laga fótum. Í tilboðsbók útboðsgagna, sem var viðauki við útboðsgögn og þar með hluti þeirra, voru svo tilteknar lágmarkskröfur í tíu liðum til boðinna borða. Samkvæmt þeim áttu borðin meðal annars að vera í samræmi við staðla um húsgagnaframleiðslu, öll horn áttu að vera rúnuð, borðplata í hvítu eða ljósgráu, stærð borðplötu átti að vera 70cm x 50cm, hún skyldi jafnframt steipt í heilu lagi (e. compact) og þá skyldu borðin vera fáanleg í mismunandi hæðum eftir aldri nemanda í 1. til 10. bekk grunnskóla. Þá var tekið fram að grind borðsins skyldi vera eins og fram kæmi í teikningu af borðum í grein 2.1 í útboðsgagna. Varnaraðili svaraði tilteknum spurningum sem bárust á útboðstíma 17. nóvember 2022 og urðu þau svör sem færð voru fram að viðauka 1 við útboðsgögn. Þar kom fram að með lágmarkskröfu um að borðplatan væri steipt í heilu lagi væri átt við að platan skyldi steipt í heilu lagi úr laminate eða sambærilegu efni og því ekki með neinni kantlímingu. Forsendur fyrir vali á tilboði komu fram í grein 0.8 í útboðsgögnum, en þar kom m.a. fram að gæðamat myndi fara fram innan við einni viku frá opnun tilboða og að bjóðendur skyldu hafa eintak af borðunum aðgengilegt matsaðilum í verslun eða á starfsstöð bjóðanda á höfuðborgarsvæðinu á þeim tíma. Skyldi verð gilda 50% og gæðamat 50%.

Það er meginregla útboðsréttar að bjóðendur bera ábyrgð á tilboðum sínum og að þeim sé skilað í samræmi við kröfur útboðs, sbr. meðal annars a. lið 1. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016 og úrskurð kærunefndar útboðsmála 20. september 2022 í máli nr. 15/2022.

Kærandi bauð fram tvo borð, annars vegar Axiom borð og hins vegar Access borð.

Samkvæmt vörulýsingu Axiom borðsins, sem fylgdi með tilboði kæranda, er borðplata þess spónalögð, þ.e. gerð úr harðpressuðu viðarlíki og HPL plast svo pressað ofan á það. Samkvæmt þessu er borðplatan ekki steipt í heilu lagi, svo sem áskilið er í grein 0.5



útboðsgagna. Þá var það mat matsnefndar að borðkantur væri ekki úr sama efni og efsta lag borðplötunnar og augljóslega álímdur. Kærandi hefur ekki borið brögður á það í kæru eða í lokaathugasemdom sínum. Af þessu þykir ljóst að Axiom borð kæranda uppfyllti ekki þær lágmarkskröfur sem gerðar voru til hinna boðinna borða í útboðsgögnum.

Kærandi bauð einnig Access borð. Kærandi heldur því fram að matsnefnd varnaraðila hafi ekki skoðað borðið innan þess tíma sem kveðið var á um í útboðsgögnum, en borðið hafi verið reiðubúið til skoðunar 5. desember 2022. Samkvæmt grein 0.8 í útboðsgögnum áttu bjóðendur að hafa boðna vöru reiðubúna til sýningar fyrir matsnefnd innan viku frá opnun tilboða. Opnun tilboða fór fram mánudaginn 28. nóvember 2022. Samkvæmt gögnum málsins hafði tengiliður varnaraðila samband við kæranda degi síðar og óskaði eftir því að fá að sjá þau borð sem kærandi hafði boðið. Í svari kæranda þann sama dag kom fram að kærandi hefði aðeins Axiom borðið til í salnum og að líklega tæki kæranda um 10 daga að fá Access grindina til sín. Þessu svaraði tengiliður varnaraðila þannig að sýnishorn yrðu að vera á staðnum til að borðin gætu verið tekin til greina. Þá yrði matsnefndin á ferðinni á föstudeginum 2. desember 2022 til að skoða borðin. Samkvæmt gögnum málsins sendi kærandi tölvubréf á tengilið varnaraðila á þriðjudeginum 6. desember 2022 og kvað Access grindina vera tilbúna samsetta hjá sér og bauð varnaraðila að koma og skoða hana. Tengiliður varnaraðila svaraði þann sama dag að matsnefndin hefði skilað tillögum sínum til innkauparáðs varnaraðila deginum áður, þann 5. desember 2022, þannig að þetta borð næði ekki inn.

Framangreind samskipti bera með sér að það hafi ekki verið fyrir en 6. desember 2022 að kærandi hafi haft Access borðið tilbúið, eða 8 dögum eftir opnun tilboða, en ekki 5. desember eins og haldið er fram í kæru. Líkt og að framan greinir kom fram í grein 0.8 í útboðsgögnum að bjóðendur áttu að hafa boðna vöru reiðubúna til sýningar fyrir matsnefnd innan viku frá opnun tilboða. Var bjóðendum þar af leiðandi ljóst að þeir yrðu að geta sýnt boðnar vörur innan þess tímaramma. Samkvæmt framangreindu var Access borð kæranda ekki tilbúið til sýningar fyrir en að loknum þeim fresti. Var varnaraðila því rétt samkvæmt útboðsgögnum að meta tilboð kæranda ógilt og óaðgengilegt af þessum sökum.

Það athugast að rökstuðningur varnaraðila til kæranda vegna töku tilboðs í hinu kærða útboði, dagsett 13. desember 2022, uppfyllir hvorki þær kröfur sem gerðar eru til rökstuðnings samkvæmt 85. gr. laga nr. 120/2016 né 22. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Að mati kærnefndar útboðsmála getur þetta þó ekki leitt til bótaskyldu eins og hér háttar til. Þannig mátti kæranda vera ljóst að tilboð hans væri ekki aðgengilegt, líkt og að framan er rakið, og þeir annmarkar sem voru á rökstuðningi geta því ekki talist hafa valdið honum tjóni.

Samkvæmt öllu framangreindu verður að hafna kröfu kæranda um álit á skaðabótaskyldu.

Penninn ehf. hefur uppi kröfu um að kæranda verði gert að greiða honum málskostnað. Í lögum nr. 120/2016 er ekki mælt fyrir um heimild til handa kærunefnd útboðsmála til þess að úrskurða hagsmunaaðila málskostnað úr hendi kæranda. Í 2. másl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 er þó 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. Þessum skilyrðum er ekki fullnægt hér. Er kröfu Pennans ehf. um greiðslu málskostnaðar því hafnað.

Rétt þykir að málskostnaður falli niður.

#### Úrskurðarorð

Öllum kröfum kæranda, AJ Produkter AB, er hafnað.

Kröfu Pennans ehf., um greiðslu málskostnaðar úr hendi kæranda, er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 22. maí 2023

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

# Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir