

Kærunefnd útboðsmála
Arnarhváli
150 Reykjavík

Reykjavík, 24. febrúar 2022

Efni: Kæra Félags atvinnurekenda til kærunefndar útboðsmála

Félag atvinnurekenda, kt. 530169-5459, Kringlunni 7, 103 Reykjavík (hér eftir „kærandi“) kærir hér með Heilsugæslu höfuðborgarsvæðisins, kt. 521005-0760, Álfabakka 16, 109 Reykjavík (hér eftir „varnaraðili“) vegna innkaupa á hraðprófum fyrir SARS-CoV-2, sbr. 1. og 3. mgr. 105. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016 (hér eftir „oil.“).

Kröfugerð

Kærandi gerir þá kröfu að samningar varnaraðila við IsM ehf. um kaup á hraðprófum fyrir SARS-CoV-2 að fjárhæð samtals kr. 245.080.000 og samningar varnaraðila við Medor ehf. um kaup á hraðprófum fyrir SARS-CoV-2 að fjárhæð samtals kr. 134.720.000 verði ýmist sameiginlega eða í sitt hvoru lagi lýstir óvirkir og stjórnvaldssekt verði lögð á varnaraðila, sbr. 115. gr. og 118. gr. oil.

Þá er gerð krafa um að varnaraðila verði gert að greiða kæranda málskostnað, sbr. 3. mgr. 111. gr. oil.

Málsatvik

Með boði Ríkiskaupa og varnaraðila um þátttöku, dags. 22. september 2021, var ákveðnum fyrirtækjum boðið að taka þátt í gagnvirku innkaupakerfi (DPS) vegna innkaupa á hraðprófum fyrir COVID-19 (SARS-CoV-2 antigen rapid tests), sjá **fskj. 1**. Samkvæmt upplýsingum í boðinu er virði innkaupanna yfir tímabil innkaupakerfisins u.þ.b. kr. 5.000.000.000. Þau fyrirtæki sem þáðu boð um þátttöku og fengu tilkynningu frá Ríkiskaupum um aðild 8. nóvember 2021 voru fyrirtækin Medor ehf., Heilsa ehf., Icepharma hf., Montbello ehf., Inter ehf., Rekstrarvörur ehf., IsM ehf. og Líftækni ehf., sjá **fskj. 2**. Meðal þessara fyrirtækja eru félagsmenn kæranda. Samkvæmt þeim reglum sem gilda átti varnaraðili að bjóða framangreindum fyrirtækjum að leggja fram tilboð fyrir einstök innkaup sem gera átti innan kerfisins. Félagsmenn kæranda hafa ekki fengið slíkt boð og barst til eyrna fyrir skömmu, án þess þó að hafa nokkra staðfestingu, að varnaraðili hefði keypt umtalsvert magn prófa af fyrirtæki með aðild í innkaupakerfinu án þess að öðrum fyrirtækjum sem hafa aðild að innkaupakerfinu hefði verið boðið að leggja fram tilboð.

Kærandi sendi erindi vegna þessa til Ríkiskaupa 19. janúar sl. þar sem óskað var eftir að upplýst yrði hvernig staðið hefði verið að innkaupum á hraðprófum fyrir COVID-19, hvers vegna útboð á grundvelli innkaupakerfisins hefði ekki farið fram, af hvaða fyrirtækjum próf hefðu verið keypt, á hvaða samningsgrundvelli og hvort lögum um opinber innkaup hefði verið fylgt við innkaupin, sjá **fskj. 3**. Kæranda barst svar frá Ríkiskaupum 20. janúar sl. þar sem fram kom að ekki yrði séð að varnaraðili hefði keypt SARS-CoV-2 antigen hraðpróf í hinu gagnvirka innkaupakerfi en kærandi yrði að beina fyrirspurn að varnaraðila enda byggju Ríkiskaup ekki yfir upplýsingum sem óskað væri eftir í erindi kæranda, sjá **fskj. 4**. Kærandi sendi því erindi á varnaraðila 21. janúar sl. þar sem sömu upplýsinga var óskað, sjá **fskj. 5**. Kærandi móttók svör varnaraðila, dagsett 4. febrúar sl., 9. febrúar sl., sjá **fskj. 6** og **7**. Í svarinu kemur fram að kærandi hafi keypt SARS-CoV-2 antigen hraðpróf af fyrirtækjunum Medor ehf. og ISM ehf. fyrir samtals kr. 379.800.000 án þess að fara í útboð eða gegnum gagnvirka innkaupakerfið. Það hafi varnaraðili gert á grundvelli c-liðar 1. mgr. 39. gr. oil.

Innkaupin eru eftirfarandi:

Kaup	Tími innk.	Fjöldi	Seljandi	Verð/stk án vsk.	Heildarverð án vsk.
1	maí 2021	100.000	Medor ehf.	1.090	109.000.000
2	ágúst 2021	300.000	IsM ehf.	373	111.900.000
3	5. nóv 2021	60.000	IsM ehf.	383	22.980.000
4	10. nóv 2021	130.000	IsM ehf.	380	49.400.000
5	24. nóv 2021	20.000	Medor ehf.	643	12.860.000
6	28. des 2021	20.000	Medor ehf.	643	12.860.000
7	6. jan 2022	30.000	IsM ehf.	380	11.400.000
8	6. jan 2022	130.000	IsM ehf.	380	49.400.000
				Alls:	379.800.000

Innkaup varnaraðila á SARS-CoV-2 antigen hraðprófum nema því kr. 379.800.000 á tímabilinu maí 2021 til 6. janúar 2022. Fjárhæð innkaupa af Medor ehf. í maí 2021 nemur kr. 109.000.000. Fjárhæð innkaupa af IsM ehf. í ágúst 2021 nemur kr. 111.900.000. Fjárhæð innkaupa á tímabili gagnvirka innkaupakerfisins nemur kr. 158.900.000.

Málsástæður

Samkvæmt 1. mgr. 23. gr. oil. skal bjóða út öll vöruinnkaup opinberra aðila yfir kr. 15.500.000. Innkaup nr. 1 og 2 fóru fram á grundvelli verðfyrirspurnar en ekki útboðs og innkaup 3 - 8 án þess að þátttakendum í gagnvirku innkaupakerfi væri boðið að leggja fram tilboð. Varnaraðili hefur því keypt SARS-CoV-2 antigen hraðpróf fyrir kr. 379.800.000 án þess að bjóða innkaupin út. Fjárhæð innkaupa af fyrirtækinu IsM ehf. nemur samtals kr. 245.080.000 og fjárhæð innkaupa af fyrirtækinu Medor ehf. nemur samtals kr. 134.720.000. Heildarvirði innkaupa sem bjóða átti út í gagnvirka innkaupakerfinu er kr. 5.000.000.000. Því er um verulega háar fjárhæðir að ræða, langt umfram viðmiðunarfjárhæð laganna og ljóst að innkaupin eru útboðsskyld.

Samkvæmt 1. mgr. 41. gr. oil. skulu innkaup innan gagnvirks innkaupakerfis framkvæmd með lokuðu útboði í samræmi við þær reglur sem um slíkt útboð gilda. Allir bjóðendur sem fullnægt hafa skilyrðum útboðs skulu eiga rétt á aðild að gagnvirku innkaupakerfi. Samkvæmt 5. mgr. 41. gr. oil. skal kaupandi bjóða öllum fyrirtækjum sem aðild hafa fengið að gagnvirku innkaupakerfi að leggja fram tilboð fyrir einstök innkaup sem gera á innan kerfisins. Gefa skal minnst tíu almanaksdaga til að leggja fram tilboð. Kaupandi skal grundvalla val tilboðs á hagkvæmasta tilboði samkvæmt forsendum fyrir vali tilboðs sem fram komu í útboðslýsingu innkaupakerfisins.

Í svari varnaraðila, dags. 4. febrúar sl., kemur fram að umrædd innkaup hafi ekki verið boðin út á grundvelli c-liðar 1. mgr. 39. gr. oil. Varnaraðila beri að hafa neyðarlagar tiltækan á hverjum tíma, innkaupaþörf hafi verið afar ófyrirsjáanleg með hliðsjón af þróun heimsfaraldurs COVID-19 og ákvörðunum stjórnvalda á hverjum tíma sem hafi skapað aukna þörf á innkaupum án teljandi fyrirvara. Fyrstu innkaup á hraðprófum hafi farið fram í maí 2021 í kjölfar breyttrar stefnu heilbrigðisyfirvalda um notkun hraðprófa í stað PCR-prófa vegna brottfarar á landinu. Ákvörðun um innkaup nr. 1, að fjárhæð kr. 109.000.000, hafi verið tekin á grundvelli verðupplýsinga er bærust í kjölfar verðfyrirspurnar varnaraðila

til þeirra þriggja fyrirtækja sem á þeim tíma seldu hraðpróf sem samþykkt höfðu verið af heilbrigðisráðuneytinu en við matið var aðeins litið til nefstrokuprófa. Önnur innkaup hafi farið fram í lok ágúst 2021 þegar ákvörðun var tekin um að hefja notkun hraðprófa innanlands í sóttvarnarskygni og aðstæður hafi krafist skjótra viðbragða af hálfu varnaraðila. Hann hafi sent verðfyrirspurn til þeirra sex fyrirtækja sem seldu hraðpróf sem á þeim tíma höfðu verið samþykkt af heilbrigðisráðuneytinu og ákvörðun um kaup nr. 2, að fjárhæð kr. 111.900.000, hafi verið tekin á grundvelli þeirra upplýsinga og niðurstaðna Veirufræðideildar Landspítala um gæði. Innkaup nr. 3, 4 og 5 hafi farið fram í nóvember 2021 þegar aukin þörf hafi skapast. Innkaup 6, 7 og 8 hafi farið fram í lok árs 2021 og byrjun árs 2022 þegar lagerstaða var komin undir hættumörk vegna vaxtar faraldursins og hertari sóttvarnaraðgerða.

Félagsmanni kæranda barst verðfyrirspurn frá varnaraðila 27. ágúst 2021 þar sem óskað var tilboða í 300.000 hraðpróf, sjá **fskj. 7**. Viðkomandi félagsmaður sendi inn nokkur tilboð og kvað lágsta tilboðið á um kr. 268 án virðisaukaskatts fyrir 1 próf, sjá **fskj. 8**. Félagsmanninum barst aldrei tilkynning um val tilboðs, einungis tilkynning um að engin ákvörðun hefði verið tekin, sjá **fskj. 9** og **10**. Í þessu sambandi er vert að vekja athygli á því að ef varnaraðili hefði tekið lágsta tilboði þess félagsmanns hefði varnaraðili sparað kr. 31.500.000 í innkaupunum í ágúst 2021. Ef miðað er við sama tilboð hefði varnaraðili sparað kr. 54.380.000 vegna innkaupa sem fara áttu fram innan gagnvirka innkaupakerfisins. Samtals kr. 85.880.000. Innkaupin sem fram fóru í maí 2021 eru ekki inni í þeirri fjárhæð.

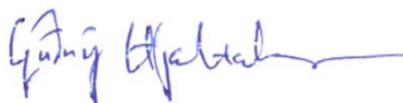
Samkvæmt c-lið 1. mgr. 39. gr. oil. eru samningskaup um vöru heimil án opinberrar birtingar útboðsauglýsingar þegar innkaup eru algerlega nauðsynleg vegna aðkallandi neyðarástands sem stafar af ófyrirsjáanlegum atburðum og ekki er unnt að standa við fresti í almennu útboði, lokuðu útboði eða samkeppnisútboði. Kærandi hefur ákveðinn skilning á þeim aðstæðum sem hafa verið til staðar sl. ár vegna heimsfaraldurs COVID-19. Kærandi telur þó algjörlega ljóst að framangreind innkaup, samtals að fjárhæð kr. 379.800.000, séu langt umfram þá heimild sem c-liður 1. mgr. 39. gr. oil. getur falið í sér. Um er að ræða undantekningarreglu frá meginreglu laga nr. 120/2016 og ber að beita henni varlega. Einkar hæpið hlýtur að teljast að halda því fram að varðandi innkaup, sem náðu yfir níu mánaða tímabil og námu svo hárrí fjárhæð, hafi neyðarástand ríkt allan tímann.

Félagsmenn kæranda hafa framselt honum kærurheimild sína á grundvelli 3. mgr. 105. gr. oil.

Kærandi telur varnaraðila hafa brotið gegn ákvæðum laga nr. 120/2016 og gerir þá kröfu að framangreindir samningar varnaraðila við IsM ehf. um kaup á hraðprófum fyrir SARS-CoV-2 að fjárhæð samtals kr. 245.080.000 annars vegar og framangreindir samningar varnaraðila við Medor ehf. um kaup á hraðprófum fyrir SARS-CoV-2 að fjárhæð samtals kr. 134.720.000 hins vegar verði lýstir óvirkir og stjórnvaldssekt verði lögð á varnaraðila, sbr. 115. gr. og 118. gr. oil.

Þá er gerð krafa um að varnaraðila verði gert að greiða kæranda málskostnað, sbr. 3. mgr. 111. gr. oil.

Virðingarfyllst,
f.h. Félags atvinnurekenda



Guðný Hjaltadóttir, lögfræðingur

Fylgiskjöl:

1. Boð um þátttöku, dags. 22. september 2021.
2. Tilkynning um þátttöku í gagnvirku innkaupakerfi, dags. 8. nóvember 2021.
3. Erindi kæranda til Ríkiskaupa, dags. 19. janúar 2022.
4. Erindi Ríkiskaupa til kæranda, dags. 20. janúar 2022.
5. Erindi kæranda til varnaraðila, dags. 21. janúar 2022.
6. Erindi varnaraðila til kæranda, dags. 4. febrúar 2022.
7. Tölvupóstssamskipti kæranda og varnaraðila, dags. 9. febrúar 2022.
8. Verðfyrirspurn varnaraðila, dags. 27. ágúst 2021.
9. Tilboð, dags. 30. ágúst 2021.
10. Tölvupóstur varnaraðila, dags. 3. september 2021.
11. Tölvupóstur varnaraðila, dags. 8. september 2021.