

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 16. desember 2020

í máli nr. 32/2019:

Reykjafell ehf.

gegn

Reykjavíkurborg,

Vegagerðinni og

Smith og Norland hf.

Lykilorð

Kærufrestur. Óvirkni samnings hafnað. Stjórnvaldssekt. Álit á skaðabótaskyldu. Valdsvið kærunefndar.

Útdráttur

R krafðist þess að tveir samningar milli Rv og V sem kaupenda og S sem seljanda yrðu lýstir óvirkir. Komst kærunefnd útboðsmála að þeirri niðurstöðu að líta bæri á samningana tvo sem ein innkaup sem borið hefði að bjóða út á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem fjárhæð þeirra samanlagt hefði verið yfir viðmiðunarfjárhæð er giltu um V. Þar sem samningarnir voru að fullu efnidir var Rv og V gert að greiða stjórnvaldssekt samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Jafnframt var það álit kærunefndarinnar að varnaraðili Rv væri skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að taka þátt í útboði Rv um rammamning vegna stýribúnaðar umferðarljósa.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 27. nóvember 2019 kærði Reykjafell ehf. annars vegar samningsgerð Reykjavíkurborgar og Vegagerðarinnar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) við Smith & Norland hf. um vélbúnað og hugbúnað auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa í Reykjavík, og hins vegar útboð varnaraðila Reykjavíkurborgar nr. 14356 auðkennt „Rammamningur um stýribúnað umferðarljósa“. Kærandi krafðist þess að kærunefnd útboðsmála „lýs[t]i óvirkan, með eða án annarra viðurlaga, samning milli varnaraðila og Smith & Norland/Siemens um vélbúnað og hugbúnað auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa í Reykjavík“. Jafnframt var þess krafist að hið kærða útboð yrði fellt úr gildi og að lagt yrði fyrir varnaraðila Reykjavíkurborg að bjóða að nýju út innkaup á stýribúnaði umferðarljósa. Þá var þess einnig krafist að „[h]ið nýja útboð [lyti] að stýribúnaði í heild sinni og [yrði] án skilyrða sem [lytu] að tækni og búnaði frá einum framleiðanda (t.d. Sitraffic Scala, Sitraffic Office, Sitraffic STREAM og MOTION frá Siemens) og annarra skilyrða sem [leiddu] til þess að einungis eitt fyrirtæki [gæti] í raun boðið í alla hluta útboðsins.“ Kærandi krafðist þess til vara að hið kærða útboð

yrði fellt úr gildi og að lagt yrði fyrir varnaraðila Reykjavíkurborg að bjóða út að nýju innkaup á stýribúnaði umferðarljósa og til þrautavara að kærunefnd útboðsmála léti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila Reykjavíkurborg gagnvart kæranda. Jafnframt var krafist málskostnaðar úr hendi varnaraðila.

Á fundi innkauparáðs varnaraðila Reykjavíkurborgar 28. nóvember 2019 var ákvörðun um töku tilboðs vegna hins kærða útboðs frestað. Innkauparáð varnaraðila Reykjavíkurborgar samþykkti á fundi 5. desember 2019 að erindi umhverfis- og skipulagssviðs varnaraðilans um töku tilboðs í hinu kærða útboði yrði dregið til baka þar sem ákveðið verið að fella hið kærða útboð niður og áformað væri að bjóða verkefnið út að nýju.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 12. desember 2019 var kröfu kæranda um að hið kærða útboð varnaraðila Reykjavíkurborgar yrði stöðvað um stundarsakir hafnað sökum þess að fyrir lægi að öllum tilboðum hefði verið hafnað og hið kærða útboð hefði verið fellt niður.

Í greinargerð varnaraðila Reykjavíkurborgar 17. janúar 2020 er þess aðallega krafist að öllum kröfum kæranda verði vísað frá en til vara að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Smith og Norland hf. krefjast þess í greinargerð 3. febrúar 2020 að öllum kröfum kæranda verði hafnað og að kæranda verði gert að greiða félaginu hæfilegan málskostnað.

Kærandi skilaði inn andsvörum móttæknum 18. febrúar 2020. Í þeim segir að hann líti svo á, í ljósi ákvörðunar varnaraðila Reykjavíkurborgar um að fella hið kærða útboð niður, að eftir standi eftirfarandi kröfur hans: 1. Að kærunefnd útboðsmála „lýsi óvirkan, með eða án annarra viðurlaga, samning milli varnaraðila og Smith & Norland/Siemens um vélbúnað og hugbúnað auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægri stýringu umferðarljósa í Reykjavík“, 2. Að „[k]ærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila Reykjavíkurborgar gagnvart kæranda“ og 3. Að „[v]arnaraðili Reykjavíkurborg greiði kostnað kæranda við að hafa kærana uppi.“

Varnaraðili Reykjavíkurborg skilaði frekari athugasemdum 16. apríl 2020.

Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 23. júní 2020 var fallist á kröfur kæranda um að honum yrði veittur aðgangur að tilteknum gögnum sem varnaraðili Reykjavíkurborg hafði lagt fyrir kærunefnd útboðsmála og krafist trúnaðar um, þó þannig að hluti upplýsinga var afmáður.

Kærandi skilaði viðbótarathugasemdum 17. ágúst 2020. Í þeim athugasemdum segir að hann telji eftirfarandi kröfur standa eftir: 1. „Nýtt útboð um stýribúnað umferðarljósa verði án skilyrða sem lúta að tækni og búnaði frá einum framleiðanda (t.d. Sitraffic Scala, Sitraffic Office, Sitraffic STREAM og MOTION frá Siemens) og annarra skilyrða sem leiða til þess að

einungis eitt fyrirtæki geti í raun boðið í alla hluta útboðsins.“, 2. Að kærunefnd útboðsmála „lýsi óvirka, með eða án annarra viðurlaga, samninga milli varnaraðila og Smith & Norland/Siemens um vélbúnað og hugbúnað auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa í Reykjavík sem gerðir voru í júlí 2019“, 3. Að „[k]ærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila Reykjavíkurborgar gagnvart kæranda“ og 4. Að „[v]arnaraðilar greiði kostnað kæranda við að hafa kærana uppi.“

Með bréfi kærunefndar útboðsmála 8. september 2020 var varnaraðila Vegagerðinni gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum sínum vegna kröfu kæranda um óvirkni tveggja samninga milli varnaraðila og Smith og Norland hf. frá 9. júlí 2019. Engar athugasemdir bárust frá varnaraðilanum. Hinn 1. október 2020 sendi kærunefnd útboðsmála erindi á aðila málsins þar sem tiltekið var að nefndin liti svo á að Vegagerðin hefði stöðu varnaraðila í málinu vegna kröfu kæranda um óvirkni samninganna tveggja frá 9. júlí 2019. Í erindinu var þeirri spurningu jafnframt beint til aðila að upplýsa um það hvort samningarnir hefðu verið að fullu efndir og ef ekki hvaða atriði stæðu út af og hvenær fyrirhugað væri að þeir yrðu efndir að fullu. Með tölvubréfi frá Smith og Norland hf. 7. október 2020 var upplýst um það að samningarnir hefðu að fullu verið efndir af hálfu allra þriggja samningsaðila. Með tölvubréfi samdægurs staðfesti varnaraðili Reykjavíkurborg að báðir samningarnir hefðu að fullu verið efndir.

I

Samkvæmt gögnum málsins lagði umhverfis- og skipulagssvið varnaraðila Reykjavíkurborgar fram erindi fyrir innkauparáð varnaraðilans 24. maí 2019 er laut að heimild til samningskaupa vegna miðlægrar stýringar umferðarljósa. Erindið laut nánar tiltekið að kaupum á vélbúnaði og hugbúnaði auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa í Reykjavík af Smith og Norland hf. Samkvæmt erindinu skyldi varnaraðili Reykjavíkurborg greiða helming kostnaðar og varnaraðili Vegagerðin hinn helming kostnaðarins, en áætluð upphæð samningskaupanna vegna hluta varnaraðila Reykjavíkurborgar var 30 milljónir króna. Innkauparáð varnaraðila Reykjavíkurborgar samþykkti erindið á fundi 27. maí 2019. Í framhaldinu gerðu varnaraðilar tvo samninga sem dagsettir eru 9. júlí 2019, en óundirritaðir, við Smith & Norland hf., annars vegar vegna innleiðingar á nýjum hugbúnaði vegna miðlægrar stýringar umferðarljósa að fjárhæð 18.507.012 krónur með virðisaukaskatti (14.925.010 krónur án virðisaukaskatts), og hins vegar um kaup á vélbúnaði og þjónustu vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa að fjárhæð 7.830.916 krónur með virðisaukaskatti (6.315.255 krónur án virðisaukaskatts).

Hinn 14. október 2019 auglýsti varnaraðili Reykjavíkurborg rammisamningsútbóð á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem óskað var eftir fyrirtækjum til þátttöku í rammisamningi um stýribúnað umferðarljósa. Útbóðinu var skipt í níu hluta og var bjóðendum heimilt að bjóða í einn eða fleiri hluta. Semja skyldi við einn eða fleiri bjóðendur sem byðu lægsta heildarverð. Skyldi tilboðum skilað eigi síðar en 11. nóvember 2019. Í útbóðinu bárust þrjú tilboð, þ. á m. frá kæranda og Smith & Norland hf. Kærandi bauð í sex hluta útbóðsins. Eftir yfirferð tilboða lagði umhverfis- og skipulagssvið varnaraðila Reykjavíkurborgar til við innkauparáð varnaraðilans með bréfi hinn 27. nóvember 2019 að samið yrði við Smith og Norland hf. samkvæmt einingaverðum B þar sem um væri að ræða lægsta heildarverð út frá áætluðum magntölum útbóðsins. Jafnframt kom fram að Smith og Norland hf. hefði staðist tæknilegt mat skrifstofu framkvæmda og viðhalds varnaraðilans. Útbóðið var kært til kærunefndar útbóðsmála sama dag, áður en kom að vali tilboðs. Á fundi innkauparáðs varnaraðila Reykjavíkurborgar 28. nóvember 2019 var lagt fram erindi umhverfis- og skipulagssviðs varnaraðilans varðandi niðurstöður útbóðsins, þar sem lagt var til að samið yrði við Smith og Norland hf. Frestað var að afgreiða erindið á fundinum. Innkauparáð varnaraðila Reykjavíkurborgar samþykkti á fundi 5. desember 2019 að erindi Umhverfis- og skipulagssviðs varnaraðilans um töku tilboðs í hinu kærða útbóði yrði dregið til baka þar sem ákveðið hefði verið að fella hið kærða útbóð niður og áformað væri að bjóða verkefnið út að nýju. Með tölvubréfi varnaraðila Reykjavíkurborgar til bjóðenda 6. desember 2019 var upplýst að öllum tilboðum hefði verið hafnað þar sem komið hefði í ljós að ekki hefði verið gætt að ákvæðum laga nr. 120/2016 um opinber innkaup við ákvörðun tilboðsfresta. Tilboðsfresturinn hefði miðast við birtingu auglýsingar útbóðsins á vef Reykjavíkurborgar og á utbodsvefur.is þann 11. október 2019, en hefði átt að miðast við birtingu auglýsingar í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins 15. október 2019. Því hefði opnun tilboða átt að fara fram 15. nóvember 2019 en ekki 11. nóvember 2019.

II

Kærandi byggir á því að kæra hans hafi borist innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Hvað kröfu kæranda um óvirkni samninga milli varnaraðila og Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 varði þá liggi fyrir að hún sé höfð uppi innan kærufrests þar sem kærandi hafi ekki fengið vitneskju um gerð samninganna fyrr en eftir opnun tilboða í hinu kærða útbóði. Skilyrði 2. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016, um að krafa um óvirkni samnings skuli borin undir kærunefnd útbóðsmála 30 dögum eftir að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum, verði ekki túlkað á þann hátt að kærandi hefði þurft að kynna sér fundargerðir varnaraðila

Reykjavíkurborgar þar sem upplýsingar um umrædda samninga var að finna. Vísar kærandi í því samhengi til þess að samninga um innkaup án undangenginnar auglýsingar skuli tilkynna í samræmi við 116. gr. laga nr. 120/2016, en slíkt hafi varnaraðilar ekki gert. Að auki þá hafi umræddir samningar milli varnaraðila og Smith og Norland hf. aldrei verið birtir opinberlega, heldur hafi einvörðungu verið birtar fundargerðir er veittu varnaraðila Reykjavíkurborg heimild til samningskaupa. Því hafi kærán borist innan 30 daga kærufrests sem og sex mánaða kærufrests, sbr. 2. og 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016.

Kærandi byggir á því að 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 um innlendar viðmiðunarfjárhæðir hafi tekið gildi fyrir sveitarfélög 31. maí 2019, sbr. 4. mgr. 123. gr. laganna. Skilja verði síðarnefnda ákvæðið á þá leið að samningsgerð sveitarfélaga þurfi að hafa verið frágengin 31. maí 2019 svo að skilyrði 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 gilti ekki um tilgreind innkaup. Fyrir liggir að samningar varnaraðila og Smith og Norland hf. hafi verið gerðir í júlí 2019, en þá hafi ákvæði laga nr. 120/2016 tekið að fullu leyti gildi gagnvart varnaraðila Reykjavíkurborg, sbr. 4. mgr. 123. gr. laga nr. 120/2016. Að auki verði að líta til þess að umræddir samningar voru samanlagt yfir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 3. gr. reglugerðar nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Óheimilt sé að skipta upp fjárhæð samninga til þess að komast undir viðmiðunarfjárhæðir, sbr. 29. gr. laga nr. 120/2016.

Hvað varðar kröfu kæranda um óvirkni samninga varnaraðila og Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 byggir hann á því að varnaraðilar hafi keypt lítinn hluta af búnaði við stýringu umferðarljósa beint af Smith & Norland hf., í andstöðu við lög nr. 120/2016, áður en stofnað hafi verið til hins kærða útboðs, sem átti að gefa félaginu forskot á aðra bjóðendur í útboðinu. Meginregla laga nr. 120/2016, sbr. 1. mgr. 33. gr. laganna, sé sú að innkaup skuli fara fram með útboði. Þá sé það markmið laganna að tryggja jafnræði fyrirtækja, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu, sbr. 1. gr. laga nr. 120/2016. Ljóst sé að skilyrði 39. gr. laga nr. 120/2016, sem heimili samningskaup án undangenginnar auglýsingar, hafi ekki verið uppfyllt þegar varnaraðilar gerðu samninga við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019, en það skoðist í ljósi þess að túlka beri ákvæðið þröngt þar sem um undantekningu sé að ræða frá meginreglunni um að innkaupaferli eigi að vera almennt og opið. Í athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 120/2016 sé tekið fram að ef kaupandi telji að forsendur séu til samningskaupa þurfi hann að geta rökstutt það með tilhlýðilegum hætti og að aðrir raunhæfir valkostir hafi ekki komið til greina. Varnaraðili Reykjavíkurborg hafi fullyrt að skilyrði til beitingar b. liðar 1. mgr. 39. gr.

laga nr. 120/2016 hafi verið fyrir hendi en ekki stutt þá afstöðu sína neinum rökum eða gögnum. Jafnvel þótt varnaraðilar sýni fram á að búnaður frá Smith og Norland hf. hafi verið sá eini sem fullnægði kröfum þeirra dugi það ekki eitt og sér heldur þurfi varnaraðilar að sýna fram á að ástæðan fyrir því að einvörðungu ein tegund af miðlægri stýritölvu kom til greina hefði verið málefnaleg. Skoðist það í ljósi þess að hægt sé að setja upp og tengja stýrikerfi annarra bjóðenda í hinu kærða útboði við götuljós án vandkvæða. Að auki telur kærandi að þau rök varnaraðila Reykjavíkurborgar að samningar milli varnaraðila og Smith og Norland hf. hafi verið samkvæmt þjónustusamningi frá árinu 2017, sem hafði eftir atvikum stoð í samningi milli varnaraðila og Smith og Norland hf. frá árinu 2006 í kjölfar útboðs, séu haldlaus. Jafnframt hafi umræddur samningur frá 2017 verið gerður án útboðs. Kaupandi og fyrirtæki geti ekki samið sín í milli í andstöðu við lög nr. 120/2016. Þess utan sé þessi málatilbúnaður varnaraðila í mótsögn við þá staðreynd að ákveðin voru samningskaup.

Hvað hið kærða útboð áhrærir byggir kærandi á því að varnaraðili Reykjavíkurborg hafi ákveðið fyrir fram að kaupa vörur af Smith og Norland hf. Áréttað er að varnaraðilar hafi keypt lítinn hluta af búnaði við stýringu umferðarljósa beint af Smith og Norland hf. áður en stofnað hafi verið til hins kærða útboðs. Þá hafi útboðsgögn og valforsendur verið sniðnar að þeim vörum sem Smith & Norland hf. bauð. Óheimilt sé að gera kröfur í útboðsgögnum um að vörur séu af tilteknu vörumerki eða geti tengst slíkum vörum. Sé vísað til staðla eða tækniforskrifta skuli og ávallt fylgja orðalagið „eða jafngildur“ eða sambærilegt orðalag, en engin slík ákvæði hafi verið að finna í útboðsgögnum og voru þau því í andstöðu við 5. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016.

Hvað varðar kröfu um álit á skaðabótaskyldu vísar kærandi til þess að varnaraðili Reykjavíkurborg hafi fellt niður hið kærða útboð sökum þess að ólöglega hafi verið staðið að því. Þar sem varnaraðili Reykjavíkurborg hafi viðhaft útboðsferli með ólögumætum hætti án niðurstöðu sé ljóst að hann hafi bakað kæranda tjón, enda hafi það leitt til kostnaðar af hálfu kæranda að taka þátt í hinu kærða útboði. Ómögulegt sé að segja til um hver niðurstaða hins kærða útboðs hefði orðið hefðu útboðsskilmálar verið lögmætir. Varnaraðili Reykjavíkurborg verði þó að bera hallann af því sem óljóst var í þeim efnum, en það skoðist í ljósi þess að tilboð kæranda hafi verið lægst í 5 hlutum af þeim 6 sem hann bauð í.

III

Varnaraðili Reykjavíkurborg telur að vísa beri kærinni frá kærunefnd útboðsmála þar sem hún sé of seint fram komin samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Ljóst sé að kærandi hafði vitneskju um öll þau atriði sem hann telur brjóta gegn rétti sínum þegar

hann fékk aðgang að útboðsgögnum hins kærða útboðs 14. október 2019. Engu breyti þótt send hafi verið tilkynning um ný útboðsgögn 4. nóvember 2019 þar sem eina breytingin hafi verið sú að tilboðsbók var uppfærð til samræmis við viðauka 2 og 3 í útboðsgögnum. Engar athugasemdir hafi borist frá kæranda vegna þessa. Þá sé einnig ljóst að kærufrestur kæranda vegna kröfu um óvirkni samninga milli varnaraðila og Smith og Norland hf. sé liðinn, sbr. 2. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016, enda hafi upplýsingar um samningana verið að finna í fundargerð innkauparáðs varnaraðila 27. maí 2019 sem hafi verið opinberlega birt. Í því samhengi hafi 2. tölul. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 ekki þýðingu þar sem samningarnir voru undir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 84. gr. laganna.

Varnaraðili Reykjavíkurborg byggir á því að hið kærða útboð, sem felld var úr gildi, hafi lotið að stýribúnaði umferðarljósa en samningar milli Smith og Norland hf. og varnaraðila frá 9. júlí 2019 sneru að stýritölvu og þjónustu við hana. Hið kærða útboð hafi ekki lotið að stýritölvunni nema að því leyti að stýribúnaður skyldi geta talað við stýritölvuna. Samningar varnaraðila við Smith og Norland hf. um stýritölvuna séu óháðir rammamningi um stýribúnað og rangt sé að með gerð samninganna hafi varnaraðili Reykjavíkurborg verið að sníða hið kærða útboð að einu fyrirtæki. Kærandi hafi ekki gert neinar athugasemdir við þann samskiptastaðal sem stýritölva skyldi nýta og hefði boðið fram vörur er uppfylltu tæknilegar kröfur útboðsins, þótt hann hafi ákveðið að bjóða ekki í alla hluta þess.

Fyrirgreindir samningar við Smith og Norland hf. hafi verið í samræmi við b. lið 22. gr. þágildandi innkaupareglna Reykjavíkurborgar, en á þeim tíma er ákvörðun um samningana var tekin hafi 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 ekki gilt um varnaraðila Reykjavíkurborg, sbr. 4. mgr. 123. gr. sömu laga, auk þess sem innkaupin hafi verið undir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laganna. Að auki hafi kaupin verið heimil samkvæmt b. lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016.

Jafnframt vísar varnaraðili Reykjavíkurborg til þess að stýritölva umferðarljósa sé í eigu hennar og varnaraðila Vegagerðarinnar og hafi verið keypt á grundvelli útboðs nr. 10603 árið 2005. Telur varnaraðili Reykjavíkurborg að samningar varnaraðila við Smith og Norland hf. í júlí 2019 hafi verið heimilir á grundvelli einkaréttar Siemens/Smith og Norland hf. Um samningana gildi ákvæði laga nr. 94/2001 um opinber innkaup, ekki lög nr. 120/2016, þar sem um hafi verið að ræða viðbótarkaup við samning sem komst á í kjölfar útboðs nr. 10603 árið 2005 um miðlægt stýrikerfi umferðarljósa. Heimild hafi verið í útboðsgögnum útboðs nr. 10603 til þess að breyta samningi aðila, en skilyrði slíkra breytinga hafi verið það að breytingarnar tengdust verkefninu. Þar sé jafnframt tekið fram að fyrirtæki skuli eiga einkarétt að slíkum

breytingum nema kaupendur geti rökstutt það með vísan til sérstakra skilyrða sem réttlæti að annað fyrirtæki annist breytingarnar. Í því samhengi sé rétt að áréttta að í tilboði Siemens frá 2005 hafi sérstaklega verið mælt fyrir um möguleika varnaraðila á að fá MOTION-stýringu fyrir búnaðinn, og að tæknilega ómögulegt væri að nota annan búnað en frá Siemens til uppfærslu upphaflegs búnaðar, sbr. til hliðsjónar a. lið 1. mgr. 90. gr. laga nr. 120/2016. Þá hafi einnig verið heimilt að ráðast í samningskaup án birtingar útboðsauglýsingar á grundvelli e. liðar 1. mgr. 20. gr. laga nr. 94/2001, þar sem tæknilega ómögulegt hefði verið að notast við annan búnað en frá Siemens til uppfærslu. Ef varnaraðilar hefðu þurft að kaupa slíkan búnað frá öðru fyrirtæki þá hefði það skuldbundið þá til þess að kaupa búnað með aðra tæknilega eiginleika sem hefði illa samrýmst eldri tæknibúnaði sem fyrir var. Samningarnir frá júlí 2019 skoðist sem óverulegar breytingar á samningi sem komst á í kjölfar útboðs árið 2005. Samkvæmt lögum nr. 94/2001 hafi kærunefnd útboðsmála ekki verið heimilt að lýsa samninga óvirka.

Einnig er byggt á því að kærunefnd geti ekki lýst samningana frá 2019 óvirka samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 þar sem þeir hafi verið undir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 4. mgr. 23. gr. laganna og 3. mgr. 3. gr. þágildandi reglugerðar nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Jafnframt hafi varnaraðili Reykjavíkurborg verið í góðri trú við gerð umræddra samninga án útboðs. Þá búi brýnir almannahagsmunir að baki áframhaldandi framkvæmd á þjónustu og viðhaldi umferðarstýringar, sbr. 1. mgr. 117. gr. laga nr. 120/2016. Kæmi til þess að samningar varnaraðila við Smith og Norland hf. yrðu lýstir óvirkir hefði það í för með sér verulega röskun á umferðarstýringu innan Reykjavíkur og myndi stefna öryggi vegfarenda sem og samgöngum í mikla hættu. Skoðist það og í ljósi þess að varnaraðili Vegagerðin og varnaraðili Reykjavíkurborg séu báðir veghaldarar innan Reykjavíkur samkvæmt 13. gr. vegalaga nr. 80/2007, og að samstarf þessara aðila sé nauðsynlegt við umferðarstýringu.

Smith og Norland hf. tekur undir málalíbúnað varnaraðila Reykjavíkurborgar fyrir kærunefnd útboðsmála. Að auki vísar félagið til þess að miðlæg stýritölva umferðarljósa sem sé í eigu Reykjavíkurborgar sé með opinn hugbúnað eða staðla sem framleiðendur búnaðar, svo sem stýrikassa umferðarljósa, geti tengt sinn búnað við á því tungumáli sem stýritölvan skilur. Ekki megi blanda saman kaupum, annars vegar samningskaupum um vélbúnað og hugbúnað vegna uppfærslu á miðlægri stýringu umferðarljósa, og hins vegar hinu kærða útboði er laut að stýribúnaði umferðarljósa.

IV

A.

Mál þetta lýtur annars vegar að tveimur samningum varnaraðila við Smith og Norland hf. frá 9. júlí 2019 um vélbúnað og hugbúnað auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægni stýringu umferðarljósa í Reykjavík, og hins vegar að hinu kærða útboði varnaraðila Reykjavíkurborgar sem fellt var niður 5. desember 2019.

Kærandi hefur uppi þá kröfu að umræddir samningar frá 9. júlí 2019 verði lýstir óvirkir samkvæmt 115. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, en varnaraðili Reykjavíkurborg og Smith og Norland hf. telja að umrædd krafa hafi ekki borist innan kærufrests, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Af 2. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 leiðir að kröfu um óvirkni samnings er heimilt að bera undir kærunefnd útboðsmála innan 30 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Þó verður krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans, sbr. 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Í 2. tölul. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að við nánari ákvörðun frestsins skuli, þegar höfð sé uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hefur verið án undanfarandi útboðsauglýsingar, miða upphaf frests við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samningsins í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur ákvörðunar kaupanda um að auglýsa ekki innkaup. Ákvæði um möguleika kærunefndar útboðsmála til að lýsa samning óvirkan var fyrst lögfest með lögum nr. 58/2013 sem breyttu þágildandi lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup, en breytingalögin fólu í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB um breytingu á tilskipunum ráðsins 89/665/EBE og 92/13/EB að því er varðar aukna skilvirkni í meðferð kærumála vegna gerðar opinberra samninga. Af orðalagi 2. og 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016, sbr. og 2. tölul. málsgreinarinnar, verður ráðið að 30 daga kærufrestur skuli hefjast þegar tilkynning um gerð samnings án undanfarandi útboðs er birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins ásamt rökstuðningi. Óháð slíkri tilkynningu skuli kærufrestur vegna krafna um óvirkni samnings vera sex mánuðir frá því að samningur var gerður. Ekkert liggur fyrir um að varnaraðilar hafi birt tilkynningu í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins um að gerðir hafi verið samningar við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019, án undanfarandi útboðsauglýsingar, ásamt rökstuðningi. Var frestur til þess að hafa uppi kröfu um óvirkni samninganna því sex mánuðir frá gerð þeirra, enda verður ekki ráðið af gögnum málsins að kærandi hafi haft vitneskju um þá fyrr en skömmu áður en kæra var sett fram. Í því samhengi er rétt að dagsetning samninganna, 9. júlí 2019, marki upphaf sex mánaða kærufrestsins, enda telst ákvörðun varnaraðila Reykjavíkurborgar 27. maí 2019 um að ganga

skuli til samninga ásamt varnaraðila Vegagerðinni við Smith og Norland hf. ekki til samningsgerðar. Að þessu virtu barst krafa kæranda um óvirkni samninganna frá 9. júlí 2019 sem gerð var grein fyrir í kæru 27. nóvember 2019, innan kærufrests og sætir því efnislegri úrlausn.

Varnaraðili Reykjavíkurborg og Smith og Norland hf. telja jafnframt að krafa kæranda um að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu vegna hins kærða útboðs, sem fellt var niður 5. desember 2019. hafi verið sett fram eftir lok kærufrests. Í þeim efnum er vísað til þess að málsástæður kæranda vegna kröfunnar lúti að útboðsgögnum og hafi kærufrestur verið liðinn þegar kæran barst nefndinni, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Eins og rakið hefur verið var hið kærða útboð fellt niður og boðað að það yrði auglýst að nýju eftir að umrædd kæra barst. Málsástæður kæranda vegna kröfu um álit á skaðabótaskyldu hafa í þessu ljósi breyst og lúta nú meðal annars að því að hann fái bættan kostnað vegna tjóns af því að taka þátt í útboði sem hafi verið hætt við án niðurstöðu. Þegar af þessari ástæður var krafa kæranda sem varðar álit á skaðabótaskyldu vegna hins kærða útboðs höfð uppi innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016.

Að auki setti kærandi fram þá kröfu 17. ágúst 2020 vegna þessa kærumáls að nýtt útboð um stýribúnað umferðarljósa verði án skilyrða sem lúti að tækni og búnaði frá einum framleiðanda (t.d. Sitraffic Scala, Sitraffic Office, Sitraffic STREAM og MOTION frá Siemens) og annarra skilyrða sem leiði til þess að einungis eitt fyrirtæki geti í raun boðið í alla hluta útboðsins. Skilja verður kröfugerð kæranda með þeim hætti að hann krefjist þess að kærunefndin leggi fyrir varnaraðila Reykjavíkurborg að auglýsa innkaup á stýribúnaði umferðarljósa að nýju og að nefndin skuli jafnframt mæla fyrir um hvers konar skilmálar skuli heimilir í útboðsgögnum þess útboðs. Fyrir liggur að varnaraðili Reykjavíkurborg hefur fellt niður hið kærða útboð og boðið innkaupin út að nýju, sbr. útboð Reykjavíkurborgar og Vegagerðarinnar nr. 14943 auðkennt „Endurnýjun MP stýrikassa“. Ágreiningur um lögmæti þess útboðs, þ. á m. um skilmála í útboðsgögnum, sætir úrlausn kærunefndar í málum nr. 41/2020 og 46/2020 þar sem kærandi máls þessa er jafnframt kærandi. Sætir umrædd krafa því ekki úrlausn kærunefndar í máli þessu og er henni vísað frá.

B.

Samningar varnaraðila við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 lúta annars vegar að kaupum fyrrnefndu aðilanna á svonefndum „MOTION“ búnaði vegna uppfærslu á MSU og hins vegar að „MSU“ uppfærslu vegna þjónustusamnings. Af erindi umhverfis- og skipulagssviðs varnaraðila Reykjavíkurborgar til innkauparáðs hans 24. maí 2019 má ráða að samningarnir lúti

að kaupum á vélbúnaði og hugbúnaði auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægri stýringu umferðarljósa. Varnaraðilar skyldu samkvæmt samningnum um innleiðingu á hugbúnaðinum MOTION greiða Smith og Norland hf. 14.925.010 krónur ef ekki er tekið tillit til virðisaukaskatts. Jafnframt skyldu varnaraðilar samkvæmt samningnum um uppfærslu á vélbúnaði og þjónustu við uppfærsluna greiða Smith og Norland hf. 6.315.225 krónur án virðisaukaskatts. Báðir samningarnir snúa að uppfærslu og breytingum á miðlægri stýritölvu vegna umferðastýringar í Reykjavík og ber því að horfa á samanlagt virði þeirra tveggja við mat á því hvort skylda hafi hvílt á varnaraðilum til þess að bjóða vöruna og þjónustuna út, sbr. 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016, þ.e. 21.240.235 krónur án virðisaukaskatts. Í því samhengi er og rétt að horfa til þess að samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laga nr. 120/2016 ná lögin bæði til ríkis og sveitarfélaga svo og samtaka sem þessir aðilar, einn eða fleiri, hafa með sér. Í 1. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016 segir að þau taki til samninga um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur samkvæmt 3. gr. laganna geri við eitt eða fleiri fyrirtæki og hafi að markmiði framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu í skilningi laganna. Þar sem varnaraðili Reykjavíkurborg er sveitarfélag og varnaraðili Vegagerðin hluti íslenska ríkisins, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 120/2012 um Vegagerðina, framkvæmdastofnun samgöngumála, ber að líta á þau líkt og einn aðila við mat á því hvort brotið hafi verið í bága við útboðsskyldu samkvæmt 23. gr. laga nr. 120/2016, sbr. úrskurð kærunefndar útboðsmála frá 3. september 2018 í máli nr. 21/2017.

Varnaraðili Reykjavíkurborg hefur teft því fram að kaupin samkvæmt samningunum 9. júlí 2019 hafi verið í samræmi við b. lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016, en samkvæmt ákvæðinu eru samningskaup án opinberrar birtingar útboðsauglýsingar m.a. heimil þegar aðeins eitt fyrirtæki kemur til greina þar sem ekki er um samkeppni að ræða af tæknilegum ástæðum eða sökum þess að um lögverndaðan einkarétt er að ræða. Í athugasemdum við 39. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 120/2016 er lögð áhersla á að samningskaup án undangenginnar auglýsingar séu til þess fallin að raska samkeppni og beri því að skýra heimild ákvæðisins með þrengjandi hætti og aðeins nota hana „í undantekningartilvikum við sérstakar aðstæður“. Tekið er fram að við vissar aðstæður sé auglýsing ekki til þess fallin að ýta undir samkeppni eða hagkvæm innkaup einkum þegar aðeins einn aðili getur framkvæmt tiltekinn samning. Telja verði að kaupandi þurfi að geta rökstutt það með tilhlýðilegum hætti að nauðsynlegt hafi verið að beita þessu innkaupaferli og að aðrir raunhæfir valkostir hafi ekki getað komið til greina.

Það verður ekki ráðið af gögnum málsins að tæknilegar ástæður eða lögverndaður einkaréttur hafi réttlætt það að gerðir voru samningar við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 án

Þess að meginreglan um að bjóða skuli út innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum sem birtist í 23. gr. laga nr. 120/2016 væri virt. Verður til að mynda ekki séð að neins konar athugun hafa verið gerð af hálfu varnaraðila, áður en samningskaupin fóru fram, á því hvort aðstæður væru með þeim hætti að skilyrði b. liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 væru uppfyllt. Að virtum lögskýringargögnum, sem og málatilbúnaði varnaraðila Reykjavíkurborgar, verur ekki fallist á að sýnt hafi verið fram á að gerð viðkomandi samninga hafi getað stuðst við b. lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Verður því ekki fallist á röksemdir varnaraðilans að þessu leyti.

Varnaraðili Reykjavíkurborg hefur jafnframt vísað til þess að samningarnir við Smith og Norland hf. frá 9. júlí 2019 hafi í reynd falið í sér viðbótarkaup við samning sem komst á milli þessara aðila í kjölfar útboðs nr. 10603 frá árinu 2005 er laut að innkaupum á stýritölvu. Heimild hafi verið í útboðsgögnum þess útboðs til þess að breyta samningi aðila ef breytingarnar tengdust hinu útboðna verkefni. Vegna þessi beri að líta svo á að lög nr. 94/2001 um opinber innkaup gildi um samningana frá 9. júlí 2019. Umrætt útboð nr. 10603, er laut að innkaupum á stýritölvu umferðarljósa, lauk með því að varnaraðilar gerðu samning við Smith og Norland hf. Fyrir það fyrsta verður ekki ráðið af útboðsgögnum umrædds útboðs, sem gerðu ráð fyrir því að samningur gildi í afmarkaðan tíma, að varnaraðilum væri heimilt að semja við tiltekið fyrirtæki, það er Smith og Norland hf., mörgum árum síðar um frekari kaup án þess að taka þyrfti tillit til þeirra laga og reglna sem þá giltu um opinber innkaup. Því síður stenst að unnt sé að halda því fram að eldri lög nr. 94/2001 gildi um innkaup sem fram fara á árinu 2019, eins og varnaraðili Reykjavíkurborg virðist gera. Þá verður ekki fram hjá því litið að varnaraðili Reykjavíkurborg hefur sjálfur haldið því fram að umræddir samningar teldust til samningskaupa sem væru heimil með stoð í b. lið 22. gr. þágildandi innkaupareglna varnaraðila, svo sem fram kemur meðal annars í fundargerð innkauparáðs varnaraðila Reykjavíkurborgar 27. maí 2019. Verður þegar af þessum ástæðum ekki fallist á þennan málatilbúnað varnaraðilans.

C.

Samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 getur kærunefnd útboðsmála aðeins lýst samning óvirkan sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016. Í 4. mgr. 23. gr. laganna segir að ráðherra skuli birta viðmiðunarfjárhæðir fyrir opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu í íslenskum krónum í reglugerð í samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Á þeim tíma er samningar milli varnaraðila og Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 voru gerðir var í gildi reglugerð nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna

opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Í 3. mgr. 3. gr. hennar sagði að viðmiðunarfjárhæð vegna skyldu sveitarfélaga til útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu vegna bæði vörusamninga og þjónustusamninga væri 28.752.100 krónur. Eins og rakið var að framan telur nefndin rétt að líta til samanlagðs verðmætis umræddra samninga þar sem bæði varnaraðili Reykjavíkurborg og varnaraðili Vegagerðin voru kaupendur, en það er samtals 21.240.265 krónur. Samkvæmt þessu voru umræddir samningar samanlagt undir þeirri viðmiðunarfjárhæð er gildi samkvæmt orðalagi ákvæðisins um varnaraðila Reykjavíkurborg. Um varnaraðila Vegagerðina gildi hins vegar 2. mgr. 3. gr. reglugerðarinnar sem tekur til annarra en sveitarfélaga og aðila sem þeim tengjast. Þar kom fram að viðmiðunarfjárhæð vegna bæði vörusamninga og þjónustusamninga væri 18.734.400 krónur. Að þessu virtu verður ekki annað séð en að stofnuninni hafi verið skylt að bjóða umrædd innkaup út, enda náðu þau fyrrgreindri viðmiðunarfjárhæð. Að virtum markmiðum laga nr. 120/2016 um að tryggja jafnræði fyrirtækja, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera telur nefndin að þegar um er að ræða innkaup tveggja eða fleiri opinberra aðila og viðmiðunarfjárhæðir gagnvart þeim eru mismunandi skuli lægri fjárhæðin gilda gagnvart öllum þeim sem standa saman að innkaupum.

Verður því lagt til grundvallar að samningar varnaraðila við Smith og Norland hf. frá 9. júlí 2019 hafi verið yfir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 og 2. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 178/2018. Tekið skal fram að umræddir samningar voru gerðir eftir 31. maí 2019 þegar 1. mgr. 23. gr. laganna öðlaðist gildi að því er varðar innkaup sveitarfélaga, stofnana þeirra og annarra opinberra aðila á þeirra vegum. Verður því ekki fallist á mótbáru varnaraðila Reykjavíkurborgar um að útboðsskylda hafi ekki verið virk gagnvart sveitarfélaginu á þessum lagagrunni.

Í ljósi framangreinds telur kærunefnd útboðsmála að samningskaup varnaraðila við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 hafi brotið í bága við 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016, sbr. 2. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 178/2018. Í 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 segir að kærunefnd útboðsmála geti lýst samning óvirkan en þó aðeins samning sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laganna. Úrskurður um óvirkni samnings hafi þau áhrif að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings falla niður. Í b. lið 2. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 segir að kærunefnd útboðsmála skuli lýsa samning óvirkan þegar samningur, þar á meðal samningur sem fellur undir reglur um gerð sérleyfissamninga um verk og hönnunarsamkeppni, hefur verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í andstöðu við lögin eða reglur settar samkvæmt þeim. Umrædd skilyrði eru uppfyllt eins og hér er ástatt. Í 3. og 4. másl. 1. mgr. 115. gr. laga nr.

120/2016 segir hins vegar að óvirkni samnings skuli takmörkuð við þær greiðslur sem enn hafa ekki farið fram. Að því er varðar greiðslur sem þegar hafa farið fram skuli kærunefnd kveða á um önnur viðurlög samkvæmt 118. gr. laganna.

Þar sem fyrir liggur að samningar varnaraðila við Smith og Norland hf. frá 9. júlí 2019 hafa þegar verið að fullu efndir, svo sem rakið er að framan, eru ekki uppfyllt skilyrði til þess að óvirkja samningana. Af þeim sökum ber kærunefndinni að beita stjórnvaldssektum samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016. Í b. lið 1. mgr. 118. gr. laga nr. 120/2016 segir að kærunefnd útboðsmála skuli leggja stjórnvaldssektir á kaupanda vegna samnings sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laganna þegar samningur er ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta, sbr. 1. mgr. 115. gr. laganna. Í 2. mgr. 118. gr. laga nr. 120/2016 segir að þegar fleiri kaupendur standi að innkaupum sameiginlega skuli ákveða sekt fyrir hvern og einn kaupanda. Stjórnvaldssekt skuli nema allt að 10% af ætluðu virði samnings. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hafi verið látinn halda virkni sinni.

Þeir samningar sem varnaraðilar gerðu við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019 voru gerðir án þess að sannanleg athugun hefði farið fram á lögmati samningsgerðarinnar, svo sem með tilliti til b. liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016. Birtist þetta meðal annars í því að varnaraðili Reykjavíkurborg hefur teflt fram hinum ýmsu málsástæðum fyrir lögmati samningsgerðarinnar við rekstur kærumálsins án þess að réttargrundvöllur fyrir samningsgerðinni hafi verið skýrt afmarkaður í upphafi. Varnaraðili Vegagerðin hefur ekki komið neinum sjálfstæðum sjónarmiðum á framfæri vegna máls þessa þrátt fyrir að hafa verið gefið færi á því. Að öllum atvikum virtum telur kærunefndin að ákvarða beri sektarfjárhæð sem skuli vera 8% af heildarfjárhæð samninganna tveggja frá 9. júlí 2019, þannig að hvor varnaraðili um sig greiði sekt í ríkissjóð að fjárhæð 849.611 krónur.

Kærandi krefst þess jafnframt að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila Reykjavíkurborgar gagnvart sér vegna hins kærða útboðs. Í 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þurfi einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Bótarfjárhæð skuli miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði.

Ákvæði þetta á rætur sínar að rekja til 84. gr. þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Í greinargerð með ákvæðinu kom fram að með því væri sett sú „almenna regla að kaupanda beri að greiða bjóðanda kostnað, sem leitt hefur af þátttöku hans í útboði, nema sýnt

sé fram á að réttarbrot hans hafi ekki haft þýðingu um niðurstöðu útboðsins. [...] Með ákvæðinu er sönnunarbyrðin um að afleiðing brots hafi ekki valdið bjóðanda tjóni lögð á kaupanda. Með þessu er bjóðanda veitt virkt úrræði til að bregðast við réttarbroti kaupanda og fá þetta tjón sitt bætt með nokkuð auðveldum hætti.“ Að mati nefndarinnar verður að horfa til þessara lögskýringargagna, til þess að ekki hafði verið komist að niðurstöðu um val á tilboði þegar varnaraðili Reykjavíkurborg ákvað að fella útboðið niður og til þess að ekki liggur annað fyrir en að tilboð kæranda í einstaka hluta hafi verið gild. Að þessu virtu telur kærunefnin að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði, enda hefur varnaraðili ekki sýnt með viðhlítandi hætti fram á að afleiðing réttarbrotsins hafi ekki valdið kæranda tjóni. Það er því álit nefndarinnar að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði.

Kærandi hefur uppi kröfu um málskostnað samkvæmt 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Fyrir liggur í málinu að hið kærða útboð var fellt niður af hálfu varnaraðila Reykjavíkurborgar eftir að kæra kæranda barst kærunefnd útboðsmála. Ástæða þessa var sú að varnaraðili Reykjavíkurborg fylgdi ekki fyrirmælum laga nr. 120/2016 um þann frest sem bjóðendum skyldi veittur til að skila tilboðum í kjölfar birtingar útboðsauglýsingar samkvæmt 58. gr. laganna, en það var meðal röksemda kæranda til stuðnings því að hið kærða útboð hefði verið í andstöðu við ákvæði laga nr. 120/2016. Jafnframt hefur kærunefnd fallist á það með kæranda að gerð samninga varnaraðila við Smith og Norland hf. 9. júlí 2019, án útboðs, hafi farið í bága við lög nr. 120/2016 og gert varnaraðilum stjórnvaldssekt vegna þessa samkvæmt 118. gr. laga nr. 120/2016. Af þeim sökum skal varnaraðili Reykjavíkurborg greiða kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 1.000.000 króna. Jafnframt skal varnaraðili Vegagerðin greiða kæranda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 500.000 krónur.

Í greinargerð Smith og Norland hf. er þess krafist að kærandi greiði félaginu málskostnað. Í lögum nr. 120/2016 er ekki að finna heimild til handa kærunefnd útboðsmála til þess að úrskurða varnaraðila málskostnað úr hendi kæranda og er þeirri kröfu þegar af þeim sökum hafnað.

Úrskurðarorð:

Kröfu kæranda, Reykjafells ehf., um að nýtt útboð um stýribúnað umferðarljósá verði án skilyrða sem lúta að tækni og búnaði frá einum framleiðanda (t.d. Sitraffic Scala, Sitraffic Office, Sitraffic STREAM og MOTION frá Siemens) og annarra skilyrða sem leiða til þess að einungis eitt fyrirtæki geti í raun boðið í alla hluta útboðsins, er vísað frá.

Varnaraðilar, Reykjavíkurborg og Vegagerðin, greiði, hvor um sig, stjórnvaldssekt að fjárhæð 849.611 krónur.

Varnaraðili Reykjavíkurborg er skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, Reykjafelli ehf., vegna kostnaðar hans af því að taka þátt í útboði nr. 14356 auðkennt „Rammasamningur um stýribúnað umferðarljósa“.

Varnaraðili, Reykjavíkurborg, greiði kæranda, Reykjafelli ehf., 1.000.000 króna í málskostnað.

Varnaraðili, Vegagerðin, greiði kæranda, Reykjafelli ehf., 500.000 krónur í málskostnað.

Reykjavík, 16. desember 2020

Ásgerður Ragnarsdóttir

Sandra Baldvinsdóttir

Auður Finnbogadóttir