

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 20. febrúar 2024

í máli nr. 28/2023:

Smith & Norland hf.

gegn

Reykjavíkurborg,

Vegagerðinni og

Fálkanum Ísmar ehf.

Lykilorð

Samkeppnisútboð. Kærufrestur. Viðbótarkrafa. Tæknilegar kröfur. Óeðlilega lágt tilboð.

Útdráttur

R óskaði eftir tilboðum í endurnýjun gönguljósa á sex staðsetningum í borginni, þ.m.t. stýrikassa gönguljósa, skynjara, ljósker og hnappabox. Um var að ræða samkeppnisútboð sem áætlað væri að færi fram á fjórum þrepum. Þrjú tilboð bárust á fyrsta þrepi útboðsins og átti S næstlægsta tilboðið og F það hæsta. Á öðru þrepi útboðsins gafst bjóðendum tækifæri á að uppfæra tilboð sín í samræmi við ákvæði útboðsgagna. F átti þá lægsta tilboðið og S það næstlægsta. Í kjölfar þessa tók R þá ákvörðun að velja tilboð F. S kærði þá ákvörðun til kærunefndar útboðsmála og taldi að búnaður F hefði ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna, auk þess sem framkvæmd innkaupaferlisins hefði farið á svig við reglur laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og mat R á boðnum búnaði F hefði verið ábótavant. Kærunefnd útboðsmála taldi að þau gögn sem fylgt hefðu með tilboði F hefðu sýnt fram á það með nægilegum hætti að búnaður hans uppfyllti kröfur útboðsgagna. Þá var ekki fallist á að mat R á búnaði F hefði verið ábótavant, né heldur að tilboð F hefði verið óeðlilega lágt í skilningi 81. gr. laga nr. 120/2016. Með vísan til þessa og annars sem rakið var í úrskurði kærunefndarinnar var kröfum S hafnað, en kröfu þess um álit á skaðabótaskyldu R var vísað frá þar sem hún var talin hafa verið of seint fram komin.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 9. júní 2023 kærði Smith & Norland hf. samkeppnisútboð Reykjavíkurborgar (hér eftir „varnaraðili“) og Vegagerðarinnar nr. 15789 auðkennt „Endurnýjun gönguljósa í Reykjavík“ og þá ákvörðun Reykjavíkurborgar 1. júní 2023 að ganga að tilboði Fálkans Ísmar ehf. í hinu kærða útboði.

Kærandi krefst þess að ákvörðun varnaraðila um að taka tilboði Fálkans Ísmar ehf. verði felld úr gildi. Þá krefst kærandi þess að varnaraðila verði gert að greiða kæranda málskostnað. Verði ekki litið á að kæra hafi í för með sér sjálfkrafa stöðvun sammingsgerðar samkvæmt 1. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup krefst kærandi þess jafnframt að

samningsgerð milli varnaraðila og Fálkans Ísmar ehf. verði stöðvuð um stundarsakir þar til endanlega hefur verið leyst úr kæru, sbr. 1. mgr. 110. gr. laga nr. 120/2016.

Í athugasemdum kæranda 29. september 2023 bætti kærandi við kröfugerð sína og krefst álits kærunefndar útboðsmála á skaðabótaskyldu varnaraðila.

Varnaraðilum var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Varnaraðili krefst þess í athugasemdum sínum 22. júní 2023 að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar í útboðinu verði aflétt hið fyrsta. Þá krefst varnaraðili þess aðallega að öllum kröfum kæranda verði vísað frá kærunefnd útboðsmála. Til vara krefst varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Jafnframt gerir varnaraðili þá kröfu að kærunefndin úrskurði kæranda til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

Vegagerðin lagði fram athugasemdir 28. júní 2023 og tók undir og gerði að sínum kröfum, málsástæður og lagarök varnaraðila, sem fram komu í athugasemdum hans 22. júní 2023.

Fálkinn Ísmar ehf. (hér eftir „hagsmunaaðili“) krefst þess í athugasemdum sínum 29. júní 2023 að kærunefnd útboðsmála aflétti banni við samningsgerð í hinu kærða útboði með vísan til 2. mgr. 107. gr. laga nr. 120/2016. Þá krefst hagsmunaaðili þess jafnframt að vísa skuli öllum kröfum kæranda frá kærunefndinni en í öllu falli að hafnað verði öllum kröfum kæranda.

Kærandi sendi kærunefnd útboðsmála tölvuskeyti 21. júlí 2023 ásamt fylgiskjali.

Með ákvörðun 1. september 2023 aflétti kærunefnd útboðsmála þeirri sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar sem hafði komist á með kæru í málinu.

Kærandi krafðist þess með tölvuskeyti 7. september 2023 að honum yrði afhent tiltekið skjal, sem hafði fylgt með tilboði hagsmunaaðila. Hagsmunaaðili og varnaraðili lögðust ekki gegn því að kærandi fengi umrætt skjal, og var það sent honum 13. september 2023.

Í sama tölvuskeyti 7. september 2023 gerði kærandi tiltekna athugasemdir um málsmeðferð kærunefndar útboðsmála. Kærunefnd útboðsmála svaraði athugasemdum kæranda um málsmeðferð nefndarinnar 8. september 2023. Frekari samskipti vegna þessa áttu sér stað milli kærunefndarinnar og kæranda fram til 12. september 2023.

Varnaraðili og Vegagerðin tilkynntu kærunefndinni 13. september 2023 að hvorugur hygðist leggja fram frekari athugasemdir í málinu.

Kærandi lagði frekari athugasemdir í málinu 29. september 2023 og gerði nýja kröfu í málinu, um álit á skaðabótaskyldu varnaraðila. Kærunefnd útboðsmála ákvað í kjölfarið að gefa varnaraðila og hagsmunaaðila tækifæri til þess að tjá sig um þessa nýju kröfu kæranda. Lögðu báðir aðilar fram athugasemdir vegna þessa 5. janúar 2024 og töldu að vísa bæri þeirri kröfu frá, enda væri hún of seint fram komin, en ella að henni yrði hafnað.

Kærandi lagði fram lokaathugasemdir sínar í málinu 16. janúar 2024.

I

Málavextir eru þeir að 29. mars 2023 auglýsti varnaraðili hið kærða útboð á Evrópska efnahagssvæðinu og innanlands, þ.á m. á vef Reykjavíkurborgar. Tilboðsfrestur var til 27. apríl 2023. Í grein 0.1 í útboðslýsingu kom fram að óskað væri eftir tilboðum í endurnýjun gönguljósa á sex staðsetningum í Reykjavík, þ.m.t. stýrikassa gönguljósa, skynjara, ljósker og hnappabox samkvæmt útboðsgögnum. Þá kom fram í sömu grein að um væri að ræða almennt útboð þar sem hvaða fyrirtæki sem er gæti lagt fram tilboð.

Í grein 0.1.4 var fjallað um áætlað ferli útboðsins. Í þrepi I yrði lagt mat á hæfi bjóðenda út frá hæfiskröfum samkvæmt grein 0.4 og undirgreinum 0.4.1 til 0.4.3. Varnaraðili áskildi sér jafnframt rétt til þess að taka afstöðu til höfnunar tilboðs eða frekari viðræðna hvenær sem er á áætluðu ferli útboðsins, sbr. þrep I-IV, að því gefnu að bjóðandi tilboðs uppfyllti kröfur um hæfi. Þá áskildi varnaraðili sér rétt til þess að semja við þann aðila sem ætti hagkvæmasta gilda tilboð, sbr. grein 0.8, án frekari samningsviðræðna og myndi þá ekki framkvæma þrep II-IV.

Samkvæmt þrepi II myndi varnaraðili hefja samningsviðræður við þá bjóðendur sem ættu tilboð sem hefðu ekki verið hafnað af kaupanda samkvæmt þrepi I. Markmið þessara viðræðna væri að gefa þeim bjóðendum tækifæri til að laga upphafleg tilboð sín betur að þörfum kaupanda. Á þessu þrepi væri bjóðendum heimilt að leggja fram nýtt eða endurbætt tilboð („síðari tilboð“) en bjóðendum væri það ekki skylt. Ef tilboð uppfyllti ekki allar kröfur kaupanda til þjónustunnar, en kaupandi hefði engu að síður gefið bjóðanda tækifæri til þess að endurbæta tilboð sitt þannig að það uppfyllti allar kröfur, skyldi bjóðandi sýna fram á það með endurbættu tilboði en að öðrum kosti yrði því hafnað. Jafnframt kom fram að kaupandi myndi upplýsa alla bjóðendur í þrepi II skriflega yrðu breytingar á matskröfum kaupanda til þjónustunnar samkvæmt útboðsgögnum á þessu stigi ferlisins og veita bjóðendum nægilegan frest til að breyta tilboðum sínum og leggja þau fram aftur, eins og við ætti.

Samkvæmt þrepi III skyldu bjóðendur leggja fram ný eða síðari tilboð á grundvelli samningsviðræðna í fyrra þrepi. Kaupandi áskildi sér rétt til þess að framkvæma aftur fyrra þrep teldi kaupandi mögulegt að aðlaga ný eða síðari tilboð bjóðenda enn betur að þörfum kaupanda. Þegar hann hafi metið það svo að samningsviðræðum væri lokið yrði þrep IV framkvæmt.

Að því er varðar þrep IV þá kom fram í útboðslýsingu að þegar kaupandi mæti endurbætt tilboð á þann veg að ekki væri þörf á að bjóðandi geri frekari úrbætur eða aðlaganir á þeim til að mæta þörfum og kröfum kaupanda myndu þau tilboð teljast endanleg að mati kaupanda. Í kjölfar þess myndi kaupandi framkvæma endanlegt mat á þeim tilboðum og velja samningsaðila í samræmi við forsendur fyrir vali tilboðs samkvæmt grein 0.8 í útboðslýsingu, enda uppfyllti tilboðið kröfur, skilyrði og viðmið sem fram kæmu í útboðsgögnum og teldist ekki ógilt eða

óaðgengilegt, sbr. 66. gr. laga nr. 120/2016, þ.m.t. kröfur um hæfi bjóðanda samkvæmt greinum 0.4.1 til 0.4.3.

Í grein 0.4 í útboðslýsingu var fjallað um hæfi bjóðenda. Í grein 0.4.1 voru gerðar kröfur um hæfi vegna starfsréttinda og tekið fram að bjóðandi skyldi vera skráður í fyrirtækjaskrá, en ef um væri að ræða erlent fyrirtæki skyldi fyrirtæki sýna fram á fullnægjandi skráningu í heimaríki sínum með vottorði. Í grein 0.4.2 voru gerðar kröfur til fjárhagslegs hæfis og skyldi bjóðandi vera í skilum með opinber gjöld, lífeyrissjóðsiðgjöld og jafnframt vera með jákvætt eigið fé og ársveltu sem næmi a.m.k. 30.000.000 krónum án virðisaukaskatts. Í grein 0.4.3 voru gerðar kröfur vegna tæknilegrar og faglegrar getu, og skyldi bjóðandi hafa tveggja ára reynslu af sambærilegum verkefnum, þ.e. inn- og útflutningi, sölu og afhendingu á tæknivörum, sem og veita ráðgjöf og þjónustu eftir að búnaður sé kominn í gagnið. Við mat á hæfi og reynslu bjóðanda væri heimilt að taka tillit til hæfi og reynslu eigenda, stjórnenda, lykilstarfsmanna, undirverktaka og sérstakra ráðgjafa bjóðanda. Þá var tekið fram í öllum greinum að tilboðum yrði hafnað ef bjóðendur uppfylli ekki framangreindar kröfur.

Í grein 0.8 komu fram forsendur fyrir vali tilboðs, en samið yrði við þann aðila sem ætti hagkvæmasta gilda tilboði á grundvelli lægsta verðs.

Kaflí 2 í útboðslýsingu fjallar um tæknilýsingu þess búnaðar sem óskað væri eftir í hinu kærða útboði. Í grein 2.1 var tekið fram að uppfylli boðnar vörur ekki kröfur samkvæmt þessum kafla yrði viðkomandi tilboði hafnað. Í grein 2.1.2, sem bar heitið „Flokkur 1 – Stýrikassar“ var tekið fram að stýrikassi skyldi geta tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa (MSU) kaupanda og skyldi sú tenging fara fram í gegnum OCIT-O V3 profile 4 (eða nýrra) eða Canto v1.3 (eða nýrra) vegna forgangskerfis neyðarbíla og/eða almenningsvagna. Heimilt væri að notast við OCIT-O V2 svo lengi sem stýrikassinn yrði uppfærður í OCIT-O V3 profile 4 af bjóðanda, innan 12 mánaða frá því að bindandi samningur komst á, kaupanda að kostnaðarlausu. Þá skyldi netbeinir með OpenVPN stuðningi fylgja til að tengjast þráðlaust við MSU. Stýrikassi skyldi vera CE vottaður og uppfylla öryggisstig SIL3 samkvæmt ÍST EN 61508. Þá skyldi láta í té ýmis gögn þegar stýrikassi væri tekinn í notkun og að tilteknum stöðlum yrði fylgt.

Tilboð á þrepi I voru opnuð 27. apríl 2023 og átti Reykjafell ehf. lægsta tilboðið. Kærandi átti næstlægsta tilboðið en hæsta tilboðið átti hagsmunaaðili. Kostnaðaráætlun varnaraðila nam 26.750.000 krónum án virðisaukaskatts og voru öll tilboð undir þeirri fjárhæð. Í kjölfar opunar tilboða hófst varnaraðili handa við að leggja mat á tilboð bjóðenda og virkjaði að því loknu þrep II og bauð öllum bjóðendum á fund 17. maí 2023 til að ræða endurbætur á tilboðum þeirra. Að loknum þessum fundum með bjóðendum var viðræðum lýst lokið af hálfu varnaraðila á þessu þrepi útboðsins og öllum bjóðendum veitt tækifæri til þess að endurbæta tilboð sín. Var bjóðendum veittur frestur til 24. maí 2023 til að skila endurbættum tilboðum.

Allir þrír bjóðendur skiluðu endurbættum tilboðum sem opnuð voru 24. maí 2023. Þá átti hagsmunaaðili lægsta tilboðið, þar á eftir kom tilboð Reykjafells ehf. og loks tilboð kæranda. Tilboð hagsmunaaðila nam 13.326.515 krónum án virðisaukaskatts, tilboð Reykjafells nam 13.972.080 krónum án virðisaukaskatts og tilboð kæranda nam 16.823.588 krónum án virðisaukaskatts.

Á fundi innkaupa- og framkvæmdaráðs varnaraðila 1. júní 2023 var samþykkt tillaga skrifstofu framkvæmda og viðhalda frá 26. maí 2023 um að ganga að tilboði lægstbjóðanda, þ.e. hagsmunaaðila, og var sú ákvörðun tilkynnt bjóðendum þann sama dag.

II

Kærandi telur að framkvæmd innkaupaferlisins hafi farið á svig við reglur laga nr. 120/2016 og útboðsskilmála, jafnræði bjóðenda hafi verið raskað og að verulegar líkur séu á því að tilboð hagsmunaaðila uppfylli ekki tæknilýsingu útboðsins, auk þess sem tilboð hagsmunaaðila flokkist sem óeðlilega lágt, sem hafi átt að meta sem slíkt. Kærandi telur því að ákvörðun varnaraðila um að ganga að tilboði hagsmunaaðila sé ólögumæt og að varnaraðili hafi ekki fylgt boðuðu ferli útboðsins. Kærandi telur að síðari tilboð hafi verið opnuð 24. maí 2023, samkvæmt opnunarskýrslu þann sama dag, en engu að síður hafi varnaraðili treyst sér til þess að leggja til að gengið yrði til samninga við hagsmunaaðila tveimur dögum síðar, þ.e. 26. maí 2023. Þannig virðist sem þrep III og IV hafi verið framkvæmd á tveimur dögum, þ.m.t. tæknilegt mat á hvort búnaðurinn uppfylli tæknilýsingu útboðsgagna. Telji kærandi óhugsandi að átt hafi sér stað fullnægjandi mat á því hvort búnaður hagsmunaaðila uppfyllti tækniröfur útboðslýsingar og almennar öryggiskröfur.

Kærandi byggir á því að mat varnaraðila á búnaði hagsmunaaðila hafi verið ábótavant, og jafnframt að búnaður hagsmunaaðila uppfylli ekki tækniröfur útboðslýsingar. Eigi það við kröfur um tengingu framboðsins stýrikassa við miðlæga stýritölvu umferðarljósa (SCALA) og við forgangskerfi hennar (STREAM). Vísar kærandi í þessum efnum til þess að varnaraðili hafi keypt miðlæga stýritölvu umferðarljósa af Siemens í kjölfar útboðs árið 2005. Hún sé með opinn hugbúnað (SCALA) sem framleiðendur búnaðar, svo sem stýrikassa umferðarljósa, geti tengt búnað sinn við. Árið 2016 hafi varnaraðili keypt forgangskerfi fyrir neyðarbíla og almenningsvagna (STREAM) af kæranda. Árið 2019 hafi varnaraðili keypt svonefndan MOTION-hugbúnað í tengslum við uppfærslu á hinni miðlægu stýritölvu, vegna fyrirhugaðrar innleiðingar á MOTION-kerfi í Reykjavíkurborg, sem feli í sér rauntímastýringu á umferðarflæði, sem og þjónustu í tengslum við uppfærslu tölvunnar til endanlegrar gerðar (alumferðarstýrt kerfi, sem lýst hafi verið í útboðsgögnum árið 2005). Hægt sé að tengja stýrikassa við tölvuna í gegnum OCIT-O samskiptastaðal sem hafi verið þróaður af ODG

(OCIT Developer Group), sem nokkrir helstu framleiðendur umferðarljósabúnaðar standi að. Núverandi útgáfa af OCIT-O hjá varnaraðila sé OCIT-O V2 en fyrirhuguð sé uppfærsla í V3, þótt óljóst sé hvenær það verði. Til að tengjast STREAM forgangskerfinu sé síðan notaður samskiptastaðallinn CANTO, sem framleiðandi Siemens búnaðar, Yunex Traffic, hafi þróað og selji tengileyfi við gegn vægu gjaldi til annarra framleiðanda stjórnkassa. Núverandi útgáfa CANTO hjá varnaraðila sé CANTO V1.3.

Kærandi bendir á að útboðslýsingin geri nánar tilgreindar kröfur til þess að framboðinn búnaður geti tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa hjá Reykjavíkurborg og forgangskerfi hennar, sbr. grein 2.1.2.1. Samkvæmt upplýsingum kæranda lúti framboðin lausn hagsmunaaðila að því að tengjast kerfi borgarinnar í gegnum OCIT-O samskiptabúnað og þá væntanlega einnig forgangskerfinu STREAM. Kærandi viti fyrir víst að STREAM kerfið styðji ekki samskipti í gegnum OCIT-O V2, en samkvæmt upplýsingum kæranda hafi sá búnaður sem hagsmunaaðili hafi boðið í hinu kærða samkeppnisútboði, frá framleiðandanum Cross, aldrei verið tengdur við forgangskerfið STREAM. Búi Cross því ekki yfir reynslu af því að tengjast forgangskerfi STREAM. Það sé algert grundvallaratriði að framboðinn búnaður geti tengst forgangskerfinu, líkt og útboðslýsingin beri með sér. OCIT-O V2 geti ekki nýst hagsmunaaðila til að tengjast STREAM og kærandi hafi jafnframt fengið þær upplýsingar frá Yunex að ekki hafi enn verið tekin ákvörðun um hvort STREAM komi til með að styðja OCIT-O V3. Því geti síðari málsgrein greinar 2.1.2.1, um uppfærslu OCIT-O V3, einungis átt við um tengingar við SCALA en ekki STREAM. Til þess að bjóðandi verði talinn uppfylla útboðsskilmálana að þessu leyti og bjóða fullnægjandi tengingu við forgangskerfi neyðarbíla eða almenningsvagna, sé nauðsynlegt að bjóðandi geti boðið CANTO samskiptabúnaðinn. Þá þurfi OCIT-O tengingarnar sem boðnar séu að vera í samræmi við allar þær kröfur sem fram komi í útboðslýsingu. Kærandi telji allar líkur á að hagsmunaaðili hafi ekki uppfyllt þessa þætti útboðslýsingar, en enginn matsskýrsla virðist liggja fyrir í málinu.

Þá telur kærandi að mati varnaraðila á tilboði hagsmunaaðila hafi verið ábótavant. Bjóðendum hafi verið gefinn 12 mánaða aðlögunartími í grein 2.1.2 í útboðslýsingu til þess að uppfæra OCIT-O búnaðinn svo tryggt sé að hann eigi snurðulaus samskipti við þann búnað sem sé fyrir hjá varnaraðila, en kærandi telji næsta víst að hagsmunaaðili hafi ekki sýnt fram á það í útboðsferlinu að hann uppfylli þessi skilyrði útboðslýsingar, svo tryggt sé að búnaður hans geti tengst miðlægri stýritölvu og forgangskerfi borgarinnar. Þá sé óljóst þrátt fyrir 12 mánaða aðlögunartíma hvenær uppfært verði í OCIT-O V3 og hverjir eiginleikar uppfærslunnar verði.

Það sé ekki í samræmi við lög nr. 120/2016 að kaupandi láti hjá líða að ganga úr skugga um hvort boðinn búnaður uppfylli raunverulega þá tæknilýsingu sem útboðið grundvallist á, sbr. 49. gr. laganna. Þvert á móti hvíli skylda á kaupanda að tryggja að tilboð uppfylli kröfur,

skilyrði og viðmið, sem fram komi í útboðsgögnum áður en ákvörðun um gerð samnings sé tekin, sbr. 1. mgr. 66. gr. laga nr. 120/2016. Þá skuli kaupandi haga forsendum fyrir vali tilboðs þannig að virk samkeppni sé sem best tryggð en kaupandi verði að geta sannreynt upplýsingar frá bjóðendum til að meta hversu vel tilboðin uppfylli forsendur útboðsgagna, sbr. 6. mgr. 79. gr. laganna. Þessar kröfur taki til allra þátta útboðsskilmála, einnig hvort raunhæft sé að bjóðandi uppfylli kröfur á aðlögunartíma.

Þá sé það brot á aðalmarkmiði laganna, um að tryggja jafnræði og efla virka samkeppni, að taka ákvörðun um að ganga að tilboði eins fyrirtækis og semja við það en treysta svo á, og jafnvel gera við fyrirtækið samninga um, að ef búnaðurinn reynist svo á einhvern hátt ekki uppfylla tækniröfur útboðsins, t.a.m. með því að hann geti ekki tengst núverandi kerfi umferðarstýringar, þá sé það á ábyrgð fyrirtækisins að bæta úr með varanlegum lausnum og bera kostnað af vinnu í tengslum við það. Kærandi bendi sérstaklega á þetta þar sem fyrir liggir að Hafnarfjarðarbær hafi kosið að fara þessa leið með samningum við hagsmunaaðila í kjölfar verðfyrirspurnar árið 2022, sem að mati kæranda bendi til þess að bærinn og ráðgjafar hans efist um hvort framboðinn búnaður hagsmunaaðila uppfylli gerðar kröfur.

Það sé lögbundið verkefni varnaraðila að ganga úr skugga um að það tilboð sem lagt sé til að samið sé um uppfylli útboðsskilmála, ekki síst tæknilýsingar. Þrátt fyrir þrýsting um að hleypa nýjum aðilum inn í viðskipti um gönguljós í Reykjavík eða taka lágum tilboðum, þá geti varnaraðili ekki vikist undan þeirri skyldu sinni með því að slá matinu á frest og leggja þess í stað ábyrgð á seljandann að leysa þau vandamál sem af því kunna að hljóta að boðinn búnaður uppfylli ekki tæknilýsingu. Þá liggir fyrir að með því að hleypa tilteknum bjóðanda þannig inn í samningsferli, með loforði um að hann leysi síðar vandkvæði af ófullnægjandi búnaði, sé grafið undan tilgangi útboða og aðalmarkmiði þeirra um jafnræði bjóðenda. Sé þá ónefnt það hlutverk varnaraðila að tryggja öryggi gönguljósa, sem byggir ekki síst á traustu samspili við þau kerfi sem fyrir séu.

Í því útboðsferli sem hér um ræði hafi átt að meta hvort framboðinn búnaður uppfylli tæknilýsingu eftir opnun síðari tilboða 24. maí 2023. Samkvæmt bréfi umhverfis- og skipulagssviðs varnaraðila þann 26. maí 2023 hafi á þeim degi verið lagt til að samið yrði við hagsmunaaðila. Miðað við þann hraða sem hafi verið á útboðsferlinu eftir opnun síðari tilboða, telji kærandi ólíklegt að gaumgæfilegt mat hafi farið fram á því hvort búnaður hagsmunaaðila uppfylli tæknilýsingu. Telji kærandi því að tilboð hagsmunaaðila hafi falið í sér verulega fyrirvara og frávík frá ákvæðum útboðsgagna. Því telji kærandi að bæði að matsferlið hafi verið andstætt lögum og útboðsskilmálum auk þess sem tilboðið hafi ekki staðist þær kröfur sem útboðsgögnin geri, og hafi því verið ógilt samkvæmt 1. mgr. 81. gr. laga nr. 120/2016.

Kærandi byggir jafnframt á því að tilboð hagsmunaaðila sé óeðlilega lágt í skilningi laga nr. 120/2016. Varnaraðila hafi því borið að skoða það sérstaklega og óska skýringa á fjárhæð tilboðsins eða, eftir atvikum, hafna tilboðinu, sbr. 1. mgr. 81. gr. laga nr. 120/2016. Í málinu liggja fyrir að kostnaðaráætlun varnaraðila hafi numið 26.750.000 krónum. Upphaflegt tilboð hagsmunaaðila hafi numið 75% af kostnaðaráætlun en eftir viðræður í þrepi II hafi fjárhæðin lækkað um þriðjung og síðara tilboð hagsmunaaðila því numið undir 50% af kostnaðaráætlun. Slík lækkun verði að teljast mjög óvenjuleg og ljóst að tilboðið sé orðið óeðlilega lágt í skilningi fyrrnefnds ákvæðis laga nr. 120/2016. Rétt sé að hafa í huga að tilboð kæranda hafi verið um þremur milljónum króna hærra en síðara tilboð hagsmunaaðila, en kærandi hafi áratuga reynslu af innflutningi og sölu, uppsetningu og framkvæmd búnaðar af því tagi sem um ræði, og sé sá aðili sem hafi sett upp þá stýritölvu sem aðilar þurfi að tengjast til að uppfylla öryggiskröfur. Kostnaður kæranda af þeim tengingum, þjálfun starfsfólks og öðru tengdu uppsetningu sé því mun lægri en hjá bjóðendum sem nú hasli sér völl á þessum markaði. Kærandi velti fyrir sér hvort um félagsleg undirboð sé að ræða í þeim eina tilgangi að komast inn á markaðinn, en slíkt feli ávallt í sér röskun á samkeppni og brot gegn jafnræði fyrirtækja.

Ekki fáist séð að varnaraðili hafi sinnt þeirri skyldu sinni, sem mælt sé fyrir um í 81. gr. laga nr. 120/2016, og óskað skýringa og metið sérstaklega þær upplýsingar sem lagðar séu fram af hálfu bjóðanda vegna hins lága tilboðs. Síðara tilboð hagsmunaaðila virðist hafa verið opnað 24. maí 2023 og aðeins tveimur dögum síðar hafi verið lagt til að semja við hagsmunaaðila. Telji kærandi að varnaraðili hafi farið á svig við skyldur sínar samkvæmt 81. gr. laga nr. 120/2016 og ekki metið tilboð hagsmunaaðila í samræmi við skyldur er varði óeðlilega lág tilboð. Þá telur kærandi að fullyrðingar varnaraðila um að OCIT-O v3 verði bætt við sem samskiptastaðli við STREAM forgangskerfið í nálægri fjarlægt standist ekki.

Í athugasemdum sínum 29. september 2023 reifar kærandi forsögu og hlutverk varnaraðila við rekstur umferðarljósa, og tekur fram að varnaraðili hafi frá innleiðingu forgangskerfisins lagt áherslu á að halda því uppfærðu og innleiða nýjungar, þ. á m. gert þá kröfu að boðnir stjórnkassar geti strax og án vandkvæða tengst kerfum borgarinnar, bæði miðlægu stjórn tölvunni og forgangskerfinu. Þá hafnar kærandi því að vísa beri kærðu málsins frá á þeim grundvelli að hún hafi komið fram eftir kærufrest, enda byggir kærandi ekki á því að útboðsskilmáli sé ólögsmætur heldur á því að búnaður hagsmunaaðila hafi ekki uppfyllt kröfur útboðslýsingar og almennar öryggiskröfur, auk þess sem mati varnaraðila á búnaði hagsmunaaðila hafi verið ábótavant.

Þá bendir kærandi á að kröfur greinar 2.1.2.1 séu í röklegu samhengi við þá tæknilegu stöðu sem til staðar sé hvað varði miðlæga stýritölvu og forgangskerfi neyðarbíla og almenningsvagna, að því leyti að bjóðandi eigi ekki að þurfa að hafa báða samskiptastaðlana

Canto og OCIT-O til þess að búnaður uppfylli tæknilýsingu að þessu leyti. Bjóðandi eigi að geta tengst stjórn tölvunni annaðhvort með OCIT-O (V2 eða V3) eða Canto (v.1.3). Af þessu leiði að ef bjóðandi sé með samskiptastaðalinn Canto, og geti þar með tengst forgangskerfinu, geti hann einnig tengst miðlægu stjórn tölvunni. Ef bjóðandi sé hins vegar einungis með samskiptastaðalinn OCIT-O uppfylli hann ekki tæknilýsingu að þessu leyti, enda sé ekki mögulegt fyrir hann að tengjast forgangskerfi varnaraðila með þeim samskiptastaðli. Ekki hafi komið annað fram í málinu annað en að framboðinn búnaður hagsmunaaðila feli einungis í sér OCIT-2 (V2), og uppfylli þar af leiðandi hvorki kröfur greinar 2.1.2.1 né almennar öryggiskröfur. Telji kærandi því að varnaraðila hafi verið óheimilt að taka tilboði hagsmunaaðila nema að það lægi fullkomlega skýrt fyrir að hagsmunaaðili myndi geta uppfyllt kröfur um tengingu við forgangskerfið. Varnaraðili þurfi að rökstyðja sérstaklega hvernig framboðinn búnaður samrýmist grein 2.1.2.8 í útboðsskilmálum um skráningu á upplýsingum um forgang og hvernig honum sem kaupanda sé heimilt að slaka á almennum öryggiskröfum og vika sér undan lögbundinni ábyrgð sinni við að tryggja öryggi umferðarljósa.

Þá telji kærandi að ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 1. september 2023 í málinu hafi verið efnislega röng, m.a. með vísan til framangreinds. Að auki telji kærandi að og leggur áherslu á að yfirlýsing frá borginni Ulm frá árinu 2020 hafi enga þýðingu í málinu. Sú staðreynd, sem yfirlýsingin vitnar um, um að stýrikassi Cross hafi verið tekinn í notkun þar á sex gatnamótum og hafi getað tengst því forgangskerfi sem til staðar sér þar, bæti engu við um það hvernig búnaður hagsmunaaðila geti tengst þeim umferðarljósakerfum sem varnaraðili reki. Fyrir liggir að forgangskerfi Ulm-borgar byggir á eldri hliðrænum samskiptastöðlum, sem líklegt sé að hætt verði að nota. Sé því um allt annars konar forgangskerfi að ræða en varnaraðili notist við. Kjósi hagsmunaaðili að bjóða fram búnað, sem feli ekki í sér Canto samskiptastaðalinn, sé eina leiðin til að búnaður hagsmunaaðila geti tengst forgangskerfi höfuðborgarinnar sú að varnaraðili taki í notkun annað forgangskerfi samhliða því sem rekið sé fyrir. Standi áætlanir varnaraðila til þess hefði verið eðlilegt að það hefði komið fram á fyrri stigum þessa máls.

Í athugasemdum kæranda 16. janúar 2024 er því haldið fram að honum hafi verið heimilt að koma á framfæri nýrri kröfu um álit á skaðabótaskyldu varnaraðila á síðari stigum. Kærunefnd útboðsmála hafi í fyrri málum byggt á því að kærandi hafi nokkurt svigrúm til að bæta við kröfur sínar eftir að kæra hafi verið send nefndinni. Hafi nefndin byggt á því að þau takmörk sem Landsréttur setti viðbótakröfum í máli nr. 745/2021 eigi einkum við þegar um sé að ræða kröfur sem séu sérstaklega íþyngjandi eins og við geti átt um kröfu um óvirkni sammings. Hafi nefndin hins vegar byggt á því að þau takmörk eigi ekki við um kröfur um álit á skaðabótaskyldu, enda slíkt álit óbindandi fyrir aðila máls, sbr. t.d. úrskurð kærunefndar útboðsmála nr. 22/2023. Þessu til viðbótar taki kærandi fram að hann hafi í samskiptum sínum

við kæruneftndina innt ítreakað eftir möguleikum sínum til að koma að frekari sjónarmiðum í málinu. Kærandi hafi sjálfur haft frumkvæði að því að fá greinargerðir varnaraðila, en tekið hafi verið fram að þær væru sendar kæranda eingöngu til upplýsinga. Hafi kæranda ekki verið gefið færi á að koma að frekari athugasemdum áður en ákvörðun nefndarinnar hafi verið birt. Þegar ákvörðunin hafi legið fyrir hafi fyrirspurnum kæranda verið svarað á þá leið að hann fengi ekki færi á að skila athugasemdum fyrir en varnaraðilar hefðu lagt fram sínar athugasemdir, þrátt fyrir að kröfur varnaraðila hafi náð fram að ganga í ákvörðuninni. Kærandi hafi komið þeim sjónarmiðum á framfæri við kæruneftndina að verklag þetta væri ekki í samræmi við ákvæði laga nr. 120/2016. Það hafi því fyrst verið með bréfi kæruneftndar 18. september 2023 sem kæranda hafi verið gefinn kostur á að koma að frekari athugasemdum. Innan uppgefins frests hafi kærandi lagt fram sína greinargerð. Það hafi verið fyrst á þeim tímapunkti að kærandi hafi mátt líta svo á að hann hafi orðið fyrir tjóni og þá hafi kæranda gefist færi á að setja fram kröfu um álit kæruneftndarinnar á skaðabótaskyldu.

Þá hafni kærandi þeim sjónarmiðum varnaraðila og hagsmunaaðila um að tilvísun kæranda til ákvæðis 2.1.2.8 í útboðslýsingu hafi falið í sér nýja málsástæðu. Varnaraðili hafi byggt á því í málinu að hagsmunaaðili hafi uppfyllt þann útboðsskilmála þar sem stýrikassar þess geti tengst miðlægu stýritölvunni. Kærandi hafi vísað til þessa ákvæðis í greinargerð sinni 29. september 2023 sem viðbótarröksemda til stuðnings því að túlkun varnaraðila í þessa veru standist ekki. Þessu til viðbótar bendir kærandi á að kæruneftnd útboðsmála sé úrskurðarneftnd á stjórnsýslustigi og um málsmeðferð fyrir nefndinni gildi ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993, þ.m.t. 10. gr. þeirra. Fyrir nefndinni gildi því ekki eiginleg útilokunarregla líkt og væri fyrir dómstólum, heldur hafi nefndin byggt á því að á henni hvíli skylda til þess að taka öll sjónarmið og málsástæður sem fram komi undir rekstri máls fyrir nefndinni. Séu því engar forsendur til þess að líta framhjá þeim málsástæðum eða rökstuðningi sem komi fram í greinargerð kæranda 29. september 2023 hvort sem hafi verið fjallað um þær í kæru eða ekki.

III

Varnaraðili krefst þess að kröfum kæranda verði vísað frá kæruneftnd útboðsmála og byggir á því að kæra málsins sé of seint fram komin, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Málattilbúnaður kæranda byggi á því að tilboð hagsmunaaðila hafi ekki uppfyllt áskilnað greinar 2.1.2 í útboðslýsingu þar sem þeir stýrikassar sem hann hafi boðið geti ekki uppfyllt tæknilegar kröfur ákvæðisins. Bendir varnaraðili á að í framkvæmd kæruneftndar útboðsmála hefur nefndin lagt áherslu á að bjóðendur hafi skamman frest til þess að kynna sér útboðsgögn eftir að þau hafi verið gerð aðgengileg og þar til kærufrestur vegna athugasemda sem varða efni þeirra byrjar að líða, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 24/2021. Ef bjóðandi í opinberum

innkaupum sé þeirrar skoðunar að skilmáli útboðsgagna sé ólögmætur verði hann því að beina kæru til nefndarinnar innan kærufrests og geti ekki borið því við eftir opnun tilboða að víkja beri skilmálanum til hliðar, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 7/2021. Það sama eigi við um gildi tilboða annarra bjóðenda í útboði sem kærandi máls telji að geti ekki uppfyllt kröfur útboðsgagna og kæranda hafi mátt vera kunnugt um.

Umrædda kröfu sé að finna í útboðslýsingu sem hafi verið birt 29. mars 2023 og hinn 27. apríl hafi tilboð á þrepi I verið opnuð og þannig upplýst um alla bjóðendur í útboðinu. Kærandi telji sig búa yfir upplýsingum um að hagsmunaaðili geti ekki uppfyllt kröfu greinar 2.1.2 útboðslýsingar með þeim búnaði sem félagið hafi boðið. Frá upphafi útboðsins hafi legið fyrir þær kröfur sem kærandi byggir nú á að hagsmunaaðili uppfylli ekki og frá 27. apríl 2023 hafi kærandi vitað eða mátt vita að hagsmunaaðili væri þátttakandi í útboðinu. Þrátt fyrir það hafi engar athugasemdir verið gerðar við þátttöku hagsmunaaðila í útboðinu fyrr en með kæru 9. júní 2023. Þá hafi verið liðinn kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016, og skipti engu þótt kærandi krefjist ógildingar á þeirri ákvörðun að ganga að tilboði hagsmunaaðila þar sem sú krafa lúti allt að einu að atriðum sem hafi legið ljós fyrir í síðasta lagi 27. apríl 2023.

Til vara krefst varnaraðili þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Varnaraðili vísar til þess að samkvæmt grein 2.1.2 í útboðslýsingu skuli stýriskassi bjóðenda geta tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa (MSU) varnaraðila og Vegagerðarinnar, og skuli sú tenging fara í gegnum OCIT-O V3 profile 4 (eða nýrra) eða Canto v1.3 (eða nýrra) vegna forgangskerfis neyðarbíla og almenningsvagna. Heimilt sé að notast við OCIT-O V2 samskiptastaðal svo lengi sem stýriskassinn verði uppfærður í OCIT-O V3 profile 4 af bjóðanda innan 12 mánaða frá því bindandi samningur hefur komist á, kaupanda að kostnaðarlausu. Varnaraðili bendir á að það hafi ekki verið ófrávíkjanleg krafa útboðslýsingar að stýriskassi gæti tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa í gegnum OCIT-O V3 við endanlegt samþykki tilboðs. Ástæða aðlögunartímans sé sú að OCIT-O V3 profile 4 sé nýleg uppfærsla OCIT samskiptastaðalsins og sé því bæði fyrirtækjum og kaupendum gefinn sanngjarn frestur til að aðlagja búnað sinn að uppfærðum staðli. Hagsmunaaðili hafi lagt fram með tilboði sínu skjöl sem sýni fram á að stýrikassar félagsins geti tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa í gegnum OCIT samskiptastaðla, þ.e. Cross RS4 stýrikassa. Í yfirlýsingu frá Ulm í Þýskalandi, sem hagsmunaaðili hafi lagt fram með tilboði sínu, sé sérstaklega tekið fram að umræddir stýrikassar séu tengdir miðlægri stýritölvu borgarinnar í gegnum OCIT-O V2 samskiptastaðal. Því uppfylli hagsmunaaðili kröfu greinar 2.1.2 í útboðslýsingu og hafi ekki verið sýnt fram á annað í málinu.

Játa verði kaupendum svigrúm við að ákvarða hvaða kröfur til tæknilegra eiginleika vara beri að gera hverju sinni samkvæmt útboðsgögnum, þó þannig að gætt sé að markmiðum og meginreglum laga nr. 120/2016, sbr. 1. og 15. gr. laganna. Varnaraðili hafi ákveðið að gefa

bjóðendum færi á að aðlaga þá stýrikassa sem þeir hygðust bjóða uppfærðum OCIT samskiptastaðli. Fyrir því séu málefnalegar ástæður sem ekki hafi verið bornar brigður á.

Þá bendir varnaraðili á að starfsmaður hans hafi spurt starfsmann framleiðandans Yunex 10. febrúar 2022, í tengslum við rekstur stýritölvunnar, hvort OCIT-O V3 yrði bætt við sem samskiptastaðli við STREAM í náninni framtíð. Í svari starfsmanns Yunex, dags. 22. febrúar 2022, hafi komið fram að OCIT-O V3 hefði verið innleiddur fyrir SCALA 8.3 og STREAM 3.3. Af þessu sé ljóst að ekki sé fullt samræmi í svörum framleiðandans Yunex, en rétt sé að geta þess að í kröfu 2.1.2 í útboðslýsingu hafi ekki verið tilgreint sérstaklega að stýrikassar ættu að geta tengst STREAM. Telji varnaraðili samkvæmt framangreindu að tilboð hagsmunaaðila hafi uppfyllt kröfur útboðslýsingar og hafi átt hagkvæmasta gilda tilboðið þar sem hann hafi boðið lægsta verðið. Varnaraðila hafi því verið rétt og skylt að samþykkja tilboð félagsins í útboðinu.

Varnaraðili telur jafnframt að hann hafi lagt fullnægjandi mat á tilboð hagsmunaaðila, enda sé engin krafa um það í lögum um opinber innkaup um lágmarkstíma yfirferðar á tilboðum, heldur sé lagt í hendur kaupanda að taka þann tíma sem hann telur sig þurfa til að meta gildi tilboða innan gildistíma þeirra. Bendir varnaraðili á að útboðið hafi verið framkvæmt í þrepum og að loknu þrepi I hafi varnaraðili farið yfir tilboð bjóðenda með tilliti til hæfis, fjárhags- og tæknikrafna. Að lokinni þeirri yfirferð hafi verið ljóst að einungis fáein atriði hafi staðið eftir út af hjá bjóðendum varðandi kröfur útboðslýsingar og hafi þau atriði verið rædd á fundum með bjóðendum í þrepi II. Að öðru leyti hafi endanleg tilboð bjóðenda verið sams konar tilboðum þeirra á þrepi I. Af þessum sökum hafi verið unnt að ljúka yfirferð á endanlegu tilboði hagsmunaaðila á skömmum tíma.

Varnaraðili hafnar jafnframt því að tilboð hagsmunaaðila hafi verið óeðlilega lágt. Samkvæmt 1. mgr. 81. gr. laga nr. 120/2016 skuli kaupandi óska eftir að bjóðandi skýri verð eða kostnað sem fram komi í tilboði ef það virðist óeðlilega lágt miðað við verk, vöru eða þjónustu. Í ákvæðinu séu einnig nefnd atriði sem skýringar bjóðanda geti einkum varðað. Samkvæmt 2. mgr. sama ákvæðis skuli kaupandi meta upplýsingar sem bjóðandi leggi fram og megi einungis hafna tilboði á þeim grundvelli að það sé óeðlilega lágt ef þau sönnunargögn sem lögð séu fram skýri ekki með viðunandi hætti hið lága verð, að teknu tilliti til þeirra atriða sem nefnd séu í 1. mgr. 81. gr. laga nr. 120/2016. Af texta 1. mgr. ákvæðisins verði ráðið að skyldubundið mat sé lagt á herðar kaupanda að óska eftir skýringum ef fjárhæð tilboðs virðist við fyrstu sýn vera óeðlilega lágt. Slíkt mat skuli ráðast af atvikum og aðstæðum hverju sinni og gildi engin föst viðmið um slíkt, sbr. t.d. úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 19/2022. Varnaraðili hafi óskað eftir skýringum á fjárhæð tilboðs hagsmunaaðila 30. maí 2023. Skýringar hafi borist samdægurs þar sem útskýrt hafi verið að félagið hafi fengið búnað frá framleiðanda

á sérlega hagstæðum kjörum og að felldir hefðu verið niður tilteknir kostnaðarliðir. Varnaraðili hafi tekið þessar skýringar gildar og ekkert hafi komið fram sem bendir til þess að þær séu rangar. Varnaraðili bendi jafnframt á að ekki sé ýkja mikill munur á fjárhæðum tilboða bjóðenda þannig að tilboð hagsmunaaðila hafi að því leyti verið mjög frábrugðið öðrum tilboðum í útboðinu.

Varnaraðili krefst þess jafnframt að kærandi verði úrskurðaður til greiðslu málskostnaðar á grundvelli síðari málsliðar 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Kæran sé að mati varnaraðila bersýnilega tilefnislaus, en sýnt hafi verið fram á að tilboð hagsmunaaðila sé gilt og kærufrestur hafi verið liðinn þegar kæra hafi borist. Hafi kæranda mátt vera það ljóst er hann kærði málið til kærunefndar útboðsmála.

Varnaraðili krefst þess í athugasemdum sínum 5. janúar 2024 að nýrri kröfu kæranda, um álit á skaðabótaskyldu, sem fyrst hafi borist nefndinni 29. september 2023, verði vísað frá þar sem hún hafi ekki verið sett fram í kæru málsins, sem og nýjum málsástæðum kæranda í viðbótarathugasemdum hans. Vísar varnaraðili í þessum efnunum til 106. gr. laga nr. 120/2016, þar sem gerðar séu tilteknar kröfur til forms og efnis kæru, og telji varnaraðili að kæranda hafi því verið óheimilt að gera í viðbótarathugasemdum sínum kröfu um að kærunefndin veiti álit sitt á ætlaðri skaðabótaskyldu varnaraðila. Ekki sé heldur rökstutt hvers vegna kærandi hafi ekki getað sett fram slíka kröfu í upphaflegri kæru málsins. Hvað sem því líði þá telji varnaraðili jafnframt að umrætt krafa hafi verið sett fram að liðnum fresti laga nr. 120/2016. Kæranda hafi verið tilkynnt um ákvörðun kærunefndarinnar um afléttingu sjálfkrafa stöðvun sammingsgerðar í hinu kærða útboði 1. september 2023, og þá hafi kæranda verið tilkynnt um endanlegt samþykki tilboðs hagsmunaaðila 4. september 2023. Það hafi ekki verið fyrir en í viðbótarathugasemdum kæranda 29. september 2023 sem hin nýja krafa hafi verið sett fram, og þá hafi 20 daga festur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 verið liðinn. Verði ekki fallist á að vísa viðbótarkröfu kæranda frá, gerir varnaraðili þá kröfu að henni verið hafnað. Varnaraðili hafni því alfarið að hafa gefið afslátt á túlkun tæknilýsinga í útboðsskilmálum eða vikist undan skyldu sinni að meta hvort tilboð hagsmunaaðila uppfylli kröfur útboðsgagna. Árétti varnaraðili í þessu sambandi að eingöngu hafi verið gerð krafa um að stýrikassi gæti tengst miðlægri stýritölvu í gegnum OCIT-O V2 staðalinn, sem hagsmunaaðili hafi sýnt fram á að búnaður hans geti gert. Vangaveltur kæranda um það kerfi sem borgin Ulm styðjist við hafi enga þýðingu við úrlausn þessa máls. Yfirlýsingin frá Ulm, sem hagsmunaaðili hafi lagt fram, sýni fram á að boðnir stýrikassar hans geti tengst miðlægri stýritölvu í gegnum OCIT-O V2 staðalinn, sbr. tæknikröfu greinar 2.1.2 í útboðslýsingu, en kærandi beri í raun ekki brigður á það atriði í viðbótarathugasemdum sínum.

Vegagerðin lagði fram athugasemdir í málinu 28. júní 2023. Þar kemur fram að varnaraðili hafi annast og verið í forsvari fyrir umrædd innkaup af hálfu kaupenda í umræddu útboði. Að höfðu samráði við lögmann borgarinnar hafi það verið skilningur beggja aðila að borgin myndi skila greinargerð af hálfu varnaraðila, en Vegagerðin gæti fyrir sitt leyti lagt fram sínar athugasemdir teldi hún þörf á viðbótum. Vegagerðin tuki undir og geri að sínum kröfur, málsástæður og lagarök varnaraðila, sem fram komi í greinargerð borgarinnar 22. júní 2023. Vegagerðin telji ekki þörf á að gera frekari athugasemdir.

IV

Hagsmunaaðili tekur í athugasemdum sínum undir sjónarmið og málsástæður varnaraðila, þ.m.t. um frávísun á öllum kröfum kæranda, enda hafi kærufrestur verið liðinn þegar kæra hafi borist kærunefnd útboðsmála. Fullyrðingum kæranda sé alfarið hafnað um að sá búnaður sem hagsmunaaðili hafi boðið standist ekki kröfur útboðsgagna. Þær fullyrðingar fái ekki stoð í gögnum málsins. Þá sé skilmáli um 12 mánaða aðlögunartíma vegna uppfærslna eðlilegur og sanngjarn og hafi gert bjóðendum kleift að gera tilboð á jafnræðisgrundvelli. Hafi kærandi talið að þessi fyrirmæli í skilmálum útboðsgagna færu í bága við lög nr. 120/2016 hafi kæranda borið þá þegar að gera athugasemdir eða kæra skilmálana til kærunefndar útboðsmála. Hagsmunaaðili hafni því jafnframt sem röngu og ósönnuðu að tilboð hans hafi verið óeðlilega lágt. Hagsmunaaðili hafi lagt fram fullnægjandi skýringar á fjárhæð tilboðsins þegar eftir því hafi verið óskað. Verði einnig að hafa í huga að næst lægsta tilboðið hafi verið litlu herra en tilboð hagsmunaaðila, auk þess sem tilboð kæranda hafi verið vel undir kostnaðaráætlun.

Hagsmunaaðili krefst þess svo í athugasemdum sínum 5. janúar 2024 að viðbótarkröfu kæranda, um að kærunefndin veiti álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila, sem fram hafi komið 29. september 2023, sem og öðrum nýjum málsástæðum kæranda verði vísað frá í málinu. Telji hagsmunaaðili að umrædd krafa kæranda sé of seint fram komin í ljósi 106. gr. laga nr. 120/2016, enda hafi þessi krafa ekki komið fram í kæru málsins, og jafnframt hafi viðbótarathugasemdir kæranda borist eftir að 20 daga frestur hafi verið liðinn frá því að kærandi hafi verið tilkynnt um ákvörðun kærunefndar útboðsmála og um samningsgerð hagsmunaaðila og varnaraðila. Þá bendi hagsmunaaðili á að samskiptastaðall hans sé í samræmi við kröfur útboðslýsingar. Með athugasemdum hagsmunaaðila 5. janúar 2024 fylgdi yfirlýsing frá Cross, framleiðanda búnaðarins, sem staðfesti að framboðinn búnaður feli í sér bæði OCIT-O V2 og V3. Telji hagsmunaaðili að ekkert komið fram í málinu sem staðfesti að tengingu staðalsins OCIT-O V2 eða V3 við STREAM kerfið verið ekki komið á.

V

Varnaraðili heldur því fram að kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 hafi verið liðinn við móttöku kæru kæranda. Því til stuðnings vísar hann til þess að við opnun tilboða 27. apríl 2023 hafi legið fyrir sá búnaður sem hver og einn bjóðenda byði í hinu kærða samkeppnisútboði. Þegar á þeim tíma hafi þátttakendur í útboðinu haft tilefni til að setja fram kæru teldu þeir að fram boðinn búnaður samrýmdist ekki útboðsgögnum.

Á þetta verður ekki fallist. Hlutverk kaupanda er að yfirfara þau tilboð sem fram eru komin og taka afstöðu til þess hvort þau séu tæk. Fyrst þegar kaupandi hefur kynnt afstöðu sína í þessum efnum er komin fram afstaða sem getur orðið andlag kæru. Þátttakendum sem rennir í grun að önnur tilboð kunni að vera annmörkum háð án þess að afstaða kaupanda liggi fyrir þurfa því almennt ekki að aðhafast vegna slíkra grunsemda. Verður því að hafna kröfu varnaraðila um frávísun.

Kærandi byggir kröfu sína um að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að taka tilboði Fálkans Ísmar ehf. á því að búnaður sá sem boðinn var uppfylli ekki kröfur útboðslýsingar og almennar öryggiskröfur og að mati varnaraðila á búnaði hagsmunaaðila hafi verið ábótavant. Í 1. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að tæknilýsingar skulu vera í útboðsgögnum. Í tæknilýsingu skuli koma fram hvaða eiginleika verk, vara eða þjónusta þurfi að uppfylla. Þessir eiginleikar geti vísað til sérstaks ferlis eða aðferðar við framleiðslu eða afhendingu viðkomandi verka, vara eða þjónustu eða til sérstaks ferlis á öðru stigi vistferils þeirra, jafnvel þótt slíkir þættir séu ekki hlut af þeim, að því tilskildu að þeir tengist efni samningsins og séu í réttu hlutfalli við verðgildi hans og markmið. Í 3. mgr. 49. gr. segir svo að tæknilýsingar skulu veita fyrirtækjum jöfn tækifæri og þær megi ekki leiða til ómálefnalegra hindrana á samkeppni við opinber innkaup.

Kaupendur samkvæmt lögum nr. 120/2016 hafa svigrúm til þess að skilgreina kröfur til boðinnar vöru í innkaupum sínum svo fremi sem málefnaleg sjónarmið búi að baki þeim, meðalhófs sé gætt og jafnræði bjóðenda sé ekki raskað, sbr. til hliðsjónar úrskurð kærunefndar útboðsmála nr. 10/2021. Þá segir í 6. mgr. 79. gr. að kaupandi skuli haga forsendum fyrir vali tilboðs þannig að þær tryggi möguleika á virkri samkeppni og að það verði að vera unnt að sannreyna upplýsingar frá bjóðendum til að meta hversu vel tilboðin uppfylli forsendurnar.

Í grein 2.1.2.1 í útboðslýsingu kemur fram að framboðinn stýrikassi skuli geta tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa (MSU) kaupanda, þ.e. varnaraðila, og skuli sú tenging fara í gegnum OCIT-O V3 profile 4 (eða nýrra) eða Canto v1.3 (eða nýrra) vegna forgangskerfa neyðarbíla og/eða almenningsvagna. Heimilt sé að notast við OCIT-O V2 svo lengi sem stýrikassinn verði uppfærður í OCIT-O V3 profile 4 af bjóðanda, innan 12 mánaða frá því að bindandi samningur er kominn á, kaupanda að kostnaðarlausu.

Eins og kemur fram hér að framan fól grein 2.1.2.1 í útboðslýsingu í sér að búnaður gæti tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósá varnaraðila í gegnum samskiptastaðalinn OCIT-O V3 eða Canto v1.3. Orðalag greinar 2.1.2.1 kveður þannig á um að búnaður bjóðenda skuli annað hvort búa yfir samskiptastaðlinum OCIT-O V3 eða Canto v.1.3. og var því ekki gerð sú krafa að báðir samskiptastaðlarnir væru til staðar, heldur aðeins að búnaðurinn gæti tengst miðlegu stýritölvunni með öðrum hvorum staðlinum. Þá var krafa útboðslýsingar skilyrt að því leyti að ef heimilt væri að bjóða búnað sem hefði aðeins yfir að ráða samskiptastaðli OCIT-O V2 gegn því að staðalinn yrði uppfærður innan 12 mánaða frá því að bindandi samningur kæmist á, kaupanda að kostnaðarlausu. Greinin kvað þannig ekki á um að það væri krafa að hægt væri að tengjast tölvunni í gegnum OCIT-O V3 við endanlegt samþykki tilboðs eða við gerð samnings. Að mati kærunefndar útboðsmála verður þessi krafa því ekki túlkuð öðruvísi en svo en að bjóðandi, sem valinn yrði í hinu kærða útboði, skuldbindi sig til þess að uppfæra samskiptastaðalinn innan þess tímaramma sem kveðið var á um. Í því felst óhjákvæmilega að kaupandi getur eftir atvikum gripið til vanefndaúrræða eftir almennum reglum ef bjóðandi uppfærir staðalinn ekki í samræmi við fyrirmæli greinar 2.1.2.1 í útboðslýsingu.

Kærunefnd útboðsmála hefur kynnt sér tilboð hagsmunaaðila í málinu. Meðal þeirra gagna sem fylgdu með tilboði hagsmunaaðila er yfirlýsing framleiðandans Cross á þeim stýrikassa sem deilt er um í máli þessu, þ.e. Cross RS 4S. Þar kemur meðal annars fram að hann sé „Ocit compatible“. Jafnframt fylgdi með tilboði hagsmunaaðila yfirlýsing frá borginni Ulm í Þýskalandi, sem dagsett er 17. september 2020. Þar kemur fram að stýrikassi Cross RS 4S hafi verið settur upp á sex stöðum í borginni. Verk þetta hafi innifalið í sér afhendingu, uppsetningu og gangsetningu búnaðarins á sex gatnamótum og að stýrikassarnir hafi verið tengdir víðeigandi búnaði sem veitir almenningssamgöngum forgang, auk þess sem stýrikassarnir séu tengdir við Sitraffic Scala í gegnum OCIT 2.0.

Með framlagningu þessara gagna leitaðist hagsmunaaðili við að sýna fram á að stýrikassi hans uppfyllti kröfur greinar 2.1.2.1 í útboðslýsingu. Að mati kærunefndar sýna þessi gögn fram á með fullnægjandi hætti að hinn boðni búnaður hafi uppfyllt nefnda kröfu, enda kom fram í þeim að stýrikassinn væri samrýmanlegur OCIT samskiptastöðlum og gæti þannig tengst stýritölvu varnaraðila í gegnum OCIT V2. Af þessum sökum verður að telja að tilboð hagsmunaaðila hafi uppfyllt kröfur útboðslýsingar að þessu leyti.

Þá verður ekki fallist á þær athugasemdir kæranda sem snúa að því að mat varnaraðila á hinum boðna búnaði hagsmunaaðila hafi verið ábótavant, en athugasemdir kæranda í þessa veru lúta aðallega að því að hve stuttan tíma það hafi tekið. Á það verður ekki fallist. Sá tími sem það tók varnaraðila að leggja mat á tilboð hagsmunaaðila getur að mati kærunefndar

útboðsmála ekki einn og sér falið í sér sönnun þess að ófaglega hafi verið staðið að mati á tilboðum. Verður því að hafna röksemdum kæranda í þessa veru.

Að virtum gögnum málsins þykir því mega fallast á það mat varnaraðila að hagsmunaaðili hafi nægjanlega sýnt fram á það með tilboði sínu að hinn boðni búnaður uppfylli kröfu greinar 2.1.2 í útboðslýsingu um mögulega tengingu við miðlæga stýritölvu umferðarljósa varnaraðila, og mat varnaraðila hafi verið með fullnægjandi hætti.

Þá hefur kærandi borið því við að tilboð hagsmunaaðila að fjárhæð 13.972.080 krónum hafi verið óeðlilega lágt, en kostnaðaráætlun varnaraðila hafi verið 26.750.000 krónur. Samkvæmt 1. mgr. 81. gr. laga nr. 120/2016 ber kaupanda að óska eftir því að bjóðandi skýri verð eða kostnað sem fram komi í tilboði ef tilboð virðist óeðlilega lágt miðað við verk, vöru eða þjónustu. Skýringarnar geta einkum varðað þau atriði sem eru tilgreind í a- til f-lið 1. mgr. ákvæðisins. Í 2. mgr. 81. gr. kemur fram að kaupandi skuli meta upplýsingarnar sem lagðar eru fram með viðræðum við bjóðanda og aðeins megji hafna tilboði á þessum grunni ef sönnunargögnin sem lögð eru fram skýra ekki með viðunandi hætti hið lága verð eða kostnað sem lagður er til, að teknu tilliti til þeirra atriða sem um geti í 1. mgr. Í 3. mgr. 81. gr. er svo mælt fyrir um að kaupandi skuli hafna tilboði komist hann að þeirri niðurstöðu að tilboð sé óeðlilega lágt vegna þess að það sé ekki í samræmi við skyldur samkvæmt d-lið 1. mgr. 81. gr., en í þeim lið er vísað til þess að skýringar bjóðenda varði samræmi við gildandi ákvæði kjarasamninga og löggjafar um umhverfisvernd, félagsleg réttindi og um vinnuvernd og vinnuskilyrði á staðnum þar sem framkvæmd verks, afhending vöru eða veiting þjónustu fer fram.

Af framangreindu verður ráðið að skyldubundið mat er lagt í hendur kaupanda að kalla eftir skýringum og viðræðum við þann bjóðanda sem býður í verk, vöru eða þjónustu sem virðist við fyrstu sýn vera óeðlilega lágt, sbr. úrskurð kæruneftndar útboðsmála 7. mars 2022 í máli nr. 44/2021. Af texta 81. gr. laga nr. 120/2016 verður jafnframt ráðið að niðurstaða þessa mats ráðist af atvikum og aðstæðum hverju sinni og að engin föst viðmið gildi um hvenær tilboð telst óeðlilega lágt í skilningi ákvæðisins. Í þessu samhengi þykir einnig mega hafa til hliðsjónar athugasemdir við 73. gr. frumvarps þess sem varð að lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup. Í athugasemdunum kemur meðal annars fram að almennt sé óheimilt að notast við fastan mælikvarða við mat á óeðlilega lágum tilboðum, enda útiloki slík aðferð í raun að bjóðandi geti fært rök fyrir tilboðsfjárhæðinni. Þannig sé t.d. óheimilt að telja öll tilboð, sem víki meira en 10% frá meðaltalsverði allra framkominna tilboða, óeðlilega lág án frekari skoðunar, sbr. úrskurð kæruneftndar útboðsmála 27. febrúar 2023 í máli nr. 25/2022.

Samkvæmt gögnum málsins óskaði varnaraðili eftir því við hagsmunaaðila 30. maí 2023 að veittar yrðu skýringar á lækkun tilboðs félagsins með vísan til 81. gr. laga nr. 120/2016. Þann

sama dag færði hagsmunaaðili fram þær skýringar að ástæða lækkunarinnar hafi verið sú að tekist hafi að ná betri samningum við birgja hagsmunaaðila vegna komandi útboða. Þessum samningum hafi ekki verið lokið þegar tilboðsfrestur á þrepi I hafi runnið út, en það hafi tekist þegar bjóðendur fengu tækifæri til þess að skila inn uppfærðu tilboði í þrepi II. Auk þess hafi birgi hagsmunaaðila fellt út kostnaðarlið vegna forritunar stýrikassana fyrir þetta útboð. Þessar skýringar mat varnaraðili fullnægjandi.

Samkvæmt framangreindu verður fallist á að varnaraðili hafi uppfyllt skyldur sínar samkvæmt 1. og 2. mgr. 81. gr. laga nr. 120/2016 með því að kalla eftir skýringum frá hagsmunaaðila í ljósi þess hve lágt tilboð félagsins var. Í ljósi þess og með vísan til svars hagsmunaaðila verður talið að fram séu komnar fullnægjandi skýringar á tilboðsfjárhæð félagsins.

Samkvæmt framansögðu og að virtum fyrirliggjandi gögnum og málatilbúnaði aðila að öðru leyti verður lagt til grundvallar að ákvörðun varnaraðila um að velja tilboð hagsmunaaðila í hinu kærða samkeppnisútboði hafi hvorki verið í andstöðu við ákvæði laga nr. 120/2016 né fyrirmæli útboðsgagna. Verður því að hafna kröfu kæranda, um að fella úr gildi ákvörðun varnaraðila um að taka tilboði hagsmunaaðila.

Í athugasemdum kæranda 27. september 2023 var gerð ný krafa í málinu þar sem kærandi krafðist álits kærunefndar útboðsmála á skaðabótaskyldu varnaraðila, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016. Þar sem kæranda var í lófa lagið að setja fram þessa kröfu strax í upphafi og að gættum atvikum málsins að öðru leyti verður að leggja til grundvallar að krafa þessi komist ekki að í málinu, sbr. til hliðsjónar dóm Landsréttar í máli nr. 745/2021. Verður því að vísa henni frá.

Málskostnaður fellur niður.

Úrskurðarorð

Kröfu kæranda, Smith & Norland hf., um álit kærunefndar útboðsmála á skaðabótaskyldu varnaraðila, Reykjavíkurborgar, er vísað frá kærunefnd útboðsmála.

Öllum öðrum kröfum kæranda í máli þessu er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 20. febrúar 2024

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

Undirritunarsíða

Kærunefnd útboðsmála
Reimar Snæfells Pétursson

Kærunefnd útboðsmála
Auður Finnbogadóttir

Kærunefnd útboðsmála
Kristín Haraldsdóttir