

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 5. desember 2022

í máli nr. 13/2022:

Reykjafell ehf.

gegn

Reykjavíkurborg og

Smith & Norland hf.

**Lykilorð**

*Útboðsgögn. Valforsendur. Fyrirvari. Hæfi. Útboð ógilt. Álit á skaðabótaskyldu hafnað.*

**Útdráttur**

*R bauð út endurnýjun gönguljósa í Reykjavík í almennu útboði. Samkvæmt útboðsgögnum skyldu 200mm ljósker m.a. viðurkennd í samræmi við öryggisstig SIL3, sem skilgreint væri í staðli IEC 61508, sem innleiddur hafi verið á Íslandi sem staðall ÍST EN 61508:2015. Samkvæmt útboðsgögnum átti verð að ráða vali tilboða. Í útboðsgögnum kom einnig fram að óheimilt væri að gera fyrirvara við tilboð og frávikstilboð voru heldur ekki heimil. Kærandi átti lægsta tilboðið í hinu kærða útboði, en R valdi tilboð S. Í úrskurði kærunefndar útboðsmála var talið að í útboðsgögnum væri ekki fjallað með nægilega skilmerkilegum hætti um öryggiskröfur sem boðinn búnaður þyrfti að uppfylla. Þá taldi kærunefnd einnig að tilboð S, sem R hafði valið, hafi verið háð ýmsum fyrirvörum um þróun margvíslegs kostnaðar þangað til kæmi að efndum tilboðsins. Útboð R var því ógilt og lagt fyrir R að auglýsa það á nýjan leik. Áliti á skaðabótaskyldu gagnvart kæranda var hafnað á þeirri forsendu að tilboð kæranda var óaðgengilegt.*

Með kæru mótttekinni hjá kærunefnd útboðsmála 20. febrúar 2022 kærði Reykjafell ehf. (hér eftir „kærandi“) útboð Reykjavíkurborgar (hér eftir „varnaraðili“) nr. 15311 auðkennt „Endurnýjun gönguljósa í Reykjavík“.

Kærandi krefst þess aðallega að ákvörðun varnaraðila 10. febrúar 2022 um að hafna tilboði kæranda og ganga að tilboði Smith & Norland hf. verði felld úr gildi. Til vara krefst kærandi þess að hið kærða útboð verði felld úr gildi í heild sinni og að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða út að nýju hin kærðu innkaup. Til þrautavara krefst kærandi þess að öll skilyrði útboðsins sem beinast að tækni og búnaði sem einskorðast við vörur og þjónustu Siemens, m.a. kröfur um öryggisstig 3 (SIL3), verði felldar úr útboðsskilmálum. Í öllum tilvikum krefst kærandi þess að kærunefnd útboðsmála láti uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda auk þess sem varnaraðilar greiði kostnað kæranda við að hafa kærana uppi.

Varnaraðila og Smith & Norland hf. var kynnt kærán og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð 11. mars 2022 krefst varnaraðili þess að sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar verði aflétt hið fyrsta. Þá krefst varnaraðili þess aðallega að öllum kröfum kæranda verði vísað frá kærunefnd útboðsmála en til vara að öllum kröfum kæranda verði hafnað. Jafnframt gerir varnaraðili kröfu um að kærunefnd úrskurði kæranda til greiðslu málskostnaðar á grundvelli 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Smith & Norland hf. krefst þess í greinargerð sinni 11. mars 2022 að öllum kröfum kæranda í máli þessu verði hafnað. Kærandi gerði frekari athugasemdir með bréfi 24. mars 2022 og ítrekaði þar gerðar kröfur.

Með bréfi 29. mars 2022 kallaði formaður kærunefndar Sæmund Þorsteinsson verkfræðing til ráðgjafar og aðstoðar nefndinni í málinu. Aðilar máls hreyfðu ekki við athugasemdum við þeirri ráðstöfun.

Kærunefndin óskaði eftir tilteknum upplýsingum og skýringum frá varnaraðila 12. apríl 2022. Kærunefnd bárust 19. og 25. apríl 2022 viðbótargögn frá kæranda og var varnaraðila og Smith & Norland hf. gefinn kostur á að bregðast við þeim. Kærunefnd móttók viðbótarathugasemdir frá varnaraðila og Smith & Norland hf. 29. apríl 2022. Því til viðbótar sendi varnaraðili athugasemdir með tölvupósti 4. maí 2022.

Með ákvörðun 16. maí 2022 hafnaði kærunefnd útboðsmála að aflétta þeirri sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar sem komist hafði á með kæru málsins.

Smith & Norland hf. lagði fram frekari athugasemdir í málinu 1. júní 2022. Hinn 3. júní 2022 lagði varnaraðili fram lokaathugasemdir sínar í málinu. Kærandi skilaði lokaandsvörum sínum 4. júlí 2022.

## I

Varnaraðili auglýsti í október 2021 hið kærða útboð, sem auðkennt var „Endurnýjun gönguljósá í Reykjavík“ nr. 15311. Um var að ræða almennt útboð þar sem hvaða fyrirtæki sem er gat lagt fram tilboð. Í útboðsgögnum kom fram að fyrirhugað væri að endurnýja stýrikassa, ratsjárskynjara, ljósker og hnappabox. Þess var krafist að boðnar yrðu vörur frá framleiðendum sem hefðu vottað gæðastjórnunarkerfi samkvæmt þremur tilteknum ISO stöðlum og að boðinn búnaður væri í notkun a.m.k. þremur öðrum borgum og á a.m.k. tíu stöðum í hverri borg. Þá skyldi framleiðandi umferðarljósabúnaðarins leggja fram í fyrsta lagi vottun viðkomandi framleiðenda um prufukeyrslu á verkefnishugmynd sem vottar að öryggisstig 3 (SIL3) sé í samræmi við EN 61 508 sem sé í gildi fyrir stýrikerfið; í öðru lagi vottun viðkomandi framleiðenda um að tæknilegt öryggi LED ljósagjafans sé í samræmi við EN 61 508, eigin

staðfestingu um að LED ljósagjafi uppfylli öryggisstig 2 (SIL2) eða vottun viðkomandi framleiðenda frá óháðri ytri stofnun um að LED ljósagjafi uppfylli öryggisstig 3 (SIL3); í þriðja lagi viðurkenningu viðkomandi framleiðenda á að kröfum varðandi aftengingar kerfisins sé fullnægt; í fjórða lagi vottun viðkomandi framleiðenda um að ljóstæknilegir eiginleikar umferðarljósanna hafi verið prófaðir; í fimmta lagi vottun viðkomandi framleiðenda um gæðastjórnunarkerfi samkvæmt kröfum DIN ISO 9000; og loks í sjötta lagi nákvæma lýsingu á kerfinu sem boðið væri upp á og gögn yfir allar einingar. Auk þess skyldi einnig leggja fram yfirlit yfir tíma og verkþætti.

Kostnaðaráætlun varnaraðila nam 38.308.750 kr. Þann 24. nóvember 2021 voru opnuð tilboð í hinu kærða útboði og bárust tvö tilboð. Tilboð kæranda nam 56,75% af kostnaðaráætlun en tilboð varnaraðila Smith & Norland hf. nam 78,57% af kostnaðaráætlun. Hinn 10. febrúar 2022 var ákveðið á fundi innkaupa- og framkvæmdaráðs varnaraðila að taka tilboði Smith & Norland hf. Var kæranda tilkynnt um þá ákvörðun þann sama dag og var vísað til þess að tilboð kæranda hefði ekki uppfyllt lágmarkskröfur sem gerðar hefðu verið í útboðsgögnum, þ.e. annars vegar grein 2.1.2.2 (útfærsla hönnunar) að með skápnum skyldi fylgja undirstaða með hæfilegu burðarþoli, og hins vegar grein 2.1.4.2 (tæknilegar lýsingar fyrir 200mm ljós) að boðnar vörur væru ekki viðurkenndar í samræmi við öryggisstig SIL3.

## II

Kærandi byggir á því að útboðsskilmálar og túlkun varnaraðila á þeim hafi stefnt að því að aðeins vörur sem Smith & Norland hf. yrðu fyrir valinu. Gerðar hafi verið kröfur um tækniviðmið sem séu ekki alþjóðlegar eða evrópskar heldur beinist aðeins að vörum frá Siemens, þ.e. 200mm ljósker sem þurfi að uppfylla svokallað SIL3 öryggisstig, sbr. grein 2.1.4.2 í útboðsgögnum. Þetta öryggisstig hafi engin lögmæt eða málefnaleg tengsl við þá þörf sem fyrir liggi, þ.e. að kaupa gönguljós sem uppfylli lögbundnar öryggiskröfur. Búnaður annarra framleiðanda, þ.m.t. Swarco, uppfylli allar öryggiskröfur þótt hann hafi ekki vottaða viðurkenningu í samræmi við öryggisstig SIL3. Í 6. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016, sem fjalli um tæknilýsingar, komi fram að ef kaupandi nýti sér heimild a-liðar 4. mgr. sama ákvæðis skuli hann ekki vísa frá tilboði á þeim grundvelli að vara eða þjónusta sem boðin sé fram sé í ósamræmi við tæknilýsingar, enda sýni bjóðandi fram á með einhverjum viðeigandi hætti að lausnir hans fullnægi með sambærilegum hætti þeim kröfum sem leitast sé við að fullnægja með hlutaðeigandi tæknilýsingum, t.d. tæknilega lýsingu frá framleiðanda eða prófunarskýrslu frá viðurkenndi stofnun. Öryggiskrafa SIL3 eru viðmið sem skilgreind séu í staðli IEC nr. 61508, sem sé ekki evrópskur staðall. Óumdeilt sé að ljóskerin sjálf uppfylli ekki SIL3

öryggiskröfur. Til sé evrópskur staðall sem fjalli um umferðarstjórnarbúnað og umferðarljós, þ.e. staðall EN 12368, sem hafi verið innleiddur á Íslandi. Í honum sé svo vísað til annars staðals varðandi öryggiskröfur, EN 505556. Vörur frá Swarco, sem kærandi hafi boðið, hafi verið prófaðar og uppfylla öll þau skilyrði sem fram komi í þessum evrópsku stöðlum. Telji kærandi að hann hafi með þessum hætti því sýnt fram á að ljóskerin hafi fullnægt með sambærilegum hætti þeim kröfum sem leitast hafi verið við að fullnægja með hlutaðeigandi tæknilýsingum, sbr. 6. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016. Varnaraðila hafi borið að taka tillit til þessara upplýsinga við mat á því hvort tilboð kæranda hafi uppfyllt kröfur útboðsskilmála, en ekki verði séð að slíkt mat hafi farið fram. Þessi túlkun varnaraðila á útboðsskilmálum og lögum nr. 120/2016 hafi fyrst komið í ljós við ákvörðun um höfnun tilboðs kæranda.

Þá byggir kærandi á því að krafa um SIL3 öryggisvottun 200mm ljóskera hafi verið útilokandi skilyrði, enda sé aðeins einn framleiðandi sem uppfylli þessa kröfu, þ.e. Siemens sem Smith & Norland hf. hafi umboð fyrir hérlendis. Því hafi engin tæknileg þörf, eða önnur málefnaleg ástæða, fyrir því að gera þess kröfu og verði varnaraðili að sýna fram á hvaða lagaheimild sé fyrir að gera þetta skilyrði, og sýna fram á hvaða lögmætu ástæður réttlæti að hafa svona útilokandi skilyrði. Að mati kæranda sé ljóst að tæknilýsingar hins kærða útboðs hafi brotið gegn 3. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016.

Kærandi heldur því einnig fram að í gögnum frá honum hafi komið fram að sökkull sé undir stýriskassanum í samræmi við grein 2.1.2.2 í útboðsgögnum. Kærandi hafi lagt fram teikningar í kjölfar fyrirspurnar frá varnaraðila 6. desember 2021 og slíkur sökkull sé fullnægjandi undirstaða með hæfilegu burðarþoli, svo sem áskilið var í umræddri grein útboðsgagna. Sé einhver vafi um skýringu skilyrðisins þá sé það vegna þess hversu almennt orðað og óljóst það sé. Kærandi hafi einnig sent fyrirspurnina frá varnaraðila til Swarco og hafi notað enska orðið „foundation“ um undirstöðu, en Swarco virðist hafa misskilið spurninguna. Það sé saklaus þýðingarvilla, sem hafi þó valdið því að spurningu varnaraðila hafi verið svarað neitandi. Aðalatriðið sé þó að sökkull eða undirstaða hafi fylgt með tilboðinu eins og lesa megi af gögnum málsins. Því verði tilboði kæranda ekki hafnað þrátt fyrir slíka misskilning.

Þá vísar kærandi til þess að varnaraðili hafi óbeint viðurkennt í greinargerð sinni að enginn uppfylli í raun skilyrði um SIL3 öryggisstig nema Siemens. Tilvísun varnaraðila til framleiðandans Stürenberg sýni engu að síður að SIL3 sé ekki almenn krafa á þessum markaði, enda sé sá framleiðandi mjög lítill sem starfi fyrst og fremst á heimamarkaði. Vörur frá Stürenberg skorti ýmis skilyrði til þess að uppfylla aðrar kröfur varnaraðila í hinu kærða útboði og því hefði ekki verið hægt að bjóða vörur frá þeim framleiðanda. Þá bendir kærandi á það í ábendingu sinni til kærunefndar 25. apríl 2022 að sambærilegt skilyrði og deilt sé um í þessu

máli, um SIL3 öryggisstig, hafi verið fellt niður í útboði hjá Kópavogsbæ sem hafi staðið yfir síðastliðið vor. Það hafi verið gert í kjölfar athugasemda sem hafi borist um þetta skilyrði.

Í athugasemdum sínum 4. júlí 2022 bendir kærandi á að varnaraðili og Smith & Norland hf. hafi ekki fært fram neinn rökstuðning né lagt fram gögn sem haggi ákvörðun kærunefndar útboðsmála. Varnaraðili hafi aðeins fengið Smith & Norland hf. til þess að svara efnislega fyrir útboðsskilmála kæranda, og því virðist sem varnaraðili treysti á efnislega þekkingu Smith & Norland hf. þegar komi að skilyrðum í útboðum varnaraðila. Varnaraðili hafi lagt fram tölvupóstsamskipti milli Smith & Norland hf. og framleiðanda varanna sem fylgiskjal með athugasemdum sínum, en tilefni þessara tölvupóstsamskipta hafi verið fyrirspurn sem hafi verið lögð fram í innkauparáði varnaraðila. Því virðist sem varnaraðili hafi fengið starfsmann framleiðanda varanna til þess að svara fyrirspurn um tæknilegar kröfur í útboðsskilmálum varnaraðila.

### III

Varnaraðili byggir í fyrsta lagi á því að kæra málsins sé of seint fram komin, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Málalíbúnaður kæranda byggir að verulegu leyti á því að varnaraðila hafi verið óheimilt að gera kröfu um 200mm ljósker væru viðurkennd í samræmi við öryggisstig SIL3 sem og að kröfu um undirstöðu skápa. Leggja verði því til grundvallar að málsástæður kæranda beinist eingöngu að lögmæti skilmála útboðsins. Umræddar kröfur hafi komið fram í greinum 2.1.4.2 og 2.1.2.2 í útboðsgögnum og hafi verið aðgengilegar kæranda frá 1. október 2021 og því hafi frá upphafi útboðsins legið fyrir þær kröfur sem kærandi telji nú að séu ólögmætar. Í framkvæmd kærunefndar útboðsmála hafi nefndin lagt áherslu á að bjóðendur hafi skamman frest til að kynna sér útboðsgögn eftir að þau hafi verið gerð aðgengileg og þar til kærufrestur vegna athugasemda sem varða efni þeirra byrji að líða, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 24/2021. Kærandi hafi ekki gert athugasemdir við kröfur útboðsgagna að þessu leyti fyrr en með kæru til kærunefndar útboðsmála 20. febrúar 2022, en þá hafi kærufrestur verið liðinn samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Því beri að vísa kröfum kæranda frá kærunefnd.

Varnaraðili telur að varakrafa kæranda sé örökstudd og ekki tilgreint hvers vegna ógilda beri útboðið í heild sinni. Hún sé því vanreifuð og henni beri að vísa frá kærunefnd útboðsmála.

Varnaraðili telur einnig að þrautavarakrafa kæranda, um að öll skilyrði útboðsins sem beinist að tækni og búnaði sem einskorðist við vörur og þjónustu Siemens, m.a. um kröfur um SIL3 öryggisstig, verði felldar úr útboðsskilmálum, sé einnig vanreifuð og örökstudd. Ekki komi fram í kröfugerð né í kæru kæranda hvaða atriði það séu í útboðsgögnum sem einskorðist

við vörur og þjónustu Siemens. Varnaraðili tekur fram að krafa um SIL3 viðurkenningu snúi ekki að sérstakri gerð búnaðar eða stafi frá sérstökum framleiðanda. Þessi krafa byggir á alþjóðlegum staðli, IEC 61508, sem hafi verið útbúinn og birtur af Alþjóðlega raftækniráðinu (e. International Electrotechnical Commission) og sé staðfestur af Staðlaráði Íslands, sbr. ÍST CLC/TR IEC 61508:2018 og 2010. Hann hafi auk þess verið samþykktur af evrópska raftækni staðlasamtökunum sem evrópskur staðall. Þessi staðall sé því hvoru tveggja innlendur staðall sem feli í sér innleiðingu á evrópskum staðli sem og alþjóðlegur staðall. Því hafi varnaraðila verið heimilt að reisa tæknilýsingu sína á hvorutveggja samkvæmt 1. og 4. tölul. 4. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016. Þar af leiðandi sé ekki um ólögmeta skilmála að ræða og því geti kærunefnd útboðsmála ekki fellt úr útboðsgögnum kröfu um að 200mm ljóssker bjóðenda séu viðurkennd í samræmi við SIL3 öryggiskröfu, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016. Varnaraðili bendir auk þess á kærunefnd útboðsmála hafi áður hafnað þeim málartilbúnaði kæranda að varnaraðili hafi einskorðað kröfur sínar í útboðsgögnum við vörur Siemens við kaup á búnaði tengdum umferðarstýringu, sbr. ákvörðun og úrskurð í máli nr. 41/2020. Varnaraðili bendir á að tilboð kæranda hafi verið ógilt þar sem það hafi ekki staðist lágmarkskröfur greinar 2.1.4.2 og 2.1.2.2 í útboðsgögnum, en tilboð þyrftu að uppfylla báðar greinar til þess að teljast vera gilt.

Þá vísar varnaraðili til þess að kaupendum í opinberum innkaupum sé heimilt að gera tæknilegar kröfur til þeirra vara sem þeir hyggjast kaupa í innkaupaferlum samkvæmt lögum nr. 120/2016. Kaupendum beri að setja slíkar kröfur fram í tæknilýsingu, þær skuli koma fram í útboðsgögnum og koma þurfi fram hvaða eiginleika verk, vara eða þjónusta þurfi að uppfylla, sbr. 1. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016. Samkvæmt a. lið 4. mgr. 49. gr. laganna sé kaupanda heimilt, að svo miklu leyti sem annað komi ekki fram í óundanþægum innlendum reglum sem séu í samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum, m.a. kveða á um tæknilýsingar samkvæmt innlendum staðli sem feli í sér innleiðingu á evrópskum stöðlum og alþjóðlegum staðli, sbr. 1. og 4. tölul. ákvæðisins. IEC 61508 sé bæði innlendur staðall sem feli í sér innleiðingu á evrópskum staðli sem og alþjóðlegur staðall.

Samkvæmt 51. gr. laga nr. 120/2016 geti kaupandi krafist þess að fyrirtæki leggi fram prófunarskýrslu eða vottorð frá samræmismatsstofu sem sönnun fyrir því að kröfur eða viðmiðanir sem settar séu fram í tæknilýsingum, forsendum fyrir vali tilboðs eða skilyrðum varðandi framkvæmd samnings séu uppfylltar. Gerð hafi verið sú krafa til 200mm ljóskera að þau væru viðurkennd í samræmi við SIL3, sbr. grein 2.1.4.2 í útboðsgögnum. Hún byggir á IEC 61508 og í grein 4.4 í 0. kafla þess staðals sé fjallað um öryggisstig (e. Safety Integrity Levels, SIL). Staðall þessi skilgreini 4 mismunandi öryggisstig og tilgreini skilyrði fyrir hverju stigi fyrir sig. Tilgangur þess sé að mæla og ná fram minni líkindum á hættulegri bilun eftir herra

öryggisstigi. Í grein 7.6.2.9 í 1. kafla staðalsins séu einstök SIL öryggisstig svo skilgreind út frá líkindum á bilun og eðli búnaðar.

Varnaraðili hafni af þessum sökum að engar málefnalegar ástæður hafi búið að baki tilvísun kröfu um viðurkenningu 200mm ljóskera í samræmi við SIL3 öryggisstig. Þessi krafa hafi verið gerð í því skyni að gæta að öryggi vegfarenda í Reykjavík þannig að tíðni bilana búnaðar væri lágmarkuð með því að krefjast viðurkenningar á búnaði í samræmi við þetta öryggisstig. Kærandi hafi í athugasemdum sínum viðurkennt að þau ljósker sem hann hafi boðið uppfylli ekki kröfu um SIL3 öryggisstig og í tilboðsgögnum kæranda hafi engar upplýsingar verið að finna um viðurkenningu ljósabúnaðar hans samkvæmt SIL3 öryggisstigi, eða upplýsingar sem sýni líkindi á bilun 200mm ljóskera kæranda. Kærandi hafi auk þess ekki sýnt fram á með viðeigandi hætti, sbr. heimild þess efnis í 6. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016, að þau ljósker sem hann hafi boðið hafi með sambærilegum hætti uppfyllt kröfu um viðurkenningu í samræmi við öryggisstig SIL3. Hafi tilboð kæranda því verið ógilt af þeim sökum. Kærandi byggir á því að ljósker hans hafi uppfyllt kröfur EN 12368 staðalsins, sem staðfestur hafi verið af Staðlaráði Íslands. Þær upplýsingar hafi ekki fylgt með tilboði kæranda né borist varnaraðila þegar óskað hafi verið skýringa á tilboði kæranda. Varnaraðili bendir auk þess á að ekki sé fjallað um líkindi á bilun 200mm ljóskera í þessum upplýsingum kæranda, heldur aðeins um ljóstæknilega eiginleika ljósa. Jafnvel þótt umrætt skjal yrði lagt til grundvallar í málinu þá sýni það ekki fram á að ljósker kæranda uppfylli með sambærilegum hætti kröfu um viðurkenningu í samræmi við öryggisstig SIL3.

Þá heldur varnaraðili því fram að óljóst hafi verið af þeim gögnum sem kærandi hafi lagt fram með tilboði sínu hvort undirstaða undir skáp hefði fylgt þeim skáp sem kærandi hafi boðið. Varnaraðili hafi óskað eftir frekari upplýsingum um það frá kæranda sem hafi svarað því neitandi. Varnaraðili hafi ekki getað skilið skýringar kæranda öðruvísi en svo, að undirstaða hafi ekki fylgt þeim skáp sem kærandi hafi boðið, svo sem áskilið hafi verið í grein 2.1.2.2 í útboðsgögnum. Yfirlýsing kæranda í þessa átt hafi verið bindandi í samræmi við meginreglur samninga- og kröfuréttar, en það er meginregla opinberra innkaupa að bjóðandi beri ábyrgð á tilboði sínu. Sú meginregla eigi einnig við um yfirlýsingar bjóðenda og gagnaframlagningu í kjölfar fyrirspurna. Ætlaður misskilningur kæranda breyti ekki að af skýringum hans og gagnaframlagningu hafi verið ljóst að tilboð hans hafi ekki uppfyllt kröfu greinar 2.1.2.2 í útboðsgögnum. Varnaraðili tekur enn fremur fram að þær teikningar sem kærandi hafi fylgt kærðu í málinu séu ekki þær sömu og þær teikningar sem kærandi lét fylgja með svari sínu við fyrirspurn varnaraðila, dags. 10. janúar 2022.

Varnaraðili telur af öllu framangreindu virtu að skaðabótaskylda sé ekki heldur fyrir hendi. Það hafi verið lögmætt af hálfu varnaraðila að hafna tilboði kæranda þar sem það hafi ekki uppfyllt málefnalegar kröfur útboðsgagna og hafi þar af leiðandi verið ógilt. Varnaraðili gerir þá kröfu um að kærandi verði úrskurðaður til greiðslu málskostnaðar á grundvelli 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016, enda hafi kærán verið tilefnislaus og málatilbúnaður kæranda haldlaus. Kæra málsins sé auk þess villandi og hafi að geyma bæði rangfærslur og aðdróttanir í garð varnaraðila.

Í athugasemdum varnaraðila 29. apríl 2022 er tekið fram að kaupendum í opinberum innkaupum sé ekki skylt að gera tæknilýsingu í innkaupaferlum sem allir bjóðendur á markaði uppfylli, og slíkur áskilnaður verði ekki leiddur af ákvæðum laga nr. 120/2016. Siemens (nú Yunex) sé ekki eini framleiðandinn sem framleiði vörur sem uppfylli kröfur um SIL3 öryggisstig, heldur framleiði til dæmis Stürenberg slíkar vörur. Varnaraðili hafi gengið úr skugga um hvort í tilboðsgögnum væri að finna upplýsingar sem hafi sýnt fram á að ljósker kæranda væru jafngild eða sambærileg ljóskerum sem hefðu hlotið viðurkenningu í samræmi við SIL3 öryggisstig, en ljóst að svo væri ekki.

Í athugasemdum varnaraðila 3. júní 2022 er ítrekað að kærufrestur hafi verið liðinn þegar kæra málsins barst kærunefnd útboðsmála. Varnaraðili bendir á að kærandi hafi ekki byggt á því að hann hafi leitast við að sanna, að boðin ljósker hans mæti öllum þeim kröfum sem gera megi til ljóskera, líkt og kærunefnd hafi byggt á í ákvörðun sinni. Þá hafi kærandi ekki byggt á því að ekki hafi verið hægt að greina af útboðsgögnum hvaða kröfur um aðgerðir búnaður hans þyrfti að fullnægja til þess að geta talist jafngildur, svo sem kærunefnd hafi einnig vísað til í ákvörðun sinni. Telji varnaraðili að kærunefnd útboðsmála hafi verið óheimilt að fara út fyrir þau atriði sem fram komi í kæru, sbr. 2. mgr. 103. gr. laga nr. 120/2016, sbr. einnig dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 23. nóvember 2021 í máli nr. E-3872/2021. Þá telji varnaraðili að túlkun kærunefndar um kærufrest sé ekki í samræmi við túlkun nefndarinnar á kærufrestum í öðrum málum, þar sem lögð hafi verið áhersla á að bjóðendur hafi skamman frest til að kynna sér útboðsgögn og þar til kærufrestur byrji að líða. Kærunefnd hafi gefið sér ákveðnar forsendur að baki tilboðsgerð kæranda, en kærandi hafi aðeins byggt á því að krafa um SIL3 öryggisstig hafi verið ómálefnaleg. Varnaraðili hafnar því að ákvæði greinar 2.1.4.2 í útboðsgögnum hafi verið óskýrt eða að óheimilt hafi verið að lýsa kröfu um SIL3 öryggisstig með þeim hætti sem gert hafi verið í þeirri grein. Varnaraðili kveðst ósammála því að þýðingarlaust sé að gera kröfu um viðurkenningu ljóskera í samræmi við SIL3 öryggisstig án þess að tilgreina sérstaka virkni. Virkniöryggi geti náð yfir kerfi en jafnframt önnur kerfi þar undir. Þá telur varnaraðili að tilboð Smith & Norland hf. hafi ekki verið andstætt útboðsgögnum, svo sem talið hafi verið í ákvörðun

kærunefndar. Telji varnaraðili að kærunefnd hafi yfirsétt grein 1.1 í útboðsgögnum þar sem fram komi að heimilt sé að leggja fram tilboð í íslenskum krónum eða erlendum gjaldmiðli sem hafi skráð gengi hjá Seðlabanka Íslands. Tilboð í erlendum gjaldmiðli verði uppreiknuð af kaupanda með skráðu sölugengi á opunardegi tilboða og endanlegir reikningar í íslenskum krónum skyldu miðast við breytingu gjaldmiðils frá opunardegi tilboða til tollafgreiðsludags. Að auki hafi atriði, sem fram hafi komið í bréfi Smith & Norland hf. 23. nóvember 2021, ekki falið í sér fyrirvara heldur áréttingar á forsendum útreiknings fjárhæðar tilboðs félagsins. Í framkvæmd kærunefndar útboðsmála hafi verið talið þjóðendum sé heimilt að áréttar forsendur tilboða sinna sem hvort sem er leiði af útboðsgögnum og þeim almennum reglum sem eigi við um samninginn, án þess að það leiði til ógildingar þeirra, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar nr. 27/2017.

#### IV

Smith & Norland hf. vísar til þess að það sé háð mati kaupanda hverju sinni hvaða kröfur þeir telji rétt að gera til umferðarljósabúnaðar sem verið sé að kaupa svo tryggja megi sem best virkni umferðarljósastýringar og þar með öryggi í umferðinni. SIL3 öryggisstig sé notað til að mæla áreiðanleika búnaðar og áhættuminnkun eftir því sem kostur sé fyrir umferðaröryggi. Þessi öryggisstaðall sé opinn í þeim skilningi að framleiðendur ljósabúnaðar geta hannað, framleitt og útvegað vottun fyrir búnað sinn samkvæmt staðlinum. Það sé rangt hjá kæranda að krafa þessi um öryggisstig SIL3 feli í sér að einungis vörur sem Smith & Norland hf. uppfylli þessa kröfu. Önnur fyrirtæki geta auðveldlega framleitt og selt búnað af þessu tagi, en t.d. framleiðir Stürenberg GmbH vörur sem uppfylla þetta öryggisstig. Fjölmörg fyrirtæki starfi á markaði fyrir umferðarljósastýringar sem bjóði upp á ólíkar tæknilausnir, en þegar komi að öryggisþáttum þá leitist þau við að tryggja að vörur sínar standist samræmdar öryggiskröfur. Þá bendir Smith & Norland hf. á að sér sé ekki kunnugt um að búnaður frá Swarco uppfylli önnur skilyrði útboðsgagna, þ.e. að búnaðurinn hafi verið í notkun á að minnsta kosti þremur öðrum borgum og í notkun á að minnsta kosti tíu stöðum í hverri borg, og að stýrikassar gæti tengst miðlægri stýritölvu umferðarljósa (MSU) án vandkvæða. Þá er því hafnað að skilyrði hins kærða útboðs hafi einskorðast við vörur frá Siemens (Yunex).

Félagið bendir einnig á að samkvæmt grein 1.1 í útboðsgögnum sé heimilt að leggja fram tilboð í íslenskum krónum eða erlendum gjaldmiðli sem hafi skráð gengi hjá Seðlabanka Íslands. Endanlegir reikningar í íslenskum krónum skuli miðast við breytingar gjaldmiðils frá opunardegi tilboða til tollafgreiðsludags. Í útboðsgögnum hafi því verið gert ráð fyrir þeirri aðferðarfræði sem hafi falið í tilboði félagsins, og því hafni Smith & Norland hf. sjónarmiðum

kærunefndar að þessu leyti, sem hafi komið fram í ákvörðun nefndarinnar 16. maí 2022. Þá telji Smith & Norland hf. einnig að skilningur nefndarinnar á verðútreikningi sé ekki réttur, heldur hafi falist í skýringum félagsins sem fylgt hafi tilboði þess útskýring á hinum ýmsu þáttum tilboðsverðsins. Enginn áskilnaður sé um breytingar á tilboðsverðinu á efndadegi.

V

A

Varnaraðili hefur haldið því fram að kæra í málinu hafi borist utan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 þar sem kæran varði útboðsskilmála hins kærða útboðs.

Samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 skal kæra borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi, sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Kærunefnd útboðsmála hefur litið svo á að bjóðendur hafi skamman frest til að kynna sér útboðsgögn eftir að þau hafa verið gerð aðgengileg og þar til kærufrestur vegna athugasemda sem varða efni þeirra byrjar að líða, sbr. úrskurð kærunefndar útboðsmála 24. september 2021 í máli nr. 24/2021. ...

Við mat á upphafi kærufrests verður að horfa til þess hvernig staðið var að útboðinu og skýrleika og inntaki útboðsgagna. Í því samhengi er þess fyrst að gæta að í grein 2.1.4.2 í útboðsgögnum var fjallað um tæknilegar lýsingar fyrir 200mm ljósker. Skyldi dreifing ljósstyrks vera B2/2, ljósstyrkur í miðju vera >200 cd, einkenni á útgeislun vera W, ljósdreifing væri >1:10, verndarstaðall skyldi vera IP65 auk þess sem ljóskerin skyldu vera viðurkennd í samræmi við öryggisstig SIL3. Líkt og framan er greint er þessi krafa um viðurkenningu á öryggisstigi reist á staðli IEC 61508, sem innleiddur hefur verið á Íslandi sem ÍST EN 61508:2015.

Samkvæmt 1. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016 skulu tæknilýsingar vera í útboðsgögnum. Í tæknilýsingu skal koma fram hvaða eiginleika verk, vara eða þjónusta þurfi að uppfylla. Þessir eiginleikar geta vísað til sérstaks ferlis eða aðferðar við framleiðslu eða afhendingu viðkomandi verka, vara eða þjónustu eða til sérstaks ferils á öðru stigi vistferils þeirra, jafnvel þótt slíkir þættir séu ekki hluti af þeim, að því tilskildu að þeir tengist efni sammingsins og séu í réttu hlutfalli við verðgildi hans og markmið. Í 3. mgr. ákvæðisins kemur fram að tæknilýsingar skulu veita fyrirtækjum jöfn tækifæri og þær megi ekki leiða til ómálefnalegra hindrana á samkeppni við opinber innkaup. Í 4. mgr. ákvæðisins segir að svo miklu leyti sem annað kemur ekki í fram í óundanþægum innlendum reglum, sem eru í samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum, skal kveða á um tæknilýsingar með tilvísun til einhvers af eftirfarandi í þeirri forgangs röð sem hér greinir: 1) innlendra staðla sem fela í sér innleiðingu á

evrópskum stöðlum; 2) evrópsks tæknisamþykkis; 3) sameiginlegra tækniforskrifta; 4) alþjóðlegra staðla; 5) annarra tæknilegra tilvísunarkerfa sem evrópskar staðlastofnanir hafa komið á fót. Ef framangreind gögn eru ekki fyrir hendi þá er heimilt að vísa til íslenskra staðla, íslensks tæknisamþykkis eða íslenskra tækniforskrifta sem tengjast hönnun, útreikningi og framkvæmd verks og notkun vöru. Hverri tilvísun skal fylgja orðalagið „eða jafngildur“ eða sambærilegt orðalag, sbr. a-lið 1. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016. Þá segir í 6. mgr. 49. gr. laganna að ef kaupandi nýtir sér heimild í a-lið 4. mgr. skal hann ekki vísa frá tilboði á þeim grundvelli að vara eða þjónusta sem boðin er fram sé í ósamræmi við tæknilýsingar, enda sýni bjóðandi fram á, með einhverjum viðeigandi hætti, að lausnir hans fullnægi með sambærilegum hætti þeim kröfum sem leitast er við að fullnægja með hlutaðeigandi tæknilýsingu. Sönnun með viðeigandi hætti í framangreindum skilningi gæti falist í tæknilegri lýsingu framleiðanda eða prófunarskýrslu frá viðurkenndri stofnun, sbr. 51. gr. laganna.

Í 1. mgr. 51. gr. er svo kveðið á um að kaupandi geti krafist þess að fyrirtæki leggi fram prófunarskýrslu eða vottorð frá samræmismatsstofu sem sönnunargagn fyrir því að kröfur eða viðmiðanir sem settar séu fram í tæknilýsingu, forsendum fyrir vali tilboðs eða skilyrðum varðandi framkvæmd samnings séu uppfylltar. Krefjist kaupandi vottorðs frá sérstakri vottunarstofu skuli hann þó jafnframt samþykkja vottorð frá öðrum jafngildum stofum. Þá segir í 2. mgr. að hafi fyrirtæki ekki aðgang að vottorðum eða prófunarskýrslum sem um getur í 1. mgr., eða hafi engan möguleika á að afla þeirra innan tiltekins frests, skuli kaupandi samþykkja önnur viðeigandi sönnunargögn en þau sem um geti í 1. mgr. Skilyrði sé þá að ástæður hindrunar megi ekki rekja til fyrirtækisins sjálfs og það sýni með sönnunargögnum fram á að verkið, varan eða þjónustan sem það bjóði uppfylli kröfur eða viðmiðanir sem settar séu fram í tæknilýsingu, forsendum fyrir vali tilboðs eða skilyrðum varðandi framkvæmd samnings.

Samkvæmt þessu geta fyrirtæki tekið þátt í útboði þótt vara þeirra eða þjónusta fullnægi ekki þeim staðli sem er tilgreindur í tæknilýsingu og þótt prófunarskýrsla eða vottorð frá samræmismatsstofu liggi ekki fyrir. Forsenda slíkrar þátttöku er þá að viðkomandi fyrirtæki sýni með sönnunargögnum að lausnir hans fullnægi með sambærilegum hætti þeim kröfum sem leitast er við að fullnægja með hlutaðeigandi tæknilýsingu. Telja verður að kærandi hafi kosið að taka þátt í hinu umdeilda útboði m.a. á þessari forsendu og að hann hafi leitast við að sanna að 200mm ljósker hans hafi mætt öllum þeim kröfum sem gera megi til ljóskera, svo sem heimilt er samkvæmt 6. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016.

Krafa útboðsgagna til 200mm ljóskerja er hins vegar ekki fyllilega einhlít. Þannig segir m.a. í grein 2.4.1.2 í útboðsgögnum að þessi ljós skuli vera viðurkennd í samræmi við öryggisstig SIL3 samkvæmt stöðlum sem hafa verið innleiddir á Íslandi sem ÍST EN

61508:2010 og ÍST EN 61508:2018. Staðlar þessir lýsa hins vegar kröfum sem gera megi til öryggi aðgerða (e. functional safety). Þannig er í síðarnefnda staðlinum skýrt í 3. kafla hvað teljist vera öryggi aðgerða í skilningi staðlanna. Þar segir að öryggi eigi við frelsi frá óásættanlegri áhættu á líkamlegu tjóni eða skaða á heilsufari fólks, ýmist beint, eða óbeint sem afleiðing tjóns á munum eða umhverfi. Öryggi aðgerða sé hluti heildaröryggis sem velti á því að kerfi eða búnaður bregðist rétt við skipunum sem honum berast. Af þessu leiðir að ekki var unnt að skilja fyllilega tilvísun útboðsgagna til SIL3 öryggiskröfu staðlanna án þess að lýsa jafnframt þeim tilteknu aðgerðum sem öryggiskrafan var gerð til. Í útboðsgögnum var hins vegar engin slík lýsing.

Til að skilja þann vanda sem hlaut af þessu skal nefnt að samkvæmt því sem sérfræðingur kærunefndar hefur bent á þá eru bilanatíðni og öryggi aðgerða ólík fyrirbæri. Þannig geti t.d. ljósker hæglega bilað án þess að öryggi aðgerða hafa brostið. Þá geti öryggi aðgerða brostið án þess að ljósker bili, t.d. ef grænt ljós kviknar samtímis á öllum umferðarljósum við gatnamót. Af þessum sökum feli SIL3 viðmið í sér ríkar kröfur til öryggis aðgerða. Þannig eru ásættanlegar líkur á slíku tilviki taldar vera á bilinu 1/100.000.000 til 1/10.000.000 á hverri klukkustund. Það á því aðeins að eiga sér stað einu sinni á 1.142 til 11.415 árum. Slíkt geti ekki átt við um hvers kyns bilun á ljóskerjum en endingartími þeirra sé e.t.v. á bilinu 10 til 20 ár.

Af þessu leiðir að þýðingarlaust er að gera SIL3 kröfu án þess að skilgreina þá aðgerð sem hún lýtur að. Gera verður ráð fyrir að þetta hafi valdið kæranda erfiðleikum við tilboðsgerð þar sem hann gat ekki greint af útboðslýsingu hvaða kröfum um aðgerðir búnaður hans þurfti að fullnægja til að geta talist jafngildur. Varnaraðili upplýsti ekki hverjar þessar kröfur voru þegar hann hafnaði tilboði kæranda og hefur í málalíbúnaði sínum ekki tekið afdráttarlaust af skarið um hverjar þær eigi að vera. Við þessar aðstæður leitaðist kærandi eftir því að sýna fram á að ljósker hans uppfylltu þær kröfur sem gera má til slíkra ljóskera, eins og beinlínis er gert ráð fyrir að bjóðendur geti gert samkvæmt 6. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016. Af þessum sökum verður ekki talið að kærufrestur hafi verið útrunninn þegar kæra í málinu barst nefndinni, sbr. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016.

## B

Varnaraðili hefur einnig haldið því fram að kærunefnd útboðsmála sé bundin af þeim málsástæðum sem fram koma í kæru kæranda og sé óheimilt að byggja á atriðum sem ekki koma fram í kæru. Í þeim efnum vísar varnaraðili til dóms Héraðsdóms Reykjavíkur frá 23. nóvember 2021 í máli nr. E-3872/2021. Í málinu voru gerðar athugasemdir við málsmeðferð

kærunefndar. Sá dómur sætti áfrýjun til Landsréttar sem kvað upp dóm í því 24. júní 2022 í máli nr. 745/2021, en Hæstiréttur hafnaði beiðni um áfrýjun dómsins með ákvörðun nr. 2022-100.

Í dómi Landsréttar í máli nr. 745/2021 var staðfest niðurstaða héraðsdóms um að lýsa ógildan úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020. Forsendur Landsréttar fyrir því voru þær m.a. að heimild kæranda til að setja fram viðbótarkröfur eftir að kæra hefur verið send kærunefnd útboðsmála sé þröngur stakkur sniðinn samkvæmt lögum nr. 120/2016. Eigi það einkum við þegar um er að ræða kröfur sem eru sérstaklega íþyngjandi eins og við geti átt um kröfu um óvirkni sammings. Megi ráða að málatilbúnaður kæranda sem lagður sé fyrir kærunefnd með skriflegri kæru marki að meginstefnu til umfjöllunarefni nefndarinnar og úrlausn og að kærandi geti að jafnaði ekki bætt við síðar kröfum vegna sjónarmiða og gagna frá kærða.

Varnaraðili heldur því fram með vísan til héraðsdóms í framangreindu máli að kærunefnd sé óheimilt í úrskurði sínum, líkt og í ákvörðun sinni um stöðvun sammingsgerðar í máli þessu, að skilja málatilbúnað kæranda svo að kærandi hafi leitast við að sanna með tilboði sínu að 200mm ljósker hans hafi mætt öllum þeim kröfum sem gera meg til ljóskera. Varnaraðili heldur því fram að kærandi hafi ekki byggt á þessu í kæru sinni og ekki meg leiða þetta sjónarmið af lýsingu kæranda á málsatvikum og gögnum máls.

Að því er varðar þessi mótmæli varnaraðila er þess fyrst að gæta að þótt Landsréttur hafi staðfest héraðsdóm í framangreindu máli var hann ekki staðfestur með vísan til forsendna. Verður því við mat á mótmælum varnaraðila að horfa til forsendna Landsréttar en ekki forsendna héraðsdóms.

Eins og ráða má af forsendum Landsréttar er heimild kæranda til að setja fram viðbótarkröfur við kærunefnd útboðsmála þröngur stakkur sniðinn. Þá má einnig ráða að málatilbúnaður kæranda í kæru marki að meginstefnu umfjöllunarefni kærunefndar og úrlausn, eins og það er orðað. Þótt í þessu felist vissulega takmarkanir á heimildum kæranda er orðalag forsendna Landsréttar þó ekki fortakslaust og af orðalaginu má ráða að kærandi hafi nokkurt svigrúm til viðbóta, þótt dómurinn láti því ósvarað við hvaða aðstæður þetta sé heimilt. Verður því kærunefndin að taka afstöðu til þessa í hverju einstöku tilviki og afmarka heimildir kæranda með hliðsjón af atvikum máls, fordæmisgildi dóms Landsréttar og þeim lögum og reglum sem gilda um málsmeðferð fyrir kærunefndinni.

Að því er varðar málsmeðferð kærunefndar skal tekið fram að ákvæði 108. gr. laga nr. 120/2016 fjallar um meðferð mála hjá kærunefnd útboðsmála. Af 7. mgr. greinarinnar leiðir að stjórnarsýslulög nr. 37/1993 gilda um meðferð kærumála fyrir nefndinni þar sem sérreglum IX.

kafla fyrrnefndu laganna sleppir. Á kærunefnd útboðsmála hvílir samkvæmt þessu því meðal annars rannsóknarskylda og ber nefndinni því að rannsaka mál og upplýsa með fullnægjandi hætti, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga. Það þykir einnig leiða af orðalagi 6. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016, sem kveður á um að kærunefndin geti krafist þess að málsaðilar leggi fram öll þau gögn og aðrar upplýsingar sem málið varðar. Telja verður því að heimildir nefndarinnar við úrlausn ágreiningsefna, sem fyrir hana eru lögð, séu ekki að öllu bundnar við þau sjónarmið sem fram koma í kærnum og greinargerðum aðila, þótt sá málatilbúnaður marki vissulega að meginstefnu umfjöllunarefni nefndarinnar.

Eins og atvikum er háttað hér þarf að hafa hugfast að þegar kærandi setti fram kæru sína þá fólst í þeirri aðgerð sú ósagða afstaða kæranda að kæran væri rétt fram komin og innan kærufresta. Varnaraðili mótmælti þessu og gerði kröfu um frávísun málsins á þeirri forsendu að kærufrestur hafi verið útrunninn. Kæranda var eðli málsins samkvæmt ekki unnt að bregðast við þessari kröfu fyrr en eftir að hún kom fram.

Í málatilbúnaði kæranda var gerð grein fyrir því að hann teldi ljósker hans mæta öllum réttmætum kröfum sem leiða mætti af viðeigandi stöðlum. Líkt og að framan getur er það mat nefndarinnar að kröfur útboðsgagna um öryggisstig SIL3 skilgreindu ekki þá aðgerð sem hún laut að. Þar sem varnaraðili upplýsti ekki hvaða kröfum um aðgerðir búnaður þyrfti að fullnægja til að geta talist jafngildur, þá leggur kærunefndin það til grundvallar að það hafi valdið kæranda erfiðleikum við tilboðsgerð. Fyrir liggur að kærandi bauð fram vörur sem hann kvað að uppfylltu aðrar kröfur sem gera megi til ljóskera og væru í samræmi við aðra evrópska og alþjóðlega staðla. Telja verður að kæranda hafi verið það heimilt, sbr. heimild í áðurnefndri 6. mgr. 49. gr. laga nr. 120/2016, í stað þess að leggja þegar í stað fram kæru fljótlega eftir að útboðsgögn lágu fyrir. Með vísan til þessa er ljóst að umfjöllunarefni kærunefndarinnar byggði að allri meginstefnu á málatilbúnaði kæranda. Mótmælum varnaraðila um hið gagnstæða er því hafnað.

## C

Að framan er vísað til þeirra krafna sem gera verður til tæknilýsinga samkvæmt 49. gr. laga nr. 120/2016 sem og þeirra möguleika sem bjóðendur eiga til að færa sönnur á að lausnir þeirra samrýmist fram komnum tæknilýsingum. Varnaraðili hafnaði tilboði kæranda m.a. á þeirri forsendu að sú lausn sem hann bauð fram hafi brotið í bága við þá tæknilýsingu sem gilti samkvæmt útboðsgögnum um 200mm ljósker. Kærandi mótmælir þeirri afstöðu og kærir málið m.a. á þeim grundvelli.

Útboðsgögn lýstu, eins og að framan greinir, ekki með skilmerkilegum hætti þeim aðgerðum sem SIL3 krafan til ljóskerjanna laut að og að öðru leyti virðist ekki hafa verið unnt

að draga af gögnunum ályktanir um hverjar þær aðgerðir skyldu vera. Í umsögn skrifstofu samgöngustjóra og borgarhönnunar varnaraðila kemur fram að hann leggi áherslu á öryggi vegfaranda við innkaup á umferðarljósabúnaði. Þá leggi varnaraðili áherslu á að sá búnaður hafi sem lægsta bilanatíðni enda geti bilun á umferðarljósabúnaði leitt til umferðaróhappa. Þessi sjónarmið má telja málefnaleg en þau leysa þó ekki varnaraðila frá því að lýsa þeim sérstöku aðgerðum sem hann vill að búnaður sem keyptur er geti framkvæmt af tilgreindu öryggi.

Varnaraðili hefur vísað til þess að við innkaup á umferðarljósabúnaði í Lúxemborg hafi verið gerðar kröfur um að ljósker fullnægi SIL3 kröfum og hefur hann lagt fram útboðslýsingu þess útboðs þessu til staðfestingar. Varnaraðili gætir hins vegar ekki að því, og lætur þess ógetið í umsögn sinni, að í umræddri útboðslýsingu er lýst nákvæmlega þeim aðgerðum sem 200mm ljósker þurfa að geta framkvæmt af tilvitnuðu öryggi. Þannig kemur fram í útboðslýsingunni að hægt verði að vera að þröngva búnaðinum til að slökkva á sér. Það þurfi að gerast sé útsent ljósafli minna en gefið sé upp í tilteknum staðli. Þá sé slökkt á LED búnaðinum þannig að ekki sé hægt að kveikja á honum aftur. Sú rás sem þröngvi búnaðinum til að slökkva á sér þurfi að hafa þar til gerðar ráðstafanir í vél- og hugbúnaði sem auki öryggi rásarinnar (t.d. til viðbótar vöktun á ljósstyrknum) til þess að uppfylla, ef nauðsyn krefur, öryggismarkmið SIL3. Útboðslýsingin frá Lúxemborg er því sett fram í samhengi við öryggi aðgerða og veitir bjóðendum til muna betri skilning á því hvaða kröfum þeir þurfa að geta mætt. Tilvísun varnaraðila til hennar kemur honum því ekki að haldi.

Af þessu leiðir að telja verði að varnaraðila hafi verið óheimilt að hafna tilboði kæranda á þeirri forsendu að það fullnægði ekki tæknilyfsingu þeirri sem sett var fram í útboðinu.

## D

Varnaraðili hafnaði einnig tilboði kæranda á þeim grundvelli að óljóst hafi verið hvort fullnægjandi undirstaða hafi fylgt skáp fyrir stýriskassa, sbr. grein 2.1.2.2 í útboðsgögnum. Kærandi hefur andmælt því.

Til þess er að líta að varnaraðili beindi 3. janúar 2022 fyrirspurn til kæranda um hvort undirstaða með hæfilegu burðarþoli undir stýriskassa væri innifalin í tilboði. Þeirri spurningu svaraði kærandi neitandi 10. sama mánaðar á ensku og vísaði um frekari upplýsingar til skjals „G1“ en það skjal var teikning af 600mm skáp undir stýriskassa án þess að teikning af undirstöðunni fylgdi með. Svar kæranda var afdráttarlaust.

Verður þar af leiðandi ekki fallist á með kæranda að það svar einkennist af misskilningi. Bar kærandi ábyrgð á þessu svari og misskilningur milli hans og birgja getur ekki breytt því. Af þessum sökum verður að líta svo á að tilboð kæranda hafi ekki uppfyllt kröfur útboðslýsingar

og gat því ekki komið til þess að tilboð kæranda yrði valið. Var varnaraðila því rétt að hafna tilboði kæranda af þessum sökum.

## E

Varnaraðili lagði fram tilboð Smith & Norland hf. með greinargerð sinni til kærunefndar en óskaði eftir því að það yrði meðhöndlað sem trúnaðarmál. Tilboð þetta er dagsett 23. nóvember 2021 og því fylgir sérstakt bréf dagsett sama dag. Í því bréfi kemur fram að tilboðið sé í íslenskum krónum án virðisaukaskatts og miðist við skráð miðgengi evru og sænskrar krónu hjá Seðlabanka Íslands 22. nóvember 2021. Þá segir að verð breytist í samræmi við gengi viðkomandi gjaldeyris á tollafgreiðsludegi. Verðútreikningur miðist ennfreður við að allur boðinn búnaður sé pantaður í einni sendingu til landsins í sjófragt og afgreiddur á lager kaupanda í Reykjavík. Sömuleiðis miðist hann við þáverandi gjaldskrár flutningafyrirtækja og annan umsýslukostnað, svo sem þáverandi þóknun til banka og gjöld til hins opinbera.

Í ákvörðun kærunefndar útboðsmála, dags. 16. maí 2022, var talið að tilboð Smith & Norland hf. hafi falið í sér ýmsa fyrirvara að því er vörðuðu þróun gengis og margvíslegs kostnaðar þar til að kæmi að efndum tilboðsins. Kærandi hefur tekið undir þau sjónarmið sem birtast í þessari ákvörðun. Varnaraðili hafnar því hins vegar að tilboð Smith & Norland hf. hafi falið í sér fyrirvara og heldur því fram að um hafi verið að ræða áréttingar á forsendum útreiknings fjárhæðar tilboðsins sem kærunefnd útboðsmála hafi í framkvæmd sinni talið bjóðendum heimilar. Að auki telur varnaraðili að kærunefnd hafi yfirsétt grein 1.1 í útboðsgögnum.

Í grein 1.1 kemur fram að heimilt sé að leggja fram tilboð í íslenskum krónum eða erlendum gjaldmiðli sem hefur skráð gengi hjá Seðlabanka Íslands. Öll tilboð verði metin í íslenskum krónum, og tilboð í erlendum gjaldmiðli verði uppreiknuð af kaupanda með skráðu sölugengi viðkomandi gjaldmiðils hjá Seðlabanka Íslands á opunardegi tilboða. Þá kemur fram í sömu grein að endanlegir reikningar í íslenskum krónum skuli miðast við breytingu gjaldmiðils frá opunardegi tilboða til tollafgreiðsludags.

Tilboð Smith & Norland hf. var lagt fram í íslenskum krónum en ekki í erlendum gjaldmiðli. Í fyrirnefndu bréfi félagsins var áréttað að tilboðið væri í íslenskum krónum án virðisaukaskatts og miðaðist við skráð miðgengi evru og sænskrar krónu þann 22. nóvember 2021. Af þessu orðalagi verður ekki annað ráðið en að verð tilboðsins í íslenskum krónum tæki breytingum samkvæmt gengi þessara erlendu gjaldmiðla, enda verður ekki séð hvaða tilgangi þessi tilvísun þjónaði að öðrum kosti. Í tilboðinu kemur síðan ekki fram hvert sé hlutfall evru annars vegar og hlutfall sænskrar krónu hins vegar þegar lagt er mat á þetta. Af þeim sökum er

ekki unnt að reikna út verð tilboðsins í íslenskum krónum á opnunardegi tilboða á grundvelli þessara upplýsinga. Tilboð Smith & Norland hf. samrýmist því ekki kröfum í útboðsgögnum.

Eins og tilboð Smith & Norland hf. var sett fram fólust auk þess í því ýmsir fyrirvarar að því er varðar þróun margvíslegs kostnaðar þangað til kæmi að efndum tilboðsins. Í bréfi Smith & Norland hf. var þannig tekið fram að verðútreikningur miðaðist við að allur boðinn búnaður væri pantaður á sama tíma og fluttur í einni sendingu til landsins í sjófragt og afgreiddur á lager kaupanda í Reykjavík. Að auki miðaðist verðútreikningur félagsins við gjaldskrár flutningafyrirtækjanna og annan umsýslukostnað, svo sem þóknun til banka og gjöld til hins opinbera. Kærunefnd útboðsmála hefur talið að bjóðendum sé heimilt að áréttu forsendur tilboða sinna sem leiðir af útboðsgögnum og þeim almennu reglum sem eiga við um samninginn, án þess að það leiði til ógildingar þeirra. Slík heimild getur hins vegar ekki náð til þess að bjóðandi áskilji sér í reynd einhliða rétt til þess að gera síðar breytingar á samningi vegna aðstæðna sem tilboð bjóðenda áttu þó að taka mið af, sbr. úrskurð kærunefndarinnar í máli nr. 27/2017.

Að mati kærunefndar útboðsmála voru fyrirvarar þeir sem birtust í bréfi Smith & Norland hf. ekki áréttung heldur frávik frá útboðsgögnum. Í bréfinu voru gerðir fyrirvarar sem lutu að hinu boðna verði, en samkvæmt grein 0.1 í útboðsgögnum átti verð að ráða vali tilboða, og framsetning þeirra gefur til kynna að bjóðandi áskildi sér rétt til að krefjast herra verðs ef breytingar yrðu á þeim forsendum sem lýst er í bréfinu. Að þessu virtu þykir tilboð Smith & Norland hf. í hinu kærða útboði ekki hafa fullnægt þeirri skýru kröfu að óheimilt hafi verið að gera fyrirvara og frávikstilboð, sbr. grein 0.6.2 og 0.6.3 í útboðsgögnum. Varnaraðila var þar af leiðandi óheimilt að taka tilboði félagsins.

## F.

Samkvæmt 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 getur kærunefnd með úrskurði fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa, að hluta eða í heild, lýst samning óvirkan samkvæmt nánari ákvæðum 115.-117. gr. eða kveðið á um önnur viðurlög skv. 118. gr. Nefndin getur lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup, auglýsa útboð á nýjan leik eða fella niður tiltekna ólögmetta skilmála í útboðsgögnum.

Aðeins tvö tilboð bárust í hinu kærða útboði, annars vegar frá kæranda og hins vegar frá Smith & Norland hf. Hvorugt tilboðanna fullnægði samkvæmt öllu framangreindu skilyrðum útboðsgagna og voru þar af leiðandi óaðgengileg. Að öllu virtu telur kærunefnd útboðsmála óhjákvæmilegt að fella hið kærða útboð niður og leggja fyrir varnaraðila að auglýsa það með

lögmætum hætti, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016, sbr. varakröfu kæranda. Af þessum sökum er aðal- og þrautavarakröfu kæranda hafnað.

Kærandi krefst þess jafnframt að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila. Líkt og að framan greinir var tilboð kæranda óaðgengilegt þar sem hann fullyrti afdráttarlaust að undirstaða með hæfilegu burðarþoli undir stýriskassa fylgdi ekki með tilboði félagsins, svo sem áskilið var í grein 2.1.2.2 í útboðsgögnum. Af þessu leiðir að kærandi hefur ekki sýnt fram á að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af varnaraðila þrátt fyrir að varnaraðila hafi verið óheimilt að taka tilboði Smith & Norland hf., og að möguleikar kæranda hafi skerst við það brot varnaraðila. Telur kærunefnd útboðsmála því að varnaraðili sé ekki skaðabótaskyldur gagnvart kæranda.

Með hliðsjón af úrslitum málsins þykir rétt að málskostnaður falli niður.

#### Úrskurðarorð

Útboð varnaraðila, Reykjavíkurborgar, nr. 15311 auðkennt „Endurnýjun gönguljósa í Reykjavík, er ógilt. Lagt er fyrir varnaraðila að bjóða út innkaupin að nýju með lögmætum hætti.

Öðrum kröfum kæranda er hafnað.

Málskostnaður fellur niður.

Reykjavík, 5. desember 2022

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir

# Undirritunarsíða

Reimar Snæfells Pétursson

Auður Finnbogadóttir

Kristín Haraldsdóttir