



HÉRAÐSDÓMUR  
REYKJAVÍKUR

D Ó M U R

12. desember 2023

Mál nr. E-3438/2021:  
Stefnandi: Reykjavíkurborg  
*(Theodór Kjartansson lögmaður)*

Stefndu: Reykjafell ehf.  
*(Daniel Isebarn Ágústsson lögmaður)*  
Vegagerðin og  
*(Reynir Karlsson lögmaður)*  
Smith og Norland hf.  
*(Jóna Björk Helgadóttir lögmaður)*  
og

Gagnstefnandi: Reykjafell ehf.  
Gagnstefndu: Vegagerðin og  
Reykjavíkurborg

Dómari: Ingiríður Lúðvíksdóttir héraðsdómari



# D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur, þriðjudaginn 12. desember 2023, í máli nr. E-3438/2021:

**Reykjavíkurborg**

*(Theodór Kjartansson lögmaður)*

**gegn**

**Reykjafelli ehf.,**

*(Daniel Isebarn Ágústsson lögmaður)*

**Vegagerðinni og**

*(Reynir Karlsson lögmaður)*

**Smith og Norland hf.**

*(Jóna Björk Helgadóttir lögmaður)*

**og**

**Reykjafell ehf. gegn Vegagerðinni og Reykjavíkurborg**

Þetta mál, sem var tekið til dóms 24. október sl., höfðar Reykjavíkurborg, kt. 530269-7609, Tjarnargötu 11, Reykjavík, með stefnu birtri 15. júní 2021 á hendur Reykjafelli ehf., kt. 530269-6559, Skipholti 35, Reykjavík, Vegagerðinni, kt. 680269-2899, Borgartúni 5–7, Reykjavík og Smith & Norland hf., kt. 600269-6319, Nóatúni 4, Reykjavík, til ógildingar á úrskurði kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019.

Stefnandi krefst þess aðallega að felldur verði úr gildi með dómi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 16. desember 2020 í máli nr. 32/2019: Reykjafell ehf. gegn Reykjavíkurborg, Vegagerðinni og Smith & Norland hf.

Stefnandi krefst þess til vara að fellt verði úr gildi með dómi það ákvæði úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá 16. desember 2020 í máli nr. 32/2019: Reykjafell ehf. gegn Reykjavíkurborg, Vegagerðinni og Smith & Norland hf., að stefnanda sé gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 849.611 kr. og stefnda Reykjafelli ehf. málskostnað að fjárhæð 1.000.000 kr.

Stefnandi krefst þess til þrautavara að fjárhæð sektar og málskostnaðar í úrskurði kærunefndar útboðsmála frá 16. desember 2020 í máli nr. 32/2019: Reykjafell ehf. gegn Reykjavíkurborg, Vegagerðinni og Smith & Norland hf., verði lækkuð verulega.

Stefnandi krefst málskostnaðar úr hendi stefnda Reykjafells ehf.

Stefndi Reykjafell ehf. krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda.

Hann krefst jafnframt málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Stefndi Smith & Norland hf. gerir ekki neinar kröfur á hendur stefnanda.

Stefndi Vegagerðin gerir ekki neinar kröfur á hendur stefnanda í aðalsök.

Með stefnu, birtri 22. júlí 2021, höfðaði stefndi Reykjafell ehf. gagnsök á hendur Reykjavíkurborg og Vegagerðinni þar sem krafist var viðurkenningar á tilteknum skyldum gagnstefndu við innkaup á stýribúnaði umferðarljósa. Báðir gagnstefndu gripu til varna. Með úrskurði héraðsdóms Reykjavíkur 23. maí 2022 var viðurkenningarkröfu gagnstefnanda vísað frá dómi. Hins vegar var ákvörðun málskostnaðar látin bíða efnisdóms. Landsréttur staðfesti þessa niðurstöðu með úrskurði 9. september 2022 í máli nr. 359/2022. Af þessum sökum á enn eftir að taka afstöðu til málskostnaðarkrafna gagnstefndu úr hendi gagnstefnanda þótt viðurkenningarkröfu hans hafi verið vísað frá dómi.

### **Málavextir**

Þetta mál varðar atvik sem urðu árið 2019 og einkum lögmæti úrskurðar kærunefndar útboðsmála þar sem fjallað var um lögmæti athafna stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar á því ári. Til skýringar er þó nauðsynlegt að rekja atvik sem urðu 14 árum fyrir.

Stefnandi sinnir ásamt stefnda Vegagerðinni umferðarstýringu í Reykjavík. Sameiginleg stýring beggja aðila á umferð í borginni grundvallast á vegalögum nr. 80/2007, því innan Reykjavíkur eru bæði stofnvegir samkvæmt a-lið 2. mgr. 8. gr. laganna, sem stefnda Vegagerðin ber ábyrgð á, og sveitarfélagsvegir í skilningi 9. gr. laganna sem stefnandi ber ábyrgð á. Stefndi Vegagerðin og stefnandi eru því báðir veghaldarar innan sveitarfélagsins samkvæmt 13. gr. laganna. Þessir málsaðilar starfa því saman að stýringu umferðar innan staðarmarka Reykjavíkur. Að sögn stefnanda er með samstarfsverkefninu stefnt að því að stýring umferðarljósa taki mið af umferðarþunga hverju sinni, að unnt sé að veita Strætó og neyðarakstri forgang, að lágmarka umferðartafir og að vakta og tilkynna um bilanir.

### Kaup á viðbótarhugbúnaði við miðlæga stýringu umferðarljósa í Reykjavík

Árið 2005 fór fram lokað útboð stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar á miðlægri stýringu umferðarljósa í Reykjavík nr. 10603, auðkennt „New Traffic Signal System in Reykjavik 2005“. Útboðið fór fram á Evrópska efnahagssvæðinu (EES) á grundvelli þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Í útboðsauglýsingunni sagði að óskað væri eftir nýjum staðbundnum stýringum og miðlægum búnaði til þess að mynda alhliða umferðarstýringarkerfi fyrir borgarsvæði. Kerfið skyldi vera fremst í tækniþróun og með möguleikum til að stjórna, hafa eftirlit og fylgjast með umferðarljósum sem og til gagnaöflunar og gagnamiðlunar á milli kerfa. Jafnframt kom fram

að kerfið yrði að vera sjálfvirkt og geta stýrt umferð í rauntíma á tilteknum svæðum.

Í lið 4.9 í útboðsgögnum þessa útboðs er mælt fyrir um heimild stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar, sem kaupenda, til breytinga á samningi aðila. Skilyrði þess var að breytingarnar tengdust verkefninu. Í sama ákvæði segir að fyrirtæki sem hljóti samninginn skuli eiga einkarétt á slíkum breytingum nema kaupendur geti rökstutt það með vísan til sérstakra skilyrða sem réttlæti að annað fyrirtæki skuli annast breytingar. Í 3. og 4. mgr. liðar 4.9 í útboðsgögnum er mælt fyrir um rétt fyrirtækis til þess að fá greitt fyrir slíkar breytingar.

Í útboðinu bárust tilboð frá tveimur fyrirtækjum, annars vegar frá Siemens AG og hins vegar frá Swarco Holding. Í tilboði Siemens AG var samhliða umferðarstjórnunarhugbúnaðinum Sitraffic Scala boðinn Tass-hugbúnaður en Motion-rauntímastýringarhugbúnaður sem möguleiki.

Að loknu mati á tilboðum lagði framkvæmdasvið stefnanda til við innkauparáð stefnanda að samið yrði við Siemens AG um kaup á kerfi fyrir þrep 1 og 2, með vali um samning um þrep 3 síðar ef ástæða þætti til. Tillagan var samþykkt á fundi ráðsins 14. desember 2005.

Á grundvelli útboðsins gerði stefnandi samning við Siemens AG sem var ritað undir 18. janúar 2006. Fulltrúi Siemens AG á Íslandi var og er stefndi Smith & Norland hf. Í janúar 2008 var kerfið formlega afhent stefnanda og stefnda Vegagerðinni og hefur verið í rekstri síðan.

Stefnandi og stefndu Vegagerðin og Smith & Norland hf. gerðu með sér þjónustusamning 29. maí 2017. Samningurinn er um viðhaldsþjónustu stefnda Smith & Norland hf. sem einkaréttarhafa á Íslandi f.h. Siemens á hugbúnaði fyrir miðlægt stýrikerfi umferðarljósa (Sitraffic Scala) sem stefnandi og stefndi Vegagerðin eiga og keyptu á grundvelli útboðs nr. 10603 árið 2005. Samkvæmt 4. grein samningsins er veitt þjónusta vegna samskipta við neyðarlínu í bilanatilvikum, reglulegt viðhald Scala-hugbúnaðar stjórn tölvu umferðarljósa og reglulegt viðhald Stream-hugbúnaðar (forgangur neyðarbíla og strætisvagna) stjórn tölvu umferðarljósa.

Í tengslum við nauðsynlega uppfærslu og framþróun á umferðarljósastýringar-búnaði stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar barst stefnanda með tölvupósti 24. júlí 2018 tilboð stefnda Smith & Norland hf. í Motion-hugbúnað sem viðbótarhugbúnað við miðlægt umferðarstjórnunarkerfi stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar, auk nauðsynlegs annars búnaðar til uppfærslunnar. Tilboðsfjárhæðin nam samtals 21.240.265 kr. án virðisaukaskatts og myndaði heildarkostnaðaráætlun stefnanda.

Í erindi umhverfis- og skipulagssviðs stefnanda, dags. 24. maí 2019, var óskað eftir heimild innkauparáðs stefnanda til að fara í samningskaup með annars vegar uppfærslu á búnaði stýritölvunnar (e. server hardware) og hins vegar kaup á Motion-stýringunni (e. extension with Motion). Fram kemur í erindinu að hvort tveggja sé bein-

tengt miðlægu umferðarljósastýringunni, þ.e. tölvunni sjálfri en ekki búnaði á einstaka gatnamótum. Jafnframt er í erindinu skýring á einkarétti Siemens AG og stefnda Smith & Norland hf. á að selja umræddar vörur. Í tilboði þeirra í útboðinu árið 2005 var gert ráð fyrir möguleika á því að bæta við Motion-stýringu síðar. Í erindinu var óskað heimildar til samningskaupa og fjárhæð kostnaðaráætlunar tilgreind sem „30 mkr. með vsk“. Að sögn stefnanda var sú fjárhæð röng enda ekki í samræmi við fjárhæð áðurgreinds tilboðs stefnda Smith & Norland hf. Heildarkostnaðaráætlun um kaupin, þ.e. samtals fyrir stefnanda og stefnda Vegagerðina, var því 21.240.265 kr. að frádrögnum virðisaukaskatti. Hlutur hvors um sig, stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar, í kostnaðinum var því í maí 2019 áætlaður 10.620.133 kr. án virðisaukaskatts.

Innkauparáð stefnanda samþykkti á fundi 27. maí 2019 að heimila umhverfis- og skipulagssviði stefnanda að fara í bein samningskaup samkvæmt tilvitnuðu erindi. Á grundvelli þeirrar ákvörðunar gerðu stefnandi og stefndi Vegagerðin tvo samninga við stefnda Smith & Norland hf. 9. júlí 2019.

Annars vegar var gerður samningur nr. 2019-02, vegna innleiðingar á hugbúnaðinum Motion. Sá hugbúnaður var viðbót við núverandi hugbúnað, Sitraffic Scala, í eigu stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar. Heildarandvirði þess samnings var 18.507.012 kr. með virðisaukaskatti (14.925.010 kr. án virðisaukaskatts), og nam helmingshlutdeild stefnanda í samningnum 9.253.506 kr. með virðisaukaskatti (7.462.505 kr. án virðisaukaskatts).

Hins vegar var gerður samningur nr. 2019-03 um uppfærslu á vélbúnaði og þjónustu við uppfærsluna. Eins og áður greinir var hugbúnaðurinn Sitraffic Scala hluti af upphaflega samningnum frá 2005. Að sögn stefnanda var af öryggisástæðum nauðsynlegt að uppfæra vélbúnaðinn svo unnt væri að uppfæra hugbúnaðinn yfir í nýrri útgáfu, Sitraffic Scala 8.0. Andvirði þess samnings nam 7.830.916 kr. með virðisaukaskatti (6.315.255 kr. án virðisaukaskatts), og nam helmingur kostnaðar stefnanda við þann samning 3.915.458 kr. með virðisaukaskatti (3.157.627 kr. án virðisaukaskatts). Stefnandi greiddi því stefnda Smith & Norland hf. samtals 11.497.950 kr. án virðisaukaskatts.

#### Útboð á rammasamningi nr. 14356

Útboð stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar nr. 14356 um stýribúnað umferðarljósa var auglýst á vefsíðu Reykjavíkur ([www.reykjavik.is/utbod](http://www.reykjavik.is/utbod)) og á sameiginlegum auglýsingavettvangi opinberra útboða ([www.utbodsvefur.is](http://www.utbodsvefur.is)) 11. október 2019. Skilmálar útboðsins voru aðgengilegir á útboðsvef innkaupadeildar Reykjavíkurborgar frá 14. október 2019. Þá var útboðið auglýst í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins 15. október 2019. Með útboðinu leitaði stefnandi eftir tilboðum í m.a. stýrikassa umferðarljósa, skynjara, ljósker og hnappabox.

Stefndi Reykjafell ehf. lagði fram fyrirspurn 17. október 2019 um aðgengi að útboðsgögnum á ensku. Þeirri fyrirspurn var svarað samdægurs á þá leið að útboðsgögn yrðu ekki á ensku umfram þá almennu lýsingu sem lægi fyrir. Þá barst fyrirspurn frá öðru fyrirtæki 4. nóvember 2019, þar sem gerðar voru athugasemdir við skort á samræmi milli tilboðsskrár og útboðslýsingar. Stefnandi leiðrétti ósamræmið 4. nóvember 2019 og sendi út viðauka þess efnis. Hinn 7. nóvember 2019 var eldri tilboðsbók, þ.e. sú sem ekki var í samræmi við útboðslýsingu, tekin af vefnum og send tilkynning um það. Aðrar athugasemdir við útboðsgögn, þ.m.t. tilboðsfresti og aðra skilmála útboðsins komu ekki fram á fyrirspurnartíma.

Tilboð í útboðinu voru opnuð 11. nóvember 2019 á opnunarfundi innkaupaskrifstofu stefnanda. Þrjú tilboð bárust frá þremur fyrirtækjum, þar á meðal frá stefnda Reykjafelli ehf. og stefnda Smith & Norland hf., sem var lægstbjóðandi.

Með kæru, dags. 27. nóvember 2019, kærði stefndi Reykjafell ehf. til kærunefndar útboðsmála annars vegar samninga stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar við stefnda Smith & Norland hf. 9. júlí 2019 um vélbúnað og hugbúnað auk þjónustusamnings vegna uppfærslu á miðlægrri stýringu umferðarljósa í Reykjavík, og hins vegar útboð stefnanda nr. 14356. Stefndi Reykjafell ehf. byggði m.a. á því að tilboðsfrestir hefðu verið of skammir í útboðinu í október, sbr. 2. mgr. 57. gr. og 1. mgr. 56. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Á fundi innkauparáðs stefnanda 28. nóvember 2019 var lagt fram erindi umhverfis- og skipulagssviðs stefnanda um niðurstöðu í útboðinu, dags. 27. nóvember 2019. Lagt var til að samið yrði við stefnda Smith & Norland hf. samkvæmt einingarverðum B, sem var lægsta heildarverð miðað við áætlaðar magntölur útboðsins. Ekki var tekin afstaða til málsins á fundinum og var málinu frestað.

Á fundi innkauparáðs 5. desember 2019 var erindið frá 29. nóvember dregið til baka. Útboð nr 14356 var í kjölfar þess fellt niður með vísan til þess að tilboðsfrestir hefðu verið of skammir. Þá ákvörðun kærði stefndi Smith & Norland hf. til kærunefndar útboðsmála. Nefndin féllst í úrskurði sínum frá 8. apríl 2020 í máli nr. 34/2019 á þann málatilbúnað fyrirtækisins að stefnanda hefði verið óheimilt að fella útboðið niður. Jafnframt var það álit nefndarinnar í sama úrskurði að stefnandi væri sökum þess skaðabótaskyldur gagnvart stefnda Smith & Norland hf.

#### Málsmeðferð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019

Eins og áður greinir kærði stefndi Reykjafell ehf. niðurstöðu áðurgreinds útboðs frá 2019 og samninga stefnanda og stefnda Smith & Norland hf. gerða sumarið 2019 til kærunefndar útboðsmála. Mál vegna þeirrar kæru fékk númerið 32/2019. Úrskurður nefndarinnar kveðinn upp 16. desember 2020 í því máli er til úrlausnar í þessu dómsmáli. Í kæru sinni krafðist stefndi Reykjafell ehf. þess m.a. að kærunefnd

útboðsmála lýsti óvirka umrædda samninga stefnanda og stefnda Smith & Norland hf. frá 2019 og að nefndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda gagnvart stefnda Reykjavelli ehf., sem og greiðslu kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Nefndin lagði til grundvallar niðurstöðu sinni að verðmæti samninganna 9. júlí 2019 næmi 21.240.265 kr. Samkvæmt lögum um útboð miðaðist skylda stefnanda til þess að leita tilboða við 28.752.100 kr. en skylda stefnda Vegargerðarinnar miðaðist við 18.734.400 kr. Nefndin leit svo á að við mat á útboðsskyldu þegar tveir eða fleiri opinberir aðilar stæðu saman að innkaupum yrði að leggja lægri fjárhæðina til grundvallar. Nefndin taldi því að skylt hefði verið að bjóða samningana út. Þar eð samningarnir voru að fullu efndir taldi nefndin ekki skilyrði til þess að lýsa þá óvirka. Í úrskurði sínum 16. desember 2020 lagði nefndin á hvorn um sig, stefnanda og stefnda Vegagerðina, stjórnvaldssekt að fjárhæð 849.611 kr. Stefnanda var gert að greiða stefnda Reykjavelli ehf. 1.000.000 kr. í málskostnað. Jafnframt lét kærunefndin í ljós það álit sitt að stefnandi væri skaðabótaskyldur gagnvart stefnda Reykjavelli ehf. vegna útboðs nr. 14356.

Stefndi Vegagerðin undi úrskurðinum en stefnandi höfðaði þetta mál þar eð hann telur niðurstöðu nefndarinnar ranga.

## **Málsástæður og lagarök stefnanda**

### Aðalkrafa stefnanda

Stefnandi vísar til þess að skv. fyrirmælum 2. mgr. 112. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup sé málið ekki höfðað á hendur kærunefnd útboðsmála. Aðild allra stefndu byggist á meginreglu réttarfars og stjórnsluréttar um nauðsyn samaðildar allra aðila að stjórnslumáli þegar reynir á gildi stjórnsluúrskurða, sbr. 1. mgr. 18. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Stefnandi byggir málatilbúnað sinn í aðalkröfu einkum á fimm málsástæðum. Hann byggir á því að kærufrestur laga um opinber innkaup hafi verið liðinn þegar kæra stefnda Reykjavells ehf. barst kærunefnd útboðsmála og að verðmæti kaupa stefnanda hafi verið lægra en sú viðmiðunarfjárhæð sem leggur þá skyldu á kaupanda að bjóða kaup út samkvæmt ákvæðum laga um opinber innkaup. Þá byggir stefnandi á því að kaup hans hafi verið heimil samkvæmt ákvæðum útboðsgagna og laga um opinber innkaup, ætluð bótaskyld háttsemi hans hafi ekki verið tilgreind í úrskurði auk þess sem málsmeðferð kærunefndar útboðsmála hafi verið verulega ábótavant í máli nr. 32/2019. Til stuðnings vara- og þrautavarakröfum vísi hann jafnframt til sömu málsástæðna og til stuðnings aðalkröfu.



#### A. Kærufrestur liðinn

Stefnandi byggir á því að kærufrestur hafi verið liðinn þegar kærunefnd útboðsmála barst kæra 27. nóvember 2019. Nefndinni hafi því borið að vísa málinu frá og þannig hafi ekki verið skilyrði að lögum til þess að fjalla efnislega um kröfur stefnda Reykjafells ehf. og þar með að taka þær til greina.

Í 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup segi að kæra skuli borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Kröfu um óvirkni samnings sé þó heimilt að bera undir nefndina innan 30 daga frá framangreindu tímamarki. Þó verði þess ekki krafist að samningur sé lýstur óvirkur þegar liðnir séu sex mánuðir frá gerð hans. Í 2. tölulið 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup segi að þegar gerð sé krafa um óvirkni samnings sem hafi verið gerður án undanfarandi útboðsauglýsingar skuli miða upphaf frests við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samnings í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur ákvörðunar kaupanda um að auglýsa ekki innkaup.

Stefnandi byggir á því að stefndi Reykjafell ehf. hafi vitað eða mátt vita af samningsgerðinni en fundargerðir stefnanda um að ganga til samninga hafi verið birtar opinberlega. Þar að auki hafi stefndi Reykjafell ehf. fengið aðgang að útboðsgögnum 14. október 2019 og því vitað af þeim ákvörðunum stefnanda er þar komu fram og þekkt framsetningu útboðsgagna sem hann svo seinna meir taldi brjóta gegn lögum um opinber innkaup. Kærufrestur laga um opinber innkaup hafi því verið liðinn er kæra barst kærunefnd útboðsmála óháð því hvort miðað sé við 20 eða 30 daga kærufrest. Rík ástæða sé fyrir stuttum kærufrestum til kærunefndar útboðsmála, m.a. vegna þess hve miðlun upplýsinga sé skilvirk og vegna viðskiptahagsmuna hlutaðeigandi aðila.

Í hinum kærða úrskurði sé byggt á því að miða eigi upphaf kærufrests við þann dag þegar tilkynning sé birt um gerð samningsins í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, sbr. 2. tölulið 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Í úrskurðinum segi: „Ekkert liggur fyrir um að [stefnandi og stefndi Vegagerðin] hafi birt tilkynningu í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins um að gerðir hafi verið samningar við [stefnda] Smith & Norland hf. 9. júlí 2019, án undanfarandi útboðsauglýsingar, ásamt rökstuðningi. Var frestur til að hafa uppi kröfu um óvirkni samninganna því sex mánuðir frá gerð þeirra, enda verð[i] ekki ráðið af gögnum málsins að [stefndi Reykjafell ehf.] hafi haft vitneskju um þá fyrr en skömmu áður en kæra var sett fram.“

Stefnandi byggir á því að í hinum kærða úrskurði leggi kærunefnd útboðsmála ranga merkingu í 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Kærufrestur vegna kröfu um óvirkni geti aldrei orðið lengri en 30 dagar frá því að kærandi vissi eða mátti vita af samningsgerð. Sex mánaða frestur samkvæmt umræddu ákvæði eða frestur í kjölfar

birtingar tilkynningar í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins eigi ekki við hafi viðkomandi vitað eða mátt vita af þeim athöfnum eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum.

Stefnandi byggir á því að ekki hafi borið að birta tilkynningu um samningsgerðina í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins enda hafi samningsgerðin verið undir viðmiðunarfjárhæð, sbr. 84. gr. laga um opinber innkaup, eins og nánar verði rakið í umfjöllun í B-lið. Í framangreindum lögum mæli ekkert ákvæði fyrir um slíka skyldu og því hafi stefnandi ekki birt slíka tilkynningu um samningsgerðina.

#### B. Kaupin voru heimil samkvæmt ákvæðum útboðsgagna og laga um opinber innkaup

Stefnandi byggir á því að kaupin hafi verið heimil samkvæmt ákvæðum útboðsgagna frá 2005 svo og að í þeim hafi einungis falist óveruleg breyting á eldri samningi og þau stefnanda því heimil án innkaupaferlis. Í því ljósi telur stefnandi að um samninga hans og stefnda Vegagerðarinnar við stefnda Smith & Norland hf. hafi gilt þágildandi lög nr. 94/2001 um opinber innkaup.

Í umdeildum úrskurði kærunefndar útboðsmála sé fullyrt að sá samningur sem komst á að undangengnu útboði nr. 10603 árið 2005 hafi verið tímabundinn. Hvergi í umræddum útboðsgögnum eða öðrum gögnum komi fram að sá samningur um vörukaup er þar komst á hafi átt að vera tímabundinn. Sú fullyrðing sé því röng og verulega skorti á að kærunefnd útboðsmála rökstyðji þá fullyrðingu sína með vísan til gagna málsins. Á hinn bóginn megi ætla að kærunefnd útboðsmála víxli í umfjöllun sinni annars vegar þjónustuþætti samningsins sem hafi vissulega verið tímabundinn, sbr. grein 4.1, og hins vegar meginefni samningsins um vörukaup. Í grein 4.9 í útboðsgögnum hafi verið heimild til viðbótavörukaupa og sú heimild hafi eðli málsins samkvæmt ekki verið tímabundin.

Þá sé óumdeilt að Siemens AG hafi einkarétt á Sitraffic Scala-hugbúnaðinum og uppfærslu hans og því hafi verið tæknilega ómögulegt fyrir aðra en stefnda Smith & Norland hf. að uppfæra þann hugbúnað, sbr. c-lið 1. mgr. 20. gr. þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup eða b-lið 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Stefnanda hafi einnig verið kaupin heimil án innkaupaferlis á grundvelli tilvitnaðra ákvæða.

Í úrskurðinum hafi ekki verið tekin nein afstaða til þess hvort stefnanda hafi verið kaupin heimil og/eða skyld samkvæmt tilvitnuðu ákvæði útboðsgagna eða til þess sem fram komi um tæknilegan ómöguleika og einkarétt Siemens AG á uppfærslu hugbúnaðar stefnanda í því samhengi.

Stefnandi byggir jafnframt á því að um hafi verið að ræða óverulega breytingu á samningi frá 2005 og viðbótarkaup við þann samning og því hafi innkaupin verið lögmæt án innkaupaferlis. Jafnvel þótt þess sé ekki getið í þágildandi lögum nr.

94/2001 um opinber innkaup sé engu að síður heimilt á grundvelli þeirra að gera óverulega breytingar á samningum sem komust á í gildistíð laganna, sbr. t.d. fordæmi Evrópudómstólsins í máli nr. C-454/06.

C. Verðmæti kaupanna lægra en viðmiðunarfjárhæð 23. gr. laga nr. 120/2016 og því ekki útboðsskyld og því engin heimild til að leggja stjórnvaldssekt á stefnanda

Verði það mat dómstóla að stefnanda hafi ekki verið heimilt að kaupa án innkaupaferlis á grundvelli framangreindra ástæðna eða heimildar byggja stefnandi á því að fjárhæð kaupanna hafi verið lægri en viðmiðunarfjárhæð um útboðsskyldu þar sem ekki hafi verið heimilt að leggja saman hlut annars vegar stefnanda og hins vegar stefnda Vegagerðarinnar við áætlun um virði kaupanna eða að byggja á þeirri viðmiðunarfjárhæð er gildi um skyldu stefnda Vegagerðarinnar til að auglýsa útboð á EES, sbr. 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup. Í þessu samhengi er áréttað að ákvæði laga nr. 120/2016 um opinber innkaup hafi ekki að fullu tekið gildi gagnvart stefnanda fyrr en 31. maí 2019, sbr. 4. mgr. og 5. mgr. 123. gr. laganna.

Kærunefnd útboðsmála telji í margnefndum úrskurði að kaupin hafi verið útboðsskyld bæði innanlands og á EES þar eð fjárhæð þeirra hafi numið 21.240.235 kr. án virðisaukaskatts. Kærunefndin leggi saman samningsfjárhæðir beggja samninga og hlut beggja aðila, þ.e. stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar, og beiti þeirri viðmiðunarfjárhæð sem gildi um stefnda Vegagerðina en ekki stefnanda. Rökstuðningur nefndarinnar fyrir því að beita lægri viðmiðunarfjárhæðinni byggist á markmiðum laga um opinber innkaup, þ.e. að tryggja jafnræði fyrirtækja, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun hins opinbera. Í úrskurðinum sé ekki veittur nánari rökstuðningur fyrir því hvernig þessi almennu markmið leiði til jafn afgerandi niðurstöðu eða yfirhöfuð hvernig umræddar meginreglur eigi við um ákvörðun viðmiðunarfjárhæðar.

Áætluð fjárhæð innkaupa stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar hvors um sig hafi verið 10.620.117 kr. án virðisaukaskatts. Samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup sé opinberum aðila skylt að bjóða út kaup á vöru og þjónustu sé verðmæti samnings hærra en 15.500.000 kr. án virðisaukaskatts. Þegar ákveðið hafi verið að ganga til samninga við stefnda Smith & Norland hf. 27. maí 2019 hafði umrætt ákvæði ekki tekið gildi fyrir sveitarfélög, þ.m.t. stefnanda, sbr. 4. mgr. 123. gr. laga um opinber innkaup. Þegar kaupin áttu sér stað hafi gilt reglugerð nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Samkvæmt 3. gr. reglugerðarinnar hafi opinberum aðilum, að frátöldum sveitarfélögum, stofnunum þeirra, öðrum opinberum aðilum á þeirra vegum eða samtökum sem þessir aðilar kunna að hafa með sér, verið skylt að bjóða út á EES vöru- og þjón-

ustusamninga að fjárhæð 18.734.400 kr. og hærri án virðisaukaskatts. Samkvæmt sömu grein var sveitarfélögum skylt að bjóða út sömu samningstegundir að fjárhæð 28.752.100 kr. og hærri án virðisaukaskatts. Stefnandi telur að við mat á útboðsskyldu hafi átt að miða við hlut hvors um sig og að ekki hafi verið heimilt að leggja saman hlutina og álykta sem svo að kaupin hafi á þeim grundvelli verið útboðsskyld og beita þeirri viðmiðunarfjárhæð sem gildi um stefnda Vegagerðina gagnvart stefnanda um útboðsskyldu.

Annars vegar sé engin heimild í ákvæðum laga um opinber innkaup sem fjalla um útreikning virðis (25.-32. gr.) til að leggja saman fjárhæð innkaupa óskyldra opinberra aðila við áætlun á verðmæti samninga. Þvert á móti segi í 5. mgr. 25. gr. laganna að beri skipulagseining kaupanda sjálfstæða ábyrgð á innkaupum sínum megi áætla verðmæti kaupa hennar án tillits til heildarinnkaupa kaupandans. Óumdeilt sé að stefnandi og stefndi Vegagerðin beri hvor um sig sjálfstæða ábyrgð á eigin innkaupum enda sé stefnandi sveitarfélag sem njóti sjálfstjórnar um málefni sín, sbr. 78. gr. stjórnarskrárinnar og 1. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011, og stefndi Vegagerðin sé sérstök ríkisstofnun sem heyri undir yfirstjórn ráðherra, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 120/2012 um Vegagerðina, framkvæmdastofnun samgöngumála. Í úrskurðinum sé ekki rökstutt af hverju önnur og strangari regla eigi að gilda um tvo sjálfstæða og óskylda opinbera aðila sé kaupanda heimilt að skipta upp innkaupum innan eigin skipulagseininga. Í forsendum úrskurðarins sé vísað til úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá 3. september 2018 í máli nr. 21/2017. Ljóst sé að aðstæður í því máli séu ekki sambærilegar aðstæðum í þessu máli. Sá úrskurður hafi verið kveðinn upp í gildistíð laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, þar sem ekki var heimilt að skipta upp innkaupum milli skipulagseininga. Þá hafi enginn ágreiningur verið um viðmiðunarfjárhæð enda tvær ríkisstofnanir sem fóru fyrir innkaupum umrætt sinn sem sömu viðmiðunarfjárhæðir giltu um skyldu til að bjóða kaup út.

Hins vegar verði að telja að jafnvel þótt áætla bæri verðmæti samninga stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar sameiginlega sé hvergi í lögum mælt svo fyrir að miða beri útboðsskyldu í sameiginlegum innkaupum við þann sem hafi ríkari skyldum að gegna, með öðrum orðum verði ekki séð að þá hafi borið að leggja til grundvallar þá viðmiðunarfjárhæð sem gildi um stefnda Vegagerðina, eins og gert var í úrskurðinum, í stað þess að leggja til grundvallar viðmiðunarfjárhæð sem gildi um stefnanda, sem var hærri, þegar um ræðir tvo óskylda opinbera aðila. Hefði nefndin lagt til grundvallar þá fjárhæð sem gildi um innkaup stefnanda á þessum tíma hefði ekki verið heimilt að leggja á stjórnvaldssekt, a.m.k. ekki á stefnanda, þar sem heimild kærunefndar útboðsmála til álagningar stjórnvaldssektar sé bundin við að viðmiðunarfjárhæð innkaupa sé yfir útboðsskyldu á EES, sbr. 1. mgr. 118. gr. og 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup. Um innkaup tveggja óskyldra opinberra aðila sé fjallað í 19. gr.

laga um opinber innkaup. Þar segi að þegar kaupendur standi sameiginlega að innkaupaferli beri þeir sameiginlega ábyrgð á að uppfylla skyldur sínar samkvæmt lögum. Á hinn bóginn sé í ákvæðinu hvergi nefnt hvernig beri að áætla virði samninga eða hvaða viðmiðunarfjárhæð beri að beita í þeim tilvikum þegar ólíkar viðmiðunar-  
fjárhæðir gildi um opinbera aðila sem standi saman að kaupum. Í athugasemd við ákvæðið í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 120/2016 segi sérstaklega að meginreglan sé sú að í sameiginlegum innkaupum sé hver og einn kaupandi ábyrgur fyrir eigin innkaupum. Að mati stefnanda sé nálgun kærunefndar útboðsmála, þ.e. að leggja saman kaup stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar, ekki í samræmi við tilvitnaða meginreglu opinberra innkaupa. Í 2. mgr. 118. gr. laganna segi enn fremur að standi fleiri kaupendur að innkaupum sameiginlega skuli þrátt fyrir það ákvarða sekt fyrir hvern og einn kaupanda.

Stefnandi telji ótvírætt að verðmæti kaupanna hafi verið lægra en viðmiðunar-  
fjárhæð 1. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup og þar af leiðandi hafi þau ekki verið útboðsskyld, hvorki innanlands né á EES, óháð því hvort samningar um kaupin hafi komist á fyrir 31. maí 2019, þar sem fjárhæð þeirra var aðeins 10.620.117 kr. á hvorn aðila.

#### D. Ætluð bótaskyld háttsemi ekki tilgreind í úrskurði kærunefndar

Í niðurstöðu úrskurðarins gefi kærunefndin það álit sitt að stefnandi sé skaðabótaskyldur við stefnda Reykjafell ehf. vegna kostnaðar þess fyrirtækis af því að taka þátt í útboðinu. Í rökstuðningi nefndarinnar komi fram að ekki liggi annað fyrir en að tilboð stefnda Reykjafells ehf. hafi verið gilt í einstökum þáttum þess og að stefnandi og stefndi Vegagerðin hafi ekki sýnt fram á að afleiðing réttarbrotisins hafi ekki valdið stefnda Reykjafelli ehf. tjóni. Á hinn bóginn sé hvergi tekið fram í úrskurðinum hvaða réttarbrot sé talið leiða til bótaskyldu stefnanda eða hvaða skilyrði bótaábyrgðar teljist vera uppfyllt. Þá komi hvergi fram hvernig stefndi Reykjafell ehf. hafi átt raunhæfa möguleika á því að vera valinn af stefnanda og stefnda Vegagerðinni þegar stefndi Reykjafell ehf. hafi óumdeilanlega ekki verið lægstbjóðandi. Það sé þó skilyrði þess að fallast megi á umrædda kröfu. Þá hafi tilboð stefnda Reykjafells ehf. ekki staðist kröfur útboðsgagna, þ.e. grein 2.2.1, 2.2.3, 2.2.6 og 2.2.7, og hefði þegar af þeirri ástæðu ekki getað komið til álita við val á tilboði í rammasamningsútboðinu. Með hliðsjón af framangreindu hafi því verið sérstaklega mikilvægt að rökstyðja hvernig stefndi Reykjafell ehf. hefði, engu að síður, átt að eiga raunhæfan möguleika á því að verða valinn. Niðurstaða kærunefndar í úrskurðinum sé einnig þversagnakennd í ljósi þess að í öðrum úrskurði nefndarinnar, frá 8. apríl 2020 í máli nr. 34/2019, hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að stefnanda hefði verið óheimilt að hafna öllum tilboðum í útboð nr. 14356 á þeim grundvelli að auglýsingafrestur hefði ekki verið réttur og

taldi nefndin stefnanda vera skaðabótaskyldan gagnvart stefnda Smith & Norland hf. vegna þessa en félagið var lægstbjóðandi í hinu kærða útboði. Ekki sé útskýrt hvernig báðir þessir stefndu, Smith & Norland hf. og Reykjafell ehf., hafi átt raunhæfa möguleika á því að verða fyrir valinu.

#### E. Málsmeðferð kærunefndar útboðsmála ábótavant

Stefnandi vísar loks til þess að málsmeðferð kærunefndar útboðsmála hafi ekki uppfyllt kröfur stjórnslulaga nr. 37/1993 og reglna stjórnsluréttar við meðferð máls og rökstuðning úrskurðarins. Fjallað sé um málsmeðferð kærunefndar útboðsmála í 108. gr. laga um opinber innkaup. Samkvæmt 7. mgr. 108. gr. fari málsmeðferð kærúmála fyrir nefndinni að öðru leyti en samkvæmt fyrri málsgreinum eftir stjórnslulögum. Ekki sé mælt fyrir um sérstök frávik frá málsmeðferðar- eða efnisreglum stjórnslulaga að öðru leyti en því að í 4. mgr. 108. gr. laganna sé mælt svo fyrir að nefndin geti krafist þess að málsaðilar leggi fram öll þau gögn og aðrar upplýsingar sem málið varðar og sinni varnaraðili ekki slíkri kröfu megi meta tómlæti hans honum í óhag við úrlausn málsins. Að mati stefnanda beri að gera ríkar kröfur til málsmeðferðar nefndarinnar í ljósi þeirra íþyngjandi ákvarðana sem hún geti tekið.

Stefnandi telji að kærunefnd útboðsmála hafi ekki gætt nægilega að rannsóknarreglu, sbr. 10. gr. stjórnslulaga, við meðferð kærúmálsins. Í stað þess að kanna og rannsaka hvort lögverndaður einkaréttur stefnda Smith & Norland hf. á tilteknum hugbúnaði hafi réttlætt bein samningskaup á grundvelli b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga um opinber innkaup staðhæfi nefndin í niðurstöðu sinni að ekki verði ráðið af gögnum málsins að tæknilegar ástæður eða lögverndaður einkaréttur hafi réttlætt kaupin, án þess að undirbyggja þá ályktun frekar. Í ljósi afstöðu nefndarinnar til kaupanna hafi henni borið að kanna sérstaklega og rannsaka hvort kaupin hafi mátt réttlæta með vísan til b-liðar 39. gr. laga um opinber innkaup eða í það minnsta óska eftir frekari gögnum eða sjónarmiðum frá stefnanda hafi ætlunin verið að láta stefnanda bera hallann af þeim skorti, sbr. 4. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup. Þá sé einn skipaðra nefndarmanna sérfróður, með alhliða reynslu og þekkingu á viðskiptum, og formaður nefndarinnar geti ákveðið að kalla sérstaklega til ráðgjafar og aðstoðar nefndinni sérfróða aðila, sbr. 1. mgr. 103. gr. og 2. mgr. 104. gr. laga um opinber innkaup. Kærunefnd útboðsmála hefði getað rannsakað málið betur og hefði borið að rannsaka það betur í ljósi þess að nefndin taldi vafa leika á um heimild til kaupanna. Að auki hafi rannsókn nefndarinnar á útboðsgögnum og heimild samkvæmt þeim til viðbótarkaupa verið ábótavant, þ.e. hvort uppfyllt hafi verið skilyrði þeirra um kaup af öðrum bjóðanda en stefnda Smith & Norland hf.

Kærunefnd útboðsmála hafi rökstutt ákvörðun sína um stjórnvaldssekt með ólögsmætum og ómálefnalegum sjónarmiðum. Í 2. mgr. 118. gr. laga um opinber inn-

kaup segi að við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hafi verið látinn halda virkni sinni. Kærunefnd útboðsmála hafi á hinn bóginn ákvarðað sektarfjárhæð m.a. á þeim grundvelli að stefnandi hefði teft fram hinum ýmsu málsástæðum án þess að „réttargrundvöllur“ fyrir samningsgerðinni hefði verið skýrt afmarkaður í upphafi. Að mati stefnanda sé þessi fullyrðing röng enda komi fram í beiðninni sem var lögð fyrir innkauparáð stefnanda að heimild til kaupanna hafi verið byggð á b-lið 22. gr. þágildandi innkaupareglna stefnanda. Þar sem frá upphafi hafi verið skýrt af hálfu stefnanda hvaða heimild og réttargrundvöllur lágu til grundvallar kaupunum hafi kærunefndinni verið óheimilt að leggja þessi sjónarmið til grundvallar sektarákvörðun, enda séu þau ekki nefnd í 2. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup. Þá byggji málsmeðferð fyrir kærunefnd útboðsmála ekki á útilokunarreglu einkamálaréttarfars. Af því leiði að í raun sé heimilt að byggja á nýjum röksemdum allt fram að uppkvaðningu úrskurðar. Ekkert í lögum um opinber innkaup takmarki heimild aðila til að færa fram nýjar röksemdir máli sínu til stuðnings fyrir kærunefnd útboðsmála.

Þá sé sú ákvörðun að fjárhæð stjórnvaldssektarinnar skuli vera 8% af samningsfjárhæð þegar 10% er hámarkið í engu samræmi við þau sjónarmið sem nefndinni beri að líta til við ákvörðun á fjárhæð sektar eða meðalhóf, sbr. 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Væri samningurinn talinn brjóta gegn fyrirmælum laga um opinber innkaup væri það fyrsta brot stefnanda er varðaði við stjórnarsýslusekt og lága samningsfjárhæð, og þá hafi stefnandi verið í góðri trú um að hann hefði haft heimild til að kaupa beint af stefnda Smith & Norland hf. Engin ástæða hafi því verið til þess að ákvarða fjárhæð sektar svo nálægt sektarhámarki.

Kærunefndin hafi ekkert rökstutt þann mismun sem sé á milli fjárhæðar málskostnaðar stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar. Þannig sé stefnanda gert að greiða 1.000.000 kr. í málskostnað en stefnda Vegagerðinni aðeins 500.000 kr. Í þeirri mismunun felist brot á jafnræðisreglu, sbr. 11. gr. stjórnarsýslulaga, enda engar málefnalegar ástæður fyrir mismunun. Þá séu tilvik sambærileg þar sem báðir séu opinberir aðilar, hafi borið hlutfallslega sömu ábyrgð og hafi staðið sameiginlega að innkaupum. Niðurstaða um málskostnað sé þannig í andstöðu við 2. mgr. 19. gr. laga um opinber innkaup sem mæli fyrir um sameiginlega ábyrgð kaupanda á að uppfylla skyldur sínar. Nefndin hafi ekki rökstutt lagalegan grundvöll þess að ábyrgð stefnanda sé aukin í andstöðu við 2. mgr. 19. gr. laga um opinber innkaup.

Kærunefndin rökstyðji málskostnað meðal annars með vísan til þess að stefnandi hafi ekki virt tilboðsfrest. Í úrskurði nefndarinnar í öðru máli, nr. 34/2019, vegna sama útboðs sé ekki fallist á að stefnanda hafi verið heimilt að hafna öllum tilboðum í útboðinu á þeim grundvelli að lögboðinn tilboðsfrestur hafi ekki verið virtur. Með öðrum orðum hafi nefndin ekki fallist á málalíbúnað stefnda Reykjafells ehf. að þessu

leyti til en engu að síður sé málskostnaður stefnda Reykjafells ehf. rökstuddur með vísan til þessa atriðis. Rökstuðningur nefndarinnar fyrir málskostnaði sé því að mati stefnanda ófullnægjandi enda byggist hann að þessu leyti á mótsagnakenndri afstöðu kærunefndarinnar. Í raun fái rökstuðningur kærunefndarinnar um málskostnað ekki staðist því nefndin geti í þessu máli ekki rökstutt greiðslu málskostnaðar með vísan til röksemda sem hún taldi í öðru máli að gætu ekki leitt til ógildingar útboðs.

#### Varakrafa stefnanda

Komist dómurinn að þeirri niðurstöðu að stefnanda hafi verið óheimilt að kaupa umrædda uppfærslu á búnaði án innkaupaferlis og að málsmeðferð og rökstuðningi nefndarinnar hafi ekki verið svo ábótavant að það leiði til ógildingar hans í heild sinni krefjist stefnandi ógildingar á því úrskurðarorði kærunefndar útboðsmála að leggja stjórnvaldssekt á stefnanda og um greiðslu málskostnaðar.

Auk þess að byggja varakröfu sína á eftirfarandi umfjöllun byggji stefnandi varakröfuna jafnframt á málsástæðum fyrir aðalkröfu og þrautavarakröfu sínum.

Stefnandi byggji á því að skort hafi lagaheimild fyrir álagningu stjórnvaldssektar, sbr. 118. gr. laga um opinber innkaup, þar sem kaupin hafi ekki verið útboðsskyld á EES. Heimild 118. gr. til þess að leggja stjórnvaldssekt á kaupanda sé ótvírætt bundin við samninga þar sem verðmætið sé meira en viðmiðunarfjárhæð útboðs á EES samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup og sé það skilyrði ófrávíkjanlegt. Eins og áður sé rakið hafi verðmæti samninga við Smith & Norland hf. ekki verið meira en viðmiðunarfjárhæðin. Í íslenskum rétti sé gerð rík krafa til skýrleika lagaheimilda fyrir álagningu stjórnvaldssekta, þ.e. að ljóst verði að vera að heimild sé til álagningar stjórnvaldssektar svo koma megi við sekt og að uppfylltum hvaða skilyrðum. Að mati stefnanda sé með vísan til áðurgreindrar umfjöllunar ljóst að skýr og ótvíræð lagaheimild hafi ekki verið fyrir álagningu stjórnvaldssektar vegna kaupanna þar sem verðmæti þeirra var ekki meira en viðmiðunarfjárhæð samkvæmt ákvæði 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup.

Auk þess byggji stefnandi á því að í samningnum hafi falist viðbótarkaup við samning sem komst á með útboði árið 2005. Í ákvæðum þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup hafi ekki verið heimild til álagningar stjórnvaldssekta og því skorti einnig á þeim grundvelli lagaheimild fyrir álagningu stjórnvaldssektar. Slík heimild hafi ekki verið lögfest fyrr en með lögum nr. 58/2013 sem breyttu þágildandi lögum um opinber innkaup nr. 84/2007. Ákvæði 105. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup kvað á um að um innkaup sem hefðu verið auglýst í gildistíð þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup færi eftir þeim lögum. Því telji stefnandi einsýnt að ekki hafi verið fyrir hendi lagaheimild fyrir álagningu stjórnvaldssektar í málinu.

Í ljósi þess að búnaðurinn var upphaflega keyptur árið 2005 á grundvelli



útboðs sem fór fram í gildistíð laga nr. 94/2001 um opinber innkaup gildi þau lög einnig um viðbótarkaup við þann búnað sem fram fóru samkvæmt heimild í þeim útboðsgögnum. Væri ákvæðum laga nr. 94/2001 um opinber innkaup beitt sé ljóst að ekki var heimild samkvæmt þeim lögum til að leggja á stjórnvaldssekt þar sem heimild til álagningar stjórnvaldssektar var ekki lögfest fyrr en með 18. gr. laga nr. 58/2013 sem breytti lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup, en fyrrnefndu lögin tóku gildi 1. september 2013.

Það sé jafnframt afstaða stefnanda að ákvæði 1. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup sé ekki nægilega skýrt um heimild til álagningar stjórnvaldssektar þegar samningur sé ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta. Þannig segir í b-lið 1. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup að leggja skuli á stjórnvaldssektir þegar samningur sé ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta, sbr. 1. mgr. 115. gr. laganna. Í 1. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup komi m.a. fram að þegar greiðslur hafi farið fram skuli kærunefnd kveða á um önnur viðurlög en sektir samkvæmt 118. gr. laganna. Að öðru leyti sé ekki vísað til þess hvaða háttsemi varði við stjórnsýslusekt. Þá ætluðu háttsemi sem kærunefndin leggi til grundvallar við álagningu stjórnvaldssektar megi á hinn bóginn finna í a-lið 2. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup en ekki í 1. mgr. 115. gr. sem ákvæði 1. mgr. 118. gr. vísar til sem heimildar til álagningar stjórnvaldssektar. Í ljósi áðurnefndrar reglu um fyrirmæli í lögum skorti skýra heimild fyrir álagningu stjórnvaldssektar í málinu.

#### Þrautavarakrafa stefnanda

Verði ekki fallist á varakröfu stefnanda um ógildingu álagningar stjórnvaldssektar og málskostnað krefjist stefnandi þess til þrautavara að sektarfjárhæðin og fjárhæð málskostnaðar verði lækkaðar verulega.

Í 2. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup komi fram að stjórnvaldssekt skuli nema allt að 10% af ætluðu virði samninga. Stefnandi byggir á því að sú sekt sem honum sé gert að greiða á grundvelli úrskurðar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019 hafi verið úr hófi en hún miðist við 8% af ætluðu virði samninga.

Í úrskurðinum sé byggt á því að samningar við stefnda Smith & Norland hf. hafi verið gerðir án þess að nefndin hafi sannanlega athugað lögmæti samningsgerðarinnar. Stefnandi hafnar þessu og bendir á að í erindi umhverfis- og skipulagssviðs stefnanda, dags. 24. maí 2019, sé þess getið að þágildandi innkaupareglur stefnanda gildi um kaupin, en þær giltu aðeins um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES, sbr. 2. málslíð 3. gr. þeirra. Jafnframt sé vísað til b-liðar 22. gr. reglnanna í umræddu erindi. Þá hafi stefnandi verið í góðri trú um að honum hefðu verið kaupin heimil á grundvelli útboðsgagna samningsins frá árinu 2005, og að fjárhæðir samninga væru undir viðmiðunarmörkum 23. gr. laga um opinber innkaup.

Auk þess sé ekki málefnalegt það sjónarmið nefndarinnar að stefnandi hafi teft fram ýmsum málsástæðum fyrir lögmati sammingsgerðarinnar við rekstur kær- málsins og eigi þar af leiðandi að greiða hærri sekt en ella. Stefnandi hafni þessu alfarið sem röngu. Við meðferð stjórnslumála gildi ekki málsforræðisregla. Því sé heimilt að koma að nýjum málsástæðum hvenær sem er við meðferð kærumsáls. Það verði því ekki talin réttlættingarástæða fyrir því að hafa megi sektarfjárhæðina hærri en ella enda verði aðilar að stjórnslumálum að geta gripið til ýtrustu varna, sér í lagi þegar möguleiki sé á íþyngjandi úrskurði stjórnvalds, eins og í máli nr. 32/2019.

Þá sé tekið fram í nefndum úrskurði að stefndi Vegagerðin hafi ekki komið að neinum sjálfstæðum sjónarmiðum vegna málsins við mat á fjárhæð sektarinnar. Stefnandi hafni því að hægt sé að líta til þessa ómálefnalega sjónarmiðs við mat á sektarfjárhæð en stefnda Vegagerðinni sé gert að greiða stefnda Reykjafelli ehf. sömu fjárhæð og stefnanda var gert að greiða honum. Óljóst sé því hvaða þýðingu umræddu sjónarmiði sé ætlað að hafa í niðurstöðu nefndarinnar.

Stefnandi byggji á því að það skorti á fullnægjandi rökstuðning fyrir sektarfjárhæðinni í úrskurðinum í andstöðu við 4. mgr. 21. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, en þar komi fram að úrskurðum í kærumsálum skuli ávallt fylgja rökstuðningur. Þá sé sektarfjárhæðin í andstöðu við meðalhófsreglu, sbr. 12. gr. stjórnslulaga.

Að öðru leyti vísast til frekari stuðnings þrautavarakröfu til umfjöllunar um aðal- og varakröfur stefnanda.

Stefnandi byggji málatilbúnað sinn á lögum nr. 94/2001, nr. 84/2007 og nr. 120/2016 um opinber innkaup, með síðari breytingum, stjórnslulögum nr. 37/1993, óskráðum meginreglum stjórnsluréttar, stjórnskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sveitarstjórnarlögum nr. 138/2011, vegalögum nr. 80/2007, lögum nr. 120/2012 um Vegagerðina, almennum reglum samninga, útboðs- og verktakaréttar sem og óskráðum meginreglum opinberra innkaupa og skaðabótaréttar. Um málskostnaðarkröfu vísast til 130. gr., sbr. 129. gr., laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

## **Málsástæður og lagarök stefnda Reykjafells**

### Almennt um afstöðu stefnda til málatilbúnaðar og háttsemi stefnanda

Stefndi hafnar málatilbúnaði stefnanda alfarið og byggir sýknukröfu sína á því að margnefndur úrskurður sé efnislega réttur og ekki haldinn neinum göllum sem geti valdið ógildi hans. Auk þess sé stefndi ekki rétti aðilinn til að verjast kröfu um ógildingu stjórnvaldssektar og því beri að sýkna hann af þeirri kröfu vegna aðildarskorts.

Stefndi telji stefnanda hafa brotið gegn helstu meginreglum um opinber innkaup þegar hann keypti búnað vegna umferðarljósastýringar, þ.e. þeim reglum að bjóða skuli út kaup til þess að koma á samningi. Meginreglan komi m.a. fram í 1. mgr.

33. gr. laga um opinber innkaup, uppsetningu laganna í heild og lögskýringargögnum.

Í þeirri meginreglu að auglýsa skuli útboð komi saman öll helstu markmið opinberra innkaupa. Með því að auglýsa útboð sé gætt jafnræðis en samningur án opinbers ferlis brjóti aftur á móti gegn jafnræði. Að sama skapi stuðli útboðsferli að samkeppni á meðan samningur án útboðs sé samkeppnishamlandi. Að semja beint við eitt fyrirtæki án þess að gefa öðrum kost á því að taka þátt vinni einnig gegn nýsköpun. Síðast en ekki síst séu útboð til þess fallin að fá hagstæðari tilboð og því hafi stefnandi ekki stuðlað að hagkvæmni í ráðstöfun opinbers fjár.

Allar málsástæður stefnanda byggja á því að honum hafi verið heimilt að beita undantekningum frá meginreglum útboðsréttar. Þær undantekningarreglur sem stefnandi byggja á beri að skýra þröngt. Á honum hvíli sönnunarbyrðin fyrir túlkun þeirra svo og að aðstæður hafi verið slíkar að heimilt hafi verið að víkja frá meginreglum.

Stefnandi fjalli um málið eins og hann sé borgari en ekki opinber aðili. Öll umfjöllun hans sé á þá leið að óskýrleika í lögum beri að túlka honum í hag. Hann virðist telja sig hafa mikið svigrúm til þess að haga innkaupum eftir eigin geðþótta, án lagaheimilda o.s.frv. Þessi sjónarmið og framsetning málalíbúnaðar ættu mögulega við væri stefnandi ekki opinber aðili, langstærsta sveitarfélag landsins, að ráðstafa opinberu fé og takmörkuðum gæðum. Stefnandi sé bundinn af lögmatísreglu, meginreglum stjórnsýsluréttar og gildandi reglum um opinber innkaup. Hann hafi brotið gegn fyrirmælum einnar mikilvægustu reglu opinberra innkaupa þegar hann auglýsti ekki kaup heldur gerði samning við einn aðila án nokkurs ferlis.

#### Almennt um úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019

Stefndi áréttar að úrskurðurinn, sem stefnandi beri undir dóminn, verði ekki ógiltur nema úrlausn nefndarinnar sé haldin form- eða efnisannmarka að lögum, annmarkinn sé verulegur og veigamikil rök mæli ekki gegn því að ógilda ákvörðunina. Annmarki teljist almennt ekki verulegur nema hann sé til þess fallinn að hafa áhrif á efni ákvörðunarinnar. Skilyrðum ógildingar sé ekki fullnægt enda sé niðurstaðan rétt og engir annmarkar á málsmeðferðinni, þaðan af síður verulegir. Stefnandi beri sönnunarbyrðina fyrir því að skilyrði ógildingar séu fyrir hendi.

#### Kærufrestur var ekki liðinn þegar kæra barst

Samkvæmt 106. gr. laga um opinber innkaup sé kærufrestur vegna kröfu um óvirkni samnings 30 dagar frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum. Þó verði krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans.

Við mat á upphafi kærufrests verði að hafa í huga að samningarnir sem málið varðar voru gerðir án útboðs og auglýsingar. Ekki sé hægt að ætlast til þess að fyrir-

tæki séu sífellt að grafast fyrir um væntanleg innkaup, eða jafnvel yfirstaðin innkaup. Það sé því ein af meginreglum opinberra innkaupa að opinberum kaupanda beri að auglýsa innkaup til þess að fyrirtæki viti af þeim. Reglurnar séu settar til þess að fyrirtæki á markaði þurfi ekki að vakta allar aðgerðir opinberra aðila.

Stefnandi hafi ekki auglýst samningsgerðina í júlí 2019, hvorki áður en né eftir að samningar voru gerðir. Gerð þeirra hafi ekki verið tilkynnt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, sbr. 116. gr. laga um opinber innkaup. Þetta beri merki um vilja stefnanda til þess að sniðganga reglur og fela mikilvægar upplýsingar.

Þar eð stefnandi hafi látið hjá líða að birta tilkynningu hafi stefndi ekki getað vitað af innkaupunum. Hann hafi ekki haft upplýsingar um kaup á miðlægum stýribúnaði umferðarljósa þegar útboð nr. 14356 var auglýst í október 2019. Eftir lestur útboðsgagna hafi hann farið að spyrjast fyrir til þess að reyna að skilja hvers vegna útboðsgögn voru sniðin að vörum Siemens. Hann hafi loks, í nóvember 2019, fengið þær upplýsingar að stefnandi hefði þá um sumarið keypt mikilvægan stýribúnað beint frá Siemens.

Stefnandi byggji á því að stefndi hafi átt að sjá tilkynningu um samninginn í fundargerð innkauparáðs stefnanda frá 27. maí 2019. Stefnda sé, eins og áður segi, ekki skylt að fylgjast með fundargerðum stefnanda. Ekkert í lögum um opinber innkaup geri ráð fyrir að birting fundargerða kaupanda sé birting í skilningi laganna. Þvert á móti sé sérstaklega fjallað um það í lögnum hvað og hvernig beri að auglýsa og birta þannig að skilyrði laganna séu uppfyllt, sbr. t.d. 55., 56. og 106. gr. laga nr. 120/2016.

Auk þess sé fundargerð stefnanda frá 27. maí 2019 ekki endanlegur samningur. Samningarnir hafi verið gerðir í júlí sama ár og ekki verði séð að tilkynnt hafi verið um þá neins staðar. Stefnandi beri að sjálfsögðu sönnunarbyrðina fyrir því að stefndi hafi vitað af samningum sem voru hvergi tilkynntir í samræmi við lög.

#### Verðmæti kaupa stefnanda var ekki lægra en viðmiðunarfjárhæð innkaupalaga

Stefndi áréttar að stefnandi hafi gert tvo samninga 9. júlí 2019 sem voru nátengdir enda hafi þeir báðir varðað miðlæga stýritölvu vegna umferðarstýringar í Reykjavík. Þeir hafi verið gerðir sameiginlega og við sama fyrirtæki. Því hafi verið rétt að horfa á samanlagt virði samninganna tveggja við mat á því hvort verðmæti innkaupanna hefði verið yfir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 1. mgr. 29. gr. laga nr. 120/2016. Mat á viðmiðunarfjárhæð fari eftir samningunum sjálfum og verðmæti þeirra. Kostnaðarskipting milli opinberra aðila skipti þar ekki máli enda sé verðmæti samninganna það sama, hvort sem einn opinber aðili eða fleiri taki þátt í kostnaðinum.

Lögum um opinber innkaup sé ætlað að tryggja að innkaup, þar sem gera megir ráð fyrir því að verðmæti samnings fari yfir tiltekna fjárhæð, séu boðin út í samræmi

við lögin. Það væri andstætt meginreglum opinberra innkaupa og ákvæða III. kafla laga um opinber innkaup ef verðmæti samninga, sem annars teldist hærra en viðmið-unarfjárhæð, yrði talið lægra en hún við það eitt að fleiri opinberir aðilar skiptu á milli sín kostnaði af þeim.

Þá sé ljóst að sá búnaður sem var keyptur í júlí 2019 hafi verið hluti af mun stærri heildarkaupum. Kaupin hafi verið órjúfanlegur hluti innkaupa sem fóru fram í kjölfarið með útboðum sem hófust haustið 2019. Þótt verðmæti þess sem var keypt í júlí 2019 hafi verið lægra en 30.000.000 kr. hafi kaupin verið mikilvægur hluti af innkaupum á ljósastýringarkerfi að verðmæti mörg hundruð milljóna króna.

#### Kaupin voru hvorki heimil samkvæmt útboðsgögnum frá 2005 né eldri samningi

Stefndi vísar til þess að stefnandi byggji á því að um hin umdeildu innkaup skuli fara eftir löngu útrunnum heimildum úr útboðsgögnum frá árinu 2005.

Útboðsgögnin frá 2005 hafi verið um 14 ára gömul þegar hinir umdeildu samningar voru gerðir í júlí árið 2019. Engin heimild sé til þess að byggja viðbótar-kaup á útboðsgögnum, hvað þá svo gömlum.

Einn megintilgangur laga um opinber innkaup sé að bjóða opinbera samninga út reglulega enda sé með því stuðlað að hagkvæmni, jafnræði, samkeppni og nýsköpun. Stefnandi hafi brotið gegn þessu með því að kaupa inn án útboðs og með því að halda áfram að nota samninga sem voru komnir langt fram yfir lögmætan gildistíma.

Samningum, sem komist á í kjölfar útboðs, sé ekki ætlað að standa að eilífu og heldur ekki eins lengi og aðilum samningsins þóknast. Það sé meginregla að samningar um opinber innkaup skuli ekki gilda lengur en 4 ár, sbr. 1. mgr. 40. gr. laga nr. 120/2016. Sama regla hafi verið í 3. mgr. 34. gr. eldri laga um opinber innkaup nr. 84/2007 og gildi einnig sem almenn meginregla.

Stefnandi segi að samningurinn sem komst á eftir útboðið 2005 hafi ekki haft sérstakan gildistíma. Af því megi ráða að stefnandi telji að samningurinn hafi verið ótímabundinn og gilt eins lengi og aðilar sjálfir vildu. Sú niðurstaða sé þó ekki tæk enda gangi það gegn öllum meginreglum opinberra innkaupa að samningar gildi ótímabundið og taki engan enda. Stefnandi sem opinber aðili geti ekki unnið sér rétt með því að setja ólöglegt ákvæði í samning eða sleppa því að setja löglegt ákvæði um gildistíma í samning.

Í eldri lögum um opinber innkaup nr. 94/2001 hafi ekki berum orðum verið kveðið á um hámarkstíma samninga. Þó verði ráðið af lögunum í heild að samningum hafi ekki verið ætlað að gilda lengur en þrjú til fjögur ár. Þá hafi ávallt leitt af meginreglum opinberra innkaupa að opinberum aðila sé óheimilt að láta eldri samninga gilda eins lengi og honum þóknast. Eftir að hámarkstími samninga kom inn í lögin með lögum nr. 84/2007 hafi opinberum aðilum borið að túlka og framkvæma samn-

inga í samræmi við gildandi lög.

Sá samningur sem var gerður í kjölfar útboðsins árið 2005 virðist hafa átt að gilda til ársins 2010, en ekki lengur. Ritað hafi verið undir samninginn í janúar 2006 en svo verið gerður „afhendingsamningur“ í janúar 2008. Ráð virðist hafa verið gert fyrir því að þá tæki við tveggja ára viðhaldstími og samningnum lyki alfarið í janúar 2010. Stefnandi beri ábyrgð á því að hafa ekki sett skýrt ákvæði um gildistíma í samninginn. Slíkur samningur gildi aldrei lengur en samkvæmt meginreglunni.

Samningurinn sem gerður var á grundvelli útboðsins árið 2005 hafi þannig löngu verið fallinn úr gildi þegar hin umdeildu innkaup fóru fram í júlí 2019.

Stefnandi haldi því fram að í hinum umdeildu innkaupum hafi falist óveruleg breyting á eldri samningi. Gögn málsins beri þó annað með sér. Í samningnum sem var gerður á grundvelli útboðsins frá 2005 hafi verið samið um tiltekinn hugbúnað, svonefnda Sittraffic Scala og Tass. Með innkaupunum í júlí 2019 hafi verið keyptur allt annar búnaður, svonefndur Motion-hugbúnaður. Það sé ekki óveruleg breyting að kaupa allt annan og nýjan hugbúnað.

Gögn útboðsins frá 2005 hafi gert ráð fyrir því að samningur myndi gilda í afmarkaðan tíma en ekki til ókomins tíma. Þá hafi ekki komið fram í útboðsgögnum að á grundvelli þess mætti gera samninga mörgum árum síðar um frekari kaup.

Ekki verði séð að í tilboði Siemens í útboðinu 2005 hafi Motion-búnaðurinn verið skýrt nefndur sem möguleg kaup mörgum árum síðar. Aðalatriðið sé þó að slíkt ákvæði í tilboði skipti ekki máli þar eð ekki hafi verið gerður samningur um kaup á Motion-búnaðinum. Engin stoð sé fyrir því að búnaður sem var nefndur sem möguleiki í tilboði verði af þeim sökum keyptur án útboðs 14 árum síðar. Það teljist heldur ekki „óveruleg breyting“ að nýta slíka heimild til þess að kaupa nýtt kerfi til viðbótar við þann búnað sem upphaflega var keyptur 14 árum áður.

Í athugasemdum stefnanda til kærunefndar útboðsmála hafi stefnandi viðurkennt að með kaupunum í júlí 2019 hefði stefnandi verið að skipta út eldra kerfi fyrir nýtt. Hann hafi því verið að kaupa nýjan stýribúnað en ekki viðbót eða óverulega breytingu. Einnig sé ljóst að sá búnaður sem var keyptur í júlí 2019 var hluti af mun stærri heildarkaupum. Kaupin hafi verið órjúfanlegur hluti innkaupa sem fóru fram í kjölfarið með útboðum sem hófust haustið 2019.

Stefndi taki fram að jafnvel þótt skýr „heimild“ hefði verið í útboðsgögnum eða eldri samningi um stöðug viðbótarkaup til ókomins tíma hefði það ekki haft neina þýðingu. Aðilum sé óheimilt að semja um slíkt enda geti opinber kaupandi og fyrirtæki ekki samið sín á milli um „heimild“ sem sé í andstöðu við lög um opinber innkaup. Ákvæði um slíka heimild í útboðsgögnum eða samningi við opinberan aðila sé ólöglegt og að vettugi virðandi. Þessi málsástæða sé auk þess í mótsögn við þá máls-

ástæðu stefnanda að kaupin hafi verið samningskaup. Það hefði verið óþarft hefðu kaupin verið í samræmi við gildan, lögmætan samning.

Það sé athyglisvert að samkvæmt málalíbúnaði stefnanda virðist hann hafa um árabíl stöðugt fundið réttlætingu fyrir kaupum á búnaði með vísan til eldri innkaupa. Stefnandi hafi lýst því í athugasemdum til kærunefndar útboðsmála hvernig kaup hafi farið fram ótt og títt til að endurnýja búnað sem tengist kerfi. Svo hafi þau kaup á búnaði verið notuð síðar til að réttlæta endurnýjun kerfisins o.s.frv. Þannig virðist gamli samningurinn, sem var gerður á grundvelli útboðs frá 2005, hafa virkað sem einhvers konar vítahringur sem alltaf réttlætti að keyptar væru nýjar vörur (og þjónusta) beint af Smith & Norland hf.

Stefnandi hafi þannig stöðugt búið til nýja réttlætingu fyrir því að kaupa búnað beint af Smith & Norland hf. Síðasta skrefið á þeirri vegferð hafi verið þegar hann keypti miðlægan stýribúnað í júlí 2019, rétt áður en auglýst var útboð til þess að kaupa annan ljósastýringarbúnað umferðarljósá fyrir mörg hundruð milljónir króna.

#### Kaupin fóru ekki eftir eldri lögum um opinber innkaup nr. 94/2001

Stefndi bendi á að í júlí 2019 hafi gilt lög um opinber innkaup nr. 120/2016. Hin umdeildu innkaup hafi því farið eftir þeim lögum. Sú niðurstaða verði leidd af almennum lagaskilareglum og ákvæði 123. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Stefnandi haldi því fram að samningurinn, sem var gerður án útboðs, hafi ekki fallið undir þau lög. Hann vísi til þess að samningskaupin hafi verið samþykkt í innkauparáði 27. maí 2019 en lögin hafi ekki tekið gildi gagnvart sveitarfélögum fyrr en 31. maí 2019.

Hið rétta sé þó að tímamarkið ráðist ekki af einhliða innanhússfundargerð og ákvarðanatöku stefnanda. Tíminn sem miða skuli við þegar metið sé hvort samningur sé gerður í tíð yngri eða eldri laga sé dagurinn þegar samningur sé undirritaður, sem var í júlí 2019. Þá hafi lög nr. 120/2016 tekið gildi að fullu leyti gagnvart stefnanda og öðrum sveitarfélögum. Í lagaskilaákvæði 6. mgr. 123. gr. laga nr. 120/2016 segi um skil milli laganna og eldri laga:

Um innkaup sem hafa verið auglýst fyrir gildistöku laga þessara fer samkvæmt lögum um opinber innkaup, nr. 84/2007. Miða skal við opinbera birtingu útboðs-auglýsingar eða áætlaða móttöku þátttakenda á tilkynningu ef um er að ræða innkaupaferli þar sem útboðsauglýsingar eru ekki birtar opinberlega.

Ljóst sé að útboð hafi ekki verið auglýst og eina tímamarkið sem komi til greina sé því samningsgerðin í júlí 2019. Samningurinn hafi því verið gerður eftir að lög nr. 120/2016 höfðu tekið gildi og þau lög gildi því um samninginn.

Stefndi bendi einnig á að þau lög sem stefnandi vilji byggja á, nr. 94/2001, hafi fallið úr gildi tólf árum fyrir samningsgerðina, þ.e. 30. mars 2007, og hafi verið leyst af hólmi með öðrum lögum um opinber innkaup nr. 84/2007 sem hafi einnig verið

fallin úr gildi þegar samningarnir voru gerðir.

Innkaupin voru ekki lögmæt samningskaup, hvorki samkvæmt nágildandi né eldri lögum

Eins og áður segi sé það meginregla opinberra innkaupa að bjóða skuli út opinbera samninga. Samningskaup án útboðs sé þrengsta undantekningin frá henni, þ.e. ströngustu skilyrðin séu gerð til þeirrar undantekningar og hún eigi sjaldnast við. Verulega mikið þurfi því til svo að heimilt sé að beita undantekningu um samningskaup án útboðs og á stefnanda hvíli sönnunarbyrði fyrir því að skilyrði ákvæðisins séu fyrir hendi. Í vafatilvikum teljist innkaup ekki heimil með samningskaupum.

Í lögskýringargögnum með 39. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup sé ítrekað að samningskaup án útboðs séu undantekning frá þeirri meginreglu að innkaupaferli eigi alltaf að vera opin og gagnsæ. Þá segi í lögskýringargögnunum að samningskaup án undangenginnar auglýsingar séu til þess fallin að raska samkeppni. Því beri að skýra heimildina þröngt og einungis nota hana í undantekningartilvikum við sérstakar aðstæður. Kaupandi þurfi að geta rökstutt tilhlýðilega að nauðsynlegt hafi verið að beita þessu innkaupaferli og að aðrir raunhæfir valkostir hafi ekki komið til greina.

Til þess að skýringar stefnanda væru fullnægjandi þyrfti að koma fram í þeim nákvæmlega, með tilvísun til gagna og málefnaþgra sjónarmiða, hvernig sá búnaður sem var keyptur með samningskaupum var sá eini sem kom til greina. Stefnandi hefði þannig þurft að sannfæra kærunefndina, og nú dóminn, um að ekki hefði verið hægt að kaupa búnað af neinum öðrum framleiðanda. Þá hefði sérstaklega þurft að sýna fram á réttlætingu fyrir því að kaupa þennan litla en mikilvæga hluta heildarkerfisins án útboðs. Slíkar skýringar hafi hann ekki lagt fram.

Jafnvel þótt stefnandi sýndi fram á að búnaðurinn frá Smith & Norland hf. væri sá eini sem gæti fullnægt kröfum borgarinnar myndi það eitt og sér ekki nægja. Stefnandi þyrfti einnig að sýna fram á að ástæðan fyrir því að þessi eina tegund af miðlægri stýritölvu kom til greina hefði verið málefnaleg. Stefnanda hafi verið óheimilt að ákveða fyrirfram hvaða kerfi/búnað hann ætlaði að kaupa og nota svo í kjölfarið þá ákvörðun sína til þess að rökstyðja að ein tiltekin miðlæg stýritölva væri nothæf. Stefnandi hafi, með öðrum orðum, ekki mátt „búa til“ þær aðstæður og kröfur sem leiddu til þess að einungis ein miðlæg stýritölva kom til greina.

Í þessu samhengi sé rétt að benda á að búnaðurinn sem stefnandi hafi notað undanfarin ár sér orðinn úreltur enda töluvert ófullkomnari en nýrri búnaður frá öðrum framleiðendum. Nýrri búnaður gæti til að mynda stytta biðtíma í umferðinni verulega og aukið umferðarflæði um tugi prósent. Stefnandi hefði því átt að auglýsa útboð á kerfinu í heild sinni. Með því hefði stefnandi slegið tvær flugur í einu höggi, annars vegar staðið löglega að innkaupunum og hins vegar fengið betri og hagkvæmari tækni.



Að mati stefnda var engin tæknileg þörf á því að kaupa þennan eina hluta kerfisins án útboðs í júlí 2019. Að sama skapi hafi ekki verið lögverndaður einkaréttur á búnaði sem nauðsynlegt var að kaupa. Hægt sé að setja upp og tengja stýrikerfi annarra bjóðenda við götuljós án vandkvæða. Stefnandi hafi ekki kannað aðrar lausnir á markaði heldur ákveðið, án nokkurrar rannsóknar, að kaupa tiltekinn búnað beint af einu fyrirtæki.

Í sambærilegum útboðum á Norðurlöndum og víðar sé kerfið alltaf boðið út í heild sinni en ekki bútað niður á þennan hátt, enda engin rök fyrir slíku. Raunar sé í útboðum á Norðurlöndum einnig óskað eftir tilboðum í rekstur kerfisins, þ.e. forritun, þjónustu o.fl., enda sé það einnig nauðsynlegur og eðlilegur hluti innkaupanna.

Réttast hefði verið að bjóða út kerfið í heild, þ.e. miðlægu stýritölvuna, stýri-búnaðinn og aðrar vörur. Komið hafi verið í veg fyrir þetta með því að kaupa fyrst miðlægu stýritölvuna af Siemens. Það hafi valdið því að öll kaup í framhaldinu séu bundin við vörur frá því fyrirtæki.

Engin raunveruleg tæknileg nauðsyn hafi gert það brýnt að uppfæra kerfið með nýjum búnaði frá Siemens. Ljóst sé að stefnandi hófst um þetta leyti handa við að endurnýja stýribúnað umferðarljósa í heild sinni. Ekkert hafi komið í veg fyrir að það yrði gert frá grunni þannig að öllum áhugasömum fyrirtækjum gæfist kostur á að selja allar vörur og búnað, jafnt miðlægan stýribúnað sem annað. Stefnanda beri að bjóða út samninga reglulega og honum sé óheimilt að byggja um ókomna framtíð á samningum sem komust á fyrir einum og hálfum áratug.

Eina mögulega ástæða þess að stefnandi taldi sig þurfa að kaupa Siemens-búnað beint án útboðs hafi verið ástæða sem stefnandi bjó til sjálfur, þ.e. sú að hann hagaði innkaupum enn eftir samningum sem voru ekki lengur í gildi. Einu lögmætu samningarnir sem höfðu verið gerðir í mörg ár voru á grundvelli útboðs frá 2005. Gildistíma þeirra hafi lokið mörgum árum fyrir árið 2019. Það að „uppfæra“ búnað á grundvelli löngu útrunnins samnings sé ekki lögmæt réttlætning, hvorki tæknileg né vegna einkaleyfis.

Stefnandi vísi til e-liðar 20. gr. eldri laga nr. 94/2001. Það ákvæði eigi ekki við um nýjan búnað eins og þann sem var keyptur í júlí 2019. Ákvæðið hafi átt við um viðbótarvörur sem var annaðhvort ætlað að koma að hluta til í stað venjulegra birgða eða búnaðar eða voru aukning á venjulegum birgðum eða búnaði. Tekið hafi verið fram í ákvæðinu að slíkir samningar svo og endurnýjaðir samningar skyldu að jafnaði ekki gilda lengur en þrjú ár.

#### Umfjöllun kærunefndar og málsmeðferð var ekki haldin annmörkum

Stefnandi byggir á því að ekki komi fram í úrskurði kærunefndarinnar hvaða

„réttarbrot“ leiði til bótaskyldu eða hvaða skilyrði bótaábyrgðar teljist uppfyllt. Af úrskurðinum sé þó alveg ljóst hvaða brot gegn lögum nr. 120/2016 séu grundvöllur bótaskyldu. Þá sé einnig fjallað um bótareglu laganna og hvernig hún leiði til bótaskyldu.

Stefnandi nefni ýmis atriði varðandi tilboð stefnda og fullyrði að tilboðið hafi ekki uppfyllt tilteknar kröfur útboðsins. Óljóst sé hvað stefnandi eigi nákvæmlega við með þessum tilvísunum. Þó virðist hann benda á að stefndi hafi ekki uppfyllt kröfur útboðsins um tengingar við tiltekin Siemens-stýrikerfi. Með því hafi stefnandi tekið undir þann málatalibúnað stefnda að útboðsskilyrði hafi verið sniðin að einu fyrirtæki.

Að því leyti sem fullyrðingar stefnanda um tilboð stefnda vísi til annarra skilyrða en Siemens-kerfanna sé fullyrðingunum hafnað sem ósönnuðum og röngum. Stefnandi hafi aldrei nefnt þessi atriði áður, þótt hann hafi sent kærunefndinni fjölmargar athugasemdir.

Stefnandi haldi því fram að kærunefnd útboðsmála hafi ekki rannsakað málið nægilega. Nefndin hefði að hans mati átt að rannsaka hvort lögverndaður einkaréttur Smith & Norland hf. á tilteknum hugbúnaði hafi réttlætt bein samningskaup. Hið rétta sé að stefnandi beri sönnunarbyrðina fyrir slíkum fullyrðingum sínum en ekki nefndin. Aðalatriðið sé þó að upplýsingar hafi ekki vantað og málið hafi verið fullrannsakað. Nefndin hafi einfaldlega verið ósamþykk málsástæðum stefnanda og ekki fallist á lagatúlkun hans.

Sektin byggist á heimild í gildandi lögum en ekki lögum sem féllu úr gildi meira en áratug áður en innkaupin fóru fram. Stefnandi sé sérfræðingur í opinberum innkaupum og hafi því ekki verið í góðri trú um að innkaup án útboðs væru lögmæt heldur hafi hann mátt vita betur.

Niðurstöður nefndarinnar um málskostnað og sekt séu nægjanlega rökstuddar. Brot stefnanda hafi falist í kaupum án útboðs, sem sé eitt alvarlegasta brotið gegn regluverki opinberra innkaupa. Nefndin hafi ekki brotið gegn meðalhófsreglu enda sektarfjárhæðin lág miðað við alvarleika brotsins. Auk þess sé meðalhófsreglan sett borgurunum til verndar en sé ekki ætlað að vernda stjórnvöld sem hafi brotið gegn skyldum sínum.

#### Málið varði ekki réttarsamband stefnanda og stefnda heldur opinber viðurlög

Stefndi tekur fram að kærunefnd útboðsmála fari með tvíþætt hlutverk: Hún sé annars vegar úrskurðaraðili sem leysi úr deilumálum fyrirtækja og opinberra aðila. Hins vegar hafi hún eftirlit með opinberum aðilum og geti látið þá sæta refsikenndum viðurlögum þegar tilefni sé til.

Refsikennd viðurlög séu úrræði sem teljist til almenns eftirlitshlutverks nefndarinnar. Slík viðurlög séu ekki háð því að aðili geri kröfu um beitingu slíkra úrræða,

enda geti fyrirtæki eins og stefndi ekki haft hagsmuni af því að sveitarfélagi verði gerð refsing. Sekt sé ekki niðurstaða um ágreining milli fyrirtækis og opinbers kaupanda. Stefnandi hefði því með réttu átt að beina þessu máli að ríkinu vegna kærunefndar útboðsmála, í stað stefnda, í það minnsta kröfu sinni um ógildingu sektar.

#### Aðrar málsástæður og lagarök

Málskostnaðarkrafa stefnanda styðjist við 129. og 130. gr. laga nr. 91/1991. Það sé sérstaklega mikilvægt að stefndi komist skaðlaust frá málinu, sama hver úrslit þess verði. Hann hafi ekki tekið þá ákvörðun sem málið snúist um og ekki krafist þess að lögð yrði á stefnanda stjórnvaldssekt. Nefndin sjálf hafi lagt sektina á og stefnandi hafi enga aðild eða lögvarða hagsmuni af slíkri kröfu. Stefnandi hafi verið settur í þá ein-kennilegu aðstöðu að taka til varna fyrir hönd stjórnvalds og þeirrar ákvörðunar sem stjórnvaldið tók. Á sama tíma sé hann settur í þá stöðu að verja þá samfélagslegu hagsmuni sem felast í því að innkaup opinberra aðila séu í samræmi við lög. Því sé rétt að stefndi fái greiddan kostnað sinn af málinu í öllum tilvikum.

#### **Málsástæður og lagarök stefnda Smith & Norland hf.**

Stefndi Smith & Norland hf. tekur undir þær málsástæður og lagarök sem stefnandi færir fyrir aðalkröfu sinni um ógildingu úrskurðar kærunefndar útboðsmála 16. desember 2020 í máli nr. 32/2019.

Stefndi Vegagerðin lét kröfu stefnanda í aðalsök ekki til sín taka.

#### **Niðurstaða**

Það er fyrsta málsástæða stefnanda að þegar kæra stefnda Reykjafells ehf. barst kærunefnd útboðsmála hafi kærufrestur skv. 106. gr. laga nr. 120/2016 verið liðinn.

Kæra Reykjafells ehf. barst nefndinni 27. nóvember 2019. Sú athöfn stefnanda sem stefndi Reykjafell bar undir nefndina var samningar sem stefnandi og stefndi Vegagerðin gerðu við stefnda Smith & Norland hf. 9. júlí 2019. Reykjafell krafðist þess að þeir yrðu lýstir óvirkir skv. 115. gr. laga nr. 120/2016.

Í 106. gr. laganna eru tilgreindir frestir sem bjóðendur hafa til þess að kæra athafnir kaupenda svo og við hvaða tímamark frestur hefjist í hverju tilviki. Leiða má af 2. málslíð 1. mgr. 106. gr. laganna að kaupandi geti krafist óvirkni samnings innan 30 daga frá því að honum varð kunnugt um athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn rétti sínum. Krafa þess efnis verður þó ekki gerð þegar liðið hafa sex mán-

uðir frá gerð samnings, sbr. 3. málslíð 1. mgr. 106. gr. Miða skal upphaf frests við þann dag þegar tilkynning um gerð samnings hefur verið birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Hafi slík auglýsing ekki verið birt hefst sex mánaða frestur þegar sá samningur var gerður sem bjóðandi telur brjóta gegn rétti sínum, sbr. 3. málslíð 1. mgr. 106. gr.

Það mun óumdeilt að stefnandi og stefndi Vegagerðin tilkynntu ekki í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins að þeir hefðu gert samning við stefnda Smith & Norland.

Útboð nr. 14356 þar sem óskað var eftir tilboðum í rammasamning um stýribúnað umferðarljósa var auglýst 14. október 2019. Stefndi Reykjavell leitaði eftir þessum útboðsgögnum á ensku 17. október. Af því má ætla að hann hafi þá verið kominn með gögnin á íslensku. Í þeim stendur vissulega að miðlæg stýritölva umferðarljósa sé frá Siemens Mobility GmbH og hugbúnaður og vélbúnaður hafi verið uppfærður í gegnum árin. Dómurinn fær þó ekki séð af útboðsgögnum hvernig stefnda Reykjavelli átti við lestur þeirra að verða ljóst að stefnandi og Vegagerðin hefðu gert samning við Smith & Norland þremur mánuðum áður, þ.e. 9. júlí. Af úrskurði kærunefndarinnar verður ekki annað ráðið en að dagsetning samninganna hafi komið í ljós við málsmeðferð nefndarinnar. Dómurinn telur því að upphafsdagur 30 daga frests geti ekki verið 17. október. Ekki hefur annað verið leitt í ljós en stefnda Reykjavelli hafi ekki orðið kunnugt um samningsgerðina fyrir en skömmu áður en félagið kærði hana sem og útboð nr. 14356. Dómurinn telur því óhætt að leggja til grundvallar að kæraran hafi hvort tveggja borist innan sex mánaða hámarksfrests og innan 30 daga frá því að Reykjavell fékk vitneskju um samninga stefnanda og Vegagerðarinnar við Smith & Norland.

Stefnandi byggir næst á því að honum og Vegagerðinni hafi verið kaupin heimil á grundvelli ákvæða útboðsins 2005, á grundvelli laga um opinber innkaup nr. 94/2002 sem þá giltu svo og á grundvelli b-liðar 1. mgr. 39. gr. núgildandi laga.

Í 105. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup sem tóku við af lögum nr. 94/2002 segir að um innkaup sem hafi verið auglýst fyrir gildistöku laganna gildi eldri lögin. Viðtækara gildi er gömlu lögunum ekki veitt berum orðum í þeim lögum sem tóku við. Stefnandi byggir á því að í grein 4.9 í útboðsgögnum frá 2005 hafi verið ótímabundin heimild til viðbótarvörukaupa. Dómurinn telur að slíkar heimildir geti þó ekki verið ótímabundnar til eilífdar, sérstaklega ekki í samningum sem eru gerðir í opinberum rekstri, og að á þeim þrettán árum sem voru liðin frá gerð samninga við Smith & Norland hf., í janúar 2006 hafi þessi heimild í útboðsgögnum verið fallin niður. Þessu til stuðnings má vísa til e-liðar 20. gr. laga nr. 94/2002 þar sem segir að samningar um viðbótarvörur svo og endurnýjaðir samningar skuli að jafnaði ekki

gilda lengur en í þrjú ár. Dómurinn telur því að stefnanda gagnist hvorki að vísa til heimildar í útboðsgögnum um ótímabundna heimild til að kaupa vörur til viðbótar né eldri laga um opinber innkaup.

Að mati dómsins hefur stefnandi hvorki með rökum né gögnum sýnt fram á að uppfyllt séu þau skilyrði b-liðar 1. mgr. 39. gr. laga nr. 120/2016 að öðrum fyrir-tækjum en Siemens Mobility GmbH hefði verið tæknilega ómögulegt að uppfæra þann hug- og vélbúnað sem samningar gerðir 9. júlí 2019 tóku til.

Stefnandi byggir í þriðja lagi á því að ekki hafi verið uppfyllt skilyrði laga fyrir því að leggja á hann stjórnvaldssekt.

Með 18. gr. laga nr. 58/2013 sem breyttu lögum nr. 84/2007 var kærunefnd útboðsmála gert skylt að leggja stjórnvaldssekt á opinberan aðila sem gert hefði samning sem skylt væri að bjóða út á EES og önnur skilyrði laganna fyrir álagningu viður-laga væru uppfyllt. Með lögunum var innleidd tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB um breytingu á tilskipunum ráðsins 89/665/EBE og 92/13/EB. Með sömu lagabreytingu var kærunefndinni einnig veitt heimild til þess að lýsa samning óvirkan.

Í frumvarpi til laga nr. 58/2013 segir meðal annars: „Grunnrök tilskipunarinnar eru þannig þau að alvarleg brot á reglum um opinber innkaup eiga að leiða til verulega neikvæðra afleiðinga fyrir kaupanda, ef ekki með óvirkni samnings þá með öðrum viðurlögum sem hafa viðhlítandi varnaðaráhrif.“

Samkvæmt 1. mgr. 118. gr. laga nr. 120/2016 er skylda til útboðs á EES bundin við það að verðmæti samnings sé hærra en viðmiðunarfjárhæðir sem eru tilgreindar í reglugerð nr. 178/2018, sbr. 4. mgr. 23. gr. laga nr. 12/2016. Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. reglugerðarinnar verða sveitarfélög, stofnanir og aðrir opinberir aðilar að bjóða út á EES vörusamninga sé verðmæti þeirra hærra en 28.752.100 kr. Fyrir aðra opinbera aðila, svo sem stefnda Vegagerðina, sem er ríkisstofnun, er fjárhæðin 18.734.400 kr.

Til viðbótar því að verðmæti samnings þurfi að ná tiltekinni fjárhæð þarf að vera uppfyllt eitt þeirra skilyrða sem er tilgreint í þremur stafliðum 1. mgr. 118. gr. laganna. Samkvæmt b-lið ákvæðisins er skylt að leggja á kaupanda sekt þegar samningur er ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta, sbr. 1. mgr. 100. gr. a.

Eins og fram er komið áttu stefnandi og stefndi Vegagerðin að greiða stefnda Smith & Norland 14.925.010 kr. að frátöldum virðisaukaskatti fyrir samning um innleiðingu á hugbúnaði en 6.315.225 krónur að virðisaukaskatti frátöldum fyrir samning um uppfærslu á vélbúnaði. Nefndin taldi að við mat á því hvort skylt hefði verið að bjóða verkið út á EES yrði að líta á stefnanda og stefnda Vegagerðina sem einn aðila. Því þyrfti að leggja andvirði þessara samninga saman. Hún lagði því til grundvallar að verðmæti þeirra næmi 21.240.235 krónum.

Samningarnir, sem voru gerðir 9. júlí 2019, voru að fullu efndir þegar kærunefndin tók afstöðu til kæru stefnda Reykjafells enda var þá liðið næstum eitt og hálf ár frá samningsgerðinni. Nefndin taldi því ekki skilyrði til þess að úrskurða að samningarnir væru óvirkir. Þess í stað lagði hún stjórnvaldssekt á stefnanda og stefnda Vegagerðina með stoð í b-lið 1. mgr. 118. gr. laga nr. 120/2016. Stefndi Vegagerðin greiddi sektina en stefnandi höfðaði þetta mál til þess að fá úrskurðinum hnekk.

Samkvæmt 1. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016 fjalla þau um samninga um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur gera við eitt eða fleiri fyrirtæki og hafa að markmiði framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu.

Stefnandi Reykjavíkurborg er stjórnvald. Hann sinnir engu að síður ýmsum verkefnum sem fela ekki í sér meðferð stjórnsluvalds. Eitt af þeim er gerð einkaréttarlegra samninga, þar á meðal um kaup á vörum eða þjónustu á almennum markaði. Við gerð slíkra samninga kemur stjórnvaldið fram sem lögaðili enda beitir það ekki stjórnsluvaldi sínu við samningsgerðina. Um verkefni stjórnvalda einkaréttarlegs eðlis hafa verið sett lög og eru lög nr. 120/2016 um opinber innkaup ein þeirra.

Allir aðilar þessa máls eru því svokallaðir lögaðilar og nutu einnig þeirrar réttarstöðu við málsmeðferð fyrir kærunefndinni. Kærunefnd útboðsmála er hins vegar stjórnvald. Því gilda reglur stjórnsluréttar um málsmeðferð hennar, hvort heldur það eru formreglur um málsmeðferð eða efnisreglur, svo sem lögmatísreglan.

Fram er komið að skilyrði þess að heimilt sé að leggja stjórnvaldssekt á kaupanda er að samningur hafi verið útboðsskyldur á EES. Útboðsskyldan ræðst af verðmæti samninga og verður verðmæti samninga sem sveitarfélög gera að vera hærra en 28.752.100 kr. og verðmæti samninga sem aðrir en sveitarfélög, svo sem ríkisstofnanir, gera þarf að nema 18.734.400 kr. Nefndin lagði til grundvallar að samanlagt verðmæti samninga gerðra 9. júlí 2019 næmi 21.240.235 kr. án virðisaukaskatts. Eins og fram er komið leit nefndin ekki til þess að þessi fjárhæð skiptist milli stefnanda og stefnda Vegagerðarinnar.

Heildarverðmæti samninganna nam því 7.500.000 kr. lægri fjárhæð en því lágmarksverðmæti samnings sem stofnar skyldu sveitarfélaga til þess að bjóða út á EES og þar með skyldu kærunefndarinnar til þess að leggja á kaupanda stjórnsluviðurlög bjóði hann samninginn ekki út þar. Engu að síður lagði nefndin stjórnvaldssekt á stefnanda. Fyrir því færði hún þessi rök:

Samkvæmt þessu voru umræddir samningar samanlagt undir þeirri viðmiðunarfjárhæð er gildi samkvæmt orðalagi ákvæðisins um varnaraðila Reykjavíkurborg. Um varnaraðila Vegagerðina gildi hins vegar 2. mgr. 3. gr. reglugerðarinnar sem tekur til annarra en sveitarfélaga og aðila sem þeim tengjast. Þar kom fram að viðmiðunarfjárhæð vegna bæði vörusamninga og þjónustusamninga væri 18.734.400 krónur. Að þessu virtu verður ekki annað séð en að

stofnuninni hafi verið skylt að bjóða umrædd innkaup út, enda náðu þau fyrrgreindri viðmiðunarfjárhæð. Að virtum markmiðum laga nr. 120/2016 um að tryggja jafnræði fyrirtækja, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera telur nefndin að þegar um er að ræða innkaup tveggja eða fleiri opinberra aðila og viðmiðunarfjárhæðir gagnvart þeim eru mismunandi skuli lægri fjárhæðin gilda gagnvart öllum þeim sem standa saman að innkaupum.

Af lögmætisreglu stjórnisýsluréttar, sem sagt er að hafi gildi stjórn laga, og einnig lögmætisreglu refsiréttar, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár, sem og 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, hafa menn leitt það höfuðviðmið að kveða verði á um stjórnisýsluviðurlög í lögum eða í almennum stjórnvaldsfyrirmælum sem eru reist á fullnægjandi lagastoð. Þetta þýðir meðal annars að í lögum verður að tilgreina viðurlagategund svo og þann verknað sem getur varðað þeim viðurlögum. Einnig verður að vera ótvírætt hverja má beita viðurlögum. Lagastoðin verður að teljist fullnægjandi og leiki vafi á því hvort verknaður varði við stjórnisýslulög ber að túlka vafa þeim í hag sem ráðgert er að verði beittur viðurlögum.

Þau rök sem nefndin færir fyrir niðurstöðu sinni og það markmið með stjórnvaldssektum sem er tilgreint í frumvarpi til laga nr. 58/2013 geta ekki haggð þeirri ófrávíkjanlegu meginreglu að til þess að þær verði lagðar á verður sá verknaður sem sekta á fyrir að vera tilgreindur í lagaheimildinni. Að mati kærunefndarinnar nam verðmæti samninganna 9. júlí 2019 21.240.235 kr. Það verðmæti gat ekki verið grundvöllur stjórnvaldssektar skv. þeirri viðurlagaheimild sem gildi um stefnanda Reykjavíkurborg. Dómurinn lítur því svo á að nefndin hafi lagt sekt á stefnanda án þess að hafa fyrir því fullnægjandi lagastoð.

Með því fór nefndin á svig við inntak lögmætisreglunnar. Að mati dómsins er sá efnisannmarki á úrskurði nefndarinnar svo verulegur að ekki verði hjá því komist að fella úrskurðinn í heild sinni úr gildi.

Vegna þessarar niðurstöðu er ekki þörf á að taka afstöðu til annarra málsástaðna aðila.

Eins og atvikum þessa máls er háttað þykir rétt að hver málsaðili um sig beri sinn kostnað af úrlausn aðalkröfunnar.

Áður var greint frá því að stefndi Reykjafell höfðaði gagnsök á hendur Reykjavíkurborg og Vegagerðinni. Báðir gagnstefndu gripu til varna og kröfðust aðallega frávísunar, sýknu til vara og málskostnaðar úr hendi gagnstefnanda. Því gagnsakarmáli var vísað frá dómi í héraði en málskostnaður látinn bíða efnisdóms. Þá niðurstöðu staðfesti Landsréttur. Við aðalmeðferð í aðalsök áréttuðu gagnstefndu kröfu sína um málskostnað í gagnsök. Með vísan til atvika þessa máls og aðildar þykir rétt að málskostnaður milli aðila í gagnsök falli niður.

Ingiríður Lúðvíksdóttir héraðsdómari kveður upp þennan dóm.

## D Ó M S O R Ð

Felldur er úr gildi úrskurður kærunefndar útboðsmála frá 16. desember 2020 í máli nr. 32/2019: Reykjafell ehf. gegn Reykjavíkurborg, Vegagerðinni og Smith & Norland hf.

Málskostnaður milli aðila í aðalsök fellur niður.

Málskostnaður milli aðila í gagnsök fellur niður.

Ingiríður Lúðvíksdóttir

Rétt endurrit staðfestir, *SANA*  
Héraðsdómi Reykjavíkur 12. desember 2023

