

LANDSRÉTTUR

Dómur föstudaginn 24. júní 2022.

Mál nr. 745/2021:

Ísorka ehf.

(Stefán A. Svensson lögmaður)

gegn

Orku náttúrunnar ohf. og

(Jóhannes Karl Sveinsson lögmaður)

Reykjavíkurborg

(Theodór Kjartansson lögmaður)

Kristín Sólnes lögmaður, 3. prófmál)

Lykilorð

Útboð. Opinber innkaup. Verksamningur. Kærufrestur.

Útdráttur

Deilt var um hvort ógilda bæri úrskurð kærunefndar útboðsmála 11. júní 2021 í máli nr. 44/2020. ON ohf. varð hlutskarpastur í útboðinu sem R stóð að og tókust samningar þeirra á milli um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbílur í Reykjavík. Beindi Í ehf. kæru til kærunefndar útboðsmála af því tilefni. Með fyrrgreindum úrskurði var samningurinn lýstur óvirkur og lagt fyrir R að bjóða verkið út að nýju og R gerð stjórnvaldssekt, auk þess sem viðurkennd var skaðabótaskylda R gagnvart Í ehf. Í hinum áfrýjaða dómi var fallist á kröfur ON ohf. um ógildingu fyrrgreinds úrskurðar vegna fjölþættra annmarka á úrskurðinum um form og efni. Í dómi Landsréttar var rakið að Í ehf. hefði breytt kröfugerð sinni fyrir kærunefndinni 8. febrúar 2021 þegar fjórir mánuðir voru liðnir frá því að Í ehf. setti fram upprunalega kröfugerð sína í kæru 8. október 2020. Gerði Í ehf. þá fyrst kröfu um að samningurinn yrði lýstur óvirkur, með eða án annarra viðurlaga, samkvæmt 115. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016. Þá kom fram að samkvæmt 1. málslíð 1. mgr. 106. gr. sömu laga skuli bera skriflega kæru undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann teldi brjóta gegn réttindum sínum. Þó væri heimilt samkvæmt 2. málslíð sömu lagagreinar að bera kröfu um óvirkni samnings undir nefndina innan 30 daga frá framangreindu tímamarki. Krafa um óvirkni yrði þó ekki höfð upp þegar sex mánuðir væru liðnir frá gerð samnings, sbr. 3. málslíð 1. mgr. 106. gr. laganna. Þá sagði að um túlkun 1. mgr. 106. gr. væri til þess að líta að úrskurður um óvirkni samnings samkvæmt 115. gr. laganna hefði þau réttaráhrif að réttindi og skyldur aðila samkvæmt aðalefni samnings féllu niður. Slikur úrskurður væri í eðli sínu mjög íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi. Yrði gildissviði ákvæðisins því ekki gefið víðtækara gildissvið en skýrlega megi ráða af orðalagi þess. Var lagt til grundvallar að frestur Í ehf. til að setja fram kröfu um óvirkni samningsins hefði verið liðinn 8. febrúar 2021. Kærunefndinni hafi því verið óheimilt að taka þá kröfu til meðferðar. Þar sem niðurstaða nefndarinnar hafi verið að taka kröfuna til greina væri slíkur annmarki á málsmeðferð hennar að óhjákvæmilegt væri að staðfesta niðurstöðu hins áfrýjaða dóms.

Dómur Landsréttar

Mál þetta dæma landsréttardómarnir Aðalsteinn E. Jónasson og Jón Höskuldsson og Kristinn Halldórsson, settur landsréttardómari.

Málsmeðferð og dómkröfur aðila

- 1 Áfrýjandi skaut málinu til Landsréttar 6. desember 2021. Áfrýjað er dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 23. nóvember sama ár í málinu nr. E-3872/2021.
- 2 Áfrýjandi krefst þess að hinum áfrýjaða dómi verði hrundið og hann sýknaður af kröfu stefnda, Orku náttúrunnar ohf., auk málskostnaðar úr hendi stefnda, Orku náttúrunnar ohf., í héraði og fyrir Landsrétti. Loks krefst áfrýjandi málskostnaðar úr hendi stefnda Reykjavíkurborgar fyrir Landsrétti óskipt með stefnda Orku náttúrunnar ohf.
- 3 Stefndi Orka náttúrunnar ohf. krefst þess að hinn áfrýjaði dómur verði staðfestur. Þá krefst hann málskostnaðar úr hendi áfrýjanda.
- 4 Stefndi Reykjavíkurborg krefst staðfestingar hins áfrýjaða dóms auk málskostnaðar fyrir Landsrétti.

Málsatvik

- 5 Í máli þessu er deilt um hvort ógilda beri úrskurð kærunefndar útboðsmála 11. júní 2021 í máli nr. 44/2020. Með úrskurðinum var samningur stefndu, Orku náttúrunnar ohf. og Reykjavíkurborgar, um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík lýstur óvirkur. Var lagt fyrir stefnda Reykjavíkurborg að bjóða á ný út uppsetningu og rekstur hleðslustöðvanna. Að auki var honum gert að greiða stjórnvaldssekt og viðurkennd skaðabótaskylda hans gagnvart áfrýjanda vegna kostnaðar af því að undirbúa og taka þátt í útboðinu. Snýr ágreiningur aðila að því hvort úrskurður kærunefndar útboðsmála sé haldinn ógildingarannmörkum.
- 6 Stefndi Reykjavíkurborg undirritaði 4. apríl 2019 samkomulag við Orkuveitu Reykjavíkur og Veitur ohf. um uppbyggingu innviða til hleðslu á rafbílum í Reykjavík. Í 1. gr. samkomulagsins segir að aðilar þess hafi allir sett sér metnaðarfull og nauðsynleg loftlagsmarkmið og aðgerðaráætlanir til að ná þeim. Nái áætlanir þeirra til að sporna við hlýnun jarðar með því að auðvelda almenningi að draga úr losun sinni. Markmið aðila með samkomulaginu sé að koma upp hleðslubúnaði fyrir rafbíla fyrir þá sem síður geta komið slíkum búnaði fyrir heima hjá sér og fyrir starfsfólk Reykjavíkurborgar. Loks segir að markmið samkomulagsins sé að hvetja húsfélög fjöleignarhúsa til að koma upp hleðslubúnaði fyrir rafbíla.
- 7 Umhverfis- og skipulagssvið Reykjavíkurborgar óskaði 4. júlí 2020 eftir tilboðum í uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla á stæðum víðsvegar um Reykjavík. Tekið var fram í auglýsingu um útboðið að um væri að ræða almennt útboð þar sem innifalið í tilboðsverði væri allur kostnaður, þar með talinn búnaður, tengingar og rekstur á hleðslustöðvum fyrir rafbíla og rekstur þjónustuværs samkvæmt útboðsskilmálum. Tilboðum skyldi skilað eigi síðar en 20. ágúst 2020 og þann dag

voru tilboðin opnuð. Áfrýjandi, Bílahleðslan ehf., stefndi Orka náttúrunnar ohf. og Knýr ehf. buðu í verkið og reyndist tilboð stefnda Orku náttúrunnar ohf. hagstæðast. Við opnun tilboðanna lét fulltrúi áfrýjanda bóka að hann óskaði eftir því að fá uppgæfið hvernig stefndi Orka náttúrunnar ohf. uppfyllti tæknilegar kröfur útboðsins varðandi búnað og rekstrarkerfi.

- 8 Umhverfis- og skipulagssvið Reykjavíkurborgar tilkynnti 2. október 2020 að ákveðið hefði verið að taka tilboði lægstbjóðanda í öllum hlutum útboðsins, stefnda Orku náttúrunnar ohf. Í tilkynningunni kom fram að kominn væri á bindandi samningur á grundvelli útboðsgagna og tilboðs stefnda Orku náttúrunnar ohf. Einnig segir að telji bjóðendur eða seljendur vöru, verka og þjónustu að brotið hafi verið á rétti þeirra eða að meðferð innkaupamála hafi verið ábótavant sé þeim ætíð heimilt að beina erindi þar um til innkaupa- og framkvæmdaráðs skriflega innan 20 daga frá því að kvartandi vissi eða mátti vita um ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum.
- 9 Áfrýjandi kærði niðurstöðu útboðsins 8. október 2020 til kærunefndar útboðsmála og krafðist þess að ákvörðun Umhverfis- og skipulagssviðs Reykjavíkurborgar um að ganga til samninga við stefnda Orku náttúrunnar ohf. yrði felld úr gildi. Í kærinni var tekið fram að hún lyti að tveimur efnisatriðum í tengslum við val á tilboðum. Annars vegar að því að lausn stefnda Orku náttúrunnar ohf. uppfyllti ekki kröfur samkvæmt grein 2.4.3 skilmála útboðsins og hins vegar að Samkeppniseftirlitið hefði 24. september 2020 hafið opinbera rannsókn á ætluðum samkeppnislagabrotum á þeim hluta starfsemi stefnda Orku náttúrunnar ohf. sem sneri að sölu, uppsetningu og þjónustu félagsins vegna hleðslustöðva og hleðslna fyrir rafbílana á smásölustigi og að vísa ætti stefnda Orku náttúrunnar ohf. frá útboðinu. Jafnframt óskaði áfrýjandi eftir álitni kærunefndar útboðsmála á skaðabótaskyldu stefnda Reykjavíkurborgar, sbr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og fór fram á að kærunefndin nýtti heimild sína til að stöðva samningsgerð aðilanna um stundarsakir, sbr. 110. gr. sömu laga.
- 10 Í tölvupósti kærunefndar útboðsmála til stefnda Reykjavíkurborgar 19. október 2020 kemur fram að af kostnaðaráætlun hans yrði ráðið að kostnaður hefði verið metinn miðað við fimm ára samningstíma en samkvæmt útboðsgögnum gæti samningstími lengst orðið átta ár. Samkvæmt lögum nr. 120/2016 bæri að taka tillit til heildarsamningstíma við mat á verðmæti samnings. Því væri óskað eftir afstöðu stefnda Reykjavíkurborgar til þess hvort innkaupin væru enn undir viðmiðunarfjárhæðum ef tekið yrði tillit til átta ára mögulegs heildarsamningstíma. Jafnframt koma fram í tölvupóstinum vangaveltur um hvort samningurinn sem boðinn var út sé ekki sérleyfi í skilningi 23. töluliðar 2. gr. laga nr. 120/2016. Því hafnaði stefndi Reykjavíkurborg með svari til kærunefndarinnar 6. nóvember 2020. Áður hafði borgin lýst þeirri afstöðu sinni að samningsfjárhæðin, 13.935.484 krónur án virðisaukaskatts, væri miðuð við átta ára samningstíma.

- 11 Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 22. október 2020 var hafnað kröfu áfrýjanda um að útboð um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva yrði stöðvað um stundarsakir. Vísaði nefndin til þess að kostnaðaráætlun vegna verksins gæfi til kynna að ekki væri um útboðsskyld innkaup að ræða. Næmi kostnaðaráætlun vegna átta ára hámarks samningstíma 13.935.484 krónum, sem væri undir þeim viðmiðum sem um ræddi í lögum nr. 120/2016, og því félli ágreiningur aðila ekki undir úrskurðarvald kærunefndar útboðsmála, sbr. 2. mgr. 103. gr. laganna. Væru því ekki skilyrði til að verða við kröfu áfrýjanda um að hið kærða útboð yrði stöðvað um stundarsakir á meðan leyst yrði úr kæru málsins.
- 12 Með bréfi 9. nóvember 2020 var áfrýjanda gefinn kostur á að tjá sig um athugasemdir stefnda Reykjavíkurborgar til kærunefndar útboðsmála. Í athugasemdum áfrýjanda 20. nóvember sama ár er málatilbúnaði borgarinnar mótmælt og kröfur áfrýjanda áréttáðar. Þá segir að áfrýjandi byggji á því að innkaupin hafi verið yfir viðmiðunarfjárhæð 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 þar sem rekstrarkostnaður hafi verið verulega vanáætlaður en gleymst hafi að gera ráð fyrir dreifingarkostnaði og ekki hafi verið gert ráð fyrir nauðsynlegum kostnaðarliðum. Þá kveðst áfrýjandi ekki útiloka að hið kærða útboð hafi falið í sér veitingu sérleyfis þar sem samningurinn útiloki samkeppni og lægstbjóðandi fái úthlutað frágengnum bílastæðum. Þá segir að með því að leggja fram hærra söluverð raforku í kostnaðaráætlun sé hægt að reikna virði þess samnings sem boðinn hafi verið út yfir viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins.
- 13 Stefndi Orka náttúrunnar ohf. sendi kærunefnd útboðsmála athugasemdir vegna málsins 15. janúar 2021. Það sama gerði stefndi Reykjavíkurborg 27. sama mánaðar. Fólu athugasemdir stefndu í sér svar við þeim málsástæðum sem áfrýjandi byggði kæru sína á.
- 14 Með bréfi 8. febrúar 2021 sendi áfrýjandi kærunefnd útboðsmála „viðbótarsjónarmið“ með breyttri kröfugerð. Orðrétt segir í bréfinu: „Í ljósi hinna nýju gagna og framkominna athugasemda varnaraðila gerir kærandi einnig kröfu um að kærunefndin lýsi samninginn óvirkan, með eða án annarra viðurlaga, samkvæmt ákvæðum 115. gr. laga nr. 120/2016. Samhliða er gerð krafa um að hið kærða útboð verði felld úr gildi og lagt fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á hleðslustöðvum.“
- 15 Stefndu nýttu tækifæri sem gafst til þess að senda kærunefnd útboðsmála umsögn um athugasemdir áfrýjanda í fyrrnefndu bréfi 8. febrúar 2021. Í bréfi stefnda Reykjavíkurborgar til kærunefndarinnar 26. febrúar 2021 var nýjum kröfum áfrýjanda mótmælt sem of seint fram komnum og málatilbúnaði hans í heild sinni.
- 16 Kærunefnd útboðsmála sendi stefnda Reykjavíkurborg tölvupóst 21. apríl 2021 þar sem óskað var eftir tilteknum upplýsingum varðandi framlag kaupanda, þar á meðal um áætlaðan kostnað eða raunkostnað af því að tengja heimtaugar í götuskápa við

bílastæði og uppsetningu mælaskápa ásamt rafbúnaði og spennusetri. Enn fremur um kostnað borgarinnar við að útvega og ganga frá undirstöðum hleðslustöðva, frágang bílastæða og fleira. Einnig var óskað eftir afstöðu stefnda Reykjavíkurborgar til þess hvort taka ætti mið af verðmæti þeirra lóða eða bílastæða sem lögð væru til. Loks var óskað eftir upplýsingum um að hvaða leyti samningurinn við stefnda Orku náttúrunnar ohf. hefði verið efndur og greiðslur farið fram, þar með talið hvað varðaði uppsetningu hleðslustöðva, sbr. 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016.

- 17 Í svari stefnda Reykjavíkurborgar 12. maí 2021 til kærunefndar koma fram upplýsingar um raunkostnað vegna framkvæmda sem ráðist hafði verið í vegna útboðsins að fjárhæð 84.400.000 krónur sem var sundurliðað milli verkþátta. Hafnaði stefndi því að líta mætti á framangreindan kostnað sem framlag kaupanda í skilningi f-liðar 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Einnig kom fram að samningur stefndu hefði að mestu leyti verið efndur en hleðslustöðvar, að einni undanskilinni, hefðu verið settar upp. Sjónarmið áfrýjanda sem kæranda í tilefni af svari stefnda Reykjavíkurborgar liggja fyrir í bréfi til kærunefndar 17. maí 2021 sem telur 15 blaðsíður, auk fylgigagna. Ekki hefur þýðingu fyrir úrlausn málsins að rekja efni bréfsins.
- 18 Með úrskurði kærunefndarinnar 11. júní 2021 var samningur stefndu 2. október 2020 um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla lýstur óvirkur frá uppkvaðningu hans. Byggði niðurstaðan á þeirri forsendu að líta bæri á útboðið sem veitingu sérleyfis í skilningi laga og reglugerðar og að fjárhæð samningsins hafi verið umfram viðmiðunarfjárhæð 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Því hafi stefnda Reykjavíkurborg borið að tilkynna fyrirhugaða veitingu sérleyfis á EES-svæðinu. Með úrskurðinum var lagt fyrir borgina að bjóða út að nýju uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík. Loks var stefnda Reykjavíkurborg gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 4.000.000 króna í ríkissjóð og skaðabótaskylda borgarinnar viðurkennd gagnvart áfrýjanda vegna kostnaðar hans af því að undirbúa og taka þátt í útboðinu. Þá var stefnda Reykjavíkurborg gert að greiða áfrýjanda 2.000.000 króna í málskostnað.
- 19 Stefndi Reykjavíkurborg óskaði eftir frestun réttaráhrifa úrskurðarins með bréfi 22. júní 2021 en því var synjað með ákvörðun kærunefndar útboðsmála 28. júlí sama ár.
- 20 Stefndi Orka náttúrunnar ohf. krafðist endurupptöku málsins hjá kærunefnd útboðsmála 23. júní 2021. Stefndi Reykjavíkurborg sendi kærunefndinni athugasemdir í tilefni af þeirri beiðni 30. sama mánaðar þar sem tekið var undir kröfu um endurupptöku málsins og ítrekuð beiðni um frestun réttaráhrifa úrskurðarins. Áfrýjandi sendi athugasemdir til kærunefndarinnar og taldi ekki skilyrði til endurupptöku málsins. Hafnaði nefndin beiðni stefnda Orku náttúrunnar ohf. um endurupptöku málsins með ákvörðun 28. júlí 2021.

- 21 Stefndi Orka náttúrunnar ohf. höfðaði mál þetta fyrir héraðsdómi 26. ágúst 2021. Hinn áfrýjaði dómur var sem fyrr segir kveðinn upp 23. nóvember 2021.

Niðurstaða

- 22 Ekki verður talið að hinn áfrýjaði dómur sé haldinn slíkum annmörkum að hann beri að ómerkja án kröfu.
- 23 Svo sem fyrr er rakið breytti áfrýjandi kröfugerð sinni fyrir kærunefnd útboðsmála 8. febrúar 2021. Gerði hann þá fyrst kröfu um að kærunefndin lýsti samning stefndu óvirkan, með eða án annarra viðurlaga, samkvæmt 115. gr. laga nr. 120/2016. Voru þá liðnir fjórir mánuðir frá því áfrýjandi setti fram upprunalega kröfugerð sína í kærnu 8. október 2020. Í breyttri kröfugerð krafðist áfrýjandi þess jafnframt að hið kærða útboð yrði fellt úr gildi og lagt fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á hleðslustöðvum. Tók kærunefndin þessa breyttu kröfu áfrýjanda til greina en sakarefni málsins varðar meðal annars það álitafni hvort henni hafi verið það heimilt.
- 24 Samkvæmt 1. málslíð 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 skal bera skriflega kærnu 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. Þó er heimilt samkvæmt 2. málslíð sömu lagagreinar að bera kröfu um óvirkni samnings undir nefndina innan 30 daga frá framangreindu tímamarki. Krafa um óvirkni samnings verður þó ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans, sbr. 3. málslíð 1. mgr. 106. gr. Við nánari ákvörðun frestsins gildir eftirfarandi: 1. Þegar kærð er ákvörðun um val tilboðs eða aðrar ákvarðanir samkvæmt 1. og 2. mgr. 85. gr. skal miða upphaf frests við birtingu þeirra tilkynninga sem þar greinir, enda hafi þær að geyma tilskildar upplýsingar. 2. Þegar höfð er uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hefur verið án undanfarandi útboðsauglýsingar skal miða upphaf frests við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samnings í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur fyrir ákvörðun kaupanda um að auglýsa ekki innkaup.
- 25 Um túlkun 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 er til þess að líta að úrskurður um óvirkni samnings samkvæmt 115. gr. laganna hefur þau réttaráhrif samkvæmt 2. málslíð 1. mgr. að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings falla niður. Er slíkur úrskurður því í eðli sínu mjög íþyngjandi fyrir þá sem eiga hlut að máli. Af því leiðir óhjákvæmilega að ákvæði 1. mgr. 106. gr. um upphafstíma frests til að setja fram kröfu um óvirkni samnings verður ekki gefið víðtækara gildissvið er skýrlega má ráða af orðalagi þess.
- 26 Líta verður svo á að meginreglan samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 sé sú að upphafstími frests sem kærandi hefur til að bera fram skriflega kærnu miðist við það tímamark er hann vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Hvað varðar kröfu um óvirkni samnings er beinlínis tekið fram í ákvæðinu að upphafstími frests til að setja fram slíka kröfu taki

jafnframt mið af þessu tímamarki, sbr. orðalagið um að setja skuli slíka kröfu fram „innan 30 daga frá framangreindu tímamarki“. Þó getur frestur til að bera fram slíka kröfu aldrei orðið lengri en sex mánuðir frá því samningur var gerður. Verður ákvæðið ekki skilið á annan hátt samkvæmt orðanna hljóðan en að 30 daga fresturinn gildi í öllum tilvikum þegar kærandi veit eða má vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Hinn sérstaki upphafstími frests sem vikið er að í lokamálslið 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 nær eingöngu til þess þegar tilkynning hefur verið birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Hafi skylda til slíkrar birtingar verið vanrækt, svo sem byggt er á af hálfu áfrýjanda, verður í ljósi fyrrgreindrar meginreglu 1. mgr. 106. gr. að líta svo á að hinn sérstaki frestur samkvæmt lokamálslið ákvæðisins geti einungis náð til kæranda sem eru grandlausir um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem þeir telja að brjóti gegn réttindum sínum.

- 27 Áfrýjandi byggir á því að hann hafi ekki haft forsendur til að setja kröfu sína um óvirkni fram fyrr en hann gerði þar sem hann hafi fyrir þann tíma skort upplýsingar til að meta hvort samningurinn hafi verið yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016. Á þetta verður ekki fallist, enda var ekkert því til fyrirstöðu að áfrýjandi sem tók þátt í útboðinu setti slíka kröfu fram samhliða upphaflegri kröfugerð sinni. Með því hefði hann komið því strax til leiðar að kærunefnd útboðsmála kallaði eftir nánari upplýsingum frá stefnda Reykjavíkurborg um grundvöll viðmiðunarfjárhæða sem útboðið byggði á. Eins og atvikum máls háttar verður því litið svo á að áfrýjandi hafi verið grandsamur um þau sjónarmið sem lágu breyttri kröfugerð hans um óvirkni til grundvallar þegar kæra hans var send kærunefndinni. Það athugast í því sambandi að heimild kæranda til að setja fram viðbótarkröfur eftir að kæra hefur verið send er þröngur stakkur sniðinn samkvæmt lögum nr. 120/2016. Á það einkum við þegar um er að ræða kröfur sem eru sérstaklega íþyngjandi eins og við getur átt við um kröfu um óvirkni samnings. Í athugasemdum við XI. kafla í frumvarpi sem varð að þeim lögum segir að ekki hafi verið gerðar efnislegar breytingar á ákvæðum kaflans um hlutverk kærunefndar útboðsmála. Í athugasemdum við 91. gr. frumvarps til eldri laga um sama efni, nr. 84/2007, sagði jafnframt um hlutverk kærunefndar að það ákvæði svaraði til 75. gr. eldri laga um sama efni nr. 94/2001. Í athugasemdum með frumvarpi við síðastnefnt ákvæði segir að hlutverk kærunefndar útboðsmála sé bundið við að taka til meðferðar formlegar kærur einstaklinga og lögaðila. Af þessum skýringum verður ráðið að málalíbúnaður kæranda sem lagður er fyrir kærunefndina með skriflegri kæru marki að meginstefnu til umfjöllunarefni nefndarinnar og úrlausn og að kærandi geti að jafnaði ekki bætt síðar við kröfum vegna sjónarmiða og gagna frá kærða. Er um þetta einnig að líta til athugasemda við 79. gr. í frumvarpi sem varð að framangreindum lögum nr. 94/2001. Í þeirri grein var fjallað um meðferð kæru og gagnaöflun fyrir kærunefnd útboðsmála og vísað til þess að sambærileg ákvæði væri að finna í þágildandi 54. gr. reglugerðar nr. 302/1996 um innkaup ríkisins. Í athugasemdunum segir að ráðgert sé að viðhaldið verði því fyrirkomulagi að sá sem kæra beinist gegn fái stuttan frest til að tjá sig um

kæru en að því loknu geti kærandi tjáð sig um svar kærða. „Kærandi getur hins vegar almennt ekki aukið við kröfur eða málsástæður í andsvari sínu. Er því ekki nauðsynlegt að gefa kærða kost á því að tjá sig sérstaklega um svar kærands.“ Einnig segir í sömu athugasemdum að hraða skuli málsmeðferð fyrir nefndinni og verði frestur til greinargerðar að vera skammur. Hæfilegur frestur til greinargerðar kærða yrði almennt talin um ein vika, en það beri þó að meta með hliðsjón af eðli málsins. Frestur til andsvara kæranda myndu almennt vera mjög skammur, „...enda á máltilbúnaður hans að liggja fyrir í kærinni að öllu verulegu leyti“. Verður ekki ráðið af lögskýringargögnum með eldri lögum nr. 84/2007, sem leystu sem fyrir segir lög nr. 94/2001 af hólmi, eða nágildandi lögum nr. 120/2016, að önnur sjónarmið ættu að gilda um meðferð kæru fyrir kærunefndinni. Falla þessi sjónarmið að málshraðareglu 6. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 þar sem segir að kærunefnd útboðsmála skuli kveða upp úrskurð um kæru eins fljótt og auðið er og eigi síðar en einum mánuði eftir að henni hafa borist athugasemdir kæranda ef því er að skipta. Um þetta vísast einnig til málshraðareglu 1. mgr. 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, sbr. 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016.

- 28 Samkvæmt öllu framangreindu verður lagt til grundvallar að frestur áfrýjanda samkvæmt 106. gr. laga nr. 120/2016 til að setja fram kröfu um óvirkni sammings stefndu hafi verið liðinn 8. febrúar 2021. Af því leiðir að kærunefnd útboðsmála var óheimilt að taka þá kröfu til meðferðar. Þar sem niðurstaða nefndarinnar 11. júní 2021 í máli nr. 44/2020 var að taka kröfuna til greina er slíkur annmarki á málsmeðferð hennar að óhjákvæmilegt er þegar af þeirri ástæðu að staðfesta niðurstöðu hins áfrýjaða dóms. Samkvæmt því verður hinn áfrýjaði dómur staðfestur.
- 29 Niðurstaða hins áfrýjaða dóms um að fallast ekki á kröfu áfrýjanda um málskostnað í héraði er staðfest. Það athugast að það fórst fyrir að tilgreina þá niðurstöðu í dómsorði hins áfrýjaða dóms, sbr. 2. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.
- 30 Rétt þykir að málskostnaður falli niður fyrir Landsrétti.

Dómsorð:

Hinn áfrýjaði dómur skal vera óraskaður, þar með talin niðurstaða hans um málskostnað.

Málskostnaður fyrir Landsrétti fellur niður.

Rétt endurrit staðfestir

Gjald: 2.400 kr.

