

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur föstudaginn 20. desember 2024

Mál nr. E-2086/2024:

Landsnet hf.

(*Arnar Heimir Lárusson lögmaður*)

gegn

Orkuvirki ehf. og

(*Magnús Ingvar Magnússon lögmaður*)

RST Neti ehf.

(*Hulda Björg Jónsdóttir lögmaður*)

Dómur

Mál þetta, sem var þingfest 9. apríl 2024, er höfðað af Landsneti hf., Gylfaflöt 9, Reykjavík, á hendur Orkuvirki ehf., Tunguhálsi 3, Reykjavík, og RST Neti ehf., Álfhelli 6, Hafnarfirði. Málið var dómtekið 4. desember 2024.

Stefnandi krefst þess að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 5/2023, sem kveðinn var upp 17. nóvember 2023, verði ógiltur. Þá krefst stefnandi málskostnaðar úr hendi stefnda Orkuvirkis ehf.

Stefndi Orkuvirki ehf. krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda og málskostnaðar úr hans hendi.

Stefndi RST Net ehf. sótti þing í málinu en lætur málið ekki til sín taka fyrir dóminum og gerir ekki kröfur á hendur stefnanda. Stefnandi gerir ekki kröfu um málskostnað úr hendi þessa stefnda.

I

Málsatvik

Forsaga máls þessa er sú að síðla árs 2022 bauð stefnandi út tvö útboðsverk, annars vegar FIT-31-22 (Stjórn og varnarbúnaður á Fitjum) og hins vegar FIT-32-22 (Uppsetning á búnaði). Fór útboðið fram á grundvelli reglugerðar nr. 340/2017 um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu. Um var að ræða lokað útboð sem auglýst var 1. desember 2022 innan gagnvirs innkaupakerfis um þjónustu rafverktaka í samræmi við 49. gr. áðurnefndrar reglugerðar, sbr. grein 1.4 í útboðslýsingu beggja útboða. Ágreiningur máls þessa varðar síðarnefnda útboðsverkið, FIT-32-22. Verkið fól nánar tiltekið í sér uppsetningu 145 kV GIS-rofareita ásamt lagningu og tengingu háspennustrengja, jarðvegsskipti fyrir undirstöður, forsteypuundirstöður og uppsetningu, smíði og uppsetningu á stáli fyrir endabúnað 145 kV strengja ásamt uppsetningu á girðingu, sbr. grein 1.1 í útboðslýsingu. Tekið var fram að verkefninu væri lýst nánar í verklýsingu sem fylgdi útboðsgögnum. Í grein 1.4 kom fram að þeir verktakar sem væru þátttakendur í undirflokknum „Rofabúnaður AIS, rofabúnaður GIS og stjórn- og

varnarbúnaður“ fengju aðgang að þessum útboðsgögnum, auk þess sem ákvæði „Samnings um kaup á þjónustu rafverktaka“ giltu um útboðið nema annað leiddi af ákvæðum útboðsgagna. Þá kom fram í grein 1.4.1 í útboðslýsingu að kaupandi áskildi sér rétt til þess að ræða við þann aðila sem hefði lagt fram hlutskarpasta tilboðið til að staðfesta skuldbindingar sem fælust í tilboðinu. Skilafrestur tilboðs í útboðinu var 15. desember 2022 og var tekið fram í grein 1.5 að gildistími tilboða skyldi vera 12 vikur. Valforsendur útboðsins komu fram í grein 1.11 þar sem tekið var fram að við val á verk-taka yrði litið til heildartilboðsfjárhæðar samkvæmt safnblaði í tilboðsbók. Í grein 1.12.2 sagði að verkkaupi hygðist ekki halda opunarfund en þegar tilboðstíma væri lokið yrðu nöfn og heildartilboðsfjárhæð samkvæmt safnblaði send á alla í flokknum. Endanlegar niðurstöður útboðsins yrðu svo birtar að lokinni yfirferð tilboða. Í grein 1.12.3 var tekið fram að verkkaupi hygðist taka lægsta heildartilboði án virðisaukaskatts samkvæmt samantektarblaði tilboðsbókar. Í grein 1.14 kom fram að verkkaupi myndi tilkynna bjóðendum um endanlegt val á tilboði að lokinni yfirferð tilboða og valið vera í samræmi við valforsendur útboðsgagna.

Kafla IV í útboðslýsingu bar heitið Stálvirki. Í kafla IV.4.8.3 lið (2) var fjallað um öryggisgirðingu sem skyldi „vera u.þ.b. 3,2 m há, heilgalvanhúðuð og gerð úr kerfis-einingum“. Í lið (6) í sama ákvæði var samsvarandi greiðsluliður: „G04.8.3 Girðing. Magntala fyrir girðingu er metrar (m) mælt lárétt eftir girðingunni sem reist er umhverfis endabúnað.“

Útboð FIT-32-22 var auglýst 1. desember 2022 og voru tilboð í því opnuð 21. sama mánaðar í starfsstöð stefnanda. Tvö tilboð bárust. Annars vegar frá stefnda RST Neti ehf. að fjárhæð 110.110.261 króna og 93.942 evrur og hins vegar frá stefnda Orkuvirki ehf. að fjárhæð 113.437.987 krónur og 108.115 evrur. Kostnaðaráætlun stefnanda nam 114.882.000 krónum. Stefnandi boðaði báða bjóðendum á skýringarfundi og fóru þeir fram 29. desember 2022. Stefnandi tilkynnti báðum bjóðendum 24. janúar 2023 um þá ákvörðun sína að velja tilboð lægstbjóðanda, stefnda RST Nets ehf.

Stefndi Orkuvirki ehf. kærði 2. febrúar 2022 til kærunefndar útboðsmála inn-kaupaferli stefnanda vegna útboðsins sem var auðkennt FIT-31-22 og þá ákvörðun stefnanda að velja tilboð stefnda RST Nets ehf. í útboðinu sem auðkennt var FIT-32-22. Krafðist stefndi Orkuvirki ehf. þess að hin kærðu útboð yrðu felld úr gildi og stefnanda gert að auglýsa þau að nýju. Þá var gerð krafa um að kærunefndin léti í té álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda gagnvart stefnda Orkuvirki ehf. og að stefnanda yrði gert að greiða honum málskostnað. Stefnanda og stefnda RST Neti ehf. var gefinn kostur á að gera athugasemdir við framkomnar kærur. Lagði stefndi RST Net ehf. fram athugasemdir sínar 17. febrúar 2023.

Stefnandi skilaði greinargerð til nefndarinnar 24. febrúar 2023 og krafðist þess aðallega að öllum kröfum stefnda Orkuvirkis ehf. í tengslum við útboð FIT-31-22 yrði

vísað frá kæruneftndinni, að kröfum stefnda Orkuvirkis ehf. í tengslum við útboð FIT-32-22 yrði hafnað og stefnda Orkuvirki ehf. gert að greiða málskostnað sem rynnir í ríkissjóð. Með greinargerð sinni lagði stefnandi fram fundargerðir skýringarfundar með báðum stefndu. Var stefnda Orkuvirki ehf. sem kæranda veittur frestur af kæruneftndinni til þess að skila athugasemdum við greinargerð stefnanda í samræmi við málsmeðferðarreglur kæruneftndarinnar. Stefndi Orkuvirki ehf. lagði fram athugasemdir sínar 13. mars 2023 og tilkynnti um leið að hann félli frá kröfu sinni um ógildingu útboðs FIT-31-22 í heild sinni en að öðrum kröfum væri haldið til streitu. Í athugasemdunum var m.a. bent á að samkvæmt framlögðum gögnum frá stefnanda hefði tilboð stefnda RST Nets ehf. verið í ósamræmi við útboðsgögn.

Kæruneftndin óskaði eftir frekari upplýsingum og gögnum frá stefnanda 14. september 2023 og bærust þær 25. sama mánaðar. Kæruneftndin óskaði enn eftir frekari upplýsingum með tölvuskeyti 5. október 2023. Þar var m.a. vísað til liðar 11 í fundargerð stefnanda vegna skýringarfundar með RST Nets ehf. 29. desember 2022 þar sem tekið væri fram að í tilboði félagsins hefði „verið reiknað með 2m girðingu, en að girðingin ætti að vera 3,2m“. Hefði verið tekið fram að fulltrúi RST Nets ehf. „myndi athuga þetta“. Ekkert frekar kæmi fram um það í fyrirliggjandi gögnum málsins hver niðurstaða þessa hefði verið. Þá sagði: „Kæruneftndin óskar eftir því að þetta verði skýrt betur, hver niðurstaðan var um þetta í tilboði RST Nets ehf.“

Stefnandi svaraði beiðni kæruneftndarinnar með bréfi 10. október 2023. Þar sagði m.a. að í útboðsgögnum fyrir verkið FIT-32-22 kæmi fram í kafla IV.4.8.3(2) að öryggisgirðing skyldi m.a. vera „u.þ.b. 3,2m há“. Samsvarandi greiðsluliður væri í G04.8.3 í gögnunum. Ekki væri gerð sérstök krafa um skil á upplýsingum um girðingar „en á skýringarfundi hefði komið fram að í tilboði hefði verið gert ráð fyrir að öryggisgirðing væri 2,0 metra há, sbr. fundargerð skýringarfundar, pt. 11“. Á skýringarfundinum hefði lögstjóðanda verið „bent á þetta misræmi eins og fram kemur í fundargerð skýringarfundar pt. 11 og ætlaði bjóðandi að skoða málið“. Með tölvuskeyti til lögstjóðanda hefði verið „óskað eftir formlegri afstöðu til þessa og honum gefinn kostur á að standa við tilboðið í samræmi við kröfur útboðsgagna en í því felst að öryggisgirðing skyldi vera u.þ.b. 3,2 metra há eins og gögnin greindu“. Með tölvuskeyti RST Nets ehf. hefði borist „staðfesting þess efnis að tilboð RST Nets ehf. stæði“. Þannig hefði verið „staðfest að tilboðsfjárhæðin stæði og fram boðin og uppsett öryggisgirðing væri í samræmi við kröfur gagna enda breytingar frá þeim kröfum ekki heimilaðar“.

Kæruneftndin óskaði eftir því 23. október 2023 að stefnandi legði fram tilboð RST Nets ehf. í heild sinni ásamt fylgiskjölum í útboði FIT-32-22 og voru þau gögn afhent nefndinni sama dag.

Þar sem stefndi Orkuvirki ehf. hafði undir rekstri málsins hjá kæruneftndinni fallið frá kröfum er luttu að útboði FIT-31-22 laut úrskurður nefndarinnar frá 17. nóvember

2024 í máli nr. 5/2023 sem hér er til umfjöllunar eingöngu að útboði FIT-32-22. Í úrskurði kæruneftndarinnar kom fram að bindandi samningur hefði komist á milli stefnanda og stefnda RST Nets ehf. Samkvæmt 1. mgr. 114. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup yrði bindandi samningur ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hefði verið ólögmat. Þegar af þeirri ástæðu var hafnað kröfu stefnda Orkuvirkis ehf. sem laut að því að hið kærða útboð yrði felld úr gildi og að stefnanda yrði gert að auglýsa útboðið að nýju. Kæmi því eingöngu til skoðunar krafa stefnda Orkuvirkis ehf. um að kæruneftndin léti í ljós álit sitt á skaðabótaskyldu stefnanda, sbr. 2. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016.

Í niðurstöðu kæruneftndarinnar sagði að það væri meginregla útboðsréttar að bjóðendur bæru ábyrgð á tilboðum sínum og að þeim væri skilað í samræmi við kröfur útboðsgagna, eftir atvikum eins og þeim hefði verið breytt eða þau skýrð nánar við meðferð útboðsins. Taldi nefndin að ákvæði IV4.8.3(2) í útboðslýsingu um öryggisgirðingar, þar sem fram hefði komið að girðingin skyldi vera u.þ.b. 3,2 m há, hefði falið í sér lágmarkskröfu sem tilboð bjóðenda þurftu að uppfylla. Stefnanda hefði verið ómögulegt annað en að líta svo á að tilboð RST Nets ehf. hefði falið í sér 2 m háa girðingu. Tilboðið hefði því ekki uppfyllt þessa lágmarkskröfu útboðslýsingar. Kæruneftndin féllst ekki á sjónarmið stefnanda um að honum hefði verið heimilt að kalla eftir staðfestingu frá RST Neti ehf. um að tilboð félagsins væri í samræmi við útboðsgögn þar sem í þeirri beiðni stefnanda hefði falist að RST Neti ehf. væri veitt heimild til þess að breyta tilboði sínu eftir að því hafði verið skilað. Eins og hér stæði á hefði þetta verið óheimilt, sbr. 4. mgr. 77. gr. reglugerðar nr. 340/2017. Taldi nefndin því að tilboð RST Nets ehf. hefði verið ógilt þar sem það hefði ekki uppfyllt skilyrði útboðslýsingar og stefnanda því verið óheimilt að taka tilboði þess. Þar sem aðeins tvö tilboð hefðu borist, annars vegar frá stefnda Orkuvirki ehf. og hins vegar frá stefnda RST Neti ehf., og ekki lægi annað fyrir í gögnum málsins en að tilboð stefnda Orkuvirkis ehf. hefði uppfyllt allar kröfur útboðslýsingar í útboði FIT-32-22 yrði að telja að að kærandi hefði átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af stefnanda. Það var því álit kæruneftndarinnar að stefnandi væri skaðabótaskyldur gagnvart kæranda, stefnda Orkuvirki ehf., samkvæmt 119. gr. laga nr. 120/2016. Þá var stefnanda gert að greiða stefnda Orkuvirki ehf. 1.000.000 króna í málskostnað.

II

Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi byggir kröfu sína um ógildinguna úrskurðar kæruneftndar útboðsmála á því að á honum séu verulegir form- og efnisannmarkar sem leiði til þess að rétt sé að ógilda hann með dómi. Annmarkarnir lúti bæði að málsmeðferð kæruneftndar útboðsmála sem og efnisniðurstöðu úrskurðarins.

Aðild málsins sé reist á fyrirbyggjandi dómaframkvæmd sem mæli fyrir um að allir aðilar að stjórnarsýslumáli skuli eiga aðild að dómsmáli þegar gerð sé krafa um ógilding stjórnsýsluákvörðunar. Sé því óhjákvæmilegt að stefndu Orkuvirki ehf. og RST Net ehf., sem hafi báðir verið aðilar málsins fyrir kærunefnd útboðsmála, eigi aðild að málinu hér fyrir dómi. Stefnandi krefjist þó ekki málskostnaðar úr hendi stefnda RST Nets ehf. sem hafi, líkt og stefnandi, verið varnaraðili málsins fyrir kærunefndinni. Á grundvelli 2. mgr. 112. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016 sé kröfum ekki beint að kærunefnd útboðsmála.

Stefnandi telur niðurstöðu kærunefndar útboðsmála hafa alfarið verið reista á afmörkuðu atriði, þ.e.a.s. að hæð girðingar bjóðandans RST Nets ehf. hafi ekki verið í samræmi við fyrirmæli útboðsgagna, og að stefnanda hafi verið óheimilt að kalla eftir frekari skýringum frá fyrirtækinu samkvæmt 4. mgr. 77. gr. reglugerðar nr. 340/2017. Stefndi Orkuvirki ehf. hafi ekki byggt á þessu atriði í kæru málsins og athugasemdir þessu tengdar fyrst komið fram í lokaathugasemdum félagsins.

Samkvæmt almennum reglum stjórnarsýsluréttarins sé stjórnvaldi því aðeins heimilt að taka stjórnvaldsákvörðun að það falli undir valdsvið þess. Fari stjórnvald á svig við framangreint sé um að ræða verulegan annmarka á stjórnvaldsákvörðun sem leiði til ógildingar hennar. Að mati stefnanda hafi kærunefnd útboðsmála farið út fyrir hlutverk og valdsvið sitt þegar nefndin kvað upp úrskurð sem hefði alfarið verið byggður á atriði sem kærandi sjálfur hefði ekki séð ástæðu til að byggja á í kæru málsins.

Kærunefnd útboðsmála sé sjálfstæð úrskurðarnefnd líkt og kveðið sé á um í XI. kafla laga nr. 120/2016. Samkvæmt 2. mgr. 103. gr. laganna hafi kærunefndin það hlutverk að leysa með skjóttum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim. Þá séu í lögum nr. 120/2016 gerðar strangar kröfur til þess að kæruefnið sé skýrlega afmarkað í kæru málsins, sbr. 2. mgr. 106. gr. laganna, og geti vankantar á því leitt til frávísunar málsins eftir 3. mgr. ákvæðisins.

Í dómi Landsréttar í máli nr. 745/2021 hafi verið fjallað um hlutverk kærunefndar útboðsmála og heimildir kæranda til að bæta við kröfum og síðari sjónarmiðum með hliðsjón af lögskýringargögnum eldri laga um opinber innkaup. Í dóminum hafi m.a. verið lagt til grundvallar að sá málalíbúnaður sem lagður væri fyrir kærunefndina með skriflegri kæru markaði að meginstefnu til umfjöllunarefni nefndarinnar og úrlausn og að kærandi gæti að jafnaði ekki bætt síðar við kröfum vegna sjónarmiða og gagna frá kærða. Þá komi fram í dóminum að þessi sjónarmið féllu að málshraðareglu 6. mgr. [108.] gr. laga nr. 120/2016 og málshraðareglu 1. mgr. 9. gr. stjórnarsýslulaga.

Að mati stefnanda hafi málsmeðferð kærunefndar útboðsmála verið í ósamræmi við framangreint enda byggji úrskurður í málinu á atriðum sem hafi á engan hátt verið fjallað um í kæru. Í þessu tilviki hafi því málalíbúnaður stefnda, Orkuvirkis ehf., ekki

að meginstefnu til markað umfjöllunarefni nefndarinnar og úrlausn líkt og lög nr. 120/2016 geri ráð fyrir. Hafi kærunefndin þar með farið út fyrir hlutverk og valdsvið sitt í málinu en slíkt sé verulegur annmarki sem leiði til ógildingar úrskurðarins.

Auk framangreinds byggi stefnandi á því að úrskurðurinn sé ógildanlegur á þeim grundvelli að stefnanda hafi ekki verið tryggður lögbundinn andmælaréttur við meðferð málsins. Í því samhengi skuli á það bent að hvorki í lögum nr. 120/2016 né starfsreglum kærunefndar útboðsmála sé tiltekið að varnaraðili eigi að fá að tjá sig um lokaathugasemdir kæranda. Slíkt leiði á hinn bóginn af reglum stjórnarsýslulaga, sem gildi um meðferð mála fyrir nefndinni samkvæmt 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016. Um þetta megi vísa til dóms Hæstaréttar í máli nr. 182/2005. Þar hafi komið að þrátt fyrir að í 1. mgr. 79. gr. þágildandi laga nr. 94/2001 og 6. gr. starfsreglna kærunefndar væri ekki ráðgert að þeim sem kæra beindist að væri veitt færi á að taka afstöðu til andsvara kæranda áður en úrskurður yrði felldur á mál væri, í ljósi meginreglna stjórnarsýsluréttar um andmælarétt og jafnræði aðila, ófært að haga meðferð máls á þann hátt að þeim, sem kæru sé beint að, gefist ekki kostur á að láta andsvör kærands til sín taka ef þau hafi að geyma nýjar málsástæður eða staðhæfingar um önnur atvik málsins, svo að einhverju skipti fyrir úrlausn þess.

Stefnandi hefði ekki fengið tækifæri til að tjá sig um lokaathugasemdir kæranda þar sem fyrst komu fram málsástæður kæranda sem lutu að öryggisgirðingunni. Niðurstaða málsins hefði svo ráðist af þessu atriði og sé því ljóst að þessar athugasemdir skiptu einhverju fyrir úrlausn málsins, sbr. áðurnefndan dóm Hæstaréttar. Þá hefði stefnandi sérstaklega óskað eftir upplýsingum frá nefndinni um hvort kærandi hefði byggt á frekari málsástæðum en komu fram í kæru málsins en ekki fengið svör við þeirri fyrirspurn sinni.

Hefði kærunefndin virt andmælarétt stefnanda þegar nýjar málsástæður komu fram og leitað skýringa stefnanda á þeim atriðum hefði mátt upplýsa málið betur og niðurstaðan orðið önnur. Þess í stað virðist nefndin hafa ákveðið að svara ekki fyrirspurn stefnanda og/eða senda ekki afrit af viðbótarathugasemdunum með þeim afleiðingum að nýjar málsástæður stefnda Orkuvirkis ehf. komu aldrei fyrir sjónir stefnanda. Með því að veita ekki stefnanda tækifæri til að tjá sig um nýjar málsástæður hafi nefndin ekki heldur sinnt þeirri skyldu sinni að upplýsa málið nægjanlega í skilningi 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Stefnandi telji augljóst af útboðsgögnum og þeim gögnum sem stefnandi lagði fram samkvæmt beiðni nefndarinnar að nefndin hafi rangtúlkað gögnin. Því hefði mátt komast hjá ef gætt hefði verið að framangreindum öryggisreglum stjórnarsýsluréttarins.

Stefnandi byggir jafnframt á því að fyrirliggjandi úrskurður sé efnislega rangur. Úrskurðurinn byggist á þeirri forsendu einni að tilboð RST Nets ehf. hafi ekki uppfyllt skilyrði útboðslýsingar um hæð öryggisgirðingar. Hafi nefndin á því byggt að í fylgiskjali með tilboði RST Nets ehf. hafi verið tvær ljósmyndir af girðingu og gönguhliði og bæri

„heiti skjalanna skýrlega með sér að umrædd girðing sé 2 metra há“. Hafi nefndin ályktað út frá þessu að stefnanda hafi verið „ómögulegt annað en að líta svo á að tilboð RST net ehf. hafi falið í sér 2 metra háa girðingu“ og að með því að kalla eftir staðfestingu á því að tilboð væri í samræmi við útboðsgögn hefði RST Neti ehf. verið veitt heimild til að breyta tilboði sínu. Það hafi „eins og hér stóð á“ verið óheimilt, sbr. 4. mgr. 77. gr. reglugerðar nr. 340/2017.

Stefnandi tekur fram að í útboðsgögnum hafi engin krafa verið gerð um að bjóðendur skiluðu fylgigögnum vegna öryggisgirðingar og engar slíkar upplýsingar hafi fylgt með tilboði stefnda Orkuvirkis ehf. Í tilboðsskrá hafi um girðinguna sem slíka aðeins verið tilteknir lengdarmetrar. Hvergi í tilboðsbréfi RST Nets ehf. eða öðrum tilboðsgögnum félagsins hafi komið fram að framboðin girðing væri aðeins 2 m há.

Eins og nánar komi fram í úrskurðinum hafi með tilboði RST Nets ehf. fylgt tvær ljósmyndir sem sýndu öryggisgirðingu. Heitið á skránum beri með sér að sýnd girðing sé 2 m, þ.e. „FIT-32-22 Upp_ITT – Documents_RST Net_Galv girðing 2m 1“ og „FIT-32-22 Upp_ITT – Documents_RST Net_Gönguhlið 1m x 2m galv“. Annars vegar hafi verið um að ræða ljósmynd af girðingu sem beri með sér að vera tekin árið 2010 og hin myndin sýni gönguhlið og beri með sér að vera tekin árið 2009. Þessar myndir virðist fyrst og fremst hugsaðar til að sýna dæmi um hugsanlegt útlit og frágang girðingar og gönguhliðs. Kærunefnd útboðsmála hafi ekki kallað eftir frekari skýringum á tilefni eða þýðingu þessara viðbótargagna. Í kafla IV.4.8.3 í útboðsgögnum sé kröfum til öryggisgirðingar nánar lýst. Krafan sé um girðingu úr kerfiseiningum og í f-lið 1. mgr. ákvæðisins hafi verið tekið fram að hæð grinda skuli „vera 2,0 m og 1,0 m sbr. teikningu“. Á útboðsteikningu C.52.5.005 séu girðingarstólpar svo sýndir 3180 mm á hæð frá yfirborði.

Á skýringarfundum með RST Neti ehf. 29. desember 2022 hafi félagið, vegna heitis á umræddum óumbeðnum fylgigögnum, verið spurt hvort framboðin öryggisgirðing væri ekki í samræmi við útboðsgögn. Augljóst hafi verið að fulltrúi RST Nets ehf. hafi ekki virst hafa svör á reiðum höndum og sé skráð í fundargerð að fulltrúi bjóðanda hafi kveðist myndu kanna „hvaða áhrif það hefur“. Orðalag fundargerðar sé beinlínis rangt hvað þetta varði, en stefnandi hafi í kjölfarið til öryggis óskað eftir afdráttarlausri staðfestingu frá stefnda RST Neti ehf. um að félagið stæði við tilboð sitt en í því felist að tilboðið uppfylli kröfur útboðsgagna. Slík staðfesting hafi borist í gegnum útboðsvef stefnanda 23. janúar 2023. Þar sem skýringarfundur hafi verið haldinn rétt fyrir áramót hafi mjög margir starfsmenn stefnanda sem reynslu hafi af útboðum verið fjarverandi vegna jólaleyfis. Ráðgjafi stefnanda hafi af þeim sökum ritað fundargerð og virðist ekki hafa áttað sig á verklýsingu í kafla IV.4.8.3, þ.a. ekki sé rétt eftir haft að önnur lausn hafi verið boðin í tilboði, heldur sé fyrst og fremst um ónákvæmni í orðalagi fundargerðar að ræða.

Fyrirspurnin hafi fyrst og fremst átt að vísa til framangreinds óumbeðins fylgigagns (mynd með sýnishorni) en ekki tilboðsins sjálfs.

Að mati stefnanda liggi fyrir að eina forsendan fyrir niðurstöðu kærunefndarinnar, um að öryggisgirðingar RST Nets ehf. hafi ekki uppfyllt kröfur útboðslýsingar, hafi verið óumbeðnar ljósmyndir sem félagið hafi lagt fram með tilboðsgögnum sínum. Um hafi verið að ræða 13–14 ára gamlar ljósmyndir, að öllum líkindum úr öðrum verkum og sem hafi verið ætlað, eftir því sem stefnandi komist næst, að sýna dæmi um hvernig öryggisgirðing (kerfiseiningar) gæti litið út. Að mati stefnanda geti þessi gögn á engan hátt sýnt, hvað þá staðfest, að RST Net ehf. hafi boðið aðra lausn en hafi verið fyrirskrifuð samkvæmt útboðsgögnum, en kafla IV.4.8.3 (f-liður) greini m.a. að hæð grinda skuli vera 2,0 m og 1,0 m.

Að mati stefnanda hafi honum verið óheimilt að hafna tilboði RST Nets ehf. sem ógildu einungis á grundvelli framangreindra upplýsinga enda hefði slíkt brotið gegn meðalhófsreglu útboðsréttar, sbr. 1. mgr. 15. gr. laga nr. 120/2016. Skipti í þessu samhengi miklu máli að ekki hafi verið gerð krafa um þessi fylgigögn í útboðslýsingu enda hafi öryggisgirðingarnar ekki verið grundvallarþáttur tilboðs. Í tilboðsbréfi, sem fulltrúi RST Nets ehf. hafi undirritað, komi skýrt fram að tilboðsliðurinn sé fyrir „6. stálvirki eins og skilgreint er í IV.4“. Í kafla IV.4.8.3 séu svo skilgreindar kröfur til öryggisgirðingar sem sé aðeins lítill hluti verkliðarins stálvirki. Þannig sé ljóst að tilboðsverðið hafi innifalið allt sem þurfti til að fullgera verkþáttinn eins og þar var skilgreint og breytti framlögð ljósmynd engu um kröfurnar.

Í þessu samhengi skuli einnig tekið fram að stefnandi felldi öryggisgirðinguna út úr verkinu við framkvæmd þess, líkt og var heimilt samkvæmt 2. mgr. greinar 1.1 í útboðsgögnum. Þá hafi framlagðar ljósmyndir á engan hátt verið afgerandi um að þær sýndu þá tilteknu öryggisgirðingu sem RST Net ehf. hygðist láta í té við framkvæmd verksins. Fyrirspurn á skýringarfundi hafi því bersýnilega verið óþörf því útboðsgögnin voru ótvíræð um hvað bjóðanda bar að gera. Því sé fráleitt sú ályktun kærunefndar útboðsmála að stefnda RST Net ehf. hafi verið veitt heimild til að breyta tilboði sínu.

Samkvæmt framangreindu hafi tilboð RST Nets ehf. verið í samræmi við útboðsgögn og kröfur laga. Stefnanda hafi ótvírætt verið heimilt að beita ákvæði 4. mgr. 77. gr. reglugerðar nr. 340/2017 við yfirferð tilboða í útboðinu. Reglum um jafnræði bjóðenda hafi ekki verið raskað við þessa málsmeðferð stefnanda heldur þvert á móti verið liður í að tryggja slíkt jafnræði. Fáir túlkun kærunefndar útboðsmála að standa sé með öllu girt fyrir að kaupandi geti aflað nánari skýringa á einstökum atriðum og/eða minniháttar óskýrleika varðandi tilboð og tryggt að tilboð séu efnislega rétt. Slík nálgun kærunefndarinnar gangi í raun gegn grundvallarmarkmiðum reglugerðar nr. 340/2017 um jafnræði fyrirtækja og hagkvæmni enda fæli það í sér að óhagkvæmara tilboði yrði tekið þegar ljóst væri að meintur annmarki RST Nets ehf. gat ekki verið til þess fallinn að raska

samkeppni, sbr. 4. mgr. 77. gr. reglugerðarinnar. Hafi stefnanda því bæði verið rétt og heimilt að óska eftir staðfestingu RST Nets ehf. á að það stæði við tilboð sitt óbreytt enda fólst í þeirri staðfestingu hvorki breyting á grundvallarþáttum tilboðsins né var hún líkleg til að raska samkeppni milli bjóðenda.

Í framangreindu samhengi verði að benda á að skýringarfundir stefnanda við báða stefndu voru haldnir í því skyni að ræða villur og óskýrleika í tengslum við innkaupin, m.a. í tilboðum beggja bjóðenda sem og í tilboðsskrá og útboðsgögnum kaupanda. Í því sambandi bendir stefnandi á að hann hafi kallað eftir staðfestingu beggja bjóðenda í útboðinu á að tilboðið stæði óbreytt vegna ýmissa atriða eins og fundargerðirnar beri með sér. Hafi stefnanda verið óheimilt að kalla eftir skýringum frá RST Neti ehf. hafi tilboð Orkuvirkis ehf. átt að vera metið ógilt undir sömu formerkjum enda hafi félaginu m.a. verið gefið tækifæri á að útskýra atriði sem varðaði tilboð þess. Stefnandi telji að fyllsta jafnræðis hafi verið gætt við málsmeðferðina, þrátt fyrir stóryrði stefnda Orkuvirkis ehf. í athugasemdum sínum fyrir nefndinni. Stefnandi byggir og á því að það hefði verið fjarstæðukennt og andstætt skyldum hans samkvæmt lögum um opinber innkaup, reglugerð nr. 340/2017 og meginreglum útboðsréttar að hafna tilboði stefnda RST Nets ehf. á þeim forsendum einum sem kærunefndin lagði til grundvallar enda hafi tilboðið verið í samræmi við kröfur útboðsgagna, þ.m.t. tilboðsblað. Tilboðsliðurinn Öryggisgirðing hafi auk þess verið minniháttar, eða sem nemi um 3.100.000 krónum af heildarfjárhæð tilboðs í allt verkið.

Stefnandi telji að kærunefndin hafi hrapað að ályktun án þess að rannsaka málið og án þess að afla skýringa stefnanda og RST Nets ehf. Hefði andmælaréttur stefnanda verið virtur hefði nefndin haft réttar upplýsingar, m.a. um tilurð og aldur ljósmyndanna og vægi þeirra, enda hefði þá komið fram að óskýlt hefði verið að leggja fram nokkur slík fylgigögn.

Hið rétta sé að stefnanda hafi verið heimilt að kalla eftir staðfestingu frá RST Neti ehf. vegna girðingarinnar með sambærilegum hætti og stefnandi kallaði eftir staðfestingum frá stefnda Orkuvirki ehf. varðandi aðra þætti tilboðs þess félags. Óumbeðin framlagning stefnda RST Nets ehf. á tveimur ljósmyndum af öryggisgirðingu geti ekki ein og sér valdið ógildingu tilboðsins. Niðurstaða kærunefndar útboðsmála um að tilboð RST Nets ehf. hafi verið ógilt sé því ólögmat. Tilboð RST Nets ehf. hafi verið gilt og stefnanda því heimilt að taka tilboði félagsins.

Komist dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að tilboð RST Nets ehf. hafi verið ógilt og stefnanda óheimilt að taka því telji stefnandi að hið sama hljóti að eiga við um tilboð Orkuvirkis ehf. enda hafi fyrirtækið fengið sams konar tækifæri á að koma á framfæri frekari skýringum. Grundvallarskilyrði fyrir viðurkenningu á bótaskyldu samkvæmt 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 sé að fyrirtæki hafi átt raunhæfa möguleika á að verða

valið og geti slíkur möguleiki ekki verið fyrir hendi í tilviki stefnda Orkuvirkis ehf. hafi tilboð þess félags verið haldið sömu ætluðu annmörkum og tilboð stefnda RST Nets ehf.

Samkvæmt öllu framangreindu hafi úrskurður kærunefndar útboðsmála því jafnframt verið háður verulegum efnislegum annmarka og beri því jafnframt að ógilda úrskurðinn á þeim grundvelli.

Stefnandi reisir málatilbúnað sinn á meginreglum útboðsréttar, lögum um opinber innkaup nr. 120/2016, reglugerð nr. 340/2017 um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sem og stjórnarsýslulögum nr. 37/1993, auk almennra meginreglna stjórnarsýsluréttarins. Um málskostnaðarkröfu er vísað til XXI. kafla laga um meðferð einkamála, nr. 91/1991, einkum 129.–131. gr.

III

Málsástæður og lagarök stefnda

Í máli þessu haldi stefnandi því fram til stuðnings ógildingarkröfu sinni að kærunefnd útboðsmála hafi með úrskurði sínum farið út fyrir hlutverk sitt og valdsvið. Úrskurðurinn sé því haldinn verulegum annmarka og sé því ógildanlegur. Vísi stefnandi máli sínu til stuðnings til dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021. Stefndi hafnar þessu.

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

Kærunefnd útboðsmála sé stjórnarsýslunefnd. Af lögskýringargögnum með lögum um opinber innkaup megi þá ráða að löggjafinn sé þeirrar skoðunar að hefðbundið einkamálaréttarfar geti illa átt við í málum vegna opinberra innkaupa og að í ákveðnum tilvikum falli meginregla einkamálaréttarfars um forræði aðila á sakarefninu illa að opinberum hagsmunum fyrir réttarvörslu á sviðinu. Það séu því ekki forsendur til að beita eins konar málsforræðisreglu við meðferð mála fyrir kærunefndinni líkt og stefnandi vilji byggja á. Verði öllu heldur að líta til þess að í 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016 komi fram að um meðferð mála fyrir kærunefndinni fari að öðru leyti eftir stjórnarsýslulögum. Í því felist að á kærunefndinni hvíli m.a. rannsóknarskylda og beri nefndinni því að rannsaka mál og upplýsa með fullnægjandi hætti, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga. Leiði þetta einnig af 4. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016 sem kveði á um að kærunefndin geti krafist þess að málsaðilar

leggi fram öll þau gögn og aðrar upplýsingar sem málið varði. Af þessu öllu leiði að heimildir nefndarinnar við úrlausn ágreiningsefna, sem fyrir hana eru lögð, séu ekki að öllu leyti bundnar við þau sjónarmið sem fram komi í kærnum og greinargerðum aðila, þótt sá málalíbúnaður marki að meginstefnu umfjöllunarefni nefndarinnar.

Í máli þessu liggi fyrir að stefnandi kærði umrætt útboð FIT-32-22 vegna brota stefnanda á gagnsæi og óskaði um leið eftir aðgangi að öllum gögnum í útboðinu, m.a. vegna grunsemda um að staðið hefði verið ranglega að vali á tilboðum í útboðinu. Eftir að stefnandi hefði lagt fram gögn um mat sitt á tilboði stefnda RST Nets ehf. hefðu komið í ljós frekari réttarbrot stefnanda sem stefndi benti strax á í frekari athugasemdum sínum til kærunevndarinnar. Málsástæðurnar komu því jafnskjótt fram og unnt var enda hefði stefndi ekki getað verið upplýstur um þessi réttarbrot stefnanda fyrr en gögnin lágu fyrir. Kærunevnd útboðsmála hefði þá í kjölfarið óskað eftir frekari skýringum á þeim atriðum sem stefndi hafði bent á. Skýringar stefnanda hafi verið þess eðlis að stefnandi viðurkenndi enn eitt brotið á reglum laga um opinber innkaup sem hefði falist í því að stefnandi heimilaði stefnda RST Nets ehf. að falla frá því fráviki sem var á tilboðinu og standa við tilboðið í samræmi við útboðsgögn.

Að mati stefnda standist það ekki að halda því fram nú að kærunevnd útboðsmála hafi í úrskurði sínum farið út fyrir hlutverk sitt og valdsvið en úrskurður nefndarinnar byggir m.a. á gögnum og skýringum sem stefnandi lagði sjálfur fyrir nefndina. Kærunevndin hefði einfaldlega sinnt rannsóknarskyldu sinni með því að tryggja að málið væri nægilega upplýst eftir að málsástæður stefnda um frávík í tilboði stefnda RST Nets ehf. komu fram og gat augljóslega ekki litið fram hjá þeim lögbrotum sem voru viðurkennd í skýringum stefnanda til nefndarinnar. Því sé ekki annað hægt en að hafna málsástæðum stefnanda í þessa veru og kröfu stefnanda um ógildingu úrskurðarins á þessum grundvelli.

Í málinu byggir stefnandi til viðbótar við framangreint á því að hann hafi ekki notið andmælaréttar í samræmi við 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og úrskurðurinn sé ógildanlegur af þeim sökum. Stefndi eigi afar erfitt með að átta sig á þessari málsástæðu stefnanda en líkt og fram sé komið hafi kærunevnd útboðsmála veitt stefnanda sérstakt tækifæri til að tjá sig um það atriði sem nefndin byggði niðurstöðu sína síðan á. Stefnandi nýtti þá enn fremur andmælarétt sinn og skilaði inn frekari sjónarmiðum um frávík í tilboði stefnda RST Nets ehf. Af skýringunum að dæma virðist stefnandi þá jafnframt hafa áttað sig á því að tilefni beiðni kærunevndarinnar væri málsástæða stefnda í þessa veru.

Það fái því hreinlega ekki staðist að stefnandi hafi ekki notið andmælaréttar vegna sjónarmiða um frávík í tilboði stefnda RST Nets ehf. Hafi stefnandi misskilið beiðni kærunevndarinnar um frekari upplýsingar verði stefnandi að bera hallann af því. Stefnanda hafi sérstaklega verið veitt færi á að veita frekari skýringar varðandi það atriði sem

hann hafi og gert. Skýringar stefnanda hafi aftur á móti verið þess eðlis að stefnandi viðurkenndi að hafa brotið reglur laga um opinber innkaup og reglugerðar nr. 340/2017 um jafnræði bjóðenda. Það hafi stefnanda sjálfum mátt vera ljóst en stefnandi sé stór opinber aðili og hafi mikla og víðtæka reynslu af opinberum innkaupum. Beri því að hafna kröfu stefnanda um ógildingu úrskurðarins á þessum grundvelli.

Í málinu byggji stefnandi einnig á því að niðurstaða kærunefndar útboðsmála um að tilboð stefnda RST Nets ehf. hafi verið ógilt sé efnislega röng. Virðist stefnandi halda því fram að niðurstaðan sé alfarið byggð á tveimur ljósmyndum sem lagðar hefðu verið fram með tilboði fyrirtækisins þar sem sýndar voru 2 m háar girðingar. Þá virðist stefnandi nú í fyrsta skipti halda því fram að skráningar í fundargerð hafi verið rangar og hengi það á reynsluleysi fulltrúa síns. Að mati stefnda sé þetta einstaklega óvæginn og ótrúverðugur málatilbúnaður.

Í málinu liggi fyrir að kærunefnd útboðsmála óskaði sérstaklega eftir skýringum á þeim upplýsingum sem fram komu í fundargerð skýringarfundar með stefnda RST Nets ehf. Hefði verið vísað til þess sem þar kom fram um að tilboð stefnda RST Nets ehf. hefði innihaldið 2 m girðingu. Í skýringum stefnanda sem finna megi sé ekki einu orði minnst á að umrædd skráning í fundargerðina sé röng eða bent á reynsluleysi fulltrúa stefnanda. Þá hafi því ekki einu sinni verið borið við að það væri röng ályktun að umrætt tilboð hefði innifalið 2 m háa girðingu heldur þvert á móti fullyrt að komið hefði í ljós á umræddum skýringarfundi „að í tilboði hefði verið gert ráð fyrir að öryggisgirðing væri 2,0 metra há“. Það sé því verulega einkennilegt að stefnandi skuli nú reyna að halda öðru fram og benda á mistök fulltrúa sinna við skráningar í fundargerðina. Slíkar málsástæður séu ekki trúverðugar.

Af úrskurði kærunefndar útboðsmála sé ljóst að niðurstaða nefndarinnar byggji á þeim gögnum sem stefndi RST Net ehf. skilaði með tilboði sínu, skráningum í fundargerð skýringarfundar með stefnda RST Nets ehf. sem og þeim gögnum og skýringum sem stefnandi sjálfur lagði fyrir nefndina.

Líkt og fram komi í úrskurði nefndarinnar hefði verið fjallað um öryggisgirðingu í kafla IV.4.8.3 lið (2), í útboðslýsingunni þar sem fram kæmi að girðingin skyldi vera u.þ.b. 3,2 m há, heilgalvanhúðuð og gerð úr kerfiseiningu. Hafi þessi krafa útboðsgagnanna augljóslega falið í sér lágmarkskröfu útboðslýsingarinnar til þessarar girðingar. Óheimilt hafi því verið að víkja frá kröfunni.

Með tilboði stefnda RST Nets ehf. hefðu fylgt upplýsingar sem sýndu 2 m háa girðingu og hefði stefnandi sérstaklega óskað eftir skýringum stefnda RST Nets ehf. á þessu á skýringarfundi 29. desember 2022. Á skýringarfundinum hefði komið skýrlega fram að gert væri ráð fyrir 2 m girðingu í tilboði stefnda RST Nets ehf. en að girðing ætti að vera 3,2 m á hæð. Kvaðst fulltrúi stefnda RST Nets ehf. ætla að skoða hvaða áhrif þetta hefði. Samkvæmt reglum bæði laga um opinber innkaup og reglugerðar nr.

340/2017 beri kaupanda að gæta að því við innkaup að tilboð séu valin á grundvelli þeirra krafna sem gildi um útboðið og á grundvelli þeirra forsendna sem mælt sé fyrir um. Að fengnum framangreindum upplýsingum hafi stefnandi því borið að vísa tilboðinu frá og/eða hafna því þar sem það var ógilt og ekki í samræmi við þær kröfur útboðslýsingar.

Stefnandi hafi þess í stað ákveðið 23. janúar 2023 að óska eftir því að stefndi RST Net ehf. stæði við tilboð sitt í samræmi við kröfur útboðslýsingarinnar. Hafi stefnandi þannig veitt stefnda RST Neti ehf. færi á því að falla frá því fráviki sem var í tilboðinu frá lágmarkskröfum útboðslýsingarinnar til þess búnaðar sem kaupa átti inn. Hafi sú háttsemi stefnanda aukinheldur farið á svig við reglur laga um opinber innkaup og reglugerðar nr. 340/2017, sbr. 4. mgr. 77. gr. reglugerðarinnar. Háttsemi stefnanda hafi því verið ólögumæt og stefnanda verið óheimilt að taka tilboði stefnda RST Nets ehf. Engu máli skipti þótt umræddur liður í magskrá verksins hafi á síðari stigum verið felldur út úr verkinu enda séu það atvik sem eigi sér stað löngu eftir réttarbrot stefnanda gagnvart stefnda. Horfa verði til þeirra atvika sem uppi voru við mat á tilboðum og þegar stefnandi tók þá ákvörðun að taka tilboði stefnda RST Nets ehf.

Í málinu liggja ekkert annað fyrir en að tilboð stefnda hafi uppfyllt kröfur útboðslýsingarinnar í umræddu útboði. Stefndi hafi átti næstlægsta tilboðið í útboðinu en réttarbrot stefnanda hafi orðið þess valdandi að stefndi hafi orðið af verkinu. Stefndi hafi átt raunhæfa möguleika á því að verða valinn í útboðinu og hafi það því verið rétt metið hjá kærunefnd útboðsmála að stefnandi væri skaðabótaskyldur gagnvart stefnda.

Til viðbótar við allt framangreint sé til þess að líta að stefnandi hafi gerst sekur um frekari réttarbrot í útboðsferlinu. Samkvæmt grein 1.12.2 í útboðsskilmálunum hafi verið kveðið á um að stefnandi myndi birta nöfn og fjárhæðir tilboða að tilboðsfresti loknum. Ákvað stefnandi þannig fyrir fram hvernig staðið skyldi að opnun tilboða. Ekki hafi verið gert ráð fyrir opunarfundum. Þrátt fyrir þetta og þrátt fyrir að tilboðsfrestur hafi runnið út þann 21. desember 2022 birtust ekki upplýsingar um bjóðendur og tilboð þeirra. Tilboðin hafi raunar ekki verið birt fyrr en 24. janúar 2023 og þá um leið og tilkynnt hafi verið um að tilboði stefnda RST Nets ehf. hefði verið tekið og að kominn væri á bindandi samningur. Stefndi telur að ekki hafi verið gætt að reglum um gagnsæi og jafnræði bjóðenda við þessar aðstæður þvert gegn reglu 40. gr. reglugerðar nr. 340/2017.

Til hliðsjónar sé að finna í 1. mgr. 65. gr. laga um opinber innkaup reglu sem kveði á um að þegar tilboð séu lögð fram með rafrænni aðferð skuli tilkynna bjóðendum eftir lok tilboðsfrests um nöfn bjóðenda, heildartilboðsfjárhæð og hvort um frávikstilboð hafi verið að ræða. Rökin að baki þessari reglu, sem sé efnislega sú sama og stefnandi setti sjálfum sér í útboðsgögnunum, hafa verið talin þau að auka traust til opinberra innkaupa og tryggja jafnræði bjóðenda. Kærunefnd útboðsmála hafi þá jafnframt túlkað þessar reglur með þeim hætti að veita beri umræddar upplýsingar án dráttar. Ljóst megi vera að stefnandi hafi farið á svig við þessar reglur í útboðinu.

Af öllu framangreindu sé ljóst að stefnandi hafi með alvarlegum hætti brotið gegn grunnreglum laga um opinber innkaup og reglugerðar nr. 340/2017 um jafnræði bjóðenda í útboðsferlinu. Niðurstaða kærunefndar útboðsmála þess efnis hafi því verið efnislega rétt. Þá hafi kærunefnd útboðsmála á grundvelli þessarar niðurstöðu sinnar veitt álit sitt á því að stefnandi væri skaðabótaskyldur vegna brots á reglum um opinber innkaup. Hafi það sömuleiðis verið rétt niðurstaða. Engin séu því efni til að ógilda úrskurðinn og beri að hafna kröfum stefnanda í málinu.

Stefndi vísar til laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og reglugerðar nr. 340/2017 um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sérstaklega 40., 76. og 77. gr. Málskostnaðarkrafa stefnda byggist á 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991.

IV

Niðurstaða

Mál þetta varðar útboð stefnanda á uppsetningu á búnaði fyrir tengivirki að Fitjum og sem auðkennt var FIT-32-22 sem um var fjallað í úrskurði kærunefndar útboðsmála frá 17. nóvember 2023 í máli nr. 5/2023. Stefnandi krefst ógildingar úrskurðarins hér fyrir dóminum. Stefndi Orkuvirki ehf. var kærandi í málinu fyrir nefndinni og stefnandi og stefndi RST Net ehf. voru þar til varnar. Aðilar þessa dómsmáls eru því þeir er aðild áttu að málinu fyrir kærunefndinni í samræmi við dómaframkvæmd á sviði stjórnsýsluréttar. Með úrskurðinum var stefnandi talinn skaðabótaskyldur gagnvart stefnda Orkuvirki ehf. vegna þátttöku í áðurnefndu útboði nr. FIT-32-22. Öðrum kröfum stefnda Orkuvirkis ehf. var hafnað í málinu og stefnanda gert að greiða þessum stefnda 1.000.000 króna í málskostnað.

Stefndi vísaði í málflutningi til þess að stefnandi hefði tæpast lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og að dómur þyrfti að íhuga hvort vísa bæri málinu frá ex officio. Stefnandi hafnar þessum rökum og kveðst telja ljóst að hann hafi lögvarða hagsmuni af því að fá ógiltan úrskurð sem ekki sé í samræmi við lög. Breyti engu þótt nefndin hafi einungis kveðið á um skaðabótaskyldu og málskostnað enda haldist sú niðurstaða í hendur við efnislega niðurstöðu í úrskurðinum. Dómurinn tekur fram vegna þessara sjónarmiða að telja verði ljóst að stefnandi hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og að ekki sé um sambærileg atvik að ræða og fjallað var um í úrskurðum dómsins frá 26. nóvember 2024 í málum nr. E-1807/2024 og E-1808/2024.

Stefnandi byggir á því í málinu að úrskurður kærunefndar útboðsmála sé haldinn bæði form- og efnisannmörkum. Þannig hafi nefndin farið út fyrir valdsvið sitt og heimil að stefnda Orkuvirki ehf. að koma að nýjum sjónarmiðum sem ekki hafi verið að finna í kæru félagsins til nefndarinnar. Þá hafi kærunefndin ekki fullnægt rannsóknarskyldu

sinni og ekki virt andmælarétt stefnanda. Þetta hafi leitt til efnislega rangrar niðurstöðu í málinu. Fallast beri því á kröfu stefnanda um ógildingu úrskurðarins.

Stefndi RST Net ehf. hefur ekki látið málið til sín taka fyrir dóminum og hann beinir ekki kröfum að stefnanda. Stefndi Orkuvirki ehf. hafnar öllum sjónarmiðum stefnanda í málinu. Bendir stefndi Orkuvirki ehf. á að kærunefndin hafi í ljósi athugasemda hans við greinargerð stefnanda réttilega beint fyrirspurnum að stefnanda og kallað eftir skýringum og gögnum frá honum. Þá eigi það ekki við nein rök að styðjast að andmælaréttur stefnanda hafi ekki verið virtur. Kærunefndin hafi sannarlega sinnt rannsóknarskyldu sinni og komist að efnislega réttri niðurstöðu. Kærunefndin hafi ekki farið út fyrir hlutverk sitt eða valdsvið og hafna beri kröfu stefnanda í málinu.

Kveðið er á um hlutverk og valdsvið kærunefndar útboðsmála í XI. kafla laga nr. 120/2016. Í 2. mgr. 103. gr. segir að hlutverk nefndarinnar sé að leysa með skjóttum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögunum og reglum settum samkvæmt þeim. Stefndi hefur með vísan til dóms Landsréttar í máli nr. 745/2021 byggt á því að kærunefndinni hafi verið óheimilt að líta til og taka til greina sjónarmið stefnda Orkuvirkis ehf. sem fram komu í kjölfar greinargerðar stefnanda til nefndarinnar. Stefndi hefur einnig bent á máli sínu til stuðnings að með 18. gr. laga nr. 64/2024 um breytingu á lögum nr. 120/2016 hafi svohljóðandi málslið verið bætt við fyrrnefnda 2. mgr. 103. gr. laganna: „Málsmeðferð kærunefndar takmarkast við það kæruefni sem lagt er fyrir hana.“ Lögin voru samþykkt á Alþingi 22. júní 2024 og öðluðust þegar gildi. Í athugasemdum við ákvæði breytingalaganna segir að það sé tilkomið vegna áður nefnds dóms Landsréttar þar sem talið hefði verið að nefndin hefði efnt til málsmeðferðar af sjálfsdáðum án tengsla við málatilbúnað kæranda. Ljóst er að með breytingunni er kveðið skýrar á um að valdsvið nefndarinnar er bundið kæruefni, þ.e. málsatvikum, kröfum, málsástæðum og gögnum sem aðilar tefla fram fyrir nefndinni. Eftir sem áður er enn mælt fyrir um það í 7. mgr. 108. gr. laga nr. 120/2016 að um meðferð kærumála fyrir nefndinni fari að öðru leyti eftir stjórnarsýslulögum og þá er í 4. mgr. 108. gr. kveðið á um að nefndin geti krafið aðila um gögn og upplýsingar er málið varða.

Eins og fram kemur í dómi Landsréttar er heimild kæranda samkvæmt lögum nr. 120/2016 til að setja fram viðbótarkröfur við meðferð mála fyrir kærunefnd útboðsmála þröngur stakkur sniðinn. Málatilbúnaður kæranda í kæru marki að meginstefnu umfjöllunarefni kærunefndar og úrlausn og kærandi geti að jafnaði ekki bætt síðar við kröfum vegna sjónarmiða og gagna frá kærða. Þótt vissulega felist í þessu takmarkanir á heimildum kæranda til að koma að nýjum sjónarmiðum verður þó ráðið af dóminum að kærandi hafi nokkurt svigrúm til viðbóta og verður að líta svo á að það ráðist af atvikum hvers máls fyrir sig. Stefndi Orkuvirki ehf. hefur þannig bent á að fyrrnefndur dómur Landsréttar verði ekki skilinn svo að útilokað sé að ný sjónarmið komi fram við meðferð máls hjá kærunefndinni. Það fari eftir atvikum máls og hvort unnt hafi verið að koma

sjónarmiðum á framfæri strax í kærú til nefndarinnar. Auk þess hafi atvik verið önnur í máli því er var til umfjöllunar í dómi Landsréttar þar sem kærandi fyrir nefndinni hafði sett fram kröfu um óvirkni samnings á síðari stigum. Dómurinn telur að fallast verði á þessi sjónarmið stefnda. Ljóst er af atvikum málsins að stefndi Orkuvirki ehf. gat ekki við afmörkun málsins í kærú teflt fram þeim sjónarmiðum sem hann síðar gerði í kjölfar þess sem fram kom í greinargerð og við gagnaframlagninga stefnanda fyrir nefndinni. Þá var ekki um það að ræða að stefndi Orkuvirki ehf. setti fram nýja kröfu í málinu. Dómurinn fellst því ekki á að kærunefndin hafi farið út fyrir valdsvið sitt við upp-
kvaðningu hins umþrætta úrskurðar eða verið óheimilt að líta við úrlausn málsins til sjónarmiða stefnda Orkuvirkis ehf. er fram komu á síðari stigum.

Eins og fram er komið fól verkið í sér uppsetningu á 145 kV GIS-rofareitum ásamt lagningu og tengingu háspennustrengja, jarðvegsskipti fyrir undirstöður, forsteypuundirstöður og uppsetningu auk smíði og uppsetningar á stáli fyrir endabúnað 145 kV strengja ásamt uppsetningu á girðingu. Um lokað útboð var að ræða sem fór fram á grundvelli gagnvirks innkaupakerfis um þjónustu rafverktaka samkvæmt 49. gr. reglugerðar nr. 340/2017 og munu tilteknir verktakar hafa fengið aðgang að útboðsgögnum, þ.m.t. báðir stefndu í máli þessu.

Með grein 1.4.1 í útboðsskilmálunum áskildi stefnandi sér rétt til að ræða við þann aðila er lagt hefði fram hlutskarpasta tilboðið til að staðfesta skuldbindingar sem í tilboðinu fælust. Í grein 1.12.2 kom fram að stefnandi hygðist ekki halda opunarfund og þegar tilboðstíma væri lokið yrðu nöfn og heildartilboðsfjárhæð samkvæmt safnblaði send á alla bjóðendur. Endanlegar niðurstöður útboðsins yrðu svo birtar að lokinni yfirferð tilboða. Samkvæmt grein 1.12.3 átti mat á tilboðum að fara þannig fram að lægsta heildartilboði samkvæmt samantektarblaði tilboðsbókar yrði tekið. Þrátt fyrir framan-
greind ákvæði í útboðsskilmálunum mun stefnandi hafa tilkynnt 24. janúar 2023 að tilboði stefnda RST Nets ehf. hefði verið tekið og að kominn væri á bindandi samningur við þann aðila. Verður ekki betur séð en að stefnandi hafi hvað þetta varðar ekki staðið réttilega að málum.

Ágreiningur aðila hverfist um það hvort stefnandi hafi, með því að gefa stefnda RST Nets ehf. færi á að standa við tilboð sitt hvað varðar hæð öryggisgirðingar í kjölfar skýringarfundar 29. desember 2022, í raun heimilað félaginu að breyta eða lagfæra tilboð sitt í andstöðu við reglur laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og ákvæði reglugerðar nr. 340/2017, eftir að tilboðinu hafði verið skilað.

Eins og áður greinir var fjallað um svokallaða öryggisgirðingu í kafla IV.4.8.3 lið (2) í útboðslýsingu þar sem fram kom að girðingin skyldi „vera u.þ.b. 3,2 m há, heilgalvanhúðuð og gerð úr kerfiseiningum“. Í lið (6) sama ákvæðis um greiðslulið sagði svo: „G04.8.3 Girðing. Magntala fyrir girðingu er metrar (m) mælt lárétt eftir girðingunni sem reist er umhverfis endabúnað.“

Stefnandi boðaði báða stefndu sem bjóðendur á skýringarfundi 29. desember 2022. Í fundargerð skýringarfundar með stefnda RST Neti ehf. kemur fram undir lið 11 að í tilboði félagsins hafi verið „reiknað með 2 m girðingu og allt er innifalið í lið G04.8.3“. Jafnframt er þar bókað að fulltrúi RST Nets ehf. á fundinum muni skoða „hvaða áhrif þetta hefur, en girðing á að vera 3,2 m á hæð“. Stefnandi sendi stefnda RST Neti ehf. tölvuskeyti 23. janúar 2023 með efnislínunni Ósk um staðfestingu á tilboði, þar sem vísað var til áður nefnds skýringarfundar en ekki var vísað sérstaklega til liðar 11 um hæð öryggisgirðingar. Þá var tekið fram að verkkaupi gæti ekki heimilað breytingar á tilboðum eftir opnun tilboða. Óskað væri eftir því að RST Net ehf. „staðfesti að staðið verði við það tilboð sem fyrirtæki lagði fram í útboði FIT-32-22“. Staðfesting stefnda RST Nets ehf. barst samdægurs. Engin frekari gögn liggja fyrir í málinu um samskipti stefnanda og stefnda RST Nets ehf. eftir fund aðila 29. desember 2022.

Kærunefndin óskaði eftir frekari skýringum frá stefnanda vegna umfjöllunar í lið 11 um hæð öryggisgirðingar með beiðni 5. október 2023 og í kjölfar svars stefnanda 10. október 2023 óskaði nefndin enn eftir gögnum 23. október 2023. Í svarbréfi stefnanda 10. október 2023 sagði í kafla IV.4.8.3 lið (2) að öryggisgirðing skyldi vera „u.þ.b. 3,2m há“ og að samsvarandi greiðsluliður væri G04.8.3. Ekki hefði verið gerð sérstök krafa um skil á upplýsingum um girðingar í skilagögnum en „á skýringarfundi kom fram að í tilboði hefði verið gert ráð fyrir að öryggisgirðing væri 2,0 m há, sbr. fundargerð skýringarfundar pt. 11“. Þá sagði að á skýringarfundinum hefði lögstjóðanda verið bent á þetta misræmi og fulltrúi bjóðanda ætlaði að skoða málið.

Í hinum umþrætta úrskurði kærunefndarinnar kemur fram að í tilboðsskrá stefnda RST Nets ehf. hefði verið gert ráð fyrir 120 m öryggisgirðingu á tilteknu einingaverði. Þar kæmi ekki fram hversu há girðingin væri sem tilboð félagsins tók mið af. Þá kemur fram í úrskurðinum að kærunefndin hafi óskað eftir því að fá tilboð RST Nets ehf. afhent ásamt öllum fylgiskjölum með því og að nefndin hefði kynnt sér tilboðið. Meðal fylgiskjala með tilboði félagsins hefðu verið tvær ljósmyndir af girðingu og gönguhliði á girðingu. Heiti skjalanna bæri skýrlega með sér að umrædd girðing væri 2 m há líkt og stefnandi hefði bent á samkvæmt fundargerð skýringarfundarins.

Af úrskurði nefndarinnar verður ráðið að nefndin hafi litið svo á að skilmálar útboðsins yrðu ekki túlkaðir með öðrum hætti en að gerð hafi verið sú lágmarkskrafa að öryggisgirðing sem setja ætti upp yrði um 3,2 m á hæð. Skýrt hafi hins vegar verið af tilboði stefnda RST Nets ehf. að tilboðið innihéldi 2 m háa girðingu. Kæmi það bæði fram í fundargerð skýringarfundar 29. desember 2022 sem og hefðu þær myndir sem fylgt hefðu tilboði stefnda RST Nets ehf. sýnt 2 m háa girðingu. Tilboðið hefði því ekki uppfyllt lágmarkskröfu útboðsgagnanna. Taldi nefndin að beiðni stefnanda til stefnda RST Nets ehf. um að félagið stæði við tilboðið í samræmi við útboðsgögn hefði falið í

sér að því hefði verið veitt heimild til þess að breyta tilboði sínu eftir að því var skilað sem ekki væri í samræmi við 4. mgr. 77. gr. reglugerðar nr. 340/2017.

Að mati dómsins gat kærunefndin ekki annað en dregið þá ályktun af gögnum málsins, og að fengnum skýringum af hálfu stefnanda, en að tilboð RST Nets ehf. hefði ekki uppfyllt lágmarkskröfu útboðsins um 3,2 m háa öryggisgirðingu og er raunar vandséð þegar litið er til gagna málsins að unnt hefði verið að komast að annarri niðurstöðu. Þá taldi kærunefndin réttilega í ljósi atvika málsins að í beiðni stefnanda um staðfestingu RST Nets ehf. um að staðið yrði við tilboðið, þ.e. að tilboð félagsins væri í samræmi við útboðsgögn, fæli í sér að félaginu var veitt heimild til þess að breyta tilboði sínu eftir að því hafði verið skilað. Verður að líta svo á að þetta hafi verið í andstöðu við 15. gr. laga nr. 120/2016 og 40. gr. reglugerðar nr. 340/2017 og utan þeirra heimilda sem felast í 4. mgr. 77. gr. reglugerðar nr. 340/2017. Tekur dómurinn fram að í þessu gat ekki falist leiðrétting augljósrar villu. Þá var þessi framkvæmd ekki í samræmi við ákvæði 1. mgr. 82. gr. laga nr. 120/2016 um ógildi tilboða. Dómurinn tekur einnig fram að í útboðslýsingu var ekki gert ráð fyrir að um frávíkstilboð gæti verið að ræða, sbr. 1. mgr. 52. gr. laga nr. 120/2016 og 65. gr. reglugerðar nr. 340/2017. Komst kærunefndin því réttilega að þeirri niðurstöðu að tilboð RST Nets ehf. sem ekki uppfyllti skilyrði útboðslýsingar hefði verið ógilt og stefnanda því óheimilt að taka því. Þá verður ekki fram hjá því litið að samkvæmt gögnum málsins hækkaði umræddur liður í tilboði RST Nets ehf. „Stálvirki eins og skilgreint í IV.4“ frá undirrituðu tilboðsblaði úr 17.997.882 krónum í 18.698.142 krónur samkvæmt samantekt stefnanda á framkomnum tilboðum.

Stefnanda er ekki hald í þeim skýringum sem hann hefur teflt fram fyrir dóminum vegna fría starfsmanna stefnanda sem reynslu höfðu af útboðum hafi ráðgjafi ritað fundargerð og þar gætt ónákvæmni í orðalagi. Viðkomandi hafi ekki áttað sig á verklýsingu í kafla IV.4.8.3. Engin sönnunarfærsla fór fram af hálfu stefnanda hvað þetta varðar og fram hjá skýrum gögnum málsins verður ekki litið. Verður hér einnig að hafa í huga að kærunefndin óskaði sérstaklega eftir skýringum á umfjöllun í lið 11 í fundargerð og átti stefnandi því kost á að skýra þetta atriði fyrir nefndinni sem hann hafi þó ekki gert. Þá skiptir ekki máli hér þótt umræddur liður í magnskrá verksins hafi á síðari stigum verið felldur út úr verkinu eins og fram kemur í gögnum málsins að hafi orðið raunin.

Hvað varðar þau sjónarmið stefnda að tilboð stefnda Orkuvirkis ehf. hafi einnig verið ógilt þar sem félaginu hafi, eins og stefnda RST Neti ehf., verið gefinn kostur á að koma að skýringum á skýringarfundi með stefnanda er það að segja að ekkert liggur annað fyrir í málinu en að tilboð stefnda hafi uppfyllt kröfur útboðslýsingarinnar í umræddu útboði. Niðurstaða kærunefndarinnar um að tilboð stefnda RST Nets ehf. væri ógilt þar sem það uppfyllti ekki skilyrði útboðslýsingar og stefnanda hafi því verið óheimilt að taka því leiddi réttilega til þeirrar niðurstöðu að stefndi Orkuvirki ehf. hafi

átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af varnaraðila, sbr. 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016.

Í samræmi við allt framangreint er það niðurstaða dómsins að úrskurður kærunefndar útboðsmála sé ekki haldinn neinum þeim form- eða efnisannmörkum sem leitt getur til ógildingar hans. Þvert á móti verður ekki annað ráðið af úrskurðinum en að niðurstaða kærunefndarinnar hafi í samræmi við lög byggt á þeim gögnum sem stefndi RST Net ehf. skilaði með tilboði sínu, skráningum í fundargerð skýringarfundar með stefnda RST Neti ehf. sem og þeim gögnum og skýringum sem stefnandi lét nefndinni í té undir rekstri málsins. Þá er ekki hægt að fallast á að andmælaréttur hafi verið brotinn á stefnanda enda bera gögn málsins þvert á móti með sér að stefnanda gafst kostur á að koma að frekari sjónarmiðum og gögnum undir rekstri málsins hjá nefndinni. Verður ekki séð að frekari athugasemdir af hálfu stefnanda hefðu getað orðið til að skýra málið frekar. Þá verður heldur ekki séð að kærunefndin hafi brugðist rannsóknarskyldu sinni. Var málsmeðferð nefndarinnar því í samræmi við ákvæði laga nr. 120/2016 og meginreglur stjórnisýsluréttar. Þá telur dómurinn ekki að kærunefndin hafi farið út fyrir valdsvið sitt við meðferð og úrlausn málsins.

Að öllu framangreindu virtu verður ekki fallist á að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 5/2023 hafi verið í andstöðu við ákvæði laga um opinber innkaup eða reglur stjórnisýsluréttarins eða haldinn nokkrum þeim annmörkum sem leitt geti til ógildingar hans. Verður sjónarmiðum stefnanda því hafnað, kröfu hans um ógildingu úrskurðarins hafnað og stefndu sýknaðir af kröfum hans í málinu.

Í samræmi við úrslit málsins verður stefnanda gert að greiða stefnda Orkuvirki ehf. 1.000.000 króna í málskostnað.

Af hálfu stefnanda flutti málið Arnar Heimir Lárusson lögmaður og af hálfu stefnda Orkuvirkis ehf. Magnús Ingvar Magnússon lögmaður. Stefndi RST Net ehf. sótti þing í málinu en lét málið ekki til sín taka gerði ekki kröfur á hendur stefnanda. Stefndi gerði ekki kröfu um málskostnað úr hendi þessa stefnda.

Hólmfríður Grímsdóttir héraðsdómari kveður upp dóm þennan. Dómarinn tók við meðferð málsins 12. júní 2024 en hafði ekki afskipti af því fyrir þann tíma.

Dómsorð:

Stefndu Orkuvirki ehf. og RST Net ehf. eru sýknir af kröfu stefnanda, Landsnets hf. um ógildingu úrskurðar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 5/2023 sem kveðinn var upp 17. nóvember 2023.

Stefnandi greiði stefnda Orkuvirki ehf. 1.000.000 króna í málskostnað.

Hólmfríður Grímsdóttir (sign.)