

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 11. júní 2021

í máli nr. 44/2020:

Ísorka ehf.

gegn

Reykjavíkurborg og

Orka náttúrunnar ohf.

Lykilorð

Útboðsskylda. Sérleyfissamningur. Viðmiðunarfjárhæð. Valdsvið kærunefndar útboðsmála. Kærufrestur. Óvirkni samnings. Stjórnvaldssekt. Stytting samnings. Skaðabótaskylda.

Útdráttur

Varnaraðili bauð út uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbila í Reykjavík. Skyldi varnaraðili leggja til bílastæði á nánar tilteknum stöðum og var gert ráð fyrir að sá bjóðandi sem yrði fyrir valinu hefði heimild til gjaldtöku af notendum stæðanna fyrir sölu raforku og notkun á hleðslustöðvunum. Kærunefnd útboðsmála taldi að af gögnum málsins mætti ráða að öll áhætta af rekstri hleðslustöðvanna hafi átt að vera í höndum þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu og að endurgjald hans hafi átt að felast í rétti hans til að hagnýta sér þjónustuna með gjaldtöku. Því yrði að leggja til grundvallar að varnaraðili hafi í raun stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi 23. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og 5. tl. 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins. Þá taldi kærunefnd einnig að miða yrði við að virði þess samnings sem stefnt væri að því að gera hefði verið umfram viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðisins samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, þegar tekið væri tillit áætlaðrar veltu samningsins yfir samningstíma hans, áætlaðs kostnaðar við kaup og uppsetningu búnaðar, áætlaðra greiðslna frá varnaraðila á samningstímanum og þess framlags sem útboðsgögn gerðu ráð fyrir að varnaraðili léti afhendi. Var því talið að málið heyrði undir valdsvið kærunefndar. Af þessu leiddi einnig að varnaraðila hafði borið að birta tilkynningu um fyrirhugaða veitingu sérleyfisins á Evrópska Efnahagssvæðinu í samræmi við ákvæði reglugerðarinnar og þar sem það hafði ekki verið gert hefði varnaraðili brotið gegn ákvæðum reglugerðarinnar. Þá taldi kærunefnd að krafa kæranda um óvirkni hefði komið fram innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Þar sem ekki hefði verið tilkynnt um hið kærða útboð á Evrópska efnahagssvæðinu var talið að sá samningur sem hefði verið gerður á grundvelli útboðsins hefði verið gerður heimildarlaust án auglýsingar og var hann því lýstur óvirkur, sbr. a. liður 1. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup, auk þess sem varnaraðila var gert að bjóða út hin kærðu

innkaup að nýju. Þá var varnaraðila gerð stjórnvaldssekt að fjárhæð 4.000.000 krónur, sbr. b. liður 1. mgr. 118. gr. laganna. Jafnframt var talið að varnaraðili hefði bakað sér bótaskyldu gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af undirbúningi tilboðs og þátttöku í hinu kærða útboði.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 8. október 2020 kærði Ísorka ehf. útboð Reykjavíkurborgar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) nr. 14923 auðkennt „Uppsetning og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík“. Endanlegar kröfur kæranda eru þær að felld verði úr gildi ákvörðun varnaraðila um að ganga að tilboði Orku náttúrunnar ohf. í hinu kærða útboði og að kærunefnd útboðsmála veiti álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda. Þess er einnig krafist að samningur varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. verði lýstur óvirkur „með eða án annarra viðurlaga“ og að hið kærða útboð verði fellt úr gildi og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á hleðslustöðvum. Þá verður að skilja málatilbúnað kæranda svo að hann krefjist málskostnaðar.

Varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. var kynnt kæran og gefinn kostur á að gera athugasemdir. Með greinargerð varnaraðila 14. október 2020 var þess krafist að kröfum kæranda yrði vísað frá eða hafnað og að kæranda yrði gert að greiða varnaraðila málskostað.

Með tölvubréfi kærunefndar útboðsmála til varnaraðila 19. október 2020 var óskað eftir nánari upplýsingum um kostnaðaráætlun varnaraðila og barst svar daginn eftir. Með tölvubréfi 22. október 2020 tilkynnti kærunefnd varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. að hún hefði til skoðunar hvort sá samningur sem boðinn hefði verið út hefði verið sérleyfissamningur í skilningi 23. tl. 2. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og 5. tl. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamning um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins. Þeim var boðið að tjá sig um þetta atriði og að skila frekari athugasemdum við kæru. Varnaraðili svaraði erindinu með greinargerð 6. nóvember 2020. Kærandi skilaði andsvörum 20. nóvember 2020. Varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. var boðið að tjá sig um andsvör kæranda og barst greinargerð frá Orku náttúrunnar ohf. 15. janúar 2021 og frá varnaraðila 27. sama mánaðar. Kærandi skilaði frekari athugasemdum 8. febrúar 2021 og krafðist óvirkni samnings varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. og að innkaupin yrðu boðin út að nýju. Varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. var gefinn kostur á að tjá sig og voru athugasemdir þeirra móttæknar 26. febrúar 2021.

Kærunefnd beindi frekari fyrirspurnum til varnaraðila með tölvubréfi 21. apríl 2021. Var óskað eftir því að upplýst yrði um hver væri áætlaður eða raunkostnaður við það framlag sem útboðsskilmálar gerðu ráð fyrir að varnaraðili innti af hendi við framkvæmd þess samnings

sem boðinn hefði verið út og hvort um væri að ræða kostnað sem horfa ætti til við mat á verðmæti samnings samkvæmt 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017, að því gefnu að um sérleyfissamning væri að ræða. Þá var jafnframt óskað eftir afstöðu varnaraðila til þess hvort hann teldi að taka ætti mið af verðmæti þeirra lóða eða bílastæða sem gert var ráð fyrir að hann legði til við framkvæmd samningsins við mat á verðmæti samningsins. Þá var jafnframt óskað eftir upplýsingum að hvaða leyti samningurinn hefði verið efndur og greiðslur farið fram, sbr. 1. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup. Varnaraðili svaraði erindinu með greinargerð 12. maí 2021 og var kæranda og Orku náttúrunnar ohf. í kjölfarið boðið að tjá sig um svar varnaraðila. Kærandi skilaði frekari athugasemdum 17. maí 2021. Ekki bárust frekari gögn frá Orku náttúrunnar ohf.

Með ákvörðun 22. október 2020 hafnaði kærunefnd útboðsmála kröfu kæranda um að hið kærða útboð yrði stöðvað um stundarsakir þar til endanlega hefði verið skorið úr kæru.

I

Í júlí 2020 óskaði varnaraðili eftir tilboðum í uppsetningu og rekstur hleðslustöðva á stæðum á þremur nánar tilteknum svæðum í Reykjavík. Í grein 1.1.1 í útboðsgögnum kom fram að innifalið í tilboðsverði skyldi vera allur kostnaður, þ.m.t. búnaður, tengingar og rekstur á hleðslustöðvum fyrir rafbíla og rekstur þjónustuværs. Búnaður skyldi fjarlægður í lok samningstíma. Skyldi þjónustuveitandi hafa heimild til gjaldtöku á stæðum fyrir sölu raforku og notkun á hleðslustöðvum. Þá kom fram að um væri að ræða samstarfsverkefni Reykjavíkurborgar, Orkuveitu Reykjavíkur og Veitna ohf. Í grein 1.1.3 kom fram að útboðið væri ekki auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu. Í grein 1.1.9 kom fram að útboðið skiptist í þrjá hluta og að bjóða mætti í einn, tvo eða alla hluta, en ekki mætti bjóða í hluta tilboðsliða. Í grein 1.1.18 komu fram tilteknar kröfur um tæknilegt hæfi bjóðenda. Gerð var krafa um að bjóðendur skyldu reka eða vera með samning við varahluta- og viðgerðarþjónustu fyrir boðnar hleðslustöðvar. Leggja skyldi fram upplýsingar sem sýndu að slík þjónusta væri til staðar og að þeir byggju yfir þekkingu til að sinna reglubundnu viðhaldi og rekstri hleðslubúnaðar. Þá var gerð krafa um að eingöngu löggildir rafvirkjar kæmu að uppsetningu, tengingum, viðhaldi, rekstri, viðgerðum og allri annarri vinnu í og við hleðslustöðvar. Jafnframt var gerð krafa um að bjóðendur rækju þjónustu, símsvörun og hefðu viðskiptakerfi. Þá kom fram að mat á tæknilegu hæfi miðaðist við opnunardag tilboða.

Í grein 1.1.19 var fjallað um val tilboða. Þar kom fram að tilboð í hvern hluta fyrir sig skyldu metin og það tilboð valið sem væri hagstæðast í hverjum hluta. Komið gæti til þess að samið yrði við allt að þrjá bjóðendur. Þá kom fram að hagstæðasta tilboðið væri það sem væri

lægst að krónutölu. Setti bjóðandi „jákvæð (+) formerki“ á tilboðsupphæð fengi hann greitt mánaðargjald fyrir rekstur hleðslustöðva en setti bjóðandi „neikvæð (-) formerki“ á tilboðsupphæð myndi hann greiða kaupanda mánaðarlegt afnotagjald fyrir að fá að setja upp og reka hleðslustöðvar. Kæmi fram tilboðsverð 0, væri litið svo á að hvorugur aðili greiddi eða fengi greitt fyrir viðkomandi liði í magnskrá. Í grein 1.1.20 kom fram að tilboð yrði samþykkt skriflega innan gildistíma þess og teldist þá vera kominn á bindandi samningur á grundvelli útboðsgagna. Í grein 1.2.2 kom fram að stefnt væri að gerð samnings til fimm ára með möguleika á framlengingu um eitt ár í senn, allt að þrisvar sinnum. Í grein 2.1.0 í þjónustulýsingu útboðsgagna kom meðal annars fram að þjónustuveitandi fengi afhent stæði til afnota og hefði hann heimild til gjaldtöku á þeim stæðum fyrir sölu á raforku og notkun hleðslustæða gagnvart notendum stæða. Í grein 2.1.1 kom meðal annars fram að verkið fælist í að útvega, setja upp, tengja og ganga að fullu frá, ásamt því að reka, hleðslustöðvar fyrir rafbíla á bílastæðum varnaraðila á nánar tilgreindum stöðum. Skyldi þjónustuveitandi borga allan rekstarkostnað vegna hleðslustöðva, þar með talið dreifingarkostnað samkvæmt gjaldskrá Veitna ohf., raforkukaup, viðhaldskostnað og rekstur þjónustuvers. Einnig kom fram að kaupandi skyldi tengja heimtaugar í götuskáp við bílastæði sem hann skyldi afhenda ásamt röri að staðsetningu hvernar hleðslustöðvar auk þess sem kaupandi skyldi setja upp fullbúinn mælaskáp ásamt rafbúnaði og spennusetri. Í grein 2.3.2 kom fram að kaupandi myndi sjá um útvegum rafmagnsheimtauga með fullbúnum mælaskáp og allan yfirborðsfrágang við stæði og hleðslustöðvar. Kaupandi myndi auk þess sjá um útvegum og frágang á undirstöðum fyrir hleðslustöðvar, frágang bílastæða, kanta og gangstéttar eftir því sem við ætti á hverjum stað fyrir sig og útvega límniða til merkinga á stöðvum. Í grein 2.3.1 kom fram að uppsetning hleðslustöðva og frágangur í lok samningstíma væri á kostnað þjónustuveitanda og að í verklok skyldi þjónustuveitandi fjarlægja stöð, aftengja rofa og draga úr strengi. Hleðslustöðvar skyldu vera í eigu og umsjón þjónustuveitanda og skyldi hann bera ábyrgð á þeim og sjá um allan kostnað af daglegum rekstri þeirra. Í grein 2.4.3 kom fram að gjaldtaka skyldi vera í samræmi við lög og reglugerðir þar að lútandi, meðal annars um raforkuviðskipti og mælingar nr. 1150/2019.

Tilboð voru opnuð 20. ágúst 2020 og bárust tilboð frá fjórum fyrirtækjum. Tilboð Orku náttúrunnar ohf. var lægst í alla hluta útboðsins, en fyrirtækið bauðst til þess að greiða með þjónustunni 51.000 krónur vegna hluta 1 og 2 hvors um sig en 11.000 krónur vegna hluta 3. Kærandi átti næstlægsta tilboðið en tilboð hans gerði ráð fyrir að varnaraðili greiddi fyrir þjónustuna 8.888.220 krónur vegna hluta 1 og 3 hvors um sig og 7.777.260 krónur vegna hluta 2. Í opnunarfundargerð kom fram að kostnaðaráætlun vegna hluta 1 næmi 3.600.000 krónum,

3.450.000 krónum vegna hluta 2 og 3.750.000 krónum vegna hluta 3. Með bréfi varnaraðila 2. október 2020 var bjóðendum tilkynnt að varnaraðili hefði samþykkt að ganga að tilboði Orku náttúrunnar ohf. í alla hluta útboðsins. Væri því kominn á bindandi samningur um þjónustuna.

II

Kærandi byggir á því að boðin lausn Orku náttúrunnar ohf. hafi á opnunardegi tilboða ekki verið í samræmi við reglugerð nr. 1150/2019 um raforkuviðskipti og mælingar. Í því sambandi er vísað til ákvörðunar Orkustofnunar frá 20. ágúst 2020 þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið hefði brotið gegn ákvæðum umræddrar reglugerðar með því að tryggja ekki að notendur hraðhleðslustöðva geti átt bein og milliliðalaus viðskipti án fyrirvara. Þar með hafi Orka náttúrunnar ohf. ekki fullnægt kröfum greinar 2.4.3 í útboðsgögnum, en grein 1.1.18 í útboðsgögnum hafi áskilið að bjóðendur fullnægju kröfum um tæknilegt hæfi á opnunardegi tilboða. Ekki sé nægjanlegt að fullnægja kröfu þessari á samningstímanum. Þá hafi Orka náttúrunnar ohf. þegar hafið sölu rafmagns á hleðslustöðvum og á þeim komi fram, sem og í auglýsingum fyrirtækisins og fréttum, að notandi verði að hafa ON lykil til að geta notað hleðslustöðvarnar. Þetta staðfesti að gjaldtaka Orku náttúrunnar ohf. hafi ekki verið í samræmi við framangreinda reglugerð um raforkuviðskipti og mælingar og því ekki fullnægt kröfum útboðsgagna á opnunardegi tilboða, auk þess sem hún geri það ekki enn.

Kærandi byggir einnig á því að Samkeppniseftirlitið hafi hafið rannsókn á starfsemi Orku náttúrunnar ohf. á markaði fyrir hleðslur, hleðslustöðvar og rafmagn vegna brota á samkeppnislögum, en rannsókn þessa megi rekja til kvörtunar kæranda. Jafnframt sé verkefnið meðal annars unnið í samstarfi við Orkuveitu Reykjavíkur, sem sé móðurfélag Orku náttúrunnar ohf. og í meirihlutaeigu varnaraðila. Starfsmenn Orkuveitu Reykjavíkur hafi meðal annars komið að því að lesa yfir útboðsgögn. Því hafi átt að útiloka Orku náttúrunnar ohf. frá útboðinu vegna hagsmunatengsla, sbr. f. og g. liði 6. mgr. 68. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Kærandi byggir einnig á því að innkaupin hafi verið umfram viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup. Ekki sé hægt að leggja kostnaðaráætlun varnaraðila til grundvallar við ákvörðun viðmiðunarfjárhæðar þar sem kostnaður hafi þar verið vanáætlaður og áætlaðar tekjur verið byggðar á forsendum sem séu tæknilega ómögulegar. Þrjú af fjórum tilboðum sem hafi borist hafi verið yfir kostnaðaráætlun sem bendi til þess að kostnaðaráætlun varnaraðila hafi ekki gefið rétta mynd af raunverulegum kostnaði. Þá hafi varnaraðili ekki framkvæmt neitt sjálfstætt mat eða greiningu á kostnaðaráætluninni heldur reitt sig alfarið á vinnu utanaðkomandi tæknilegs ráðgjafa. Ekki sé gert ráð fyrir kostnaði Veitna ohf. við jarðvinnu, mæliskápa o.fl. í kostnaðaráætlun varnaraðila, en um sé að ræða atriði sem nauðsynlegt sé að framkvæma áður en hleðslustöðvar séu settar upp samkvæmt grein 2.1.1 í

útboðsskilmálum. Þá miði kostnaðaráætlun varnaraðila við að allar hleðslustöðvar séu tekjuberandi frá og með fyrsta samningsdegi en útboðsgögn hafi gert ráð fyrir ákveðnu svigrúmi við uppsetningu á búnaði. Allar seinkanir hafi áhrif á tekjur bjóðenda og verðmæti samningsins. Þá taki kostnaðaráætlun einungis mið af því að sá bjóðandi sem verði fyrir valinu þurfi að kaupa raforku til hleðslustöðva en ekki að hann þurfi einnig að greiða fyrir flutning rafmagns til hleðslustöðvar samkvæmt gjaldskrá Veitna ohf. Kostnaðaráætlun geri ekki heldur ráð fyrir kostnaði við snjómokstur. Auk þess séu forsendur fyrir tekjum í kostnaðaráætluninni í engu samræmi við raunnotkun eða tæknilega getu. Þá liggi ekki fyrir neinar upplýsingar um hvernig þessar forsendur séu fengnar. Jafnframt sé gert ráð fyrir 10% ávöxtunarkröfu í áætluninni, en það sé óeðlilega lág krafa. Ekki sé því hægt að leggja kostnaðaráætlun varnaraðila til grundvallar við mat á því hvort viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu sé náð.

Hvað varðar það álitaefni hvort um hafi verið að ræða sérleyfissamning vekur kærandi athygli á því að með samningnum fái lægstbjóðandi aðgang að samtals 27 staðsetningum á borgarlandi þar sem heimilt sé að setja upp 72 hleðslustöðvar. Um sé að ræða sérvaldar staðsetningar við skóla, bílastæði, sundlaugar og fleiri staði þar sem væntingar séu miklar um notkun. Telur kærandi að með úthlutun stæðanna séu aðrir aðilar í reynd útilokaðir frá samkeppni þar sem þeir geti ekki farið í samkeppni við lægstbjóðanda um sömu þjónustuna. Enginn annar aðili geti fengið sama fjölda af sambærilegum staðsetningum á borgarlandi til uppsetningar á hleðslustöðvum. Samningshafi fái í reynd einkarétt til að setja upp fjölda hleðslustöðva á fyrirfram ákveðnum stöðum á borgarlandi sem öðrum stendur ekki til boða. Réttur samningshafa til stæðanna sé ekki takmarkaður svo máli skipti, en einungis eigendum rafbíla sé heimilt að nota stæðin til hleðslu hjá samningshafa, og er heimilt að sekta aðra notendur stæðanna. Þá muni varnaraðili afhenda lægstbjóðanda frágengin stæði, gangstéttar og kanta, heimtaugar verði tengdar í götuskáp við bílastæði ásamt röri að staðsetningu hvernar hleðslustöðvar auk mæliskápa og spenniseturs. Augljóst er að öðrum aðilum standi ekki sambærileg þjónusta til boða. Með hærri söluverði raforku til viðskiptavina, s.s. til samræmis við markaðsverð á útboðsdegi, sé hægt að reikna virði samningsins vel yfir viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfi. Þá hafi verið gert ráð fyrir því að öll áhætta af rekstri og uppbyggingu hleðslustöðvanna væri í höndum þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu. Hafi endurgjald hans eingöngu falist í rétti til að hagnýta þau verk og þá þjónustu sem fyrirhugaður samningur skyldi taka til. Ekki liggi fyrir greining varnaraðila á því hvort stefnt hafi verið að gerð sérleyfissamnings. Þá megi ráða af gögnum málsins að varnaraðili hafi ekki sérstaklega metið hvort verðmæti samningsins væri umfram viðmiðunarfjárhæðir sérleyfissamninga. Ef raunverulegt söluverð Orku náttúrunnar ohf. yrði sett inn í kostnaðaráætlun varnaraðila færi

fjárhæð samningsins lagt umfram viðmiðunarfjárhæðir vegna útboðsskyldu sérleyfissamninga. Verði talið að um sérleyfissamning yfir viðmiðunarfjárhæðum hafi verið að ræða beri að lýsa samning varnaraðila við Orku náttúrunnar ohf. óvirkan, ógilda hið kærða útboð og leggja fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju með lögmætum hætti. Kærandi mótmælir einnig þeim málatilbúnaði varnaraðila að ekki geti verið um sérleyfissamning að ræða þar sem útboðsgögn hafi gert ráð fyrir fjárgreiðslu varnaraðila til samningshafa. Einnig að skilgreining á sérleyfissamningi í 6. tol. 2. mgr. 5. gr. reglugerðar 950/2017 brjóti gegn skilgreiningu á sérleyfissamningi í 23. tl. 2. gr. laga um opinber innkaup.

Kærandi byggir einnig á því að sá kostnaður sem varnaraðili hafi haft af því að ljúka frágangi stæða, heimtauga í götuskápa ásamt röri og uppsetningu mælaskápa, rafbúnaðar og spennusetra, hafi verið sérstök fjárfesting sem ráðist hafi verið í vegna hins kærða útboðs og til þess ætlað að undirbúa tiltekin fyrirfram ákveðin svæði fyrir hleðslustöðvar. Ekki hafi verið um hefðbundið viðhald að ræða af hálfu varnaraðila. Framkvæmdirnar hafi því eingöngu verið til hagsbóta fyrir samningshafa og beri því að horfa til kostnaðar við þær við mat á verðmæti samnings samkvæmt 4. mgr. 8. gr. reglugerðar 950/2017. Þá telur kærandi að uppgefinn kostnaður varnaraðila við framkvæmdirnar sé ekki í samræmi við niðurstöður útboðs um framkvæmdirnar, en uppá vanti um 5,3 milljónir króna. Þannig hafi heildarkostnaðurinn numið 89,7 milljónum króna en ekki 84,4 milljónum króna eins og varnaraðili hafi upplýst. Þá sé ekki rétt að taka einungis tillit til hluta þessa kostnaðar við mat á verðmæti samningsins eins og varnaraðili haldi fram, en bókhaldsleg meðferð eigna varnaraðila hafi enga þýðingu við mat á verðmæti samnings. Þá beri einnig að taka tillit til verðmætis afnotaréttar samningshafa að bílastæðum við mat á verðmæti samnings auk þess sem kostnaður varnaraðila vegna þess sé vanmetinn, þó hann gefi ákveðna vísbendingu um lágmarksverðmæti framlags varnaraðila að þessu leyti. Réttara sé að miða við gjaldskrá Bílastæðasjóðs Reykjavíkur fyrir bílastæði en samkvæmt henni sé leiga á langtímastæði 7.500 til 14.500 krónur fyrir hvert stæði á mánuði. Sé leigugjald miðað við 8.000 krónur er leigugjald vegna eins bílastæðis á samningstíma 768.000 krónur eða samtals um 129 milljónir fyrir öll þau stæði sem samningurinn taki til á öllum samningstímanum. Þá mótmælir kærandi því að samningar varnaraðila við Orku náttúrunnar ohf. hafi þegar verið efndur og af þeim sökum komi óvirkni ekki til greina. Hið rétta sé að samningurinn geri ráð fyrir að samningshafi setji upp og reki hleðslustöðvar og þjónusti notendur þeirra í fimm til átta ár. Í raun hafi samningurinn því einungis verið efndur af litlum hluta og að mestu hvað varðar uppsetningu hleðslustöðva. Það sé mjög einfallt og fljótlegt að fjarlægja uppsettar hleðslustöðvar og kostnaður við það sé óverulegur.

Varnaraðili byggir á því að kostnaðaráætlun vegna útboðsins hafi numið samtals 10.800.000 króna, með virðisaukaskatti, fyrir alla þrjá hluta útboðsins miðað við fimm ára samningstíma, en 8.710.200 krónum án virðisaukaskatts. Kostnaðaráætlun miðað við mögulegan átta ára samningstíma hafi numið 17.280.000 krónum með virðisaukaskatti, en 13.935.484 krónum án virðisaukaskatts. Því hafi innkaupin verið undir viðmiðunarfjárhæðum vegna útboðsskyldu samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og því beri að vísa kröfum kæranda frá.

Byggt er á því að lægstbjóðandi hafi fullnægt öllum kröfum útboðsgagna, meðal annars kröfu greinar 2.4.3 um að gjaldtaka bjóðenda uppfyllti kröfur reglugerðar nr. 1150/2019. Einungis hafi verið gerð krafa um að kröfum reglugerðarinnar yrði fullnægt á samningstímanum, en ekki þegar við opnun tilboða eins og kærandi haldi fram. Grein 1.1.18 í útboðsgögnum, sem kærandi vísir til, eigi við um þær kröfur til tæknilegrar getu sem þar komi fram en ekki um kröfu greinar 2.4.3 um gjalddöku. Þá geti rannsókn samkeppnisyfirlýðinga ekki gefið tilefni til að hafna tilboði Orku náttúrunnar ohf. Tekið er fram að rekstur Orku náttúrunnar ohf. sé aðskilinn frá rekstri Orkuveitu Reykjavíkur samkvæmt raforkulögum nr. 65/2003 þar sem gerð sé krafa um aðgreiningu á samkeppnis- og sérleyfisþáttum í rekstri orkufyrirtækja. Þá hafi einungis starfsmenn Orkuveitu Reykjavíkur komið að lestri útboðsgagna, en ekki starfsmenn Orku náttúrunnar ohf. Ekki hafi verið um að ræða hagsmunaárekstur þannig að vísað hefði átt tilboði Orku náttúrunnar ohf. frá í hinu kærða útboði.

Varnaraðili byggir á því að sá samningur sem um ræðir hafi ekki verið sérleyfissamningur í skilningi 23. tl. 2. gr. laga um opinber innkaup og 5. tl. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga. Í útboðsgögnum hafi ein útfærslan verði sú að endurgjald þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu fælist í rétti til að nýta þjónustu sem hann hefði tekið að sér að veita með því að taka gjald af notendum hennar sem og að þiggja greiðslu frá kaupanda. Þar sem sá möguleiki hafi verið fyrir hendi að bjóðandi myndi greiða kaupanda mánaðarlegt afnotagjald fyrir að fá að setja upp og reka hleðslustöðvar hafi ekki verið um að ræða veitingu sérleyfis, enda sé um að ræða fjárgreiðslu frá bjóðanda en ekki kaupanda, og hafi bjóðandi því verið í sjálfsveld sett að ákveða hvort hann vildi bera einhverja rekstraráhættu eða ekki. Að mati varnaraðila er skilgreining á sérleyfissamningi um verk í 6. tl. 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 víðtækari en skilgreining sama hugtaks í 23. tl. 2. gr. laga um opinber innkaup og ákvæði reglugerðarinnar brjóti þar með í bága við ákvæði laganna. Í þátttöku í útboðinu og gerð samnings við lægstbjóðanda hafi ekki falist yfirlýðing til meints sérleyfishafa á rekstraráhættu við að hagnýta sér þjónustuna. Þar að auki komi fram í útboðsgögnum að kaupandi geti ekki útilokað að fleiri hleðslustöðvar muni bætast við í nágrenni þeirra hleðslustöðva sem nú eru

fyrirhugaðar á samningtímanum, hvort sem er á vegum varnaraðila eða annarra aðila. Þetta sýni að þó að samningshafi hafi einkarétt til nýtingar þeirra hleðslustöðva sem hann komi upp geti samningur um rekstur þeirra ekki falið í sér gerð sérleyfissamnings, enda séu aðrir aðilar á hlutaðeigandi markaði ekki útilokaðir frá því að stunda sömu starfsemi á svipuðum stað. Varnaraðili hyggist bjóða út 20 staðsetningar á ári næstu þrjú ár og þegar hafi ótal rekstraraðilar ákveðið að setja upp og reka hleðslustöðvar. Í úrlausnum kærunefndar útboðsmála hafi verið talið að um sé að ræða sérleyfi þegar aðila er fengin algjör einkaréttur til tiltekinnar nýtingar á markaði þar sem samkeppni sé takmörkuð. Það eigi ekki við hér. Með veitingu samnings um rekstur hleðslustöðva sé ekki verið að takmarka samkeppni.

Varnaraðili byggir einnig á því, verði talið að um sérleyfissamning sé að ræða, að hann nái ekki viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu samkvæmt kostnaðaráætlun varnaraðila sem unnin hafi verið miðað við að um sérleyfi hafi verið að ræða. Sú kostnaðaráætlun hafi verið raunhæf og kærandi ekki sýnt fram á annað. Kærandi hafi keypt þjónustu við gerð kostnaðaráætlunarinnar frá utanaðkomandi ráðgjafa sem hafi þekkingu á viðkomandi markaði. Varnaraðili hafi farið yfir kostnaðaráætlunina og forsendur hennar á fundi með ráðgjafanum áður en ráðist hafi verið í hið kærða útboð. Ekki hafi verið rétt að taka inn í kostnaðaráætlun kostnað varnaraðila og Orkuveitu Reykjavíkur af uppbyggingu innviða fyrir hleðslu rafbíla. Samkvæmt samkomulag varnaraðila, Orkuveitu Reykjavíkur og Veitna ohf. frá 4. apríl 2019 um uppbyggingu innviða til hleðslu á rafbílum í Reykjavík, beri aðilum þess að vinna að uppbyggingu hleðslustöðva og skipta með sér kostnaði vegna þeirrar vinnu. Í þessari uppbyggingu felist nauðsynlegt framlag sem ekki verði innheimt af rekstraraðilum í samræmi við grein 2.1.1 í útboðsskilmálum. Innviðir þessir verði enn til staðar þegar samningstíma ljúki og komi því ekki til álita sem hluti kostnaðaráætlunar varnaraðila vegna samningsins frekar en t.d. kostnaður við gatnagerð sem kemur ekki til skoðunar við útreikning á kostnaðaráætlun fyrir skólaakstur. Þá verði að hafa í huga að kostnaðartölur í kostnaðaráætlun byggji á meðaltali og að þar séu eðli máls samkvæmt óvissuþættir sem sumir hverjir muni vaxa og aðrir lækka á móti. Þannig sé líklegt að rafbílum muni fjölga á samningtímanum og rafhlöður stækka. Kostnaðaráætlun varnaraðila verði því ekki talin óraunhæf þótt hún hafi gert ráð fyrir að hleðslustöðvarnar gæfu af sér tekjur frá fyrsta degi. Þá mótmælir varnaraðili því að öðru leyti að kostnaðarliðir í áætluninni hafi verið vanáætlaðir eða tekjur ofáætlaðar.

Varnaraðili byggir einnig á því að ekki eigi að horfa til þess kostnaðar sem hann hafi af gerð gangstétta og kanta og yfirborðsfrágangi bílastæða við mat á því hvort sá samningur sem boðinn hafi verið út hafi verið umfram viðmiðunarfjárhæðir vegna útboðsskyldu samkvæmt reglugerð nr. 950/2017. Framkvæmdir þessar hefðu að endingu farið fram sem liður í

hefðbundnu viðhaldi þótt samningnum hefði ekki verið til að dreifa. Þess vegna verði því vart haldið fram að þessar framkvæmdir hafi verið nauðsynlegnar svo að samningshafi gæti veitt þjónustu í samræmi við samninginn, sbr. f. liður 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar. Þá hafi framlag varnaraðila, sem falist hafi í frágangi heimtauga í götuskápa ásamt lagningu röra að hverri hleðslustöð og uppsetningu mælaskápa, rafbúnaðar og spennuseturs, einnig verið liður í venjubundnu viðhaldi varnaraðila. Þá sé einnig um innviðauppbýggingu að ræða sem sé eign varnaraðila á samningstímanum og að honum liðnum. Ekki sé unnt að líta svo á að slík valkvæð innviðauppbýgging á vegum varnaraðila sé sérstakt framlag til handa samningshafa sem eigi að áætla sem sérstakt verðmæti samkvæmt 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Varnaraðili byggir á því að samkvæmt mati hans, sem fram hafi farið í samræmi við 8. gr. reglugerðarinnar, nemi verðmæti samningsins 548.002.994 krónum án virðisaukaskatts, sem sé vel undir viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu sérleyfissamninga. Þá hafi raunkostnaður við framlag varnaraðila vegna þess framlags sem hann hafi látið af hendi í tengslum við gerð samningsins numið 84,4 milljónum króna án virðisaukaskatts, en um sé að ræða kostnað vegna hönnunar, jarðvinnu og yfirborðsfrágangs, eftirlits með framkvæmdum, heimtaugar og mælaskápa við bílastæði. Jafnvel þó þessum kostnaði væri bætt við mat varnaraðila á verðmæti samningsins nægði það ekki til að samningurinn teldist ná viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu. Varnaraðili telur hins vegar að ekki sé hægt að líta svo á að öll framangreind fjárhæð geti talist framlag kaupanda í skilningi f. liðar 4. mgr. 8. reglugerðarinnar. Almennt sé miðað við að líftími gatnakerfis sé 25-30 og því verði einnig að leggja til grundvallar að líftími framlags varnaraðila sé að minnsta kosti 25 ár. Gildistími þess samnings sem gerður hafi verið í kjölfar útboðsins geti hins vegar að hámarki verið átta ár. Því verði að miða við að verðmæti framlags varnaraðila geti einungis numið réttu hlutfalli á milli hámarks samningstíma og heildarlíftíma framlags hans. Samkvæmt því gæti framlag varnaraðila aldrei numið hærri fjárhæð en 27 milljónum króna ($8/25 \times 84,4$). Með því að leggja þessa aðferðarfræði til grundvallar sé einnig tryggt jafnræði vegna síðari þjónustuveitenda sem komi til með að nýta sama framlag varnaraðila. Þannig geti verðmæti samningsins aldrei hafa numið hærri fjárhæð en 575.002.994 krónum án virðisaukaskatts, sem nái ekki umræddri viðmiðunarfjárhæð.

Þá telur varnaraðili að verðmæti þeirra bílastæða sem samningshafi fái afnot af sé óverulegt. Afskriftartími gatna og bílastæða nemi 25-30 árum og yfir 90% þeirra stæða sem samningurinn taki til séu eldri en 25 ára. Þá hafi bílastæðin hingað til verið gjaldfrjáls. Ef varnaraðili hefði þurft að áætla verðmæti þessara stæða eða leggja á einhvers konar aðstöðugjald vegna þeirra og innheimta úr hendi samningshafa megja ætla að samningshafi hefði þurft að fleyta þeim kostnaði áfram með hærri gjaldtöku úr hendi notenda. Væri þá komin upp

sú staða að notendur væru farnir að greiða fyrir stæði sem ella hefðu staðið þeim til boða gjaldfrjáls. Væri þá með óbeinum hætti verið að leggja álag á stæði sem hafi neikvæð áhrif á notkun stæðanna og hleðslustöðvanna. Verði komist að því að afhending stæðanna til afnota feli í sér sérstakt framlag af hálfu kaupanda geti ekki talist eðlilegt að tvíreikna framlag hans með því að meta til virðis hvoru tveggja stofnkostnað og veitta aðstöðu í formi afhentra bílastæða. Þá sé nokkrum erfiðleikum bundið að meta verðmæti umræddra stæða. Ljóst sé að varnaraðili leigi ekki stæðin með hefðbundnum hætti til samningshafa, sem fái ekki fullan afnota- og einkarétt að þeim. Þrátt fyrir það og í því skyni að leggja fram einhver viðmið bendir varnaraðili á gjaldskrá hans fyrir deilibíla 2021, sem samþykkt hafi verið í borgarráði 2017. Samkvæmt henni er ársgjald fyrir leigu á bílastæði, utan gjaldskyldu, 30.000 krónur. Sá samningur sem boðin hafi verið út taki til 168 bílastæða. Leiguverð framangreindra stæða miðað við framangreindar forsendur á átta ára gildistíma samningsins næmi því alls 40.320.000 krónum. Ef sú aðferð yrði lögð til grundvallar að miða virði framlags kaupanda við leigugjald samkvæmt þessu í stað þess að áætla hlutdeild í raunverulegum stofnkostnaði sé ljóst að verðmæti samningsins gæti ekki numið hærri fjárhæð en 588.322.994 krónum án virðisaukaskatts, sem sé undir viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017. Jafnvel þó forsendur kæranda um verðmæti samningsins væru lagðar til grundvallar næði verðmæti samningsins ekki viðmiðunarfjárhæðinni. Því sé ljóst að jafnvel þó talið verði að umræddur samningur sé sérleyfissamningur nái verðmæti hans ekki viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu samkvæmt reglugerðinni.

Varnaraðili mótmælir jafnframt kröfum kæranda um að samningur varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. verði lýstur óvirkur og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða innkaupin út að nýju, sem og kröfu um málskostnað. Kröfur þessar hafi ekki komið fram í kæru heldur fyrst í greinargerð kæranda til kærunefndar útboðsmála 8. febrúar 2021. Engin ný sjónarmið hafi komið fram hjá varnaraðila sem réttlæti að nýjum kröfum sé komið á framfæri eftir að kæra hafi verið lögð fram. Þá hafi umræddur samningur þegar verið efndur varðandi uppsetningu hleðslustöðva að mestu leyti, en allar hleðslustöðvar nema ein séu komnar upp og í notkun. Unnið sé að því að koma þeirri stöð á vantar í virkni hið fyrsta. Bæði varnaraðili og Orku náttúrunnar ohf. hafi því uppfyllt meginskyldur sínar samkvæmt samningnum enda kostnaður við framkvæmd samningsins þegar til fallinn. Skilyrði fyrir óvirkni séu því ekki fyrir hendi. Auk þess sé kærufrestur samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup liðinn vegna þessara krafna.

IV

Orka náttúrunnar ohf. byggir á því að fyrirtækið og tilboð þess hafi fullnægt öllum kröfum útboðsgagna. Fyrirtækið hafi boðið tilgreindar hleðslustöðvar og muni standa við tilboð sitt og útvega þá vöru sem boðin hafi verið. Viðskiptakerfi fyrirtækisins hafi fullnægt öllum kröfum laga og reglugerða við opnun tilboða og muni áfram gera það á samningstímanum. Fyrirtækið sé ekki sammála fyrrgreindri ákvörðun Orkustofnunar 26. ágúst 2020 og hafi þegar kært ákvörðunina til úrskurðarnefndar raforkumála. Það liggi því ekki fyrir endanleg niðurstaða innan stjórnssýslunnar um hvort fyrirtækið fullnægi kröfum reglugerðarinnar og geti þetta atriði ekki haft áhrif á niðurstöðu um lögmæti hins kærða útboðs. Þá er fullyrðingu kæranda um að hleðslustöðvar Orku náttúrunnar ohf. bjóði ekki upp á staðgreiðsluviðskipti mótmælt. Uppsetningu hleðslustöðva sé ekki lokið en allar stöðvar muni bjóða upp á staðgreiðslu ásamt fleiri greiðslumöguleikum. Þá er lögð áhersla á að rekstur Orku náttúrunnar ohf. sé aðskilinn frá rekstri Orkuveitu Reykjavíkur samkvæmt lögum. Orkustofnun hafi gert úttektir á samstæðu Orkuveitunnar og ekki gert neinar athugasemdir við aðskilnað samkeppnis- og sérleyfisþátta.

V

A

Samkvæmt 23. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup er sérleyfissamningur verk- eða þjónustusamningur þar sem endurgjald fyrir verk eða þjónustu felst annaðhvort eingöngu í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna eða í rétti til að nýta sér verkið eða þjónustuna ásamt fjárgreiðslu frá kaupanda. Í 12. gr. sömu laga kemur fram að ráðherra skuli mæla fyrir um gerð sérleyfissamninga í reglugerð og gildi lögin ekki um slíka samninga að undanskildum ákvæðum XI. og XII. kafla þeirra. Ráðherra hefur mælt fyrir um gerð sérleyfissamninga í reglugerð nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins með síðari breytingum. Í 5. tl. 2. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar er „sérleyfi“ skilgreint með eftirfarandi hætti: „Sérleyfissamningar um verk eða þjónustu, eins og skilgreint er í 6. og 7. lið. Gerð sérleyfissamnings um verk eða þjónustu skal fela í sér yfirfærslu til sérleyfishafans á rekstraráhættu við að hagnýta þessi verk eða þjónustu. Rekstraráhætta nær til eftirspurnaráhættu eða framboðsáhættu eða hvors tveggja. Sérleyfishafinn telst bera rekstraráhættu þegar ekki er tryggt, við venjulegar rekstraraðstæður, að hann endurheimti fjárfestingar eða kostnað sem stofnað hefur verið til við starfrækslu verka eða þjónustu sem sérleyfið snýst um. Raunveruleg áhætta af duttlungum markaðarins skal vera hluti þeirrar áhættu sem flyst til sérleyfishafans, þannig að mögulegt áætlað tap sérleyfishafans skal ekki aðeins vera tap að nafninu til eða óverulegt.“ Í 6. tl. er „sérleyfissamningur um verk“ skilgreindur sem skriflegur samningur, fjárhagslegs eðlis, þar sem einn eða fleiri kaupendur fela framkvæmd verka í hendur einu eða fleiri fyrirtækjum þar sem endurgjaldið fest annaðhvort

í eingöngu í rétti til að hagnýta verkin sem samningurinn tekur til eða í þeim rétti ásamt greiðslu. Í 7. tl. er „sérleyfissamningur um þjónustu“ skilgreindur sem skriflegur samningur, fjárhagslegs eðlis, þar sem einn eða fleiri kaupendur fela framkvæmd þjónustunnar í hendur einu eða fleiri fyrirtækjum og endurgjaldið felst annaðhvort eingöngu í rétti til að hagnýta þjónustuna sem samningurinn tekur til eða í þeim rétti ásamt greiðslu. Með þessari reglugerð var innleidd í íslenskan rétt tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2014/23/ESB um gerð sérleyfissamninga.

Eins og áður hefur verið lýst var ætlun varnaraðila að gera samning við einn aðila til fimm ára, með mögulegri framlengingu um eitt ár allt að þrisvar sinnum. Skyldi sá bjóðandi sem yrði fyrir valinu setja upp og reka hleðslustöðvar fyrir bifreiðar á bílastæðum sem varnaraðili legði til á nánar tilteknum stöðum í Reykjavík. Í útboðsgögnum var kveðið á um að bjóðendur skyldu bera allan kostnað af uppsetningu búnaðar og rekstri hleðslustöðvanna og þjónustvers á samningstíma, sem og af því að fjarlægja allan búnað í lok samningstíma. Skyldi sá bjóðandi sem yrði fyrir valinu hafa heimild til gjaldtöku af notendum stæðanna fyrir sölu raforku og notkun á hleðslustöðvum. Þá var mælt fyrir um að bjóðendur skyldu gera tilboð sem annað hvort gerðu ráð fyrir fjárgreiðslu frá varnaraðila eða að bjóðendur greiddu varnaraðila fyrir að fá að setja upp og reka hleðslustöðvarnar. Af kostnaðaráætlun varnaraðila og gögnum um forsendur hennar, sem lögð hafa verið fyrir kærunefnd, verður ráðið að ráðgert hafi verið að tekjur af notkun almennings á hleðslustöðvunum myndu að mestu leyti standa straum af kostnaði þess bjóðanda sem yrði valinn af efndum samningsins. Þá gerðu útboðsgögn ráð fyrir því að sá bjóðandi sem yrði fyrir valinu mætti búast við samkeppni við aðra aðila sem gætu komið upp hleðslustöðvum í nágrenni þeirra hleðslustöðva sem samningurinn varðaði. Var meðal annars tekið fram að varnaraðili hefði sjálfur áform um uppsetningu fleiri hleðslustöðva á næstu þremur árum. Hefur jafnframt verið vikið að þessu í málatilbúnaði varnaraðila fyrir kærunefnd. Samkvæmt framangreindu og að virtum gögnum málsins að öðru leyti verður ráðið að öll áhætta af rekstri hleðslustöðvanna hafi átt að vera í höndum þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu og að endurgjald hans hafi átt að felast í rétti til að hagnýta sér þjónustuna með gjaldtöku af notendum, mögulega ásamt greiðslu frá varnaraðila. Með hliðsjón af þessu verður að leggja til grundvallar að varnaraðili hafi í raun stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi 23. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 120/2016 og 5. tl. 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017.

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. áðurnefndrar reglugerðar, eins og ákvæðið var þegar útboðið var auglýst, sbr. breytingar með reglugerð nr. 263/2020, tekur hún til sérleyfa þar sem áætlað verðmæti samnings án virðisaukaskatts er jafnt eða meira en 697.439.000 krónur. Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. skal verðmæti sérleyfis vera heildarvelta sérleyfishafans sem til verður á gildistíma samningsins, án virðisaukaskatts, samkvæmt mati kaupanda, sem endurgjald fyrir verk eða

þjónustu sem sérleyfið snýst um, auk vara sem tengjast slíkum verkum og þjónustu. Skal matið miðast við þann tíma þegar tilkynning um sérleyfi er send eða þegar kaupandi hefur valferli fyrir sérleyfi sé ekki kveðið á um slíka tilkynningu. Í 4. mgr. 8. gr. kemur fram að áætlað verðmæti sérleyfisins skuli reiknað út með hlutlægri aðferð sem tilgreind sé í gögnum sem varði sérleyfi. Þegar áætlað verðmæti sérleyfisins sé reiknað skuli kaupandi, þar sem við á, meðal annars taka tilliti til virðis hvers kyns valmöguleika og framlengingar á tímalengd sérleyfisins, greiðslna eða fjárhagslegs ávinnings í hvaða formi sem er frá kaupanda til sérleyfishafans, sem og verðmætis allra vara og þjónustu sem kaupandi fær sérleyfishafanum til ráðstöfunar að því tilskildu að það sé nauðsynlegt til að framkvæma verkin eða veita þjónustuna, sbr. a., c. og f. liðir 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Af gögnum málsins er ljóst að varnaraðili lagði ekki mat á verðmæti hins fyrirhugaða samnings á þeim grunni að um sérleyfissamning væri að ræða, eins og honum bar að gera. Það liggja því ekki fyrir gögn frá varnaraðila sem sýna mat hans á verðmæti samningsins, hvorki þegar ákvörðun um innkaupin var tekin né þegar veiting sérleyfisins fór fram. Var þó skylt að meta virði samningsins á báðum þessum tímamörkum, sbr. 2. og 3. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Verður varnaraðili því að bera hallan af vafa sem kann að vera fyrir hendi um verðmæti samningsins.

Undir rekstri málsins fyrir kærunefnd útboðsmála lagði varnaraðili mat á hámarksveltu samningsins þar sem fram kemur að áætluð velta fyrir allt að átta ára samningstíma sé ríflega 548 milljónir króna án virðisaukaskatts, sem sé undir viðmiðunarfjárhæð reglugerðarinnar vegna útboðsskyldu. Að mati kærunefndar útboðsmála verður að taka undir með kæranda að mat þetta er þeim annmarka háð að í því er söluverð raforku að nokkru vanáætlað. Mat varnaraðila byggir á því að söluverð orku til viðskiptavina sé 16 kr/kwh sem varnaraðili kveður vera „meðaltal milli lægsta verðs á markaði og algengs verðs á markaði.“ Þá byggir mat varnaraðila á því að kaupverð orku sem seld sé viðskiptavinum sé 8,05 kr/kwh en í matinu segir ekkert um kostnað við dreifingu orkunnar. Varnaraðili hefur ekki andmælt því, sem kærandi hefur bent á, að sá viðbótarkostnaður nemi 7,37 kr/kwh samkvæmt gjaldskrá Veitna ohf. og sé því innkaupsverð orkunnar 15,42 kr/kwh.

Val varnaraðila á að söluverðinu 16 kr/kwh hefur því ekki verið skýrt með viðhlítandi hætti. Varnaraðili hefur þannig ekki skýrt ástæður þess að hann kaus að nota, við útreikning meðaltals, lægsta verð á mótí algengu verði í stað þess að nota lægsta verð á mótí hæsta verði. Varnaraðili hefur heldur ekki getið þess hvaða aðferðarfræði var notuð til að skilgreina algengt verð á markaði. Þá hefur varnaraðili engin gögn lagt fram um verð á markaði, hvorki á þeim tíma sem ákvörðun um útboðið var tekin né þegar sérleyfið var veitt. Loks hefur varnaraðili

ekki skýrt hvaða þýðingu kaupverð orku hafði fyrir mat á söluverði og, hafi það haft þýðingu, hefur hann ekki skýrt hvers vegna í matinu birtist engar forsendur um dreifingarkostnað keyptrar orku.

Varnaraðili hefur lagt fyrir kærunefnd annað mat þar sem hann miðar við að söluverð raforku hafi verið 20 kr/kwh að teknu tilliti til kostnaðar við dreifingu orkunnar. Þegar varnaraðili lagði fram það mat lét hann þess getið að þetta væri „nokkurskonar meðalverð.“ Samkvæmt því er áætluð velta fyrir allt samningstímabilið ríflega 625 milljónir króna. Að mati kærunefndar verður með hliðsjón af atvikum máls að leggja þetta viðmiðunarverð til grundvallar sem lágmarksverð við mat á virði samningsins hvað þennan hluta heildarveltunnar varðar.

Sá annmarki er hins vegar á mati varnaraðila á veltu samningsins að ekki hefur verið tekið tillit til þeirra atriða sem greind eru í 4. mgr. 8. gr. reglugerðar 950/2017 og áður er lýst. Af þeim gögnum sem lögð hafa verið fyrir kærunefnd verður ráðið að varnaraðili hafi áætlað að kostnaður þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu við kaup og uppsetningu á hleðslustöðvum og hugbúnaði, fjármagnskostnaði og öðrum kostnaði þessu tengdu, næmi rúmlega 42 milljónum króna án virðisaukaskatts. Samkvæmt kostnaðaráætlun varnaraðila taldi hann að greiðslur hans til þess aðila sem myndi hljóta samninginn næmu tæpum 14 milljónum króna án virðisaukaskatts yfir átta ára samningstíma. Þá gerðu útboðsgögn ráð fyrir ákveðnu framlagi varnaraðila til þess að sá bjóðandi sem yrði fyrir valinu gæti efnt samninginn af sinni hálfu. Fólst framlagið í að varnaraðili tengdi heimtaugar í götuskápa við bílastæði og setti upp mælaskápa ásamt rafbúnaði og spennusetri, auk þess sem varnaraðili skyldi sjá um útvegum og frágang á undirstöðum fyrir hleðslustöðvar, frágang bílastæða, kanta og gangstéttar eftir því sem við ætti á hverjum stað fyrir sig. Undir rekstri málsins hefur varnaraðili upplýst að kostnaður við framangreint hafi numið 84,4 milljónum króna. Ekki verður fallist á það með varnaraðila að reikna skuli verðmæti þessa framlags í hlutfalli við áætlaðan líftíma þess, sem varnaraðili kveður vera 25-30 ár, en sú nálgun á sér ekki stoð í 8. gr. reglugerðarinnar. Þá verður jafnframt að miða við að ráðist hafi verið í framangreindar framkvæmdir í beinum tengslum við gerð þess samnings sem boðinn var út. Verður því að miða við að verðmæti framlags varnaraðila hafi numið framangreindum 84,4 milljónum króna og taka eigi tillit til þess í heild við mat á verðmæti umrædds samnings samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar, ásamt og með öðrum þeim kostnaði sem að framan greinir.

Að framangreindu virtu verður lagt til grundvallar að fjárhæð þess sérleyfissamnings sem varnaraðili stefndi í reynd að því að gera hafi verið umfram viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 með síðari breytingum sem sett var með stoð í 3. mgr. 12. gr.

laga um opinber innkaup. Mál þetta heyrir því undir valdsvið kærunefndar útboðsmála, sbr. 2. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup, og verður kröfu varnaraðila um að málinu verði vísað frá nefndinni því hafnað. Samkvæmt þessu bar varnaraðila að framkvæma hið kærða útboð í samræmi við ákvæði reglugerðar nr. 950/2017, meðal annars með því að birta tilkynningu um fyrirhugaða veitingu sérleyfisins á Evrópska Efnahagssvæðinu, sbr. 32. og 34. gr. reglugerðarinnar. Þar sem það var ekki gert braut varnaraðili gegn ákvæðum reglugerðarinnar við framkvæmd hins kærða útboðs.

B

Fyrir liggur að varnaraðili gerði hinn 2. október 2020 samning við Orku náttúrunnar ohf. á grundvelli hins kærða útboðs. Að virtri 114. gr. laga um opinber innkaup er því ekki unnt að verða við kröfum kæranda um að ákvörðun varnaraðila um að ganga til samninga við Orku náttúrunnar ohf. verði felld úr gildi eða um að hið kærða útboð verði felld úr gildi. Stendur þá eftir að leysa úr kröfum kæranda um að samningur varnaraðila við Orku náttúrunnar ohf. verði lýstur óvirkur „með eða án annarra viðurlaga“ samkvæmt 115. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða hin kærðu innkaup út að nýju, sem og kröfu um álit á því hvort varnaraðili hafi bakað sér bótaskyldu gagnvart kæranda.

Varnaraðili byggir á því að krafa kæranda um að fyrrgreindur samningur við Orku náttúrunnar ohf. verði lýstur óvirkur samkvæmt 115. gr. laga um opinber innkaup, sbr. 2. mgr. 12. gr., hafi komið að liðnum kærufresti samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laganna. Af 2. málsl. 1. mgr. 106. gr. laganna leiðir að kröfu um óvirkni samnings er heimilt að bera undir kærunefnd útboðsmála innan 30 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Þó verður krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans, sbr. 3. málsl. 1. mgr. 106. gr. laganna. Þegar höfð er uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hefur verið án undanfarandi útboðsauglýsingar ber samkvæmt 2. tölul. 1. mgr. 106. gr. að miða upphaf frestsins við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samningsins í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur fyrir ákvörðun kaupanda um að auglýsa ekki innkaup. Af orðalagi 2. og 3. málsl. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup, sbr. og 2. tölul. málsgreinarinnar, verður ráðið að 30 daga kærufrestur skuli hefjast þegar tilkynning um gerð samnings án undanfarandi útboðsauglýsingar er birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins ásamt rökstuðningi. Óháð slíkri tilkynningu skuli kærufrestur vegna krafna um óvirkni samnings vera sex mánuðir frá því að samningur var gerður, sbr. úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019. Í máli þessu liggur ekkert fyrir um að varnaraðili hafi birt tilkynningu í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins um að gerður hafi verið samningur

við Orku náttúrunnar ohf. 2. október 2020, án undanfarandi útboðsauglýsingar á Evrópska efnahagssvæðinu ásamt rökstuðningi. Verður því miðað við að frestur til þess að hafa uppi kröfu um óvirkni samningsins sé sex mánuðir frá gerð hans. Krafa kæranda um óvirkni samningsins frá 2. október 2020 var fyrst gerð í athugasemdum hans til kærunefndar útboðsmála 8. febrúar 2021. Krafan var því sett fram innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup og sætir efnislegri úrlausn.

C

Ákvæði um óvirkni samninga birtast í XII. kafla laga um opinber innkaup. Í 1. mgr. 115. gr. er að finna heimild kærunefndar útboðsmála til að lýsa samning óvirkan þegar um er að tefla innkaup sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum fyrir opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 4. mgr. 23. gr. laganna. Úrskurður um óvirkni samnings hefur samkvæmt 1. mgr. 115. gr. þau áhrif að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings falla niður. Þá skal óvirkni samnings takmörkuð við þær greiðslur sem enn hafa ekki farið fram. Að því er varðar greiðslur sem þegar hafa farið fram skal kærunefnd kveða á um önnur viðurlög samkvæmt 118. gr.

Samkvæmt a. lið 2. mgr. 115. gr. skal kærunefnd útboðsmála lýsa samning, þar á meðal samning sem fellur undir reglur um gerð sérleyfissamninga, óvirkan þegar samningur hefur verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í andstöðu við lögin eða reglur settar samkvæmt þeim. Þetta ákvæði, sem er í XI. kafla laga um opinber innkaup, tekur til sérleyfissamninga sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 2. mgr. 12. gr. laganna,

Í 116. gr. koma fram undantekningar frá óvirkni við tiltekna aðstæður og í 117. gr. er að finna almenna heimild til að víkja frá óvirkni á grundvelli almannahagsmuna.

Ákvæði þessi um óvirkni voru fyrst lögfest með lögum nr. 58/2013. Í athugasemdum við lagafrumvarp sem varð að þeim lögum kom fram að með þeim væri tilskipun 2007/66/EB leidd í lög, en sú tilskipun hefði verið tekin upp í EES samninginn. Í henni fælist gagnger áherslubreyting og horfið væri frá því sjónarmiði að hagsmunir brotþola við opinber innkaup væru nægjanlega tryggðir með rétti til skaðabóta. Þess í stað væri tilskipunin byggð á því grunnviðhorfi að fyrirtæki eigi við brot á rétti þeirra ekki aðeins að öðlast rétt til skaðabóta heldur einnig að eiga raunhæfa möguleika að hljóta samning. Á meðal meginatriða tilskipunarinnar væru ákvæði hennar um óvirkni.

Þá segir einnig í athugasemdunum að þar sem óvirkni sé óskilgreint hugtak í íslenskum rétti hafi þótt rétt að skilgreina það nánar í frumvarpinu. Hafi við þá skilgreiningu þótt rétt að miða við að óvirkni leiði ekki til þess að öll réttaráhrif samnings falli niður heldur fyrst og fremst réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samningsins (þ.e. efinder in natura). Þá sé óvirkni afmörkuð við að ekki sé hægt að lýsa samning óvirkan afturvirk. Ekki sé þó farin sú leið að

setja kærunefndinni ófrávíkjanlegar skorður í þessu sambandi. Á kærunefndinni hvíli sú skylda að skilgreina „eftir föngum“ í úrskurði nánar inntak óvirkni hvort sem væri með tilliti til tímamarks eða nánari réttaráhrifa. Óvirkni feli í sér að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings falli niður frá þeim tíma sem kærunefnd kveði á um. Þar sem samningur haldi formlegu gildi sínu geti ýmsar aukaskyldur samkvæmt samningi áfram verið fyrir hendi. Óvirknisúrræðinu verði aðeins beitt framvirkrt þar sem skil á greiðslu geti oft verið erfiðleikum bundin og því raunhæfara að beita óvirkni aðeins með tilliti til framtíðargreiðslna.

Að því er varðar 2. mgr. 115. gr. kom fram í athugasemdunum að þar væru talin þau tilvik þegar skylt væri að lýsa samning óvirkan. Sú skylda væri þó mun sveigjanlegri en gæti sýnst, bæði vegna svigrúms til að ákveða nánara inntak óvirkni og svo til þess að falla frá óvirkni vegna almannahagsmuna. Þótti rétt að tiltaka að til greina geti komið að heimila áframhaldandi framkvæmd samnings um tiltekið skeið sem taki mið af því að kaupanda gefist færi á að ljúka nýju innkaupaferli vegna sömu innkaupa innan ákveðins tíma. Væri þannig horft til þess að kærunefndin myndi ekki beita óvirkni með þeim hætti að mikilvægir hagsmunir fari forgörðum. Væri horft til þess að ýmsir samningar væru forsenda þess að unnt sé að viðhalda reglulegri starfsemi stofnana og opinberra fyrirtækja, þar á meðal stofnana á sviði ýmissar grunnþjónustu. Þessu til grundvallar liggi einnig það sjónarmið að minna þurfi að koma til svo samningi sé leyft að halda áfram um stutt skeið en ef til standi að falla alfarið frá óvirkni.

Eins og áður segir mælir reglugerð nr. 950/2017 um að tilkynna skuli um fyrirhugaða gerð sérleyfissamninga á Evrópska efnahagssvæðinu. Þar sem það var ekki gert áður en gengið var til samninga við Orku náttúrunnar ohf. verður lagt til grundvallar að sá samningur hafi verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í skilningi a. liðar 2. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup og í andstöðu við ákvæði reglugerðarinnar. Ber kærunefnd útboðsmála því að lýsa samning varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. sem komst á með tilkynningu 2. október 2020, óvirkan. Óvirkni samningsins skal gilda frá og með uppkvaðningu úrskurðar þessa. Í því felst að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings aðila falla niður. Með því fellur niður sú aðalskylda varnaraðila að láta Orku náttúrunnar ohf. í té á samningstímanum tiltekin sérútbúin bílastæði til umráða og jafnframt sú aðalskylda Orku náttúrunnar ohf. að greiða varnaraðila tiltekna greiðslu og setja upp hleðslustöðvar til afnota fyrir almenning á samningstímanum gegn greiðslu, sinna viðhaldi þeirra og reka þær. Óvirkni samningsins felur því í sér að réttur varnaraðila Orku náttúrunnar ohf. til að nýta þau stæði sem hann hefur fengið afhent til afnota og réttur hans til að krefjast afhendingar þess eina stæðis sem hann á eftir að fá afhent til afnota fellur niður. Þá fellur niður réttur fyrirtækisins til gjaldtöku á stæðum fyrir sölu á raforku og notkun á hleðslustæðum gagnvart notendum stæða. Á móti fellur niður skylda þess til að greiða

varnaraðila Reykjavíkurborg fyrir afnot stæðanna sem og aðrar skyldur hans til uppsetningar hleðslustöðva, viðhalds þeirra og reksturs. Óvirkni tekur þó ekki til aukaskyldna, þ.m.t. til skyldu Orku náttúrunnar ohf. til að fjarlægja þann búnað sem settur hefur verið upp.

Með hliðsjón af öllu framangreindu verður einnig að fallast á kröfu kæranda um að varnaraðila verði gert að bjóða að nýju út hin kærðu innkaup í samræmi við reglugerð nr. 950/2017, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga um opinber innkaup.

D

Samkvæmt b. lið 1. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup skal kærunefnd útboðsmála leggja stjórnvaldssektir á kaupanda vegna samnings sem er umfram viðmiðunarfjárhæð vegna útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu þegar samningur er ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta, sbr. 1. mgr. 115. gr. Eins og áður segir kemur fram í 1. mgr. 115. gr. að óvirkni samnings skuli takmörkuð við þær greiðslur sem enn hafa ekki farið fram og að því varði greiðslur sem þegar hafi farið fram skuli kærunefnd kveða á um önnur viðurlög samkvæmt 118. gr. Þá kemur fram í 2. mgr. 118. gr. laganna að stjórnvaldssekt skuli nema allt að 10% af ætluðu virði samnings. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hefur verið látinn halda virkni sinni.

Af framangreindu leiðir að leggja ber stjórnvaldssekt á varnaraðila vegna samningsgerðar hans við Orku náttúrunnar ohf. sem fram fór í andstöðu við lög. Við mat á því í hvaða umfangi skuli beita framangreindum viðurlögum vegna brots varnaraðila verður að mati kærunefndar útboðsmála að horfa til þess að varnaraðili viðhafði ekki bein samningskaup umrætt sinn heldur framkvæmdi val á samningsaðila með útboði, þótt láðst hafi að auglýsa það á Evrópska efnahagssvæðinu. Þá verður einnig að horfa til þess að með úrskurði um óvirkni falla niður aðalskyldur aðila samkvæmt samningnum sem ella hefðu varað í umtalsverðan tíma. Á móti kemur að samningurinn hefur, þegar hann verður óvirkur, verið í gildi í tæplega átta mánuði og leggja má til grundvallar að Orka náttúrunnar ohf. hafi haft af honum nokkrar tekjur auk þess sem í samningnum fólst afhending til umræða á bílastæðum sem hafði verið ráðist í verðmætar framkvæmdir á.

Að þessu virtu sem og atvikum málsins í heild verður að gera varnaraðila að greiða stjórnvaldssekt í ríkissjóð, sem þykir hæfilega ákveðin 4.000.000 króna, sbr. b. liður 1. mgr. 118. gr. laga um opinber innkaup.

E

Kærandi krefst þess jafnframt að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart sér. Í 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér

fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þurfi einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Bótafjárhæð skuli miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði.

Ákvæði þetta á rætur sínar að rekja til 84. gr. þágildandi laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Í greinargerð með ákvæðinu kom fram að með því væri sett sú „almenna regla að kaupanda beri að greiða bjóðanda kostnað, sem leitt hefur af þátttöku hans í útboði, nema sýnt sé fram á að réttarbrot hans hafi ekki haft þýðingu um niðurstöðu útboðsins. [...] Með ákvæðinu er sönnunarbyrðin um að afleiðing brots hafi ekki valdið bjóðanda tjóni lögð á kaupanda. Með þessu er bjóðanda veitt virkt úrræði til að bregðast við réttarbroti kaupanda og fá þetta tjón sitt bætt með nokkuð auðveldum hætti.“ Að þessu virtu telur kærunefnd að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því að undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði, enda hefur varnaraðili ekki sýnt með viðhlítandi hætti fram á að afleiðing réttarbrotsins hafi ekki valdið kæranda tjóni. Það er því álit nefndarinnar að varnaraðili sé skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar hans af því undirbúa tilboð sitt og taka þátt í hinu kærða útboði.

Í kæru hafði kærandi ekki uppi kröfu um málskostnað en í greinargerð hans til kærunefndar sem móttækin var 8. febrúar 2021 kom fram að „árétuð væri krafa um málskostnað.“ Verður að miða við að með þessu hafi kærandi komið fram með kröfu um að kærandi greiddi honum málskostnað af meðferð málsins fyrir kærunefnd. Með hliðsjón af niðurstöðu málsins og umfangi þess verður varnaraðila gert að greiða kæranda 2.000.000 krónur í málskostnað. Ekki er tilefni til að verða við kröfu varnaraðila um að kærandi greiði honum málskostnað.

Úrskurðarorð:

Samningur varnaraðila, Reykjavíkurborgar og Orku náttúrunnar ohf. frá 2. október 2020, um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík, skal vera óvirkur frá uppkvaðningu úrskurðar þessa.

Lagt er fyrir varnaraðila að bjóða út að nýju uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík.

Varnaraðili, Reykjavíkurborg, greiði stjórnvaldssekt að fjárhæð 4.000.0000 krónur er renni í ríkissjóð.

Varnaraðili, Reykjavíkurborg, er skaðabótaskyldur gagnvart kæranda vegna kostnaðar kæranda af því að undirbúa og taka þátt í útboði nr. 14923 auðkennt „Uppsetning og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík“.

Varnaraðili greiði kæranda 2.000.000 krónur í málskostnað.

Öðrum kröfum kæranda er hafnað.

Reykjavík, 11. júní 2021

Reimar Pétursson

Kristín Haraldsdóttir

Auður Finnbogadóttir