

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 23. nóvember 2021

Mál nr. E-3872/2021:

Orka náttúrunnar ohf.

(Jóhannes Karl Sveinsson lögmaður)

gegn

Ísorku ehf.

(Jóhann Tómas Sigurðsson lögmaður)

og

Reykjavíkurborg

(Kristín Sólmes lögmaður)

Dómur

Mál þetta var höfðað 30. ágúst 2021 og tekið til dóms 26. október 2021. Stefnandi er Orka náttúrunnar ohf., Bæjarhálsi 1, Reykjavík, og stefndu Ísorka ehf., Skeifunni 19, Reykjavík, og Reykjavíkurborg, Ráðhúsinu, Tjarnargötu 11, Reykjavík.

Stefnandi gerir þær dómkröfur að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020, sem kveðinn var upp 11. júní 2021, verði ógiltur.

Endanleg kröfugerð stefnda, Ísorku ehf., er að stefndi verði sýknaður af kröfu stefnanda og stefnda dæmdur málskostnaður úr hendi stefnanda.

Stefndi, Reykjavíkurborg, tekur undir dómkröfu stefnanda, að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020, sem kveðinn var upp 11. júní 2021, verði ógiltur.

Mál þetta sætir flýtimeðferð í samræmi við 4. mgr. 123. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála

Málsatvik

Stefndi, Reykjavíkurborg, mun hafa hafið undirbúning útboðs á fyrsta áfanga á uppbyggingu og reksturs rafhleðslustöðva í höfuðborginni í maí 2020.

Stefndi, Reykjavíkurborg, byggir á því að útbúin hafi verið kostnaðaráætlun eins og um þjónustuútboð væri að ræða og hafi kostnaðurinn verið metinn 10.800.000 krónur. Lagt var til grundvallar af hálfu þessa stefnda að í ljósi fjárhæðarinnar næðu fyrirhuguð innkaup ekki lágmarksviðmiðunarfjárhæð þjónustusamninga í samræmi við 1. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og 2. gr. reglugerðar um útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar

(WTO) vegna opinberra innkaupa. Sú viðmiðunarfjárhæð var 15.500.000 krónur samkvæmt nefndum laga- og reglugerðarákvæðum. Einnig er byggt á því að tekið hafi verið til skoðunar hvort útboðið fæli í sér veitingu sérleyfis. Í þeim efnum hafi verið horft til skilgreiningar á sérleyfi í 23. tölulið 1. mgr. 2. gr. laga um opinber innkaup og 5. tölulið 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins. Komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að samningur um rekstur og uppbyggingu rafhleðslustöðva teldist ekki vera sérleyfissamningur. Að auki hafi mat á veltu leitt í ljós að áætlað verðmæti samnings, sem gerður yrði í framhaldi útboðs, næði ekki viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 1. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins, eins og henni var breytt með 1. gr. reglugerðar nr. 263/2020. Samkvæmt ákvæði reglugerðarinnar var lágmarksfjárhæðin 697.439.000 krónur á þessum tíma.

Ákveðið hafi verið af hálfu stefnda, Reykjavíkurborgar, að bjóða samninginn út í almennu útboði á grundvelli laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða þrátt fyrir að lagaskylda hafi ekki staðið til þess, samanber framangreint.

Innkaupaskrifstofa stefnda Reykjavíkurborgar auglýsti 3. júlí 2020 útboð þar sem óskað var tilboða í uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla á bifreiðastæðum víðs vegar í Reykjavík. Útboðsgögn yrðu áhugasömum aðgengileg frá 7. júlí 2020 og tilboðum bæri að skila eigi síðar en 20. ágúst 2020.

Í almennri lýsingu útboðsins var rakið að um væri að ræða almennt útboð og að innifalinn í tilboðsverði ætti að vera allur kostnaður vegna búnaðar, tenginga og reksturs á hleðslustöðvum fyrir rafbíla sem og rekstur þjónustuvers. Búnaðinn ætti að fjarlægja í loks samningstíma, sem var skilgreindur til fimm ára með mögulegri framlengingu í þrjú ár, átta ár samtals. Sá sem myndi veita þjónustuna myndi hafa heimild til gjaldtöku af notendum stæða fyrir sölu á raforku og notkun á hleðslustæðum. Í útboðslýsingunni kom fram í útboðsyfirliti að ekki væri um svokallað EES-útboð að ræða. Í kafla með fyrirsögninni *val tilboðs* kom fram að samið yrði við þann aðila sem ætti hagstæðasta tilboðið í uppsetningu og rekstur en tilboð í hvern hluta af þremur hlutum útboðsins yrði metið fyrir sig þannig að til þess gæti komið að samið yrði við þrjá bjóðendur í kjölfar útboðsins. Skilgreint var hvað teldist hagstæðasta tilboð, það sem væri lægst í krónutölu, og ef jákvæð formerki (+) væru sett á tilboðsfjárhæð þá þýddi það greiðslu mánaðargjalds til tilboðsgjafa fyrir að reka hleðslustöð eða stöðvar á hverjum stað. Ef bjóðandi myndi

hins vegar setja neikvæð formerki (-) þá fæli tilboðið í sér að hann myndi greiða kaupanda þjónustunnar, Reykjavíkurborg, mánaðarlegt afnotagjald fyrir að fá að setja upp og reka hleðslustöðvar. Væri tilboðsverðið skilgreint sem 0 yrði litið svo á að hvorugur aðili ætti að greiða eða fá greitt. Tekið var fram að tilboð teldist óaðgengilegt ef bjóðandi byði hærra verð en kostnaðaráætlun kaupanda gerði ráð fyrir en kaupandi áskildi sér rétt til að taka tilboði sem væri hærra en kostnaðarverð eftir því sem við ætti. Í almennri þjónustulýsingu útboðsskilmálanna sagði að þjónustuveitandi fengi afhent stæði til afnota og hefði heimild til gjaldtöku, eins og áður er rakið, og greiddi stefnda Reykjavíkurborg eða fengi greitt frá stefnda, eftir því sem tilboðsgjafi gerði ráð fyrir í tilboði sínu. Tekið var fram að stefndi Reykjavíkurborg væri eigandi stæðanna og sæi um almennt viðhald eins og í öðru borgarlandi en þjónustuveitandi hefði umráðarétt yfir þeim stæðum þar sem búið yrði að setja hleðslustöðvar upp og myndi annast snjómokstur ef þess gerðist þörf. Þá var þess meðal annars getið að stefndi Reykjavíkurborg gæti ekki útilokað að aðrar hleðslustöðvar bættust við í nágrenni við þær sem útboðið laut að. Engar bætur yrðu greiddar þótt stöðvar frá öðrum bættust þannig við. Það væri á ábyrgð þjónustuveitanda að laga sig að slíkri samkeppni á samningstímanum. Skilgreint var hvað þjónustuveitandi myndi fá afhent frá stefnda Reykjavíkurborg. Hann myndi fá frágengin stæði þar sem yfirborðsfrágangi fyrir rafbílahleðslur yrði lokið, stæðin, gangstétt og kantar yrðu fullfrágengin. Heimtaugar yrðu tengdar í götuskáp við bílastæði sem stefndi myndi afhenda ásamt röri að hverri hleðslustöð sem þjónustuveitandi myndi draga í og tengja inn á rofa í viðkomandi götuskáp. Jafnframt yrðu á staðnum steinsteyptar plötur sem þjónustuveitandi hefði til að festa hleðslustöðvar við. Kveðið var á um að samningstími væri fimm ár en unnt yrði að framlengja samning þrisvar sinnum í eitt ár með samþykki beggja samningsaðila. Þannig gæti heildarsamningstími numið átta árum.

Stefnda Reykjavíkurborg bárust nokkrar fyrirspurnir frá áhugasömum bjóðendum en engin þeirra laut að framkvæmd útboðsins.

Tilboð voru opnuð 20. ágúst 2020 í viðurvist bjóðenda, sem voru fjórir. Fram kemur í fundargerð fundarins að stefndi Reykjavíkurborg hafi gert kostnaðaráætlun sem miðist við að kostnaður í fyrsta hluta útboðsins gæti numið 3.600.000 krónum, í öðrum hluta gæti hann numið 3.450.000 krónum og í þriðja hluta útboðsins 3.750.000 krónum.

Samkvæmt tilboði stefnanda Orku náttúrunnar ohf. var boðist til að greiða 51.000 krónur fyrir fyrsta hluta útboðsins og sömu fjárhæð fyrir annan hluta og svo ellefu þúsund

krónur fyrir þriðja hlutann. Tilboð stefnda Ísorku ehf. fól í sér að félagið fengi greiddar 8.888.220 krónur vegna fyrsta hlutans, 7.777.260 krónur vegna annars hlutans og 8.888.220 krónur vegna þriðja hlutans. Boð hinna bjóðendanna tveggja voru margfalt hærri.

Stefndi Reykjavíkurborg tilkynnti 2. október 2020 að tilboði stefnanda hefði verið tekið.

Stefndi Ísorka ehf. lagði fram kæru vegna útboðsins til kærunefndar útboðsmála 8. október 2020. Kæran byggðist á tveimur efnisatriðum. 1) Að lausn stefnanda uppfyllti ekki þá kröfu samkvæmt kafla 2.4.3 í útboðsskilmálum að gjaldtaka skyldi vera í samræmi við lög og reglugerðir þar að lútandi, meðal annars reglugerð nr. 1150/2019 um raforkuviðskipti og mælingar. Vísað var kröfunni til rökstuðnings til úrskurðar Orkustofnunar um að stefnandi bryti gegn 8. gr. fyrrnefndrar reglugerðar með því að tryggja ekki að notendur hleðslustöðva gætu átt bein og milliliðalaus viðskipti án fyrirvara, eins og það var orðað. 2) Að Samkeppniseftirlitið hefði hafið opinbera rannsókn, 20. september 2020, á meintum samkeppnislagabrotum stefnanda vegna þess hluta starfsemi félagsins sem sneri að sölu, uppsetningu og þjónustu hleðslustöðva og hleðslu fyrir rafbíla á smásölustigi og því hefði borið að vísa stefnanda frá þátttöku í útboðinu. Stefndi Ísorka ehf. gerði tvær efnislegar kröfur í málinu og eina er laut að meðferð málsins. Í fyrsta lagi var þess krafist að ákvörðun stefnda Reykjavíkurborgar, um að taka tilboði stefnanda, yrði felld úr gildi. Í öðru lagi var óskað álits kærunefndarinnar á skaðabótaskyldu stefnda Reykjavíkurborgar gagnvart kæranda með vísan til 111. gr. laga um opinber innkaup. Jafnframt var gerð krafa um að nefndin nýtti heimild 110. gr. laganna til að stöðva samningsgerð stefnda Reykjavíkurborgar og stefnanda.

Stefndi Reykjavíkurborg kom athugasemdum og kröfum á framfæri við kærunefndina 14. október 2020. Þess var krafist að kæru stefnda Ísorku ehf. yrði vísað frá nefndinni þar sem kaupin væru undir viðmiðunarfjárhæð með hliðsjón af áætluðum kostnaði borgarinnar vegna fimm ára samningstíma. Ef ekki yrði fallist á þá kröfu var þess krafist að kröfu stefnda Ísorku ehf. um stöðvun samningsgerðar yrði hafnað þar sem eðli máls samkvæmt væri ekki hægt að stöðva samningsgerð sem væri afstaðin. Samningur væri kominn á milli stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar. Þá var krafist málskostnaðar úr hendi stefnda Ísorku ehf.

Stefnda Reykjavíkurborg barst fyrirspurn frá kærunefnd útboðsmála 19. október 2020 þar sem innt var eftir því hvort virði samnings væri undir viðmiðunarfjárhæð vegna útboðsskyldu ef horft væri til mögulegs heildarsamningstíma, það er að segja átta ára í stað fimm ára. Einnig var því velt upp hvort hinn útboðni samningur, eins og það var orðað, fæli ekki í sér sérleyfi en það væri látið liggja milli hluta að svo komnu máli.

Stefndi Reykjavíkurborg brást við fyrirspurn kærunefndarinnar 20. október 2020 og lét í té uppfærða kostnaðaráætlun miðað við átta ára samningstíma sem sýndi að kostnaðurinn næmi 13.935.484 krónum án virðisaukaskatts.

Kærunefnd útboðsmála birti ákvörðun 22. október 2020 þar sem tekið var af skarið um að ágreiningur aðila félli ekki undir úrskurðarvald kærunefndar útboðsmála, sbr. 2. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup, eins og málið lægi fyrir nefndinni. Á þeim grunni var kröfu stefnda Ísorku ehf. um stöðvun útboðs stefnda Reykjavíkurborgar hafnað. Í orðsendingu sem fylgdi ákvörðuninni er hún var send til stefnda Reykjavíkurborgar var þess getið að kærunefndin hefði til skoðunar hvort sá samningur sem boðinn hefði verið út í hinu kærða útboði væri sérleyfissamningur í skilningi 23. töluliðar 2. gr. laga um opinber innkaup og 5. töluliðar 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins. Stefnda var boðið sérstaklega að tjá sig um það álitæfni.

Stefndi Reykjavíkurborg brást við fyrirspurn kærunefndarinnar 6. nóvember 2020. Þar var því hafnað að umræddur samningur gæti talist sérleyfissamningur í framangreindum skilningi með vísan til þess svigrúms sem bjóðendur höfðu til að setja tilboð fram að vild. Eins gætu bjóðendur ekki gert ráð fyrir því að vera einir um hituna þar sem fleiri hleðslustöðvar í annarra eigu gætu komið í nágrenni þessara hleðslustöðva síðar. Jafnframt hefði verið hægt að bjóða í einstaka hluta útboðsins en ekki alla. Loks var bent á það að jafnvel þótt samningurinn yrði talinn þess eðlis að hann fæli í sér sérleyfi þá væri heildarverðmæti samnings um rekstur hleðslustöðva 548.002.994 krónur, og næði ekki tilskilinni viðmiðunarfjárhæð sem hefði verið 697.439.000 krónur er útboðið hefði farið fram. Því félli samningurinn ekki undir reglugerð nr. 950/2017, og var vísað í þeim efnum til 2. gr. reglugerðarinnar. Áréttað var að af þeirri ástæðu og því að innkaupin hefðu ekki verið útboðsskyld, þrátt fyrir að efnt hafi verið til útboðs til að gæta jafnræðis, meðalhófs og gagnsæis, væri byggt á því að ágreiningur aðila félli ekki undir úrskurðarvald kærunefndar útboðsmála.

Stefndi Ísorka ehf. kom ítarlegum athugasemdum á framfæri 20. nóvember 2020. Þær athugasemdir lutu að verulegu leyti að því að sýna fram á að viðmiðunarfjárhæð umrædds samnings hefði verið yfir viðmiði 23. gr. laga um opinber innkaup. Einnig var fjallað nokkrum orðum um það hvort skilgreina mætti samninginn sem sérleyfissamning og staðhæft að með hærra söluverði raforku, svo sem til samræmis við markaðsverð, væri hægt að reikna virði samningsins vel yfir viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017. Af umfjölluninni sem laut að lágmarksfjárhæð samkvæmt 23. gr. dró stefndi Ísorka ehf. þá ályktun að niðurstaða kærunefndarinnar frá 22. október 2020 hefði byggst á röngum upplýsingum og því væru skilyrði til að endurupptaka hana á grundvelli 1. mgr. 24. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Áréttuð var fyrri krafa um að tilboð Orku náttúrunnar ohf. í útboðinu yrði talið ógilt og ógilt yrði sú ákvörðun stefnda Reykjavíkurborgar að ganga að tilboði Orku náttúrunnar ohf.

Stefnandi sendi kærunefnd útboðsmála athugasemdir 15. janúar 2021 er lutu að hæfi stefnanda og því að tæknileg lausn félagsins væri í samræmi við útboðsskilmála en vísaði að öðru leyti til þess að það stæði stefnda Reykjavíkurborg nær að leysa úr öðrum málsástæðum stefnda Ísorku ehf.

Stefndi Reykjavíkurborg sendi kærunefnd útboðsmála umsögn 27. janúar 2021 er laut að athugasemdum stefnda Ísorku ehf. frá 20. nóvember 2020. Í umsögninni var brugðist við athugasemdum stefnda, einkum á þeim grunni að útboðsskylda hefði ekki verið fyrir hendi, meðal annars þar sem kostnaður hefði ekki verið vanáætlaður og því ekki náð lágmarksfjárhæð 23. gr. laga um opinber innkaup. Einnig var vikið að sjónarmiðum um sérleyfissamninga og þess getið að ef miðað væri við hærra verð en ráðgjafi stefnda Reykjavíkurborgar hefði miðað við, sem hefði verið 16 krónur á kílóvattstund, og þess í stað miðað við 20 krónur fyrir kílóvattstund sem nokkurs konar meðalverð, eins og það var kallað, yrði virði sérleyfissamnings til átta ára með öllum hleðslustöðvum 625.700.000 krónur án virðisaukaskatts, sem væri undir viðmiðunarfjárhæð fyrir sérleyfissamninga.

Stefndi Ísorka ehf. sendi kærunefnd útboðsmála svokölluð viðbótarsjónarmið 8. febrúar 2021. Tilefni sendingarinnar var sagt fyrrnefndar athugasemdir stefnda Reykjavíkurborgar og þau gögn sem þeim hefðu fylgt. Þess var getið að þessi gögn gæfu tilefni til athugasemda. Síðan var vikið að kröfugerð stefnda Ísorku ehf. og áréttaðar fyrri kröfur samkvæmt upphaflegri kæru, en jafnframt bætt við kröfu um að kærunefndin lýsti samninginn óvirkan, með eða án annarra viðurlaga, eins og það var orðað, í samræmi við

115. gr. laga um opinber innkaup. Samhliða væri gerð krafa um að hið kærða útboð yrði fellt úr gildi og lagt fyrir varnaraðila að bjóða að nýju út innkaup á hleðslustöðvum. Þá var sett fram málskostnaðarkrafa með þeim orðum að hún væri áréttuð.

Fjallað var síðan um málsástæður gegn frávísunarkröfu stefnda Reykjavíkurborgar og um tæknilegt hæfi stefnanda og fleira er laut að upphaflegum kröfum stefnda Ísorku ehf. Einnig voru raktar röksemdir er lutu að því að kostnaðaráætlun stefnda, Reykjavíkurborgar hefði falið í sér vanáætlun. Sérstaklega var vikið að sérleyfissamningum og rakið það viðhorf að stefndi Reykjavíkurborg virtist ekki hafa látið fara fram greiningu á því hvort stefnt væri að gerð sérleyfissamnings í skilningi 23. töluliðar 1. mgr. 2. gr. laga um opinber innkaup og 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Eins hefði stefndi Reykjavíkurborg ekki metið sérstaklega hvort verðmæti samningsins sem til stæði að gera væri umfram viðmiðunarfjárhæðir. Tekið var fram að stefndi Ísorka ehf. teldi þá fjárhæð nema um það bil 723.000.000 króna ef sett væri inn raunverulegt söluverð stefnanda á hleðslu fyrir AC-stöðvar sem stefndi byggði á að næmi 25 krónum fyrir kílóvattsstund. Þannig væri verðmæti samningsins langt umfram viðmiðunarmörk sérleyfissamninga. Á þessum grunni taldi stefndi Ísorka ehf. að lýsa yrði samning stefnda Reykjavíkurborgar við stefnanda óvirkan. Úrskurða yrði útboðið ógilt og leggja fyrir stefnda Reykjavíkurborg að bjóða innkaupin út að nýju með lögmatum hætti.

Stefnandi kom athugasemdum á framfæri við kæruneftndina með bréfi dagsettu 26. febrúar 2021 er lutu að því að tilboð stefnanda hefði uppfyllt kröfur samkvæmt útboðinu auk þess sem fjallað var um framkvæmd samningsins sem gerður hafði verið til þess dags.

Stefndi Reykjavíkurborg kom einnig athugasemdum á framfæri 26. febrúar 2021 þar sem brugðist var við athugasemdum stefnda Ísorku ehf. Nýjum kröfum stefnda Ísorku ehf. var mótmælt sérstaklega sem of seint fram komnum. Enginn áskilnaður hefði verið gerður þegar kæra var lögð fram í öndverðu um að leggja fram frekari kröfur. Einvörðungu hefði verið áskilinn réttur til að koma að frekari gögnum og sjónarmiðum. Því var sérstaklega hafnað að framlögð gögn og athugasemdir stefnda Reykjavíkurborgar frá 27. janúar 2021 hefðu gefið tilefni til nýrra krafna. Þessar nýju kröfur hefði þurft að setja fram strax í kæru, samanber 2. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Þá sæist þess hvernig stað að stefndi Ísorka ehf. hefði fyrr haft uppi málskostnaðarkröfu þrátt fyrir að talað væri í athugasemdum hans um að um áréttingu væri að ræða á kröfu um

málskostnað. Frestur til að hafa uppi nýjar kröfur hefði verið liðinn er þær komu fram í viðbótarathugasemdom 8. febrúar 2021 og því bæri að vísa kröfunum frá kæruneftndinni með vísan til 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Í athugasemdom stefnda Reykjavíkurborgar var einnig fjallað um efnislegan ágreining aðila, meðal annars hvort og hvernig stefnandi fullnægði útboðsskilmálum og fleira. Að endingu var fjallað um athugasemdir stefnda Ísorku ehf. er lutu að hækkun á gjaldi stefnanda á kílóvattsstund í 25 krónur og vakin athygli á því að stefnandi hefði lækkað svokallað mínútagjald úr 2 krónum á mínútu í 50 auru á mínútu. Væri þeirri lækkun haldið til haga myndi viðmiðunarfjárhæð kostnaðaráætlunar verða um það bil 545.000.000 króna. Að öðru leyti var vísað til fyrri athugasemda.

Kæruneftnd útboðsmála sendi stefnda Reykjavíkurborg orðsendingu 21. apríl 2021 og innti eftir kostnaði stefnda af framlagi borgarinnar, sem getið væri í útboðslýsingu, af heimtaugatengingum, uppsetningu mæliskápa, útvegum og frágangi á undirstöðum undir hleðslustöðvar og frágangi bílastæða, kanta og gangstétta. Jafnframt var óskað eftir afstöðu stefnda til þess hvort um væri að ræða kostnað sem horfa ætti til við mat á verðmæti samnings samkvæmt 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum EES-svæðisins, að því gefnu að um sérleyfissamning væri að ræða. Eins var innt eftir því hvort stefndi teldi að taka ætti mið af verðmæti viðkomandi lóða eða bílastæða sem hann legði til við mat á verðmæti samningsins, samanber 8. gr. reglugerðarinnar, að gefinni sömu forsendu. Loks var óskað upplýsinga um það að hvaða leyti samningur við stefnanda hefði verið efndur.

Stefndi Reykjavíkurborg brást við fyrirspurn kæruneftndarinnar með bréfi dagsettu 12. maí 2021. Þar var áréttuð sú afstaða stefnda að ekki væri um sérleyfissamning að ræða. Áréttuð voru áður fram komin sjónarmið í þeim efnunum. Áréttuð var sérstaklega að allt framlag borgarinnar hefði verið til að bæta eða auka virði eigna stefnda sem áfram yrðu í eigu borgarinnar enda væru stæði einungis afhent til af afnota og tekið var fram að þótt samningurinn hefði ekki verið gerður hefðu þessar framkvæmdir verið leystar af hendi enda fælu þær í sér nauðsynlegt viðhald. Því gætu þær ekki fallið undir f-lið 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Sú afstaða stefnda að verðmæti samningsins væri innan fjárhæðar reglugerðar um sérleyfissamninga var ítrekuð, það er að segja að hún væri lægri en 697.439.000 krónur. Vísað var til þess að útreiknað verðmæti hefði komið fram í athugasemdom stefnda Reykjavíkurborgar 6. nóvember 2020 sem 548.002.994

krónur þannig að þótt framlagi stefnda til samningsins væri bætt við næði það ekki viðmiðunarfjárhæðarmörkum. Stefndi sundurliðaði síðan þann kostnað sem kærunefndin hafði innt eftir þannig að samtalan næmi 84.400.000 krónum en þess var getið að þessi fjárhæð gæti ekki talist framlag stefnda sem kaupanda í skilningi f-liðar 4. mgr. 8. gr. sérleyfisreglugerðarinnar þar sem hið raunverulega framlag gæti aðeins numið hlutfalli af heildarkostnaðinum miðað við áætlaðan viðmiðunarlíftíma framlagsins, en gert væri ráð fyrir að áætlað framlag stefnda fyrndist á mun lengri tíma en gildistími samningsins. Í 11. gr. reglugerðar nr. 1212/2015 um bókhald, fjárhagsáætlanir og ársreikninga sveitarfélaga kæmi fram að viðmiðunarlíftími gatnakerfis væri á bilinu 25 til 30 ár þannig að stefndi teldi rétt að miða við 25 ár. Með hliðsjón af því næmi hlutfall raunverulegs kostnaðar 27 milljónum að hámarki á þeim átta árum sem samningur við stefnanda yrði í gildi enda yrði framlag stefnda Reykjavíkurborgar enn til reiðu að þessum árafjölda liðnum. Þannig reiknað taldi stefndi Reykjavíkurborg að verðmæti samningsins gæti aldrei numið hærri fjárhæð en 575.002.994 krónum. Verðmæti stæðanna sem afhent væru taldi stefndi Reykjavíkurborg vera óverulegt þar sem yfir 90% þeirra stæða sem um væri að ræða væru eldri en 25 ára og því að fullu afskrifuð, en þau hefðu fram til þessarar samningsgerðar verið gjaldfrjáls og ef leggja ætti verðmæti þeirra til grundvallar samningsgerð sem í útboðinu fælist væri í raun verið að áskilja gjaldtöku af stæðum sem áður hefðu verið gjaldfrjáls. Það að bæta slíkum kostnaði við myndi því leiða til þess að eftirspurn eftir rafhleðslum myndi minnka, þvert á það markmið stefnda Reykjavíkurborgar með þessu útboði að auka aðgengi að rafhleðslum. Stefndi reiknaði þó út áætlaðan kostnað af leigugjaldi fyrir veitta afstöðu yfir átta ára gildistíma samningsins sem 40.320.000 krónur. Væri sú fjárhæð lögð við aðrar fjárhæðir myndi áætlað verðmæti samningsins ekki nema hærri fjárhæð en 588.322.994 krónum. Þar sem báðir samningaðilar, stefndi Reykjavíkurborg og stefnandi, hefðu efnt samning aðila væru síðan ekki forsendur til að óvirkja samninginn, samanber 115. gr. laga um opinber innkaup.

Kærunefnd útboðsmála bauð stefnanda og stefnda Ísorku ehf. að tjá sig um athugasemdir stefnda Reykjavíkurborgar 12. maí 2021 og nýtti stefndi Ísorka ehf. sér það.

Stefndi Ísorka ehf. sendi nefndinni ítarlegar athugasemdir ásamt fylgiskjölum með bréfi dagsettu 17. maí 2021. Þar var farið lið fyrir lið yfir málatilbúnað stefnda Reykjavíkurborgar og þær upplýsingar sem borgin hafði látið í té. Voru þessar

athugasemdir stefnda Ísorku ehf. meðal annars studdar orðréttum tilvitnunum í eldri úrskurði kæruneftdarinnar. Þá var einnig bent á, hvað varðaði umfjöllun um framlag stefnda Reykjavíkurborgar við mat á verðmæti samningsins, að hlutir eins og tengiskápar sem stefndi Reykjavíkurborg teldi sína eign og því innviðaupbyggingu en ekki kostnað sem til hefði fallið vegna útboðsins sem um ræddi væru í raun í eign Veitna ohf. Það félag væri innan samstæðu Orkuveitu Reykjavíkur sef. sem væri að stærstum hluta í eigu stefnda Reykjavíkurborgar en sjálfstætt opinbert hlutafélag og aðskilið frá rekstri stefnda. Einnig var í athugasemdum stefnda Ísorku ehf. ítarleg umfjöllun um upplýsingar stefnda Reykjavíkurborgar um kostnað vegna framlags borgarinnar sem kaupanda og um verðmæti lóða og bílastæða. Eins voru færð ítarleg rök fyrir því að ekki ætti að hlutfalla þann kostnað sem stefndi Reykjavík bæri af framkvæmdum vegna bílastæðanna miðað við samingstíma með vísan til fyrningartíma framkvæmdanna, sbr. 11. gr. reglugerðar nr. 1212/2015. Frekar ætti að líta til þess að ráðist væri í þessar framkvæmdir beinlínis vegna þessa útboðs. Þá var dregin sú ályktun af hálfu Ísorku ehf. af gögnum málsins að stefndi Reykjavíkurborg hefði hvorki lagt mat á verðmæti hins fyrirhugaða samnings né hvort um sérleyfissamning hefði verið að ræða í andstöðu við 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Reifaði stefndi Ísorka eldri úrskurð kæruneftdar þar sem slíkt hefði leitt til þess að varnaraðilar þess máls voru taldir þurfa að bera hallann af því, við mat á því hvort kostnaður hefði verið umfram viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 8. gr. reglugerðainnar. Í niðurlagi athugasemda stefnda Ísorku ehf. var málskostnaðarkrafa áréttuð og rökstudd með vísan til yfirlits yfir vinnuframlag lögmanns stefnda.

Fyrir liggur að kærueftnd útboðsmála kynnti síðastneftdar athugasemdir kærands, stefnda Ísorku ehf., ekki fyrir öðrum aðilum kærumsálsins, stefnanda og stefnda Reykjavíkurborg.

Kærueftnd útboðsmála kvað upp úrskurð 11. júní 2021. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að leggja yrði til grundvallar að samningur sá sem gerður var í kjölfar útboðs stefnda Reykjavíkurborgar félli að skilyrðum 5. töluliðar 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins til að vera sérleyfissamningur. Sú niðurstaða byggðist á tilvitnuðu ákvæði reglugerðarinnar sem og greiningu kæruneftdarinnar á útboðsskilmálum stefnda Reykjavíkurborgar. Með vísan til þessa tvenns og að virtum gögnum málsins að öðru leyti yrði ráðið að öll áhætta af rekstri hleðslustöðvanna ætti að vera í höndum þess bjóðanda sem yrði fyrir valinu og að endurgjald hans ætti að felast í

réttil til að hagnýta sér þjónustuna með gjalddöku af notendum, mögulega ásamt greiðslu frá stefnda Reykjavíkurborg.

Kæruneftndin sló því föstu að stefndi Reykjavíkurborg hefði látið undir höfuð leggja að leggja mat á verðmæti hins fyrirhugaða samnings á þeim grunni að um sérleyfissamning væri að ræða, eins og stefnda hefði borið að gera. Fyrir lægi að ef viðmiðunarfjárhæð reglugerðar væri náð, 697.439.000 krónum, yrði að bjóða samninginn út sem sérleyfissamning á Evrópska efnahagssvæðinu. Ekki hefðu legið fyrir gögn frá borginni sem sýndu mat stefnda á verðmæti samningsins, hvorki þegar ákvörðun um innkaupin var tekin né þegar veiting sérleyfisins hefði farið fram. Skyld hefði þó verið að meta virði samningsins á báðum þessum tímamörkum og var vísað til 2. og 3. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 í þessu sambandi. Dró nefndin af þessu þá ályktun að stefndi Reykjavíkurborg yrði því að bera hallann af vafa sem kynni að vera fyrir hendi um verðmæti samningsins.

Að þessari niðurstöðu fenginni sagði kæruneftndin að ekki yrði byggt á mati stefnda Reykjavíkurborgar sem lagt hefði verið fram undir rekstri málsins fyrir kæruneftndinni, og fól í sér að áætluð velta átta ára samningstíma væri ríflega 548.000.000 króna. Taka yrði undir sjónarmið stefnda Ísorku ehf. um að söluverð raforku í þessum útreikningum, 16 krónur á kílóvattstund, væri vanreiknað þar sem ekki hefði verið tekið tillit til dreifingarkostnaðar rafmagns en stefndi Reykjavíkurborg hefði ekki andmælt framsetningu stefnda Ísorku ehf. á þeim kostnaði og ekki skýrt það að engar forsendur kæmu fram í matinu um dreifingarkostnað raforku. Taldi nefndin stefnda Reykjavíkurborg ekki hafa skýrt ástæðu þess að notað var lægsta verð á markaði á móti algengu verði í stað þess að nota lægsta verð á móti hæsta verði, auk þess sem stefndi hefði ekki lagt fram nein gögn um verð á markaði. Síðan benti kæruneftndin á að stefndi hefði lagt fram annað mat þar sem miðað væri við verðið 20 krónur á kílóvattstund og þá hefði verið búið að taka tillit til kostnaðar við dreifingu orkunnar og hefði verið byggt á því að um „nökkurskonar meðalverð“ væri að ræða. Af þessu mati leiddi að fjárhæð áætlaðrar veltu á öllu samningstímabilinu næmi ríflega 625.000.000 króna. Sló nefndin því föstu að með hliðsjón af atvikum máls bæri að leggja þetta viðmið til grundvallar sem lágmarksverð við mat á virði samningsins með tilliti til heildarveltu.

Kæruneftndin taldi þó þann annmarka vera á mati stefnda Reykjavíkurborgar á virði samningsins að ekki hefði verið tekið tillit til þeirra atriða sem talin væru upp í 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Rakið var að stefndi hefði áætlað kostnað bjóðanda allt

að 42.000.000 króna og greiðslur stefnda til þess aðila gætu numið tæpum 14.000.000 króna á átta ára samningstíma. Síðan var rakið að í útboðsgögnum væri gert ráð fyrir framlagi af hálfu stefnda til að sá sem yrði fyrir valinu gæti efnt samninginn af sinni hálfu og talin upp tenging heimtaugar í götuskápa og uppsetning mælaskápa auk þess að útvega og koma fyrir undirstöðum undir hleðslustöðvar sem og annast frágang bílastæða, kanta og gangstétta á hverjum stað. Stefndi Reykjavíkurborg hefði upplýst að kostnaður við framangreint hefði numið 84.400.000 krónum. Nefndin tók það sérstaklega fram að hafnað væri þeim málatilbúnaði stefnda Reykjavíkurborgar að reikna skyldi verðmæti þessa í hlutfalli milli átta ára samningslengdar við líftíma framkvæmdanna þannig að reiknað væri 8/25 hluti af þessum kostnaði sem stefndi hefði talið vera 25 til 30 ár þar sem ráðist hefði verið í þennan kostnað beinlínis vegna útboðsins. Taldi nefndin þannig að taka ætti þennan kostnað í heild með í reikninginn ásamt öðrum þeim kostnaði sem að framan greindi, eins og það var orðað af hálfu nefndarinnar. Með þessu var lagt til grundvallar að fjárhæð þess sérleyfissamnings sem um ræddi væri yfir viðmiðunarfjárhæð 8. gr. reglugerðar 950/2017 og málið heyrði því undir valdsvið nefndarinnar. Kröfu stefnda Reykjavíkurborgar um að málinu yrði vísað frá var því hafnað.

Að fenginni framangreindri niðurstöðu tók kærunefnd útboðsmála kröfur stefnda Ísorku ehf. til efnisúrlausnar eins og þær voru skilgreindar, að meðtöldum kröfum sem settar voru fram 6. febrúar 2021.

Að virtri 114. gr. laga um opinber innkaup hafnaði kærunefndin kröfum stefnda Ísorku ehf. er lutu annars vegar að því að ákvörðun stefnda Reykjavíkurborgar um að semja við stefnanda yrði felld úr gildi eða hins vegar að hið kærða útboð yrði fellt úr gildi. Í tilvitnuðu ákvæði laganna væri kveðið á um að eftir að bindandi samningur samkvæmt lögunum hefði komist á yrði hann ekki felldur úr gildi eða breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hefði verið ólögmat.

Því næst tók kærunefndin til umfjöllunar að leysa úr kröfum stefnda Ísorku ehf. er lutu í fyrsta lagi að því að samningur stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar yrði lýstur óvirkur „með eða án annarra viðurlaga“ samkvæmt 115. gr. laga um opinber innkaup, eins og stefndi Ísorka ehf. orðaði kröfugerð sína gagnvart kærunefndinni 8. febrúar 2021. Í öðru lagi að lagt yrði fyrir stefnda, Reykjavíkurborg, að bjóða hin kærðu innkaup út að nýju og í þriðja lagi að kærunefndin léti í ljós álit á því hvort stefndi Reykjavíkurborg hefði skapað sér skaðabótaskyldu gagnvart stefnda Ísorku ehf.

Áður en þessar kröfur stefnda Ísorku ehf. voru teknar til umfjöllunar leysti kærunefndin úr þeim málatilbúnaði stefnda Reykjavíkurborgar að krafa stefnda Ísorku ehf. um að samningur stefnda Reykjavíkurborgar og stefnanda yrði lýstur óvirkur hefði komið komið fram að liðnum kærufresti.

Kærunefndin komst að þeirri niðurstöðu að þar sem gerður hefði verið samningur án undanfarandi útboðsauglýsingar eða tilkynningar á Evrópska efnahagssvæðinu ætti að miða við að fresturinn til að hafa uppi kröfu um óvirkni samningsins væri sex mánuðir frá gerð hans. Upphaf 30 daga frests til að hafa uppi kröfu um óvirkni samningsins væri háð eftirfarandi tilkynningu um gerð samningsins í stjórnartíðindum Evrópusambandsins ásamt rökstuðningi fyrir því hvers vegna innkaupin hefðu ekki verið auglýst. Taldi kærunefndin það leiða af orðalagi 2. og 3. málslíðar 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Óháð slíkri tilkynningu ætti kærufresturinn að vera sex mánuðir frá samningsgerð og var vísað til úrskurðar kærunefndarinnar í máli nr. 32/2019.

Samningurinn hefði verið gerður 2. október 2020 og sex mánaða fresturinn því ekki verið liðinn þegar krafa um óvirkni var sett fram af hálfu stefnda Ísorku ehf., 8. febrúar 2021. Í þessu ljósi var því slegið föstu að krafa stefnda Ísorku ehf. hefði verið sett fram innan kærufrests.

Kærunefndin fjallaði síðan um lagafyrirmæli er lytu að þessu úrræði um óvirkni samnings. Nefndin sló því föstu að þar sem stefndi Reykjavíkurborg hefði ekki tilkynnt um fyrirhugaða gerð sérleyfissamnings á Evrópska efnahagssvæðinu áður en gengið var til samninga við stefnanda yrði lagt til grundvallar að samningurinn hefði verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í skilningi a-liðar 2. mgr. 115. gr. laga um opinber innkaup og í andstöðu við ákvæði reglugerðar nr. 950/2017. Bæri kærunefnd útboðsmála því að lýsa samning stefnda Reykjavíkurborgar og stefnanda, sem komst á 2. október 2020, óvirkan. Í því ljósi yrði síðan fallist á kröfu stefnda Ísorku ehf. um að stefnda Reykjavíkurborg yrði gert að bjóða hin kærðu innkaup út að nýju í samræmi við fyrrnefnda reglugerð.

Í ljósi framangreindrar niðurstöðu taldi kærunefndin að skylt væri í samræmi við 118. gr. laga um opinber innkaup að leggja stjórnvaldssekt á stefnda Reykjavíkurborg og var hún ákveðin 4.000.000 króna. Í samræmi við 1. mgr. 119. gr. var því slegið föstu að stefnda Reykjavíkurborg hefði skapað sér skaðabótaskyldu gagnvart stefnda Ísorku ehf. sem næmi kostnaði hans af því að undirbúa tilboð sitt og taka þátt í því. Tekið var fram

að stefndi Reykjavíkurborg hefði ekki sýnt fram á það með viðhlítandi hætti, eins og það var orðað, að afleiðing réttarbrotisins hefði ekki valdið stefnda Ísorku ehf. tjóni.

Að lokum tók kærunefndin það fram í umfjöllun um málskostnaðarkröfu að stefndi Ísorka ehf. hefði ekki haft uppi slíka kröfu í kæru málsins sem var lögð fram 8. október 2020 en hefði orðað það svo að málskostnaðarkrafa væri áréttuð í greinargerð sem afhent var kærunefndinni 8. febrúar 2021. Sló nefndin því við svo búið föstu að miða yrði við að með þessu hefði stefndi Ísorka ehf. komið fram með kröfu um að stefndi Reykjavíkurborg greiddi honum málskostnað af meðferð málsins fyrir kærunefndinni. Var úrskurðað með hliðsjón af umfangi málsins og niðurstöðu þess að stefndi Reykjavíkurborg skyldi greiða stefnda Ísorku ehf. 2.000.000 króna í málskostnað. Hafnað var kröfu stefnda Reykjavíkurborgar um málskostnað úr hendi stefnda Ísorku ehf.

Í samræmi við framangreint var úrskurðað að samningur stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík skyldi vera óvirkur frá uppkvaðningu úrskurðarins og lagt fyrir stefnda Reykjavíkurborg að bjóða út að nýju uppsetningu og rekstur hleðslustöðva og greiða 4.000.000 króna í stjórnvaldssekt og 2.000.000 króna í málskostnað, auk þess sem skaðabótaskylda gagnvart stefnda Ísorku ehf. var viðurkennd vegna kostnaðar af því að taka þátt í umræddu útboði.

Stefndi Reykjavíkurborg óskaði eftir frestun réttaráhrifa og stefnandi óskaði endurupptöku úrskurðarins þar sem hann hefði byggst á röngum forsendum en báðum þessum kröfum var hafnað af hálfu kærunefndarinnar.

Stefnandi óskaði eftir því að dómsmál þetta yrði rekið sem flýtimeðferðarmál og var fallist á það af hálfu dómstjóra Héraðsdóms Reykjavíkur og réttarstefna gefin út 25. ágúst 2021.

Málsástæður stefnanda

Af hálfu stefnanda er áréttað að kærunefnd útboðsmála sé sjálfstæð úrskurðarnefnd sem hafi það hlutverk samkvæmt 103. gr. laga um opinber innkaup að leysa úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim með skjótum og óhlutdrægum hætti.

Af þessari skilgreiningu leiði að nefndin fjalli ekki um önnur mál en þau sem til hennar eru kærð og henni beri að leysa úr þeim á skjótan hátt. Kærufrestir séu stuttir og

kveðið sé á um það í 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup að kæra verði innan 20 daga frá því að kærandi meðal annars vissi eða mátti vita um þá ákvörðun sem hann telji brjóta gegn rétti sínum. Síðan sé sérstakt ákvæði um frest til að setja fram kröfu um „óvirkni“ sammings sem sé 30 dagar talið frá sams konar grandsemi kæranda og fyrr er nefnd. Byggir stefnandi á því að þessir stuttu frestir styðjist við augljós rök þar sem sérlega mikilvægt sé að ekki sé óvissa um gildi tiltekinna ákvarðana kaupanda, jafnvel þótt þær kynnu að vera ólögmetar og leiða til bótaskyldu, og er vísað í þessum efnum til lögskýringargagna.

Stefnandi byggir á því að í máli þessu hafi kærunefndin hvorki fylgt ákvæðum 103. gr. laga um opinber innkaup um valdsvið sitt né þeim ströngu ákvæðum sem geti að líta í 106. gr. um kærufresti.

Kæruefndin hafi fjallað um innkaupin sem um ræðir án tillits til þeirrar kæru sem fram hafi komið en stefndi Ísorka ehf. hafi hvorki kvartað yfir því að innkaupin hefðu ekki farið eftir reglugerð um sérleyfi og fleira né að verðmæti væntanlegs sammings væri yfir mörkum sem gildi um skyldu til auglýsingar á Evrópska efnahagssvæðinu. Umkvörtunarefni stefnda Ísorku ehf. hafi verið allt annað. Það hafi ekki verið fyrr en eftir ítrekaða ábendingu kærunefndarinnar að stefndi Ísorka hf. hafi tekið að gera sjónarmið nefndarinnar um sérleyfissamninga að sínum en þá hafi frestir til þess verið löngu liðnir. Stefnandi byggir á því að þessi málsmeðferð sé í hróplegu ósamræmi við áskilnað laga um opinber innkaup og engin heimild sé í lögum fyrir slíku frumkvæði nefndarinnar að því að fjalla um álitafni sem ekki séu kærð til hennar.

Málsástæða fyrir ógildi úrskurðarins hvíli þannig á því að valdsvið og hlutverk kærunefndarinnar sem sjálfstæðs úrskurðaraðila í deilu tveggja eða fleiri aðila heimili ekki að tekin séu til úrlausnar önnur ágreiningsatriði eða að búin séu til ný, eins og raunin sé í máli þessu. Þá sé sérstaklega fjallað um það í 2. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup að skilgreina skuli í kæru hvaða ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi séu kærð og taka beri fram í kröfugerðinni um úrræði nefndarinnar samkvæmt lögnum. Þessi stranga afmörkun sé áréttuð með því að í 3. mgr. 106. gr. sé kveðið á um að veita megi stuttan frest til úrbóta á kæru ef henni er ábótavant að því viðlögðu að henni verði vísað frá ella.

Að mati stefnanda hafi kæruefndin ekki fylgt þessum ófrávíkjanlegu ákvæðum og málsmeðferðin hafi þannig verði á skjön við skýr lagaákvæði. Nefndin hafi farið út fyrir valdsvið sitt og þær lögbundnu heimildir sem eigi að liggja til grundvallar störfum hennar. Hvorki málsgrundvöllinn, röksemdirnar né kröfugerðina sem úrskurðurinn í

málinu hvíli á hafi getið að líta í kærnu stefnda Ísorku ehf. og heimild 3. mgr. 103. gr. hafi ekki verið beitt til að gefa félaginu kost á úrbótum. Þegar af þessum sökum beri að ógilda úrskurð kæruneftdarinnar.

Hvað fresti snertir er áréttað af hálfu stefnanda að útboðsskilmálar hafi birst í júlí og stefndi Ísorka ehf. ákveðið að taka þátt í útboðinu án athugasemda og það hafi ekki verið fyrir en ljóst hafi orðið að tilboði stefnanda yrði tekið að gerðar hafi verið athugasemdir. Þær hafi einvörðungu lotið að hæfi stefnanda sem bjóðanda og gildi tilboðs hans. Athugasemdir um að hugsanlega hefði átt að flokka innkaupin sem veitingu sérleyfis hafi ekki komið fram af hálfu stefnda Ísorku ehf. fyrir en í febrúar 2021, sjö mánuðum eftir að skilmálar útboðsins lágu fyrir og að minnsta kosti fjórum mánuðum eftir að innkaupaferlinu lauk með gerð samnings við stefnanda. Kærufrestur sé 20 dagar frá því að sá sem kærir „vissi eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnarleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum“ samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Sá frestur hafi verið löngu liðinn þegar upphafleg kæra barst kæruneftdinni í október 2020 og einnig þegar stefndi Ísorka ehf. hafi breytt kröfugerð sinni í febrúar 2021, en þá hafi verið liðnir sjö mánuðir frá því að skilmálarnir lágu fyrir og að minnsta kosti fjórir frá því að innkaupaferlinu lauk. Hinn sérstaki kærufrestur sem gildi um kröfu um óvirkni samnings sé síðan 30 dagar frá sama tímamarki samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laganna. Krafa stefnda Ísorku ehf. um óvirkni hafi fyrst komið fram í febrúar þrátt fyrir að fyrirtækið hafi vitað um samninginn í október 2020, fjórum mánuðum fyrir.

Málið hafi í öndverðu lotið að ákvörðun um val á tilboði, þar með talið hæfi bjóðandans og gildi tilboðsins, en um það sé fjallað í 85. gr. laga um opinber innkaup. Því beri að telja frestinn frá þeim tíma sem ákvörðun um val á tilboði er birt í samræmi við 1. tölulið 1. mgr. 106. gr. laganna. Ekki komi til greina að beita 2. tölulið 1. mgr. nema samningur hafi verið gerður „án undanfarandi útboðsauglýsingar“ eins og kæruneftdin virðist þó ranglega leggja til grundvallar. Hin umdeildu innkaup hafi verið auglýst og verið stefnda Ísorku ehf. fullljós á fyrri stigum. Kærufrestur er lúti að óvirkni sem átt geti við þegar samningar séu gerðir án innkaupaferlis eigi því ekki við í tilviki stefnda Ísorku ehf. Áréttað sé sérstaklega í þessu sambandi að rannsóknarregla stjórnsýsluréttar veiti kæruneftdinni engar heimildir til að fara gegn skýrum ákvæðum laga um kærufresti, málsmeðferð og fleira, en hún hafi að mati stefnanda farið verulega á svig við grundvallarreglur um hlutverk sitt. Úrskurður nefndarinnar sé því í andstöðu

við lagafyrirmæli og þannig ólögmat og ógildanleg vegna valdþurrðar og lögmætisreglu stjórnarsýsluréttar.

Þá byggir stefnandi á því að fyrirbyggjandi úrskurður sé byggður á röngum og ófullnægjandi forsendum þegar komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að verðmæti samnings væri yfir þeim mörkum sem gildi um sérleyfissamninga á Evrópska efnahagssvæðinu. Niðurstaða nefndarinnar um óvirkni samningsins sé í andstöðu við reglur stjórnarsýsluréttar um meðalhóf og þá sérstöku reglu samkvæmt 1. mgr. 117. gr. laga um opinber innkaup sem kveður á um að nefndin geti heimilað að samningur sé framkvæmdur um tiltekið skeið á meðan kaupanda gefist færi á að ljúka nýju innkaupaferli.

Að mati stefnanda hafi ekki verið um útboð á sérleyfi að ræða í skilningi laga um opinber innkaup og reglugerðar um sérleyfissamninga samkvæmt 23. tölulið 1. mgr. 2. gr. laga um opinber innkaup. Réttarreglur um sérleyfi eigi sér bakgrunn í dómafordæmum Evrópudómstólsins er lúti að samningum sem feli í sér að einkaaðilum sé boðið að annast þjónustu sem opinberir aðilar hefðu annars með höndum eða einstök aðstaða sé látin í té sem hafi sérstöðu vegna lagareglna, aðstæðna eða þar sem aðrir væru útilokaðir eða ættu erfitt með að komast í sambærilega aðstöðu.

Jafnvel þótt talið yrði að um sérleyfi væri að ræða er á því byggt af hálfu stefnanda að ekkert mat liggi fyrir sem slái því föstu eða geri það líklegt að virði samningsins hafi verið yfir þeim mörkum sem við er miðað varðandi útboðsskyldu. Réttilega sé byggt á því af hálfu kærunefndarinnar að talsverð óvissa sé um nýtingu á rafhleðslustöðvum samkvæmt samningnum en stefnandi hafi byggt endurupptökubeiðni sína á úrskurðinum á því að reynslutölur bendi til þess að matið sé þrefalt eða fjórfalt of hátt hjá ráðgjafa stefnda Reykjavíkurborgar. Mikil fjölgun hleðslustöðva bæði á heimilum, vinnustöðum og við verslanir og þjónustufyrirtæki bendi til þess að ekki sé hægt að reikna með vexti í hlutfalli við fjölgun rafbíla. Þá byggji nefndin á því að stofnkostnað við gerð bílastæða, kanta og gangstéttar eigi að meta að fullu sem hluta veltunnar í stað þess að líta á hann sem stofnkostnað og þá afskriftir eftir atvikum sem rekstrarkostnað.

Þá séu magntölur sem lagðar eru til grundvallar í úrskurði kærunefndar óumdeilanlega rangar þar sem reiknað sé með allt of mikilli nýtingu á rafhleðslustöðvunum, en gert sé ráð fyrir sölu á hverju stæði á 49 kílóvattstundum á dag alla daga ársins. Það sé langt umfram það sem rök standi til varðandi nýtingu hleðslustöðvanna þar sem í því fælist að nýting á hverri hleðslustöð næmi ríflega 12

klukkustundum á dag alla daga ársins. Með því að miða svo við verð sem stefndi Reykjavíkurborg hafi nefnt í dæmaskyni, 20 krónur, næmi veltan af samningnum 625.661.806 krónum. Kærunefndin hafi svo að auki ranglega bætt við kostnaði sem féll á bjóðanda þjónustunnar, 42.000.000 króna, og beinum greiðslum sem kaupandi þjónustunnar, stefndi Reykjavíkurborg, hafði miðað við að yrði 14.000.000 króna og ýmsum stofnkostnaði, eins og áður gat, að fjárhæð 84.400.000. Í samræmi við 23. gr. aðfaraorða tilskipunar 2014/23/EB eigi einungis að skoða áætlaða veltu á samningstímanum en önnur atriði komi ekki til skoðunar nema sérstaklega standi á. Það sé röng túlkun á ákvæði 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 að taka beri tillit til allra þeirra þátta sem þar eru nefndir í hverju tilviki enda lýsi málsgreinin því hvernig meta eigi virði sammings með hliðsjón af hlutlægri aðferð sem tilgreina skuli í gögnum er varða sérleyfið.

Af framangreindu blasi við, að mati stefnanda, að þeir útreikningar sem liggja niðurstöðu kærunefndarinnar til grundvallar byggist á ótraustum og beinlínis röngum forsendum, betri rannsókn af hálfu kærunefndarinnar hefði leitt til allt annarrar niðurstöðu. Að mati stefnanda hefði áætlun um veltu sem byggðist á raunforsendum um opinbera verðskrá og sögulega nýtingu á gjaldskyldum stæðum stefnda Reykjavíkurborgar átt að leiða til þess að kostnaðurinn hefði numið 1.345.963.071 krónu.

Í ljósi þess hve fyrirliggjandi útreikningar séu fjarri sanni hvíli það á stefnda Ísorku ehf. að færa sönnur á að útreikningar sem nefndin byggir á eigi við rök að styðjast.

Málsástæður stefnda Reykjavíkurborgar

Stefndi byggir á því að kærunefnd útboðsmála hafi farið út fyrir valdsvið sitt með því að taka kæru stefnda Ísorku ehf. til efnismeðferðar, fara út fyrir málsgrundvöll í kæru, lýsa samninginn óvirkan, kveða á um stjórnvaldssekt, leggja fyrir stefnda Reykjavíkurborg að bjóða út innkaupin að nýju og ákvarða málskostnað fyrir meðstefnda. Kærufrestur hafi verið liðinn til að gera slíkar kröfur þegar þær komu fram undir rekstri málsins. Samningurinn hafi hvorki verið útboðsskyldur í skilningi laga um opinber innkaup né sem sérleyfissamningur á grundvelli reglugerðar nr. 950/2017.

Stefndi Reykjavíkurborg taki að meginstefnu til undir málatilbúnað stefnanda. Ekki hafi staðið til að veita sérleyfi til reksturs og uppbyggingar hleðslustöðva, sbr. 23. tölulið 2. gr. laga um opinber innkaup, samanber einnig 5. tölulið 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Þegar af þeirri ástæðu beri að fallast á kröfur stefnanda og fella úrskurðinn úr gildi.

Kaupin hafi ekki verið útboðsskyld þar sem þau hafi ekki náð viðmiðunarfjárhæðum þjónustusamninga, sbr. 1. mgr. 23. gr. laganna og 2. gr. reglugerðar nr. 260/2020.

Verði lagt til grundvallar dómi að stefnt hafi verið að gerð sérleyfissamnings er byggt á því að ógilda beri úrskurð kærunefndarinnar allt að einu.

Fyrst beri að líta til þess að framsetning kæru og frestir til kæru eiga að marka máli farveg fyrir kærunefndinni. Nefndin hafi hafnað kröfu meðstefnda um að stöðva samningsgerðina á grundvelli 110. gr. laga um opinber innkaup á þeim grunni að hún hefði ekki valdheimildir til að láta málið til sín taka. Hefði meðferð málsins fyrir nefndinni átt að enda þar með enda hafi kærunefndin talið úrlausnarefnið falla utan valdsviðs síns. Við þá afstöðu hefði nefndin átt að vera bundin en hafi þess í stað í kjölfarið tekið til umfjöllunar hvort stefnt væri að gerð sérleyfis með samningnum og þar með farið út fyrir málsástæður meðstefnda. Þær málsástæður hafi verið skýrar og afmarkaðar í kæru í samræmi við fyrirmæli 3. mgr. 106. gr. laganna. Einnig hafi verið teknar til umfjöllunar kröfur meðstefnda sem komu fram að liðnum kærufresti en þær kröfur hafi aðallega verið byggðar á nýjum málsástæðum sem komið höfðu fram af hálfu nefndarinnar við meðferð málsins og lutu að því að stefnt hefði verið að gerð sérleyfissamnings. Þótt málsforræðisregla einkamálaréttarfars gildi ekki almennt fyrir stjórnarsýslunefndum þá verði að horfa á lögbundna þrönga tímaramma sem nefndum eru settir. Túlka verði leiðbeiningarskyldu nefndarinnar í því samhengi. Málsgrundvöllur meðstefnda laut að því að stefnandi hefði ekki uppfyllt kröfur um tæknilegt hæfi og að óheimilt væri að semja við hann vegna rannsóknar Samkeppniseftirlitsins og við þær málsástæður hafi meðstefndi haldið sig allan tímann sem málið var til kærumeðferðar. Meðstefndi hafi aldrei byggt á því að útboðsferlið hefði ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu, enda meðstefndi þáttakandi í hinu kærða útboði, heldur hafi hann gert þessa málsástæðu nefndarinnar að sinni.

Hlutverk kærunefndarinnar sé takmarkað, í samræmi við 103. gr. laga um opinber innkaup, við að leysa með skjótum hætti úr kærum vegna ætlaðra brota á lögnum. Ef farið er út fyrir kærufni felur það í sér að farið er út fyrir lögbundið hlutverk nefndarinnar. Það sé ekki í samræmi við leiðbeiningar- og rannsóknarskyldu kærunefndarinnar sem stjórnarsýslunefndar enda sé hún bundin við það hlutverk sem henni er markað lögum samkvæmt. Í því tilviki sem hér um ræðir hafi nefndin farið út fyrir hlutverk sitt allt að einu með því að halda því fram að með samningsgerðinni hefði verið stefnt að veitingu sérleyfis án tilefnis af hálfu meðstefnda og með því að fjalla um kröfur

meðstefnda hvað þetta varðaði sem fyrst hafi komið fram 8. febrúar 2021 að liðnum kærufresti. Hin breytta kröfugerð hafi í raun markað nýtt kærumál fyrir kæruneftndinni.

Þá hafi frestur meðstefnda til að hafa uppi kröfur um óvirkni verið liðinn þegar slík krafa var sett fram 8. febrúar 2021, sbr. 1. mgr. 106 gr. laga um opinber innkaup, fjórum mánuðum eftir að kæra meðstefnda kom fram í öndverðu. Stefndi byggir á því að túlkun kæruneftndarinnar á kærufresti hvað varði kröfu um óvirkni sammings rúmist ekki innan 1. mgr. 106. gr. laganna og sé jafnframt í ósamræmi við aðra framkvæmd hjá kæruneftndinni. Umrædd kaup stefnda hafi ekki farið fram án auglýsingar heldur í kjölfar útboðs sem auglýst hafi verið innanlands og meðstefndi tekið þátt í. Sú auglýsing hafi verið í samræmi við skilgreiningu 26. töluliðar 1. mgr. 2. gr. laganna og á því byggt að 30 daga fresturinn hafi gilt gagnvart meðstefnda og fresturinn byrjað að líða er meðstefndi sótti útboðsgögnin í júlí, enda hafi þau borið með sér að útboðið hefði ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu sem sérleyfissamningur fyrir þjónustu. Um það hafi meðstefndi verið grandsamur en síðar talið það brjóta gegn rétti sínum.

Áréttað sé að í 3. málslíð 2. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup sé tilgreint að í kæru skuli setja fram kröfur en meðstefndi hafi ekki gert kröfu um óvirkni í kæru. Almennur áskilnaður í kæru breyti engu í þeim efnum. Í öllu falli hafi fresturinn verið liðinn 30 dögum eftir að stefnandi og stefndi gerðu samning sín á milli 2. október 2020 en um það hafi meðstefndi verið upplýstur. Í það minnsta hafi fresturinn verið löngu liðinn er félagið setti kröfuna fram.

Þá sé eðlismunur á sakarefnum úrskurðar nr. 32/2019, sem vísað sé til í úrskurði kæruneftndarinnar, og sé hann af þeim sökum ekki fordæmisgefandi. Sá úrskurður laut að beinum sammingskaupum án undanfarandi útboðsauglýsingar en þeirri túlkun á 1. mgr. 106. gr. sem niðurstaða þess máls byggðist á hafi einvörðungu verið beitt í tilvikum beinna kaupa án útboðs sem séu eðlisólík tilvikinu sem hér um ræðir þar sem útboðið var auglýst og meðstefndi þátttakandi í því ferli á grundvelli þeirrar auglýsingar og því grandsamur og þess umkominn að kæra um leið og vitneskja lá fyrir um hin ætluðu brot stefnda. Kæruneftndinni sé síðan óheimilt að hafa frumkvæði að því að undirbyggja málatilbúnað þess sem beinir kærur til hennar og leggja til nýja kærufresti að hentisemi, þvert á ákvæði laga um opinber innkaup. Þá hafi krafa meðstefnda um málskostnað komið of seint fram til þess að á hana yrði fallist, en hún hafi fyrst komið fram 8. febrúar 2021, í andstöðu við 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup, auk þess sem fjárhæð sú sem ákveðin hafi verið sé úr hófi.

Þá er á því byggt af hálfu stefnda að hinn auglýsti samningur hafi ekki náð viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 905/2017 og því hafi málið fallið utan valdsviðs kæruneftdarinnar og henni því ekki verið tækt að taka málið til efnismeðferðar. Í þessu sambandi vilji stefndi jafnframt vekja athygli á því að í hinum kærða úrskurði sé ekki slegið föstu ætluðu broti gegn meðstefnda, sem tekið hafi þátt í útboðinu, heldur einungis að samningurinn hafi verið yfir viðmiðunarfjárhæð og stefnda því borið að birta tilkynningu um fyrirhugaða veitingu sérleyfis á Evrópska efnahagssvæðinu. Þessu sé mótmælt af hálfu stefnda; útboðið hafi verið í samræmi við lög að hans mati.

Þegar útboðið hafi verið undirbúið hafi það verið afstaða stefnda að vænt verðmæti sammings væri undir viðmiðunarfjárhæðum laga um opinber innkaup og reglugerðar nr. 950/2017. Enginn ásetningur hafi staðið til þess af hálfu stefnda að skilgreina útboðið þannig að komist yrði hjá ákvæðum laganna og reglugerðarinnar. Þannig hafi verið ráðist í að auglýsa útboð og framkvæma það í samræmi við lög nr. 65/1993 um framkvæmd útboða án þess að stefnda væri það skylt að lögum.

Á því er byggt að reginmunur sé á því við mat á virði sammings hvort hann fellur undir lög um opinber innkaup eða undir reglugerð nr. 950/2017 er tekur til sérleyfissamninga. Í 8. gr. reglugerðarinnar sé kveðið á um svokallað veltumat og nánar um það fjallað í 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar og þess getið að þegar áætlað verðmæti sé reiknað skuli kaupandi, þar sem það eigi við, einkum horfa til atriða í stafliðum a–g en í f-lið 4. mgr. 8. gr. sé sérstaklega vísað til þess að einkum skuli horfa til verðmætis allra vara og þjónustu sem kaupandi láti sérleyfishafanum í té til ráðstöfunar og nauðsynleg kunnari að vera til að efna samninginn.

Í ljósi framangreinds er því sérstaklega mótmælt að framkvæmdakostnaður að fjárhæð 84.400.000 króna falli ekki undir 8. gr. reglugerðarinnar. Raunkostnaður við uppbyggingu innviða geti aldrei talist til fjárhagslegs ávinnings fyrir handhafa sérleyfis og falli hvorki undir c- né f-lið 4. mgr. 8. gr. reglugerðarinnar. Nefndin hafi þannig felld þennan heildarkostnað undir áætlað virði sérleyfisins án lögmastrar heimildar. Þessi kostnaður geti hvorki talist til vöru né þjónustu og eigi því ekki að horfa til hans við mat á verðmæti sammings um sérleyfi.

Stefndi byggir á því að horfa beri til innkaupaorðasafns ESB, samanber til hliðsjónar 21. gr. laga um opinber innkaup. Um innkaupaorðasafnið gildi reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 2195/2002 um sameiginlegt innkaupaorðasafn (CPV) sem hafi verið felld inn í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið, samanber ákvörðun sameiginlegu

EES-nefndarinnar nr. 180/2003. Í því ljósi og þegar höfð sé hliðsjón af því undir hvaða liði í innkaupaorðasafninu kostnaðarliðirnir sem stefnda hafi borið að annast samkvæmt útboðinu falli liggi fyrir að framangreinda fjárhæð, 84.400.000 krónur, beri ekki að taka með í í veltumat sérleyfis í skilningi 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Sérstaklega er einnig áréttað að umrædd innviðauppbýgging er eign stefnda og jafnvel þótt talið væri að einhver hluti kostnaðar við þessa uppbyggingu innviða yrði talinn hluti af kostnaði við útboðið verði hann ekki felldur í heild undir veltumat sérleyfis. Stefndi vekur athygli á því að ef kostnaðurinn væri allur felldur undir þetta tiltekna útboð myndi enginn kostnaður falla til næst þegar útboð yrði auglýst, að átta árum liðnum, þrátt fyrir að næsti þjónustuveitandi myndi einnig nýta innviðina.

Byggt er á því af hálfu stefnda að þar sem kostnaðarmat sem unnið var fyrir útboðið hafi leitt í ljós að heildarverðmæti samningsins væri undir viðmiðunarmörkum reglugerðar 950/2017 hafi engin nauðsyn verið á að vinna sérstakt veltumat fyrir en raun bar vitni. Slíkt mat hafi verið unnið eftir að útboðið fór fram en engin skylda hafi hvílt á stefnda til að útbúa slíkt mat með formlegum hætti fyrir en eftir útboðið, enda verið að gera samning undir lágmarksviðmiðunarfjárhæð, og þá af gefnu tilefni frá meðstefnda.

Það mat sem unnið hafi verið hafi að auki verið ýmsum ágöllum háð. Þannig hafi vantað að taka tillit til dreifingarkostnaðar rafmagns svo að sá kostnaður hafi verið vantalinnað auk þess sem ekki hafi verið horft til þess að rauntímanotkun hleðslustöðva hafi verið metin verulega of mikil. Ef réttar forsendur hefðu verið nýttar í þeim efnunum hefði verðmæti veltu samkvæmt samningnum því farið langt undir viðmiðunarmörk sérleyfissamninga.

Allt að einu er því mótmælt að viðmiðunarverð stefnda, 16 krónur á kílóvattsstund, hafi falið í sér vanáætlun enda hafi ráðgjafi stefnda greint verð á markaði þannig að fundið var meðalverð á milli þeirra stærstu á markaðinum, stefnanda og meðstefnda, en sá fyrrnefndi hafi verið með 12 krónur sem algengt verð að veittum afslætti en meðstefndi með 20 til 21 krónu og 16 krónur séu meðaltal þessara verða. Það hafi síðan ekki verið í valdi kærunefndarinnar að endurmeta þetta kostnaðarmat á grundvelli útreikninga sem stefndi sendi nefndinni tveimur mánuðum eftir að upphaflegt verðmat var sent án þess að nokkur rannsókn færi fram af hálfu nefndarinnar með vísan til 10. gr. stjórnsýslulaga. Miðað hafi verið við herra verð í síðari útreikningnum vegna athugasemda meðstefnda. Niðurstaða nefndarinnar hafi því byggst á ófullnægjandi og röngum upplýsingum um málsatvik.

Þrátt fyrir að stefndi hafi vakið máls á því í endurupptökubeiðni til nefndarinnar að ákveðnir liðir hefðu verið ofmetnir, til dæmis umfang, hafi nefndin hafnað að horfa til þess, en stefndi telji það ekki samræmast jafnræðisreglu og rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar.

Á því sé byggt að lagaskilyrði hafi ekki legið fyrir til að tækt væri að óvirkja samning stefnda og stefnanda. Samningsaðilar hafi verið búnir að efna aðalefni samningsins og því ekki skilyrði til að óvirkja hann en sú niðurstaða hafi verið í ósamræmi við fyrri niðurstöðu nefndarinnar milli annarra aðila. Kærunefndin hafi að auki látið undir höfuð leggjast að kanna hvort almannahagsmunir væru í húfi, samanber 117. gr. laga um opinber innkaup, áður en samningurinn var óvirkjaður, en það hefði getað breytt því hvort samningurinn yrði óvirkjaður og þá frá hvaða tíma. Með því að óvirkja samninginn án rannsóknar í þessum efnum og án nokkurs fyrirvara hafi kærunefndin brotið gegn meðalhófsreglu og rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar, sbr. 10. og 12. gr. stjórnsýslulaga.

Þá byggir stefndi á því, með vísan til framangreinds, að ekki hafi verið efni til að leggja stjórnvaldssekt á stefnda á grundvelli 118. gr. laga um opinber innkaup. Ekki liggi heldur fyrir í úrskurði nefndarinnar hvaða háttsemi það sé sem valdi því að lögð sé á stefnda stjórnvaldssekt.

Að lokum geri stefndi alvarlega athugasemd við það að honum hafi ekki verið sendar athugasemdir meðstefnda áður en úrskurður kærunefndar útboðsmála var kveðinn upp.

Málsástæður stefnda Ísorku ehf.

Stefndi Ísorka ehf. mótmælir öllum málsástæðum stefnanda sem röngum og ósönnuðum. Á því sé byggt að kærunefnd útboðsmála sé sjálfstæð stjórnsýslunefnd og um málsmeðferð fyrir nefndinni fari samkvæmt 108. gr. laga um opinber innkaup og ákvæðum stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Fjallað sé sérstaklega um leiðbeiningarskyldu nefndarinnar gagnvart kærendum í 3. og 4. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Áréttað sé að í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 58/2013, um breytingar á lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup, þar sem mælt hafi verið fyrir um kærunefndina, segi að hin nýju úrræði óvirkni og önnur viðurlög skuli vera í höndum nefndarinnar. Stefndi tekur undir það sem segir í úrskurði kærunefndarinnar og síðari ákvörðunum nefndarinnar í málinu og vísar þannig til röksemda og málsástæðna nefndarinnar máli sínu til stuðnings.

Því er haldið til haga af hálfu stefnda að stefnandi hafi ekki komið athugasemdum, útreikningum eða málsástæðum á framfæri við meðferð málsins fyrir kæruneftndinni og látið sig málið litlu varða á þeim vettvangi. Stefnandi hafi þannig engar athugasemdir gert við málsmeðferð kæruneftndarinnar né gert athugasemdir við það að kostnaðaráætlun stefnda Reykjavíkurborgar byggðist á tæknilegum og fræðilegum ómöguleika hvað nýtingu á hleðslustöðvun varðaði.

Stefndi mótmælir þeirri túlkun stefnanda á 103. gr. laga um opinber innkaup að kæruneftndin hafi ekki fylgt ákvæðum greinarinnar um valdsvið sitt. Málsmeðferðin hafi þvert á móti verið í samræmi við ákvæði laga og sé vísað sérstaklega til ólögfestrar rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar og 10. gr. stjórnisýslulaga, samanber einnig 7. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup.

Áréttað er af hálfu stefnda að málsforræðisregla einkamálaréttarfars gildi ekki við meðferð mála hjá kæruneftndinni, eins og tekið sé fram í fyrrneftndum athugasemdum með frumvarpi til laga nr. 58/2013, enda falli reglan illa að opinberum hagsmunum fyrir réttarvörslu á þessu sviði. Það hvíli sú skylda á stjórnvaldi, á grundvelli áður tilvitnaðra lagaákvæða og óskrifaðra reglna stjórnisýsluréttarins, að sjá til þess að eigin frumkvæði að málsatvik séu nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin, eftir atvikum með rannsókn og öflun upplýsinga. Kæruneftndinni sé þannig óheimilt að horfa á kæru málsaðila sem tæmandi útlistun á kröfum eða þeim lagasjónarmiðum sem kæruneftndin geti grundvallað ákvörðun sína á. Samkvæmt meginreglu stjórnisýsluréttar séu stjórnvöld ekki bundin af kröfum og málsástæðum aðila nema lög sérstaklega mæli fyrir um annað. Það leiði einnig af 106. gr. laga um opinber innkaup að kæruneftndinni sé heimilt að beina því til kæranda að bæta úr annmörkum eða leggja fram frekari gögn ef hún telur tilefni til. Rannsóknarreglan sé í raun hryggjarstykkið í málsmeðferðarreglum sem nefndar hafi verið öryggisreglur og ætlað sé að tryggja að stjórnvaldsákvarðanir séu bæði löglegar og réttar. Kæruneftndinni hafi því borið að greina þær efnisreglur sem við áttu og leita nægra upplýsinga áður en ákvörðun var tekin. Rannsókn nefndarinnar hafi þannig lotið að því að leitast við að leiða hið rétta í ljós. Henni hafi borið lagaskylda til að greina að eigin frumkvæði hvaða atvik væru útlausn viðkomandi og hvaða gagna og upplýsinga væri nauðsynlegt að afla. Engin takmörk séu á þessari rannsóknarskyldu nefndarinnar í lögum um opinber innkaup.

Aðstæður við málsmeðferð hjá kæruneftndinni séu þannig allt aðrar en við málsmeðferð fyrir dómi þar sem stjórnisýslukæra til kæruneftndarinnar sé einnig

réttaröryggisúrræði sem úrskurðarnefndum á kærustigi sé ætlað að sinna. Kærunefndin hafi því ákveðnu eftirlitshlutverki að gegna með það fyrir augum að mál séu meðhöndluð í samræmi við lög. Kærunefndinni sé því heimilt að endurskoða þau atriði sem kærandi geri kröfu um og veita leiðbeiningar og aðstoð, samanber 7. gr. stjórnarsýslulaga, eins og staðfest hafi verið fyrir dómi. Frá þessum meginreglum stjórnarsýslulaga eigi ekki að víkja þótt mælt sé fyrir um tiltekna málsmeðferð í lögum um opinber innkaup. Fyrirliggjandi úrskurður sé að auki í samræmi við kröfur stefnda Ísorku ehf. og þannig í samræmi við 103. gr. laga um opinber innkaup.

Af þessum sökum sé byggt á því af hálfu stefnda Ísorku ehf. að fyrirspurnir kærunefndarinnar hafi verið eðlilegar og hluti af skyldu nefndarinnar til að upplýsa mál áður en ákvörðun er tekin. Í þessu sambandi sé einnig áréttað að fram til 1. febrúar 2021 hafi stefnda Ísorku ehf. einungis verið kunnugt um eina fyrirspurn nefndarinnar varðandi mat á virði samningsins. Þannig hafi kærunefndin ekki komið ítrekuðum ábendingum á framfæri við stefnda Ísorku ehf., gagnstætt því sem stefnandi byggir á.

Stefndi Ísorka ehf. hafnar þeirri lagatúlkun stefnanda að krafa stefnda um óvirkni samningsins hafi komið fram að liðnum kærufresti samkvæmt 106. gr. laga um opinber innkaup með þeim rökum sem reifuð séu í úrskurði kærunefndarinnar og telur að leggja beri skýringu og túlkun nefndarinnar á 106. gr. laganna til grundvallar. Stefndi vekur athygli á því að ákvæði þetta sé í samræmi við orðalag f-liðar 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2007/06/EB. Krafa stefnda Ísorku ehf. hafi þannig verið lögð fram innan lögbundins frests og hafi því réttilega sætt efnislegri úrlausn.

Við málflytning var síðan sérstaklega áréttað af hálfu stefnda að grandsemi hefði engin réttaráhrif hvað varðaði frest til að hafa uppi kröfu um óvirkni samnings hefði tilkynning um samning ekki verið birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Í slíkum tilvikum sé kærufrestur sex mánuðir frá gerð samnings, óháð grandsemi þess sem vill kæra á grundvelli 106. gr. laga um opinber innkaup. Þessi niðurstaða liggir úrskurði nefndarinnar til grundvallar þar sem vísað sé til úrskurðar nefndarinnar nr. 32/2019, en þeim úrskurði til grundvallar liggir dómur Evrópuðómstólsins nr. C-116/14 þar sem þessari reglu hafi verið slegið fastri.

Verði ekki fallist á skýringu kærunefndarinnar í þessum efnunum þá sé vísað til þess af hálfu stefnda Ísorku ehf. að stefndi Reykjavíkurborg hafi fyrst lagt fram leiðrétta kostnaðaráætlun og upplýsingar um fjárfestingar 27. janúar 2021 og stefndi Ísorka ehf. fengið þessi gögn 1. febrúar. Þá fyrst hafi stefndi haft forsendur til að telja að um væri

að ræða ákvörðun, atvik eða athafnaleysi sem brotið hefði gegn rétti stefnda Ísorku ehf. og hafi stefndi því lagt fram breytta kröfugerð innan 30 daga frests, auk þess sem krafan hafi verið sett fram innan sex mánaða frá samningsgerð. Fyrr hafi félagið ekki haft réttar upplýsingar frá stefndu Reykjavíkurborg um þessi atriði og hafi því ekki fyrr haft forsendur til að telja að verðmæti samningsins væri yfir viðmiðum fyrir sérleyfissamninga samkvæmt reglugerð 950/2017.

Öll upplýsingagjöf stefnda Reykjavíkurborgar hafi enda miðað að því að gefa til kynna að verðmæti samningsins væri undir þeim viðmiðum. Það hafi þannig fyrst verið 1. febrúar sem forsendur hafi legið fyrir til að hafa uppi kröfu um óvirkni samnings en í þeim efnum verði einnig að halda því til haga að sá málatilbúnaður stefnanda að slíka kröfu hefði átt að gera strax í öndverðu sé órökréttur enda ekki hægt að krefjast óvirkni samnings sem ekki sé búið að gera.

Stefndi tekur undir þá niðurstöðu kæruneftdar útboðsmála að um útboð á sérleyfi hafi verið að ræða, andstætt málatilbúnaði stefnanda, og vísar um röksemdir fyrir því til úrskurðar kæruneftdarinnar sem einnig sé í samræmi við fyrri úrskurði nefndarinnar. Á þeim grunni liggja fyrir að í raun hafi stefndi Reykjavíkurborg stefnt að gerð sérleyfissamnings í skilningi 23. töluliðar 1. mgr. 2. gr. laga um opinber innkaup, samanber 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017.

Hvað mat á virði samningsins snertir, ef litið væri á hann sem sérleyfissamning, byggja stefnda Ísorka ehf. á því að stefndi Reykjavíkurborg hafi undir rekstri málsins lagt fram eigin kostnaðaráætlanir, fyrst í nóvember 2020 og svo leiðréttá áætlun í janúar 2021. Þar komi fram að velta samningsins nemi um 625.661.805 krónum og að fjárfesting borgarinnar nemi um 84.400.000 krónum, samtals um 709.700.000 [sic] krónum auk annarra kostnaðarliða vegna samningsins. Tekur stefndi undir og vísar til niðurstöðu kæruneftdarinnar og þeirra röksemda sem hún hvílir á.

Byggja eigi á eigin niðurstöðu stefnda Reykjavíkurborgar, eins og að framan er rakið, en ef víkja á frá henni þá verði það gert á þann hátt að óbreyttu álagningarhlutfalli verði haldið frá upphaflegu mati Reykjavíkurborgar, á hafi verið miðað við verðið 16 krónur á kílóvattstund, eða 7,95 krónur umfram kostnaðarverð, en í leiðréttu mati stefnda Reykjavíkurborgar þar sem miðað var við söluverðið 20 krónur á kílóvattstund hefði álagningin verið 4,58 krónur á kílóvattstundina. Ef víkja ætti frá því mati væri það helst þannig að leggja ætti sömu álagningu til grundvallar þannig að verðið myndi nema 23,73 krónum, sem hefði það í för með sér að verðmæti samninganna hefði verið um

747.900.000 krónur og þannig vel yfir viðmiðunarfjárhæð reglugerðar. Að sama skapi sé þeim málatilbúnaði stefnanda mótmælt að byggt sé á röngum magntölum í úrskurði kæruneftdarinnar, en þær eigi sér uppruna í upplýsingum frá stefnda Reykjavíkurborg. Fullyrðingar stefnanda eigi sér ekki skírskotun til neinna gagna og hnekki því ekki niðurstöðum kæruneftdarinnar sem byggðar hafi verið á upplýsingum frá stefnda Reykjavíkurborg. Að mati stefnda Ísorku ehf. leiði það af lögum að leggja beri kostnaðaráætlun kaupanda, stefnda Reykjavíkurborgar, til grundvallar en hún hafi byggst á ráðgjöf óháðs aðila. Loks er mótmælt sönnunargildi yfirlitsskjala frá stefnanda sem eigi að sýna rauntölur um nýtingu hleðslustöðva.

Því er mótmælt að unnt sé að líta til eigin útreikninga stefnanda í framangreindum efnum enda beri að horfa við matið til þess tíma þegar útboðsferli hefst. Hvaða forsendur einstakir bjóðendur leggi til grundvallar sé því mati óviðkomandi og merki ekki að mat kæruneftdarinnar byggist á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum og er vísað í þessum efnum til forsendna ákvörðunar nefndarinnar þar sem endurupptökubeiðni stefnanda var hafnað.

Fullyrðingum stefnanda um lægra nýtingarhlutfall hleðslustöðva en stefndi Reykjavíkurborg hafi byggt á og kæruneftdin hafi lagt til grundvallar niðurstöðunni, byggðum á meintum evrópskum upplýsingum og staðhæfingum um mikla fjölgun hleðslustöðva í eigu almennings og fyrirtækja, sé mótmælt af hálfu stefnda Ísorku ehf., enda hafi stefnandi ekki lagt fram nein gögn til stuðnings þessari staðhæfingu sinni.

Hvað varðar kostnaðarliði sem bætt hafi verið við reiknað verðmæti sammingsins vísar stefndi Ísorka ehf. til úrskurðar kæruneftdar útboðsmála og telur ekki forsendur til að víkja frá niðurstöðu nefndarinnar sem sé í samræmi við a- til g-liði 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Jafnframt sé túlkun stefnanda á 23. gr. aðfaraorða tilskipunar 2014/23/EB mótmælt, meðal annars með vísan til 3. töluliðar 8. gr. tilskipunarinnar þar sem fjallað sé um aðferðir við að reikna út verðmæti sérleyfa. Þessi ákvæði hafi verið innleidd í íslenskan rétt með 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Þannig sé ljóst að aðilum beri skylda til að taka tillit til þessara kostnaðarliða við mat á virði sérleyfissammings.

Því er að síðustu mótmælt að niðurstaða kæruneftdar útboðsmála hafi falið í sér brot á meðalhófi eða að brýnir almannahagsmunir í skilningi 117. gr. laga um opinber innkaup hafi staðið til þess að kæruneftdin hefði átt að láta hjá líða að beita því úrræði laganna að óvirkja samning og heimila áframhaldandi framkvæmd sammingsins milli stefnanda

og stefnda Reykjavíkurborgar tímabundið. Stefndi byggir á því að vanreifað sé af hálfu stefnanda í hverju þeir brýnu almannahagsmunir hafi falist sem hann telji hafa verið um að tefla í þessu tilviki. Þetta sé heimildarákvæði sem nefndin meti hvort eigi að beita hverju sinni en nefndin hafi sérstaklega tekið afstöðu til þess að það ætti ekki við í þessu máli. Á því sé enda byggt af hálfu stefnda Ísorku ehf. að kærunefndin hafi tekið þetta álitafni ítrekað til umfjöllunar vegna beiðni stefnda Reykjavíkurborgar og stefnanda um frestun réttaráhrifa eða endurupptöku og ekki talið óvenjulegar aðstæður í húfi eins og áskilið sé í ákvæðinu.

Þar sem stefnandi og stefndi Reykjavíkurborg hafi gengið til samninga 2. október 2020 og því ekki hægt að beita því úrræði laga um opinber innkaup að ógilda samninginn, hefði nefndinni skylt að leysa úr því hvort samningurinn væri lýstur óvirkur í samræmi við 115. gr. laga um opinber innkaup. Jafnframt er áréttað af hálfu stefnda Ísorku ehf. að samkvæmt a-lið 1. málsgreinar 115. gr. beri nefndinni að lýsa samning, þar með talda sérleyfissamninga, óvirkan þegar samningur hafi verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í andstöðu við lög eða reglur settar á grundvelli þeirra. Á kaupendum hvíli skylda til að meta hvort verðmæti samninga sé yfir viðmiðunarfjárhæðum, að viðlögðum íþyngjandi afleiðingum. Þetta sé gert með það að markmiði að tryggja að kaupandi láti fara fram slíkt mat.

Kærunefndin hafi ekki brotið gegn reglum stjórnarsýsluréttar um meðalhóf í málinu. Það sem fyrir liggir sé að stefndi Reykjavíkurborg hafi einfaldlega ekki gætt að því að meta hvort samningarnir væru yfir viðmiðunarfjárhæðum þannig að þeir teldust til sérleyfissamninga. Það sé lögfest afleiðing af slíku að kærunefndinni beri að lýsa slíka samninga óvirka en að auki hafi kærunefndin gætt meðalhófs. Til dæmis hafi ekki verið beitt dagsektum.

Þá byggir stefndi Ísorka ehf. á því að fyrir liggir úrskurður úrskurðarnefndar orkumála þar sem því sé slegið föstu, sem stefndi Ísorka ehf. hefur haldið fram frá öndverðu, að tæknilausn stefnanda hafi ekki uppfyllt áskilnað um að bjóða upp á tæknilausn sem gerði almenningi kleift að nýta stöðvarnar án þess að hafa gert samning við stefnanda. Upphaflega kvörtunin hafi lotið að þessu atriði en úrskurður úrskurðarnefndar raforkumála hafi ekki legið fyrir þegar kærunefnd útboðsmála hafi kveðið upp úrskurð sinn.

Þannig telur stefndi augljóst af úrskurði úrskurðarnefndar raforkumála og síðari atvikum að stefnandi hafi ekki fullnægt þeim skilyrðum sem grein 2.4.3 í

útboðsskilmálum mælti fyrir um, hvorki við opnun tilboða í ágúst, samningsgerð í október né á árinu 2021.

Með vísan til alls framangreinds sé þess því krafist að stefndi verði sýknaður af kröfu stefnanda um að úrskurður kærunefndar útboðsmála verði ógiltur þannig að úrskurðurinn standi óhaggaður.

Niðurstaða

Í máli þessu er deilt um hvort ógilda beri úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020 sem kveðinn var upp 11. júní 2021 en aðild að því máli áttu allir málsaðilar þessa dómsmáls. Stefnandi varð hlutskarpastur í útboðinu sem stefndi Reykjavíkurborg stóð að og tókust samningar þeirra á milli sem tilkynnt var um 2. október 2020. Stefndi Ísorka ehf. kærði vegna útboðsins til kærunefndarinnar 8. október.

Stefnandi átti litla aðkomu að meðferð málsins fyrir kærunefnd útboðsmála þar sem athugasemdir og umfjöllun nefndarinnar beindust nær eingöngu að stefnda Reykjavíkurborg í samræmi við 1. mgr. 109. gr. laga nr. 120/2016, en aðkoma stefnanda byggðist á 2. mgr. 109. gr. Stefnandi hefur lögvarða hagsmuni af kröfu um að úrskurður nefndarinnar verði ógiltur enda af hálfu nefndarinnar komist að þeirri niðurstöðu að samningur stefnanda við stefnda Reykjavíkurborg skyldi vera óvirkur, eins og segir í 115. gr. laga um opinber innkaup.

Stefndi Reykjavíkurborg var fyrst og fremst til andsvara fyrir kærunefndinni og er samkvæmt úrskurðarorði sá sem á eru felld viðurlög umfram þau sem stefnandi mátti sæta. Stefnda er þannig gert að sæta því, auk óvirkni samningsins, að bjóða viðskiptin út að nýju, greiða sekt og þola viðurkenningu skaðabótaskyldu gagnvart stefnda Ísorku ehf. og greiða stefnda Ísorku ehf. málskostnað. Stefnandi hefur kosið að höfða ekki mál til ógildingar úrskurðinum né höfða meðalgöngusök í máli þessu, sbr. 20. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála heldur lætur við það sitja að taka undir dómkröfu stefnanda, að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020, sem kveðinn var upp 11. júní 2021 verði ógiltur. Stefnandi hefur ekki uppi málskostnaðarkröfu á hendur stefnanda. Í þessu ljósi virðist áhorfsmál hvort 98. gr. laga um meðferð einkamála eigi við um réttarstöðu þessa stefnda eða hvort jafna megi henni til þeirrar aðstöðu sem 2. mgr. 21. gr. laganna kveður á um. Kröfugerð stefnda, sem var upphaflega orðuð á annan hátt að hluta til, kom fram í greinargerð hans. Í greinargerðinni eru málsatvikum og málsástæðum þessa stefnda fyrir því að taka beri kröfu stefnanda til greina gerð ítarleg

skil. Þar sem stefndi hefur ekki höfðað mál sjálfur horfa þessar málsástæður þannig við að að þær kunni að vera sambærilegum málsástæðum stefnanda til fyllingar. Að því marki sem sambærilegra málsástæðna nýtur ekki við í málatilbúnaði stefnanda verða slíkar málsástæður stefnda Reykjavíkurborgar ekki lagðar til grundvallar dómsniðurstöðu. Engar heimildir að réttarfarslögum standa til þess að aðili sem stefnt er fyrir dóm geti lagt stefnanda slíkt lið gagnvart meðstefnda. Eðli máls samkvæmt hefur meðstefnda ekki gefist neitt færi á að bregðast við slíkum málatilbúnaði í eigin greinargerð sem lögð er fram samtímis greinargerð stefnda Reykjavíkurborgar. Önnur niðurstaða myndi raska stjórnarskrárvörðu jafnræði málsaðila fyrir dómi sem liggur lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála til grundvallar, samanber einnig 65. gr. og 70. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands.

Stefndi Ísorka ehf. á aðild að máli þessu sem sá aðili sem hélt uppi þeim kröfum sem kærunefnd útboðsmála féllst á, en tekið er fram í 2. mgr. 112. gr. laga um opinber innkaup að ekki skuli höfða mál á hendur kærunefndinni.

Með fyrirbyggjandi úrskurði var samningur stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar um uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík lýstur óvirkur frá uppkvaðningu úrskurðarins 11. júní 2021. Þá var lagt fyrir stefnda Reykjavíkurborg að bjóða uppsetningu og rekstur hleðslustöðva fyrir rafbíla í Reykjavík út að nýju. Stefnda Reykjavíkurborg var gerð stjórnvaldssekt og viðurkennd skaðabótaskylda stefnda gagnvart stefnda Ísorku ehf. vegna kostnaðar hans af því að undirbúa og taka þátt í því útboði sem lá samningi stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar til grundvallar. Stefnda Reykjavíkurborg var gert að greiða meðstefnda málskostnað. Kröfu meðstefnda um ógildi fyrrgreinds samnings stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar var á hinn bóginn hafnað.

Fyrir liggur að stefndi Ísorka ehf. kærði útboð stefnda Reykjavíkurborgar 8. október 2020 í kjölfar þess að honum barst tilkynning stefnda Reykjavíkurborgar 2. október 2020 um að gengið hefði verið til samninga við stefnanda á grundvelli þeirrar niðurstöðu útboðsins að tilboð hans hefði verið hagstæðast. Í kæru sinni hafði stefndi Ísorka ehf. uppi tvær kröfur, að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda Reykjavíkurborgar um að ganga að tilboði stefnanda og tilboðið verði ógilt og að viðurkennd yrði skaðabótaskylda stefnda Reykjavíkurborgar. Málsástæðurnar sem þessar kröfur studdust við voru meðal annars þær að tilboð stefnanda fullnægði ekki tæknilegum kröfum samkvæmt

útboðslýsingu og stefnanda sjálfan skorti hæfi til að taka þátt í útboðinu vegna yfirstandandi rannsóknar Samkeppnisstofnunar á viðskiptaháttum hans.

Með bréfi dagsettu 8. febrúar 2021 jók stefndi Ísorka ehf. við kröfugerð sína og krafðist þess til viðbótar við fyrri kröfur að kærunefndin myndi lýsa samning stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar óvirkan, með eða án annarra viðurlaga, eins og komist var að orði, og þess krafist að fyrir stefnda Reykjavíkurborg yrði lagt að bjóða út að nýju innkaup á hleðslustöðvum. Þá var einnig gerð málskostnaðarkrafa.

Meginhlutverk kærunefndar útboðsmála er skilgreint í 2. mgr. 103. gr. laga nr. 120/2016 sem það að leysa með skjóttum og óhlutdrægum hætti úr kærnum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim. Þar á meðal um almenn innkaup opinberra aðila, innkaup á sviði varnar- og öryggismála, innkaup opinberra aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu og gerð sérleyfissamninga.

Í samræmi við þetta skilgreinda meginhlutverk kærunefndarinnar eru frestir til að kæra ætluð brot að meginstefnu til mjög stuttir, eins og kveðið er á um í 1. mgr. 106. grein laga um opinber innkaup. Þannig er almennur kærufrestur 20 dagar frá því að kærandi varð grandsamur eða mátti vera grandsamur um hina kærðu athöfn eða athafnaleysi, nema hvað heimilt er að hafa uppi kröfu um óvirkni innan 30 daga. Kærufrestur verði í það minnsta ekki lengri en sex mánuðir, eins og nánar verður vikið að hér síðar.

Með hliðsjón af þessum lagafyrirmælum hefur kærunefnd útboðsmála sett sér starfsreglur sem lög kveða á um að henni beri að setja í samræmi við 113. gr. laga um meðferð útboðsmála. Í þeim reglum er meðal annars kveðið á um hvernig málsmeðferð fyrir nefndinni skuli háttáð en þar segir að ef kæra telst tæk til efnismeðferðar þá gefi nefndin varnaraðila kost á að tjá sig um efni kærunnar og gefi til þess frest sem að jafnaði skuli ekki vera lengri en tíu dagar frá dagsetningu bréfs nefndarinnar. Síðan sé kæranda jafnan gefinn stuttur frestur til að tjá sig um greinargerð varnaraðila og annarra sem gefinn hefur verið kostur á að færa fram skriflegar athugasemdir og sé sá frestur að jafnaði ekki heldur lengri en tíu dagar frá dagsetningu bréfs nefndarinnar. Í kjölfarið tekur nefndin mál, að framkomnum lokaathugasemdum kæranda, til úrskurðar nema ákveðið sé að fram fari munnlegur málflutningur eða frekari gagnaöflun að frumkvæði nefndarinnar. Þá er kveðið á um lögbundna skyldu kærunefndarinnar til að kveða upp úrskurð um kæru eins fljótt og auðið er, sbr. 7. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup.

Úrskurð á að kveða upp eigi síðar en einum mánuði eftir að nefndinni hafa borist athugasemdir kæranda og er vísað í þeim efnum til 3. mgr. lagagreinarinnar. Raunar á tilvísun í 7. mgr. við um efnisreglu sem getur að líta í 2. mgr. 108. gr. Í þessu sambandi verður að horfa til þess að 108. gr. er að stofni til samhljóða 95. gr. eldri laga nr. 84/2007 um opinber innkaup sem lög nr. 120/2016 leystu af hólmi. Eldri lögnum hafði verið breytt með lögum nr. 58/2013 en með 13. gr. þeirra laga var 2. mgr. 95. gr. laga nr. 84/2007 felld út án þess að tilvísun sem nú er í 7. mgr. 108. gr. væri uppfærð, sem hefði falið í sér að í stað þess að vísa til 3. mgr. hefði verið vísað til 2. mgr. Er núgildandi lög nr. 120/2016 voru sett hefur þess ranga tilvitnun farið ólagfærð inn í lög.

Af því hve skammir frestirnir eru samkvæmt lögnum og starfsreglum kæruneftdarinnar sýnist mega álykta að úrskurður nefndarinnar eigi að jafnaði að liggja fyrir vel innan þriggja mánaða frá því að hin kærða ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi hafi átt sér stað eða kæranda orðið um það kunnugt. Í því máli sem hér er til úrlausnar liðu ríflega átta mánuðir.

Fjallað er um hverjir hafi rétt til að skjóta málum til kæruneftdarinnar í 105. gr. laganna. Að meginstefnu til eru það þeir sem hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn máls sem hafa málskotsrétt til kæruneftdarinnar en einnig hagsmunafélög og samtök fyrirtækja sem hafa þann tilgang að gæta þessara hagsmuna. Sérstaklega er þó tekið fram í 2. mgr. 105. gr. að lögvarðir hagsmunir séu ekki skilyrði kæru ef um ætlað brot er að ræða á því að nota lögákveðið innkaupaferli eða auglýsa innkaup.

Í 106. gr. laga um opinber innkaup, sem samkvæmt fyrirsögn fjallar um kærufresti, er fjallað um þá fresti í 1. mgr. greinarinnar en í 2. mgr. er kveðið á um það hvert inntak kæru á að vera. Þar er kveðið á um hvað skylt er að komi fram í kæru. Þar ber að gera grein fyrir málsaðilum, kæranda og kærða og þeirri ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem er kærð og þar skulu koma fram kröfur kæranda ásamt stuttri lýsingu málsatvika og málsástæðna og rökstuðningur. Kröfugerðin á að lúta að lögbundnum úrræðum nefndarinnar samkvæmt lögnum.

Af þessum lagaákvæðum verður dregin sú eindregna ályktun að það sé alfarið í valdi kæranda að leggja grunn að kæru sinni. Yfir hverju hann kvartar og hvers hann krefst.

Lögin um opinber innkaup og reglugerðir sem settar eru á grundvelli þeirra, svo sem reglugerð nr. 950/2017 um sérleyfissamninga um verk eða þjónustu yfir viðmiðunarfrjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins, eiga sér sterka skírskotun til reglna sem gilda á Evrópska efnahagssvæðinu sem Ísland er skuldbundið til að hafa í heiðri í

krafti laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Tilvist þeirra reglna sem gilda á Evrópska efnahagssvæðinu, sem Ísland er hluti af, breytir því á hinn bóginn ekki að grundvöllur málsmeðferðar fyrir kærunefnd útboðsmála er kæra sem lögð er fram af hálfu kæranda og sú kröfugerð sem kærandinn hefur uppi.

Ekki verður séð að kærunefndin hafi heimildir að lögum til að leggja mál í allt annan farveg en kærandinn hefur búið mál sitt til nefndarinnar í. Þannig verður ekki séð að sú könnun sem kærunefndin efndi til í kjölfar kæru stefnda Ísorku ehf. eigi sér stoð í lögum um opinber innkaup, en hún var gerð án tilefnis frá kæranda eða í tengslum við kröfugerð hans. Könnunin laut að því í fyrsta lagi hvort um hefði verið að ræða útboð á sérleyfi og í annan stað, ef um slíkt væri að ræða, hvort það hefði verið útboðsskylt á Evrópska efnahagssvæðinu, eða í það minnsta að skylt hefði verið að tilkynna um það í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins.

Í þessu samhengi verður að mati dómsins að horfa til þess eðlis kærunefndarinnar að með því að setja hana á stofn hafi löggjafinn stefnt að því að búinn yrði til farvegur til að unnt væri að leysa skjótt úr álitaefnum er lytu að framkvæmd útboða. Það er enda almennt brýnt fyrir alla aðila, bæði viðkomandi málsaðila sem og almannahag, að til staðar sé sérhæfður úrskurðaraðili sem býr að sérhæfingu á grundvelli löggjafar sem meðal annars kveður á um skjótvirka málsmeðferð.

Kærunefnd útboðsmála er ekki í hlutverki æðra úrskurðarvalds sem leysir úr réttarágreiningu sem orðið hefur vegna ákvarðana eða úrskurða lægra settra stjórnvalda. Miklu fremur er kærunefndin úrskurðaraðili sem leysir úr málum á sérhæfðu afmörkuðu réttarsviði en fjallar ekki um álitamál innan opinberrar stjórnslu. Nefndinni er svo að auki markaður annar grunnur en stjórnslunni almennt með sérhæfðum ákvæðum um málsmeðferð sem sérsniðin eru að þessu réttarsviði. Af þessum sökum reynir ekki með sama hætti á almennar málsmeðferðarreglur stjórnsluréttarins, eins og til dæmis rannsóknarregluna, sem fræðimenn á sviði stjórnsluréttar hafa nefnt hryggjarstykkið í svonefndum öryggisreglum sem hafa það hlutverk að tryggja að ákvarðanir stjórnvalda séu bæði réttar og löglegar. Vegna framangreindra ákvæða laga um opinber innkaup, einkum 106. og 108. gr. laganna um forræði málsaðila á því að kæra mál og á hvaða grunni það er gert og til hvaða úrræða málsaðili geti krafist að kærunefndin grípi, má segja að málsmeðferð fyrir nefndinni svipi í raun meira til málsmeðferðar í einkamálum fyrir dómstólum en endranær í málsmeðferð í stjórnslumálum, að breyttu breytanda. Má segja að hér sé öndvert upp á teningnum við það sem á við í hefðbundinni

stjórnsýslumeðferð mála þar sem málsmeðferðarreglur stjórnsýsluréttarins gilda fullum fetum og eru það sem skilur á milli málsmeðferðar stjórnvalda og málsmeðferðar í almennum einkamálum fyrir dómstólum. Sökum þessa skilsmunar marka dómar eins og til dæmis dómur Hæstaréttar í máli nr. 458/2002 frá 14. nóvember 2002, sem vitnað hefur verið til í málinu, ekki fordæmi við úrlausn máls þessa.

Að þessu sögðu áréttast að því er sérstaklega slegið föstu í 7. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup að um meðferð kærumála fyrir nefndinni fari að öðru leyti eftir stjórnsýslulögum. Þannig ber að beita málsmeðferðarreglum stjórnsýsluréttar til dæmis rannsóknarreglunni, jafnræðisreglunni og meðalhófsreglunni, en þó að gættum fyrrnefndum ákvæðum laga um opinber innkaup sem gilda sem sérlög gagnvart stjórnsýslulögunum, eins og áréttað er í 7. mgr. 8. gr. Kæra og kröfugerð stefnda Ísorku ehf., sem kæranda, markar þannig umgjörð þessa máls sem til úrlausnar er.

Því skal haldið til haga í þessu sambandi að afmörkun á aðild að málum fyrir kærunefnd útboðsmála er mjög rúm þegar horft er til orðalags 105. gr. laga um opinber innkaup. Sérstaklega á það við þegar uppi er grunur um brot gegn lögunum um hagnýtingu á lögákveðnu innkaupaferli eða auglýsingu um innkaup, en hver sem er getur skotið slíku máli til nefndarinnar til úrlausnar. Þannig felur 2. mgr. 105. gr. í raun í sér kæruaðild almennings án tillits til hagsmuna af úrlausn málsins - actio popularis. Í þessu ljósi virðist svigrúmi nefndarinnar til þess að láta álitaefni til sín taka að eigin frumkvæði vera enn þrengri stakkur skorin en ella. Slík álitaefni verða ekki tekin til úrlausnar nema fyrir liggi kæra þar að lútandi, í það minnsta frá almenningi, ef uppi er grunur um lögbrot af fyrrnefndu tagi. Hlutverk nefndarinnar verður ekki túlkað rúmt í þessum efnunum, þar á meðal möguleikar nefndarinnar til þess að leggja mál í allt annan farveg en þann sem kærandi hefur lagt grunn að í kæru sinni.

Sé vikið nánar að sakarefni máls þessa þá liggur fyrir að kærunefndin féllst á allar kröfur stefnda Ísorku ehf. að einni undanskilinni. Önnur þeirra tveggja krafna sem hafðar voru uppi í öndverðu í kæru, 8. október 2020, var ekki samþykkt en á aðrar fallist, þar á meðal þá viðurhlutamiklu kröfu að kveða á um óvirkni samnings stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar og sekta stefnda Reykjavíkurborg, en þær kröfur voru fyrst settar fram 8. febrúar 2021, eins og áður gat. Grundvöllur þeirrar niðurstöðu nefndarinnar var sá að stefndi Reykjavíkurborg hefði látið undir höfuð leggjast að skilgreina samninginn sem sérleyfissamning og annaðhvort auglýsa útboð þess samnings á Evrópska efnahagssvæðinu eða, ef því væri sleppt, að tilkynna á Evrópska efnahagssvæðinu að

samið hefði verið án útboðs og færa þá málefnaleg rök fyrir því af hverju það hefði ekki verið gert. Kjarni niðurstöðunnar fólst þannig í því að stefndi Reykjavíkurborg hefði brotið svo gegn reglum er lúta að málsmeðferð á Evrópska efnahagssvæðinu að um saknæmt lögbrot væri að ræða.

Stefndi Ísorka ehf., kærandi málsins til kærunefndar útboðsmála, er íslenskt einkahlutafélag sem hefur með höndum starfsemi á Íslandi, meðal annars rekstur rafhleðslustöðva fyrir rafknúna bifreiðar.

Í útboðsauglýsingu vegna hins umþrætta útboðs var sérstaklega tekið fram með áberandi hætti í 1. kafla útboðslýsingarinnar að ekki væri um EES-útboð að ræða. Auglýsing vegna útboðsins birtist 3. júlí 2020 og gögn handa lysthafendum voru afhent 7. júlí sama ár. Þannig liggur hlutrænt fyrir að stefnda Ísorku ehf. var kunnugt eða mátti vera kunnugt um það í síðasta lagi 7. júlí 2020 að ekki væri um EES-útboð að ræða. Það atriði reyndist svo vera það sem leiddi til niðurstöðu úrskurðar kærunefndarinnar um óvirkni sammings og álagningu sektar á stefnda Reykjavíkurborg tæpu ári síðar, eins og áður gat, og þá í krafti kröfugerðar stefnda Ísorku ehf. sem sett var fram sjö mánuðum eftir að stefnda Ísorku ehf. mátti vera það atferli stefnda Reykjavíkurborgar ljóst sem leiddi til niðurstöðu kærunefndarinnar.

Hefði stefndi Ísorka ehf. talið það brjóta gegn réttindum sínum að útboðið hefði ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu virðist ótvírætt að stefnda hefði borið að koma kæru á framfæri við kærunefnd útboðsmála innan þess 20 daga frests sem skilgreindur er í 1. málslíð 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Það hefði verið í samræmi við þá framkvæmd sem kærunefndin hefur byggt á þegar metið er að skilmálar útboðs gefi tilefni til athugasemda, eins og lagt var til dæmis til grundvallar í úrskurði kærunefndarinnar nr. 24/2021 frá 24. september 2021. Í þeim úrskurði var tekið fram að teldi bjóðandi tiltekinn skilmála útboðsgagna ólögmetan yrði hann að beina kæru til nefndarinnar innan kærufrests og gæti ekki borið því við eftir opnun tilboða að víkja bæri skilmálunum til hliðar síðar. Í þeim úrskurði er vísað til eldri úrskurða sama efnis. Í ljósi þessarar túlkunar virðist það orka mjög tvímælis að stefndi Ísorka ehf. hafi getað kært þetta grundvallaratriði 8. febrúar 2021, sem þá var búið að liggja fyrir frá öndverðu, að útboðið hefði ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu. Fyrir liggur að stefndi Ísorka ehf. gerði enga slíka kröfu upphaflega og því verður ekki séð við hvaða réttarheimild það hafi stuðst að leggja málið í þennan farveg af hans hálfu 8. febrúar 2021, eins og áður gat. Fyrir dómi var innt eftir því á hvern hátt þessi framgangna stefnda

Reykjavíkurborgar hefði raskað hagsmunum stefnda Ísorku ehf. Ekki voru færðar fram skýringar þar að lútandi.

Það virðist ekki vera tæk túlkun á 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup að unnt sé að geyma í handraðanum kæruefni sem fyrir lá 7. júlí 2020 til 8. febrúar 2021, í rúma sjö mánuði.

Jafnvel þótt litið yrði fram hjá grandsemi stefnda Ísorku ehf. um þann skilmála útboðsins að ekki væri um útboð á Evrópska efnahagssvæðinu að ræða koma til skoðunar málsatvik eftir að stefndi kærði þá niðurstöðu útboðsins 2. október 2020, að stefndi Reykjavíkurborg hefði ákveðið að semja við stefnanda og hefði hrundið því í framkvæmd.

Í þessu samhengi er fyrst að líta til ákvörðunar kæruneftdarinnar sem tekin var með formlegum hætti 22. október 2020. Efnislega fól sú ákvörðun í sér að synjað var að stöðva samningsgerð milli stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar. Grundvöllur þeirrar ákvörðunar var upplýsingar sem stefndi Reykjavíkurborg hafði látið í té um að samningurinn næði ekki 15.500.000 króna lágmarksverði innkaupa samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup þannig að útboðsskyldu væri ekki til að dreifa. Ágreiningur aðila kærumálsins, sem eru þeir sömu og eiga aðild að þessu dómsmáli, félli því ekki undir úrskurðarvald kæruneftdar útboðsmála og skírskotaði nefndin í því sambandi til 2. mgr. 103. gr. laganna. Að fenginni þessari niðurstöðu, að málið eins og kærandi, stefndi Ísorka ehf., hefði lagt það fyrir kærueftdina ætti ekki undir nefndina virðist að einboðið hefði verið fyrir nefndina að vísa málinu frá þegar af þeirri ástæðu. Það gerði nefndin á hinn bóginn ekki, heldur hóf eigin könnun á því hvort um sérleyfissamning væri að ræða sem væri yfir viðmiðunarfjárhæð samkvæmt reglugerð nr. 950/2017.

Ekki verður séð að lagagrundvöllur hafi verið fyrir þeirri könnun nefndarinnar. Í þessum efnum gildir hið fornkveðna, að stjórnslan er lögbundin og ákvarðanir aðila sem fara með stjórnsluvald verða að styðjast við lög. Lögmætisreglan hefur verið orðuð svo að það einkenni réttarríki fyrst og fremst að handhafar ríkisvalds, jafnt æðri sem lægri, séu bundnir af lögum. Kæruneftnd útboðsmála fellur undir lögmætisregluna, eins og áður er rakið hvað þetta varðar, samanber 2. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup.

Væri litið fram hjá framangreindu álitaefni um lögmæti þessarar könnunar kæruneftdarinnar, sem var óháð málalíbúnaði stefnda Ísorku ehf., kemur til skoðunar

hvort stefndi Ísorka ehf. átti þess kost að lögum að auka við kröfugerð sína og hvaða frest stefndi hafði til þess.

Á því er byggt af hálfu stefnda Ísorku ehf. að fyrirtækið hafi ekki verið upplýst í öndverðu um könnun kærunefndarinnar sem efnt hafi verið til gagnvart stefnda Reykjavíkurborg 22. október 2020. Stefndi hafi fyrst fengið veður af þessu álitaefni er félagið hafi fengið afrit af svarbréfi stefnda Reykjavíkurborgar, sem dagsett er 6. nóvember 2020.

Fyrir liggur að stefndi Ísorka ehf. brást við efni þess bréfs með ítarlegum athugasemdum sem dagsettar eru 20. nóvember 2020. Í athugasemdum stefnda Ísorku ehf. var meðal annars tekið undir vangaveltur kærunefndarinnar um sérleyfissamninga og tekið til andsvara við andmælum stefnda Reykjavíkurborgar er lutu að þeim. Meðal annars var því slegið fram af hálfu Ísorku ehf. að reikna mætti „*virði samningsins vel yfir viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017, með síðari breytingum*“, eins og það var orðað. Kröfur stefnda Ísorku ehf. er lutu að viðurlögum við því að sérleyfissamningur hefði ekki verið boðinn út komu þó ekki fram fyrr en 8. febrúar 2021, sjötíu og níu dögum síðar. Svo síðbúna kröfugerð hefur stefndi rökstutt á tvennan hátt.

Annars vegar rökstyður stefndi Ísorka ehf. síðbúna kæru þannig að það hafi fyrst verið eftir að stefnda hefðu borist andsvör stefnda Reykjavíkurborgar sem dagsett eru 27. janúar 2021, við fyrirnefndum athugasemdum stefnda frá 20. nóvember 2020, sem stefndi Ísorka ehf. hafi haft forsendur til að setja fram kröfu um óvirkni samnings, með eða án viðurlaga. Þannig ætti að miða við að þrjátíu daga kærufrestur 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup til að bera undir nefndina kröfu um óvirkni samnings hefði byrjað að líða 27. janúar. Þá fyrst hafi stefndi Ísorka ehf. orðið grandsamur um brot stefnda Reykjavíkurborgar í skilningi 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Þann dag hafi stefndi Ísorka, sem kærandi, fyrst vitað um eða mátt vita um þá athöfn eða athafnaleysi sem hann taldi brjóta gegn réttindum sínum, og hafi falist í því að stefndi Reykjavíkurborg hafi brotið gegn skyldu til að auglýsa sérleyfi á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem áætlað verðmæti sérleyfisins hefði verið umfram viðmiðunarfjárhæðina, 697.439.000 krónur, samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017.

Á þetta sjónarmið stefnda verður ekki fallist. Ótvírætt er miðað við athugasemdir stefnda frá 20. nóvember 2020 að stefnda var á þeim tímapunkti orðið kunnugt um könnun kærunefndarinnar og að hverju hún laut. Kærandinn, stefndi Ísorka ehf., tók enda undir sjónarmið sem reifuð höfðu verið af hálfu kærunefndarinnar og færði fram

röksemdir gegn málatilbúnaði stefnda Reykjavíkurborgar. Í þessum efnum verður einnig að horfa til þess að stefndi Ísorka ehf. er sérhæft fyrirtæki í rekstri hleðslustöðva sem hefur örugglega unnið sitt eigið mat á væntanlegri veltu og arðsemi af rekstri þeirra rafhleðslustöðva sem útboðið laut að. Í raun má því ætla að fyrirtækið hafi verið í aðstöðu til að gera strax í öndverðu athugasemd við útboðslýsingu og koma á framfæri viðeigandi kröfugerð. Í það minnsta var það hægt þegar tilkynnt var um bindandi samning milli stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar 2. október 2020, og í allra síðasta lagi 20. nóvember 2020, en fullyrðingum af hálfu stefnanda í málflutningi er lútu að þekkingu stefnda Ísorku ehf. í þessum efnum var ekki andmælt af hálfu stefnda. Liggur þannig ótvírætt fyrir að þrjátíu daga kærufrestur stefnda Ísorku ehf. var liðinn er hinni nýju kröfugerð var komið á framfæri við kærunefnd útboðsmála 8. febrúar 2021, enda fólst í raun í henni slík gjörbreyting kærunnar eins og um nýtt kærúmál væri að ræða.

Hins vegar byggir stefndi Ísorka ehf. síðan á því að sex mánaða frestur frá samningsgerð hafi ekki verið liðinn, sbr. 2. málslið 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup, er félagið setti fram kröfu um óvirkni samningsins milli stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar. Byggir stefndi þá afstöðu á þeim röksemdum kærunefndarinnar að ekki reyni á styttri frest en sex mánuði þar sem horfa verði í þessum efnum til 2. tölulíðar 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup sem hljóðar svo: *Þegar höfð er uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hefur verið án undanfarandi útboðsauglýsingar skal miða upphaf frests við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samningsins í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur ákvörðunar kaupanda um að auglýsa ekki innkaup.* Þar sem þessu ákvæði hefði ekki verið fylgt, enda engin tilkynning verið birt í nefndum Stjórnartíðindum, væri ekki til annars að líta en sex mánaða frests frá samningsgerð sem tilkynnt var um 2. október 2020, sem ekki hefði verið liðinn 8. febrúar 2021. Áréttað var í málflutningi af hálfu stefnda Ísorku ehf. að í niðurstöðu kærunefndarinnar fælist að grandsemi hans skipti ekki máli af þeirri ástæðu að tilkynning hefði ekki verið birt. Niðurstaða nefndarinnar hafi hvað þetta varðar verið studd við tilvísun til úrskurðar kærunefndarinnar í máli nr. 32/2019 sem kveðinn var upp 16. desember 2020.

Af hálfu stefnda Ísorku ehf. var að auki vísað í málflutningi til úrskurðar í máli kærunefndarinnar nr. 1/2020 sem kveðinn var upp 19. maí 2021 þar sem einnig hefði verið vísað til úrskurðar í máli nr. 32/2019, en til viðbótar vísað til dóms Evrópudómstólsins í máli nr. C-166/14. Í þessum tveimur úrskurðum, 1/2020 og í því

máli sem hér er til umfjöllunar, sé orðalag 2. og 3. málsliðar 1. mgr. 106. gr. túlkað með hliðsjón af 2. tölulið 1. mgr. þannig að þrjátíu daga kærufrestur sé háður því hvenær tilkynning um gerð sammings án undanfarandi útboðs sé birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins. Óháð slíkri tilkynningu eigi kærufrestur krafna um óvirkni sammings að vera sex mánuðir frá því að samningur hafi verið gerður. Þar sem tilkynning hafi ekki verið birt gildi sex mánaða kærufrestur sem ekki hafi verið runninn út þegar stefndi Ísorka ehf. setti fram kröfu um óvirkni sammings stefnanda og stefnda.

Þegar horft er til þessara úrskurða kæruneftdarinnar, sem stefndi Ísorka ehf. hefur meðal annars byggt kröfu sína um sýknu á, verður ekki fram hjá því litið að afstaða kæruneftdarinnar virðist hafa þróast hvað þetta atriði varðar frá því að úrskurður nr. 32/2019 var kveðinn upp 16. desember 2019, en í þeim úrskurði var framangreind túlkun sett fram, eins og í nýjstu úrskurðunum tveimur. Sá veigamikli munur er þó á að í úrskurði nr. 32/2019 var eftirfarandi sérstaklega tekið fram: *... enda verður ekki ráðið af gögnum málsins að kærandi hafi haft vitneskju um þá fyrr en skömmu áður en kæra var sett fram.* Niðurstaða þess úrskurðar tók þannig í það minnsta einnig mið af grandleysi kæranda þess máls.

Í því máli sem hér er til úrlausnar liggur grandsemi kæranda, stefnda Ísorku ehf., ótvírætt fyrir, ef ekki frá 7. júlí 2020, þá frá 20. nóvember 2020, eins og áður hefur verið rakið.

Af samanburði þessara þriggja úrskurða, nr. 32/2019 annars vegar og nr. 1/2020 og í því máli sem hér er til úrlausnar hins vegar, virðist mega álykta eins og stefndi Ísorka ehf. byggir á, að niðurstaða nefndarinnar í síðarnefndu tilvikunum tveimur styðjist við tilvitnaðan dóm Evrópudómstólsins nr. C-166/14 sem kveðinn var upp 26. nóvember 2015.

Um er að ræða dóm í máli sem austurrískur stjórnarsýsludómstóll, Verwaltungsgerichtshof, skaut til Evrópudómstólsins með beiðni um ráðgefandi álit.

Í því máli var þeim spurningum beint til dómstólsins hvort austurrískar lagareglur stæðust reglur Evrópuréttar sem skilyrtu að til þess að setja fram bótakröfu vegna útboðs þyrfti að vera búið að leysa úr því að ranglega hefði verið staðið að útboðinu eða auglýsingu þess og að frestur til að krefjast úrskurðar um slíkt ólögmati útboðs væri sex mánuðir og hæfist frá sammingsdegi óháð því hvort sá sem vildi skjóta málinu til úrlausnar hefði verið kunnugt um sammingsgerðina er hún fór fram.

Evrópudómstóllinn skilgreindi að umfjöllunarefnið lyti að tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 89/665/EBE sem breytt hefði verið með tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2007/66/EB sem og með fyrirvara um að það félli undir tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/18. Í umfjöllun Evrópudómstólsins var hvergi vikið að sambærilegu ákvæði um þrjátíu daga kærufrest og kveðið er á um í 2. málslíð 1. mgr. 106. gr. Af því má álykta að slíku ákvæði hafi ekki verið til að dreifa í austurrísku lögnum enda viðfangsefnið ólíkt.

Í dóminum var fjallað um hvernig austurrísk löggjöf samrýmdist tilvitnuðum tilskipunum sem og meginreglum Evrópuréttar um skilvirkni. Hvort tengja mætti frest til að hafa uppi skaðabótakröfu við það að fyrst þyrfti að liggja fyrir úrlausn um að reglur hefðu verið brotnar og slíkt mál yrði að höfða innan sex mánaða hámarksfrests frá sammingsdegi. Austurríska löggjöfin var ekki talin stríða gegn tilvitnuðum tilskipunum. Á hinn bóginn var komist að þeirri niðurstöðu að þær austurrísku reglur sem saman mæltu annars vegar fyrir um sex mánaða frest frá sammingsdegi, óháð vitneskju um samning, til að krefjast úrskurðar um ólögmati og hins vegar reglur sem mæltu fyrir um að niðurstaða um ólögmati væri skilyrði fyrir bótakröfu væru allt að einu í ósamræmi við meginreglur Evrópuréttar um skilvirkni þar sem með austurrísku lögnum gæti raunin orðið sú að ómögulegt væri að hafa uppi skaðabótakröfu vegna útboða.

Ef málatilbúnaður stefnda Ísorku ehf. um þýðingu dómsins fyrir úrlausn kærunefndarinnar á við rök að styðjast virðist sem kærunefndin hafi veitt dóminum of víðtækt inntak í því máli sem hér er til úrlausnar. Umfjöllunarefni þessa dóms sýnist allt annars eðlis og ekki reyndi á sambærilegt ákvæði um frest sem byggði á grandsemi, eins og 1. og 2. málslíður 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup fjalla um.

Þótt dómurinn sé ekki nefndur í úrskurðinum í því máli sem hér er til úrlausnar sýnist ályktun stefnda Ísorku ehf., sem reifuð var í málflutningi, eiga við rök að styðjast að til dómsins hafi verið horft við úrlausn málsins. Niðurstaða kærunefndarinnar er enda útfærð hvað þetta varðar með sama hætti í málinu eins og í máli nr. 1/2020 sem úrskurðað var í fáum vikum fyrr þar sem til hans var vitnað. Með þeim úrskurði hvarf nefndin frá því að horfa einnig til grandsemi kæranda, eins og gert hafði verið í úrskurði nr. 32/2019. Ekki verður séð að það eigi við málefnaleg rök að styðjast.

Að mati dómsins verður ekki fram hjá grandsemi stefnda Ísorku ehf. horft við mat á fresti stefnda til að hafa uppi þær kröfur sem hann setti fram 8. febrúar 2021. Í því samhengi skiptir einnig miklu máli að þrjátíu daga frestur 2. málslíðar 1. mgr. 106. gr.

markar meginreglu um frest til að setja fram kröfu um óvirkni í kæru. Af orðalagi 3. málsliðar 1. mgr. 106. gr., er lýtur að sex mánaða frestinum, blasir á hinn bóginn við að þar er settur varnagli um hámarksfrest sem gefist til að kæra mál, sem á ekki síst við í þeim tilvikum þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að kærði hafi brugðist skyldu til auglýsinga þegar um sérleyfi er að ræða, sbr. 2. tölulið 1. mgr. 106. gr. Með þessum sex mánaða fresti er þeim sem ekki gátu vitað af samningsgerð gefið tiltekið þröngt afmarkað svigrúm til að bregðast við. Þetta svigrúm gildir hins vegar ekki sem skjól fyrir þá sem bjuggu að vitneskjunni, eins og stefndi Ísorka ehf., til að koma fram með síðbúnar kröfur.

Þá verður einnig horft til þess að fyrir liggur að stefndi Ísorka ehf. var ósáttur við niðurstöðu útboðsins og setti fram kæru af því tilefni 8. október 2020. Hann hafði þannig öll tók á að greina réttarstöðu aðila af því gefna tilefni, ef ekki fyrir vegna þátttöku sinnar í útboðsferlinu. Alveg sérstaklega á þetta við um kröfu stefnda um málskostnað sem engin rök stóðu til að setja ekki fram strax í upphaflegri kæru.

Af framansögðu leiðir að kröfur stefnda, Ísorku ehf., sem settar voru fram 8. febrúar 2021, voru of seint fram komnar og bar kærunefnd útboðsmála að vísa þeim frá af þeirri ástæðu.

Meginumfjöllunarefni í þeirri málsmeðferð sem kærunefndin efndi til eftir 22. október 2020, þegar tekin hafði verið ákvörðun um að stöðva ekki samningsgerð stefnanda og stefnda Reykjavíkurborgar, laut að því hvort hið auglýsta útboð teldist útboð á sérleyfissamningi í skilningi 23. töluliðar 2. gr. laga um opinber innkaup. Þar er hugtakið sérleyfissamningur skilgreint svo: *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*. Kærunefndin tók snemma í ferlinu þá afstöðu að um sérleyfi væri að ræða gegn andmælum stefnda Reykjavíkurborgar.

Til þess að kærunefnd útboðsmála láti kæru um brot á framangreindu til sín taka og útboð sé útboðsskylt á Evrópska efnahagssvæðinu verður útboðið í fyrsta lagi að falla undir sérleyfi samkvæmt 5. tölulið 5. gr. reglugerðar nr. 950/2017 en þar er fjallað um það skilyrði sérleyfissamninga um verk eða þjónustu að þeir skuli fela í sér yfirfærslu til sérleyfishafans á rekstraráhættu við að hagnýta þessi verk eða þjónustu. Í öðru lagi takmarkast gildissvið reglugerðarinnar og þar með útboðsskyldan og endurskoðunarvald kærunefndarinnar við það að áætlað verðmæti samnings, án virðisaukaskatts, skuli að lágmarki vera 697.439.000 krónur, eins og áður gat.

Við mat á því hvort um sérleyfissamning hafi verið að ræða kunna ályktanir kærunefndarinnar að orka tvímælis þegar til þess er litið að það er ekki meðal verkefna stefnda Reykjavíkurborgar að reka rafhleðslustöðvar fyrir bifreiðar. Það að stefndi Reykjavíkurborg hafi ákveðið að bjóða út til lysthafenda aðstöðu til að bjóða upp á slíka þjónustu og hafi verið tilbúinn að borga allt að 13 milljónir króna þeim aðila sem hnossið hrepti, leiðir tæplega til þess að þjónustusamningur þessi verði að sérleyfissamningi, enda fellur hann til dæmis ekki undir þá starfsemi sem talin er upp í viðaukum með reglugerð nr. 950/2017. Stefndi er að auki ekki að færa fjárhagslega áhættu frá sjálfum sér yfir til þess sem best býður í útboði þar sem um þjónustu er að ræða sem stefnda Reykjavíkurborg er hvorki rétt né skylt sem sveitarfélagi að sinna.

Óháð því hvort slíkir valkvæðir þjónustusamningar kunni að falla undir það að vera sérleyfissamningar í skilningi reglugerðar nr. 950/2017 verður að taka til skoðunar hvort títtnefndri lágmarksfjárhæð samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar um áætlað verðmæti, að undanskildum virðisaukaskatti, hafi verið náð.

Stefnandi hefur byggt á því að í þeim efnum beri að horfa til þess að með 46. gr. reglugerðarinnar hafi tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 23/2014/ESB verið innleidd eins og hún hefði verið tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið í samræmi við ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 97/2016 frá 29. apríl 2016. Vísað er til 23. töluliðar í aðfaraorðum tilskipunarinnar sem hefur verið birt í íslenskri þýðingu á vef stjórnarráðsins. Í þessum tölulið segir að sérleyfissamningar verði að ná að verðmæti tiltekinni viðmiðunarfjárhæð og setja verði fram aðferð til að reikna út áætlað verðmæti sérleyfis. Þar segir síðan orðrétt: *Útreikningarnir ættu að vísa til heildarveltu sérleyfishafans með tilliti til þeirra verka og þjónustu sem sérleyfið snýst um, samkvæmt mati samningsyfirvaldsins eða samningsstofnunarinnar, án virðisaukaskatts, á gildistíma samningsins.*

Vegna könnunar kærunefndarinnar sendi stefndi Reykjavíkurborg nefndinni útreikninga ráðgjafa stefnda sem unnið hafði að undirbúningi útboðsins með stefnda í öndverðu. Þar kom fram að áætluð velta næmi 548.002.994 krónum en í kjölfar gagnrýni stefnda Ísorku ehf. áréttaði stefndi Reykjavíkurborg, í athugasemdum 27. janúar 2021, að við þessa áætlun hefði verið miðað en sendi einnig með útreikning sem tók mið af gagnrýni er laut að söluverði kílóvattstundar. Í þeim útreikningi var gert ráð fyrir verði sem var hærra en stefndi hafði miðað við en allt að einu varð niðurstaðan um

heildarfjárhæð veltunnar, 625.661.805 krónur, vel innan við viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017.

Kærunefndin sló því föstu að leggja ætti síðari útreikninginn sem stefndi Reykjavíkurborg hafði afhent 27. janúar 2021 til grundvallar sem raunhæfari útreikning. Í aðfaraorðum að umfjöllun nefndarinnar um þetta var því slegið föstu að stefndi Reykjavíkurborg hefði ekki sinnt því að leggja mat á fyrirhugaðan samning á þeim grunni að um sérleyfissamning væri að ræða, sem nefndin taldi að honum hefði verið skylt að gera. Byggt var á því í framhaldinu að sökum þessa lögbrots stefnda Reykjavíkurborgar, sem nefndin taldi vera, yrði stefndi Reykjavíkurborg að bera hallann af vafa sem kynni að vera fyrir hendi um verðmæti sammingsins.

Ekki verður séð að lög um opinber innkaup feli í sér heimild til að beita þessari sönnunarreglu, sem virðist eiga sér skírskotun í einkamálaréttarfari. Eina tilvikið þar sem vikið er að sönnunarstöðu aðila í lögnum getur að líta í 4. mgr. 108. gr. laganna þar sem segir að ef kröfum kærunefndarinnar um afhendingu gagna og upplýsinga er ekki sinnt af hálfu varnaraðila megi meta tómlæti hans honum í óhag við úrlausn málsins. Engu slíku tómlæti er til að dreifa í málinu og engra sambærilegra lagaheimilda nýtur við í lögnum og til dæmis getur að líta í 2. mgr. 18. gr. laga nr. 150/2020 um jafna stöðu og jafnan rétt kynjanna, þar sem sönnunarbyrði er snúið við að skilyrðum uppfylltum. Eins og áður er rakið gilda reglur stjórnarsýsluréttar þar sem lögum um opinber innkaup sleppir um starfsemi kærunefndar útboðsmála. Í ljósi rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttarins verður ekki séð að nefndinni hafi verið tækt að láta við það sitja að fella sönnunarbyrðina á stefnda án þess að rannsaka til dæmis hvaða gögn um verðlagningu á markaði og nýtingu hleðslustöðva lágu útreikningum stefnda að baki. Þess í stað vó hún og mat og fann léttvægan málalátbúnað stefnda á þessum grundvelli.

Þegar kærunefndin sló því föstu að miða ætti við útreikning þar sem niðurstaðan var að verðmæti sammingsins væri 625.661.805 krónur virðist hún síðan hafa litið fram hjá því að téður útreikningur var ekki lagður fram af hálfu stefnda til annars en að sýna fram á að jafnvel þótt herra viðmið væri notað sem verð fyrir kílóvattsstund en gert hafði verið af hálfu stefnda og þá í samræmi við rök stefnda Ísorku ehf., leiddi það ekki til þess að viðmiðunarfjárhæð reglugerðar nr. 950/2017 væri náð.

Kærunefndin virðist síðan líta fram hjá röksemdum ráðgjafa stefnda Reykjavíkurborgar fyrir verðlagningu í upphaflegu mati á hámarksveltu sammingsins og eins þeim röksemdum er lutu að því að svokallað mínútugjald hefði verið metið of hátt.

Breytingar á þessum tveimur atriðum myndu þannig veða hvora aðra upp. Þessar röksemdir ráðgjafans fylgdu athugasemdum stefnda 27. janúar 2021. Án þess að víkja að þessum röksemdum er staðhæft í niðurstöðu kæruneðndarinnar að val stefnda Reykjavíkurborgar á verði á kílóvattsstund hafi ekki verið skýrt með viðhlítandi hætti né hvaða aðferðafræði hafi verið notuð til að skilgreina almennt verð á markaði. Einnig er fullyrt að stefndi hafi kosið að nota lægsta verð á móti algengu verði þrátt fyrir að fram komi í fyrrgreindri orðsendingu ráðgjafa stefnda að valið verð hafi verið ákveðið sem meðaltal lægsta verðs á markaði og algengs verðs á markaði. Ráðgjafinn taldi að ekki ætti að horfa til hæsta verðs á markaði við mótun meðaltals þar sem talið var að notendur myndu forðast hæsta verð. Í ljósi þess að horft er framhjá þessum skýringum án umfjöllunar sýnist nálgun kæruneðndarinnar orka mjög tvímælis.

Í þessu samhengi verður einnig að víkja að umfjöllun kæruneðndarinnar er laut að öðrum kostnaðartölum í tengslum við samningsgerð vegna útboðsins.

Í kjölfar frekari athugasemda stefnda Ísorku ehf., sem settar voru fram samhliða nýrri kröfugerð 8. febrúar 2021, og frekari andsvara stefnda Reykjavíkurborgar beindi kæruneðndin fyrirspurn til stefnda Reykjavíkurborgar 21. apríl 2021 og innti eftir kostnaði sem tilgreint hefði verið að stefndi ætlaði að efna til sem framlags til að stuðla að framgangi samningsins, svo sem vegna heimtaugatengingar, uppsetningar mæliskápa, útvegunar og frágangs á undirstöðum undir hleðslustöðvar og frágangs bílastæða, kanta og gangstétta og fleira, sem stefndi Reykjavíkurborg taldi nema 84.400.000 króna. Innt var eftir afstöðu stefnda til þess hvort um væri að ræða kostnað sem ætti að falla undir 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017, sem hann andmælti.

Kæruneðndin tilgreindi í niðurstöðu sinni kostnað bjóðanda sem metinn var á 42.000.000 króna og metinn kostnað við að framkvæma samninginn sem metinn var 14.000.000 króna auk 84.400.000 króna og taldi að til þessa ætti að horfa með vísan til 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 sem hluta af verðmæti samningsins. Neðndin hafnaði því að ekki ætti að líta á 84.400.000 krónur sem framlag af hálfu stefnda og hafnaði þeim málalíbúnaði stefnda að um stofnkostnað innviða væri að ræða. Taldi neðndin að ekki ætti að horfa til afskriftahlutfalls í þeim efnun, þrátt fyrir að stefndi hefði vakið athygli á afskriftareglum fastafjármuna samkvæmt reglugerð nr. 1212/2015 um bókhald, fjárhagsáætlanir og ársreikninga sveitarfélaga, sem fælu í sér afskrift fastafjármuna á 25 árum.

Með því að horfa til þessara fjárhæða, án þess þó að leggja þær saman, var því slegið föstu í úrskurði nefndarinnar að „*fjárhæð þess sérleyfissamnings sem varnaraðili [stefndi Reykjavíkurborg] stefndi í reynd að því að gera hafi verið umfram viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017...*“

Fyrir utan það hve mjög það orkar tvímælis að leggja fjárhæðina 625.661.805 krónur til grundvallar sem áætlað verðmæti veltu samkvæmt þeim samningi sem útboð stefnda Reykjavíkurborgar miðaði að, samanber framanritað, verður ekki séð að túlkun kæruneftdarinnar á því sem hún nefnir „fjárhæð sérleyfissamnings“ sé í samræmi við 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 eins og hana ber að túlka með hliðsjón tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 23/2014/ESB sem er gild réttarheimild hérlendis í krafti innleiðingar.

Engum vafa getur verið undirorpið þegar horft er til skilgreiningar í 23. tölulið tilskipunarinnar að útreikningar á verðmæti sérleyfissamninga eiga að vísa til *heildarveltu sérleyfishafans* án virðisaukaskatts á gildistíma samningsins, sem er átta ár í þessu tilviki. Þannig ber einungis að horfa til heildarveltu sérleyfishafans, ekki annarra. Þá eru engar forsendur fyrir því að fjárfesting í innviðum, til dæmis malbiki og stéttum, verði felld undir hugtakið heildarveltu samnings, að því ógleymdu að sérleyfishafinn greiðir þann kostnað ekki. Að mati dómsins verður við túlkun á því hvað fellur undir stafliði 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017 að hafa það grundvallaratriði í huga að umræddar fjárhæðir verða að falla undir hugtakið *heildarveltu* sem útgangspunktur. Frá því lykilatriði sýnist kæruneftndin hafa hvarflað í niðurstöðu sinni.

Þegar horft er til framangreindra atriða, er lúta að mati á áætluðu verðmæti þess samnings sem stefnandi og stefndi Reykjavíkurborg gerðu með sér, er ekki unnt að fallast á niðurstöðu kæruneftndar útboðsmála um að verðmætið hafi náð lágmarksfjárhæð 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017, 697.439.000 krónum. Í því ljósi hefði kæruneftndinni borið að vísa málinu frá.

Kæruneftnd útboðsmála komst að þeirri niðurstöðu að beita óvirkni um samning stefnanda og stefnda með úrskurði sínum 11. júní 2021, átta mánuðum eftir að samningurinn tók gildi og samningsaðilar hófu að efna hann með tilheyrandi kostnaði við kaup og uppsetningu hleðslustöðva. Virðist nokkuð viðurhlutamikið að svo íþyngjandi úrræði sé beitt á grundvelli kröfu sem fyrst kom fram fjórum mánuðum eftir að samningurinn tók gildi. Verður vart séð að málsmeðferð kæruneftndarinnar hafi í þessum efnum verið í samræmi við það hlutverk nefndarinnar að leysa með skjóttum hætti

úr kærnum, sbr. 2. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup, og kveða upp úrskurði í þeim eins fljótt og auðið er, sbr. 6. mgr. 108. gr. laganna. Né virðist málsmeðferðin hafa samrýmst að öllu leyti 6. gr. starfsreglna nefndarinnar sem gerir ráð fyrir að aðilum kærnumáls séu veittir afar stuttir frestir til viðbragða. Þegar til þess er horft að kærandinn, stefndi Ísorka ehf., átti hlut að útboðsmálinu verður ekki séð að rök hafi staðið til þess að óvirkja fyrirbyggjandi samning og leggja fyrir stefnda Reykjavíkurborg að efna til útboðs að nýju án þess að nokkuð lægi í raun fyrir um að brotið hefði verið á rétti kærandans, stefnda Ísorku ehf., sem í engu hefur misst við það að útboðið hafi ekki verið auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu.

Óhjákvæmilegt er að nefna í þessu samhengi þá ákvörðun kæruneftdarinnar að taka til greina málskostnaðarkröfu stefnda Ísorku ehf., sem sett var fyrst fram 8. febrúar 2021. Engin haldbær rök hafa verið færð fram fyrir því seinlæti af hálfu stefnda og í raun er vart hægt að segja að niðurstaða kæruneftdarinnar sé rökstudd hvað það snertir að krafan sé tekin til efnismeðferðar. Að því síðan ógleymdu að stefndi Reykjavíkurborg fékk ekki að taka afstöðu til endanlegrar framsetningar málskostnaðarkröfu stefna Ísorku ehf. sem þó sýnist hafa verið fullt tilefni til þrátt fyrir ákvæði 2. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup. Ekki verður séð að niðurstaða kæruneftdarinnar samrýmst reglum stjórnisýsluréttarins um meðalhóf í þessu tilliti.

Það er niðurstaða dómsins í ljósi alls framanritaðs að ekki verði séð að lagaheimild hafi legið til þeirrar málsmeðferðar sem kæruneftnd útboðsmála efndi til af sjálfsdáðum síðla í október 2020 án tengsla við málalíbúnað stefnda Ísorku ehf. Þá liggur einnig fyrir að hin breytta kröfugerð stefnda Ísorku ehf., sem í raun fól í sér nýtt kæruefni, kom fram eftir að frestur til þess var löngu liðinn, hvort sem hann var tuttugu dagar eða þrjátíu dagar, sbr. 1. og 2. málslíð 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup.

Þá er það einnig niðurstaða dómsins að mikið áhorfsmál sé hvort umræddur samningur um rafhleðslustöðvar fyrir rafknúnar bifreiðar falli að skilgreiningu 23. töluliðar 2. gr. laga um opinber innkaup á sérleyfissamningi.

Óháð því álitaefni liggur fyrir að fjárhæð kostnaðar stefnda Reykjavíkurborgar verður ekki lögð við verðmæti heildarveltu sérleyfishafans, sem er þá stefnandi, að gefinni þeirri forsendu að um sérleyfi sé að ræða. Þegar þessi afmörkun á verðmætinu er höfð til hliðsjónar og 4. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017, túlkuð í samræmi við 23. gr. aðfaraorða tilskipunar 2014/23/EB nær heildarverðmætið ekki margumræddu lágmarki, 697.439.000 krónum.

Að framan hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að málsmeðferð kærunefndar útboðsmála hafi verið verulegum annmörkum háð. Þar á meðal liggur fyrir að kröfur stefnda Ísorku ehf. sem settar voru fram 8. febrúar 2021 komu of seint fram og að samningsfjárhæð samningsins sem boðinn var út nær ekki lágmarksviðmiði 8. gr. reglugerðar nr. 950/2017. Kærunefnd útboðsmála bar að vísa málinu frá nefndinni en hvor þessara ástæða fyrir sig leiðir sjálfstætt til þeirrar niðurstöðu óháð öðrum annmörkum. Í því ljósi og með tilliti til annarra annmarka á málsmeðferðinni verður fallist á kröfu stefnanda um að úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020 verði ógiltur.

Aðrir málsaðilar en stefndi Ísorka ehf. hafa ekki uppi málskostnaðarkröfur og verður málskostnaður því ekki dæmdur enda ekki forsendur til að fallast á kröfu stefnda Ísorku ehf. í ljósi niðurstöðu málsins, sbr. 130 gr. laga um meðferð einkamála.

Björn L. Bergsson héraðsdómari kveður upp þennan dóm.

Dómsorð:

Úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 44/2020, sem kveðinn var upp 11. júní 2021, er ógiltur.

Björn L. Bergsson