

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 19. maí 2021

í máli nr. 17/2020:

Samtök iðnaðarins

gegn

Reykjavíkurborg og

Orku náttúrunnar ohf.

Lykilorð

Kærufrestur. Innanhússamningur. Útboðsskylda. Óvirkni samnings hafnað. Stjórnvaldssekt. Álit á skaðabótaskyldu hafnað.

Útdráttur

Kærandi, S, kærði þjónustusamninga og aðra samninga milli varnaraðila R og O er vörðuðu rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík. S krafðist þess meðal annars að samningarnir yrðu lýstir óvirkir í heild eða að hluta, að lagt yrði fyrir R að bjóða út rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík og að kærunefndin léti uppi álit á skaðabótaskyldu R gagnvart S. Kærunefndin taldi að tengsl R og O féllu ekki undir undantekningarreglu 13. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og hefði R af þeim sökum borið að bjóða út innkaup á viðkomandi þjónustu á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016. R var gerð stjórnvaldssekt vegna viðskipta sinna við O án útboðs, en ekki var fallist á kröfu S um að samningur milli R og O yrði lýstur óvirkur. Lagði kærunefndin fyrir R að bjóða út innkaup á uppsetningu og útskiptingu á LED-lömpum en hafnaði því að leggja fyrir R að bjóða út rekstur og viðhald götulýsingar í Reykjavík þar sem óljóst væri hvað fælist í þeim hluta kröfunnar. Hafnað var kröfu Í um að kærunefndin veitti álit á skaðabótaskyldu R gagnvart S þar sem skilyrði 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 voru ekki uppfyllt.

Með kæru móttækinni hjá kærunefnd útboðsmála 14. maí 2020 kærðu Samtök iðnaðarins þjónustusamning og aðra samninga milli Reykjavíkurborgar (hér eftir vísað til sem varnaraðila) og Orku náttúrunnar ohf. um rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík. Kærandi krefst þess aðallega að samningar milli varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. tengdir rekstri, viðhaldi og LED-væðingu götulýsingar verði lýstir óvirkir í heild eða að hluta og lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða út rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar. Verði ekki fallist á kröfu um óvirkni er þess krafist að lagðar verði stjórnvaldssektir á varnaraðila. Til vara

er þess krafist að kærunefnd útboðsmála leggi fyrir varnaraðila að bjóða út rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar, að viðlögðum dagsektum. Í öllum tilvikum krefst kærandi þess að kærunefndin veiti álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila, auk þess sem krafist er málskostnaðar úr hendi varnaraðila.

Í greinargerð varnaraðila 31. júlí 2020 er þess aðallega krafist að öllum kröfum kæranda verði vísað frá en til vara að þeim verði hafnað. Í báðum tilvikum krefst varnaraðili þess að kæranda verði gert að greiða málskostnað samkvæmt 2. málsl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup.

Kærandi skilaði frekari athugasemdum 4. september 2020.

Orka náttúrunnar ohf. hefur ekki látið sig málið varða fyrir kærunefnd.

I

Hinn 17. desember 2010 gerðu varnaraðili og Orkuveita Reykjavíkur sef. með sér ótímabundinn þjónustusamning um rekstur og viðhald götulýsingar í Reykjavík. Við stofnun Orku náttúrunnar ohf. áramótin 2013/2014 mun félagið, í samræmi við heimild í lögum nr. 136/2013 um Orkuveitu Reykjavíkur, hafa byrjað að sinna þjónustu samkvæmt þjónustusamningnum í stað Orkuveitu Reykjavíkur.

Inntak þjónustunarinnar var nánar skilgreint í 2. gr. samningsins. Samkvæmt greininni skyldi Orkuveita Reykjavíkur sef. sjá um „stýringu götuljósá, (kveiking og rof), reglubundið eftirlit, bilanavakt, viðgerðir á jarðstrengjum, skápum, straurum og lömpum, peruskípti, viðhald götuljósaskrár, málun staura og sérlýsingu“. Um nánari skilgreiningu þjónustunnar, þjónustustig og fleira var fjallað í fylgiskjali 1 með samningnum. Samkvæmt 2. og 3. gr. samningsins var inntak þjónustunnar og þjónustustig háð árlegri endurskoðun, meðal annars með tilliti til fjárhagsáætlunar varnaraðila. Í 5. gr. samningsins var mælt fyrir um að varnaraðili myndi greiða Orkuveitu Reykjavíkur sef. mánaðarlega fyrir þjónustuna og að endanleg fjárhæð greiðslna skyldi ávallt miðast við fjárheimildir samkvæmt fjárhagsáætlun hverju sinni. Í 10. gr. samningsins var tekið fram að samningurinn gildi ótímabundið frá 1. janúar 2011 með eins árs uppsagnarfresti og að endurskoða skyldi samninginn árlega með hliðsjón af fjárhagsáætlun varnaraðila.

Samkvæmt kostnaðaráætlun sem fylgdi með þjónustusamningnum var áætlað að á árinu 2011 myndi kostnaður vegna reksturs og viðhalds götulýsingar í Reykjavík nema 109.229.399 krónum. Kærandi hefur lagt fram gögn af vefsíðu varnaraðila þar sem finna má upplýsingar um kostnað vegna umræddrar þjónustu á árunum 2011-2015. Þar kemur fram að kostnaður

vegna þessa hafi verið 282 milljónir króna árið 2011, 313 milljónir króna árið 2012, 322 milljónir króna árið 2013, 337 milljónir króna árið 2014 og 353 milljónir króna árið 2015.

Tilraunir með svokallaða LED (Light Emitting Diode)-væðingu götulýsingar í Reykjavík munu hafa hafist á árinu 2013 en vinna við undirbúning vegna LED-væðingar götu, stíga- og umhverfislýsingar í Reykjavík hófst 2017. Markmiðið mun vera að skipta út eldri lömpum, sem þurfa kvikasilfursljósgjafa, fyrir nýja LED-lampa í lýsingarmannvirkjum varnaraðila og innleiða nýja tækni. Áætlað er að endurnýjun ljóskerja í Reykjavík verði lokið á árinu 2025. Samkvæmt upplýsingum varnaraðila hefur viðhald kvikasilfursljósgjafa farið fram með svokölluðum peruhópskiptum (kerfisbundinni útskiptingu á perum). Viðhald LED-lampa er með öðru móti, en þá er skipt um lampann í heild sinni og annar lampi settur í hans stað á meðan á viðgerð stendur.

Í svörum umhverfis- og skipulagssviðs varnaraðila 8. nóvember 2019 við fyrirspurn borgarráðsfulltrúa var gerð grein fyrir þegar áföllnum og áætluðum kostnaði vegna LED-væðingar götulýsingar í Reykjavík. Þar kom fram að heildarkostnaður hefði verið 122 milljónir króna á árinu 2017 og 118 milljónir króna á árinu 2018. Vegna árána 2019 og 2020 var í svörum vísað til fjárhagsáætlunar varnaraðila 2019 og frumvarps að fjárhagsáætlunar varnaraðila 2020 og áætlað að heildarkostnaður myndi nema 300 milljónum krónum fyrir hvert ár. Þá var áætlað samkvæmt frumkostnaðaráætlun að kostnaður yrði 2800 milljón krónur á árunum 2021-2025.

Í framangreindum svörum var einnig upplýst að lampar til „endurnýjunar/viðhalds“ væru keyptir á grundvelli rammasamningsútboðs varnaraðila nr. 14156, „Rammasamningur um LED lampa fyrir götu- og stígalýsingu“, sem samþykkt hefði verið í innkauparáði varnaraðila 27. apríl 2018. Jafnframt var tekið fram að framkvæmdir við LED-væðingu götulýsingar væru í höndum Veitna ohf./Orku náttúrunnar ohf. á grundvelli þjónustusamnings varnaraðila og Orkuveitu Reykjavíkur frá desember 2010 sem áður hefur verið vikið að. Varnaraðili hefur lagt fyrir nefndina útboðsskilmála rammasamningsútboðs nr. 14156 og útboðsskilmála eldra útboðs nr. 13635, er tók til kaupa á LED-lömpum vegna endurnýjunar götulýsingar í nokkrum götum í Vesturbæ Reykjavíkur.

Með bréfi 10. september 2019 beindi kærandi erindi til varnaraðila varðandi viðhald og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík. Þar var óskað eftir upplýsingum um grundvöll viðskipta varnaraðila við Orku náttúrunnar ohf. og afriti af samningi þeirra á milli. Jafnframt óskaði kærandi sérstaklega eftir upplýsingum um hvort samkomulag hefði verið gert um framkvæmd LED-væðingar götulýsingar og þá við hvern. Þá óskaði kærandi eftir upplýsingum um hvort varnaraðili hygðist bjóða út framangreinda þjónustu.

Varnaraðili svaraði erindi kæranda með bréfi 23. október 2019 og afhenti afrit þjónustusamningsins en tók fram að fylgiskjöl samningsins yrðu ekki afhent með vísan til 4. tölul. 1. mgr. 10. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012. Í svari varnaraðila var meðal annars rakið að viðskipti varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. um viðhald og rekstur götulýsingar færu fram á grundvelli þjónustusamningsins frá 2010. Tekið var fram að til þess að unnt væri að bjóða út rekstur og viðhald á götuljósakerfinu til almennra rafverktaka þyrfti að aðskilja kerfið frá dreifikerfinu og gera kerfið að neysluveitu. Fram kom að á undanförunum árum hefðu verið unnin verkefni sem stuðluðu að því að almennur rafverktaki gæti boðið í kerfið en mörgu væri ólokið í þeim efnum. Þá tók varnaraðili fram að hann hefði fengið Veitur ohf./Orku náttúrunnar ohf. til að setja upp LED-lampa á grunni þjónustusamningsins. Væru skilyrði 13. gr. laga um opinber innkaup uppfyllt hvað varðaði kaup á vöru og þjónustu frá Orku náttúrunnar ohf.

Með kæru til úrskurðarnefndar upplýsingarmála 22. nóvember 2019 krafðist kærandi þess að fá afhent fylgiskjöl þjónustusamningsins ásamt öðrum gögnum sem teldust hluti af eða vörðuðu samninginn með beinum hætti. Varnaraðili skilaði umsögn í málinu 10. desember 2019 og afhenti fylgiskjöl samningsins en afmáði dálkinn „skýringar“ sem var að finna á fylgiskjali 2. Með úrskurði úrskurðarnefndar upplýsingamála 22. apríl 2020 var varnaraðila gert skylt að veita kæranda aðgang að fylgiskjali 2 með þjónustusamningnum í heild sinni án útstrikana. Varnaraðili afhenti kæranda fylgiskjalið 30. apríl 2020.

Varnaraðili hefur upplýst að enginn skriflegur samningur hafi verið gerður við Orku náttúrunnar ohf. um LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík. Með erindi kærunefndar útboðsmála 7. maí 2021 var óskað eftir upplýsingum frá varnaraðila um heildarfjárhæð greiðslna til Orku náttúrunnar ohf. í tengslum við rekstur, viðhald og endurnýjun (LED-væðingu) götulýsingar í Reykjavík á tímabilinu frá 14. nóvember 2019 til loka apríl 2021. Þess var sérstaklega óskað að fram kæmu upplýsingar um heildarfjárhæð greiðslna sem voru inntar af hendi vegna endurnýjunar (LED-væðingu) götulýsingar í Reykjavík á framangreindu tímabili og þær upplýsingar yrðu, eftir því sem unnt væri, sundurliðaðar í annars vegar fjárhæðir vegna kaupa á LED-lömpum og hins vegar þjónustu í tengslum við uppsetningu LED-lampanna og annað því tengdu. Með svari varnaraðila 14. sama mánaðar var upplýst að heildarfjárhæð greiðslna á tímabilinu hefði numið 83.559.778 krónum og þar af næmu greiðslur vegna viðhalds götulýsingar í Reykjavík samtals 9.770.798 krónum og greiðslur vegna endurnýjunar (LED-væðingar) götulýsingar í Reykjavík samtals 73.788.980 krónum. Í svari varnaraðila kom jafnframt fram að kostnaður vegna rafmagns og dreifingar þess inn á götulýsingarkerfið væri ekki innifalinn í heildarfjárhæðinni þar sem slíkur rekstarkostnaður væri hvorki hluti málsástæðna kæranda né hluti umþrættis þjónustusamnings. Öll kaup á LED-

lömpum færu fram í gegnum örútboð í rammasamningi Reykjavíkurborgar nr. 14156 frá 8. maí 2018 og að hvorki Orka náttúrunnar ohf. né önnur dótturfyrirtæki varnaraðila væru aðilar að þeim samningi.

II

Kærandi vísar um aðild sína til þess að 2. másl. 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 heimili samtökum fyrirtækja að skjóta málum til nefndarinnar enda samræmist það tilgangi þeirra að gæta slíkra hagsmuna. Kærandi vinni að hagsmunum iðnaðarins á öllum sviðum og í nánú samráði við fyrirtækin sjálf. Innan hans vébanda séu fjöldamörg fyrirtæki og félög sjálfstæðra atvinnurekenda, þ.m.t. SART (samtök fyrirtækja í rafíðnaði) en innan þess félags séu tæplega 200 rafverktakar er mál þetta varði sérstaklega.

Byggt er á því að kæra hafi borist kærunefnd útboðsmála innan kærufrests samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Þjónustusamningurinn og aðrir samningar tengdir rekstri, viðhaldi og LED-væðingu götulýsingar hafi verið gerðir án undangengins innkaupaferils og varnaraðili hafi ekki birt tilkynningu í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins um gerð þessara samninga. Af þessum sökum hafi kærufrestir ekki byrjað að líða samkvæmt 1. og 2. tölul. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup og hafi kærunefnd útboðsmála staðfest þennan skilning með úrskurði í máli nr. 2/2019. Þá sé ekki hægt að réttlæta ólögmat viðskipti á þeim grundvelli að kærufrestir séu liðnir. Við mat á kærufrestum verði einnig að hafa til hliðsjónar ákvæði og grunnviðhorf tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2007/66/EB, sem innleidd hafi verið með breytingarlögum nr. 58/2013 og XI. kafli laga um opinber innkaup byggja á.

Kærandi byggir kröfur sínar á að innkaup varnaraðila á þjónustu vegna reksturs, viðhalds og LED-væðingar götulýsingar séu útboðsskyld samkvæmt 4. gr. laga um opinber innkaup. Á grunni þjónustusamningsins frá 2010 hafi varnaraðili keypt þjónustu vegna reksturs og viðhalds götulýsingar beint af Orkuveitu Reykjavíkur og síðar Orku náttúrunnar ohf. Einu gögnin sem hafi borist frá varnaraðila séu umræddur þjónustusamningur og tvö fylgiskjöl. Hvorki liggi fyrir uppfærðir samningar, kostnaðaráætlanir fyrir síðustu ár né aðrir samningar sem til dæmis varða LED-væðingu varnaraðila. Þjónustusamningurinn nái til mismunandi verkþátta sem allir séu tengdir götulýsingu. Í sumum tilvikum sé um að ræða verkþætti sem falli undir sérleyfisstarfsemi dreifiveitna sem ekki séu á forræði varnaraðila, til að mynda viðgerðir á jarðstrengjum. Sérleyfi þurfi frá Orkustofnun til þess að reka dreifikerfi en varnaraðili hafi ekki slík leyfi. Verkþættir sem snúi að lýsingarmannvirkinu sjálfu, það er stólarnir og ljósabúnaðurinn, séu útboðsskyld þjónusta samkvæmt 4. gr. laga um opinber

innkaup og þar sem varnaraðili hafi kosið að útvista verkefnum er snúi að rekstri og viðhaldi lýsingarmannvirkja beri honum að fylgja lögum um opinber innkaup.

Kærandi vísar til þess að innkaup varnaraðila vegna þjónustu á rekstri og viðhaldi götulýsingar hafi verið yfir gildandi viðmiðunarfjárhæðum vegna opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu hverju sinni allt frá því að þjónustusamningurinn tók gildi hinn 17. desember 2010. Þá hafi kostnaður vegna LED-væðingar árin 2017-2019 verið vel yfir viðmiðunarfjárhæðum laga um opinber innkaup. Engin gögn bendi hins vegar til þess að rekstur, viðhald eða LED-væðing götulýsingar hafi nokkru sinni verið boðin út, sbr. 1. og 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup. Þar að auki hafi varnaraðili sjálfur tekið fram í svörum sínum til kæranda að vegna nýrra verkefna hafi hann falið Veitum/Orku náttúrunnar ohf. að setja upp LED-lampa á grunni samningsins frá desember 2010. Varnaraðili hafi þar með virt af vettugi innkaupareglur V., VI. og VII. kafla laga um opinber innkaup og með ólögmætum hætti komið í veg að starfandi rafverktakar gætu tekið þátt í samkeppni um viðhald og rekstur götulýsingar.

Kærandi byggir á að ákvæði 13. gr. laga um opinber innkaup eigi ekki um samningssamband varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. Um sé að ræða undanþáguákvæði sem túlka skuli þröngt. Orka náttúrunnar ohf. sé lögaðili á vegum hins opinbera en mun minna en 80% af verkefnum félagsins séu unnin í þágu varnaraðila í skilningi b-liðar 1. mgr. 13. gr. laganna. Í 4. mgr. 13. gr. segi að við mat hlutfalls á starfsemi samkvæmt b-lið 1. mgr. 13. gr. laganna skuli taka tillit til meðalheildarveltu eða annars viðeigandi mælikvarða. Af fyrirliggjandi ársreikningum megi skýrlega ráða að sala Orku náttúrunnar ohf. til varnaraðila nemi smáu hlutfalli af heildarveltu félagsins. Þá starfi félagið á samkeppnismarkaði þar sem það framleiði rafmagn og varmaorku auk þess sem það selji rafmagn til stóriðju og í smásölu. Félaginu sé ekki falið að sinna þessum verkefnum af varnaraðila og aðeins lítill hluti af starfsemi þess varði þjónustu við varnaraðila. Jafnframt séu ekki skilyrði til að fella þjónustusamninginn undir 3. mgr. 13. gr. laga um opinber innkaup þar sem Orka náttúrunnar ohf. teljist ekki opinber aðili í skilningi 2. mgr. 3. laganna. Ekki hafi verið stofnað til félagsins til að þjóna almannahagsmunum enda felist starfsemi Orku náttúrunnar ohf. meðal annars í vinnslu, framleiðslu og sölu raforku, heits vatns og gufu, auk annarrar sambærilegrar starfsemi sem sé að öllu leyti rekin á samkeppnismarkaði. Þá hafi félagið fyrst og fremst verið stofnað til þess að uppfylla skilyrði raforkulaga um aðskilnað á sérleyfis- og samkeppnishluta raforkufyrirtækja. Jafnframt sé Orka náttúrunnar ohf. ekki að mestu leyti rekið á kostnað hins opinbera í skilningi 3. mgr. 2. gr. laganna enda stafi stærsti hluti rekstrartekna félagsins frá sölu á rafmagni og heitu vatni en ekki opinberri fjármögnun.

Kærandi telur að þjónustusamningurinn sé andstæður innkaupareglum varnaraðila sem leggi bann við ótímabundnum samningnum og fari gegn markmiðum og skýrum reglum laga um opinber innkaup. Samningurinn sé því í grundvallaratriðum ólögmætur. Þá sé þjónustusamningurinn of víðtækur þar sem varnaraðili hafi ekki forræði á að sinna eða útvista til annarra aðila verkefnum sem falli undir sérleyfisstarfsemi dreifiveitna, eins og viðhaldi á jarðstrengjum, enda hafi varnaraðili ekki heimild Orkustofnunar til þess að reka dreifiveitu. Kærandi bendir á að uppsetning og rekstur götuljósa hafi eitt sinn verið hluti af reglulegri starfsemi dreifiveitna en með tilkomu raforkulaga nr. 65/2003 hafi götulýsing hvorki fallið undir einkaleyfisstarfsemi dreififyrirtækja né komið inn í tekjuheimildir þeirra. Í leiðbeiningum Orkustofnunar komi skýrlega fram að jarðstrengir sem mati raforku inn á lýsingarmannvirki geti talist til veitukerfis, enda innheimti dreifiveitan þá hærra gjald vegna dreifingar raforku hjá eigendum lýsingarmannvirkjanna. Hins vegar geti lýsingarmannvirkið, það er stólpar og ljósabúnaður, ekki talist hluti af veitukerfinu. Að mati kæranda beri Veitur ábyrgð á þeim verkefnum þjónustusamningsins sem falli undir sérleyfi dreifiveitna og sé varnaraðila óheimilt að útvista verkefnum sem að sérleyfinu snúi. Þjónustusamningurinn sé því of víðtækur og þar með ólögmætur. Loks tekur kærandi fram að hann hafi enga sjálfstæða hagsmuni af kröfu sinni um viðurkenningu á bótaskyldu varnaraðila en að innan hans séu tæplega 200 rafverktakar sem margir gætu átt lögvarða hagsmuni af úrlausn kröfunnar.

Í viðbótarathugasemdum sínum til nefndarinnar lagði kærandi meðal annars áherslu á að kærnan hefði borist innan kærufresta og að varnaraðili geti ekki komið sér undan skýrum tilgangi laga um opinber innkaup með vísan til þess að samningssambandið hafi varað lengi og áður en lög um opinber innkaup hafi tekið gildi. Kærandi mótmælir því að fyrirbyggjandi þjónustusamningur teljist ekki samningur í skilningi laga um opinber innkaup og leggur áherslu á að undanþáguákvæði 13. gr. laga um opinber innkaup eigi ekki við um samningssamband varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. Tekið er fram að varnaraðila sé ekki tæknilega ómögulegt að bjóða út rekstur, viðhald og LED-götulýsingu og geti handvömm varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. við að færa varnarbúnað götuljósa út úr dreifistöðvum og inn í neyslustöðvar ekki réttlætt að varnaraðili búi til einokun á markaði. Þá geti sjónarmið varnaraðila um góða trú og brýna almannahagsmuni ekki komið í veg fyrir óvirkni samningsins.

III

Varnaraðili vísar til þess að götulýsing í Reykjavík eigi sér langa sögu eða allt til ársins 1876 og sé uppbygging, rekstur og viðhald götulýsingar eitt af lögbundnum verkefnum varnaraðila. Umsjón með rekstri, viðhaldi og rafmagnslegri ábyrgð á götuljósakerfinu í Reykjavíkur hafi

ávallt verið á hendi orkufyrirtækis í eigu varnaraðila. Í dag skiptist rafmagnsábyrgð á götuljósakerfinu á milli Orku náttúrunnar ohf. og Veitna ohf. Í meginráttum beri Orka náttúrunnar ohf. ábyrgð á götuljósakerfinu en Veitur ohf. ábyrgð á þeim hluta kerfis og búnaðar sem sé innan lágspennuskápa félagsins. Götuljósakerfið sé ekki afmarkað við einn notanda eða einn eiganda og samtals séu um 300 notendur á yfir 500 staðsetningum sem séu tengdir við götuljósakerfið með viðhaldsþjónustu Orku náttúrunnar ohf. Þær reglugerðir og kröfur sem hafi verið gerðar til reksturs götuljósakerfisins séu þær sömu og eigi við um virkjanir Orku náttúrunnar ohf. og rafdreifikerfi dreifiveitna. Húsnæðis- og mannvirkjastofnun hafi því eftirlit með kerfinu í samræmi við kröfur um öryggisstjórnun rafveitna. Varnaraðili fjallar meðal annars um hlutverk og ábyrgð rafveitna samkvæmt gildandi reglugerðum og lögum, hvaða kröfur séu gerðar til öryggisstjórnunarkerfis rafveitna í verklagsreglum Húsnæðis- og mannvirkjastofnunar og um ábyrgð og hlutverk ábyrgðarmanns rekstrar rafveitu/raforkuvirkis.

Orkuveita Reykjavíkur sé sameignarfyrirtæki sem starfi í dag á grundvelli laga nr. 136/2013 um Orkuveitu Reykjavíkur og sé í eigu varnaraðila (93,539%), Akraneskaupstaðar (5,528%) og Borgarbyggðar (0,933%), sbr. 1. gr. laganna. Eignarhald og rekstur Orkuveitur Reykjavíkur sef. sé því hluti af lögbundnum verkefnum varnaraðila sem sveitarfélags, sbr. og 2. mgr. 2. gr. laga nr. 136/2013. Í 1. mgr. 2. mgr. laganna sé Orkuveitu Reykjavíkur veitt heimild til þess að eiga dótturfélög og eiga hlut í félögum. Í 3. mgr. 2. gr. segi að aðgreining á starfsemi Orkuveitu Reykjavíkur sef. og dótturfélaga skuli vera í samræmi við ákvæði laga hverju sinni. Við rekstur Orkuveitu Reykjavíkur sef. og dótturfélaga skuli þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Í 2. mgr. 19. gr. raforkulaga nr. 65/2003 segi að sölufyrirtæki sem heimilt sé að stunda sérleyfisstarfsemi sé óheimilt að niðurgreiða söluna með sérleyfisstarfseminni eða starfsemi sem hafi sambærilega stöðu. Í ljósi umræddra ákvæða hafi verið tekin sú ákvörðun að stofna félagið Orka náttúrunnar ohf. Félaginu hafi verið falið það hlutverk að sinna meðal annars raforkuframléiðslu og sölu. Orka náttúrunnar ohf. sé alfarið í eigu Orkuveitu Reykjavíkur sef. Af bókhaldslegum ástæðum sé starfsemi Orku náttúrunnar ohf. rekin í tveimur félögum frá 1. janúar 2020, þ.e. Orku náttúrunnar ohf. og ON Power ohf. Bæði félögin séu alfarið í eigu Orkuveitu Reykjavíkur sef. og þau skipuð sömu stjórnarmönnum og starfsfólki. Samningssamband Orku náttúrunnar ohf. og varnaraðila eigi rætur sínar að rekja til áratugalangrar tilhögunar varnaraðila á hönnun, rafmagnslegri ábyrgð, rekstri, viðhaldi og endurnýjun gatnalýsingar sinnar. Frá upphafi hafi ekki átt sér stað nein eiginleg breyting á þessari tilhögun, þrátt fyrir breytingar í gegnum tíðina á rekstrarformi orkufyrirtækja í eigu varnaraðila sem hafa séð um framangreint.

Í kjölfar efnahagshrunsins hafi varnaraðili leitað leiða til að lækka kostnað við rekstur og viðhald götulýsingar. Afrakstur þeirra vinnu hafi birst í fyrrgreindum samningi frá 17. desember 2010 sem varði þá rekstrar- og viðhaldsþætti sem Orka náttúrunnar ohf. annist fyrir varnaraðila. Hverjum rekstrar- og viðhaldsþætti sé lýst og gerð grein fyrir umfangi rekstursins og skilgreindu þjónustustigi. Nái verkefnið til þátta sem allir séu tengdir götulýsingu, þ.e. stýringar götulýsingar, reglubundins eftirlits, bilanavaktar, viðgerðar á jarðstrengjum, skápum, staurum og lömpum, peruskípti, málun staura og sérlýsingu auk sérverkefna, sbr. 2. og 8. gr. samningsins. Samningurinn sé ótímabundinn, sbr. 10. gr., en skilgreining þjónustu skuli endurskoðuð árlega, sbr. 2. gr. Þá sé samningurinn kyrfilega tengdur við fjárhagsáætlun varnaraðila hverju sinni, sbr. 3. gr. Enginn skriflegur samningur sé til við Orku náttúrunnar um LED-væðingu götulýsingar en varnaraðili hafi fengið orkufyrirtæki sín til að setja upp LED-lampa við endurnýjun á hlutum af götulýsingarkerfi Reykjavíkur smátt og smátt frá árinu 2013.

Byggt er á því að kæra hafi borist utan kærufresta og beri því að vísa málinu frá. Kærufrestur hafi í síðasta lagi byrjað að líða 23. október 2019 með vísan til 2. másl. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup. Þann dag hafi varnaraðili með bréfi kynnt kæranda afstöðu sína og lagt fram ítarlegar röksemdir fyrir heimildum til að beita innanhússamningi við viðhald, rekstur og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík. Kæranda hafi þá verið kunnugt um kaupin og að þau færu fram á grundvelli 13. gr. laga um opinber innkaup. Kæranda hafi raunar á fyrra tímamarki verið kunnugt um að viðhald, rekstur og LED-væðing götulýsingar færu fram innan samstæðu varnaraðila. Varnaraðili telur að 2. tölul. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup, sem mæli fyrir um birtingu tilkynningar í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, hafi ekki þýðingu í málinu og að miða skuli við það tímamark þegar kærandi vissi eða mátti vita um þau atriði sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Þá séu ekki skilyrði til að lýsa þjónustusamninginn óvirkan með vísan til 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga um opinber innkaup þar sem meira en sex mánuðir séu liðnir frá gerð hans. Varnaraðili byggir á að lögboðinn kærufrestur varðandi allar aðrar kröfur kærandi hafi einnig verið liðinn þegar kæran barst kærunefnd útboðsmála. Kærandi hafi haft vitneskju um þau atriði sem hann telji brjóta gegn réttindum sínum í síðasta lagi hinn 23. október 2019. Engar sérreglur séu um kærufrest viðvarandi samninga í lögum um opinber innkaup og skuli ekki leggja úrskurð kærunefndar útboðsmála í máli nr. 2/2019 til grundvallar enda hafi samningssamband varnaraðila og orkuveitufyrirtækja komið til löngu áður en löggjöf um opinber innkaup tók gildi á Íslandi.

Verði málinu ekki vísað frá byggir varnaraðili á að hann hafi sjálfur, með aðstoð orkufyrirtækja sinna, sinnt lögbundnu hlutverki sínu og hafi boðið út öll aðföng sem þurft hafi frá öðrum aðilum. Fyrirkomulagið hafi verið til staðar löngu fyrir gildistöku laga um opinber

innkaup og hafi eðli þess ekki breyst eftir gildistöku laganna. Varnaraðili vísar til þess að þjónustusamningurinn hafi verið gerður í þeim stefnumarkandi tilgangi að skilgreina þjónustustig í rekstri og viðhaldi götulýsingar. Falli samningurinn því hvorki undir skilgreiningu sammings í skilningi þágildandi eða núgildandi laga um opinber innkaup, sbr. 4. gr. laga nr. 84/2007 og laga nr. 120/2016 og önnur ákvæði eldri laga.

Áréttað er að fyrirkomulag um rekstur gatnalýsingar í eigu varnaraðila feli í sér samning á milli tveggja aðila sem sé undanþeginn lögum um opinber innkaup samkvæmt 13. gr. laganna. Markmiðið með setningu raforkulaga nr. 65/2003, sbr. tilskipun 96/92/EB, hafi ekki verið að útiloka kaup á milli opinberra aðila án innkaupaferlis, enda komi það hvergi fram í lögnum eða ákvæðum tilskipunarinnar. Orka náttúrunnar ohf. uppfylli skilyrði a-liðar 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016, sbr. 2. mgr. 13. gr. laganna. Félagið sinni lögbundnu verkefni varnaraðila samkvæmt lögum nr. 136/2013 um Orkuveitu Reykjavíkur og hafi félagið verið stofnað samkvæmt heimild 1. mgr. 2. gr. laganna. Ástæðan fyrir stofnun félagsins hafi verið krafa um fjárhagslegan aðskilnað samkvæmt 2. mgr. 19. gr. raforkulaga. Hinar raunverulegu stjórnunarheimildir og áhrif varnaraðila yfir Orkuveitu Reykjavíkur sef. og Orku náttúrunnar ohf. hafi með engu verið takmarkaðar og breyti engu um tilhögun „annarrar starfsemi sem hefur sambærilega stöðu“ samkvæmt 2. mgr. 2. gr. laga nr. 136/2013, það er að rekstur, viðhald og endurnýjun götulýsingar varnaraðila fari fram innanhúss í skilningi 13. gr. laga um opinber innkaup. Stjórnunarheimildir varnaraðila yfir Orku náttúrunnar ohf. grundvallist á eignarhaldi og stjórn varnaraðila á Orkuveitu Reykjavíkur sef. og á ákvæðum laga nr. 136/2013. Eignarhluti varnaraðila í Orkuveitu Reykjavíkur sef. sé 93,539%. Þá fari Orkuveita Reykjavíkur sef. með 100% eignarhlut í Orku náttúrunnar ohf. Öll fyrrgreind félög myndi samstæðu sem varnaraðili fari með raunveruleg yferráð yfir, sbr. 1. mgr. 60. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Stjórnunarheimildir af umræddum toga feli í sér nægjanleg yferráð svo að skilyrðum a. liðar 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016, sbr. 2. mgr. 13. gr. laganna, sé fullnægt. Orka náttúrunnar ohf. sé opinbert hlutafélag og teljist því opinber aðili í skilningi 3. gr. laga nr. 120/2016. Við mat á stjórnunarheimildum varnaraðila yfir Orku náttúrunnar ohf. verði jafnframt að horfa til útlistunar í sameignarsamningi um Orkuveitu Reykjavíkur sef. frá 25. apríl 2014. Þetta megi jafnframt ráða af samþykktum Orku náttúrunnar ohf. og bindandi eigendastefnu eigenda Orkuveitu Reykjavíkur sef. 25. apríl 2014. Við mat á framangreindu beri einnig að líta til starfsreglna stjórnar Orkuveitu Reykjavíkur sef. 1. nóvember 2019 og reglna 31. október 2019 um upplýsingargjöf um málefni dótturfélaga Orkuveitu Reykjavíkur sef.

Hvað b-lið 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 áhræri þá sinni Orka náttúrunnar ohf. lögbundnu hlutverki varnaraðila og annarra sveitarfélaga samkvæmt lögum nr. 136/2013, sbr. 2. mgr. 2. gr. laganna. Samþykktir félagsins endurspeglir að tilgangur þess rúmist innan 2. mgr. 2. gr. laga nr. 136/2013. Hvað varði c- lið 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 þá sé starfsemi Orku náttúrunnar ohf. eingöngu fjármögnuð með beinni fjárfestingu frá opinberum aðilum. Eini hluthafi félagsins sé Orkuveita Reykjavíkur sef. Stafir því bein fjárfesting í formi hlutafjár og fjármagns eingöngu frá opinberum aðila, sbr. 3. mgr. 1. gr., 16. gr. og V. kafla laga nr. 2/1995 um hlutafélög. Þá sé sérstaklega áréttað í samþykktum Orku náttúrunnar ohf. að félagið skuli einvörðungu fjármagnað í gegnum Orkuveitu Reykjavíkur sef. Það að félagið afli tekna frá einkaaðilum við sölu á raforku teljist ekki til fjármögnunar með beinni fjárfestingu.

Verði ekki fallist á að Orka náttúrunnar ohf. lúti yferráðum varnaraðila þá séu skilyrði a.-c. liða 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 engu að síður uppfyllt. Orka náttúrunnar ohf. lúti sameiginlegum yferráðum opinberra aðila, sbr. a. lið 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016. Einungis opinberir aðilar geti haft afgerandi áhrif á skipulag og ákvarðanir félagsins, sbr. b. lið 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016. Eigendur Orkuveitu Reykjavíkur sef. séu allir sveitarfélög og því opinberir aðilar. Orkuveita Reykjavíkur sef. og eigendur félagsins hafi ekki öndverða hagsmuni gagnvart Orku náttúrunnar ohf., sbr. c. lið 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016, heldur sé síðastnefnda félagið þvert á móti að framfylgja afmörkuðum hluta lögbundins hlutverks hins fyrstnefnda sem og lögbundnu hlutverki eigenda Orkuveitu Reykjavíkur sef. samkvæmt lögum nr. 136/2013.

Sæti krafa kæranda um óvirkni samnings efnislegri skoðun beri að hafna henni með vísan til a. liðar 1. mgr. 116. gr. og 1. mgr. 117. gr. laganna. Varnaraðili hafi verið í góðri trú um að honum væri heimilt að sinna viðhaldi og rekstri götulýsingar innan eigin samstæðu án útboðs, auk þess sem brýnir almannahagsmunir búi að baki áframhaldandi fyrirkomulagi á rekstri, viðhaldi og endurnýjun götulýsingar milli aðila, einkum í ljósi hlutverks varnaraðila og mikilvægi þjónustunnar. Þá verði úrræði kærunefndar útboðsmála til að lýsa samninga óvirka, sem hafi fyrst komið til með gildistöku laga nr. 120/2016, ekki beitt afturvirkir enda um að ræða verulega íþyngjandi inngríp sem þarfnist sérstakrar lagastoðar, sbr. 72. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar. Jafnframt verði að líta til þess að varnaraðili hafi, með hliðsjón af því hvenær þjónustan komst á, ekki getað tryggt sig gegn hugsanlegri óvirkni samnings með því að auglýsa fyrirætlan sína um samningsgerð innanhúss fyrirfram.

Ómögulegt sé að bjóða út í heild rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar í samræmi við kröfur kæranda. Sá hluti götuljósakerfisins, sem sé í eigu varnaraðila, sé svo órjúfanlegur hluti heildargötuljósakerfisins í Reykjavík að hvorki sé tæknilegur, fjárhagslegur

né lagalegur grundvöllur fyrir hendi sem geri útboð mögulegt í þeirra mynd sem kærandi geri kröfu um. Í þessu samhengi vísar varnaraðili meðal annars til þess að ef aðskilnaður milli allra notenda sé ekki tryggður áður en reksturinn sé boðinn út sé ómögulegt að tryggja þjónustu við þessa aðila. Varnarbúnaður götuljósa sé oft staðsettur innan dreifistöðva og til þess að tryggja aðgengi þurfi að koma þessum búnaði fyrir utan dreifistöðvar. Þá myndi kostnaður við breytingar á kerfinu nema verulegum fjárhæðum og gera þyrfti breytingar á gildandi reglum um rafmagnsöryggiskröfur rafveitna ef færa ætti rekstur, viðhald og LED-væðingu götuljósakerfisins til rafverktaka eingöngu. Þá áréttist að þegar hafi verið boðnir út samningar um vinnu rafverktaka við verkefnið sem og um efniskaup. Þar sem þessir samningar séu enn í fullu gildi sé ekki heimilt að skylda varnaraðili til að bjóða út rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar.

Varnaraðili telur að vísa skuli frá kröfu kæranda um viðurkenningu á skaðabótaskyldu. Kærandi hafi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn kröfunnar enda sé hann ekki fyrirtæki sem starfar á markaði og ekki séu forsendur til þess að fallast á kröfuna að öðru leyti. Varnaraðili vísar einnig til þess að athugasemdir kæranda um að þjónustusamningurinn sé of víðtækur og þar með ólögmaður falli utan valdsviðs kærunefndar útboðsmála samkvæmt 2. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup. Því er mótmælt að fyrirkomulag varnaraðila við rekstur, viðhald og LED-væðingu sé andstætt innkaupareglum varnaraðila. Þá séu reglurnar ekki settar á grundvelli laga um opinber innkaup og komi því ekki til skoðunar kærunefndar útboðsmála samkvæmt 2. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup.

Varnaraðili byggir á því að kæra málsins sé með öllu tilefnislaus og bersýnilega of seint fram komin, auk þess sem málatilbúnaður kæranda eigi ekki efnislega við nokkur rök að styðjast. Uppfyllt séu skilyrði 2. másl. 3. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016 til að gera kæranda að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð.

IV

A.

Mál þetta lýtur að lögmæti kaupa varnaraðila á þjónustu af Orku náttúrunnar ohf. tengdri rekstri, viðhaldi og endurnýjun (LED-væðingu) götulýsingar í Reykjavík án útboðs. Kaupin munu fara fram með vísan til þjónustusamnings varnaraðila við Orkuveitu Reykjavíkur sef. frá 17. desember 2010 um viðhald og rekstur götulýsingar í Reykjavík. Orka náttúrunnar ohf. mun hafa byrjað að sinna þjónustu samkvæmt samningnum við stofnun félagsins í samræmi við heimild í lögum nr. 136/2013 um Orkuveitu Reykjavíkur.

Samkvæmt fyrri málslið 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup hafa þau fyrirtæki, sem njóta réttinda samkvæmt lögnum og hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn máls, heimild til að skjóta málum til nefndarinnar. Í síðari málslið málsgreinarinnar er félögum eða samtökum fyrirtækja hins vegar heimilað að skjóta málum til nefndarinnar, enda samræmist það tilgangi þeirra að gæta slíkra hagsmuna. Að mati nefndarinnar verður að skýra umrædda heimild félaga og samtaka til samræmis við fyrri málslið málsgreinarinnar á þá leið að heimildin sé háð því skilyrði að tilteknir aðilar félags eða samtaka hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn máls og hafi að öðru leyti heimild til kæru. Kærandi vinnur að hagsmunum iðnaðarins á ýmsum sviðum og á meðal undirfélaga samtakanna eru SART sem eru samtök fyrirtækja í rafíðnaði. Innan þess félags munu vera tæplega 200 rafverktakar um allt land sem kunna að hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Skilyrði 2. málsliðar 1. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016 eru því uppfyllt og kæranda heimilt að standa að kæru til nefndarinnar. Þá liggur fyrir að málatilbúnaður kæranda lýtur að því að varnaraðili hafi brotið gegn skyldum sínum til að auglýsa innkaup en í slíkum tilvikum eru lögvarðir hagsmunir ekki skilyrði kæru, sbr. 2. mgr. 105. gr. laga nr. 120/2016.

B.

Samkvæmt 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup skal kæra borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Af 2. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 leiðir að kröfu um óvirkni samnings er heimilt að bera undir kærunefnd útboðsmála innan 30 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Þó verður krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans, sbr. 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016. Í 2. tölul. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að við nánari ákvörðun frestsins skuli, þegar höfð sé uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hefur verið án undanfarandi útboðsauglýsingar, 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. Ákvæði um möguleika kærunefndar útboðsmála til að lýsa samning óvirkan var fyrst lögfest með lögum nr. 58/2013 sem breyttu þágildandi lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup, en breytingalögin fólu í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB um breytingu á tilskipunum ráðsins 89/665/EBE og 92/13/EB að því er varðar aukna skilvirkni í meðferð kærumála vegna gerðar opinberra samninga. Samsvarandi ákvæði, um heimild fyrir aðildarríki til að setja reglur

um hámarksfresti til að hafa uppi kröfu um óvirkni samnings, er að finna í b. lið 1. tölul. 2. gr. tilskipunar 2007/66/EB. Í inngangsorðum tilskipunarinnar er jafnframt rætt um mikilvægi þess að tímatakmörk séu fyrir hendi varðandi kröfu um óvirkni samninga, m.a. með tilliti til réttaröryggissjónarmiða.

Af orðalagi 2. og 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016, sbr. og 2. tölul. málsgreinarinnar, verður ráðið að 30 daga kærufrestur skuli hefjast þegar tilkynning um gerð samnings án undanfarandi útboðs er birt í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins ásamt rökstuðningi. Óháð slíkri tilkynningu skuli kærufrestur vegna krafna um óvirkni samnings vera sex mánuðir frá því að samningur var gerður, sbr. til hliðsjónar úrskurður kærunefndar útboðsmála í máli nr. 32/2019 og dóm Evrópudómstólsins í máli nr. C-166/2014. Fær þessi túlkun einnig stoð í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því sem varð að breytingarlögum nr. 58/2013, sem breyttu þágildandi lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup, sem og orðalagi 2. gr. f tilskipunar 2007/66/EB. Verður frestur til þess að hafa uppi kröfu um óvirkni samnings því aldrei lengri en sex mánuðir frá gerð hans.

Eins og rakið hefur verið munu kaup varnaraðila á þjónustu af Orku náttúrunnar ohf. tengdri rekstri, viðhaldi og endurnýjun (LED-væðingu) götulýsingar í Reykjavík fara fram með vísan til þjónustusamnings varnaraðila við Orkuveitu Reykjavíkur sef. frá 17. desember 2010 um rekstur og viðhald götulýsingar í Reykjavík. Svo sem fyrr greinir er í 2. og 3. gr. samningsins mælt fyrir um að bæði skilgreining þjónustu og þjónustustig skuli háð árlegri endurskoðun. Þá segir í 4. gr. samningsins að varnaraðili skuli vinna tillögur um breytingu á þjónustustigi eða nýja þjónustu og að samningsaðilar skuli reikna hvaða áhrif breyting hafi á kostnað. Ráðið verður af 5. gr. samningsins að fjárhæðir greiðslna samkvæmt samningnum séu breytilegar og fari eftir nánari ákvörðunum hverju sinni um inntak þjónustu og þjónustustig. Þá segir í 10. gr. að endurskoða skuli samninginn árlega samhliða gerð fjárhagsáætlunar varnaraðila.

Af framangreindu verður ráðið að með samningnum hafi verið mótaður rammi um þjónustu Orkuveitu Reykjavíkur sef. og síðar Orku náttúrunnar ohf. við varnaraðila. Jafnframt að skilmálar þjónustunnar hverju sinni, svo sem inntak hennar, þjónustustig og fjárhæðir greiðslna, séu háðir bæði reglubundinni endurskoðun og nánari útfærslu. Þrátt fyrir framangreint hefur varnaraðili með takmörkuðu móti leitast við að upplýsa hvernig framkvæmd samningsins hafi verið háttað og hvert sé nánara inntak samnings sambands hans við Orku náttúrunnar ohf. Á það bæði við um rekstur og viðhald götulýsingar sem og fyrrgreinda LED-væðingu. Þá hefur varnaraðili borið því við að samningurinn hafi verið gerður í þeim stefnumarkandi tilgangi að skilgreina þjónustustig í rekstri og viðhaldi götulýsingar, en

ekki sé um að ræða samning í skilningi laga um opinber innkaup. Að framangreindu gættu og með hliðsjón af fyrirliggjandi upplýsingum um áfallinn og áætlaðan kostnað í tengslum við rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík og svörum varnaraðila 14. maí 2021 við erindi kærunefndar útboðsmála, verður lagt til grundvallar að varnaraðili og Orku náttúrunnar ohf. eigi í viðvarandi og endurteknum viðskiptum innan þess ramma sem þjónustusamningurinn setur og að skilmálar þeirra viðskipta séu háðir nánari útfærslu og reglubundinni endurskoðun, bæði í heild og að hluta. Verður því að líta svo á að varnaraðili endurnýi með reglubundnum hætti samningssamband sitt við Orku náttúrunnar ohf. innan þess ramma sem þjónustusamningurinn setur. Með hliðsjón af því hvernig varnaraðili og Orku náttúrunnar ohf. hafa hagað samningssambandi sínu verður að skýra 2. og 3. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 þannig að kæran hafi borist innan kærufrests hvað kröfu um óvirkni samnings varðar. Sömu sjónarmið eiga að breyttu breytanda við um kröfur kæranda sem kærufrestur samkvæmt 1. másl. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016 tekur til. Verður kröfum kæranda því ekki vísað frá kærunefnd útboðsmála á grundvelli þess að kæran hafi borist utan kærufrests.

C.

Svo sem nánar verður rakið hér á eftir er ekki fyllilega skýrt hvað fellur undir fyrrgreindan samning frá desember 2010, þar með talið hvað felst í rekstri og viðhaldi götulýsingar. Hvað sem því líður verður að telja að ýmsir af þeim þjónustuþáttum sem eru tilgreindir í 2. gr. þjónustusamningsins feli í sér útboðsskylda þjónustu í skilningi laga nr. 120/2016, svo sem peruskípti, reglubundið eftirlit og viðgerðir á staurum og lömpum. Af sama meiddi er þjónusta við útskiptingu og uppsetningu á LED-lömpum og viðhald þeirra. Af öllu virtu verður lagt til grundvallar að samningssamband varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf., að því er varðar rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík, feli í sér veitingu þjónustu gegn fjárhagslegu endurgjaldi í skilningi 1. og 4. mgr. 4. gr. laga nr. 120/2016.

Varnaraðili byggir á því að samningssamband hans við Orku náttúrunnar ohf. falli undir 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 og því utan gildissviðs laganna. Í 1. mgr. 13. gr. laganna segir að þau taki ekki til samninga sem gerðir séu við lögaðila á vegum hins opinbera að þremur skilyrðum uppfylltum. Fyrsta skilyrðið, sem fram kemur í a. lið 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016, varðar það að lögaðili lúti stjórn opinbers aðila eða sameiginlegri stjórn fleiri en eins opinbers aðila. Umrætt skilyrði er nánar skýrt í 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 þar sem segir að lögaðili teljist lúta stjórn opinbers aðila samkvæmt a-lið 1. mgr. þegar hinn opinberi aðili hefur afgerandi áhrif bæði á skipulag og ákvarðanir lögaðilans. Þá telst lögaðili lúta

sameiginlegum yferráðum opinberra aðila skv. a-lið 1. mgr. ef eftirfarandi skilyrði eru til staðar: a. Lögaðili lýtur sérstakri stjórn sem opinberir aðilar skipa; b. Opinberir aðilar geta sameiginlega haft afgerandi áhrif á skipulag og ákvarðanir viðkomandi lögaðila; og c. Lögaðili hefur ekki öndverðra hagsmuna að gæta gagnvart þeim opinberu aðilum sem hann lýtur stjórn. Með 13. gr. laga nr. 120/2016 er 12. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2014/24/ESB sem varðar samninga á milli opinberra aðila leidd í íslenskan rétt.

Í 1. gr. laga nr. 136/2013 um Orkuveitu Reykjavíkur segir að hún sé sameignarfyrirtæki í eigu varnaraðila, Akraneskaupstaðar og Borgarbyggðar, en fyrir liggur að varnaraðili á 93,539% eignarhlut í Orkuveitu Reykjavíkur sef. Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. laga nr. 136/2013 er Orkuveitu Reykjavíkur heimilt að eiga dótturfélög. Í 2. mgr. 2. gr. laganna segir að Orkuveita Reykjavíkur og dótturfélög stundi vinnslu, framleiðslu og sölu raforku og heits vatns og gufu og rekstur grunnkerfa, svo sem dreifiveitu rafmagns, hitaveitu, vatnsveitu, fráveitu og gagnaveitu, auk annarrar starfsemi sem hafi sambærilega stöðu. Einnig þá starfsemi aðra sem nýtt geti rannsóknir, þekkingu eða búnað fyrirtækjanna, sem og iðnþróun og nýsköpun, enda tengist hún kjarnastarfsemi fyrirtækisins. Ráðið verður af gögnum málsins að Orka náttúrunnar ohf. sé dótturfélag Orkuveitu Reykjavíkur – eigna ohf. sem sé dótturfélag Orkuveitu Reykjavíkur sef. Fyrstnefnda félagið hefur með höndum starfsemi sem er talin upp í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 136/2013, svo sem nánar verður rakið.

Í sameignarsamningi um Orkuveitu Reykjavíkur sef. 25. apríl 2014 segir í grein 4 að handhafi eigendavalds fyrir hönd varnaraðila sé borgarstjórinn í Reykjavík og að umboð hans nái til hefðbundinna starfa aðalfundum og eigendafundum en standi til að taka óvenjulega, veigamikla eða stefnumarkandi ákvörðun á fundi eigenda, beri handhöfum eigendavalds að sækja umboð sitt til sveitarstjórna. Í grein 5.3 í samningnum segir að aðalfundur og eftir atvikum eigendafundur geti tekið ákvörðun um atriði sem séu veigamikil, stefnumarkandi eða óvenjuleg sem stjórn Orkuveitu Reykjavíkur sef. hafi vísað til eigenda. Á aðalfundum og eigendafundum hafi handhafar eigendavalds tillögu- og atkvæðisrétt, sbr. grein 5.4. Samkvæmt greinum 6.1 og 6.2 skipar varnaraðili fimm af sex aðal- og varamönnum í stjórn Orkuveitu Reykjavíkur sef. Bæjarstjórn Akraness skipar einn aðalmann og einn varamann. Í grein 8.3 í samningnum segir að stjórn félagsins taki ákvarðanir í meiriháttar málum, innan heimilda eigendastefnu. Samkvæmt grein 8.4 skal stjórn Orkuveitu Reykjavíkur sef. vísa óvenjulegum, veigamiklum eða stefnumarkandi ákvörðunum til eigenda. Slíkar ákvarðanir dótturfélaga skulu sömuleiðis lagðar fyrir eigendur Orkuveitu Reykjavíkur sef. og skal stjórn Orkuveitunnar upplýst um þær. Í grein 8.5 segir að stefnumörkun fyrir Orkuveitu Reykjavíkur sef. skuli

endurspeglast í samþykktum og stefnumörkun dótturfélaga. Orkuveita Reykjavíkur sef. setti sér bindandi eigendastefnu 25. apríl 2014 sem samþykkt var af öllum eigendum félagsins.

Orkuveita Reykjavíkur sef. er eini eigandi Orkuveitu Reykjavíkur – eignir ohf., sem er eini hluthafi Orku náttúrunnar ohf. og fer með æðsta vald í málefnum þess á hluthafafundum, sbr. 1. og 2. mgr. 80. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög. Í 14. gr. samþykktu Orku náttúrunnar ohf. segir að stjórn félagsins skuli skipuð fimm einstaklingum og tveimur til vara, og að minnsta kosti þrír aðalmanna skuli vera úr hópi stjórnenda Orkuveitu Reykjavíkur sef. Í 17. gr. samþykktanna segir að ákvarðanir stjórnar félagsins séu háðar staðfestingu hluthafafundar, þ.e. ákvarðanir sem tiltekið er í eigendastefnu Orkuveitu Reykjavíkur sef. að skuli hljóta samþykki eigenda og ákvarðanir um einstakar nýjar skuldbindingar enda sé fjárhæð þeirra yfir 5% af eigin fé félagsins samkvæmt síðasta ársreikningi eða árshlutareikning. Í 18. gr. samþykktu Orku náttúrunnar ohf. segir að heildarstefna og framtíðarsýn félagsins skuli sett af stjórn í samræmi við eigendastefnu Orkuveitu Reykjavíkur sef., og skuli hún samræmast öllum helstu stefnum Orkuveitu Reykjavíkur sef. á hverjum tíma. Þá segir í 27. gr. samþykktanna að lög nr. 136/2013 og sameignarsamningur Orkuveitu Reykjavíkur sef. skuli gilda í málefnum félagsins eftir því sem við á, í þeim tilvikum þegar samþykktir Orku náttúrunnar ohf. mæli ekki fyrir um hvernig skuli farið með einstök mál.

Í a. lið 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 er það gert að skilyrði að lögaðili lúti stjórn opinbers aðila eða sameiginlegri stjórn fleiri en eins opinbers aðila. Í fyrri másl. 2. mgr. 13. gr. laganna segir að lögaðili teljist lúta stjórn opinbers aðila skv. a-lið 1. mgr. þegar hinn opinberi aðili hefur afgerandi áhrif bæði á skipulag og ákvarðanir lögaðilans. Í fyrirbyggjandi samhengi, með hliðsjón af stjórnunarlegri uppbyggingu Orku náttúrunnar ohf., koma skilyrði síðari másl. 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016, sem rakin eru að framan, til skoðunar. Orka náttúrunnar ohf. lýtur sérstakri stjórn sem opinberir aðilar skipa, en stjórnir Orkuveitu Reykjavíkur sef. og Orkuveitu Reykjavíkur – eignir ohf., eru skipaðar af fimm mönnum sem eru tilnefndir af varnaraðila og einum tilnefndum af bæjarstjórn Akraness. Í stjórn Orku náttúrunnar ohf. sitja fimm stjórnarmenn, þar af þrír aðalmenn sem skulu vera úr hópi stjórnenda Orkuveitu Reykjavíkur sef., auk þess sem allir fimm stjórnarmennirnir eru kjörnir á aðalfundi þar sem Orkuveita Reykjavíkur – eignir ohf. fer með atkvæðavald. Af þeim sökum er ljóst að Orka náttúrunnar ohf. lýtur stjórn sem opinberir aðilar skipa, sbr. a. lið 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016. Jafnframt er ljóst, með hliðsjón af lögum nr. 136/2013, eigendastefnu Orkuveitu Reykjavíkur sef. sem bindur hendur Orku náttúrunnar ohf. og ákvæðum samþykktu félagsins að opinberir aðilar, þ.e. varnaraðili auk Akranesbæjar og Borgarbyggðar, geta sameiginlega haft afgerandi áhrif á skipulag og ákvarðanir Orku náttúrunnar ohf., sbr. b. lið 2.

mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016. Að auki er ljóst af fyrrgreindri eigendastefnu, samþykktum og lögum nr. 136/2013 að Orka náttúrunnar ohf. hefur ekki öndverðra hagsmuna að gæta gagnvart þeim opinberu aðilum sem hún lýtur stjórn, sbr. c. lið 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016. Af þeim sökum telst skilyrði a. liðar 1. mgr. 13. gr., sbr. síðari málsl. 2. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016, vera uppfyllt.

Skilyrði b. liðar 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 lýtur að því að yfir 80% af starfsemi lögaðilans sé innt af hendi við framkvæmd verkefna sem honum eru falin af þeim opinbera aðila eða aðilum sem hann lýtur stjórn eða öðrum aðilum sem lúta stjórn hinna opinberu aðila. Umrætt skilyrði um er innleiðing á b. lið 1. mgr. 12. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB en þar greinir að á meðal skilyrða þess að samningur falli utan gildissviðs tilskipunarinnar sé að „yfir 80% af starfsemi lögaðilans sem er undir yferráðunum er innt af hendi við framkvæmd verkefna sem honum eru falin af samningsyfirvaldinu sem hefur yferráðin eða öðrum lögaðilum sem eru undir yferráðum þess samningsyfirvalds“. Um þetta skilyrði segir orðrétt í 32. lið formálsorða tilskipunarinnar: „Opinberir samningar, sem gerðir eru við lögaðila sem eru undir yferráðum samningsyfirvalds, ættu ekki að falla undir ferlið, sem kveðið er um í þessari tilskipun, ef samningsyfirvaldið fer með yferráð yfir viðkomandi lögaðila sem eru svipuð þeim sem það hefur yfir eigin deildum, að því tilskildu að lögaðilinn, sem er undir yferráðum samningsyfirvalds, inni af hendi meira en 80% af starfsemi sinni við framkvæmd verkefna sem honum eru falin af samningsyfirvaldinu sem fer með yferráðin eða öðrum lögaðilum sem lúta yferráðum þessa samningsyfirvalds, óháð því hver nýtur góðs af framkvæmd samningsins.“

Í 3. gr. samþykktu Orku náttúrunnar ohf. segir að tilgangur félagsins sé vinnsla, framleiðsla og sala raforku og heits vatns og gufu, auk annarrar starfsemi sem hefur sambærilega stöðu. Einnig sú starfsemi önnur sem nýtt getur rannsóknir, þekkingu eða búnað fyrirtækisins, sem og iðnþróun og nýsköpun samkvæmt ákvörðun stjórnar hverju sinni, enda tengist verkefnið grunnhlutverki fyrirtækisins. Af umræddu ákvæði leiðir að hlutverk félagsins er að veita hluta þeirrar þjónustu sem mælt er fyrir um í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 136/2013 að Orkuveita Reykjavíkur eða dótturfélög hennar skuli veita. Ljóst er að Orka náttúrunnar ohf. starfar á samkeppnismarkaði við sölu raforku til heimila og fyrirtækja um allt land og er starfsemi félagsins ekki einskorðuð við sölu raforku eða veitingu annarrar þjónustu til varnaraðila. Ráðið verður af gögnum málsins að kaup varnaraðila á þjónustu tengdri viðhaldi, rekstri og LED-væðingu götulýsingar frá Orku náttúrunnar ohf. séu einvörðungu lítill hluti af tekjum félagsins en af ársreikningum Orku náttúrunnar ohf. má ráða að árið 2017 hafi rekstrartekjur félagsins numið 167.455.000 Bandaríkjadöllum og 174.703.000

Bandaríkjadölum árið 2018. Enn fremur má ráða af ársreikningi Orku náttúrunnar ohf. 2017 og 2018 að sala félagsins til félaga og stofnana í samstæðu varnaraðila hafi numið 6.458.000 Bandaríkjadölum árið 2017 og 6.762.000 Bandaríkjadölum árið 2018 eða um 4% af rekstrartekjum félagsins fyrir umrædd reikningsár.

Við skýringu á b-lið 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016 má líta til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins sem varðar sams konar ákvæði í tilskipun um opinber innkaup, sbr. til hliðsjónar 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðisins og 31. lið tilskipunar 2014/24/ESB þar sem tekið er fram að skýra skuli 12. gr. tilskipunarinnar með hliðsjón af viðeigandi dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Í dómi Evrópudómstólsins frá 11. maí 2006 í máli nr. C-340/04 reyndi á það hvernig skýra bæri þá kröfu eldri tilskipunar nr. 93/36/EEB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra samninga um vörukaup þess efnis að aðili sem sé undir yferráðum samningsyfirlvals þurfi að framkvæma bróðurpart (e. essential part) af starfsemi sinni til handa opinberum aðila svo að samningur við hann falli utan regluverks opinbers útboðsréttar. Í dóminum er rakið að umrætt skilyrði hafi það að markmiði að tryggt sé að regluverk opinbers útboðsréttar gildi þegar fyrirtæki sem er undir yferráðum opinberra yfirvalda er virkt á markaði og þar af leiðandi líklega í samkeppni við önnur fyrirtæki. Nauðsynlegt sé, svo að skilyrðið teljist uppfyllt, að starfsemi lögaðilans sé að mestu leyti ætluð hinum opinbera aðila. Ekki skipti hins vegar máli hver greiði fyrir starfsemi lögaðilans eða hvar hún sé innt af hendi. Vísast jafnframt til sambærilegra sjónarmiða í dómi Evrópudómstólsins frá 8. desember 2016 í máli nr. C-553/15, mgr. 32 og 33. Jafnframt hefur komið fram í dómum réttarins að undantekningar frá útboðsskyldu skuli skýrðar þröngt, sbr. meðal annars dóm Evrópudómstólsins frá 8. desember 2016 í máli nr. C-553/15, mgr. 29.

Með hliðsjón af eðli starfa Orku náttúrunnar ohf., sem selur raforku á samkeppnismarkaði, og því markmiði laga nr. 120/2016, sbr. 1. gr. laganna, að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni, verður samkvæmt framansögðu ekki talið að uppfyllt séu skilyrði b. liðar 1. mgr. 13. gr. laga nr. 120/2016. Breytir engu í fyrirliggjandi samhengi þótt Orka náttúrunnar ohf. sinni hluta af þeim störfum sem mælt er fyrir um í lögum nr. 136/2013 enda var ástæða fyrir setningu laganna, svo sem rakið er í almennum athugasemdum með frumvarpi til þeirra, að aðgreina samkeppnis- og sérleyfisþætti í rekstri Orkuveitu Reykjavíkur sef.

D.

Af framangreindu leiðir að kaup varnaraðila á þjónustu tengdri rekstri, viðhaldi og LED-væðingu götulýsingar frá Orku náttúrunnar ohf. falla undir lög nr. 120/2016. Innkaupin fara

fram innan ramma ótímabundins þjónustusamnings og er heildarfjárhæð hans ótilgreind. Samkvæmt b-lið 2. mgr. 28. gr. laga nr. 120/2016 skal við þessar aðstæður miða virði samningsins við heildargreiðslur samkvæmt honum í 48 mánuði. Varnaraðili hefur lagt fram upplýsingar um að heildarfjárhæð greiðslna hans til Orku náttúrunnar ohf. í tengslum við rekstur, viðhald og endurnýjun götulýsingar í Reykjavík á tímabilinu 14. nóvember 2019 til og með 30. apríl 2021. Samkvæmt upplýsingunum fóru engar greiðslur fram frá 14. nóvember 2019 til loka árs 2020 en frá ársbyrjun 2020 og til og með 30. apríl 2021 var heildarfjárhæð greiðslna 83.559.778 krónur. Kærunefnd útboðsmála telur að líta verði á þær greiðslur sem fóru fram á grundvelli þjónustusamningsins með heildstæðum hætti, sbr. b-liður 2. mgr. 28. gr. laga nr. 120/2016 og fyrirmæli III. kafla laganna. Að því gættu og með hliðsjón af framangreindum upplýsingum er ljóst að innkaup á grundvelli þjónustusamningsins ná viðmiðunarfjárhæð 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016, sbr. 3. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 1313/2020, um útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) vegna opinberra innkaupa, sbr. áður 3. mgr. 3. gr. reglugerðar nr. 260/2020 um sama efni, og að varnaraðila bar að bjóða út innkaupin á Evrópska efnahagssvæðinu. Þar sem innkaupin voru ekki boðin út verður lagt til grundvallar að varnaraðili hafi brotið gegn skyldu sinni til útboðs samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga nr. 120/2016.

Í 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 segir að kærunefnd útboðsmála geti lýst samning óvirkan samkvæmt ákvæðum greinarinnar en þó aðeins samning sem sé yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laganna. Úrskurður um óvirkni samnings hafi þau áhrif að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings falli niður. Óvirkni samnings skuli takmörkuð við þær greiðslur sem enn hafi ekki farið fram. Að því er varði greiðslur sem þegar hafi farið fram skuli kærunefnd kveða á um önnur viðurlög samkvæmt 118. gr. laganna. Kærunefnd skuli tilgreina frá hvaða tímamarki samningur sé lýstur óvirkur eða hvaða nánari hlutar samnings séu óvirkir. Í a. lið 2. mgr. 115. gr. laganna segir að kærunefnd útboðsmála skuli lýsa samning óvirkan þegar samningur, þar á meðal samningur sem fellur undir reglur um gerð sérleyfissamninga um verk og hönnunarsamkeppni, hafi verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í andstöðu við löggin eða reglur settar samkvæmt þeim.

Kærandi krefst þess aðallega að kærunefndin lýsi „samninga“ tengda rekstri, viðhaldi og LED-væðingu götulýsingar milli varnaraðila og Orku náttúrunnar óvirka í heild eða að hluta. Svo sem fyrr greinir fara kaup varnaraðila á þjónustu frá Orku náttúrunnar ohf. fram innan ramma þjónustusamningsins frá 17. desember 2010. Er þannig um endurtekin og regluleg kaup að ræða án þess að nánari skilmálar liggi með skýrum hætti fyrir. Að því virtu hvernig samningssambandi aðila er háttað telur kærunefnd útboðsmála ekki koma til greina að beita

heimild 1. mgr. 115. gr. laga nr. 120/2016 til að óvirkja umræddan samning milli varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. Þá hefur ekki verið upplýst um aðra samninga milli aðila sem taka til þjónustunnar og til álita gæti komið að óvirkja. Þegar af þessum ástæðum verður kröfu kæranda um óvirkni hafnað.

Kemur þá til skoðunar krafa kæranda um að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða út rekstur, viðhald og LED-væðingu götulýsingar, að viðlögðum dagsektum. Varnaraðili hefur borið því við að brýnir almannahagsmunir í skilningi 1. mgr. 117. gr. laga nr. 120/2016 búi að baki áframhaldandi fyrirkomulagi á rekstri, viðhaldi og LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík, að ómögulegt sé að bjóða innkaupin út í samræmi við kröfur kæranda og að þegar sé búið að bjóða út hluta þjónustunnar. Í viðbótarathugasemdum sínum lagði kærandi meðal annars áherslu á að ekkert kæmi fram í kæru málsins um að varnaraðila væri óheimilt að bjóða „verkþættina út í sitthvoru lagi“.

Í kæru er ekki með beinum hætti útskýrt hvað felst í kröfu kæranda um að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða út LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík. Að virtum gögnum málsins má skipta LED-væðingu götulýsingar í Reykjavík í tvo meginþætti. Annars vegar kaup á LED-lömpum og hins vegar kaup á þjónustu við uppsetningu þeirra. Í málinu liggur fyrir að í gildi er rammasamningur um kaup á lömpunum en samningurinn komst á í kjölfar rammasamningsútbóðs varnaraðila nr. 14156: „Rammasamningur um LED lampa fyrir götu- og stígalýsingu“. Útbóðsskilmálar virðast einnig gera ráð fyrir að bjóðendur sinni viðgerðum á biluðum lömpum en svo sem áður greinir mun viðhald vera með þeim hætti að lömpunum er skipt út í heild sinni. Í grein 1.1.15 í útbóðsskilmálum er þannig mælt fyrir um að bjóðendur eða undirverktakar þeirra skuli hafa á sínum vegum verkstæði og/eða viðgerðarþjónustu sem hafi vottun eða séu viðurkennd af framleiðanda lampanna. Rammasamningurinn tekur hins vegar ekki til útskiptingar og uppsetningu á lömpunum. Í grein 1.1.21 í útbóðsskilmálum er þannig mælt fyrir um að við útskiptingu og uppsetningu lampa verði ráðnir löggiltir rafverktakar eða veitustofnanir sem hefðu yfir að ráða starfsmönnum með fagmenntun til að stunda þessa vinnu. Af svari varnaraðila 14. maí 2021 til kærunefndar útbóðsmála má einnig ráða að varnaraðili hefur greitt Orku náttúrunnar ohf. fyrir þjónustu er lýtur að „útskipti ljósbúnaða“ í tengslum við LED-væðingu götulýsingar og að Orka náttúrunnar ohf. komi ekki að framangreindum rammasamningi. Að mati nefndarinnar hefur varnaraðili ekki fært fram haldbærar röksemdir fyrir því að ekki sé unnt að bjóða út þjónustu tengda útskiptingu og uppsetningu LED-lampa í Reykjavík en hann hefur, svo sem fyrr greinir, byggt á að tæknilegur ómöguleiki og brýnir almannahagsmunir standi í vegi fyrir að breytingar verði gerðar á núverandi fyrirkomulagi. Að þessu og öðru framangreindu gættu verður lagt fyrir varnaraðila

að bjóða út þessa þjónustu, sbr. 1. mgr. 111. gr. laga nr. 120/2016, í samræmi við það sem nánar greinir í úrskurðarorði.

Að mati nefndarinnar er óljóst hvað felst í kröfu kæranda um að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða út rekstur og viðhald götulýsingar í Reykjavík. Krafan er ekki afmörkuð nánar í kæru og virðist samkvæmt orðalagi sínu beinast að því að lagt verði fyrir varnaraðila að bjóða út rekstur og viðhald götulýsingarkerfisins í heild sinni. Af málatilbúnaði kæranda virðist hins vegar mega ráða að krafan sé afmarkaðri en orðalag hennar gefur til kynna og lúti einkum að þjónustupáttum sem eru tilgreindir í 2. gr. þjónustusamningsins frá 17. desember 2010 að því leyti sem þeir snúa að lýsingarmannvirkinu sjálfu. Eins og áður hefur verið rakið kunna ýmsir þessara þjónustupátta að teljast til útboðsskyldrar þjónustu í skilningi 4. gr. laga nr. 120/2016. Hvað sem þessu líður getur nefndin ekki afmarkað nánar hvað felst í kröfu kæranda að þessu leyti. Að sama skapi er ekki unnt að taka afstöðu til málsástæðna varnaraðila, er lúta að ómöguleika og brýnum almannahagsmunum, án þess að skýrlega liggi fyrir hvaða skyldur úrskurðarorð í samræmi við kröfur kæranda myndi leggja á herðar honum. Er því óhjákvæmilegt að hafna kröfu kæranda að þessu leyti.

Hvað varðar greiðslur vegna samningssambands varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf., sem þegar hafa verið inntar af hendi, ber kærunefnd að leggja stjórnvaldssekt á varnaraðila samkvæmt b. lið 1. mgr. 118. gr. laga nr. 120/2016 í ljósi hinna ólögætu innkaupa. Það er í samræmi við athugasemdir við 18. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 58/2013 þar sem fyrst var mælt fyrir um beitingu stjórnvaldssekta í lögum um opinber innkaup. Ákvæðin voru sett til innleiðingar á tilskipun 2007/66/EB og er nánar skýrt í almennum athugasemdum við frumvarpið að það sé meginregla samkvæmt tilskipuninni að komi óvirkni af einhverjum ástæðum ekki til greina sé skylt að beita öðrum viðurlögum, það er stjórnvaldssekt eða styttingu samnings. Séu grunnrök tilskipunarinnar þau að alvarleg brot á reglum um opinber innkaup eigi að leiða til verulega neikvæðra afleiðinga fyrir kaupanda, ef ekki með óvirkni samnings þá með öðrum viðurlögum sem hafi viðhlítandi varnaraðaráhrif og beri að hafa þetta markmið í huga við innleiðingu ákvæða um önnur viðurlög. Í 2. mgr. 118. gr. laganna segir að stjórnvaldssekt skuli nema allt að 10% af ætluðu virði samnings. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hefur verið látinn halda virkni sinni. Samningssamband varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. hefur varað frá 2014 en kæra máls þessa barst kærunefnd útboðsmála 14. maí 2020. Með hliðsjón af samningssambandi varnaraðila og Orku náttúrunnar ohf. þykir eðlilegt, við ákvörðun stjórnvaldssektar, að taka mið af þeim greiðslum sem varnaraðili hefur innt af hendi til Orku náttúrunnar ohf. frá 14. nóvember 2019 og til aprílmánaðar 2021.

Upphafspunktur greiðslna er fjárhæð sektar tekur mið af er ákvarðaður í ljósi kærufrests samkvæmt 3. málsli. 1. mgr. 106. gr. laga nr. 120/2016, sem er hvað varðar óvirkni sex mánuðir frá gerð samnings, svo sem nánar er rakið hér að framan. Kæra barst kærunefnd útboðsmála 14. maí 2020 og er því miðað við sex mánaða tímabil þar á undan. Það skoðast í ljósi þess að varnaraðili og Orka náttúrunnar ohf. eiga í viðvarandi og endurteknum viðskiptum sín á milli innan þessa ramma sem þjónustusamningurinn 17. desember 2010 setur. Samkvæmt upplýsingum frá varnaraðila námu greiðslur hans til Orku náttúrunnar ohf. vegna reksturs, viðhalds og LED-væðingu götulýsingar á árinu 2020 og frá janúar til apríl 2021 samtals 83.559.778 krónum, en engar greiðslur voru inntar af hendi á tilgreindu tímabili árið 2019. Að virtu eðli og umfangi þess brots sem um ræðir, sem og að virtum atvikum öllum, verður sektarfjárhæð ákvörðuð 2.000.000 króna.

D.

Kærandi krefst þess jafnframt að kærunefnd útboðsmála veiti álit á skaðabótaskyldu varnaraðila. Í 1. mgr. 119. gr. laga nr. 120/2016 kemur fram að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þurfi einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Bótafjárhæð skuli miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði. Af lokamálslið ákvæðisins leiðir að kærunefnd útboðsmála getur veitt álit á skaðabótaskyldu þegar fyrirtæki hefur tekið þátt í opinberu útboði þar sem brotið hefur verið í bága við lög nr. 120/2016, að nánar tilgreindum skilyrðum uppfylltum. Þegar af þeirri ástæðu að mál þetta lýtur ekki að útboði heldur að innkaupum sem hafa farið fram án útboðs getur kærunefnd útboðsmála ekki veitt álit á skaðabótaskyldu samkvæmt ákvæðinu. Kröfunni er því hafnað.

Með hliðsjón af framangreindri niðurstöðu málsins þykir rétt að varnaraðili, Reykjavíkurborg, greiði kæranda, Samtökum iðnaðarins, 1.000.000 króna í málskostnað.

Úrskurðarorð:

Varnaraðili, Reykjavíkurborg, greiði stjórnvaldssekt að fjárhæð 2.000.000 krónur í ríkissjóð.

Lagt er fyrir varnaraðila, Reykjavíkurborg, að bjóða út þjónustu við útskiptingu og uppsetningu LED-lampa í Reykjavík.

Varnaraðili, Reykjavíkurborg, greiði kæranda, Samtökum iðnaðarins, 1.000.000 króna í málskostnað.

Öðrum kröfum kæranda er hafnað.

Reykjavík, 19. maí 2021

Ásgerður Ragnarsdóttir

Sandra Baldvinsdóttir

Auður Finnbogadóttir