

Úrskurður
úrskurðarnefndar raforkumála
í máli nr. 1/2020
Kæra Orkusölnunnar ehf.
á ákvörðun
Orkustofnunar

Þann 9. mars 2021 kvað úrskurðarnefnd raforkumála upp úrskurð vegna kæru Orkusölnunnar ehf., (kærandi), Dvergshöfða 2, 110 Reykjavík, á ákvörðun Orkustofnunar, Grensásvegi 8, 108 Reykjavík. Málið hefur fengið númerið 1/2020.

I. Kæruefni og kröfur

Kærandi kærði þann 23. júní 2020, ákvörðun Orkustofnunar frá 25. maí 2020, um val á söluaðila til þrautavara á grundvelli 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019. Kæran barst úrskurðarnefnd þann 17. ágúst 2020. Kærandi gerir kröfu um að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Orkustofnun krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II. Málsatvik

Í máli þessu er deilt um bráðabirgðaákvörðun Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara á tímabilinu 1. júní 2020 til 31. október 2020. Ákvörðunin var tilkynnt kæranda og öðrum sölufyrirtækjum raforku með dreifibréfi Orkustofnunar, dags. 25. maí 2020, ásamt hinni kærðu ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara. Þar kemur fram að lægsta birta verð raforkusala þann 13. maí 2020 hafi verið hjá raforkusölufyrirtækinu Íslenskri orkumiðlun, krónur 7,15 kWst samkvæmt töflu sem birt er í dreifibréfinu og fengin er af vefsíðunni aurbjorg.is. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Í samræmi við 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 tilkynnist hér með að raforkusali til þrautavara á tímabilinu 1. júní 2020 til 31. október 2020 er Íslensk orkumiðlun. Fylgdi hin kærða ákvörðun með tölvupóstinum auk leiðbeininga Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara frá 15. maí 2020. Í hinni kærðu ákvörðun er leiðbeint um kæruefni til úrskurðarnefndar.“

III. Málsástæður og rök kæranda

Í kæru er bent á að samkvæmt 7. lið leiðbeininga Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara sé kveðið á um að val á sölufyrirtæki til þrautavara skuli sett til bráðabirgða fyrir fyrsta tímabilið sem sé frá 1. júní 2020 til 31. október 2020. Við val á söluaðila til þrautavara fyrir fyrsta tímabilið sé miðað við lægsta birta raforkuverð til heimila frá seljendum miðvikudaginn 13. maí 2020 eða tveimur dögum fyrir birtingu leiðbeininganna. Kærandi hafi fyrst fengið vitneskju um tilvist þeirra í tölvupósti hinn 26. maí 2020, í tengslum við val Orkustofnunar á Íslenskri orkumiðlun sem söluaðila til þrautavara þetta fyrsta tímabil.

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun vera stjórnvaldsákvörðun. Hann hafi ekki verið aðili máls en með hinni kærðu ákvörðun hafi Orkustofnun ákveðið að almennur notandi, sem ekki hafi gert raforkusölusamning við sölufyrirtæki, skuli sjálfkrafa settur í viðskipti við keppinaut

kæranda. Þannig sé með öðrum orðum verið að ráðstafa tilteknum viðskiptum sem feli í sér „takmörkuð gæði“, á samkeppnismarkaði til tiltekins söluaðila umfram aðra sem starfa á viðkomandi markaði.

Telur kærandi að bæði form- og efnislegir annmarkar séu á hinni kærðu ákvörðun sem valdi því að ógilda beri hana.

Að því er formannmarka varði hafi Orkustofnun hvorki gætt að rannsóknarreglu 10. gr. og andmæla-reglu 13. gr. stjórnarsýslulaga né meginreglna stjórnarsýsluréttarins sem liggja þeim til grundvallar. Við mat á því hversu rík rannsóknarskylda hvíli á stjórnvöldum beri að líta til þeirra hagsmuna sem séu í húfi. Orkustofnun virðist hafa valið þá leið að hvorki sé gerð krafa um að söluaðili til þrautavara selji raforku á tilteknu verði á því tímabil sem hann telst söluaðili til þrautavara né sé einhvers konar álag lagt á þessa samninga til að hvetja viðkomandi viðskiptavinum til að velja sjálfir söluaðila. Þetta geti haft í för með sér verulega samkeppniströskun, enda hafi notendur raforku litla ástæðu til að eiga frumkvæði að því að semja við annan raforkusala þegar þeim bjóðist hagstæð kjör með viðskiptum við söluaðila til þrautavara. Hvatinn sé mögulega enginn til að skipta um söluaðila en jafnframt sé ljóst að viðskiptamannafjöldinn sem söluaðili til þrautavara þurfi að þjónusta geti orðið umtalsverður, þegar á reyni. Til að tryggja samkeppni og gæta fyllsta jafnræðis við valið, væri nærtækast að viðskipti vegna tiltekins tímabils væru boðin út reglulega af hálfu hins opinbera.

Fyrir liggir að hin kærða ákvörðun skyldi vera til bráðabirgða og miða við lágsta birta raforkuverð til heimila frá seljendum miðvikudaginn 13. maí 2020. Við mat á því hafi ekki verið leitað eftir útreikningum frá kæranda heldur stuðst við almennar upplýsingar um raforkuverð á heimasíðunni aurbjorg.is. Kveður kærandi þær upplýsingar bæði vera ónákvæmar og langt í frá hlutlaust mat á gildandi lágsta verði á markaðnum. Telur kærandi það vera ótækt að Orkustofnun byggji niðurstöðu sína á slíkum upplýsingum á grundvelli stjórnarsýslulaga og meginreglna stjórnarsýsluréttarins án nokkurrar sjálfstæðrar rannsóknar að því er virðist. Orkustofnun hafi haft nærri hálfu ári til að leggja fullnægjandi grunn að ákvarðanatöku á grundvelli hennar.

Telur kærandi að almennar upplýsingar á ótengdri vefsíðu um raforkuverð geti ekki talist fullnægjandi rannsókn skv. 10. gr. stjórnarsýslulaga. Orkustofnun hefði átt að óska eftir þessum upplýsingum frá söluaðilunum sjálfum, enda séu þeir betur í stakk búnir til að reikna út áætlað raforkuverð fyrir næstu 6 mánuði. Upplýsingar á síðunni aurbjorg.is grundvallist á upplýsingum af síðum söluaðila sem byggja á ólíkum viðmiðum og geti skekkt matið á raunverulegu „lægsta verði“. Aurbjorg.is birti t.d. ekki fullnægjandi upplýsingar um greiðslugjöld sem söluaðilar innheimti. Greiðslugjöld hækki einingarverð þeirra raforkusala sem innheimti þau, en kærandi innheimti ekki slík gjöld. Þá sé ekkert sem tryggi að söluaðili sem valinn sé til þrautavara geti í raun boðið lágsta raforkuverð næstu 6 mánuði eða muni gera það. Þá séu útreikningar á síðunni Aurbjorg.is ekki í samræmi við viðmiðin sem Orkustofnun hafi sett í leiðbeiningareglum, þar sé t.d. ekki tekið mið af tiltekinni meðalnotkun eða kostnaði við söluna. Telur kærandi af þessum sökum að Orkustofnun hafi ekki rannsakað málið með fullnægjandi hætti skv. 10. gr. stjórnarsýslulaga. Ennfremur að Orkustofnun hafi ekki gætt að andmælarétti skv. 13. gr., því upplýsingar frá kæranda um raforkuverð hefðu getað verið til þess fallnar að hafa áhrif á meðferð og úrlausn málsins. Hafi kærandi hvorki haft vitneskju um að málið væri til meðferðar hjá Orkustofnun né haft aðgang að gögnum þess og málsástæðum sem hin kærða ákvörðun byggði á. Þá hafi kærandi ekki fengið að vita á hvaða forsendum hin kærða ákvörðun yrði tekin en leiðbeiningarnar sem Orkustofnun hafi stuðst við hafi fyrst verið birtar kæranda í viðhengi með tilkynningu Orkustofnunar til söluaðila hinn 26. maí 2020. Kæranda hafi því

verið ókunnugt um að málið væri til meðferðar fyrr en hin kærða ákvörðun hafi verið birt og því verði að telja að Orkustofnun hafi brotið gegn andmælarétti hans. Formannarmarkar séu svo verulegir að hin kærða ákvörðun sé ógildanleg af þeirri ástæðu.

Að því er efnisannmarka varðar telur kærandi þá felast í að Orkustofnun hafi kosið að taka „bráðabirgðaákvörðun“ í málinu án skýrrar lagaheimildar og nokkurrar rannsóknar, að því er virðist. Með því að fylgja ekki lögboðnum og ófrávíkjanlegum málsmeðferðarreglum stjórnarsýsluréttar, teljist málsmeðferðin ólögumæt, og því beri að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Þá telur kærandi hina kærðu ákvörðun hafa brotið í bága við lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Heimild Orkustofnunar til að velja söluaðila til þrautavara byggir á 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019. Ákvæðið veitir Orkustofnun heimild til að ráðstafa viðskiptum á samkeppnismarkaði til tiltekins aðila á grundvelli matskenndra og óljósra forsendna sem Orkustofnun skuli sjálf setja þó „m.a. með tilliti til lægsta meðalverðs til ákveðins tíma.“ Ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara varði atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrár. Samkvæmt ákvæðinu sé heimilt að setja atvinnufrelsi skorður með lögum, enda krefjist almannahagsmunir þess.

Byggi heimild Orkustofnunar ekki á skýru lagaákvæði heldur reglugerð. Hin kærða ákvörðun standist því ekki lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Ekki verði séð að ætlun löggjafans hafi verið að veita Orkustofnun, sem hafi það lögbundna hlutverk að hafa eftirlit með raforkulögum, heimild til að beina almennum notendum til að eiga í viðskiptum við tiltekna söluaðila, umfram aðra, sem starfa á samkeppnismarkaði. Því verði ekki séð að 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 rúmist innan reglugerðarheimildarinnar og því uppfylli hún ekki lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár.

Loks bendir kærandi á að ekki verði séð að ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara rúmist innan valdheimilda Orkustofnunar. Það sé ekki hlutverk stofnunarinnar að beina því til almennra notenda að stunda viðskipti við tiltekna söluaðila, jafnvel þó að þeir hafi ekki gert raforkusamning. Reglugerðarheimild 3. mgr. 20. gr. geti ekki mælt fyrir um rýmra hlutverk Orkustofnunar en mælt er fyrir um í raforkulögum.

IV. Athugasemdir Orkustofnunar

Kæran var send Orkustofnun til athugasemda þann 17. ágúst 2020. Einnig óskaði úrskurðarnefnd eftir öllum gögnum sem lögð voru til grundvallar niðurstöðu Orkustofnunar. Athugasemdir bárust frá Orkustofnun þann 12. október 2020.

Orkustofnun rekur tilefni þess að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 hafi verið sett. Þann 4. júlí 2018 hafi stofnuninni borist kvörtun frá Orku heimilanna hf. þar sem kvartað hafi verið undan því að dreifiveitur brytu lög með því að setja alla nýja notendur rafmagns, án þess að kanna vilja þeirra, í sölu hjá því sölufyrirtæki sem væri í eignartengslum við dreifiveitu. Fram hafi komið að átta sölufyrirtæki stundi smásölu á raforkumarkaði og þar af væru sex þeirra tengd dreifiveitum og tvö þeirra ótengd dreifiveitum. Að mati kvartanda hefðu sölufyrirtæki tengd dreifiveitum samkeppnisforskot á önnur sölufyrirtæki. Orkustofnun hafi komist að þeirri niðurstöðu að allar dreifiveitur hafi gerst brotlegar við ákvæði 1. og 2. mgr. 7. gr. þágildandi reglugerðar nr. 1050/2004 með því að setja notendur í sjálfgefin viðskipti hjá tengdum sölufyrirtækjum ef viðskiptavinir hefðu ekki valið sér sölufyrirtæki, þeir flust innan dreifiveitusvæðis eða inn á svæðið frá annarri dreifiveitu. Þá hafi komið fram sú afstaða dreifiveitna að þágildandi reglugerð hefði skapað mikla óvild hjá viðskiptavinum þar sem

dreifiveitum hafi verið gert skylt að leggja álag á viðskiptavinum sem ekki hefðu valið sér söluaðila innan tilskilins frests.

Því hafi verið ákveðið að endurskoða þágildandi ákvæði reglugerðar um raforkuviðskipti og mælingar nr. 1050/2004, til að kveða nánar á um rétt neytenda og skyldur sölufyrirtækja og dreifiveitna gagnvart neytendum. Reglugerðardrögin hafi farið í samráðsgátt þar sem athugasemdir hafi borist frá fjölmörgum hagsmunaaðilum á markaði, þar á meðal kæranda. Hafi niðurstaða vinnunnar verið að falla frá fyrri tillögu Orkustofnunar um nauðsyn þess að staðfesta samningssamband með upplýstum hætti milli notanda og raforkusölufyrirtækis meðal annars vegna andmæla kæranda sem fram hafi komið við áður nefnt samráðsferli. Ákveðið hafi verið að fela Orkustofnun að velja söluaðila til þrautavara samkvæmt fyrirfram skilgreindum viðmiðum sem Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið setti með 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019. Þær reglur sem séu settar með reglugerðinni séu í samræmi við auknar áherslur á neytendavernd sem sé að finna í þriðju raforkutilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2009/72/ESB og að liðka fyrir aðkomu nýrra aðila á smásölumarkað raforku.

Í málsástæðum og lagarökum mótmælir Orkustofnun fullyrðingum kæranda um að ekki hafi verið gætt að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga og andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga. Ákvörðun um val á söluaðila raforku til þrautavara byggir algjörlega á hlutlægum forsendum, það er birtu raforkuverði eins og það sé birt opinberlega á hverjum tíma. Stofnunin taki undir að hvati neytenda til að velja sér söluaðila raforku geti verið takmarkaður þegar þeir séu sjálfkrafa settir í viðskipti við söluaðila raforku sem ætíð bjóði lágsta verðið. Hins vegar ættu ákvæði núverandi reglugerðar að hvetja söluaðila raforku til að lækka verð og bjóða neytendum betri kjör frá einum tíma til annars til að eiga möguleika á því að verða valdir söluaðili raforku til þrautavara en ekki síður til að bjóða viðskiptavinum þess fyrirtækis sem valið hefur verið söluaðili raforku til þrautavara betri kjör en bjóðast á þeim tíma sem hann sinnir því hlutverki.

Þá telur Orkustofnun að rök kæranda um að viðskipti vegna tiltekins tímabils ætti að bjóða út reglulega af hálfu hins opinbera vera í mótsögn við þá gagnrýni kæranda að miðað sé við lágsta verð við val á söluaðila á raforku til þrautavara. Markmið útboðs sé ávallt að hvetja til skilvirkni og hagkvæmni með því að finna þann aðila á markaði sem bjóði lágsta verð.

Að því er varðar meint brot á rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga við töku hinnar kærðu ákvörðunar, bendir Orkustofnun á að við mat á söluaðila raforku til þrautavara hafi Orkustofnun stuðst við upplýsingar um raforkuverð á vefsíðunni aurbjorg.is, og að stofnunin sjálf hafi notað síðuna til að sjá raforkuverð. Söluaðilar raforku hafi aldrei gert opinberlega athugasemdir við þær upplýsingar sem sé að finna á síðunni. Þá hafi Orkustofnun sjálf ekki komist að því í gegnum eigin notkun að upplýsingar á síðunni aurbjorg.is séu rangar. Kærandi hafi ekki lagt fram nein gögn sem gefi tilefni til eða sýni fram á að verð kæranda hafi verið birt ranglega á síðunni aurbjorg.is. Orkustofnun hafi sent fyrirspurn um áreiðanleika upplýsinga á aurbjorg.is um birt raforkuverð og í svari hennar hafi komið fram að nýttur sé hugbúnaður sem vakti heimasíður söluaðila raforku og láti vita ef breytingar verði. Um leið og tilkynning berist þá uppfærast heimasíðan. Bendir Orkustofnun á að ákvæði 5. gr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, feli ekki í sér mat að nokkru leyti heldur kveði á um þau skilyrði sem þurfi að vera fyrir hendi svo ákvörðun verði tekin þ.e. lágsta meðalverði til ákveðins tíma.

Fullyrðing kæranda um að Aurbjorg.is birti t.d. ekki fullnægjandi upplýsingar um greiðslugjöld sem söluaðilar raforku innheimta, sbr. tillögur kæranda né reikni út meðalverð yfir ákveðið tímabil, skiptir ekki máli að mati Orkustofnunar. Þessi greiðslugjöld eða meðalverð hafi ekki verið grundvöllur hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunarinnar eins og hún hafi verið tekin.

Hvað varði andmælarétt kæranda sbr. 13. gr. stjórnslulaga þá eigi ákvæðið að mati Orkustofnunar ekki við þegar söluþyrirtæki til þrautavara sé valið enda sé slíkt augljóslega óþarft þegar ákvörðun sé algjörlega byggð á hlutlægum upplýsingum líkt og kærandi geri sjálfur grein fyrir. Þar að auki hafi bráðabirgðaviðmið um val á söluaðila raforku ekki gert ráð fyrir öðru en að birtar og opinberar upplýsingar lægju til grundvallar. Þar sem um sé að ræða opinberar upplýsingar um raforkuverð sem séu réttar sé ekki ætlandi að upplýsingar frá málsaðila breyti neinu þar um. Upplýsingarnar hafi legið fyrir sem nauðsynlegar hafi verið til töku hinnar kærðu ákvörðunar.

Legið hafi á að velja söluaðila til þrautavara enda hafi dreifiveitur úthlutað tengdum söluþyrirtækjum raforku þeim viðskiptavinum sem ekki hafi valið sér söluþyrirtæki. Orkustofnun hafi því ákveðið að taka ákvörðun um val á söluaðila til bráðabirgða enda hafi það verið í þágu neytenda að vera ekki sett í viðskipti til þrautavara við raforkusala sem ekki buðu lágsta raforkuverð.

Leiðbeiningar Orkustofnunar um val á söluþyrirtæki til þrautavara, frá 15. maí 2020, hafi ekki verið sendar söluaðilum raforku til umsagnar því það hafi strangt til tekið ekkert gildi fyrir söluaðila raforku að sjá þær þar sem þeir hafi ekkert haft um þær að segja. Það liggi fyrir að Orkustofnun hafi í þágu neytenda borið að gefa út leiðbeiningar um val á söluaðila til þrautavara.

Hvað varði meinta efnisannmarka þá mótmælir Orkustofnun því harðlega að hún hafi með hinni kærðu ákvörðun misbeitt valdi sínu. Hlutverk og heimildir Orkustofnunar til að setja viðmið um val á raforkusala til þrautavara séu skýrar og vísar stofnunin til 3. mgr. 20. gr. raforkulaga nr. 65/2003, sem reglugerð nr. 1150/2019 sæki stoð í. Í 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar sé að finna þau viðmið sem leggja skuli til grundvallar leiðbeinandi reglum sem stofnunin setji við ákvarðanatökuna. Ekkert svigrúm sé til mats um hvaða sjónarmið liggi til grundvallar heldur sé ákvörðunin lögbundin.

Orkustofnun hafnar því að um meint brot gegn lagaáskilnaðarreglu stjórnarskrár þar sem hin kærða ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara hafi varðað atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrár. Ekki verði annað ráðið af orðalagi 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, en að hin kærða ákvörðun hafi verið í samræmi við inntak ákvæðisins og að leiðbeinandi reglur Orkustofnunar hafi verið settar í fullu samræmi við 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar. Með hinni kærðu ákvörðun hafi Orkustofnun framfylgt lögbundnum skyldum við að búa til leikreglur á markaði þar sem hagsmunir kaupenda raforku séu hafðir í fyrirrúmi. Annars vegar að tryggt sé að virtur sé réttur kaupenda raforku til að halda raforkusölusamningi sínum við flutninga milli staða og að þeir neytendur sem ekki velji sér raforkusöluþyrirtæki séu ekki umsvifalaust settir í viðskipti hjá raforkusöluþyrirtæki sem hafi eða hafði fyrri tengsl við dreifiveitu með sérleyfi á því svæði sem notandinn býr. Orkustofnun taki ekki undir þau sjónarmið að hin kærða ákvörðun sé íþyngjandi að því er varðar réttindi og skyldur einstaklinga eða lögaðila.

Ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, hafi verið sett til að tryggja réttindi neytenda á markaði. Orkustofnun geri ekki athugasemdir við að kærandi eða annar raforkusali markaðssetji starfsemi sína með svo árangursríkum hætti að ekki þurfi að setja kaupendur raforku í sjálfkrafa viðskipti við söluaðila til þrautavara þegar þeir hefja raforkuviðskipti. Að mati stofnunarinnar sé ekkert sem takmarki atvinnufrelsi. Geti Orkustofnun ekki fallist á að sú athöfn að kippa neytendum úr samningssambandi við sitt söluþyrirtæki og setja umsvifalaust í

viðskipti við sölufyrirtæki tengt dreifiveitum sé varin af atvinnufrelsisákvæði stjórnarskrárinnar.

Loks er bent á að því er varðar valdbærni Orkustofnunar og ítrekað að ákvörðun um val á söluaðila raforku til þrautavara rúmist innan valdheimilda Orkustofnunar og vísað til 1. mgr. 24. gr. raforkulaga um það. Lögbundið hlutverk Orkustofnunar sé að hafa eftirlit með raforkulögum, m.a. með veitingu starfsleyfa og enn fremur að leiðbeina og setja viðmið fyrir markaðinn til að tryggja meðal annars hagkvæmni og skilvirkni hans, vernda neytendur og rétt þeirra til að velja sér söluaðila og viðhalda þeim rétti sínum en á sama tíma tryggja að dreifiveitur, sem hafa þá skyldu að tryggja að fólk sem tengst hefur veitu fái afhent rafmagn, sinni þeirri skyldu sinni.

Með vísan til alls framangreinds beri því að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

V. Sjónarmið kæranda vegna athugasemda Orkustofnunar

Umsögn Orkustofnunar var send kæranda til athugasemda með bréfi dags. 13. október 2020. Þá var Íslenskri orkumiðlun ehf. send kæran ásamt umsögn Orkustofnunar, dags. 13. október 2020. Athugasemdir bárust ekki frá Íslenskri orkumiðlun ehf.

Í umsögn kæranda frá 29. október 2020 kemur fram að kærandi telji nauðsynlegt að draga saman raunveruleg áhrif hinnar kærðu ákvörðunar á rekstur söluaðila almennt og þá sérstaklega á rekstur kæranda. Með aðgerðum Orkustofnunar sé í reynd verið að færa umtalsverðan fjölda notenda til eins söluaðila á 6 mánaða fresti (5 mánaða í tilviki hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar). Þetta hafi bein og neikvæð áhrif á starfsemi annarra söluaðila en söluaðila til þrautavara og sé til þess fallið að hygla honum á kostnað annarra keppinauta, með tilheyrandi neikvæðum samkeppnisáhrifum. Í ljósi hegðunar viðskiptavina og fyrirkomulagi aðgerða Orkustofnunar að öðru leyti sé jafnframt ljóst að í inngrípi Orkustofnunar felist enginn hvati fyrir umrædda viðskiptavini til að færa sig yfir til annars söluaðila eftir að þeir hafa verið settir í viðskipti við söluaðila til þrautavara.

Telur kærandi nauðsynlegt að árétta að hagsmunir söluaðila séu gífurlegir. Máli sínu til stuðnings rekur kærandi upplýsingar frá Netorku um skráningu á söluaðila til þrautavara á því tímabili sem bráðabirgðaákvörðunin hefur verið í gildi, þ.e. júní til október 2020. Samkvæmt þeim megi áætla að fjöldi viðskiptavina sé á bilinu 800-1300 á mánuði eða 4000-6500 yfir allt tímabilið. Til samanburðar hafi söluaðilaskipti með almennum hætti, á grundvelli frjálsrar samkeppni, verið á bilinu 15-250 einstaklingar/fyrirtæki á mánuði eða 750-1250 yfir allt tímabilið. Af þessu megi áætla að fyrirtæki á þessum markaði séu alla jafna að keppa um 950-1550 viðskiptavini á mánuði, þ.e. þeir sem eru með fleiri en einn söluaðila, hafa ekki valið söluaðila, eru óákveðnir og/eða vilja skipta. Með ákvörðun Orkustofnunar sé hins vegar verið að flytja tæplega 85% þessara viðskipta til eins fyrirtækis á markaðnum.

Mótmælir kærandi meintri aðkomu og áhrifum á setningu ákvæðis um val á söluaðila til þrautavara skv. 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar. Kærandi hafi ekki á neinu stigi fengið tækifæri til þess að koma að athugasemdum vegna fyrirkomulagsins, hvorki í tengslum við innleiðingu 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar né heldur, og það sem mikilvægast sé, við málsmeðferð Orkustofnunar í tengslum við töku hinnar kærðu ákvörðunar og leiðbeiningar þær er hún byggir á. Hafi kærandi fyrst verið upplýstur um að málið væri til meðferðar í tengslum við töku hinnar kærðu ákvörðunar og leiðbeiningar þær sem hún byggir á.

Kærandi áréttar að hin kærða ákvörðun sé haldin verulegum annmörkum, bæði form og efnislegum, sem leiða eigi til ógildingar hennar.

Um brot á rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga bendir kærandi á að í umsögn Orkustofnunar sé því haldið fram að nauðsynlegar upplýsingar hafi legið fyrir áður en hin kærða ákvörðun hafi verið tekin. Sé því enn fremur haldið fram að ákvæði 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, sé ekki matskennt heldur sé ákvæðið skýrt um að miða skuli við lægsta meðalverð til ákveðins tíma. Orkustofnun haldi því fram að það hafi einnig verið afstaða kæranda. Því telji stofnunin að það hafi verið fullnægjandi rannsókn að líta til upplýsinga um lægsta raforkuverð á heimasíðunni aurbjorg.is. Hafi Orkustofnun síðan borið upplýsingar á aurbjorg.is við upplýsingar á heimasíðu Íslenskrar orkumiðlunar ehf. til að staðreyna að upplýsingarnar væru réttar. Mótmælir kærandi þessu.

Hvað varði athugasemdir Orkustofnunar um fullnægjandi rannsókn málsins telji kærandi nauðsynlegt að taka fram að 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar sé ekki hlutlæg heldur matskennd. Í reglugerðarheimildinni, sem Orkustofnun taki orðrétt upp í umsögn sinni, sé beinlínis gengið út frá því að reglur Orkustofnunar byggji á mati á fleiri en einu atriði, n.t.t. taki reglurnar „...m.a. mið af lægsta meðalverði til ákveðins tíma samkvæmt nánari útfærslu Orkustofnunar.“. Þegar ákvörðun stjórnvalds byggji á matskenndum „lagagrundvelli“ sem þessum verði rannsókn máls óhjákvæmilega flóknari þar sem stjórnvaldið þurfi að velja þau málefnalegu sjónarmið sem komi til greina og viðkomandi ákvörðun skuli byggð á. Þegar stjórnvaldi sé fengið slíkt mat „með lögum“ sé þeim raunar fengin ákveðin heimild til þess að ná markmiðum þeirra á sveigjanlegan og sanngjarnan hátt.

Kærandi telur ljóst að eðli reglugerðarheimildarinnar sé beinlínis með þeim hætti að hún kalli á umtalsverða rannsókn af hálfu stjórnvaldsins og mats á því hvaða málefnalegu sjónarmið skuli leggja til grundvallar reglunum og þar með þeim ákvörðunum sem teknar séu á grundvelli þeirra. Sé sú rannsókn Orkustofnunar að mati kæranda með öllu ófullnægjandi. Með fyrirkomulaginu eins og það hafi verið lagt upp af hálfu Orkustofnunar í leiðbeiningum og hinni kærðu ákvörðun, sé stofnun að veita einum aðila á markaðnum forgjöf, sem hlaupi á mörg hundruð milljónum á ári, til lengri tíma, umfram aðra aðila á markaðnum. Jafnframt sé ljóst að umrædd viðskipti nemi um 80% þeirra viðskipta sem séu „virk“ hverju sinni.

Bendir kærandi á að í ljósi þess að um sé að ræða úthlutun opinbers aðila á takmörkuðum gæðum til eins keppinauts, án útboðs, dragi kærandi í efa að fyrirkomulagið samrýmist lögum, þ. á m. ákvæðum samkeppnislaga. Til þess að koma í veg fyrir neikvæð samkeppnisleg áhrif hefði verið nauðsynlegt að bjóða þetta út með reglubundnum hætti þar sem söluaðilar gætu áætlað raforkukaup vegna verksins fram í tímann miðað við fyrirfram gefnar og málefnalegar forsendur. Virðist Orkustofnun raunar taka sjálf undir að útboð sé sú leið sem sé skilvirkust og hagkvæmust til að finna þann sem bjóði lægsta verðið. Þrátt fyrir það virðist stofnunin hafa kosið að fara aðra leið við val á söluaðila til þrautavara þar sem söluaðili sé valinn á grundvelli fortíðarupplýsinga og án fullnægjandi rannsókna og málefnalegra skýringa að mati kæranda. Þannig séu mörg þúsund viðskiptavinir afhentir hlutaðeigandi aðila hverju sinni með ákvörðun Orkustofnunar, án nokkurra skyldna af hálfu viðkomandi söluaðila og með þeim hætti að hvati notenda til að skipta frá söluaðila til þrautavara til annars söluaðila sé í raun gerður að engu.

Þá hafi Orkustofnun ekki fært fram haldbærar skýringar fyrir þeirri ákvörðun að leggja ekki neinar skyldur á söluaðila til þrautavara á tímabilinu, s.s. með föstu verði þannig að tryggt væri að viðkomandi gæti ekki hækkað verð á tímabilinu. Telur kærandi í umsögn sinni að í ljósi eðlis

hinnar kærðu ákvörðunar og þess að um inngríp sé að ræða í viðskipti fyrirtækja á samkeppnismarkaði hefði verið eðlilegt og málefnalegt að óska eftir umsögn Samkeppniseftirlitsins á fyrirkomulaginu. Bent er á að sambærilegt fyrirkomulag finnist hvergi á Norðurlöndunum.

Kærandi mótmælir því að það geti talist fullnægjandi rannsókn að líta eingöngu til verðupplýsinga á aurbjorg.is, sem sé einkarekið fyrirtæki, og bera þær saman við verðupplýsingar á heimasíðu Íslenskrar orkumiðlunar, sem hafi verið valið sem söluaðili til þrautavara, í stað þess að óska eftir umræddum upplýsingu beint frá söluaðilunum sjálfum.

Telur kærandi umræddar upplýsingar, að virtum forendum um lægsta meðalverð, vera misvísandi og villandi, þar sem upplýsingar af heimasíðu söluaðila byggja ekki endilega á sömu forsendum. Orkustofnun hefði þurft að óska eftir staðfestingu frá öllum söluaðilum en ekki aðeins þeim sem hafi verið valinn, á umræddum upplýsingum eða bera þær saman við upplýsingar á heimasíðum þeirra að þeirri forsendu gefinni að sömu forsendur liggi að baki útreikningum söluaðilanna, en kærandi telji ljóst að svo sé ekki. Eina leiðin sé að afla viðeigandi upplýsinga, miðað við þær forendur sem stofnunin hafi lagt til grundvallar í leiðbeinandi reglum, á sama formi frá öllum söluaðilum.

Varðandi brot á andmæla­reglu 13. gr. stjórnsýslulaga mótmælir kærandi fullyrðingum Orkustofnunar um að telja verði að óþarft hafi verið að gefa aðilum færi á að tjá sig um málið áður en hin kærða ákvörðunin hafi verið tekin þar sem um hafi verið að ræða opinberar upplýsingar um raforkuverð sem séu réttar. Telur kærandi að um undantekningu sé að ræða frá meginreglu 13. gr. stjórnsýslulaga sem verði að túlka þröngt. Hefði verið gætt að andmælarétti kæranda í málinu hefðu athugasemdir hans verið til þess fallnar að hafa áhrif á meðferð og úrlausn málsins, og þá ekki aðeins hvað lagaatriði varði.

Einnig ítrekar kærandi fyrri sjónarmið um að Orkustofnun hafi skort lagaheimild til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu með þeim hætti sem gert hafi verið, enda sé hvorki í reglugerðinni né lögnum mælt fyrir um heimild Orkustofnunar til töku slíkrar ákvörðunar. Sé því mótmælt að slík heimild um úthlutun viðskipta til söluaðila til þrautavara, umfram keppinauta, verði ráðin af 3. mgr. 24. gr. raforkulaga. Kærandi telur leiðbeiningar Orkustofnunar, og þar af leiðandi hina kærðu ákvörðun, sem hún byggja á, ólög­mætar, þar sem þær brjóti í bága við lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár.

Loks segir kærandi það ekki fást staðist að sú röksemd Orkustofnunar, að það standist atvinnufrelsisákvæðið að beina viðskiptum milli aðila með þessum hætti til annars söluaðila, þar sem dreifiveiturnar hafi gert það í gildistíð fyrri reglugerðar, standist skoðun. Dreifiveiturnar séu ekki stjórnvöld.

VI. Niðurstaða

Í máli þessu er uppi ágreiningur um lög­mæti hinnar kærðu ákvörðunar. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi annars vegar vegna formannmarka og hins vegar þar sem hún sé haldin efnislegum annmörkum. Orkustofnun krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Formannmarkar á hinni kærðu ákvörðun snúa að mati kæranda að því að Orkustofnun hafi hvorki gætt að rannsóknareglu 10. gr. stjórnsýslulaga, andmæla­reglu 13. gr. laganna né meginreglum stjórnsýsluréttar sem liggja þeim til grundvallar. Kjarni rannsóknarreglunnar

felist í því að stjórnvaldi beri að sjá til þess að nauðsynlegar og réttar upplýsingar liggi fyrir þannig að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun áður en að úrlausn komi. Reglan sé nátengd andmælareglunni þar sem í mörgum tilvikum verði mál ekki nægilega upplýst nema aðila hafi verið gefin kostur á að kynna sér gögn máls með fullnægjandi hætti og koma að frekari upplýsingum um málið. Hin kærða ákvörðun hafi verið til bráðabirgða og miðað við lágsta birta raforkuverð til heimila frá seljendum þann 13. maí 2020. Brot Orkustofnunar gegn andmælarétti hafi ekki eingöngu falist í að afla ekki upplýsinga frá kæranda um raforkuverð, sem hefðu getað verið til þess fallnar að hafa áhrif á meðferð og úrlausn málsins, heldur hafi kærandi aldrei fengið tækifæri til að kynna sér gögn málsins, tjá sig um framkomnar upplýsingar og koma að frekari upplýsingum áður en Orkustofnun tók hina kærðu ákvörðun. Enn fremur hafi kærandi ekki vitað á hvaða forsendum hin kærða ákvörðun yrði tekin, en leiðbeiningar Orkustofnunar hafi fyrst verið birtar kæranda í viðhengi með tilkynningu til söluaðila þann 26. maí 2020, ásamt hinni kærðu ákvörðun.

Orkustofnun mótmælir því að ekki hafi verið gætt að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga og andmælareglu 13. gr. stjórnsýslulaga. Ákvörðun um val á söluaðila raforku til þrautavara byggir algjörlega á hlutlægum forsendum, það er birtu raforkuverði eins og það sé birt opinberlega á hverjum tíma. Þegar af þeirri ástæðu hafi ekki verið þörf á að leita eftir afstöðu kæranda.

Að því er varðar annmarka á efni sé til að taka að inngríp Orkustofnunar með hinni kærðu ákvörðun sé verulega íþyngjandi fyrir kæranda og að henni hafi hvorki verið veitt viðhlítandi lagastoð í markmiðsákvæði raforkulaga né almennum reglugerðarheimildum laganna. Með 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019 sé Orkustofnun án lagastoðar veitt umtalsvert svigrúm til mats um hvernig reglur sem ákvörðun hennar byggja á skuli vera og þar með hin kærða ákvörðun. Ennfremur að reglugerðarákvæðið sé þess eðlis að kalli á umtalsverða rannsókn og mat á því hvaða sjónarmið liggi til grundvallar reglunum og hinni kærðu ákvörðun. Sú rannsókn hafi verið ófullnægjandi. Loks sé heimild Orkustofnunar byggð á reglugerðarákvæði sem skerði stjórnarskrárvarið atvinnufrelsi en ákvæðið eigi sér ekki skýra lagastoð. Valdframsal af því tagi brjóti í bága við lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrár. Þá bendir kærandi á að hin kærða ákvörðun rúmist ekki innan valdheimilda Orkustofnunar.

Orkustofnun hafnar því sem kærandi heldur fram um að brotið hafi verið gegn lagaáskilnaðarreglu stjórnarskrár þar sem hin kærða ákvörðun varði atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrár. Telur stofnunin að 5. mgr. 7. gr. reglugerðar 1150/2019 sé í samræmi við lög. Loks bendir Orkustofnun á og ítrekar að ákvörðun um val á söluaðila raforku til þrautavara rúmist innan valdheimilda Orkustofnunar og vísar til 1. mgr. 24. gr. raforkulaga um það.

Telur stofnunin rétt að staðfesta beri fyrri ákvörðun hennar dags. 25. maí 2020.

1.

Rétt er að skoða nánar ákvæði raforkulaga nr. 65/2003, ákvæði reglugerðar nr. 1150/2019, um raforkuviðskipti og mælingar, og leiðbeiningar Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara, dags. 15. maí 2020.

Raforkulög taka til vinnslu, flutnings, dreifingar og viðskipta með raforku. Með lögnum er skilið á milli náttúrulegra einkasöluþátta raforkukerfisins (flutning og dreifingu) og þeirra þátta þar sem samkeppni verður við komið (vinnslu og sölu). Markmið raforkulaga er samkvæmt 1. gr. þeirra að stuðla að þjóðhagslega hagkvæmu raforkukerfi og efla þannig atvinnulíf og byggð í landinu. Í því skyni skuli skapa forsendur fyrir samkeppni í vinnslu og viðskiptum með

raforku, með þeim takmörkunum sem nauðsynlegar reynast vegna öryggis raforkuafhendingar og annarra almannahagsmuna, sbr. 1. tl. Þá skal skv. 2. tl. stuðla að skilvirkni og hagkvæmni í flutningi og dreifingu raforku og skv. 3. tl. tryggja öryggi raforkukerfisins og hagsmuni neytenda.

Um raforkuviðskipti er fjallað í V. kafla laganna. Samkvæmt 18. gr. þarf leyfi Orkustofnunar til þess að stunda raforkuviðskipti. Ákvæði 19. gr. kveður á um skyldur sölufyrirtækja sem er m.a. að útvega þá raforku sem er nauðsynleg til að unnt sé að standa við orkusölusamninga, sbr. 1. tl. 1. mgr. Ákvæði 20. gr. fjallar um orkuviðskipti. Samkvæmt 2. mgr. skal orkukaupandi geta sagt upp orkusölusamningi með þriggja mánaða eða skemmri fyrirvara. Nánari reglur um viðskipti með raforku skal setja í reglugerð, sbr. 3. mgr. Í reglugerð skal m.a. mæla fyrir um hvernig mælingum og uppgjöri milli vinnslu-, flutnings-, dreifi- og sölufyrirtækja skuli háttáð, hvernig staðið skuli að uppgjöri þegar skipt er um raforkusala, hvernig staðið skuli að lokunum fyrir orkuafhengingu, upplýsingum sem birta skal með reikningum og önnur samskipti dreifiveitna, sölufyrirtækja og notenda.

Í VII. kafla raforkulaga er fjallað um eftirlitshlutverk Orkustofnunar, heimildir hennar og úrræði. Orkustofnun hefur ríkt eftirlitshlutverk og úrræði til að fylgja því eftir. Samkvæmt 1. mgr. 24. gr. skal Orkustofnun hafa eftirlit með því að fyrirtæki sem starfa samkvæmt lögum þessum fullnægi þeim skilyrðum sem um starfsemi gilda samkvæmt lögum, reglugerðum settum samkvæmt þeim, samningi skv. 8. gr. og öðrum heimildum. Orkustofnun skal hafa samráð við Samkeppniseftirlitið um eftirlit með starfsemi og gjaldskrá flutningsfyrirtækisins og dreifiveitna eftir því sem við á. Samkvæmt 3. mgr. 24. gr. er Orkustofnun heimilt að gefa út almennar leiðbeiningar um starfsemi aðila sem heyra undir lögin, enda varði málefnið hóp eftirlitsskyldra aðila. Orkustofnun skal hafa samráð við eftirlitsskylda aðila um framkvæmd og þróun eftirlitsins skv. 5. mgr. 24. gr. Í því skyni skal starfa sérstök samráðsnefnd sem skipuð er fulltrúum eftirlitsskyldra aðila. Orkustofnun getur krafist eftirlitsskylda aðila um allar upplýsingar og gögn sem nauðsynleg eru við framkvæmd eftirlitsins, sbr. 25. gr. Um úrræði Orkustofnunar er fjallað í 26. gr. Þar kemur fram að telji Orkustofnun að eftirlitsskyld starfsemi samræmist ekki skilyrðum laga þessara, reglugerðum settum samkvæmt þeim, ákvæðum samnings skv. 8. gr., skilyrðum leyfis eða öðrum heimildum getur hún krafist þess að úr verði bætt að viðlögðum dagsektum.

Stjórnvaldsáskvarðanir sem teknar eru af Orkustofnun á grundvelli laganna og varða gjaldskrá eða starfsemi flutningsfyrirtækisins eða dreifiveitna sæta kærur til úrskurðarnefndar raforkumála, sbr. 1. mgr. 30. gr. laganna.

Reglugerð nr. 1150/2019, um raforkuviðskipti og mælingar er sett á grundvelli 3. mgr. 20. gr. raforkulaga. Í reglugerðinni er m.a. hlutverki, réttindum og skyldum aðila sem stunda viðskipti með raforku lýst.

Í II. kafla reglugerðarinnar er fjallað um skyldur raforkufyrirtækja. Sölufyrirtæki ber, samkvæmt 4. gr., skylda til að afla þeirrar orku sem þau endurselja og tryggja að jafnvægi sé á milli orkuöflunar og orkusölu á hverjum tíma. Ber sölufyrirtæki skylda til að afhenda viðskiptavini raforku í samræmi við raforkusölusamning. Í því skyni ber sölufyrirtækjum m.a. að gera raforkusölusamning við viðskiptavini og semja um og standa skil á greiðslum vegna raforkuviðskipta við vinnslufyrirtæki eða önnur sölufyrirtæki skv. 2. tl. 2. mgr. 4. gr. Einnig ber sölufyrirtæki skylda skv. 6. tl. 2. mgr. 4. gr. til að afhenda almennum notanda raforku til þrautavara, sbr. 5. mgr. 7. gr.

Um raforkuviðskipti er fjallað í III. kafla reglugerðarinnar. Ákvæði 7. gr. fjallar um upphaf raforkuviðskipta og skipti á sölufyrirtæki. Forsenda raforkuviðskipta almennra notenda skv. 1. mgr. er að viðkomandi sé skráður viðskiptavinur dreifiveitu á tilteknum notkunarstað að neysluveita hans sé tengd dreifikerfinu og að hann hafi gert raforkusölusamning við sölufyrirtæki. Raforkusölusamningur er ekki bundinn notkunarstað. Samkvæmt 3. mgr. skal dreifiveita upplýsa notendur um að það sé forsenda viðskipta við dreifiveitu að þeir séu með gildan raforkusölusamning við sölufyrirtæki. Dreifiveitur skulu ávallt upplýsa nýja notendur um rétt þeirra til þess að velja sér sölufyrirtæki og rétt þeirra til að skipta um sölufyrirtæki. Við leiðbeiningarskyldu sína skal dreifiveita gæta jafnræðis í hvívetna og er henni óheimilit að vekja athygli notenda á einu sölufyrirtæki umfram annað. Jafnframt skal upplýst að ekkert gjald má taka fyrir söluaðilaskipti. Sé gildur raforkusölusamningur fyrir hendi fylgir hann notanda við notendaskipti, nema viðskiptivinnur ákveði annað. Orkustofnun skal halda skrá yfir sölufyrirtæki sem dreifiveitur skulu vísa til í upplýsingagjöf sinni eins og segir í 3. mgr.

Í 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar segir að komi upp þær aðstæður að almennur notandi hafi ekki gert raforkusölusamning við sölufyrirtæki, viðkomandi er ekki með gildan raforkusölusamning við notendaskipti, sbr. 4. mgr. en er engu að síður með virka neysluveitu beri dreifiveitu að setja hann í viðskipti við það sölufyrirtæki sem Orkustofnun hefur valið til að vera söluaðila til þrautavara. Sölufyrirtæki er í því tilviki valið eftir leiðbeinandi reglum sem Orkustofnun setur og taka þær m.a. mið af lögsta meðalverði til ákveðins tíma, samkvæmt nánari útfærslu Orkustofnunar. Sé viðskiptavinur með raforkusölusamning við fleiri en einn raforkusala ber honum við notendaskipti að tilkynna hvaða söluaðili á að fylgja notendaskiptunum. Að öðrum kosti fari með slík notendaskipti í samræmi við 5. mgr. 7. gr.

Samkvæmt 1. mgr. 10. gr. reglugerðarinnar er almennum notanda heimilt að segja upp raforkusölusamningi við sölufyrirtæki með 3ja vikna fyrirvara á gildistíma hans, sem taki þá gildi um næstu mánaðamót.

Leiðbeiningar Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara eru dagsettar 15. maí 2020. Þar segir m.a. að komi upp þær aðstæður að almennur notandi hafi ekki gert raforkusölusamning við sölufyrirtæki eða að viðkomandi er ekki með gildan raforkusölusamning við notendaskipti, sbr. 3. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, en er engu að síður með virka neysluveitu, ber dreifiveitu að setja hann í viðskipti við það sölufyrirtæki sem Orkustofnun hafi valið til að vera sölufyrirtæki til þrautavara. Sölufyrirtæki til þrautavara sé valið eftir leiðbeinandi reglum sem Orkustofnun setur og taka þær m.a. mið af lögsta meðalverði til ákveðins tíma, samkvæmt nánari útfærslu Orkustofnunar. Um val á söluaðila til þrautavara segir í leiðbeiningunum:

„Val á söluaðila til þrautavara:

Orkustofnun velur sölufyrirtæki til þrautavara út frá eftirfarandi viðmiði:

1. Sölufyrirtæki til þrautavara er valið það sölufyrirtæki sem hefur lægstan heildarkostnað við ætlaða raforkunotkun heimila. Heildarkostnaður er reiknaður út frá sex mánaða meðalkostnaði á birtu raforkuverði til heimila, miðað við 4.500 kwh raforkunotkun á ári, fyrst fyrir mánuðina mars til ágúst 2020. Þar með talið skal reikna seðil- og greiðslugjöld sem fylgja viðskiptunum í þessa sex mánuði.

2. Sölufyrirtæki skulu senda Orkustofnun upplýsingar sbr. lið eitt, 20 dögum áður en Orkustofnun skal birta dreifiveitum og sölufyrirtækjum val á sölufyrirtæki til þrautavara, í fyrsta sinn 10. september 2020, í annað sinn 10. mars 2021 o.s.frv.

3. Sölufyrirtæki til þrautavara er valið til sex mánaða í senn.

4. Orkustofnun birtir dreifiveitum og sölufyrirtækjum val á sölufyrirtæki til þrautavara 30 dögum áður en val þess tekur gildi, nema fyrir tímabilið 1. júní 2020 til 31. október 2020 (sjá 7. lið).
5. Sölufyrirtæki sem valið til þrautavara er skylt að afhenda almennum notanda raforku til þrautavara, sbr. ákvæði 5. mgr. 7. gr. III.
6. Ákvörðun Orkustofnunar um val á söluaðila til þrautavara er stjórnvaldsákvörðun í samræmi við stjórnslulög nr. 37/1993.
7. Val á sölufyrirtæki til þrautavara er sett til bráðabirgða fyrir fyrsta tímabilið sem gildir frá 1. júní 2020 til 31. október 2020. Val á söluaðila til þrautavara á fyrsta tímabilið er miðað við lágsta birta raforkuverð til heimila frá seljendum miðvikudaginn 13. maí 2020.“

2.

Kærandi heldur því fram að málsmeðferðarreglna stjórnslulaga hafi ekki verið gætt við töku hinnar kærðu ákvörðunar. Þannig hafi Orkustofnun hvorki gætt að rannsóknarreglu 10. gr., andmæla-reglu 13. gr. laganna né meginreglum stjórnsluréttarins sem liggja þeim til grundvallar.

Hin kærða ákvörðun frá 25. maí 2020, var tekin á grundvelli leiðbeininga sem Orkustofnun gaf út þann 15. maí 2020. Val á sölufyrirtæki til þrautavara var sett til bráðabirgða samkvæmt 7. lið leiðbeininganna og var miðað við lágsta birta raforkuverð 13. maí 2020. Leiðbeiningarnar kveða annars á um að val á sölufyrirtæki til þrautavara skuli valið út frá nánar tilgreindum viðmiðum sem fram koma í 1. – 5. lið. Eins og fyrr segir var hin kærða ákvörðun hins vegar tekin til bráðabirgða í samræmi við 7. lið leiðbeininga Orkustofnunar og skyldi miðað við lágsta birta raforkuverð á tilteknum degi, þ.e. þann 13. maí 2020. Að mati nefndarinnar uppfyllir það ekki áskilnað í 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019, um að miða skuli m.a. við lágsta meðalverð til ákveðins tíma.

Leiðbeiningar Orkustofnunar um val á sölufyrirtæki til þrautavara frá 15. maí 2020, og settar voru með heimild í 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 voru ekki kynntar sérstaklega fyrir sölufyrirtækjum raforku en Orkustofnun taldi það strangt til tekið ekki hafa neitt gildi fyrir söluaðila að sjá þær. Því fékk kærandi fyrst að vita af efni þeirra og á hvaða forsendum hin kærða ákvörðun var tekin með dreifibréfi Orkustofnunar til kæranda og annarra sölufyrirtækja sem dagsett er 25. maí 2020 en þar var tilkynnt um raforkusala til þrautavara á tímabilinu 1. júní 2020 til 31. október 2020.

Nefndin fellst ekki á það með Orkustofnun að efni leiðbeininganna hafi ekki haft neitt gildi fyrir söluaðila raforku og því hafi ekki verið nauðsynlegt að gæta að andmælarétti kæranda. Í 5. mgr. 7. gr. reglugerðarinnar segir að sölufyrirtæki skuli valið eftir leiðbeiningarreglum sem Orkustofnun setur sem skuli m.a. taka mið af lágsta meðalverði til ákveðins tíma, samkvæmt nánari útfærslu Orkustofnunar. Það var gert í leiðbeiningum Orkustofnunar frá 15. maí 2020, þar sem fram koma ítarlegar forsendur fyrir vali á söluaðila til þrautavara og hvernig viðmið um val á söluaðila til þrautavara skuli sett. Hin kærða ákvörðun um val á söluaðila til bráðabirgða fyrir tímabilið 1. júní 2020 til 31. október 2020 var því samkvæmt 5. mgr. 7. gr. háð ákveðnu mati. Var í 7. lið leiðbeininganna miðað við lágsta birta raforkuverð til heimila frá seljendum þann 13. maí 2020. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun skyldi það vera samkvæmt birtu verði á síðunni aurbjorg.is, sbr. neðanmálgrein í hinni kærðu ákvörðun án þess að rökstutt hefði verið nánar hvers vegna stuðst var við verðupplýsingar af þessari tilteknu heimasíðu. Bendir nefndin enn fremur á að ákvörðun um val á söluaðila til þrautavara snýr bæði að réttindum og lögbundnum skyldum söluaðila og því var mikilvægt að gefa þeim kost á að koma að sjónarmiðum sínum vegna leiðbeininga Orkustofnunar.

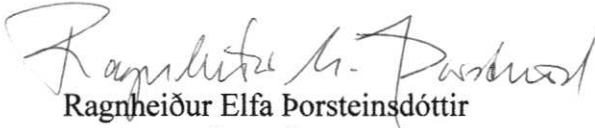
Með vísan til framangreinds og í samræmi við 13. gr. stjórnsýslulaga er það mat nefndarinnar að Orkustofnun hafi borið að kynna leiðbeiningar Orkustofnunar fyrir kæranda og öðrum söluaðilum raforku áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Hér verður að hafa í huga að um er að ræða leiðbeinandi reglur skv. 5. mgr. 7. gr. reglugerðar nr. 1150/2019 sem ekki hafði verið beitt áður. Með því móti hefði kæranda gefist kostur á að koma að athugasemdum og andmælum áður en þær voru gefnar út.

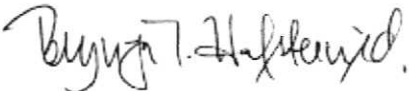
Ennfremur er það mat nefndarinnar að Orkustofnun hafi borið að láta fara fram sjálfstæða skoðun á því verði sem söluaðilar raforku buðu og staðreyna það, í samræmi við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga, í stað þess að treysta alfarið á þær upplýsingar sem er að finna á síðunni aurbjorg.is, eins og hún gerði.

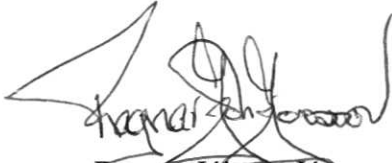
Samkvæmt þessu er það niðurstaða nefndarinnar að vegna annmarka á hinn kærðu ákvörðun sé rétt að fella hana úr gildi.

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun er felld úr gildi.


Ragnheiður Elfa Þorsteinsdóttir
formaður


Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir


Ragnar Jóhann Jónsson