

Héraðsdómur Norðurlands eystra

Dómur 30. desember 2022

Mál nr. E-27/2022:

Leó verktaki ehf.

(Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður)

gegn

Akureyrarbær

(Inga Þöll Þórgnýsdóttir lögmaður)

Dómur

Kröfugerð og málsmeðferð

1 Mál þetta, sem dómtekið var að lokinni aðalmeðferð 30. nóvember sl., var höfðað 10. febrúar sl. af Leó verktaka ehf., kt. [...], [...], Akureyri, á hendur Akureyrarbæ, kt. [...], Geislagötu 9, 660 Akureyri.

2 *Aðalkrafa stefnanda er*

1. að viðurkennd verði skaðabótaskylda stefnda gagnvart stefnanda vegna tjóns sem felst í missi á hagnaði, sem stefnandi kynni að hafa notið, hefði ekki verið gengið fram hjá stefnanda við úthlutun verkefna sem lægstbjóðanda í flokkum 8.2.4, 8.2.5, 8.2.9, 8.2.15 og 8.2.20 í útboðinu „Snjómokstur og hálkuvarnir á Akureyri árin 2019-2022“, tímabilið frá 25. október 2019 til 31. október 2020.

2. að viðurkennd verði skaðabótaskylda stefnda gagnvart stefnanda vegna tjóns sem felst í missi á hagnaði, sem stefnandi kynni að hafa notið tímabilið frá 1. nóvember 2020 til 31. mars 2021:

a. hefði ekki komið til ákvörðunar stefnda að fresta innleiðingu ferilbúnaðar hinn 16. nóvember 2020, í stað þess að rifta samningum við þá verktaka sem höfðu ekki útbúið tæki sín með búnaði til ferilvöktunar hinn 1. nóvember 2020 í samræmi við grein 5.3 útboðsskilmála stefnda í útboðinu „Snjómokstur og hálkuvarnir á Akureyri árin 2019-2022“ og

b. hefði ekki jafnframt verið gengið fram hjá stefnanda við úthlutun verkefna sem lægstbjóðanda í flokkum 8.2.4, 8.2.5, 8.2.9, 8.2.15 og 8.2.20 í útboðinu.

Varakrafa stefnanda samhliða fyrstu aðalkröfu, verði ekki fallist á aðra aðalkröfu, er:

að viðurkennd verði skaðabótaskylda stefnda við stefnanda vegna tjóns sem felst í missi á hagnaði, sem stefnandi kynni að hafa notið, hefði ekki verið gengið fram hjá stefnanda við úthlutun verkefna sem lægstbjóðanda í flokkum 8.2.4, 8.2.5, 8.2.9, 8.2.15 og 8.2.20 í útboðinu „Snjómokstur og hálkuvarnir á Akureyri árin 2019-2022“, tímabilið frá 1. nóvember 2020 til 31. mars 2021.

Loks krefst stefnandi málskostnaðar.

- 3 *Stefndi* krefst sýknu og málskostnaðar.

Málsatvik

- 4 Verkið „Snjómokstur og hálkuvarnir á Akureyri árin 2019-2022“ var boðið út af stefnda Akureyrarbæ í byrjun september 2019 og voru útboðsgögn afhent 12. september 2019. Samkvæmt útboðslýsingu fólst verkefnið í hreinsun á snjó og krapa af götum, gangstígum og bifreiðastæðum auk sandburðar á götur, gangstíga og bifreiðastæði. Hægt var að bjóða í 19 mismunandi flokka sem tækjum var skipt í samkvæmt útboðsskilmálum. Mismunandi kröfur voru gerðar til tegundar, eiginleika, stærðar og afls tækja eftir flokkum. Útboðið gildi fyrir Akureyri í heild sinni og var gert ráð fyrir því að semja við fleiri en einn aðila á grundvelli einingarverða í hverjum flokki, auk þess sem stefndi myndi jafnframt nota eigin tæki sveitarfélagsins til að sinna snjómokstri og hálkuvörnum. Var óskað eftir tilboðum í tímagjald verktaka (tímavinnu).
- 5 Tilboð voru opnuð 27. september 2019 en 15 verktakar skiluðu inn tilboðum. Þann 11. október 2019 samþykkti umhverfis- og mannvirkjaráð stefnda að gengið yrði til samninga við 12 verktaka, sem allir uppfylltu kröfur útboðsins og í kjölfarið var skrifað undir 78 samninga.
- 6 Stefnandi tók þátt í fimm flokkum útboðsins og var með lágsta boð í þeim öllum og var gengið til samninga við hann 15. nóvember 2019 um tæki í flokki 8.2.4 (hjólaskófla yfir 18 tonn), 8.2.5 (hjólaskófla 12 til 18 tonn), 8.2.9 (hjólaskófla undir 6 tonn), 8.2.15 (smávélar, traktor) og 8.2.20 (dráttarvél með vagn). Stefnandi skyldi vera í forgangi þegar tæki væru kölluð út í framangreindum flokkum, samkvæmt 4.6 í útboðsskilmálum. Ef verktaki með hagstæðasta tilboð gæti ekki sinnt útkalli, þá yrði leitað til verktaka með næst hagstæðasta tilboðið og síðan koll af kalli.
- 7 Í undantekningartilvikum gæti verkkaupi samið beint við verktaka um mokstur aðkomuleiða að stofnunum þar sem viðkomandi verktaki væri með gildandi samning um mokstur enda bætti það þjónustu bæjarins. Aðrar undanþágur voru ekki til staðar.
- 8 Þann 22. nóvember 2019, sjö dögum eftir undirritun samnings, seldi stefnandi smávél, traktor í flokki 8.2.15, en engin tilkynning barst um það til stefnda. Þann 22. janúar 2021 tilkynnti stefnandi stefnda að hann tæki út úr samningi tæki í flokknum hjólaskófla yfir 18 tonn (8.2.4). Þann 5. janúar 2022 tilkynnti stefnandi stefnda að hann tæki út úr samningi tæki í flokknum hjólaskófla undir 6 tonn (8.2.9). Við útgáfu stefnu var stefnandi því með samning í tveimur flokkum; 8.2.5 og 8.2.20 í fyrsta forgangi við útkall. Af hálfu stefnda voru ekki gerðar athugasemdir við að stefnandi rifti samningum fyrirvaralaust.
- 9 Útboðsskilmálar kváðu á um að verktaki skyldi vera reiðubúinn til snjómoksturs og hálkuvarnar sem fyrst eftir að tilboð væri samþykkt og frá 15. október hvert ár eftir það. Að öðru leyti þyrfti verktaki að vera reiðubúinn til snjómoksturs og hálkuvarnar allt til 15. maí ár hvert. Þá var kveðið á um að tíðni og framkvæmd aðgerða í vetrarþjónustu skyldi vera samkvæmt beiðni verkstjóra hjá Umhverfismiðstöð Akureyrarbæjar.

Verktaki þyrfti að vera í viðbragðsstöðu og hafa hálkuvörn og snjómokstur vegna samningsins í forgangi gagnvart öðrum verkum, og vera reiðubúinn að hefja vinnu kl. 5 á morgnana og fram til kl. 22 á kvöldin þegar þörf krefði. Viðbragðstími skyldi vera innan við 1 klukkustund frá útkalli.

- 10 Í skilmálum útboðsins var verktökum einnig gert að hafa tryggingar, sem og halda tækjabúnaði í góðu standi og uppfylla tilteknar lágmarkskröfur um vélarafli, að tæki væru hljóðlát og fleira (grein 6.1). Þá skyldu verktakar útbúa öll snjómoksturs- og hálkuvartæki sín sérstökum ferilvöktunarbúnaði, samkvæmt grein 5.3, en stefnt var á að hefja innleiðingu búnaðarins í nóvember 2019. Gögn úr búnaðinum skyldu send í rauntíma á vefþjónustu verkkaupa. Upplýsingar fyrir ferilvöktun skyldu innihalda m.a. staðsetningu, dagsetningu og tíma, hraða, vegalengd og aðgerðarvegalengd. Innleiðingarferlið var áætlað ellefu mánuðir og skyldi búnaður vera kominn í fulla notkun 15. október 2020. Var kveðið á um að verktaki fengi ekki snjómoksturs- og hálkuvartæki fyrir en búnaður væri sýnilega kominn í notkun, í síðasta lagi 1. nóvember 2020, að öðrum kosti yrði samningi við viðkomandi verktaka rift fyrir viðkomandi tæki. Stefnandi ákvað 16. nóvember 2020, 16 dögum eftir að verktakar áttu að hafa lokið innleiðingu búnaðarins, að veita frekari frest til að ljúka við innleiðinguna. Fór svo að lokafrestur var veittur til 1. febrúar 2021. Stefnandi hafði útbúið tæki sín með nefndum ferilvöktunarbúnaði innan upphaflega tilgreindra tímamarka 15. október 2020.
- 11 Fljótlega eftir gerð verksamninga á grundvelli útboðsins hóf stefnandi að gera athugasemdir við að tveir verktakar, Finnur ehf. og Skútaberg ehf. sinntu bróðurparti snjómoksturs, en stefnandi taldi jafnræðis ekki gætt við úthlutun verkefna. Fór svo að stefnandi seldi vél sem hann hafði fjárfest í fyrir flokk 8.2.15 þann 18. nóvember 2019, að sögn stefnanda til að draga úr kostnaði þar sem hann fékk ekki þau verkefni sem hann hafði vænst. Sagði hann upp samningi í þeim flokki. Í janúar 2021, kveðst stefnandi hafa selt Hyundai hjólaskóflu sem hann hafði keypt 2019 til að nýta í flokki útboðsins nr. 8.2.4 og sagt upp samningi í þeim flokki, en vegna fárra verkefna hafi hann hvorki haft bolmagn né ástæðu til að halda tækinu. Í janúar 2022 hafi farið á sama veg með tæki í flokki 8.2.20.
- 12 Á tímabilinu frá 26. febrúar til 21. apríl 2021, voru aðilar í bréfaskiptum vegna kröfu stefnanda um bætur úr hendi stefnda. Með tölvupósti 30. apríl 2021 tilkynnti stefndi að hann myndi nýta heimild ákvæðis 1.6 í útboðsgögnum til að segja upp samningum við alla verktaka í útboðinu Snjómokstur og hálkuvartæki 2019-2022, en uppsögnin tæki gildi 1. október 2021. Hefja skyldi samtal við verktaka um breytt verklag og hugmyndir þeirra um hvað mætti betur fara við framkvæmd snjómoksturs með hag íbúa Akureyrarbæjar að leiðarljósi. Stefnandi mótmælti þessum fyrirætlunum um uppsögn samninga með bréfi, dags. 5. maí 2021, þar sem hann taldi uppsögnina í andstöðu við lög nr. 120/2016 um opinber innkaup, og krafðist endurskoðunar á ákvörðuninni.
- 13 Með bréfi 18. maí 2021 barst stefnanda rökstuðningur stefnda vegna fyrirhugaðrar uppsagnar. Stefnandi féllst ekki á rökstuðninginn og kærði ákvörðunina til kærunefndar útboðsmála. Með greinargerð sinni til kærunefndar 16. júní 2021 tilkynnti stefndi um þá

ákvörðun sína að afturkalla uppsögn á samningum um snjómokstur og hálkuvarnir, með vísan til 91. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016.

- 14 Með bréfi stefnda frá 18. maí 2021 bauð stefndi jafnframt um 850.000 króna greiðslu til stefnanda án viðurkenningar á bótaskyldu í framhaldi af fundi aðila 11. maí 2021. Varðaði það tímabilið frá 2019 til 2020 í snjómokstri. Stefnandi hafnaði sáttaboðinu með tölvupósti, dags. 20. maí 2021.

Málsástæður stefnanda

- 15 Stefnandi kveðst hafa ákveðið að taka þátt í útboðinu og fjárfest í tækjum í því skyni, í þeim flokkum sem hafi verið mest notuðu flokkarnir hjá stefnda fyrir útboðið. Stefnandi hafi boðið í fimm flokka af 19 og gerður hafi verið verksamningur við hann í þeim flokkum, þ.e. flokkum 8.2.4, 8.2.5, 8.2.9, 8.2.15 og 8.2.20. Lægstbjóðendur í hverjum flokki fyrir sig, skyldu sitja fyrir um vinnu. Þá hafi í útboðsgögnum verið áskilnaður um að öll tæki yrðu komin með ferilvöktun innan tilgreinds tíma, annars yrði samningum rift.
- 16 Stefnandi telji stefnda hafa brotið gegn skilmálum útboðsins, samningum aðila, meginreglum um opinber innkaup og meginreglum stjórnisýsluréttar. Telji stefnandi sig hafa orðið fyrir tjóni sökum þess sem hann krefjist viðurkenningar á.
- 17 Tjón stefnanda sé af tveimur ástæðum. Í fyrsta lagi hafi verið um að ræða brot gegn útboðsskilmálum og samningum aðila, en stefndi hafi ei virt forgangsreglur, heldur gengið fram hjá stefnanda sem lægstbjóðanda í þeim flokkum sem hann var lægstur í. Að auki hafi verið um að ræða brot gegn jafnræði, en stefndi hafi kallað aðra verktaka sem stefndi gerði samninga við í öðrum flokkum útboðsins til vinnu í hlutfallslega mun meira mæli en stefnanda í þeim flokkum sem hann var lægstbjóðandi í. Þetta sjáist hvort heldur á samanburði á milli sambærilegra flokka eða við flokka útboðsins í heild.
- 18 Í öðru lagi hafi stefnandi verið eini bjóðandinn sem hafi uppfyllti óundanþægt skilyrði útboðsskilmála um ferilvöktunarbúnað innan upphaflega settra tímamarka. Samkvæmt útboðsskilmálum hafi stefnda borið að segja upp samningum við þá verktaka sem uppfylltu ekki skilyrðið og fela stefnanda a.m.k. alla þá vinnu sem stefnandi gat sinnt. Það hafi stefndi ekki gert, heldur haldið áfram viðskiptum við aðra verktaka með sama hætti og áður.
- 19 *Fyrstu aðalkröfu* rökstyður stefnandi með því að hann hafi orðið fyrir hagnaðarmissi sökum þess að stefndi hafi gengið fram hjá stefnanda með ólögum hætti sem lægstbjóðanda í flokkum 8.2.4, 8.2.5, 8.2.9, 8.2.15 og 8.2.20 í útboðinu. Fyrsta aðalkrafa taki til tímabilsins frá 25. október 2019 til 31. október 2020. Önnur aðalkrafa taki til tímabils eftir þann tíma, en þá hafi allir verktakar átt að vera búnir að setja upp ferilvöktunarbúnað í sín tæki.
- 20 Fyrir liggir að tæki í þeim flokkum sem stefnandi hafi verið lægstbjóðandi í hafi verið mest notuð við snjómokstur áður en til útboðsins kom. Stefnandi hafi því lagt áherslu á að bjóða góð verð í þá flokka. Þrátt fyrir það hafi stefnandi ekki fengið vinnu á vegum stefnda, í eðlilegu hlutfalli miðað við að vera lægstbjóðandi í fimm flokkum útboðsins.

- 21 Verktökum sé gert að uppfylla ýmsar aðrar kvaðir yfir verktímann, sem séu kostnaðarsamar og jafnframt tímafrekar. Til dæmis þurfi verktakar ávallt að vera í viðbragðsstöðu ef útkall berst og hafa verk á grundvelli útboðsins í forgangi gagnvart öðrum verkum. Einnig að hafa í gildi tiltekna tryggingar og tryggja ástand tækja sinna, til samræmis við skilmálana. Jafnframt að hafa fólk í vinnu með tiltekna reynslu. Séu þetta allt eðlilegar kröfur, að því gefnu að verktakar hafi vinnu að fá, þegar snjóá og frysta taki.
- 22 Stefnandi hafi ekki fengið vinnu nálægt því sem hann hafi mátt búast við sem lægstbjóðandi í 26% flokka útboðsins. Þá sé ljóst að tæki sambærileg tækjum stefnanda hafi jafnframt verið kölluð hlutfallslega oftar út en tæki stefnanda. Þá hafi forgangsreglur verið brotnar í nokkrum fjölda tilvika og tæki með herra tímagjaldi kölluð út innan þess flokks sem stefnandi hafi verið lægstbjóðandi í.
- 23 Stefnandi telji stefnda hafa brotið gegn samningnum, meginreglum útboðsréttar um gagnsæi og jafnræði og hafi mismunað sér með ólögmetum hætti, með þeim afleiðingum að hann hafi orðið fyrir hagnaðarmissi. Stefnandi byggir jafnframt á að með háttsemi sinni hafi stefndi brotið gegn meginreglu stjórnisýsluréttar um jafnræði.
- 24 Samkvæmt 119. gr. laganna nr. 120/2016 um opinber innkaup sé kaupandi skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hafi í för með sér. Um skaðabætur fari að verulegu leyti eftir almennum reglum. Stefnandi hafi orðið fyrir tjóni sem samsvari hagnaðarmissi, sem stefnda beri að bæta með vísan til framangreinds og samkvæmt almennum reglum skaðabótaréttar.
- 25 Stefnandi byggir einnig sjálfstætt á því að verkstjórar snjómoksturs hjá stefnda hafi sýnt af sér saknæma og ólögmetu háttsemi, með því að virða ekki samninginn og meginreglur um jafnræði, sem þeim bar að starfa eftir, og kalla aðra verktaka en stefnanda vísitandi eða a.m.k. af stórkostlegu gáleysi, hlutfallslega mun oftar út en stefnanda, sem hafi leitt til tjóns stefnanda. Beri stefndi ábyrgð á þeirri háttsemi á grundvelli reglna um vinnuveitendaábyrgð og með vísan til hinnar almennu sakarreglu.
- 26 Stefnandi hafni þeim röksemdum stefnda, að aðrar vélar en þær sem stefnandi á, henti betur til þeirra verkefna sem unnin hafi verið. Það sé breyting frá því sem áður hafi tíðkast og stefnda hefði borið að upplýsa um það í skilmálum útboðsins hafi hann ætlað að breyta flokkunum. Þá mótmælir stefnandi þessum fullyrðingum jafnframt efnislega enda henti hans vélar mjög vel í alhliða þjónustu við bæinn. Skörun sé á ýmsum flokkum í útboðinu, þannig að vélar innan margra flokka geti sinnt sömu verkefnum og geti stefnandi sinnt alhliða þjónustu við bæinn á þeim tækjum sem hann á.
- 27 *Um sönnun tjóns* til að sýna fram á lögvarða hagsmuni af viðurkenningarkröfu sinni geri stefnandi grein fyrir lágmarkstjóni af háttsemi stefnda *vegna fyrstu aðalkröfu*.
- 28 Samið hafi verið við stefnanda sem lægstbjóðanda í fimm flokkum af 19, sem jafngildi 26% þeirra flokka sem boðnir voru út. Finnur ehf. hafi verið lægstbjóðandi í sjö flokkum sem jafngildi 37% af heildarfjölda flokka í útboðinu, Skútaberg ehf. og Nesbræður ehf. þremur hvor, sem jafngildi 16% af heildarfjölda, og Ingás ehf. í einum, sem jafngildi 5%

af heildarfjölda. Stefnandi byggir á því að hann hafi, samkvæmt samningnum og sjónarmiðum um jafnræði, átt að vera kallaður til vinnu í nokkurn veginn sama hlutfalli og fjöldi þeirra flokka sem hann var lögstjóðandi í hafi verið af heildarfjölda flokka í útboðinu og njóta tekna í samræmi við það. Stefnandi hafi samkvæmt því átt að fá hlutfallslega 26% af heildarmagni verkefna í öllum flokkum og tekjur sem næmu 26% heildargreiðslna vegna útboðsins.

- 29 Frá október til ársloka 2019 hafi stefndi kallað stefnanda út til vinnu í 6,6% af unnum tímum, miðað við gagnaafhendingu stefnda. Kostnaður stefnda vegna snjómoksturs hafi numið í heild sinni 61.930.673 krónum vegna tímabilsins. Þar af hafi greiðslur til stefnanda numið 3.435.020 krónum eða 5,5% af heildargreiðslum.
- 30 Fram til 31. október árið 2020 hafi stefndi kallað stefnanda út til vinnu í 6,9% af unnum tímum. Kostnaður vegna snjómoksturs hafi numið 94.507.486 krónum á tímabilinu, þar af hafi greiðslur til stefnanda numið 5.823.065 krónum eða 6,1% af heildargreiðslum.
- 31 Að mati stefnanda sýni þessi tölfræði að stefndi hafi brotið gegn samningi aðila og jafnræði.
- 32 Stefnandi hafi neyðst til að segja upp flokki 8.2.15 fljótlega í kjölfar útboðsins eða hinn 18. nóvember 2019, þar sem þá hafi þegar verið ljóst að stefnandi yrði sniðgenginn við framkvæmd verksins á grundvelli útboðsins. Þá hafi tæki í þeim flokki ekki verið kallað út. Þá hafi stefndi gefið þær skýringar að tæki í flokki 8.2.16 hefði hentað betur við viðkomandi verk en tæki í flokki 8.2.15, en um áþekkar vélar sé að ræða. Stefnandi mótmæli því og bendi á að flokkur 8.2.15 hafi verið mikið notaður æ síðan. Á sama tíma hafi Finnur ehf. verið kallaður út í 68% útkallaðs tíma, en að mati stefnanda hefði verið eðlilegt að Finnur ehf. hefði fengið 37% útkallaðs tíma, miðað við framangreindar forsendur stefnanda. Skútaberg hafi fengið 15,8% heildartíma, en stefnandi 7,2%. Uppsögn stefnanda á flokki 8.2.15 sé því bein afleiðing af háttsemi stefnda, enda hafi stefnandi ekki fengið vinnu í samræmi við réttmætar væntingar. Af þeirri ástæðu eigi uppsögn hans í þessum flokki ekki að hafa ástæðu á tjónsútreikninga, heldur miði hann útreikninga sína við þá fimm flokka sem hann var lægstur í við útboðið.
- 33 Heildartekjur Finns ehf. vegna snjómoksturs á árinu 2019 hafi numið 39.552.938 krónum af 61.930.673 króna heildargreiðslum stefnda vegna snjómoksturs, eða 64% heildargreiðslna. Eftir uppsögn stefnanda á flokki 8.2.15 hafi Finnur verið með lægsta verð í átta flokkum af 19 eða 42%, en hvort viðmiðið sem er sýni að tekjur félagsins hafi verið verulega umfram fjölda flokka sem það var lögstjóðandi í. Hið sama eigi við um Skútaberg ehf., sem hafi verið með 19% allra tekna, en verið lögstjóðandi í 16% flokka í útboðinu. Finnur og Skútaberg hafi því verið með 80% af öllum tekjum, en verið lögstjóðendur í 53% flokka. Á árinu 2020 hafi heildartekjur Finns ehf. vegna snjómoksturs numið 71.607.000 krónum, af 108.117.146 krónum eða 66% af öllum tekjum. Þar af hafi flokkur 8.2.14 verið langmest notaður en hann hafi verið með hæsta tímagjald allra flokka. Heildartekjur Skútabergs ehf. hafi á sama ári verið 20.999.986 krónur, eða 19% af öllum tekjum. Finnur ehf. hafi því verið með megnið af allri vinnu við snjómokstur, en saman hafi Finnur ehf. og Skútaberg ehf. verið með 85% allra tekna

samanborið við að vera lægstbjóðendur í 53% flokka. Stefnandi byggir á að með háttsemi sinni hafi stefndi verið að hygla öðrum aðilum, þó fyrst og fremst Finni ehf., á kostnað stefnanda.

- 34 Stefnandi hafi tekið saman væntan hagnað miðað við að hann hefði verið kallaður út til vinnu í 26% unninna tíma við snjómokstur og hálkuvörn á grundvelli útboðsins. Miðað sé við meðaltalstekjur samkvæmt tímagjaldi þeirra flokka sem hann bauð í og beinn olfukostnaður dreginn frá. Stefnandi hafi þegar greitt annan kostnað vegna starfseminnar, þ.m.t. launakostnað og hann sé því ekki dreginn frá. Tjón stefnanda tímabilið frá 25. október 2019 til 31. október 2020 nemi að lágmarki 23.430.635 krónum samkvæmt þessum forsendum.
- 35 Jafnvel þó eingöngu yrði tekið mið af fjórum flokkum útboðsins þá sé tjón stefnanda að lágmarki 18.103.334 krónur.
- 36 Auk framangreinds sé tjón stefnanda mögulega fólgið í auknum rekstrarkostnaði, tjóni vegna kaupa á vinnuvélum sem hann hafi þurft að selja á lægra verði til að takmarka tjón sitt vegna málsins o.fl.
- 37 Stefnanda sé ljóst að um sé að ræða einföldun í framsetningu og nauðsynlegt sé að afla mats til að finna nákvæmlega út tjónið. Hins vegar verði ekki um það villst að hann hafi orðið fyrir verulegu tjóni vegna háttsemi stefnda og því sé hægt að fallast á fyrstu aðalkröfu hans.
- 38 Til frekari sönnunar á tjóni sé rétt að fara yfir þann hluta tjóns stefnanda sem sé hvað augljósastur, þ.e. tilvik þegar stefndi hafi kallað út vélar í flokki sem stefnandi var lægstbjóðandi í án þess að kalla stefnanda fyrst til vinnu. Með því hafi verið gengið á hlut stefnanda enda sé það skýrt brot á forgangsreglum útboðsskilmála. Þetta hafi gerst í 27 skipti árið 2019 og 61 skipti 2020 fram til 31. október;
- Í fyrsta lagi í flokki 8.2.5 fyrir hjólaskóflu 12 til 18 tonn, þar sem stefnandi var lægstbjóðandi með Liebherr L538 vél með skráningarnúmer [...]. Í flestum tilvikum hafi Finnur ehf. verið kallaður út í stað stefnanda, eða til lengri tíma í senn, en einnig Skútaberg ehf., Nesbræður og Ljárinn.
 - Í öðru lagi í flokki 8.2.20 fyrir dráttarvél með vagn, þar sem stefnandi var lægstbjóðandi með Valtra T 174eA vél með skráningarnúmerið [...]. Í flestum tilvikum hafi Finnur ehf. verið kallaður út í stað stefnanda, eða til lengri tíma í senn, en einnig Skútaberg og Nesbræður.
 - Í þriðja lagi í flokki 8.2.9, þar sem stefnandi var lægstbjóðandi með Caterpillar 906H2 vél, en þó hafi einungis einu sinni verið gengið fram hjá stefnanda í þeim flokki.
- 39 Hagnaður sem stefnandi hafi orðið af vegna þessa nemi að lágmarki 2.007.505 krónum vegna ársins 2019 og 4.133.830 krónum vegna hluta ársins 2020, þ.e. til 31. október 2020, samtals 6.141.335 krónum. Stefnandi hafi tekið tillit til þeirrar vinnu sem hann fékk og dregið hana frá tímafjölda þess tækis í sama flokki sem hafði flesta tíma viðkomandi dag, ef hans tæki voru úti samdægurs tækjum með herra tímagjald. Ef

Finnur ehf. hafi sem dæmi verið í vinnu á tæki í 13 tíma samanbórið við 9 tíma vinnu stefnanda í sama flokki, telji stefnandi að hann hafi átt rétt til 4 tíma vinnu umfram 9 tímanna. Þá hafi stefnandi dregið frá beinan olúukostnað af því að senda tækin út til vinnu, en ekki annan kostnað, enda hafi stefnandi þegar borið annan rekstrarkostnað vegna verksamninganna, svo sem launakostnað. Þetta sé hluti af tjóni stefnanda vegna brota stefnda á jafnræði og brota stefnda á útboðsskilmálum og samningum aðila, sem í heild nemi a.m.k. 23.430.635 krónum.

- 40 Önnur aðalkrafa, sem gerð sé samhliða fyrstu aðalkröfu, taki til tímabilsins eftir 1. nóvember 2020, en þá hafi stefnandi verið eini bjóðandinn sem uppfyllti óundanþægt skilyrði útboðsskilmála um *ferilvöktunarbúnað* samkvæmt ákvæði 5.3 útboðsskilmála stefnda. Öllum verktökum hafi borið að setja búnaðinn í sínar vélar í síðasta lagi 1. nóvember 2020. Stefnda hafi borið að segja upp samningum við þá sem uppfylltu ekki skilyrðið og fela stefnanda a.m.k. alla þá vinnu sem stefnandi gat sinnt. Það hafi stefndi ekki gert, heldur haldið áfram að kalla út verktaka sem ekki höfðu sett upp búnaðinn. Stefnandi krefjist viðurkenningar á tjóni sínu vegna þessa.
- 41 Grein 5.3 í útboðsskilmálum hafi kveðið skýrt á um að verktakar hefðu frest til 15. október 2020 til að útbúa tæki sín með ferilvöktunarbúnaði. Væri slíkur búnaður ekki kominn í tæki á þeim tíma, fengi verktaki ekki snjómoksturs- og hálkuvagnarverkefni. Þá yrði samningum rift fyrir viðkomandi tæki ef búnaðurinn væri ekki uppsettur fyrir 1. nóvember 2020. Um miðjan nóvember 2020 hafi stefndi framlengt frest verktaka til að innleiða ferilvöktun. Á þeim tíma hafi stefnandi einn verktaka innleitt slíkan búnað í öll tæki.
- 42 Stefnandi telji að stefnda hafi verið óheimilt að breyta skilyrði 5.3 skilmálanna eftir á. Verkkaupa sé ekki heimilt að breyta óundanþægum skilyrðum, en veittur hafi verið ríflegur frestur til að mæta skilyrðinu. Engin lögmat og málefnaleg sjónarmið standi heldur til þess. Stefndi hafi vísað til þess að um ívilnandi ákvörðun hafi verið að ræða, en hún hafi einungis verið ívilnandi gagnvart öðrum verktökum og því falið í sér mismunun. Í því hafi falist brot gegn samningi aðila, útboðsskilmálum, jafnræði og meginreglu útboðsréttar um gagnsæi.
- 43 Allt frá 15. október 2020 hafi stefndi ekki mátt kalla aðra verktaka en stefnanda til vinnu á grundvelli útboðsins. Þá hafi stefnda borið að rifta samningum við aðra verktaka en stefnanda 1. nóvember 2020 og eftir atvikum bjóða þá út að nýju. Það hafi verið saknæmt og ólögmat hjá stefnda að halda áfram að kalla aðra verktaka út til vinnu. Stefnandi hafi orðið fyrir hagnaðarmissi af þessum sökum, sem sé bein afleiðing af háttsemi stefnda.
- 44 Til viðbótar hafi stefndi jafnframt brotið áfram gegn stefnanda með því að kalla aðra verktaka út hlutfallslega mun oftár en stefnanda og einnig brotið áfram gegn forgangsreglum í þeim flokkum sem stefnandi var lægstbjóðandi í. Tjón af völdum þess sé innifalið í tjóni vegna brota stefnda á ákvæði 5.3 útboðsskilmála, enda byggji stefnandi á því að hann hefði átt að ganga fyrir í allri vinnu við snjómokstur hjá stefnda frá miðjum október 2020.

- 45 Til einföldunar taki tjónsútreikningur stefnanda mið af tækjum í þeim fjórum flokkum þar sem stefnandi var enn með samning við stefnda hinn 1. nóvember 2020, þ.e. í flokkum 8.2.4, 8.2.5, 8.2.9 og 8.2.20, þó stefnandi telji uppsögn sína á öðrum flokkum útboðsins, sem hafi verið til þess að geta selt vélar og halda sér fjárhagslega á floti, vera á ábyrgð stefnda og eigi því ekki að hafa áhrif á tjón stefnanda enda bein afleiðing af ólögmætri háttsemi stefnda.
- 46 Stefnandi hafi getað sinnt alhliða þjónustu við stefnda með vélum þeim sem voru í flokkunum fjórum sem hann var enn með samning við stefnda í, þegar stefndi hafi tekið hina ólögmætu ákvörðun um að fresta innleiðingu á ferilvöktunarbúnaði í stað þess að rifta samningum við þá sem ekki höfðu lokið við uppsetningu búnaðarins. Stefnandi geti mokað gangstéttir og götur og keyrt í burtu snjó, en snjómokstur samkvæmt útboðinu gangi út á það. Þá hafi stefnandi keypt sanddreifara á vél sína í flokki 8.2.9 veturinn 2019. Hann hafi með þessum tækjum getað sinnt verkefnum í þeim flokkum sem hann hafi ekki skilað inn tilboðum í. Krafa stefnanda taki mið af tímabilinu frá 1. nóvember 2020 til og með mars 2021, en hún endurspegli þau gögn sem stefnandi hafi aflað. Þar sem verktími á grundvelli útboðsins sé ekki runninn sitt skeið telji stefnandi ólögmæti enn til staðar og áskilji sér rétt til að sækja tjón sitt eftir mars 2021 og til enda samningstíma sérstaklega.
- 47 Í útboðslýsingu hafi stefndi áskilið sér rétt til að kalla verktaka til vinnu kl. 5 á morgnana og fram til kl. 22 á kvöldin þegar þörf krefði. Stefnandi hafi því getað unnið 17 tíma á dag á hverri vél, alls 68 tíma á dag ($17 \times 4 = 68$). Sú hafi ekki orðið raunin heldur hafi stefnandi sem dæmi einungis verið kallaður út í 5,5 tíma allan nóvember 2020, en aðrir verið kallaðir út í alls 79,5 tíma. Í desember 2020 hafi stefnandi verið kallaður út í 33 tíma af 847 tímum.
- 48 Tjón sitt reikni stefnandi þannig að hann taki saman alla unna tíma frá 1. nóvember 2020 til og með mars 2021, sem í heild hafi verið 959,5 þennan hluta ársins 2020 og 2.757 árið 2021. Miðað við að stefnandi hefði getað unnið 68 tíma á dag á grundvelli samninga sinna við stefnanda hafi hann getað unnið alls 732,5 tíma árið 2020 og 1.368 tíma árið 2021. Ef unnir tímar hafi farið yfir 68 tíma á dag, hafi hann sett það sem hámark.
- 49 Meðaltímagjald þeirra flokka sem stefnandi hafi verið með samning við stefnda um 1. nóvember 2020 hafi verið 13.245 krónur, sem stefnandi margfaldi með þeim tímum sem hann hefði getað unnið. Frá því dragi hann áætlaðan olúukostnað og kostnað við yfirvinnutíma vegna vinnu umfram hefðbundinn vinnutíma, en annan launakostnað hafi hann þegar greitt. Tapaður hagnaður stefnanda af brotum stefnda hafi samkvæmt þessu numið 20.511.383 krónum á tímabilinu eftir 1. nóvember 2020.
- 50 Stefnandi hafni þeim röksemdum stefnda að honum hefði verið ómögulegt að sinna öllum þeim snjómokstri sem fram hafi farið á tímabilinu. Stefnandi hafi ekki haldið því fram að hann hefði getað sinnt öllum snjómokstri, en hins vegar að eftir það tímamark hefði hann átt að sitja fyrir allri vinnu sem bauðst á þessum tíma og hann hefði getað sinnt með sínum tækjakosti.

- 51 Alls nemi samanlagt tjón stefnanda samkvæmt fyrstu og annarri aðalkröfu 41.533.969 krónum.
- 52 *Varakröfu* sína reisir stefnandi á því, að jafnvel þó ekki verði fallist á að hann hefði átt að ganga fyrir allri vinnu við snjómokstur hjá stefnda frá 1. nóvember 2020 vegna frestunar á skilyrði um ferilvöktunarbúnað, sbr. aðra aðalkröfu, telji stefnandi að hann hafi samt sem áður orðið fyrir tjóni á því tímabili vegna brota stefnda gegn öðrum ákvæðum útboðsskilmála, samnings og jafnræði við snjómokstur, en um sé að ræða sömu sjónarmið og stefnandi byggir á í aðalkröfu.
- 53 Tjón sitt reikni stefndi út á sama hátt og tjón samkvæmt aðalkröfu, þ.e. að samið hafi verið við stefnanda sem lægstbjóðanda í fimm flokkum af 19, eða 26% þeirra flokka sem voru boðnir út. Líkt og í fyrstu aðalkröfu byggir stefnandi á að hann hefði mátt búast við að vera kallaður til vinnu nokkurn veginn í réttu hlutfalli við þann fjölda flokka sem hann var lægstbjóðandi í og njóta tekna í samræmi við það. Frá 1. nóvember 2020, þegar stefnandi einn hafi verið búinn að setja upp ferilvöktun í tæki sín og til ársloka hafi stefndi einungis einu sinni kallað stefnanda út til vinnu, eða í 4% af unnum tímum. Kostnaður vegna snjómoksturs hafi þessa síðustu tvo mánuði ársins 2020 numið 13.609.661 krónu. Þar af hafi greiðslur til stefnanda numið 439.040 krónum, eða 3,2% heildargreiðslna.
- 54 Fyrstu þrjá mánuði 2021 hafi stefndi kallað stefnanda út til vinnu í 4,7% unninna tíma. Heildarkostnaður stefnda vegna snjómoksturs hafi numið 40.099.740 krónum á tímabilinu. Þar af hafi greiðslur stefnda til stefnanda numið 1.506.270 krónum eða 3,8% heildargreiðslna.
- 55 Tjón stefnanda, miðað við áður gefna forsendu um 26% hlutfall allrar vinnu að frádregnum kostnaði, nemi 8.915.334 krónum tímabilið frá 15. október 2020 til 31. mars 2021.
- 56 Þó svo einungis yrði tekið mið af þeim fjórum flokkum útboðsins, sem stefnandi hafi verið með virka samninga við stefnda um á tímabilinu, þá sé tjón stefnanda að lágmarki 7.150.213 krónur.
- 57 Stefnandi telji augljóst að afleiðingar þess að hann hafi gert athugasemdir við að stefndi hafi ekki sagt upp samningum við aðra verktaka vegna skorts á ferilvöktunarbúnaði, hafi verið þær að hann fékk enn minni vinnu á grundvelli útboðsins en áður. Fyrirnefndir tveir verktakar, Finnur ehf. og Skútaberg ehf. hafi síðustu tvo mánuði ársins 2020 fengið 83% allra greiðslna, en verið lægstbjóðendur í 53% flokka. Fyrstu þrjá mánuði ársins 2021, þ.e. til 31. mars, hafi þessir verktakar fengið 77% allra greiðslna. Stefnandi telji stefnda hafa verið að hygla þessum aðilum, einkum Finni ehf. á sinn kostnað.
- 58 Líkt og rökstutt hafi verið varðandi fyrstu aðalkröfu stafi hluti tjóns stefnanda einnig af broti stefnda á forgangsreglu útboðsins, þ.e. þeim tilvikum þegar stefndi hafi kallað út vélar í flokki sem stefnandi var lægstbjóðandi í án þess að kalla stefnanda fyrst til vinnu. Þetta hafi gerst í 11 skipti á tímabilinu frá 1. nóvember til ársloka 2020 og 23 skipti fyrstu þrjá mánuði ársins 2021. Beint tjón af völdum þess nemi að lágmarki 1.616.655 krónum.

Þetta sé hluti af fyrrgreindu 9.000.823 króna tjóni stefnanda vegna brota stefnda á jafnræði, útboðsskilmálum og samningum aðila.

- 59 Varakrafa stefnda sé vegna annarrar aðalkröfu hans. Stefnandi byggi á því að dómurinn geti fallist á varakröfu samhliða fyrstu aðalkröfu, en um efnislega sömu kröfu sé að ræða að öðru leyti en því að þær miði við sitthvort tímabilið. Tjón stefnanda vegna fyrstu aðalkröfu og varakröfu nemi samtals 32.345.969 krónum. Einungis sé þó gerð krafa um viðurkenningu á bótaskyldu stefnda og útreikningar settir fram til að sýna fram á lögvarða hagsmuni stefnanda af kröfum sínum.
- 60 Um málskostnað vísar stefnandi til 129. og 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, en veruleg undirbúningsvinna hafi legið til grundvallar málinu. Stefnandi vísar til 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála um heimild til höfðunar máls til viðurkenningar á tjóni sínu. Að auki vísi stefnandi til meginreglna útboðsréttar og opinberra innkaupa, meginreglna samningaréttar og kröfuréttar.

Málsástæður stefnda

- 61 Stefnandi kveðst hafna því að hafa brotið útboðsskilmála og samninga. Þá hafni stefndi því að hafa sniðgengið stefnanda sem lægstbjóðanda við snjómokstur og að ákveðnir verktakar hafi fengið vinnu umfram stefnanda þegar stefnandi hafi verið í forgangi með vinnu. Að lokum hafni stefndi því að hann hafi brotið jafnræði gagnvart stefnanda með því að fresta gildistíma ferilvöktunarbúnaðar.
- 62 Stefnandi beri saman snjómokstursútboð árið 2015 við útboð árið 2019 og byggi á því að hann hafi boðið í þá flokka árið 2019 sem fengu mesta vinnu í kjölfar útboðs árið 2015 og þá hafi hann af þeirri ástæðu keypt Caterpillartæki í ágúst 2019, áður en útboðsgögn 2019 lágu fyrir. Stefnandi geti hvorki borið ábyrgð á kaupum stefnanda né sölu á tækjum í hans eigu og bendi á að samkvæmt skráningargögnum hafi stefnandi haft umráð yfir Caterpillartækinu frá árinu 2017 og selt það í desember 2021.
- 63 Í útboðinu 2015 hafi verið 15 mismunandi flokkar, þar af þrjú í hjólaskóflum samanborið við sex flokka árið 2019. Þá hafi ekki verið hægt að bjóða í alla flokka árið 2019 sem voru í eldra útboði, þar sem þeir hafi verið felldir niður. Breytingar á flokkum tækja milli útboða hafi verið gerðar með vísan til þeirrar reynslu sem stefndi hafi öðlast af útboðinu árið 2015 og hvaða tæki nýttust best til snjómoksturs, eins og fram komi í fyrirspurnum og svörum sem veitt voru á útboðstíma.
- 64 *Um flokka tækja í útboðinu* kveði stefndi stefnanda ranglega halda því fram að hinir 19 mismunandi flokkar tækja til að sinna snjómokstri ráðist af stærð og afli véla. Hið rétta sé að flokkarnir ráðist af mismunandi verkefnum;
- Vegheflar með og án framdrifs í flokki 8.2.2 og 8.2.3 og vöruflutningur og snjóflutningur með snjótönn í flokki 8.2.19 ryðji snjó á stofn- og tengibrautum.
 - Önnur tæki moki íbúa-, safn- og húsagötur; 8.2.5 hjólaskófla 12-18 tonn, 8.2.6 hjólaskófla 12-18 tonn með væng, 8.2.7, hjólaskófla 6-12 tonn 8.2.8 hjólaskófla 6-12 tonn vængjaskófla og 8.2.12 dráttarvél stór.

- Enn önnur tæki séu nýtt til að moka gangstíga; 8.2.16 smávél, Bobcat, 8.2.11, dráttarvél lítil, 8.2.9 hjólaskófla undir 6 tonn og 8.2.15 smávélar, traktor.
 - Þá séu sérstök tæki sem sinni því verkefni að fjarlægja snjó, annað hvort um leið og mokað er eða þegar mokað hafi verið í snjóruðninga; 8.2.13 dráttarvél með snjóblásara, 8.2.14 dráttarvél með snjóblásara og vörubifreið til snjóflutnings, 8.2.17 vörubifreiðar (snjóflutningur) og 8.2.20 dráttarvél með vagni. Þá sé notast við 8.2.4 hjólaskóflu yfir 18 tonn og 8.2.10 traktorsgröfu og 8.2.18 stærri vörubifreiðar (e. Trailer) snjóflutningur.
- 65 Það fari því eftir snjóalögum, veðurspá og hvað þurfi að moka m.t.t. Leiðarljóss stefnda við snjómokstur og hvaða götur séu í forgangi, hvaða flokkar tækja séu kallaðir út fyrst, sbr. Þjónustukort stefnda. Sum tæki henti ekki til að ryðja stofnbrautir og önnur henti ekki í mokstur á íbúagötum eða mokstur á gangstígum o.s.frv. Götur og gangstígar séu misbreiðir og því verði stefndi að gæta öryggis þegar ákveðið er hvaða tæki geti mokað tiltekna leiðir.
- 66 Þróun síðustu ára sé sú að snjóblásarar hafi gefið bestu raunina við að koma snjó upp á bíla þar sem það taki minnstan tíma og mun meira magn fari á hvern bíl, en ef notast er við hjólaskóflur sem moki á bíla eða vagn. Einnig sé mun meira öryggi við að nota blásara þar sem ekki þurfi að bakka eins mikið og þegar notast sé við hjólaskóflur.
- 67 *Verkstjórn snjómoksturs.* Um áráraðir hafi Umhverfismiðstöð stefnda annast snjómokstur. Verktjórar Umhverfismiðstöðvar kalli verktaka sem eru með samning um snjómokstur því aðeins til ef Umhverfismiðstöð sjálf annar ekki verkefninu.
- 68 Verktakar hafi skuldbundið sig að vera í viðbragðsstöðu og láta snjómokstur vera í forgangi í verkum sínum, sbr. 2. mgr. ákvæðis 1.7 útboðsskilmála.
- 69 Ef verktakar með samninga anni ekki verkefninu sé verkstjórum Umhverfismiðstöðvar heimilt að kalla til verktaka án samnings með vísan til almannahættu. Það hafi gerst t.d. í desember 2019, þegar mjög mikið snjóaði í bænum og snjódypt var 60-70 cm. í nokkra daga.
- 70 *Leiðarljós og forgangur við snjómokstur.* Stefndi hafni því að stefnandi hafi fengið mun minni vinnu en aðrir verktakar og hafi ekki verið kallaður út í forgangi, heldur aðrir verktakar gengið fyrir um vinnu. Þegar verktakar með samning eru kallaðir út sé það gert með eftirfarandi hætti: Miðað sé við Leiðarljós stefnda við snjómokstur og forgangsröðun í mokstri gatna/stíga, þegar ákveðið er hvaða flokkar tækja eru kallaðir út. Þegar flokkar tækja eru kallaðir út sé það gert í þeirri röð að sá sem er lægstbjóðandi í viðkomandi flokki sé kallaður út fyrst. Hafi snjóað mikið sé ljóst að kalla þurfi út fleiri í sama flokki, t.d. þegar mokaðar eru húsagötur. Þegar óveður gangi yfir miðist þjónustan við að halda helstu stofnbrautum, tengibrautum, strætisvagnaleiðum og aðgengi að neyðarþjónustu opnu eins og kostur er.
- 71 Við venjulegar vetraraðstæður gildi þær vinnureglur við mokstur gatna, að þær götur sem njóti forgangs í snjómokstri séu mokaðar fyrst, þ.e. stofnbrautir, helstu tengibrautir m.a.

að neyðarþjónustu eins og sjúkrahúsi, lögreglu, slökkviliði og strætisvagnaleiðir og fjölfarnar safngötur.

- 72 Húsagötur (íbúa- og safngötur) séu ekki mokaðar nema þær séu þungfærar einkabílum eða þegar það stefni í að þær verði þungfærar og ef von er á hláku.
- 73 Stofnstígar, svo sem göngu- og hjólastígar milli bæjarhluta, fái forgang í hreinsun ásamt helstu leiðum sem liggja að skólum, leikskólum, strætóbiðstöðvum og helstu stofnunum bæjarins.
- 74 Þau tæki sem séu kölluð út fyrst séu tæki í þeim flokkum sem geta rutt stofn- og tengibrautir og strætisvagnaleiðir og leiðir að neyðarþjónustu. Þetta gerir það að verkum að þótt mikið hafi snjóað séu ekki allir flokkar tækja kallaðir út samtímis eða sama dag.
- 75 Stefnandi sé fyrst og fremst með tæki í flokkum sem moka húsagötur (íbúða- og safngötur) og göngustíga og því séu hans flokkar ekki alltaf kallaðir til þótt mikið hafi snjóað, þótt hann sé í forgangi í sínum flokkum.
- 76 Um viðmið stefnanda um 26% hlutfall af verkum, vinnu og heildartekjum, vísi stefndi til umfjöllunar um leiðarljós og forgangsmokstur hér að fram sem sýni að reikniaðferð stefnanda eigi ekki við rök að styðjast.
- 77 Þá miði stefnandi í útreikningum sínum við þau fimm tæki sem hann fékk samning um, allan tímann, frá upphafi samnings, þrátt fyrir þær uppsagnir á tækjum sem hann hafi tilkynnt stefnda.
- 78 Krafa stefnanda um 26% af heildarvinnu sé því bæði röng, órökstudd og ósönnuð.
- 79 Stefndi bendi jafnframt á að hann hafi hvorki gefið bindandi loforð um að allir verktakar fái jafna vinnu né að tímafjöldi verktaka innan sama flokks sé alltaf sá sami eða í hlutfalli við fjölda tækja sem gerður hafi verið samningur um, enda sé það ógerlegt og ýmislegt geti leitt til þess að tveir verktakar innan sama flokks séu mislengi að störfum innan sama dags. Fyrir stefnda vaki að geta kallað út verktaka til að moka bæinn þegar þörf krefur og til þess hafi hann samninga við verktaka sem hægt sé að kalla út eftir framangreindum verklagsreglum.
- 80 Þá bendi stefndi á að þeir verktakar sem stefnandi beri sig saman við séu með samninga um mun fleiri tæki en stefnandi í kjölfar útboðsins og því séu þau verk sem þeir geti annað miðað við Leiðarljós stefnda og forgangsmokstur mun fjölbreyttari. Þannig hafi Finnur ehf. í upphafi verið með samninga um 29 tæki í 13 flokkum, Skútaberg ehf. með samninga um 12 tæki í átta flokkum og Nesbræður ehf. með samninga um 10 tæki í sjö flokkum á meðan stefnandi hafi verið með samninga um fimm tæki í upphafi í fimm flokkum, en frá 28. nóvember 2019 með samninga um fjögur tæki og frá 22. janúar 2021 með samninga um þrjú tæki.
- 81 *Jafnræði* hafi ekki verið brotið, né *forgangsreglur* í þeim flokkum sem stefnandi hafi verið lægstbjóðandi í. Stefndi ítreki að ef kalla þurfi tiltekinn flokk út sé lægstbjóðandi í útkallsforgangi. Verktaki þurfi að vera í viðbragðsstöðu og láta snjómokstur ganga fyrir öðrum verkum, en viðbragðstími skuli vera innan við 1 klukkustund frá útkalli sbr. 3.

mgr. ákvæðis 1.7 í útboðsskilmálum. Svári verktaki ekki símtali frá verkstjóra sé nauðsynlegt að kalla út þann sem sé næstur í forgangi sbr. ákvæði 4.6, í útboðsskilmálum. Stefndi bendi á að það hafi komið tilvik þar sem verktakar með samning hafi ekki svarað símtali frá verkstjóra, jafnt hjá stefnanda sem öðrum verktökum.

82 Ef hins vegar tveir eða fleiri innan sama flokks séu kallaðar út á sama tíma, sé stefnandi kallaður út fyrstur þar sem hann sé í útkallsforgangi, en hins vegar sé ekki hægt að bera verk eða tímafjölda verktaka saman, innan sama flokks, enda geti ýmislegt leitt til þess að annar sé lengur en hinn að störfum. Þá hafi það komið einu sinni fyrir að verkstjóri í afleysingum kallaði ekki til stefnanda í forgangi fyrir mistök.

83 Mismunur á tímum verktaka innan sama flokks, sem kallaðir eru út á sama tíma, geti m.a. verið fölginn í að:

- Svæði sem á að moka geti verið mismunandi að stærð og gerð, þótt alltaf sé reynt að hafa svæðin svipuð að stærð.
- Svæði geti verið mismunandi erfið til moksturs, þannig geti verið mikið af bílum á einu moksturssvæði, sem tefji verkið, en lítið á öðru. Þá geti götur verið misþröngar.
- Verktakar geti verið mislengi að moka vegna mismunandi færni og reynslu.
- Fjarlægð vinnustöðvar verktaka frá moksturssvæði geti ráðið mismun, en verktökum sé heimilt að miða vinnutíma við akstur frá vinnustöð að moksturssvæði.
- Verktökum sé heimilt að klára verkefni innan dagsins eða geyma hluta þess til morguns, sem geti skýrt tímamismun innan dags.
- Það hafi komið fyrir að stefnandi hafi ekki svarað síma við útkall verkstjóra eða ekki mætt fyrir en eftir hádegi, sem geti skýrt mismun innan dags.
- Þá bendi stefndi á að stefnandi hafi verið staðinn að því að fara frá verki tímabundið, innan dagsins, til að sinna mokstri fyrir einkaaðila, sem sé brot á samningi aðila. Þá daga hafi stefnandi verið með færri vinnustundir en verktakar innan sama flokks, t.d. 5. desember 2020 og 13. desember 2020.
- Þá sé ákveðinn ómöguleiki að bera tölulega saman verktaka innan sama flokks þar sem samningar byggja á útboði þar sem verktakar eru með mismunandi einingaverð.

84 *Frestun á ferilvöktun* geti ekki talist saknæm og ólögmet athöfn af hálfu stefnda, sem geti leitt til bótaskyldu, enda hafi engar mótbáru borist frá verktökum sem voru með samninga um snjómokstur við þeirri ívilnandi frestun.

85 Í ákvæði 5.3 í útboði hafi verið gert ráð fyrir því að ferilvöktun hæfist 1. nóvember 2020. Þann 16. nóvember 2020 hafi verið fundað með verktökum sem sinna snjómokstri á Akureyri með fjarfundarbúnaði þar sem verktökum hafi verið tilkynnt að í ljósi aðstæðna (Covid) hefði innleiðing á ferilvöktunarkerfinu frestast. Stefnandi hafi mætt á umræddan fund. Þann 25. nóvember 2020 hafi verktökum, þ.m.t. stefnanda, verið tilkynnt með tölvupósti að verktakar hefðu frest til 31. desember 2020 til að útbúa vélar sínar með ferilvöktunarbúnaði. Þann 23. desember 2020 hafi verktökum, þ.m.t. stefnanda, verið

send tilkynning í gegnum rafræna undirritunarferlið Taktikal þar sem m.a. hafi komið fram að til þess að gæta meðalhófs myndu tæki sem ekki væru komin með búnað 1. janúar 2021 færast neðst í útkallsröð. Í sama pósti kom fram að frestur til að setja búnað í vélar væri gefinn til 1. febrúar 2021 að öðrum kosti yrði samningi rift.

- 86 Ástæðan fyrir þessari ákvörðun hafi m.a. verið sú að frestur sem hafi verið gefinn 25. nóvember 2020 hafi þótt of stuttur og að möguleiki væri á því að umboðsaðili ætti ekki allan þann fjölda tækja sem þyrfti. Þá hafi verið litið til almannahættu, en nokkuð hafi snjóað í desember. Að lokum hafi ferilvöktunarbúnaður verið til skoðunar m.t.t. laga um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga nr. 90/2018. Í því skyni hafi verktakar skrifað undir upplýsinga- og samþykkisblað áður en búnaðurinn var tekinn í notkun. Í dag séu allir samningsbundnir verktakar sem sinna snjómokstri með ferilvöktunarbúnað í tækjum sínum.
- 87 Allir verktakar hafi orðið fyrir kostnaði við að setja búnað í vélar sínar, sbr. ákvæði 4.1 í útboðs- og verklýsingu, þar sem fram komi að í tilboði verktaka skuli vera innifalinn kostnaður vegna ferilvöktunarbúnaðar.
- 88 Frestun á gildistíma hafi gilt gagnvart öllum verktökum sem fengu samning um snjómokstur og hálkuvarnir og því geti frestunin ekki verið brot á jafnræði verktaka. Þá hafni stefndi því að honum hafi borið að rifta samningi við alla nema stefnanda þar sem hann hafi verið sá eini sem hafi verið kominn með ferilvöktunarbúnað í tæki sín. Ákvörðunin teljist til tímabundinnar frestunar á gildi ákvæðis í samningi og teljist ívilnandi ákvörðun sem engum hafi verið til tjóns, auk þess sem veigamikil rök hafi legið að baki frestuninni.
- 89 Ómöguleiki á að vinna allt verkið. Önnur aðalkrafa stefnanda byggir á að hann hefði átt að fá alla þá vinnu sem aðrir samningsbundnir verktakar fengu frá 1. nóvember 2020 til 31. mars 2021, hvort sem hann hafi haft mannskap og tæki til að sinna verkinu, þar sem bænum hafi borið að rifta samningi við alla aðra verktaka þar sem þeir hafi ekki verið komnir með ferilvöktunarbúnað í vélar sínar og tæki.
- 90 Stefnandi hafi frá undirritun samnings 15. nóvember 2019 verið með samning um fimm tæki, en frá 22. nóvember 2019 með fjögur tæki eftir að hann seldi tæki í flokki 8.2.15. Þá hafi stefnandi aðeins verið með þrjú tæki frá janúar 2021 eða frá þeim tíma sem hann seldi hjólaskóflu yfir 18 tonn (8.2.4), og þá sé stefnandi með samning um aðeins tvö tæki frá 5. janúar 2022, en þann dag hafi hann sagt upp samningi um hjólaskóflu undir 6 tonn (8.2.9). Krafa stefnanda byggir á ákveðnum ómöguleika því hann hefði aldrei annað því að moka allan bæinn frá 1. nóvember til 21. mars 2021 með þeim tækjum sem hann hafi verið með samninga um. Stefndi taki sem dæmi að 34 tæki hafi verið að störfum, þar af átta á vegum stefnda og 26 á vegum verktaka með samning, við að sinna snjómokstri 4. desember 2020 þegar snjódypt eftir snjókomu þann 3. desember 2020 var 105 cm. og þann 26. janúar 2021 hafi 33 tæki á vegum verktaka með samning verið við vinnu, þegar snjódypt eftir snjókomu þann 25. janúar 2021 var 72 cm.
- 91 Þá vísi stefndi til þess að ef hvorki tæki og mannskapur Umhverfismiðstöðvar né þeir verktakar sem voru með samning um snjómokstur anni verkefninu sé stefnda heimilt á

grundvelli almannahættu að kalla út verktaka án samnings eins og gerst hafi í desember 2019 þegar snjódypt hafi verið á bilinu 60-70 cm. í nokkra daga. Ef raunhæft hefði verið að rifta samningi við alla verktaka nema stefnanda hefði stefndi því alltaf kallað út verktaka án samnings á þessu tímabili. Krafa stefnanda sé því ekki raunhæf.

- 92 *Gagnkvæm tillitsskylda og gagnaframlagning.* Stefndi byggir á því að krafa stefnanda fari gegn meginreglunni um gagnkvæma tillitssemi í samningssambandi. Þá hafi stefnandi sent fjölda tölvupósta á kjörna fulltrúa, bæjarstjóra og stjórnendur hjá stefnda þar sem einstakir starfsmenn stefnda séu bornir sökum. Stefndi bendir á að stefnandi hafi farið ítrekað fram á umfangsmikla gagnabeiðni samkvæmt upplýsingalögum sem stefndi hafi orðið við að öllu leyti og afhent stefnanda mikið magn af skjölum svo stefnandi gæti undirbyggt kröfur sínar. Stefndi bendir jafnframt á að engar athugasemdir hafi verið gerðar við stefnanda þegar hann hafi selt tæki í flokki stuttu eftir undirritun samninga og í tvígang tilkynnt stefnda fyrirvaralaust um uppsögn á samningum á samningstímanum. Stefndi hafi þannig heimilað stefnanda að taka tæki úr samningi án uppsagnarfrests, þótt það hafi verið verulega bagalegt fyrir stefnda.
- 93 *Skilyrði bótaskyldu hafi ekki verið sönnuð.* Stefndi hafi hvorki sýnt fram á saknæma og ólögmeða háttsemi stefnda, né orsakasamband á milli slíkrar háttsemi við meint tjón stefnanda. Þá hafi stefndi ekki sannað að meint tjón hafi verið sennileg afleiðing af háttsemi stefnda. Loks sé tjón stefnanda ósannað.
- 94 Þrátt fyrir að krafa stefnanda sé viðurkenningarkrafa, þá rökstyðji hann og geri tilraun til að sanna tjón sitt með tölulegum útreikningi. Stefnda sé því nauðsynlegt að gera *athugasemdir við dómkröfur stefnanda.*
- 95 Í fyrsta lagi miðist viðurkenningarkrafa við 1. nóvember 2019, en samningar hafi ekki verið undirritaðir rafrænt fyrr en 15. nóvember 2019.
- 96 Í öðru lagi miðir stefnandi við fimm tæki í útreikningum sínum, jafnvel þó hann hafi selt tæki í flokki 8.2.15 strax í nóvember 2019 án þess að tilkynna um að annað tæki kæmi í staðinn, og sagt upp samningi um tæki í flokki 8.2.4 þann 22. janúar 2021. Þá taki stefnandi ekki tillit til þess að samkvæmt leiðarljósi og þjónustukorti stefnda (forgangur við mokstur gatna) sé ógerlegt að stjórna snjómokstri og halda „jafnræði“ á milli verktaka um hlutfallslega úthlutun verkefna óháð útboðsflokkum, enda séu tæki stefnanda fyrst og fremst nýtt í húsagötum og stígum og að þeir verktakar sem hann beri sig saman við séu með fleiri tæki til fjölbreytilegra verka.
- 97 Í þriðja lagi reikni stefnandi sér meistar tekjur vegna missis hagnaðar að frádregnum olíukostnaði, en án þess að gera ráð fyrir að hefði hann fengið tiltekin verk þyrfti hann að greiða tækjamönnum sínum laun (mannatímar) og draga þær tekjur frá útreikningi.
- 98 Við yfirferð á útreikningum stefnanda hafi komið í ljós að í fjölda tilvika hafi stefnandi verið að bera saman mismunandi tækjaflokka. Samanburðurinn eigi því ekki rétt á sér. Þá hafi yfirferð stefnda á útreikningum stefnanda á tekjum Finns ehf. og Skútabergrs ehf. leitt í ljós verulegar villur, þar sem tekjurnar hafi raunverulega verið mun lægri en samkvæmt útreikningum stefnanda. Þá hafi bókaður kostnaður stefnda vegna

snjómoksturs og hálkuvarna 2020 verið 110.500.000 krónur með virðisaukaskatti, en stefnandi miði við um 171.261.292 krónur. Útreikningar stefnanda séu haldnir verulegum rangfærslum.

- 99 *Frávísun ex officio*. Loks telji stefndi dómkröfur stefnanda ekki uppfylla meginregluna um að kröfugerð sé svo ákveðin og skýr í stefnu að unnt sé að taka hana upp óbreytta sem ályktunarorð í dómsniðurstöðu. Þá skorti á að málatilbúnaður stefnanda í stefnu og framlögðum dómsskjölum sé samkvæmt meginreglunni um skýran og glöggan málatilbúnað. Dómkröfur stefnanda og gögn sem stefnandi byggir á til að sanna tjón sitt séu haldin svo miklum göllum og séu svo ruglingsleg, misvísandi, ónákvæm, rangt framsett og með svo mörgum villum, að málið ætti að sæta frávísun ex officio samkvæmt 100. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.
- 100 Stefndi vísar til meginreglna skaðabótaréttar og meginreglna samninga- og kröfurettar og meginreglunnar um gagnkvæma tillitssemi í samningssambandi. Um málskostnaðarkröfu sé vísað til XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, einkum 129., 130. og a-liðar 1. mgr. 131. gr. laganna.

Forsendur og niðurstaða

- 101 Í máli þessu krefst stefnandi viðurkenningar á bótaskyldu stefnda vegna meintra brota á útboðsskilmálum og verksamningi aðila sem gerður var í framhaldi af útboði vegna snjómoksturs og hálkuvarna á Akureyri fyrir árin 2019 til 2022.
- 102 Eins og fram kemur í málsatvikalýsingu og gögnum málsins eru snjómokstur og hálkuvarnir hjá Akureyrarbæ fyrst og fremst í höndum Umhverfismiðstöðvar bæjarins. Þegar verðurfari háttar þannig að snjór er of mikill til þess að Umhverfismiðstöð ráði ein við verkið er stefnda nauðsyn að geta kallað til aðra verktaka til að mæta auknu álagi, gera fólki kleift að komast til vinnu og skóla, tryggja öryggi vegfarenda og halda umferð neyðarbíla gangandi. Útboð stefnda miðaðist því við að fá tilboð í tímaverð fyrir vélar og tæki í mismunandi flokkum, sem myndu gilda í framangreindum útköllum á álagstímum. Í útboðinu fólst hins vegar ekki að tilteknum verkefnum væri úthlutað til bjóðenda.
- 103 Stefndi byggir viðurkenningarkröfu sína á því að stefndi hafi á saknæman og ólögmetan hátt brotið í fyrsta lagi gegn forgangsreglum, í öðru lagi gegn hlutfallsviðmiði og í þriðja lagi gegn skyldu til að rifta samningum við alla aðra verktaka en stefnda vegna skilyrðis um ferilvöktunarbúnað. Brot þessi hafi verið í því skyni að hygla öðrum bjóðendum á kostnað stefnanda. Verður nú vikið að málsástæðum stefnanda.
- 104 *Forgangsreglur*. Stefndi heldur því fram að í 27 skipti árið 2019 og 61 skipti 2020 fram til 31. október hafi stefndi brotið gegn forgangsreglum ákvæðis 4.6 í útboðsskilmálum með því annað hvort að kalla út vélar í flokki sem stefndi var lögstjóðandi í án þess að kalla stefnanda fyrst til vinnu eða með því að aðrir hafi verið lengur við störf (fengið fleiri tíma) í þessum flokkum en stefndi umrædda daga. Þetta hafi átt við flokka „8.2.5 Hjólaskófla 12 til 18 tonn“ og „8.2.20 Dráttarvél með vagni (snjóflutningur)“.

- 105 Stefnandi hefur fallist á að í eitt skipti í janúar 2020 hafi afleysingamaður fyrir mistök kallað annan verktaka út í flokki 8.2.20, en stefnanda voru boðnar bætur vegna þess fyrir höfðun máls þessa. Að öðru leyti hafnar stefnandi því að forgangsreglur útboðsins hafi verið brotnar og vísar til þess að í samanburði sínum flokki stefnandi ranglega tæki úr öðrum flokkum, sem voru að störfum á sama tíma, undir flokk sem stefnandi var lögstjóðandi í. Stefnandi hafi forræði á því að velja það tæki sem best henti hverju verkefni. Því sé ekki rétt að stefnandi hafi verið sniðgenginn. Þá sé samanburður á verkum eða tímafjöldum tækja innan sama flokks vandkvæðum bundinn af ýmsum ástæðum, enda geti ýmislegt leitt til þess að annar sé lengur en hinn að störfum, svo sem mismunandi stærð og gerð svæða sem moka á, fjöldi kyrrstæðra bíla sem tefji verk, mismunandi færni og reynsla verktaka, fjarlægð vinnustöðvar verktaka frá moksturssvæði og fjarlægð að losunarsvæði fyrir snjó og fleiri ástæður sem raktar eru í málsgrein 83 hér að framan. Þessu til viðbótar bar vitnið Hildigunnur Rut Jónsdóttir, forstöðumaður Umhverfis- og sörpmála stefnda, að brögð hafi verið að því að stefnandi hafi farið frá verki innan dagsins eða mætt um hádegi á meðan aðrir hafi verið að störfum allan daginn. Samkvæmt bókum stefnda hafi stefnandi til að mynda mætt kl. 15 snjópungan dag í desember 2019, þegar aðrir verktakar hafi mætt að morgni. Stefnandi hafi sennilega verið að sinna mokstri fyrir einkaaðila á þessum tíma. Stefnandi kaus að gefa ekki aðilaskýrslu fyrir dómi og svaraði því ekki fyrir framangreindar skýringar. Eru engin efni til að vefengja framburð vitnisins og verður litið til hans.
- 106 Að mati dómsins hefur stefnandi ekki hrakið framangreindar skýringar stefnda, en telja verður þær eðlilegar og málefnalegar. Í forgangsreglum ákvæðis 4.6 fellst að lögstjóðandi situr fyrir um vinnu á þann hátt að haft skal samband við hann á undan öðrum bjóðendum vegna verkefna í viðkomandi flokki. Hins vegar fellst ekki í ákvæðinu að tryggt sé að lögstjóðandi fái ávallt mestan tímafjölda innan hvers útkallsdags af þeim tækjum sem kölluð eru út í þeim tilvikum þegar kalla þarf út fleiri en eitt tæki. Af yfirliti stefnanda má ráða að suma snjópunga daga hafa 6 tæki verið kölluð út í flokki 8.2.20, en stefnandi var einungis með eitt tæki til afnota í þeim flokki. Tiltekna daga var tæki stefnanda með flesta tíma, en aðra daga voru tæki annarra bjóðenda með flesta tíma. Að mati dómsins verður sú krafa ekki gerð til stefnda að hann tryggi að verk þau sem lögstjóðandi er kallaður til feli ávallt í sér flesta tíma innan viðkomandi dags, enda nær ómögulegt að búa þannig um hnúta. Samkvæmt framansögðu hafnar dómurinn því að stefnandi hafi sýnt fram á stefndi hafi með saknæmum og ólögmætum hætti sniðgengið stefnanda sem lögstjóðanda og brotið með því forgangsreglur útboðsins.
- 107 *Hlutfallsviðmið*. Meginþunginn í málatilbúnaði stefnanda hvílir á útreikningum á grundvelli hlutfallsviðmiða sem hann telur sýna fram á saknæma og ólögmæta mismunun gagnvart stefnanda við úthlutun verkefna. Eins og rakið er að framan byggja útreikningar stefnanda á því að telja fjölda flokka sem hann var lögstjóðandi í og finna með því út hlutfallslegan fjölda þeirra flokka af 19 heildarflokkum í útboðinu. Samkvæmt þessum útreikningum var stefnandi lögstjóðandi í 26% flokka útboðsins í upphafi, en 21% eftir að hann dró sig úr flokki 8.2.15 sjö dögum eftir undirritun verksamnings. Stefnandi gefur sér að eðlilegt sé að heildarfjöldi verkefna og greiðslur til hvers verktaka samsvari

framangreindu hlutfalli. Þar sem umfang verkefna sem stefnandi fékk hafi verið talsvert undir því, en umfang verkefna tveggja stærstu verktakanna yfir, þá sýni það fram á ólögmetna mismunun gagnvart stefnanda.

- 108 Eins og stefndi hefur bent á þá eru framangreindar forsendur stefnanda verulegum annmörkum háðar.
- 109 Í fyrsta lagi tekur stefnandi í útreikningum sínum ekkert tillit til fjölda tækja á vegum hvers verktaka í útboðinu, en stefnandi hafði einungis yfir einu tæki að ráða í þeim flokkum sem hann bauð í, alls fimm tæki í upphafi, fjögur viku eftir undirritun samnings og síðar þrjú. Í útboðinu var heildarfjöldi tækja 62, þar af voru tæki frá tilteknum bjóðendum í fleiri en einum flokki og gátu því sinnt fleiri verkefnum en tæki sem bundin voru við einn flokk. Miðað við þessar forsendur voru vélar á vegum stefnanda í upphafi 8% heildarfjölda tækja, en 6% viku eftir undirritun samnings. Verkefni sem vélar stefnanda sinntu voru samsvarandi við hlutfall þeirra af heildarfjölda tækja í útboðinu. Eftir sem áður sýnir samanburður miðað við fjölda tækja, að 19 tæki á vegum Finns ehf., stærsta verktakans, sinntu fleiri verkefnum en nam hlutfalli þeirra af heildarfjölda tækja. Að mati dómsins leiðir það hins vegar ekki til þess að litið verði svo á að í því felist sönnun um mismunun stefnda í þágu Finns ehf., eins og stefnandi byggir á. Skýringuna er fyrst og fremst að finna í því að Finnur ehf. var með tæki í þeim flokkum sem mest mæddi á, eins og rakið er í málsgreinum 113 og 114 hér á eftir. Til að mynda var Finnur ehf. með sjö tæki í flokki 8.2.14, sem var mest notaði flokkurinn. Þá var Finnur ehf. einnig með sömu vélar í fleiri en einum flokki, sem jók fjölda þeirra verkefna sem stóðu til boða fyrir vélnarar, en slíkt var heimilt. Því til viðbótar tekur stefnandi ekki tillit til þess í útreikningum sínum, að jafnvel þó hann hafi verið í forgangi í sínum útboðsflokkum, þá voru aðstæður almennt þannig að fannfergi var svo mikið að kalla þurfti út fleiri tæki í viðkomandi flokki, jafnvel öll tæki, eins og Hildigunnur Rut Jónsdóttir benti á í skýrslugjöf sinni fyrir dómi og má jafnframt sjá af gögnum málsins. Aðilar sem voru á eftir stefnanda í forgangsröð fengu því verkefni umrædda daga, sem endurspeglast í tímafjölda þeirra í heildarsamanburðinum. Stefnandi hagar hlutfallsútreikningum sínum hins vegar eins og einungis lægstbjóðandi í hverjum flokki hafi getað fengið verkefni, en aðrir ekki.
- 110 Í öðru lagi staðhæfir stefnandi að hann hafi sérstaklega boðið í þá 5 flokka sem hafi verið mest nýttir í snjómokstursútboði stefnda 2015 og haft réttmætar væntingar um að svo yrði áfram. Þetta stenst ekki, enda kom ekkert fram í útboðsgögnum um að verktakar gætu byggt á því að engar breytingar yrðu gerðar frá fyrra útboði í ljósi reynslunnar og þróunar í tækjabúnaði. Stefndi rekur í málsgreinum 63 og 66 hér að framan breytingar á flokkum tækja milli útboða með vísan til þeirrar reynslu sem stefndi hafi öðlast af útboðinu árið 2015 og hvaða tæki nýttust best til snjómoksturs, eins og fram komi í fyrirspurnum og svörum sem veitt voru bjóðendum á útboðstíma. Þá gerði vitnið Hildigunnur Rut Jónsdóttir nánari grein fyrir þessum breytingum fyrir dómi. Miklar breytingar hafi verið gerðar á flokkum fyrir hjólaskóflur. Þá hafi t.d. vængjaskóflur ekki verið komnar 2015, en þær hafi verið í útboðinu 2019. Verður því að hafna þeirri forsendu stefnanda að hann geti byggt hér á útboðinu 2015.

- 111 Það athugist til viðbótar að flokkur 8.2.15, sem stefnandi var lögstjórðandi í, hefur reynst einn mest notaði flokkurinn í útboðinu með á bilinu 25-35% af heildarnotkun, en stefnandi seldi vél sína og sagði sig einhliða frá flokknum 22. nóvember 2019, viku eftir undirritun sammings. Stefnandi verður sjálfur að bera ábyrgð á þeirri ákvörðun sinni að hafa dregið sig úr flokknum þegar í upphafi útboðstímans, enda hefur hann ekki sýnt fram á annað en að úthlutun verkefna í flokknum hafi ráðist af veðurfarslegum aðstæðum, en gögn sem liggja fyrir í málinu um snjódýpt sína að hún var tiltölulega lítil þann tíma skamma tíma sem stefnandi var með vélina í flokknum, en mun meiri yfir önnur tímabil vetrarins. Dómurinn getur ekki fallist á að úthlutun verkefna í flokki 8.2.15 sýni fram á að stefndi hafi hyglt Finni ehf.
- 112 Í þriðja lagi segir ekkert í útboðsskilmálum um að snjómokstursverkefni dreifist jafnt á alla tækjaflokka. Ekkert í gögnum málsins gaf stefnanda tilefni til að gefa sér slíkar forsendur. Um var að ræða útboð um tímavinnu, en ekki hlutföll eða ákveðin verkefni. Eðli málsins samkvæmt ráða veðurfarsaðstæður hverju sinni og forgangsröðun verkefna miðað við hagsmuni íbúa og almannaöryggi því í hvaða röð verkefni eru unnin og hvort verkefni eru unnin yfir höfuð, eins og stefndi rekur nánar í málsgreinum 65 og 70 - 75 hér að framan. Að mati dómsins er forgangsröð stefnda við snjómokstur eðlileg og fer ekki á neinn hátt í bága við útboðsskilmála eða jafnræðisreglur. Forgangsröðin kemur bæði fram í Leiðarljósi stefnda og Þjónustukorti, sem eru aðgengileg á vefsíðu bæjarins, auk þess sem hún leiðir af eðli máls og ætla verður að aðilum með reynslu og þekkingu á snjómokstri hljóti að vera hún kunn.
- 113 Þá liggur fyrir að stefndi fer með verkstjórn snjómoksturs og hálkuvana á vegum bæjarins og hefur í því hlutverki forræði á því að ákveða hvaða flokkur tækja henti hverju verkefni út frá aðstæðum hverju sinni, að því gefnu að málefnaleg sjónarmið ráði för. Fyrir dómi rakti Hildigunnur Rut fjölda dæma um tilvik þar sem tiltekna vélar henta betur en aðrar. Kom þar m.a. fram að við mokstur stofn- og tengibrauta, sem eru í forgangi, er lögð áhersla á að nota hraðvirk tæki, en Akureyrarbær eigi ekki sjálfur slík tæki. Af þeirri ástæðu séu tæki í þessum flokkum kölluð oftár út en önnur tæki. Stefndi eigi hins vegar hjólaskóflur sem nýtist við mokstur húsagatna og því sé sjaldnar þörf á að kalla út slík tæki frá verktökum. Þá séu til dæmis hjólaskóflur með vængjum afkastameiri en hjólaskóflur án vængja o.þ.a.l. oftár kallaðar út þegar mikið snjóar. Tæki stefnanda í útboðinu hafi í upphafi verið þrjár hjólaskóflur án vængja og tvær dráttarvélar. Aðrir verktakar séu með afkastamikil og stórvirk tæki sem kölluð eru oftár út í samræmi við skyldur stefnda til þjónustu við bæjarbúa og almannaöryggi. Í flokki 8.2.14 sé dráttarvél með snjóblásara ásamt a.m.k. þremur vörubifreiðum til snjóflutnings, en það séu afkastameiri tæki og að sama skapi hagkvæmari en hjólaskóflur. Tækin séu aðallega notuð við losun á snjó úr íbúahverfum. Þróun byggðar í bænum hafi hér áhrif, en þétting byggðar hafi aukist, stígar breyst og losunarsvæðum fækkað og því mikil þörf fyrir snjóflutning, sem vörubifreiðarnar sinni. Því hafi þetta verið mest notaði flokkurinn.
- 114 Þá eru í gögnum málsins rakin samskipti á milli stefnanda og stefnda varðandi mokstur gangstétta, þar sem fram kemur af hálfu stefnda að smávél af gerðinni Bobcat í flokki 8.2.16 henti betur til að moka gangstéttir, en hjólaskófla stefnanda í flokki 8.2.9 sem er

stærri og geti því skemmt meira, eins og reynslan sýni. Að sama skapi sé skóflan of smá fyrir mokstur gatna, sem vegheflar og stærri hjólaskóflur henti betur í, en nýtist hins vegar við hreinsun smáskafla og opnun ruðninga við bílastæði, gangbrautir og íbúðagötur. Hins vegar hafi stefndi leitast við að finna verkefni við mokstur stærri stíga þar sem vél stefnanda gæti nýst. Í heildina séu hins vegar ekki mikil not fyrir svo smáa hjólaskóflu. Þá kom fram í vitnisburði Hildigunnar Rutar fyrir dómi að Bobcat vélarnar séu liprari og fari hraðar yfir, auk þess að vera búnar hálkuvvarnarbúnaði, en hálkuvörn með sandi sé mikið notuð á stíga og gangstéttir á Akureyri.

- 115 Að mati dómsins eru framangreindar skýringar stefnda á vali vinnuvéla með tilliti til verkefna málefnalegar og fara á engan hátt í bága við útboðsskilmála eða réttmætar væntingar bjóðenda. Stefnandi hefur ekki sýnt fram á annað en að eðlilegar skýringar liggi til grundvallar þeirri staðreynd að stærstu verktakarnir í útboðinu sinntu hlutfallslega fleiri verkefnum en stefnandi.
- 116 Samkvæmt öllu því sem rakið hefur verið hér að framan eiga hinar tilbúnu forsendur stefnanda um hlutfallsviðmið á milli flokka við úthlutun verkefna sér enga stoð í gögnum málsins. Fer því fjarri að stefnandi hafi með útreikningum sínum, eða öðrum staðhæfingum um brot gegn jafnræði sem vikið hefur verið að hér að framan, sýnt fram á saknæma og ólögmæta háttsemi stefnda við úthlutun verkefna á grundvelli útboðsins.
- 117 *Skilyrði um ferilvöktunarbúnað.* Stefnandi byggir á því að stefnda hafi borið að rifta samningum við þá verktaka í útboðinu sem höfðu ekki útbúið tæki sín með búnaði til ferilvöktunar hinn 1. nóvember 2020 í samræmi við grein 5.3 í útboðsskilmálum. Óheimilt hafi verið að fresta innleiðingu búnaðarins eins og stefndi gerði hinn 16. nóvember 2020, samanber 90. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Að mati dómsins verður fallist á það með stefnda að um sé að ræða óverulega tilhliðrun á gildistöku tíma skilyrðis um ferilvöktun, sem stuðst hafi við málefnalegar ástæður. Frestunin var kynnt á fundi með öllum verktökum, þ.m.t. stefnanda, án þess að nokkur hreyfði athugasemdum. Leikur ekki á því vafi að um var að ræða óverulega breytingu, sem stefnda var heimil á grundvelli e.-liðar 1. mgr. 90. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, en frestunin fól hvorki í sér að efni samningsins yrði annað en upphaflega var samið um né önnur þau atriði sem tilgreind eru sem veruleg breyting í 4. mgr. ákvæðisins. Verður því þegar af þeirri ástæðu að hafna röksemdum stefnanda um ólögmæti framangreindrar frestunar og meint tjón af hans af völdum hennar.
- 118 Samkvæmt öllu því sem rakið hefur verið hér að framan hefur stefnandi hvorki sýnt fram á ólögmæta og saknæma háttsemi stefnda í máli þessu, né önnur skilyrði bótaábyrgðar, og verður stefndi því sýknaður af kröfum stefnanda.
- 119 Í samræmi við úrslit málsins verður stefnanda gert að greiða stefnda málskostnað samkvæmt 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Við ákvörðun málskostnaðar er litið til umfangs málsins, en fyrir liggur að stefndi hefur varið umtalsverðum tíma til yfirferðar og athugasemda við villur og rangfærslur í gögnum stefnanda, sem ítrekað þurfti að gera leiðréttingar á útreikningum sínum og forsendum undir rekstri málsins. Að mati dómsins eiga a- og c-liður 1. mgr. 131. gr. laganna

jafnframt við í málinu, eins og stefnandi hefur gert málatilbúnað sinn úr garði, án þess þó að efni séu til álags á málskostnað samkvæmt 2. mgr. ákvæðisins. Þykir málskostnaður hæfilega ákvarðaður tvær og hálf milljón króna.

Af hálfu stefnanda flutti málið Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður, en Inga Þöll Þórgnýsdóttir lögmaður flutti málið af hálfu stefnda.

Hlynur Jónsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

Dómsorð:

Stefndi, Akureyrarbær, er sýkn af kröfum stefnanda, Leó verktaka ehf.

Stefnandi greiði stefnda tvær og hálf milljón króna í málskostnað.