

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjaness 9. desember 2016 í máli nr. E-446/2016:

Sólvellir, sjálfseignarstofnun

(Hilmar Gunnlaugsson hrl.)

gegn

Hafnarfjarðarkaupstað

(Sigríður Kristinsdóttir hrl.)

Mál þetta, sem var þingfest 27. apríl 2016, var dómtekið 15. nóvember 2016. Stefnandi er Sólvellir ses., Traðarbergi 19, Hafnarfirði. Stefndi er Hafnarfjarðarkaupstaður, Strandgötu 6, Hafnarfirði.

Dómkröfur stefnanda eru aðallega þær að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar vegna þeirrar ákvörðunar bæjarráðs stefnda frá 6. september 2012, sem staðfest var af bæjarstjórn stefnda 12. september 2012, að falla frá því forvalsferli um hjúkrunarheimili á Völlum 7 sem hófst með fundi starfshóps 9. febrúar 2010.

Stefnandi krefst þess til vara að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda 12.274.661 kr. auk dráttarvaxta skv. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af þeirri fjárhæð frá 12. september 2012 til greiðsludags.

Til þrautavara krefst stefnandi þess að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda 2.605.000 kr. auk dráttarvaxta skv. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 af þeirri fjárhæð frá 12. september 2012 til greiðsludags.

Stefnandi gerir einnig kröfu um málskostnað.

Stefndi krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda og þess að stefnanda verði gert að greiða stefnda málskostnað.

I.

Málsatvik er að rekja til þess að á árinu 2006 lagði nefnd á vegum heilbrigðisráðherra fram skýrslu um uppbyggingu heilbrænnar öldrunarþjónustu í Hafnarfirði. Í skýrslunni var m.a. gert ráð fyrir byggingu hjúkrunarheimilis samkvæmt nýrri hugmyndafræði. Í kjölfar þessa hófust viðræður milli stefnda og heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytisins um fyrirætlun bygginga, þ.m.t. heilsugæslustöð. Á árinu 2008 tilkynnti félags- og tryggingamálaráðherra framkvæmdaáætlun um byggingu hjúkrunarrýma á landsvísu til 2012, en samkvæmt henni var gert ráð fyrir að 60 hjúkrunarrými yrðu reist í Hafnarfirði. Á árinu 2009 kynnti félags- og tryggingamálaráðherra nýja leið til að fjármagna uppbyggingu á hjúkrunarrýmum og stefndi ákvað að skoða þá leið til uppbyggingar á hjúkrunarrými í bæjarfélaginu og var skipaður starfshópur bæjarstjórnar stefnda

um hjúkrunarheimili á Völlum.

Starfshópurinn hélt sinn fyrsta fund 9. febrúar 2010. Á fundi starfshópsins 17. febrúar 2010 var farið yfir möguleika á svokallaðri leiguleið. Við uppbyggingu hjúkrunarheimilis á Völlum var ákveðið að bjóða út hönnun, byggingu og rekstur hjúkrunarheimilisins. Jafnframt var ákveðið að fara skyldi fram forval þar sem leitað yrði að rekstraraðila til að sjá um rekstur hjúkrunarheimilisins til 40 ára, jafnframt skyldi rekstraraðilinn fá með sér hönnuði og verktaka til að hanna og byggja húsnaðið og hanna og ljúka lóðarframkvæmdum. Á fundi starfshópsins 14. apríl 2010 var framkvæmdasviði stefnda falið að vinna forvalsgögn vegna verkefnisins. Á fundi starfshópsins 28. apríl 2010 voru lögð fram drög að samningi milli félags- og tryggingamálaráðuneytisins og stefnda um byggingu og þátttöku í leigu hjúkrunarrýmis fyrir aldraða í Hafnarfirði. Samningsdrögunum var vísað til bæjarráðs og á fundi ráðsins 29. apríl 2010 fól ráðið bæjarstjóra að ganga frá fyrirbyggjandi samningi. Í kjölfarið, hinn 3. maí 2010, skrifuðu félags- og tryggingamálaráðherra og bæjarstjóri stefnda undir samninginn. Á fundi starfshópsins 1. júlí 2010 voru lögð fram drög að forvalsgögnum og þau samþykkt af hálfu starfshópsins. Forvalsgögnin voru dagsett í júlí 2010.

Stefndi óskaði eftir umsóknum sjálfseignarstofnunar eða félags með staðfesta skipulagsskrá til að sjá um hönnun, byggingu og rekstur hjúkrunarheimilis á Völlum. Skilafrestur til að skila gögnum var til 24. ágúst 2010 en var framlengdur til 7. september 2010. Fjórir aðilar skiluðu inn umsóknum.

Á fundi starfshópsins 21. september 2010 var farið yfir umsóknirnar og var niðurstaðan sú að tveir aðilar teldust uppfylla kröfur forvalsins, þ.e. stefnandi og Umönnun ses.

Með bréfi stefnda 24. september 2010 var stefnanda tilkynnt að tilboð stefnanda uppfyllti kröfur forvalsgagna og að verið væri að vinna að útboðsgögnum og þau yrðu send honum þegar þau yrðu tilbúin.

Verkþjónusta Kristjáns ehf. bauð í vinnu við gerð útboðsgagna vegna verkefnisins og hlaut verkið og hóf vinnu við gerð útboðsgagna í ágúst 2010.

Með tölvupósti 18. október 2010 vakti starfsmaður Verkís hf. athygli á því að Verkþjónusta Kristjáns ehf. væri að hluta í eigu Verkís og að Verkís væri samstarfsaðili Umönnunar ses. í útboðinu. Stefndi kveður sér hafa verið ókunnugt um þessi tengsl og hélt hann fund 27. október 2010 með forsvarsmönnum stefnanda og Umönnun ses. þar sem skýrt var frá þessum tengslum.

Með kæru stefnanda til kærunefndar útboðsmála, dags. 23. nóvember 2010, kærði stefnandi ákvörðun stefnda um að telja Umönnun ses. hæfan aðila til að taka þátt í útboði um hjúkrunarheimili á Völlum 7. Nefndin kvað upp úrskurð 14. febrúar 2011 í máli nr. 29/2010, þar sem felld var úr gildi sú ákvörðun kærða að

telja tilboð Umönnunar ses. fullnægjandi í forvalinu „Hjúkrunarheimili á Völlum 7“.

Í kjölfar úrskurðar kæruneftndar útboðsmála var komin upp sú staða að einungis einn aðili stóð eftir til að taka þátt í útboðinu. Á fundi starfshópsins um hjúkrunarheimili á Völlum, sem haldinn var 6. september 2012, gerði starfshópurinn eftirfarandi tillögu til bæjarráðs: „Í ljósi málsatvika, fyrirbyggjandi úrskurðar kæruneftndar útboðsmála nr. 29/2010 og álitgerðar um lagalega stöðu Hafnarfjarðarbæjar vegna forvals um hjúkrunarheimili á Völlum 7, leggur starfshópurinn til að fallið verði frá því forvalsferli sem hófst með fundi starfshóps 9. febrúar 2010.“ Bæjarráð samþykkti tillögu starfshópsins á fundi 6. september 2012 og með bréfi stefnda til lögmanns stefnanda 29. október 2012 var stefnanda tilkynnt niðurstaða bæjarráðs.

Stefnandi gerði kröfu á hendur stefnda um efndabætur en stefndi hafnaði kröfunni. Stefnandi hefur því höfðað mál þetta.

Við aðalmeðferð málsins gáfu skýrslu Erna Fríða Berg, stjórnarformaður stefnanda, Helgi Númason, stjórnarmaður stefnanda, Kristján Ásgeirsson arkitekt, Lúðvík Geirsson, fyrrverandi bæjarstjóri stefnda, Gunnar Axel Axelsson, bæjarstjórnarfulltrúi stefnda, Sigurður Haraldsson, sviðsstjóri hjá stefnda, Sigurður Páll Harðarson, fyrrverandi sviðsstjóri hjá stefnda, Sigprúður Ingimundardóttir, aðalhöfundur Silkistefnunnar, og Guðrún Ágústa Guðmundsdóttir, fyrrverandi bæjarstjóri stefnda.

II.

Stefnandi byggir kröfur sínar á almennum meginreglum skaðabótaréttar um að tjónvaldi beri að gera tjónþola eins settan og hin bótaskylda athöfn hefði ekki átt sér stað. Tjón stefnanda felist í því að vænlegur samningur hafi ekki fengist gerður og stefnandi þannig orðið af hagnaði. Aðalkrafa stefnanda er byggð á 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991. Byggt er á því að samkvæmt íslenskri dómaframkvæmd sé hugtakið „missir hagnaðar“ nægjanlega afmarkað að íslenskum rétti svo að leggja megi dóm á viðurkenningarkröfu um rétt til slíkra bóta.

Stefnandi vísar til draga að útboðsgögnum frá október 2010 en samkvæmt þeim sé ljóst að það hafi staðið til að hafa ákveðið fjárhagslegt hámark sem hafi leitt til ógildingar tilboða, þ.e. ef verð væri hærra en ákveðin tala á brúttó fermetra, þá yrði það ekki metið gilt. Á blaðsíðu 10 í útboðsgögnum komi m.a. fram fjárhæðin 320.000 kr./fermetra. Í áætlun sem send hafi verið bæjarstjórum fjölmargra sveitarfélaga veturinn 2009-2010 hafi verið talið að viðmiðunarkostnaður væri 347.300 kr./fermetra, án alls búnaðar og fjármagnskostnaðar á byggingartíma. Með fjármagnskostnaði væri byggingarkostnaður 361.192 kr./fermetra. Í fyrirbyggjandi gögnum komi fram að

viðmiðunarverð ráðuneytisins almennt séð væri 340-370 þúsund kr. á fermetra. Telur stefnandi einsýnt að hámarkstala í útboði hefði aldrei getað orðið lægri en þessi síðastnefnda viðmiðunartala. Þannig hafi legið fyrir að í útboði hafi fyrst og fremst verið leitað að hæfasta aðilanum hvað varðaði hönnunarlausnir innan þessa fjárhagsramma og rekstrarlegar lausnir í framhaldi af því, innan þess ramma sem daggjaldgreiðslur ríkisins væru, enda staðið til að leggja mat á tilboð eftir svofelldri mælistiku:

Viðhorf og hugmyndafræði	35%.
Skipulag þjónustu og fagleg þekking	35%.
Húsnæði og lóð	30%.

Samkvæmt drögum að útboðsgögnum hafi verið miðað við að daggjald fyrir árið 2010 miðað við þyngdarstuðul 1,04 væri 20.935 kr. Gert hafi verið ráð fyrir því að um greiðslur daggjalds færi samkvæmt reglugerð félags- og tryggingamálaráðherra á hverjum tíma, sem þá hafi verið reglugerðir nr. 1080/2009 og 1091/2009. Greiðslur vegna byggingar hjúkrunarheimilisins skyldu fara fram í samræmi við tilboðsskrá og miðast við framvindu verksins á byggingarstað.

Stefnandi byggir á því að hann hafi með því að vera metinn hæfur í forvalinu fullnægt þeim kröfum sem gerðar væru til viðhorfs og hugmyndafræði annars vegar og skipulags þjónustu og faglegrar þekkingar hins vegar.

Af minnisblaði því sem sent hafi verið bæjarstjórum um forsendur væntanlegra samninga um byggingu hjúkrunarheimila samkvæmt svokallaðri leiguleið sé ljóst að forsendur stefnda og þar með fjárhagsáætlun hafi ekki getað verið aðrar en þær að reikna með heildarkostnaði á hvern fermetra allt að 370 þúsund kr. án búnaðar og leigugjaldi frá íslenska ríkinu að fjárhæð 2.100 til 2.300 kr. á fermetra (verðtryggt). Þá hafi það einnig virst hafa verið forsenda þessa verkefnis að tekið yrði 100% lán fyrir framkvæmdinni, með 4,6% verðtryggðum vöxtum til 40 ára. Telur stefnandi því að það sé rangt hjá stefnda, þegar hann fullyrði í bréfi 29. nóvember 2013 að engin kostnaðaráætlun hafi verið gerð. Rétt sé að hafa í huga að miðað við forsendur þessar, þá hefði stefndi ekkert eigið fé lagt í verkefnið í upphafi – utan lóðarinnar – og síðan 15% af leigugjaldi, en orðið 100% eigandi fasteignarinnar sem ætti að vera skuldlaus eftir 40 ár.

Að loknu forvali og úrskurði kærunefndar útboðsmála hafi legið fyrir að einn hæfur aðili væri til staðar. Stefnandi telur að með gagnályktun af 32. gr. laga nr. 84/2007 sé augljóst að sé einu lögsmætu tilboði til að dreifa þá skuli taka því, þó með þeim eðlilega fyrirvara að verð sé innan hæfilegs ramma miðað við kostnaðar áætlun/viðmiðunarverð. Því hafi borið að klára ferlið og byggir stefnandi á því að augljóst sé að ekki hafi verið löglegt að semja við neinn annan aðila en stefnanda. Byggir stefnandi á því að eftir niðurstöðu forvals hafi skapast skylda fyrir stefnda

til að klára útbóðsferlið og, að því gefnu að tilboð væru um eða undir kostnaðaráætlun, taka boði stefnanda og gera við hann samninga um byggingu hjúkrunarheimilisins og rekstur þess. Byggt er á því að viðurkennt sé í dómaframkvæmd að hvorki 20. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða né 101. gr. laga 84/2007 um opinber innkaup (áður 84. gr. laga nr. 94/2001) takmarki rétt til að krefjast efndabóta vegna réttarbrotá við framkvæmd útboða hins opinbera. Þannig sé vísun 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007 til almennra skaðabótareglna skýrð þannig að réttur til efndabóta geti stofnast ef almennum sönnunarkröfum hefur verið fullnægt. Stefnandi vísar til lögskýringargagna þessu til stuðnings.

Um lokað útbóðsferli hafi verið að ræða, eftir að forvali lauk, og telur stefnandi það óumdeilt að ef ferlið hefði verið klárað og hin ólögmeta ákvörðun um að hætta því hefði ekki komið til, þá hefði verið samið um verkið við stefnanda. Stefnandi, og þeir aðilar sem að honum stóðu, hafi verið samþykktir í forvalinu og því hafi verið fræðilega útilokað að nokkur annar yrði fyrir valinu en stefnandi sem viðsemjandi að útbóðsferli loknu.

Hafi því öll skilyrði hinna almennu skaðabótareglna um huglæga afstöðu, orsakatengsl og sennilega afleiðingu verið ljós þeim sem tekið hafi hina umdeildu ákvörðun. Stefndi hafi tekið sagnæma og ólögmeta ákvörðun sem hafi orðið stefnanda til fjártjóns og séu því öll skilyrði efndabóta uppfyllt. Hin tilgreinda ástæða fyrir niðurfellingu ferlisins hafi verið að stefndi stæði einn eftir að forvali loknu og það hafi verið ólögmet ástæða.

Stefnandi byggir á því að þótt forvalið hafi farið fram á hinu evrópska efnahagssvæði, og útbóðið sé af þeirri stærðargráðu að það eigi undir tilskipanir ESB um framkvæmd opinberra útboða, þá sé ljóst að ESB- og EES-réttur eftirláti landsrétti það alfarið að móta reglur um skaðabætur vegna brota á útbóðsreglum. Þróunin sé í þá átt að viðurkenna ríkari rétt til efndabóta vegna brota á reglum um útbóð.

Stefnandi byggir á því að ákvörðun stefnda um afturköllun eða ógildingu útbóðsferlisins hafi verið óheimil. Slíka ákvörðun megi ekki taka nema sértækar og málefnalegar ástæður séu fyrir hendi sem varði tilboðin í útbóðinu sjálfu. Stefnandi kveðst vísa til meginreglna útbóðs- og verktakaréttar, sem og laga nr. 84/2007. Þrátt fyrir hugsanlegan áskilnað um að hafna öllum tilboðum og ákvæði 74. gr. laga 84/2007 sem geti leitt til höfnunar á öllum tilboðum, sé það grundvallarregla í útbóðsrétti að slík höfnun verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum og tilboðin á einhvern hátt að vera ófullnægjandi. Slík staða sé ekki uppi í þessu tilviki. Stefnda hafi því borið að klára það ferli sem hafið var, þar sem til staðar hafi verið hæfur aðili að forvali loknu, með sama hætti og stefnda hefði borið að taka tilboði stefnanda á grundvelli 30. gr. laga 84/2007, jafnvel þótt einungis einu

löglegu tilboði væri til að dreifa.

Stefnandi byggir á því að jafna megi stöðunni við það ef í ljós kæmi í útboði að einungis einn aðili fengi útboðsgögn. Þrátt fyrir að þá liggi fyrir að ekki verði um samkeppni að ræða, þá geti verkkaupi að meginstefnu til ekki hætt við útboð áður en tilboð eru opnuð.

Með því að klára ekki ferlið hafi stefndi bakað sér skaðabótaskyldu. Enga heimild hafi verið að finna í forvalsgögnum til að hætta við ferlið þegar forvali væri lokið og enginn áskilnaður hafi verið um lágmarksfjölda þeirra sem kæmist í gegn um forvalið, eins og þó sé gert ráð fyrir að unnt sé, sbr. 3. mgr. 56. gr. laga nr. 84/2007. Hins vegar hafi verið gert ráð fyrir hámarksfjölda, fjórum aðilum. Af lögum sé ljóst að útboðsferli sé lögmætt þótt einungis eitt löglegt tilboð berist, sbr. ákvæði 1. mál. 1. mgr. 32. gr. laga nr. 84/2007. Stefnda hafi því borið að halda samningsferlinu áfram og hafi hann ekki lögmæta ástæðu til að hætta því.

Stefnandi byggir á því að sönnunarbyrði verði að færast á stefnda fyrir því að ekki hefði verið samið við stefnanda ef af verkinu hefði orðið.

Að stefnanda hafi staðið öflugir aðilar, bæði á sviði mannvirkjagerðar og rekstri hjúkrunarheimilis, enda hafi stefnandi verið samþykktur í forvalinu, á meðan aðili eins og Eykt hafi ekki uppfyllt kröfur forvalsins. Verði því að leggja til grundvallar að stefnandi hafi getað byggt hjúkrunarheimilið á áðurnefndu viðmiðunarverði per fermetra og fengið eðlilegan ávinning úr þeirri framkvæmd, enda hljóti í slíkri áætlanagerð að vera gengið út frá því að væntanlegur byggingaraðili hefði einhvern hagnað af framkvæmd verksins, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 182/2005. Sé því nægjanlega leitt í ljós að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni vegna þess þáttar, þótt nákvæmt umfang tjónsins verði ekki leitt í ljós nema að fenginni matsgerð sem til standi að afla þegar niðurstaða í þessum þætti málsins liggur fyrir. Þessu til stuðnings sé einnig vísað til kostnaðaráætlunar stefnanda og skilamats vegna hjúkrunarheimilisins Markar. Í kostnaðaráætlun stefnanda hafi verið byggt á því að kostnaður án búnaðar og virðisaukaskatts yrði 261.280 kr./fermetra á verðlagi ársins 2010 (ríflega 280 þús. krónur með virðisaukaskatti). Til samanburðar hafi raunkostnaður hjúkrunarheimilisins Markar verið 307.413 kr. án búnaðar á verðlagi ársins 2010, en þá hafi verið tekið tillit til verðbreytinga á verk tímanum. Báðar þessar tölur séu töluvert undir áætluðum byggingarkostnaði stefnda.

Að sama skapi telur stefnandi liggja fyrir að hann hafi verið hæfur til að standa að rekstrinum innan þeirra marka sem daggjöld sköpuðu honum á hverjum tíma, með eðlilegri ávöxtun á eigið fé sem bundið væri í þeim rekstri. Hugmyndafræði stefnanda, Silkistefnan, hafi verið mótuð á löngum tíma og verið blanda af hönnun hjúkrunarrýmis og starfsemi hjúkrunarheimilis, þannig að

hönnunin hafi skapað grundvöll fyrir enn hagkvæmari rekstur en aðrar stefnur. Áskilur stefnandi sér einnig rétt til að afla matsgerðar til að sanna umfang þess tjóns, en telur hér hafa verið sýnt fram á að skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga 91/1991 séu til staðar.

Verði ekki fallist á að stefnda hafi verið skylt að láta útboðið fara fram og að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að ekki hefði verið samið við stefnanda ef útboð hefði farið fram, þá byggir stefnandi til vara á því að á stefnda hafi hvílt sú skylda að fara að öðrum ákvæðum laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Þannig hefðu samningskaup verið heimil samkvæmt ákvæðum 32. eða 33. gr. laga nr. 84/2007, sjá einnig 30. og 31. gr. tilskipunar 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga, og því lögmætur og málefnalegur valkostur fyrir stefnda. Beri stefndi sönnunarbyrði fyrir því að slík samningskaup hefðu ekki náðst. Sérstaklega vísar stefnandi til tilviks sem talið sé upp í b-lið 1. mgr. 33. gr. laganna, þegar aðeins eitt fyrirtæki komi til greina af tæknilegum ástæðum. Orðalag greinarinnar um að samningskaup hafi verið heimil leiði til þess að mati stefnanda að stefnda hafi borið skylda til að neyta þeirrar heimildar, eða annarrar leiðar sem hafi verið heimil. Afturköllun útboðsferlisins hafi ekki verið heimil samkvæmt lögum, án þess að baka stefnda bótaskyldu. Því hafi borið að velja leið sem hafi verið heimil samkvæmt lögum. Þessu til stuðnings byggir stefnandi á lögmætisreglu stjórnisýsluréttar.

Ofangreindu til fyllingar, og sem sjálfstæðri málsástæðu, byggir stefnandi á því að stefndi hafi á grundvelli 36. gr. laga nr. 84/2007, sbr. einnig 34. gr. tilskipunar 2004/18/EB, getað haldið áfram samningsferli því sem hófst með forvalinu og samið við stefnanda.

Stefnandi telur að þegar stefndi hafi óskað eftir því að stefnandi lýsti því yfir að hann gerði engar athugasemdir við hæfi Umönnunar ses. þá hafi stefnandi haft ástæðu til að ætla að ómálefnaleg sjónarmið réðu för. Þetta hafi að mati stefnanda verið staðfest þegar stefndi hafi ákveðið endanlega haustið 2012 að hætta fyrra útboðsferli og hefja nýtt, án þess að láta reyna á hvort samningar tækjust við stefnanda, eða yfir höfuð ræða við stefnanda þrátt fyrir beiðni þar um. Þetta hafi stefndi gert vitandi að stefnandi hafi lagt út í mikinn kostnað vegna verkefnisins. Stefnandi byggir á því að sú ákvörðun stefnda sem tekin hafi verið 6. september 2012 af bæjarráði og staðfest af bæjarstjórn 12. september 2012 hafi bakað stefnda skaðabótaábyrgð á tjóni stefnanda. Telur stefnandi að með þessu hafi í raun verið brotið gegn banni útboðsréttar við mismunun og almennum meginreglum íslensks stjórnisýsluréttar, s.s. meðalhófsreglunni, jafnræðisreglunni og reglunni um bann við valdniðslu, sjá t.d. 11. og 12. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Stefnandi telur rétt að taka fram að honum hafi aldrei verið tilkynnt um niðurstöðu forvalsins, eins og skylt hafi verið samkvæmt 5. lið forvalsgagna og góðum stjórnsýsluháttum, sjá t.d. ákvæði 75. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, sbr. og 79. gr. sömu laga og 20. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þá sé ljóst að slík ákvörðun hafi ekki verið tekin fyrir en í fyrsta lagi haustið 2012, sbr. fundargerð bæjarráðs nr. 3326, dags. 6. september 2012, sem virðist hafa verið tekin fyrir á fundi bæjarstjórnar 12. september 2012. Stefnandi kveðst ekki hafa vitað af þessari ákvörðun og hafi fyrirvarsmaður stefnanda verið í töluverðum samskiptum við fyrirvarsmenn stefnda um málið í lok árs 2012 og snemma árs 2013.

Stefnandi telur að stefndi hafi án nokkurrar málefnalegrar ástæðu hætt við útboðsferli þegar fyrir hafi legið að einungis einn þeirra aðila sem tóku þátt í forvali hefði fullnægt þeim kröfum sem gerðar hafi verið. Stefnandi byggir á því að stefnda hafi borið að kanna til þrautar aðrar færar leiðir samkvæmt lögum um opinber innkaup, þar á meðal samningskaup. Ekkert ákvæði hafi verið í forvalsgögnum um lágmarksfjölda þeirra sem metnir yrðu hæfir. Stefnandi vísar í þessu sambandi til lögætisreglu stjórnsýsluréttar og rannsóknarreglunnar, sbr. 10. gr. laga 37/1993, auk ákvæða laga nr. 84/2007 um opinber innkaup.

Stefnandi kveður að af hálfu stefnda hafi því verið lýst yfir að 95% af útboðsgögnum hafi verið tilbúin í október 2010. Þrátt fyrir þetta staðhæfi stefndi í bréfi sínu frá 29. nóvember 2013 að engin kostnaðaráætlun hafi verið unnin samhliða gerð útboðsgagna 2010. Telur stefnandi að það sé rangt og kostnaðaráætlun liggi fyrir í gögnum málsins.

Stefnandi byggir á því að öldungis megi jafna stöðu hans við stöðu aðila sem eigi hagstæðasta tilboð í útboði. Ljóst sé að tilboð stefnanda hefði verið hagstæðast, þar sem engu öðru gildu tilboði hafi getað verið til að dreifa, eftir undanfarandi forvalsferli. Byggt sé á grunnsjónarmiðum 71.-74. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að ekki hefðu náðst samningar milli aðila á kjörum sem rúmuðust innan viðmiða/fjárhagsáætlunar stefnda.

Um tjón stefnanda vegna missis hagnaðar segir stefnandi að hann hafi ákveðið að fara svokallaða leiguleið við byggingu hjúkrunarheimilisins í því útboðsferli sem málið snúist um. Fyrir liggi að samkvæmt tölum frá íslenska ríkinu, sem stefndi hafi byggt alla sína vinnu á, þá hafi leigugjaldi því, sem ríkið myndi greiða 85% af, verið ætlað að standa undir verðtryggðu láni til 40 ára með 4,6% fasta vexti, og ætlað að standa undir byggingarkostnaði á bilinu 340-370 þúsund kr. á fermetrann á þeim tíma. Þá liggi fyrir að áætlun stefnanda hafi gert ráð fyrir byggingarkostnaði á bilinu 260-280 þúsund krónur á fermetrann eftir því hvort

virðisaukaskattur hafi verið inni í þeirri tölu eður ei. Blasi því að mati stefnanda við að hann hafi orðið fyrir umtalsverðu tjóni í formi missis hagnaðar af byggingarframkvæmdinni einni og sér og telur hann sig hafa sýnt fram á nægileg líkindi fyrir slíku tjóni.

Í efnabótakröfu stefnanda felist einnig krafa um greiðslu bóta fyrir missi hagnaðar vegna þeirrar starfsemi að reka hjúkrunarheimilið í 40 ár gegn greiðslu daggjalda eins og þau væru á hverjum tíma, enda hefði verið gerður þjónustusamningur við ríkið eins og forsenda sé fyrir, sbr. rekstur í Sóltúni, Reykjavík. Leggja verði til grundvallar að við ákvörðun daggjalda geri íslenska ríkið ráð fyrir eðlilegri ávöxtun á þá fjárfestingu sem óhjákvæmilega fylgi slíkri starfsemi og því sé þegar af þeirri ástæðu búið að sýna fram á líkindi fyrir slíku tjóni, þótt endanlegt umfang þess verði ekki sannað nema með matsgerð. Því séu skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 uppfyllt.

Um varakröfu sína segir stefnandi, verði ekki fallist á aðalkröfu um efnabætur, að byggt sé á því að stefnda beri að greiða stefnanda bætur vegna þess kostnaðar sem hann hafi lagt í vegna málsins. Stefnandi vísar til 2. mgr. 20. gr. laga nr. 65/1993 og 101. gr. laga nr. 84/2007. Stefnandi telur að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að verða fyrir valinu sem verktaki ef ferlinu hefði verið fram haldið. Varakrafa stefnanda er að fjárhæð 12.274.661 kr. og byggist á fimm liðum:

1. Stofnfé sjálfseignarstofnunarinnar, 1.000.000 kr. Í forvalsgögnum hafi verið gerð sú krafa að þeir sem tækju þátt í forvalinu væru búnir að stofna sjálfseignarstofnun með 1.000.000 kr. í eigið fé. Sérstaklega hafi verið um það spurt áður en forvalsferli lauk hvort heimilt væri að bíða með þessa bindingu á fjármagni þar til ljóst væri hvort aðilar yrðu metnir hæfir í forvali. Svar stefnda var að svo væri ekki. Þannig hafi verið nauðsynlegt fyrir aðstandendur stefnanda að leggja inn 1.000.000 kr. sem séu óafturkræfar, sbr. 10. gr. laga 33/1999. Eðlilegt sé að stefndi bæti stefnanda þennan kostnað, enda hafi kostnaður stefnanda við stofnun og umsýslu þegar numið að minnsta kosti þessari fjárhæð.
2. Vinna starfshóps um hugmyndafræði, 3.157.000 kr. Um sé að ræða vinnuframlag aðstandenda stefnanda til stefnanda við gerð þeirrar hugmyndafræði sem hafi grundvallað vinnu og tilboð stefnanda. Þessi vinna hafi sannanlega verið unnin vegna útboðsins. Stefnandi geri kröfu um sanngjarnt endurgjald fyrir þann tíma sem hafi farið í vinnuna. Krafa um tímagjald að fjárhæð 7.000 kr. sé mjög sanngjarnt. Krafan njóti lögverndar samkvæmt meginreglum íslensks kröfuréttar og skaðabótareglna. Nægi þar að vísa til sjónarmiða sem gilda um þjónustukaup, sbr. 28. gr. laga nr. 42/2000, þótt lögin eigi ekki við um réttarsamband aðila.

3. Útlagður kostnaður vegna vinnu arkitekta, 6.512.661 kr. Nauðsynlegt hafi verið í tengslum við vinnu að hugmyndafræði að fá hönnun á húsakosti og umhverfi hjúkrunarheimilisins, enda hagkvæmt samspil þjónustu og aðstöðu það sem hugmyndafræðinni sé ætlað að ná. Því hafi verið um óhjákvæmilegan kostnað að ræða.
4. Tildæmdur málskostnaður, 350.000 kr. Stefndi hafi reyndar margsinnis lýst því yfir að þetta eigi að greiða en aldrei greitt þennan kostnað.
5. Loforð í útboðsgögnum um greiðslu, 1.255.000 kr. Skýrt hafi komið fram að allir þeir sem metnir yrðu hæfir í forvali og tækju þátt í útboði skyldu fá greiddar 1.255.000 kr. Stefnandi byggir á því að greiðsluskylda á þessari fjárhæð sé ótvíræð, þótt stefndi hafi ákveðið með ólögætum hætti að viðhafa ekki útboðið. Það hafi ekki á nokkurn hátt verið á ábyrgð stefnanda og því hafi stefnandi að öllu leyti fullnægt þeim skilyrðum sem sett voru fyrir þessari greiðslu.

Verði talið að gögn málsins styðji ekki við einstaka kröfuliði með nægjanlegum hætti, þá byggir stefnandi á því til vara að dómari geti dæmt bætur að álitum vegna þeirra þátta, innan kröfugerðar stefnanda. Þá skuli litið til þeirrar vinnu sem unnin hafi verið og sé á því byggt að stefnda beri að sýna fram á að hún hafi verið óþarflega mikil eða kostnaðarsöm.

Stefnandi krefst dráttarvaxta frá þeim degi sem stefndi ákvað að hætta útboðsferlinu, eða 12. september 2012. Þá hafi hin bótaskylda ákvörðun verið tekin og krefst stefnandi dráttarvaxta samkvæmt 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá því tímamarki.

Prautavarakrafa stefnanda að fjárhæð 2.605.000 kr. rúmist innan varakröfu, en byggt sé á þremur liðum hennar hér; kröfu samkvæmt málskostnaðarákvörðun kærunefndar útboðsmála, kröfu samkvæmt loforði í útboðsgögnum um greiðslu á 1.255.000 kr. að tilteknum skilyrðum fullnægðum og kröfu um bætur fyrir þá fjárbindingu og kostnað sem hafi falist í því að stofna sjálfseignarstofnun, sem síðan nýtist ekki í öðrum tilgangi, sbr. lög nr. 33/1999.

Um lagarök vísar stefnandi til meginreglna útboðsréttar, fjármunaréttar og skaðabótaréttar sem og ákvæða laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993, laga um opinber innkaup nr. 84/2007 og tilskipunar Evrópusambandsins nr. 18/2004 sem innleidd hafi verið með lögum nr. 84/2007. Einnig er byggt á hinni almennu skaðabótareglu og meginreglum kröfuréttar, lögum um sjálfseignarstofnanir í atvinnurekstri nr. 33/1999 o.fl.

Stefndi byggir á því að ákvörðun um að falla frá forvalsferli hafi að öllu leyti verið lögmæt og í samræmi við lög um opinber innkaup nr. 84/2007, meginreglur stjórnarsýsluréttar og þágildandi innkaupareglur stefnda frá 22. mars 2005 og núgildandi reglur frá 13. mars 2013. Stefndi hafnar öllum sjónarmiðum stefnanda um að stefnda hafi borið að ganga til samninga við stefnanda.

Umrætt forval hafi verið auglýst í júlí 2010 og forvalsgögn legið fyrir og verið afhent frá og með 12. júlí 2010. Forvalið hafi fallið undir lög um opinber innkaup nr. 84/2007. Um val þátttakenda í forvali að undangenginni opinberri auglýsingu við lokað útboð fari samkvæmt 56. gr. laga um opinber innkaup. Í 4. mgr. 56. gr. laganna komi fram að fjöldi þátttakenda sem valinn er í forvali til að gera tilboð í lokuðu útboði skuli vera nægilegur til að tryggja virka samkeppni.

Tilgangur laga um opinber innkaup sé að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á verkum og þjónustu og komi tilgangur laganna fram í 1. gr. þeirra. Meginmarkmið með framkvæmd útboða sé m.a. að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup og raunverulega samkeppni og að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri.

Eftir niðurstöðu kærunefndar útboðsmála 14. febrúar 2011 í máli nr. 29/2010 hafi einungis einn umsækjandi verið eftir til að taka þátt í útboðinu. Þegar sú staða hafi verið komin upp að einungis einn þátttakandi var eftir, hafi verið ljóst að mati stefnda að innkaupaferlið, sem einungis hafi verið hafið að nokkru leyti, myndi ekki stuðla að hagkvæmni í rekstri stefnda með virkri samkeppni eins og lögum um opinber innkaup nr. 84/2007 sé m. a. ætlað að tryggja, sbr. 1. gr. laganna. Stefndi hafi því tekið þá lögmætu ákvörðun að falla frá forvalsferlinu, eins og honum hafi verið heimilt.

Þá byggir stefndi á því að ákvæði stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 gildi ekki um ákvarðanir sem teknar eru samkvæmt lögum um opinber innkaup, sbr. 103 gr. laganna, að öðru leyti en því að ákvæði II. kafla stjórnarsýslulaga um hæfi gilda um ákvarðanir sem teknar eru samkvæmt lögunum. Stefndi geti því ekki vísað beint til stjórnarsýslulaga. Hins vegar megi líta til meginreglna stjórnarsýsluréttar.

Stefndi hafnar því að stefndi geti átt kröfu á hendur stefnda um efnabætur, vegna ákvörðunar stefnda um að fella niður forvalsferlið 6. september 2012. Stefnda hafi verið heimilt að falla frá því forvalsferli sem hafi verið hafið, ákvörðunin hafi verið tekin á grundvelli málefnalegra sjónarmiða og ekki hafi verið brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup nr. 84/2007.

Eins og rakið hafi verið hafi í júlí 2010 verið auglýst eftir umsóknum sjálfseignarstofnunar eða félags með staðfesta skipulagsskrá til að sjá um hönnun, byggingu og rekstur hjúkrunarheimilis á Völlum 7. Um forvalið hafi gilt

forvalsgögn dagsett í júlí 2010. Um val þátttakenda í forvali að undangenginni opinberri auglýsingu við lokað útboð fari samkvæmt 56. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007, sem svari til 44. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og -ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga frá 31. mars 2004, eins og hún hafi verið tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006 sem birt hafi verið 7. september 2006 í EES-viðbæti við stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 44/2006.

Fjórir aðilar hafi skilað inn umsóknum um að fá að taka þátt í lokuðu útboði um hönnun, byggingu og rekstur hjúkrunarheimilis á Völlum 7. Á fundi starfshóps 21. september 2010 hafi niðurstaða hópsins verið sú að tveir af umsækjendunum uppfylltu kröfur forvalsins, þ.e. stefnandi og Umönnun ses. Á þessum tíma hafi stefnda ekki verið kunnugt að Verkís hf., sem hafi verið hluti af hópi Ummönnunar ses., væri að hluta eigandi Verkþjónustu Kristjáns ehf. sem hafði verið valin eftir útboð til að gera útboðsgögn fyrir verkefnið: hönnun, bygging og rekstur hjúkrunarheimilis á Völlum 7. Það hafi ekki verið fyrr en við móttöku á tölvupósti frá Val Hreggviðssyni hinn 18. október 2010 sem stefndi hafi fengið vitneskju um þessi tengsl. Stefndi hafi strax brugðist við þessum upplýsingum og boðað stefnda og Umönnun ses. á fund sem haldinn hafi verið 27. október 2010. Stefnandi hafi hinn 23. nóvember 2010 kært ákvörðun stefnda um að telja Umönnun ses. hæfan aðila til kærunefndar útboðsmála. Með úrskurði kærunefndar 14. febrúar 2011 hafi verið felld úr gildi ákvörðun stefnda um að telja Umönnun ses. hæfan aðila í forvalinu. Við úrskurð kærunefndar hafi verið komin upp sú sérkennilega staða að einungis einn þátttakandi hafi staðið eftir.

Samkvæmt 56. gr. laga um opinber innkaup sé í forvali heimilt að takmarka fjölda þeirra sem valdir eru til að taka þátt í útboði, enda hafi nægilega margir þátttakendur tekið þátt í forvali. Í 4. mgr. 56. gr. laganna komi fram það skilyrði laganna að fjöldi þátttakenda sem valdir eru skuli ætíð vera nægilegur til að tryggja raunverulega samkeppni, sbr. og áðurnefnda 1. gr. laganna. Í 5. mgr. 56. gr. laganna komi fram heimild til fráviks frá framangreindu skilyrði, en þar segi að ef ekki sé fyrir hendi nægjanlegur fjöldi þátttakenda sem fullnægi skilyrðum forvals til að vera valinn eða ekki sé fyrir hendi nægjanlegur fjöldi þátttakenda sem fullnægi kröfum um getu, þá sé heimilt að halda útboði áfram með því að gefa þeim sem fullnægðu kröfum kost á að taka þátt í útboði. Hér sé um heimildarákvæði til handa kaupanda að ræða, ekki skyldu.

Stefndi áréttar að tilgangur og markmið laga um opinber innkaup komi fram í 1. gr. laganna, en hann sé sá að tryggja m.a. virka samkeppni og stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri. Stefnda hafi því ekki verið skylt að halda áfram

útboðsferli með þeim eina umsækjanda sem stóð eftir að loknu forvali, þar sem tilgangi og markmiði laganna verði ekki náð við slíkar aðstæður. Ákvörðun stefnda hafi því verið í fullu samræmi við lög og þá framvindu sem málið hafi haft.

Stefndi vísar máli sínu til stuðnings til niðurstöðu Evrópudómstólsins í málinu nr. C-27/98, Fracasso og Letschutz, en þar hafi niðurstaðan verið sú að kaupandi væri ekki skuldbundinn til að semja við bjóðanda eða umsækjanda ef aðeins einn er talinn fullnægja kröfum útboðs eða forvals.

Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda að með gagnályktun frá 32. gr. laga um opinber innkaup hafi verið augljóst að ef einu lögmætu tilboði hafi verið til að dreifa í nefndu forvali þá beri kaupanda að taka því tilboði, þó með þeim eðlilega fyrirvara að verð sé innan hæfilegs ramma miðað við kostnaðar áætlun/viðmiðunarverð, og að því hafi borið að klára ferlið og semja við stefnanda.

Stefndi segir að ákvæði 32. gr. laga um opinber innkaup fjalli um þá tegund útboða sem ber heitið: „Samningskaup að undangenginni útboðslýsingu.“ Í 1. gr. og 4. mgr. 56. gr. laga um opinber innkaup segi berum orðum í lokasetningu síðarnefnda ákvæðisins: „Fjöldi þátttakenda skal ætíð vera nægilegur til að tryggja raunverulega samkeppni.“ Hér sé um fortakslaust ákvæði að ræða sem stefnda hafi verið skylt að fylgja í máli þessu þegar ljóst hafi verið að einungis einn þátttakandi gat tekið þátt í útboðinu. Af þessum sökum sé það merkingarlaus staðhæfing í stefnu að stefnda hafi borið að klára ferlið. Þvert á móti hafi honum borið skylda að lögum til að stöðva forvalsferlið. Jafnframt verði að leggja áherslu á að þegar í forvalsferlinu lágu ekki fyrir frágengin og samþykkt útboðsgögn í málinu. Af þeim sökum hafi endanleg tilboð ekki heldur legið fyrir. Verði með engu móti talið að framsetning forvalsgagna af hálfu einstakra þátttakenda hafi mátt skoða sem tilboð. Sá hluti innkaupaferlisins, sem laut að frágangi útboðsgagna, birtingu þeirra og vali tilboða hafi allur verið eftir.

Stefndi telur að allt framangreint styðji þá niðurstöðu að stefnda hafi verið heimilt og raunar skylt að fella niður forvalsgerðina. Gagnályktun stefnanda frá 32. gr. laga um opinber innkaup eigi ekki við. Greinin sjálf feli einungis í sér heimild til handa kaupanda að viðhafa samningskaup að undangenginni útboðslýsingu og beri að skýra hana til samræmis við ákvæði 4. mgr. 56. gr. laganna, en 56. gr. laganna eigi við um atvik eins og um ræði í máli þessu, þ.e. forval við lokuð útboð. Sömu sjónarmið og hér hafa verið reifuð eigi einnig við um túlkun stefnanda á 33. gr. og 36. gr. laganna.

Staðreynd mála hafi verið að þegar forvalið var fellt niður hafi formleg útboðsgögn ekki verið lögð fram. Því síður hafi þátttakendur getað lagt fram gild tilboð og hafi ekki gert það. Með vísan til 1. gr. og 4. mgr. 56. gr. laga um opinber innkaup hafi stefndi ekki átt annan kost en að fella ferlið niður í ljósi þeirrar stöðu

sem hafi verið komin upp. Megi í þessu sambandi einnig vísa til innkaupareglna stefnda. Í markmiðsákvæði 1. gr. laga um opinber innkaup sé skilmerkilega greint að tilgangur laganna sé að auka hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni. Þegar einn aðili standi eftir sem mögulegur viðsemjandi stefnda sé samningsstaða þess síðastnefnda þannig að almennt séu líkur til þess að hann nái ekki nauðsynlegri hagkvæmni sem 1. gr. laga um opinber innkaup sé ætlað að stuðla að. Með áframhaldandi samningsgerð við þær kringumstæður færi hann í raun gegn áður nefndu markmiði laganna og um leið gegn niðurlagsákvæði 4. mgr. 56. gr. sömu laga.

Af framangreindum ástæðum telur stefndi að stefnandi geti ekki byggt á því að hann hafi mátt hafa réttmætar væntingar til þess að hann yrði valinn sem seljandi eftir að forvalsferlið var fellt niður. Skipti í því sambandi ekki máli að hann hafi einn þátttakenda staðið eftir til þátttöku í sjálfu útboðsferlinu. Það sé ljóst af forvalsgögnum, 6. gr., að gert hafi verið ráð fyrir að fleiri en einn tækju þátt í útboði í kjölfar forvalsins. Réttmætar væntingar verði að byggja á lögum og raunverulegri stöðu mála. Stefnandi hafi ekki getað haft réttmætar væntingar og mátt vera ljóst að stefndi gæti hvenær sem var fellt innkaupaferlið niður á grundvelli málefnalegra sjónarmiða.

Stefndi telur nauðsynlegt að halda því til haga að ekkert útboð hafi farið fram. Þegar niðurstaða kærunefndar hafi legið fyrir og ljóst verið að einungis einn þátttakandi stæði eftir hafi verið tekin sú lögmeta og málefnalega ákvörðun að hætta við forvalsferlið og ekkert útboð farið fram. Útboðsgögn hafi ekki verið kláruð og ekki verið send til stefnanda. Öll vinna við gerð útboðsgagna hafi verið stöðvuð þegar stefnandi lagði fram kæru til kærunefndar útboðsmála. Stefnandi hafi hins vegar lagt fram drög að útboðsgögnum til kærunefndar með athugasemdum sínum við kæru stefnanda. Þau drög geti stefnandi eðli máls samkvæmt ekki notað í máli þessu til stuðnings dómkröfum sínum.

Með vísan til framagreinds telur stefndi ljóst að ákvörðun stefnda 6. september 2012 um að falla frá því forvalsferli, sem hófst með fundi starfshóps 9. febrúar 2010, hafi verið heimil. Málefnaleg sjónarmið hafi legið að baki ákvörðuninni og hafi hún verið tekin í samræmi við ákvæði og markmið laga um opinber innkaup.

Öllum málatilbúnaði stefnanda um að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar er mótmælt. Ekki sé unnt að meta stöðu stefnanda líkt og stöðu þess sem sé lægstbjóðandi í verk að loknu útboðsferli. Stefnandi hafi ekki lagt fram tilboð í verkið til stefnda, en það hljóti að vera grundvallaratriði að tilboð liggi fyrir svo að unnt sé að meta hvort líkur séu á því að umrætt verk hefði skilað stefnanda hagnaði. Ósannað sé og með öllu óvíst að

umrætt verk hefði skilað stefnanda hagnaði. Þar sem ekkert tilboð hafi verið gert komi ekki til skoðunar hvort stefnandi hafi orðið af hagnaði.

Öllum útreikningum stefnanda í stefnu er mótmælt enda séu það einhliða útreikningar á forsendum sem stefnandi hafi gefið sér, en eigi sér enga stoð í raunveruleikanum. Ekki nægi að gefa sér ákveðnar forsendur sem séu alls ótengdar verkefninu hjúkrunarheimili á Völlum 7. Krafa stefnanda um skaðabætur úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar sé því með öllu órökstudd og beri því að sýkna stefnda af aðalkröfu stefnanda.

Stefndi vísar á bug dylgjum í stefnu um að stefnandi hafi haft ástæðu til að ætla að ómálaefnaleg sjónarmið hafi ráðið för þegar lagt var til á fundi aðila 27. október 2010 að stefndi og Umönnun ses. lýstu því yfir að þeir gerðu engar athugasemdir við hæfi Umönnunar ses. Stefndi vísar þessu á bug sem röngu og ósönnuðu.

Varakröfu stefnanda er hafnað. Skaðabótaskylda verði ekki byggð á 101. gr. laga um opinber innkaup, þar sem engin ólögmat háttsemi hafi átt sér stað. Skilyrði 101. gr. laga um opinber innkaup séu ekki fyrir hendi. Samkvæmt ákvæðinu þurfi fyrirtæki að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á því að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Einungis hafi farið fram forval, sem felist í því að velja þátttakendur í væntanlegu útboði. Þar sem hætt hafi verið við forvalsferlið hafi ekkert útboð farið fram. Útboðsgögn hafi ekki verið afhent og ekkert tilboð verið gert. Stefnanda hafi ekki tekist sönnun á því að stefnandi hafi átt raunhæfa möguleika á því að verða valinn í útboði.

Komist dómurinn hins vegar að þeirri niðurstöðu að skaðabótaskylda hafi stofnast þá er fjárhæð varakröfu mótmælt og telur stefndi að hún standist enga skoðun. Kröfu stefnanda sem er byggð á fimm liðum er hafnað með eftirfarandi rökstuðningi:

Í fyrsta lagi hafi stofnfé að fjárhæð 1.000.000 kr. verið greitt til stefnanda og sé eign hans. Ekki sé um að ræða kostnað stefnanda við að undirbúa og taka þátt í forvali. Stefndi telur að tilvísun stefnanda til laga nr. 33/1999 eigi ekki við. Fram komi í stofnskrá stefnanda að stefnandi starfi eftir lögum nr. 19/1988 um sjóði og stofnanir sem starfa samkvæmt staðfestri skipulagsskrá.

Í öðru lagi hafi engin gögn verið lögð fram um að kostnaður hafi verið greiddur af stefnanda vegna vinnu starfshóps um hugmyndafræði, 3.157.000 kr. Ekki nægi að leggja fram órökstuddar tímaskýrslur. Ekkert liggur fyrir um að kostnaður þessi sé kostnaður stefnanda við að undirbúa forval og þátttöku í forvali. Um sannanlegan kostnað verði að vera að ræða, svo að unnt sé að sannreyna hvort hann falli undir ákvæði 101. gr. lagnanna.

Sama eigi við um þriðja kröfulið um kostnað vegna vinnu arkitekta, 6.512.661 kr. Reikningar hafi verið gerðir á Eignarhaldsfélagið Birkiból ehf. Engin gögn hafi verið lögð fram um að stefnandi hafi greitt þennan kostnað og að um sé að ræða kostnað stefnanda vegna undirbúnings og þátttöku í forvali. Þá bendir stefndi á að engar kröfur hafi verið gerðar um arkitektateikninga í forvalsgögnum.

Varðandi fjórða kröfulið stefnanda segir stefndi að úrskurðaður málskostnaður kærunefndar sé ekki hluti kostnaðar við að undirbúa og taka þátt í forvali. Þetta sé kostnaður við að hafa kærana uppi við kærunefnd. Þessi kostnaður falli því ekki undir ákvæði 101. gr. laga um opinber innkaup.

Hvað varðar fimmta kröfulið stefnanda segir stefndi að í forvalsgögnum segi í 1. gr.: „Fyrir þátttöku í útboði í framhaldi af forvali þessu mun hver bjóðandi um sig fá greiddar kr. 1.255.000 kr. (virðisaukaskattur innifalinn), svo fremi viðkomandi skili inn fullgildu tilboði.“ Ekki hafi orðið af þátttöku í útboði í framhaldi af forvali og geti stefnandi ekki gert kröfu um þessa greiðslu úr hendi stefnda. Þessi greiðsla skyldi einungis koma til fyrir þátttöku í útboði í framhaldi af forvali. Þá hafi það jafnframt verið skilyrði að viðkomandi skilaði inn fullgildu tilboði. Stefnandi hafi ekki skilað inn tilboði og þess vegna komi þessi greiðsla ekki til greina. Þessi fjárhæð sé ekki kostnaður við að undirbúa og taka þátt í forvali og falli ekki undir ákvæði 101. gr. laga um opinber innkaup.

Með vísan til ofangreinds beri að sýkna stefnda af kröfu stefnanda um greiðslu skaðabóta.

Þá er kröfu stefnanda um dráttarvexti mótmælt og sérstaklega upphafstíma dráttarvaxta. Skaðabótakrafa samkvæmt stefnu hafi fyrst verið birt fyrir stefnda með birtingu stefnu 12. apríl 2016 og því sé ekki heimilt að reikna dráttarvexti á skaðabótakröfu samkvæmt stefnu þessari fyrr en í fyrsta lagi frá þeim tíma, sbr. ákvæði III. kafla vaxtalaga nr. 38/2001.

Þrautavarakröfu stefnanda um skaðabætur er hafnað og krafist sýknu af þrautavarakröfu stefnanda. Stefndi segir að hafa verði í huga þá staðreynd að stefnandi hafi á engan hátt verið knúinn til þátttöku í forvalinu og raunar innkaupaferlinu öllu, heldur hafi þátttaka hans verið byggð á eigin ákvörðun og stefnda sem kaupanda óviðkomandi. Stefndi krefst sýknu af þrautavarakröfu með sömu rökum og um varakröfu, einkum fyrsta, fjórða og fimmta lið. Kröfu stefnanda um dráttarvexti er jafnframt mótmælt með sömu rökum og fram koma um varakröfu.

Um lagarök vísar stefndi m.a. til laga um opinber innkaup nr. 84/2007, laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993, meginreglna útboðsréttar, meginreglna stjórnisýsluréttarins, almennra reglna kröfuréttar og skaðabótaréttar og laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001.

Kröfu um málskostnað byggir stefndi á ákvæðum XXI. kafla laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

IV.

Í máli þessu krefst stefnandi þess aðallega að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta vegna missis hagnaðar vegna þeirrar ákvörðunar bæjarráðs stefnda frá 6. september 2012, sem staðfest var af bæjarstjórn, að falla frá forvalsferli um hjúkrunarheimili. Stefnandi telur tjón sitt felast í því að „vænlegur samningur hafi ekki fengist gerður og stefnandi þannig orðið af hagnaði“.

Eins og rakið hefur verið ákvað stefndi á árinu 2010 að fram skyldi fara forval þar sem leitað yrði að rekstraraðila til að sjá um rekstur hjúkrunarheimilis til 40 ára. Jafnframt skyldi rekstraraðilinn fá með sér hönnuði og verktaka til að hanna og byggja húsnæðið og hanna og ljúka lóðarframkvæmdum.

Forval er sjálfstætt ferli þar sem valin eru fyrirtæki til að leggja fram tilboð. Í 56. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, nú lög nr. 120/2016, voru ákvæði um forval við lokuð útboð, samkeppnisviðræður og samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu. Í 4. mgr. 56. gr. laganna sagði að í forvali vegna lokaðs útboðs skyldu þátttakendur sem valdir væru til að leggja fram tilboð ekki vera færri en fimm. Í forvali vegna samningskaupa eftir opinbera birtingu útboðs auglýsingar og vegna samkeppnisviðræðna skyldu þátttakendur ekki vera færri en þrjú. Fjöldi þátttakenda sem valdir væru skyldi ætíð vera nægilegur til að tryggja raunverulega samkeppni.

Fjórir aðilar skiluðu umsóknum í forvali stefnda og taldi starfshópur stefnda tvo aðila uppfylla kröfur forvalsins, stefnanda og Umönnun ses. Stefnandi kærði til kærunefndar útboðsmála þá ákvörðun stefnda að Umönnun ses. væri hæfur aðili til að taka þátt í útboði um hjúkrunarheimili og með úrskurði nefndarinnar 14. febrúar 2011, í máli nr. 29/2010, var felld úr gildi sú ákvörðun stefnda að telja tilboð Umönnunar ses. fullnægjandi í forvalinu. Þannig var komin upp sú óheppilega staða að aðeins einn aðili stóð eftir til að taka þátt í útboði. Við þessar aðstæður var ljóst að samkeppni yrði ekki tryggð og lágu því fyrir málefnalegar og rökstuddar ástæður að baki þeirri ákvörðun stefnda að falla frá forvalsferlinu. Með bréfi stefnda til lögmanns stefnanda 29. október 2012 var stefnanda tilkynnt um þá ákvörðun. Útboð fór aldrei fram og stefnandi lagði ekki fram tilboð. Stefnandi heldur því fram að með gagnályktun frá 32. gr. laga nr. 84/2007 hafi verið augljóst að ef einu lögsmætu tilboði hafi verið til að dreifa í forvali hafi kaupanda borið að taka því tilboði. Ákvæði 32. gr. fjallaði um samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu. Nánar tiltekið var þar mælt fyrir um að ef ekkert lögsmætt tilboð bærisk í almennu eða lokuðu útboði eða samkeppnisviðræðum, öll tilboð væru óaðgengileg eða þátttakendum eða bjóðendum væri vísað frá á grundvelli ákvæða

VII. kafla væri „heimilt“ að viðhafa samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu. Þannig fól ákvæðið í sér heimild til samningskaupa en ekki skyldu. Stefnanda bar því ekki á grundvelli ákvæðisins skylda til að láta fara fram útboð, taka við tilboði frá stefnanda og gera við hann samning. Með vísan til alls framangreinds er aðalkröfu stefnanda hafnað.

Stefnandi gerir til vara kröfu um bætur vegna kostnaðar sem hann hafi lagt í vegna málsins, samtals 12.274.661 kr. Bótakrafa stefnanda er byggð á 101. gr. laga nr. 84/2007 en þar segir að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögum þessum hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Í fyrsta lagi gerir stefnandi kröfu um bætur vegna stofnfjár sjálfseignarstofnunar, 1.000.000 kr., í öðru lagi vegna vinnu starfshóps að hugmyndafræði, 3.157.000 kr., og í þriðja lagi vegna útlagðs kostnaðar vegna vinnu arkitekta, 6.512.661 kr. Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að stefndi hafi ekki brotið lög nr. 84/2007. Þá kom fram í 1. grein forvalsgagna að öll útgjöld sem umsækjendur í forvalinu kynnu að verða fyrir væru á kostnað og ábyrgð þeirra sjálfra. Þessum kröfuliðum er því öllum hafnað. Stefnandi gerir í fjórða lagi kröfu vegna málskostnaðar fyrir kærunefnd útboðsmála að fjárhæð 350.000 kr., sem stefndi hafi lofað að greiða stefnanda. Við aðalmeðferð málsins var upplýst að stefndi hefði greitt stefnanda þessa kröfu daginn áður og hefur með því viðurkennt þennan kröfulið. Í málflutningsræðu lögmanns stefnanda kom fram að stefnandi geri kröfu um dráttarvexti, en dómkröfum stefnanda var ekki breytt til samræmis við þetta. Verða dráttarvextir ekki dæmdir. Í fimmta lagi gerir stefnandi kröfu um greiðslu að fjárhæð 1.255.000 kr., sem hafi verið lofað í forvalsgögnum. Þessum kröfulið stefnanda er hafnað enda sagði í forvalsgögnunum að greiddar yrðu 1.255.000 kr. fyrir þátttöku í útboði í framhaldi af forvali „svo fremi sem viðkomandi skili inn fullgildu tilboði“. Stefnandi skilaði ekki tilboði og getur því ekki gert kröfu um þessa fjárhæð. Þrautavarakröfu stefnanda, um málskostnað að fjárhæð 350.000 kr., loforð í útboðsgögnum um greiðslu að fjárhæð 1.255.000 kr. og bætur vegna 1.000.000 kr. stofnfjár er hafnað með sömu rökum og fram kemur um varakröfu stefnanda.

Samkvæmt öllu framansögðu er stefndi sýkn af kröfum stefnanda.

Við ákvörðun málskostnaðar verður litið til þess að stefndi viðurkenndi og greiddi kröfulið stefnanda um málskostnað vegna kærunefndar útboðsmála eftir að mál þetta var höfðað, en öllum öðrum kröfum stefnanda hefur verið hafnað. Verður hvor aðili því látinn bera sinn kostnað af málinu, sbr. 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Dóm þennan kveður upp Sandra Baldvinsdóttir héraðsdómari.

D ó m s o r ð:

Stefndi, Hafnarfjarðarkaupstaður, er sýkn af kröfum stefnanda, Sólvalla, sjálfseignarstofnunar.

Málskostnaður fellur niður.

Sandra Baldvinsdóttir