

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur föstudaginn 13. apríl 2007 í máli nr. E-3903/2006:

Hópbílaleigan ehf.

(Jóhannes Karl Sveinsson hrl.)

gegn

íslenska ríkinu

(Óskar Thorarensen hrl.)

I

Mál þetta var höfðað 23. júní 2006 og dómtekið 22. mars 2007. Stefnandi er Hópbílaleigan ehf., Fossnesi C, Selfossi, en stefndi er íslenska ríkið.

Dómkröfur stefnanda eru að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar sem hann hefði notið hefði ekki komið til ákvörðunar Vegagerðarinnar hinn 2. janúar 2006 að hafna tilboðum stefnanda í útboðinu „Áætlunarakstur á sérleyfisleiðum á Íslandi og skólaakstur á Suðurlandi, Snæfellsnesi og Suðurnesjum 2006-2008“, nánar tilgreint tilboðum stefnanda í sérleyfisakstur á þjónustusvæði 1 (Suðurlandi) ásamt tilheyrandi skólaakstri fyrir Fjölbrautaskóla Suðurlands, og á þjónustusvæði 2 (Suðurnesjum), ásamt tilheyrandi skólaakstri fyrir Fjölbrautaskóla Suðurnesja. Þá krefst stefnandi þess að stefndi verði dæmdur til að greiða honum málskostnað.

Dómkröfur stefnda eru að hann verði alfarið sýknaður af öllum kröfum stefnanda og að stefnandi verði dæmdur til að greiða honum málskostnað.

II

Málavextir eru þeir að í ágúst árið 2005 efndu Ríkiskaup f.h. Vegagerðarinnar, Fjölbrautaskóla Suðurlands, Fjölbrautaskóla Snæfellinga og Fjölbrautaskóla Suðurnesja til útboðs um verkið „Áætlunarakstur á sérleyfisleiðum á Íslandi og skólaakstur á Suðurlandi, Snæfellsnesi og Suðurnesjum 2006-2008“. Óskað var eftir tilboðum í áætlunarakstur á fimm þjónustusvæðum: 1. Suðurland, 2. Reykjanes, 3. Vesturland og Norðurland, 4. Vestfirðir og 5. Austfirðir. Hvert

Stefnandi kærði ákvörðun Vegagerðarinnar um að hafna tilboði stefnanda til Kærunefndar útboðsmála 21. október 2005.

Í byrjun desember 2005 var komið í ljós að lögstjóðandi á Suðurlandi (S1), Þingvallaleið ehf., hugðist ekki standa við tilboð sitt í verkið. Með tölvupósti 1. desember 2005 til stefnanda og Kynnisferða ehf. óskaði Vegagerðin viðbótarframlengingar á gildistíma tilboða vegna Suðurlandssvæðisins til 8. desember 2005. Samþykkti stefnandi það og ákvað Vegagerðin að kanna hvort hægt væri að ganga til samninga við stefnanda sem átti næstlægsta tilboð í verkið. Samkvæmt gögnum málsins voru af þessu tilefni haldnir tveir fundir með aðilum dagana 1. og 5. desember 2005.

Þar aðilum ekki allskostar saman um málavexti vegna þeirra samningsumleitana sem fóru fram milli stefnanda og Vegagerðarinnar í kjölfar þess að Þingvallaleið ehf. féll frá tilboði sínu. Kemur fram hjá stefnda að skilyrði þess að gengið yrði frá samningi væri að undirverktakinn, Guðmundur Tyrfingsson ehf., ábyrgðist verkið þar sem stefnandi hefði engar forsendur til að standa við skuldbindingar útboðslýsingar án aðkomu undirverktaka. Kveður stefnandi að auk framangreinds skilyrðis Vegagerðarinnar um beina aðkomu undirverktakans hefði Vegagerðin sett það skilyrði fyrir samningi að stefnandi félli frá öllum kærum vegna útboðsins og að hann lýsti því yfir að hann myndi ekki hafa uppi neinar skaðabótakröfur vegna málsins. Kveðst stefnandi hafa tilkynnt Vegagerðinni að hann féllist á að fella niður kæru sína til Kærunefndar útboðsmála en að hann teldi ekki nauðsynlegt að falla frá ágreiningsmálum og skaðabótakröfum vegna aksturs á Suðurnesjum (S2) þótt samið yrði við hann um akstur á Suðurlandi (S1).

Með tölvupósti 5. desember 2005 afturkallaði stefnandi kæru sína til Kærunefndar útboðsmála. Sama dag lagði hann fram ábyrgðaryfirlýsingu Landsbanka Íslands og yfirlýsingu undirverktakans Guðmundar Tyrfingssonar ehf. og taldi sig með því hafa staðið við þau skilyrði sem sett hafi verið fyrir því að gengið yrði til samninga við hann.

Vegagerðin taldi framlagða yfirlýsingu Guðmundar Tyrfingssonar ehf. ófullnægjandi og þar sem ekki væri vilji til þess af hálfu stefnanda að Guðmundur Tyrfingsson ehf. yrði með beina og skuldbindandi aðkomu að verkinu í stað venjulegrar undirverktöku væri óverjandi að ganga til samninga á grundvelli tilboðs stefnanda. Taldi Vegagerðin að stefnandi gæti ekki tryggt réttar efnir á skuldbindingum samkvæmt útboðslýsingu án aðkomu Guðmundar Tyrfingssonar ehf. Stefndi mótmælir því að sett hafi verið þau skilyrði fyrir samningi aðila að stefnandi félli frá kæru til Kærunefndar útboðsmála og að hann hefði ekki uppi skaðabótakröfur vegna útboðsins. Hafi Vegagerðin sett fram drög að yfirlýsingu stefnanda þessa efnis þar óheppilegt væri að aðilar stæðu í tilefnislitlum málaferlum á sama tíma og þeir væru í samningaviðræðum.

Með tölvupósti 6. desember 2005 var stefnanda tilkynnt að Vegagerðin liti svo á að stefnandi hafi ekki uppfyllt skilyrði um fjárhagslega og tæknilega getu til að sinna verkefninu og að yfirlýsing Guðmundar Tyrfingssonar ehf. væri ófullnægjandi. Þar með lauk samningaviðræðum stefnanda og Vegagerðarinnar.

Með bréfi 8. desember 2005 lýsti Guðmundur Tyrfingsson ehf. því yfir að félagið væri reiðubúið að ganga inn í tilboð stefnanda um skólaakstur fyrir Fjölbrautaskóla Suðurlands innan Suðurlandshluta útboðsins. Var það samþykkt 16. desember 2005 og í kjölfarið gerður samningur sem byggðist á tilboði stefnanda með lítils háttar frávikum.

Með bréfi 2. janúar 2006 tilkynnti Vegagerðin stefnanda að öll tilboð í sérleyfi á Suðurlandi (S1) væru fallin úr gildi. Samið var til skamms tíma við Kynnisferðir-Austurleið um framlengingu samnings um sérleyfisakstur, en sá akstur hefur nú verið boðinn út á nýjan leik

Í upphafi gerði stefndi kröfu um frávísun málsins og fór fram munnlegur málflutningur um þann þátt málsins hinn 5. janúar 2007. Með úrskurði, uppkveðnum 12. janúar 2007, var frávísunarkröfu stefnda hafnað.

Í máli þessu snýst meginágreiningur um það hvort höfnun Vegagerðarinnar á tilboðum stefnanda í akstur á Suðurlandi og Suðurnesjum hafi verið ólögmat og hafi leitt til þess að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni vegna missis hagnaðar sem stefndi beri ábyrgð á.

Ekki er ágreiningur um að stefndi sé réttur aðili að máli þessu. Stefnandi beinir kröfum sínum á hendur stefnda á þeim forsendum að þótt Vegagerð ríkisins sem hafi verið sá verkkaupi í útboðinu sem hafi séð um alla framkvæmd þess og tekið þær stjórnvaldsákvæðanir sem um sé deilt í máli þessu, hafi hún sem stofnun ríkisins einungis með höndum það hlutverk að vera veghaldari þjóðvega samkvæmt ákvæðum vegalaga nr. 45/1994, sbr. 5. gr. þeirra laga. Sömu rök að breyttu breytanda eigi við um þær menntastofnanir sem einnig hafi verið verkkaupar í útboðinu.

Stefnandi byggir á því að höfnun verkkaupa, Vegargerðar ríkisins, á tilboði hans í S1 og S2 hluta framangreinds útboðs hafi verið ólögmat. Hafi stefnandi átt lágsta og hagstæðasta boð í báða þessa hluta útboðsins og hafi verkkaupa því verið skylt að semja við stefnanda um þá. Þar sem það hafi ekki verið gert hafi stefnandi orðið fyrir tjóni sem felist í missi hagnaðar af verkunum og á því tjóni beri stefndi ábyrgð.

Stefnandi telur að skýringar Vegagerðarinnar á því að ekki hafi verið samið við hann í upphafi standist hvorki ákvæði útboðslýsingarinnar né ákvæði VI. kafla laga um opinber innkaup nr. 94/2001 um hæfi bjóðenda. Þá hafi málsmeðferðarreglur verið þverbrotnar og ólögmat skilyrði sett fyrir samningum.

Mikilvægt sé að blanda ekki saman hæfisskilyrðum bjóðenda og sjónarmiðum varðandi val á tilboðum. Fyrri atriðið snúi einvörðungu að því hverjir uppfylli kröfur um að mega koma til álita sem bjóðendur, en hið síðara komi til skoðunar þegar gild tilboð frá hæfum bjóðendum séu metin. Eina tilgreinda ástæðan fyrir því að ekki hafi verið samið við stefnanda hafi verið sú að Vegagerðin hafi ekki talið að hæfisskilyrði væru uppfyllt þar sem félagið hafi ekki starfað nægilega lengi.

Í VI. kafla laga um opinber innkaup séu fyrimæli um það hvenær megi vísa bjóðendum frá vegna hæfisskorts og séu þessi ákvæði tæmandi. Það sem við eigi séu ákvæðin í 30. gr. um fjárhagslega getu og 31. gr. um tæknilega getu. Í 3. mgr. beggja þessara ákvæða sé því lýst að það skuli koma fram í útboðsgögnum hvaða gagna sé krafist og hvernig skuli brugðist við ef talin sé þörf á frekari upplýsingum. Vegagerðin hafi ekki rökstutt á neinn hátt með vísan til hæfisskilyrða hvers vegna tilboði stefnanda hafi verið hafnað. Eingöngu hafi verið vísað til óljósra textabrota í útboðsskilmálum sem alls ekki varði hæfi, heldur annars vegar framlagningu gagna og hins vegar ráðagerð um að láta óskilgreinda reynslu bjóðanda veita að einhverju leyti við val á boðum.

Eins og greini í 26. gr. laga um opinber innkaup megi ekki í forsendum útboðsskilmála vísa til annarra atriða en staðreynd verði á grundvelli gagna sem bjóðendur leggi fram, eða með öðrum hlutlægum hætti. Jafnframt segi í 2. mgr. ákvæðisins að ef kaupandi hyggist meta hagkvæmni tilboðs á grundvelli fleiri forsendna en verðs skuli tiltekið hverjar þessar forsendur séu.

Í kafla 1.1. í útboðslýsingu segi að sérleyfi á leiðunum verði veitt þeim sem bjóði lægst í leiðirnar, að teknu tilliti til ferðafjölda og að uppfylltum formskilyrðum. Í kafla 1.7. í útboðslýsingu komi fram þau formskilyrði sem bjóðandi þurfi að uppfylla. Þar segi: „Við val á verktaka mun verkkaupi taka mið af fyrri verkum

hagstæðasta samningi um akstur á Suðurlandi. Skaðabótamál vegna ólögmætrar höfnunar á samningsgerð um Suðurnes sé annað verkefni, jafnvel þótt sömu aðilar eigi í hlut, og því megi ekki nýta eitt verkefni til að ná markmiðum annars, eins og verkkaupi hafi reynt. Stefnandi telji með hliðsjón af framangreindu að ákvarðanir Vegagerðarinnar, bæði upphafleg höfnun tilboðs frá 18. október 2005, sem og höfnun þess að semja við stefnanda um S1 hluta útboðsins frá 6. desember 2005, séu ólögmætar.

Stefnandi krefjist viðurkenningar á skaðabótaskyldu. Samkvæmt meginreglum á því sviði beri að gera tjónþola eins settan og hin bótaskylda athöfn hefði ekki átt sér stað. Tjónið felist í því að vænlegur samningur hafi ekki fengist og hafi stefnandi orðið af hagnaði. Um nánari skilyrði efndabóta sé vísað til almennra reglna skaðabóta- og fjármunaréttar um bætur fyrir fjártjón sem feli það í sér að stefnandi skuli verða jafnsettur fjárhagslega og réttarbrot stefnda hefði ekki orðið. Eftir að niðurstaða útboðsins hafi legið fyrir hafi skapast skylda fyrir verkkaupa til að taka boði stefnanda og gera við hann verksamning. Stefnandi álíti að hér megi bæði rökstyðja að um sé að ræða skaðabótaskyldu innan og utan samninga og byggi hann á reglum um hvorttveggja. Viðurkennt sé í dómaframkvæmd að hvorki 20. gr. laga nr. 65/1993 um útboð, né 1. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup (um vangildisbætur), takmarki rétt til að krefjast efndabóta vegna réttarbrotu við framkvæmd útboða hins opinbera. Vísun 2. mgr. 84. gr. til almennra skaðabótareglna hafi verið skýrð þannig að réttur til efndabóta geti stofnast ef almennum sönnunarkröfum hafi verið fullnægt.

Stefnandi álíti að samið hefði verið um verkið við hann ef hinar ólögmætu ákvarðanir hefðu ekki komið til. Stefnandi hafi átt lægsta og þar með hagkvæmasta boð í verkin og engir annmarkar hafi verið á tilboðinu sem gert hafi það ógilt. Öll skilyrði hinna almennu skaðabótareglna um huglæga afstöðu, orsakatengsl og sennilega afleiðingu blasi við og hafi mátt vera öllum ljós sem tekið hafi hinar umdeildu ákvarðanir. Verkkaupi hafi tekið sagnæma og ólögmæta ákvörðun sem hafi orðið stefnanda til fjártjóns og séu öll skilyrði efndabóta uppfyllt.

Stefnandi gerir þær kröfur á hendur stefnda að hann verði eins settur fjárhagslega og ef tilboði hans í framangreindu útboði hefði verið tekið. Sé gerð krafa um viðurkenningu á rétti stefnanda til skaðabóta vegna þess hagnaðar sem stefnandi hefði haft af samningi við bjóðendur um akstur á Suðurlandi og á Suðurnesjum. Krafa um viðurkenningu á bótarétti vegna tapaðs hagnaðar af ákvörðun Vegagerðarinnar byggist á 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, en verði fallist á þessa kröfu stefnanda megi búast við að leitast verði við að ná samkomulagi um greiðslu bóta og eftir atvikum að óskað verði eftir mati dómkvaddra matsmanna á ætluðum hagnaði af verkinu. Stefnandi telji að hugtakið „missir hagnaðar“ sé nægjanlega afmarkað að íslenskum rétti svo leggja megi dóm á viðurkenningarkröfu um rétt til slíkra bóta.

Stefnandi hafi lagt fram yfirlit yfir áætlaðan hagnaðarmissi auk þess sem það felist í eðli máls að verktakar áætli sér alltaf eðlilegan hagnað í tilboðum sínum. Telji hann því að nægilega sé sýnt fram á það í viðurkenningarmáli þessu að tilboð hans hafi innifalið hagnað af verkinu og hann því orðið fyrir tjóni þar sem ekki var samið við hann. Um nánari skilyrði efndabóta sé vísað til almennra reglna skaðbóta- og fjármunaréttar um bætur fyrir fjártjón sem feli það í sér að stefnandi eigi kröfu til þess að verða jafnsettur fjárhagslega og réttarbrot Vegagerðarinnar hefði ekki orðið.

Grundvöllur efniskröfu stefnanda í málinu séu í raun meginreglur útboðs- og verktakaréttar eins og þær birtist í réttarframkvæmd og lögum nr. 94/2001. Um vanefnda- og skaðabótaúrræðið efndabætur vísist til almennra reglna fjármunaréttar svo og túlkunar dómstóla á inntaki 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001. Um málskostnaðarkröfu vísist til 129.-131. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, um varnarþing til 3. mgr. 33. gr. sömu laga og um fyrirsvor til 5. mgr. 17. gr. laganna.

IV

Stefndi byggir sýknukröfu sína á því að heimilt og skylt hafi verið að hafna tilboðum stefnanda í sérleyfisakstur og skólaakstur á Suðurnesjum og Suðurlandi. Því sé alfarið mótmælt sem röngu að höfnun tilboða gagnvart stefnanda hafi verið ólögmat.

Samkvæmt kafla 1.7. í útboðslýsingu hafi við val á verkataka átt að taka mið af fyrri verkum og fjárhagsstöðu bjóðenda. Hafi sú krafa verið gerð að lögð yrðu fram gögn um fyrri verkefni bjóðenda á sviði sambærilegra fólksflutninga. Hafi legið í hlutarins eðli að átt væri við fólksflutninga sambærilega að eðli og umfangi. Þar sem stefnandi hafði aðeins yfir að ráða tveimur bifreiðum sem auk þess voru samningsbundnar í óskilgreindum verkefnum fyrir sveitarfélagið Árborg var ljóst að mati stefnda að stefnandi hefði engin tók á að uppfylla skyldur verktaka samkvæmt útboðslýsingu. Enn fremur hafi legið fyrir að fjárhagslegur styrkur fyrirtækisins væri lítill í hlutfalli við stærð þeirra verkefna sem hér um ræði. Þá liggi fyrir að samkvæmt yfirlýsingu stefnanda í tilboði hans, um að hann hafi hafð starfsemi á árinu 2005 og bjóði aðeins upp á tvo bíla sem séu í samningsbundnum verkefnum fyrir sveitarfélagið Árborg, hafi hann ekki uppfyllt kröfur útboðslýsingar um að hafa unnið sambærileg verk áður.

Samkvæmt útboðslýsingu skyldi sérleyfishafi á Suðurnesjum ábyrgjast að aka í Leifsstöð fyrir hverja einustu brottför áætlanarflugvéla og til Reykjavíkur eftir hverja einustu komu áætlanarflugvéla. Í útboðslýsingu, viðauka 2, komi fram að fjöldi ferða árið 2003 hafi verið 7000 ferðir en árið 2004 hafi þær verið 9.636. Til viðmiðunar við tilboðsgerð hafi átt að miða við 9.500 ferðir á ári eða 28.500 ferðir á samningstíma. Miðað við fyrrgreinda yfirlýsingu stefnanda um umsvif

fyrirtækisins virðist sem þetta verkefni eitt og sér hefði verið honum algerlega óviðráðanlegt. Séu þá ótalin önnur verkefni, s.s. akstur milli Reykjavíkur, Voga og Reykjanesbæjar, Reykjanesbæjar, Sandgerðis og Garðs og milli Reykjavíkur og Grindavíkur, að ógleymdum skólaakstri fyrir Fjölbrautaskóla Suðurnesja.

Samkvæmt útboðslýsingu skyldi sérleyfishafi á Suðurlandi fara 6 ferðir á dag, mánudaga til föstudaga, en 5 ferðir á dag, laugardaga og sunnudaga, á tímabilinu 1. september til 31. maí ár hvert út samningstímann, milli Reykjavíkur og Selfoss. Að sumarlagi frá 1. júní til 31. september skuli hann fara 6 ferðir á dag alla daga. Um sé að ræða 9 mismunandi leiðir með allt frá tveimur ferðum á dag upp í sex ferðir á dag, samtals 19.308 ferðir á samningstímanum. Ljóst sé að stefnandi hefði ekki haft bolmagn til að sinna þessari þjónustu. Sé þá ótalin skólaakstur, sem undirverktaki stefnanda, Guðmundur Tyrfingsson ehf., hafi nú tekið að sér fyrir Fjölbrautaskóla Suðurlands á grundvelli tilboðs stefnanda.

Ef tekið sé mið af lýsingu stefnanda á fyrri verkum sé ljóst að stefnandi hefði aldrei einn og án aðkomu annarra getað staðið við skuldbindingar samkvæmt tilboði sínu. Báðar bifreiðar fyrirtækisins hafi verið uppteknar í öðrum verkefnum. Af þeim sökum hafi Vegagerðinni verið heimilt og skylt að hafna tilboði stefnanda á grundvelli kafla 1.7. í útboðslýsingu. Ekki liggi fyrir ótvíræðar upplýsingar um að fyrirtæki stefnanda hafi stundað fólksflutninga. Að minnsta kosti sé ljóst að fyrirtækið hafi aldrei sinnt verkefnum af þeirri stærðargráðu sem hér um ræði og hafi hann því ekki uppfyllt skilyrði kafla 1.7. í útboðslýsingu.

Þar sem stefnandi hafi hvorki haft fjárhagslega né tæknilega getu til að ráða við verkið og hafi því ekki uppfyllt það skilyrði, að geta sýnt fram á að hafa unnið sambærileg verk hafi verið rétt að hafna tilboði stefnanda. Sé auk framangreinds vísað til 1. mgr. 30. og 31. gr. laga um opinber innkaup nr. 94/2001, þar sem gerð sé krafa um að tæknileg og fjárhagsleg geta bjóðenda sé nægilega trygg til að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Enn fremur sé vísað til 1. mgr. 50. gr. sömu laga en þar komi fram að gengið skuli út frá hagkvæmasta boði hverju sinni. Það geti verið ýmist það sem sé lægst eða það uppfylli þarfir kaupanda best samkvæmt forsendum sem settar hafi verið fram í útboðsgögnum. Stefnandi hafi samkvæmt framlögðum upplýsingum með tilboði sínu engan veginn verið í stakk búinn til að uppfylla þær kröfur sem gerðar séu í útboðslýsingu um þjónustustig og hafi tilboð hans því verið fjarri því að vera hagstæðast þar sem ekki hafi legið fyrir nein trygging fyrir því að þarfir fyrir þjónustu á sviði fólksflutninga yrðu uppfylltar með því að taka tilboði stefnanda. Hann hafi alfarið verið háður undirverktökum um framkvæmd verksins en þeir hafi á engan hátt verið skuldbundnir gagnvart Vegagerðinni. Þá hafi stefnandi verið stofnaður skömmu fyrir útboðið þann 21. júlí 2005. Að mati stefnanda hafi Vegagerðin farið að lögum að öllu leyti hvað útboð þetta snerti enda hafi stefnandi ekki uppfyllt skilyrði útboðsins.

Stefndi kveður að það sé ekki rétt að eina ástæðan sem hafi verið gefin upp varðandi höfnun á tilboði stefnanda hafi verið sú að hann hafi ekki starfað nægilega lengi. Þá sé því mótmælt að ákvæði VI. kafla laga um opinber innkaup séu tæmandi eða að stefndi hafi brotið gegn 26. gr. laga um opinber innkaup svo sem skilja megi af stefnu.

Stefndi mómælir því sem röngu að í útboðsgögnum og málflutningi Vegagerðarinnar hafi verið blandað saman hæfisskilyrðum og sjónarmiðum sem líta eigi til við mat á gildum tilboðum frá hæfum bjóðendum. Þá telur stefndi að þessi málsástæða stefnanda hafi enga þýðingu í málinu. Engu breyti hvort tilboði sé hafnað á grundvelli atriða sem snúi að bjóðanda eða tilboði hans að mati stefnda. Sama málsmeðferð sé viðhöfð í báðum tilvikum, þ.e. að tilboði sé hafnað með sama hætti og tekin sé afstaða til tilboða frá aðilum sem uppfylli kröfur útboðslýsingar. Það sé því ómögulegt að sjá hvernig þetta geti haft þýðingu til stuðnings dómkröfum stefnanda.

Stefndi mótmælir því sem röngu sem haldið sé fram í stefnu að engin skilyrði um starfsaldur hafi verið í útboðsgögnum. Þá mótmælir hann því sem röngu að Vegagerðin hafi ekki rökstutt með vísan til hæfisskilyrða hvers vegna tilboði stefnanda hafi verið hafnað heldur aðeins vísað til óljósra textabrota í útboðslýsingu sem alls ekki varði hæfi heldur önnur atriði sem stefnandi virðist álíta ónauðsynleg formsatriði. Stefndi kveðst algerlega ósammála stefnanda um að þeir sem buðu í verkið hafi mátt vera starfandi skemur en 2 ár án þess að hafa fengist við sambærileg verkefni.

Þá sé því mótmælt sem fram komi í stefnu að ástæður þær sem verkkaupi tiltók fyrir höfnun tilboðs hafi verið fyrirsláttur og settar fram til málamynda og að ákvörðun Vegagerðarinnar um að óska eftir framlengingu tilboðs stefnanda og að boða stefnanda til samningaviðræðna hafi fellt úr gildi höfnun Vegagerðarinnar á tilboði stefnanda frá 18. október 2005 og afstöðu til hæfis hans sem bjóðanda.

Margsinnis hafi komið fram að ástæður höfnunar tilboðs stefnanda hafi verið þær að stefnandi uppfyllti ekki kröfur útboðslýsingar um að hafa unnið sambærileg verk auk þess að skorta fjárhagslega og tæknilega getu til að vinna verkið eins og að framan sé rakið. Að mati stefnda kjósi stefnandi að horfa algjörlega fram hjá aðalatriðum málsins. Af efni kafla 1.7. í útboðslýsingu megi vera ljóst að stefnt hafi verið að því að þeir einir kæmu til greina sem hafi haft fjárhagslega og tæknilega getu til að vinna verkið, sbr. 30. og 31. gr. laga um opinber innkaup nr. 94/2001. Ítarleg lýsing á verkinu sé þessu til fyllingar í útboðslýsingu og enginn vafi ætti að leika á því í huga grandvars bjóðanda við lestur útboðslýsingar að til að leysa þau verkefni af hendi sem hér um ræði þurfi eitthvað meira en tvær bifreiðar sem uppteknar séu í öðrum verkefnum.

Í stefnu séu lítt skiljanlegar hugleiðingar sem virðast einkum lúta að því að vegna þess að skort hafi á sundurgreiningu skilyrða fyrir vali á tilboði eða skilgreiningu á vægi hvers þáttar hafi eingöngu mátt byggja val á tilboði á þeim skilyrðum sem ótvírætt komi fram í útboðslýsingu. Séu þessar vangaveltur og málsástæður málinu óviðkomandi auk þess sem óljóst sé á hvaða lagalegum grunni þetta byggist. Sé nægilega skýrt að stefnandi verði að hafa unnið sambærileg verk til að koma til greina í útboðinu. Ótvírætt sé af kafla 1.7. í útboðslýsingu að þar séu sett skilyrði og gerðar kröfur til bjóðenda sem tryggja eigi efndir skuldbindinga samkvæmt útboðslýsingu. Stefnandi sé svo lítið fyrirtæki að hann hefði aldrei getað staðið við tilboð sitt nema með aðkomu þriðja aðila. Hefði frekari sundurgreining eða nánari skilgreining skilyrða fyrir vali tilboða ekki haft nein efnisleg áhrif á niðurstöðu útboðsins hvað snerti stefnanda.

Stefndi kveðst mómæla því að skylt hafi verið samkvæmt 4. mgr. 30. gr. að gefa stefnanda færi á að leggja fram frekari gögn til sönnunar fjárhagslegri og tæknilegri getu. Skilyrði beitingar 4. mgr. 30. gr. sé að bjóðanda verði ekki um það kennt að hafa ekki getað lagt fram umbeðin gögn. Stefnandi hefði getað lagt fram ítarlegri upplýsingar um það verkefni sem hann hafi unnið að fyrir sveitarfélagið Árborg en hann hafi kosið að gera það ekki og verði sjálfur að bera hallann af því. Þá eigi þau sjónarmið stefnanda, að það leiði af einhvers konar almennri rannsóknarskyldu stjórnvalda að kanna hefði átt betur stefnanda, enga stoð í lögum um opinber innkaup nr. 94/2001 eða lögum um framkvæmd útboða nr. 63/1993. Kaupandi hafi heimild til að kalla eftir frekari gögnum frá bjóðendum ef tilefni séu til þess og án þess að raskað sé jafnræði bjóðenda. Ekkert sérstakt tilefni hafi verið til að gefa stefnanda tækifæri til að auka við upplýsingar um tæknilega- eða fjárhagslega getu og fyrri verk eftir að tilboðsfrestur var runninn út. Engu að síður hafi Vegagerðin, án skyldu, gefið stefnanda kost á að leggja fram frekari gögn um að Guðmundur Tyrfingsson ehf. myndi ábyrgjast efndir samnings. Stefnandi hafi ekki nýtt það tækifæri sem honum var gefið til framlagningar frekari gagna.

Vegagerðin hafi samið við Kynnisferðir ehf. um flugrútuna og annan sérleyfisakstur og skólaakstur á Suðurnesjum. Af ástæðum sem að framan séu raktar hafi Vegagerðin ákveðið að freista þess að ná fram ásættanlegri niðurstöðu með samningum á grundvelli tilboðs stefnanda í akstur á Suðurlandi með tilstyrk Guðmundar Tyrfingssonar ehf., sem tilgreindur hafi verið sem undirverktaki í tilboði stefnanda. Viðræður við stefnanda um þetta hafi farið fram á þeirri forsendu af hálfu Vegagerðarinnar að undirverktaki tæki á sig skuldbindingar á efndum samnings. Ekki hafi komið til greina af hálfu Vegagerðarinnar að semja við stefnanda um akstur á Suðurlandi á þeim grundvelli að Guðmundur Tyrfingsson ehf. kæmi að verkinu sem hver annar undirverktaki án skuldbindinga gagnvart Vegagerðinni. Skýra og ótvíræða yfirlýsingu hafi þurft frá Guðmundi Tyrfingssyni ehf. um skuldbindandi aðkomu að verkinu til að unnt hefði verið að ganga til samninga á grundvelli tilboðs stefnanda. Að öðrum kosti hefði sú staða getað komið upp að engar bifreiðar væru til reiðu til efnda samningsins þar sem báðar

bifreiðar stefnanda voru uppteknar. Það hefði verið með öllu óviðunandi fyrir notendur þjónustunnar að búa við slíkt.

Ljóst sé að munur sé á skuldbindandi aðkomu að verki annars vegar og hefðbundinni undirverktöku hins vegar. Verkkaupi geti krafist þess að bjóðandi leggi fram staðfestingu á undirverktökum sem koma eigi að verki án þess að í þeirri staðfestingu felist skuldbinding af hálfu undirverktaka gagnvart verkkaupa. Staðfesting á því að Guðmundur Tyrfingsson ehf. myndi koma að verkinu sem undirverktaki hafi ekki nægt ein og sér í þessu tilviki þar sem engin trygging hafi verið fyrir því að undirverktaki myndi taka að sér verkið fyrir stefnanda. Útilokað hafi verið fyrir Vegagerðina að semja við stefnanda sem aðalverktaka án þess að hafa í höndum yfirlýsingu Guðmundar Tyrfingssonar ehf. um að fyrirtækið myndi taka að sér verkið fyrir hann og með þeim hætti ganga inn í samninginn með skuldbindandi hætti. Þar sem slík yfirlýsing hafi ekki fengist hafi slitnað upp úr samningaviðræðum aðila og hafi þessi afstaða Vegagerðarinnar verið fyllilega lögmæt. Sú málsástæða stefnanda að ekki hafi verið gengið til samninga við hann um sérleyfisakstur og skólaakstur á Suðurlandi vegna þess að hann vildi ekki falla frá skaðabótakröfum sé því röng.

Stefnandi byggir meðal annars á því að höfnun á tilboði stefnanda hafi falið í sér brot á svokallaðri efnislegri aðgreiningarreglu stjórnisýsluréttarins en ekki sé gerð nánari grein fyrir því á hvaða réttarheimildum kenningar stefnanda um þetta efni séu byggðar en fullyrt að í umræddri reglu felist að stjórnvöld megi einungis gæta þeirra hagsmuna og beita þeim sjónarmiðum sem við eigi nákvæmlega um fyrirliggjandi verkefni. Á því sé byggt af hálfu stefnda að viðeigandi hagsmuna hafi verið gætt og tekið tillit til viðeigandi sjónarmiða umrætt sinn. Við ákvarðanatöku í málinu hafi Vegagerðin einkum haft í huga að tryggja hagsmuni farþega og annarra notenda þjónustunnar. Það grundvallarsjónarmið hafi verið haft í heiðri að tryggja sem hagstæðasta niðurstöðu í útboðinu þannig að verkið yrði unnið á sem hagkvæmastan og árangursríkastan hátt.

Telur stefndi að ósannað sé að stefnandi hafi átt lægsta og hagstæðasta boðið í framangreint verk og að stefnda hafi verið skylt að semja við hann og sé því mótmælt að stefnandi geti gefið sér að tilboði hans hefði verið tekið.

Að því virtu sem að framan sé rakið hafi engri saknæmri eða ólögmætri háttsemi verið til að dreifa af hálfu stefnda heldur hafi ákvörðun Vegagerðarinnar byggst á málefnalegum og löglegum grundvelli. Málsmeðferðarreglur hafi ekki verið brotnar og ekki sett ólögmæt skilyrði. Þá sé því einnig mótmælt að skýringar Vegagerðarinnar standist ekki ákvæði útboðslýsingar eða laga um hæfi bjóðenda.

Stefndi kveður stefnanda hafa sönnunarbyrði fyrir öllu sem kröfu hans viðkomi, þar með talið um sök, ólögmæti, orsakatengsl, sennilega afleiðingu, tjón o.fl. Sú sönnun hafi ekki tekist og sé ósannað með öllu að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni enda liggi engin haldbær gögn um hið meinta tjón og sé ósannað að umrætt verk hefði skilað stefnanda hagnaði. Þá mótmælir stefndi sérstaklega aðdróttunum stefnanda um valdniðslu af hendi Vegagerðarinnar.

Um lagarök fyrir málskostnaðarkröfu sinni vísar stefndi til 130. gr. laga nr. 91/1991.

V

Eins og fram er komið byggir stefnandi kröfur sínar á því að höfnun Vegagerðar ríkisins á tilboðum stefnanda, annars vegar í sérleyfisakstur á Suðurlandi ásamt tilheyrandi skólaakstri fyrir Fjölbrautaskóla Suðurlands (S1) og hins vegar í sérleyfisakstur á Suðurnesjum ásamt tilheyrandi skólaakstri fyrir Fjölbrautaskóla Suðurnesja (S2), hafi verið ólögmæt. Hafi stefnandi átt lægsta og hagstæðasta boð í báða þessa hluta útboðsins og því hafi Vegagerðinni verið skylt að semja við hann. Þar sem það hafi ekki verið gert hafi hann orðið fyrir tjóni sem felist í missi hagnaðar af verkunum og á því tjóni beri stefndi ábyrgð.

Fyrir liggur að Vegagerðin ákvað að ganga til samninga við Þingvallaleið ehf. varðandi akstur á Suðurlandi (S1) en það félag átti lægsta tilboðið í það þjónustusvæði en stefnandi það næstlægsta. Þá gerði Vegagerðin samning við Kynnisferðir ehf. varðandi akstur á Suðurnesjum (S2) en þar átti stefnandi lægsta tilboðið. Var sá samningur undirritaður 14. október 2005. Vegagerðin tilkynnti stefnanda um framangreint með bréfi 18. október 2005 án þess að þar komi neitt fram um hvers vegna Vegagerðin ákvað að semja við Kynnisferðir ehf. um þjónustusvæði S2 en ekki stefnanda sem átti lægsta tilboð í verkið.

Stefnandi kærði framangreinda ákvörðun Vegagerðarinnar til Kærunefndar útboðs mála og verður ekki annað ráðið af þeirri kæru en að fyrst og fremst sé verið að kæra ákvörðun Vegagerðarinnar vegna samningsins við Kynnisferðir ehf. um akstur á Suðurnesjum (S2) en að auki er þess krafist að kærunefndin stöðvi frekari samningsgerð Vegagerðarinnar varðandi akstur á Suðurlandi (S1) ef ekki verði af samningum við Þingvallaleið ehf. um það svæði. Í málatilbúnaði Vegagerðarinnar fyrir kærunefndinni kemur fram að ástæða þess að tilboði stefnanda hafi verið hafnað sé sú að hann hafi hvorki haft fjárhagslega né tæknilega burði til að sinna þeim verkefnum sem útboðið tók til og því hafi Vegagerðinni verið óheimilt að ganga fram hjá þeim bjóðendum sem uppfyllt hafi skilyrði útboðslýsingar um fjárhagslega og tæknilega getu og reynslu. Á þessum sömu rökum byggir stefndi sýknukröfur sínar í máli þessu.

Samkvæmt 1. mgr. 52. gr. laga nr. 94/2001 telst kaupandi hafa hafnað tilboði ef hann er búinn að semja við annan aðila, gildistími tilboðs er liðinn án þess að óskað hafi verið eftir framlengingu tilboðs eða öllum tilboðum hefur verið hafnað formlega. Með samningi Vegagerðarinnar við Kynnisferðir ehf. um akstur á Suðurnesjum (S2) hinn 14. október 2005 var ljóst að Vegagerðin hafnaði tilboði stefnanda í það svæði. Þykir rétt að fjalla fyrst um lögmæti þeirrar höfnunar áður en fjallað verður um niðurstöðu samningaumleitana Vegagerðarinnar og stefnanda varðandi tilboð þess síðarnefnda í akstur á Suðurlandi (S1) í kjölfar þess að lögstjóðandi féll frá tilboði sínu.

Í 1. mgr. 26. gr. laga nr. 94/2001 segir að í útboðsgögnum skuli tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs með eins nákvæmum hætti og framast er unnt. Í forsendum má ekki vísa til annarra atriða en staðreynd verða á grundvelli gagna sem bjóðendur leggja fram eða með öðrum hlutlægum hætti. Í 2. mgr. segir að ef kaupandi hyggst meta hagkvæmni tilboðs á grundvelli fleiri forsendna en verðs skuli tiltekið hverjar þessar forsendur séu og þeim raðað eftir mikilvægi nema slíkt sé útilokað.

Af málatilbúnaði stefnda er ljóst að hann leit svo á að tilboð stefnanda væri ekki það hagstæðasta þótt það væri lægst þar sem tilboð hans hafi ekki fullnægt öllum kröfum útboðs- og verklýsingar. Eins og rakið hefur verið er í kafla 1.7. í útboðsgögnum fjallað um meðferð tilboða og val á verktaka. Þar kemur fram að verkkaupi áskilji sér rétt til að taka hagstæðasta tilboði ef tilboðið fullnægi öllum kröfum útboðs- og verklýsingar eða hafna öllum. Við val á verktaka muni verkkaupi taka mið af fyrri verkum hans og fjárhagsstöðu. Það sé skilyrði að verktaki sé ekki í vanskilum með nein opinber gjöld eða lífeyrissjóðsiðgjöld og að hann hafi unnið sambærileg verk áður, þ.e.a.s. stundað fólksflutninga á landi. Að mati stefnda hafi stefnandi hvorki unnið sambærileg verk og hér um ræði né hafi hann haft fjárhagslega getu til að standa við boð sitt.

Í kafla 1.11. í útboðsgögnum skulu eftirtalin atriði koma fram og fylgja tilboði:

1. Ítarleg lýsing á ferðaáætlunum.
2. Lýsing á því hvernig bjóðandi hyggst standa að verkefninu.
3. Lýsing á fargjaldakerfi og farmiðaverði.
4. Bifreiðar sem bjóðandi hyggst leggja til við aksturinn þar með talið skráninga númer, stærð, fjöldi sæta og aðrir eiginleikar, þ.e. staðfesting á því að öllum tæknilegum kröfum útboðs- og verklýsingar sé fullnægt.
5. Yfirlit yfir reynslu bjóðanda af sambærilegum rekstri sl. 5 ár.

6. Yfirlit yfir undirverktaka ef um þá er að ræða.
7. Endurskoðaðir og áritaðir ársreikningar síðustu tveggja ára hafi fyrirtækið verið starfandi á þeim tíma.
8. Lýsing á biðaðstöðu farþega á þéttbýlisstöðum.
9. Aðrar upplýsingar sem við eiga að mati verkkaupa eða bjóðandi telur að styrkt geti tilboð sitt.

Í kafla 1.12. í útboðsgögnum kemur fram að þegar opnun tilboða sé lokið og mat á þeim liggja fyrir áskilji verkkaupi sér rétt til að óska eftir eftirfarandi upplýsingum frá þeim aðilum sem til greina komi að semja við:

1. Endurskoðaða og áritaða ársreikninga síðustu fimm ára hafi fyrirtækið verið starfandi á þeim tíma.
2. Yfirlýsingu frá aðalviðskiptabanka um reglusemi í viðskiptum.
3. Staðfestingu á að bjóðandi sé í skilum með opinber gjöld og lífeyrisiðgjalda greiðslur.
4. Allar aðrar upplýsingar sem málið varða að mati verkkaupa.

Í 1. mgr. 30. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup segir að fjárhagsstaða bjóðanda skuli vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Í 2. mgr. ákvæðisins segir að bjóðandi geti að jafnaði fært sönnur á fjárhagslega getu sína með því að leggja fram viðeigandi upplýsingar frá bönkum, endurskoðaða reikninga fyrri ára, upplýsingar um veltu síðustu ára eða hlutdeild viðkomandi vöru, þjónustu eða verks í þeirri veltu. Þá segir í 3. mgr. að í útboðsgögnum skuli koma fram hvaða gögn samkvæmt 2. mgr. krafist er að bjóðandi leggi fram eða kunni á síðari stigum að verða beðinn um að leggja fram. Ekki skal krefjast frekari gagna en nauðsynlegt er með hliðsjón af eðli og umfangi fyrirhugaðra innkaupa. Í 4. mgr. segir að þegar bjóðandi er ófær um að leggja fram þau gögn sem greinir í 2. mgr. af ástæðum sem honum verður ekki um kennt skal gefa honum kost á að sýna fram á fjárhagslega getu sína með framvísun annarra gagna.

Fram kemur í útboðsgögnum að leggja skuli fram endurskoðaða reikninga síðustu tveggja ára enda hafi fyrirtækið verið starfandi þá. Enn fremur er gert ráð fyrir því í útboðsgögnum að verkkaupi geti óskað eftir endurskoðuðum og árituðum ársreikningum síðustu fimm ár frá því fyrirtæki sem hann hyggst semja við, enda hafi fyrirtækið verið starfandi á þeim tíma. Samkvæmt þessu er ljóst að gert er ráð fyrir því í útboðsgögnum að fyrirtæki geti boðið í verk þótt það hafi verið starfandi

í skemmri tíma en tvö ár. Var stefnandi því, miðað við útboðsgögn, ekki óhæfur bjóðandi á þeim forsendum að hann væri nýstofnað fyrirtæki. Ef forsenda fyrir vali tilboðs var að bjóðandi hefði verið í rekstri í meira en tvö ár hefði það þurft að koma skýrt fram í útboðsgögnum sbr. 26. gr. laga nr. 94/2001.

Gera verður þá kröfu til verkkaupa að hann tilgreini nákvæmlega í útboðsgögnum hvaða kröfur hann geri til bjóðanda varðandi fjárhagsstöðu en af útboðsgögnum verður ekkert ráðið með vissu hvaða efnislegu kröfur séu gerðar til fjárhagslegs hæfis bjóðanda heldur er aðeins tiltekið hvaða gögn þurfi að afhenda með tilboði og að bjóðandi sé ekki í vanskilum með opinber gjöld eða lífeyrissjóðsiðgjöld. Fyrir liggur að stefnandi var nýstofnað fyrirtæki þegar umrætt útboð fór fram og þegar af þeirri ástæðu gat hann ekki lagt fram endurskoðaða ársreikninga fyrri ára. Þá var hann ekki í vanskilum með opinber gjöld eða lífeyrissjóðsiðgjöld. Með vísan til 4. mgr. 30. gr. laga nr. 94/2001 var Vegagerðinni skylt að gefa stefnanda kost á að sýna fram á fjárhagslega getu sína með framvísun annarra gagna en endurskoðaðra reikninga áður en ákvörðun var tekin um að hafna honum sem bjóðanda á þeim forsendum að hann hefði ekki fjárhagslega burði til að sinna verkefnum.

Í 1. mgr. 31. gr. laga nr. 94/2001 segir að tæknileg geta bjóðanda skuli vera það trygg að hann geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Í 2. mgr. ákvæðisins segir að bjóðandi geti fært sönnur á tæknilega getu með nánar tilgreindum gögnum sem tilgreind eru í 6 staflidum. Þá segir í 3. mgr. að í útboðsgögnum skuli koma fram hvaða gögn samkvæmt 2. mgr. sé krafist að bjóðandi leggi fram eða kunni á síðari stigum að verða beðinn um að leggja fram. Ekki skal krefja um frekari gögn en nauðsynlegt er með hliðsjón af eðli og umfangi þess sem óskað sé kaupa á.

Stefndi telur að stefnandi hafi ekki haft tæknilega burði til að sinna þeim verkefnum sem hér um ræðir og virðist byggja það fyrst og fremst á því að hann hafi tilgreint í tilboði sínu að hann bjóði aðeins upp á tvo bíla sem séu þar að auki bundnir í verkefnum fyrir sveitafélagið Árborg.

Í þeim fylgiskjölum sem greinir í kafla 1.11. í útboðsgögnum skal samkvæmt lið 4. tilgreina hvaða bifreiðar og hvernig útbúnar bjóðandi hyggst leggja til við aksturinn og kemur það fram í fylgiskjali 4 með tilboði stefnanda. Þar er tilgreindur fjöldinn allur af bifreiðum sem stefnandi ætlaði að nýta til verkefnisins. Ekki verður séð að gerð sé krafa um það í útboðsgögnum að bjóðandi þyrfti að eiga þær bifreiðar sem hann hugðist nota til verkefnisins. Þá er því ekki haldið fram að þær bifreiðar sem stefnandi þannig hugðist nota til verksins hafi ekki fullnægt útboðsskilmálum.

Það sem fram kemur í fylgiskjali 5 í tilboði stefnanda varðar yfirlit yfir reynslu bjóðanda af sambærilegum rekstri sl. 5 ár. Þar kemur fram að bjóðandi sem slíkur hafi hafið starfsemi á árinu 2005 og því ekki starfað í sambærilegum rekstri í fimm ár. Hann bjóði upp á tvo bíla sem séu í samningsbundnum verkefnum fyrir sveitafélagið Árborg. Af þessu verður ekki annað ráðið en að stefnandi hafi þarna verið að upplýsa verkkaupa um hvaða reynslu hann hafi haft af sambærilegum verkefnum, eins og gerð var krafa um í útboðsgögnum, en ekki að lýsa þeim bifreiðum sem hann hefði yfir að ráða og hygðist nota til verkefnisins.

Eins og rakið hefur verið var tekið fram í kafla 1.7. í útboðsgögnum að auk þess að taka mið af fjárhagsstöðu bjóðanda myndi verkkaupi taka mið af fyrri verkum hans við val á verktaka og sé skilyrði að bjóðandi hafi unnið sambærileg verk áður, „þ.e.a.s.stundað fólksflutninga á landi“. Verður þetta orðalag ekki skýrt á annan hátt en þarna sé verið að lýsa hvað felist í orðalaginu „sambærileg verk“ og að átt sé við að bjóðandi hafi stundað fólksflutninga á landi. Er því ekki fallist á það með stefnda að legið hafi í hlutarins eðli að átt væri við fólksflutninga sambærilega að eðli og umfangi.

Stefnandi hefur haldið því fram að hann hafi verið með gildan samning við sveitafélagið Árborg um fólksflutninga á landi þegar útboðið fór fram og hefur þeirri fullyrðingu stefnanda ekki verið hnekkt. Þá liggur fyrir að undirverktaki sá sem stefnandi hafði samið við, Guðmundur Tyrfingsson ehf., hafði áratuga reynslu á fólksflutningum á landi og ætlaði að leggja til þær bifreiðar sem þurfti í vekið. Samkvæmt þessu var í tilboði stefnanda fullnægt því skilyrði útboðsins að bjóðandi hefði stundað fólksflutninga á landi.

Af því sem nú hefur verið rakið þykir stefnandi hafa sýnt fram á það að tilboð hans hafi fullnægt þeim kröfum sem fram komu í útboðsgögnum um tæknilega burði til að sinna þeim verkefnum sem hann bauð í. Hefði Vegagerðinni verið í lófa lagið að kalla eftir frekari upplýsingum ef hún dró í efa að stefnandi hefði aðgang að þeim bifreiðum sem hann hugðist nýta til verksins.

Að öllu því virtu sem nú hefur verið rakið þykir ekkert fram komið um að stefnandi hafi ekki uppfyllt þau skilyrði um fjárhagslegt og tæknilegt hæfi sem fólust í útboðsgögnum. Var stefnandi þannig með hagstæðasta tilboðið og var Vegagerðinni óheimilt að hafna tilboði hans á þeim forsendum að hann hefði ekki fjárhagslega og tæknilega burði til að standa við tilboðið. Braut ákvörðun Vegagerðarinnar því gegn ákvæðum laga nr. 94/2001. Þykir ekki skipta máli hvort höfnunin byggðist á þeim forsendum að stefnandi hafi ekki verið talinn hæfur bjóðandi eða að tilboð hans væri ekki fullnægjandi miðað við útboðsgögn.

Þegar það lá fyrir í byrjun desember 2005 að Þingvallaleið ehf. féll frá tilboði sínu í akstur á Suðurlandi ásamt skólaakstri fyrir Fjölbautaskóla Suðurlands (S1) var ljóst að lægst bjóðandi í verkið var stefnandi. Stefnandi heldur því fram að ástæða þess að samningar tókust ekki með aðilum um þann hluta útboðsins hafi verið sú að stefnandi hafi ekki fallist á að afsala sér skaðabótarétti vegna útboðsins. Það sé ólöglegt og ómálefnalegt sjónarmið. Stefndi mótmælir því að það hafi verið ástæða þess að ekki hafi tekist samningar með aðilum heldur hafi forsendur fyrir samningi verið þær að Guðmundur Tyrfingsson ehf. hefði skuldbindandi aðkomu að verkinu og að hann gæfi út yfirlýsingu um að hann myndi taka að sér verkið og ganga inn í samning aðila með skuldbindandi hætti.

Af gögnum málsins þykir ljóst að Vegagerðin óskaði eftir því að stefnandi félli frá kæru og skaðabótakröfum vegna málsins og útbjó lögmaður Vegagerðarinnar yfirlýsingu þess efnis sem óskað var eftir að stefnandi undirritaði. Ekki liggja fyrir haldbær gögn um það að Vegagerðin hafi sett það sem ófrávíkjanlegt skilyrði fyrir samningi við stefnanda um akstur á Suðurlandi (S1) að stefnandi félli frá skaðabótakröfum á hendur Vegagerðinni vegna höfnunar á tilboði stefnanda í akstur á Suðurnesjum (S2). Stendur þar orð gegn orði hjá þeim sem sátu fundi vegna málsins og það vitni sem einna helst getur talist hlutlaust, Kjartan Ólafsson alþingismaður, sat ekki allan fundinn þann 5. desember 2005 og var því ekki vitni að því hvernig honum lauk. Aðrir fundarmenn en samningsaðilar voru starfsmenn og lögmennt samningsaðila og verður að meta vitnisburði þeirra með hliðsjón af því. Þá benda gögn málsins til þess að samningaviðræðum var slitið hinn 6. desember 2005 á þeim forsendum að stefnandi hefði ekki að mati Vegagerðarinnar lagt fram fullnægjandi yfirlýsingu frá Guðmundi Tyrfingssyni ehf.

Stefndi krafðist þess að undirverktakinn Guðmundur Tyrfingsson ehf. gengi inn í samning aðila með skuldbindandi hætti þar sem útilokað hafi verið fyrir Vegagerðina að semja við stefnanda sem aðalverkaka án aðkomu þess félags. Af gögnum málsins verður ekki ráðið með vissu hvaða stöðu Vegagerðin hugsaði sér að Guðmundur Tyrfingsson ehf. hefði í samningi aðila en ljóst er að hann var ekki aðili að því útboði sem hér er til umfjöllunar heldur ætlaði að taka að sér að vera undirverktaki stefnanda. Ekki verður séð að skilyrði Vegagerðarinnar um að undirverktakinn Guðmundur Tyrfingsson ehf. gengi inn í samning aðila með skuldbindandi hætti hafi verið í samræmi við útboðsgögn. Gat Vegagerðin því ekki sett fram þetta skilyrði en krafa Vegagerðarinnar um ábyrgð undirverktakans var sett fram þar sem Vegagerðin taldi stefnanda hvorki hafa fjárhagslega né tæknilega getu til að taka að sér þetta verkefni.

Með vísan til sömu raka og að framan er rakið um ólögmeti höfnunar tilboðs stefnanda vegna aksturs á Suðurnesjum (S2) á þeim forsendum að stefnandi hefði ekki fjárhagslegar eða tæknilegar forsendur til að taka að sér verkið þykir ljóst að ákvörðun Vegagerðarinnar 2. janúar 2006, að hafna tilboði stefnanda í akstur á Suðurlandi (S1), sem var hagstæðasta tilboðið eftir að lægstbjóðandi féll frá sínu

tilboði, var einnig ólögmat.

Með málsókn þessari neytir stefnandi heimildar 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 til að leita dóms um viðurkenningu á skaðabótaskyldu stefnda en þar segir að hafi sóknaraðili lögvarða hagsmuni af því að skorið sé úr um tilvist eða efni réttinda eða réttarsambands geti hann leitað viðurkenningardóms um kröfur sínar í þeim efnum. Gildir þetta án tillits til þess hvort honum væri þess í stað unnt að leita dóms sem mætti fullnægja með aðför. Stefnandi hefur lagt fram einhliða útreikning sinn um áætlaðan hagnaðarmissi vegna umrædds útboðs og hefur útreikningur þessi af þeim sökum takmarkað sönnunargildi. Hins vegar liggur fyrir að tilboð stefnanda í umrædd verk er hærra en nam kostnaðaráætlun verkkaupa en gera má ráð fyrir að í henni hafi verið gengið út frá því að væntanlegur verktaki hefði einhvern hagnað af framkvæmd verksins. Með því þykir stefnandi hafa leitt nægar líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni og er því fullnægt skilyrðum fyrir skaðabótaskyldu stefnda samkvæmt 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001 en með því er þá aðeins leyst úr um lögmati aðgerða Vegagerðarinnar án þess að nokkru sé slegið föstu um í hvaða mæli þær aðgerðir hafi leitt til tjóns fyrir stefnanda. Að þessu virtu verður því fallist á kröfu stefnanda um viðurkenningu á skaðabótaskyldu stefnda vegna missis hagnaðar sem hann kunni að hafa notið ef ekki hefði komið til ákvarðana Vegagerðarinnar að hafna tilboðum hans. Þrátt fyrir framsetningu í kröfugerð stefnanda verður málalátibúnaður hans skilinn á þann veg að um sé að ræða ákvarðanir Vegagerðarinnar sem teknar voru annars vegar með bréfi 18. október 2005 þegar hafnað var tilboði stefnanda í akstur á Suðurnesjum (S2) og hins vegar með bréfi 2. janúar 2006 þegar hafnað var tilboði stefnanda í akstur á Suðurlandi (S1).

Eftir þessari niðurstöðu verður stefndi dæmdur til að greiða stefnanda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 600.000 krónur.

Af hálfu stefnanda flutti málið Jóhannes Karl Sveinsson hrl. en af hálfu stefnda flutti málið Óskar Thorarensen hrl.

Greta Baldursdóttir héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

D Ó M S O R Ð

Viðurkenndur er réttur stefnanda, Hópbílaleigunnar ehf., til skaðabóta úr hendi stefnda, íslenska ríkinu, vegna missis hagnaðar sem hann hefði notið ef ekki komið til ákvarðana Vegagerðar ríkisins annars vegar hinn 18. október 2005 um að hafna tilboðum stefnanda í sérleyfisakstur á Suðurnesjum ásamt tilheyrandi skólaakstri fyrir Fjölbrautaskóla Suðurnesja (S2) og hins vegar hinn 2. janúar 2006

um að hafna tilboði stefnanda í sérleyfisakstur á Suðurlandi ásamt skólaakstri fyrir Fjölbautaskóla Suðurlands (S1).

Stefndi greiði stefnanda 600.000 krónur í málskostnað.

Greta Baldursdóttir