

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 28. júní 2011 í málinu nr. E-7123/2007:

Íslenskir aðalverktakar hf. og

NCC International AS

(Jóhannes Karl Sveinsson hrl.)

gegn

íslenska ríkinu

(Einar Karl Hallvarðsson hrl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 15. júní sl., er höfðað með stefnu, birtri 24. október 2007.

Stefnendur eru Íslenskir aðalverktakar hf., Höfðabakka 9, Reykjavík og NCC International AS, Innspurten 9, Osló, Noregi.

Stefndi er íslenska ríkið og er samgönguráðherra og fjármálaráðherra stefnt fyrir þess hönd.

Endanlegar kröfur stefnenda eru;

- Aðallega að stefndi verði dæmdur til að greiða þeim óskipt 478.868.309 krónur, með dráttarvöxtum samkvæmt III. og IV. kafla laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001, þannig:

| Af kr.: | Frá: | Til: |
|-------------|--------------------|--------------------|
| 58.750.727 | 10. ágúst 2003 | 10. september 2003 |
| 51.372.999 | 10. september 2003 | 10. október 2003 |
| 53.584.276 | 10. október 2003 | 10. nóvember 2003 |
| 62.513.716 | 10. nóvember 2003 | 10. desember 2003 |
| 78.655.485 | 10. desember 2003 | 10. janúar 2004 |
| 85.660.874 | 10. janúar 2004 | 10. febrúar 2004 |
| 87.716.780 | 10. febrúar 2004 | 10. mars 2004 |
| 99.537.785 | 10. mars 2004 | 10. apríl 2004 |
| 100.973.587 | 10. apríl 2004 | 10. maí 2004 |

| | | |
|-------------|--------------------|--------------------|
| 98.822.733 | 10. maí 2004 | 10. júní 2004 |
| 96.442.764 | 10. júní 2004 | 10. júlí 2004 |
| 103.901.831 | 10. júlí 2004 | 10. ágúst 2004 |
| 122.002.805 | 10. ágúst 2004 | 10. september 2004 |
| 136.178.364 | 10. september 2004 | 10. október 2004 |
| 150.524.315 | 10. október 2004 | 10. nóvember 2004 |
| 163.390.209 | 10. nóvember 2004 | 10. desember 2004 |
| 169.524.744 | 10. desember 2004 | 10. janúar 2005 |
| 178.914.311 | 10. janúar 2005 | 10. febrúar 2005 |
| 180.846.329 | 10. febrúar 2005 | 10. mars 2005 |
| 191.199.530 | 10. mars 2005 | 10. apríl 2005 |
| 197.896.024 | 10. apríl 2005 | 10. maí 2005 |
| 192.988.029 | 10. maí 2005 | 10. júní 2005 |
| 181.783.555 | 10. júní 2005 | 10. júlí 2005 |
| 211.922.166 | 10. júlí 2005 | 10. ágúst 2005 |
| 239.958.678 | 10. ágúst 2005 | 10. september 2005 |
| 249.181.056 | 10. september 2005 | 10. október 2005 |
| 263.324.667 | 10. október 2005 | 10. nóvember 2005 |
| 266.685.852 | 10. nóvember 2005 | 10. desember 2005 |
| 279.611.299 | 10. desember 2005 | 10. janúar 2006 |
| 287.889.164 | 10. janúar 2006 | 10. febrúar 2006 |
| 328.695.832 | 10. febrúar 2006 | 10. mars 2006 |
| 311.297.345 | 10. mars 2006 | 10. apríl 2006 |
| 323.471.186 | 10. apríl 2006 | 10. maí 2006 |
| 336.937.832 | 10. maí 2006 | 10. júní 2006 |
| 346.140.305 | 10. júní 2006 | 10. júlí 2006 |
| 365.716.801 | 10. júlí 2006 | 10. ágúst 2006 |
| 405.040.964 | 10. ágúst 2006 | 10. september 2006 |
| 413.759.593 | 10. september 2006 | 10. október 2006 |
| 419.826.737 | 10. október 2006 | 10. nóvember 2006 |
| 436.391.525 | 10. nóvember 2006 | 10. desember 2006 |
| 474.904.168 | 10. desember 2006 | 10. janúar 2007 |
| 478.868.309 | 10. janúar 2007 | greiðsludags |

- Til vara að stefndi greiði þeim óskipt 258.955.156 krónur, ásamt dráttarvöxtum samkvæmt III. og IV. kafla laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001, þannig:

| Af kr.: | Frá: | Til: |
|----------------|--------------------|--------------------|
| 57.638.263 | 10. ágúst 2003 | 10. september 2003 |
| 46.443.216 | 10. september 2003 | 10. október 2003 |
| 43.398.133 | 10. október 2003 | 10. nóvember 2003 |
| 46.648.550 | 10. nóvember 2003 | 10. desember 2003 |
| 57.611.416 | 10. desember 2003 | 10. janúar 2004 |
| 60.223.883 | 10. janúar 2004 | 10. febrúar 2004 |
| 57.691.658 | 10. febrúar 2004 | 10. mars 2004 |
| 64.729.507 | 10. mars 2004 | 10. apríl 2004 |
| 61.546.173 | 10. apríl 2004 | 10. maí 2004 |
| 53.820.459 | 10. maí 2004 | 10. júní 2004 |
| 44.425.975 | 10. júní 2004 | 10. júlí 2004 |
| 43.691.522 | 10. júlí 2004 | 10. ágúst 2004 |
| 53.693.686 | 10. ágúst 2004 | 10. september 2004 |
| 60.670.869 | 10. september 2004 | 10. október 2004 |
| 68.494.257 | 10. október 2004 | 10. nóvember 2004 |
| 75.553.814 | 10. nóvember 2004 | 10. desember 2004 |
| 76.228.725 | 10. desember 2004 | 10. janúar 2005 |
| 80.093.661 | 10. janúar 2005 | 10. febrúar 2005 |
| 76.355.928 | 10. febrúar 2005 | 10. mars 2005 |

| | | |
|-------------|--------------------|--------------------|
| 80.601.665 | 10. mars 2005 | 10. apríl 2005 |
| 81.288.252 | 10. apríl 2005 | 10. maí 2005 |
| 69.562.366 | 10. maí 2005 | 10. júní 2005 |
| 49.221.757 | 10. júní 2005 | 10. júlí 2005 |
| 69.050.265 | 10. júlí 2005 | 10. ágúst 2005 |
| 89.165.335 | 10. ágúst 2005 | 10. september 2005 |
| 92.067.507 | 10. september 2005 | 10. október 2005 |
| 100.224.786 | 10. október 2005 | 10. nóvember 2005 |
| 97.900.070 | 10. nóvember 2005 | 10. desember 2005 |
| 104.960.864 | 10. desember 2005 | 10. janúar 2006 |
| 107.720.791 | 10. janúar 2006 | 10. febrúar 2006 |
| 144.191.055 | 10. febrúar 2006 | 10. mars 2006 |
| 123.727.804 | 10. mars 2006 | 10. apríl 2006 |
| 130.570.539 | 10. apríl 2006 | 10. maí 2006 |
| 138.558.586 | 10. maí 2006 | 10. júní 2006 |
| 141.996.782 | 10. júní 2006 | 10. júlí 2006 |
| 155.558.863 | 10. júlí 2006 | 10. ágúst 2006 |
| 190.492.808 | 10. ágúst 2006 | 10. september 2006 |
| 197.244.628 | 10. september 2006 | 10. október 2006 |
| 201.533.594 | 10. október 2006 | 10. nóvember 2006 |
| 216.845.086 | 10. nóvember 2006 | 10. desember 2006 |
| 255.111.706 | 10. desember 2006 | 10. janúar 2007 |

| | | |
|-------------|-----------------|--------------|
| 258.955.156 | 10. janúar 2007 | greiðsludags |
|-------------|-----------------|--------------|

Þá krefjast stefnendur málskostnaðar úr hendi stefnda, að skaðlausu, samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi.

Stefndi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum stefnenda, auk málskostnaðar. Til vara er þess krafist að kröfur stefnenda verði stórlega lækkaðar og málskostnaður þá felldur niður.

Málsatvik og ágreiningsefni

Tilboð í gerð Héðinsfjarðarganga voru opnuð 30. maí 2003 og byggðust þau á útboðsgögnum Vegagerðarinnar frá mars sama ár. Fimm tilboð bárust í verkið og var tilboð stefnenda lægst, að fjárhæð 6.176.608.480 krónur, eða 3,2% yfir kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar, sem var að fjárhæð 5.986.880.500 krónur. Tilboðið, sem næst kom, var að fjárhæð 6.563.290.904 krónur. Hæsta tilboðið reyndist 51,9% yfir kostnaðaráætlun.

Í útboðslýsingu var gert ráð fyrir að framkvæmdir hefust í september 2004 og að verktaki hefði 1350 daga til að vinna verkið. Tekið var þó fram að verktaka væri heimilt að leggja fram tillögu að annarri tímasetningu fyrir upphaf framkvæmda. Í tilboði sínu gerðu stefnendur ráð fyrir að hefja framkvæmdir um mitt ár 2003 og ljúka þeim á árinu 2006 á 1100 dögum, í stað 1350. Í bréfi, sem fylgdi tilboði þeirra, óska þeir m.a. eftir viðræðum við verkkaupa um þetta atriði.

Samkvæmt útboðsgögnum voru tilboðsgjafar bundnir við boð sín í 126 daga frá opnun þeirra. Áður en Vegagerðin hafði lýst afstöðu til tilboðanna ákvað ríkisstjórnin að fresta verkinu. Í bréfi Vegagerðarinnar til stefnenda kom fram að ástæða frestunar væri yfirvofandi þensluástand í þjóðfélaginu og því yrði að hafna öllum tilboðum, enda fengi Vegagerðin ekki nauðsynlegt fé til framkvæmdanna. Tekið var fram að ráðgert væri að útboð færi fram að nýju, þannig að unnt yrði að hefja framkvæmdir við jarðgöngin síðari hluta árs 2006.

Með dómi Hæstaréttar Íslands 17. nóvember 2005, í málinu nr. 182/2005, var viðurkennd skaðabótaskylda Vegagerðarinnar við stefnendur vegna missis hagnaðar sem þeir kynnu að hafa notið, hefði ekki komið til ákvörðunar um að hafna tilboði þeirra í gerð Héðinsfjarðarganga. Í dóminum var þó engu slegið föstu um í hvaða mæli sú ákvörðun hefði leitt til tjóns fyrir stefnendur. Fram kemur í stefnu að aðilar hafi í kjölfar dómsins tekið upp viðræður, án þess að þær hafi leitt til niðurstöðu. Hafi stefndi hafnað öllum fjárkröfum með þeim rökum að tjón stefnenda væri ósannað og alls óvíst að stefnendur hefðu hagnast nokkuð á verkinu á grundvelli tilboðs þeirra.

Árið 2006 bauð Vegagerðin á ný út gerð Héðinsfjarðarganga. Ekki er um það ágreiningur að í aðalatriðum var verkið hið sama og í útboði 2003, en eftirtaldar breytingar höfðu þó verið gerðar:

- Breytt var um staðla, úr FIDIC í ÍST 30:2003
- Vegir utan ganga skyldu malbikaðir í stað bikfestunar og klæðningar áður

- Vegrið voru felld út
- Felldur var út gröftur á lausu efni frá gangamunnum í Héðinsfirði
- Magn styrkinga í göngum aukið (sprautusteypa, bergboltar) og aðlagð reynslu úr Fáskrúðsfjarðargöngum og Almannaskarðsgöngum
- Breytt vatnslæðning, úr PVC-klæðningu í PE-klæðningu, vegna aukinna krafna um eldvarnir
- Aukinn öryggisbúnaður (fleiri blásarar, meira um raflagnir)
- Brú á Fjarðará í Siglufirði felld út, þar sem hún var byggð á árinu 2004.

Lægstbjóðendur í síðara útboðinu voru félögin Metrostav a.s. og Háfell ehf. og var tilboð þeirra að fjárhæð 5.739.412.688 krónur. Áætlaður framkvæmdakostnaður Vegagerðarinnar var 6.460.000.000 krónur og tilboð lægstbjóðanda því 88,8% af kostnaðaráætlun. Hæsta tilboðið í útboðinu kom frá Íslenskum aðalverktökum hf. og Marti Contractors Ltd., sem sameiginlega buðu 8.942.506.924 krónur í verkið, eða 38,4% umfram kostnaðaráætlun. Samið var um verkið við lægstbjóðendur, Metrostav a.s. og Háfell ehf., og hófust framkvæmdir í júní 2006.

Undir rekstri málsins fóru stefnendur þess á leit að dómkvaddir yrðu sérfróðir matsmenn til þess að meta ætlaðan hagnað, sem stefnendur töldu sig hafi farið á mis við á grundvelli tilboðs þeirra, vegna frestunar framkvæmda við Héðinsfjarðargöng árið 2003. Tekið var fram í matsbeiðni að matið skyldi miðað við þær forsendur sem gefnar hefðu verið í útboðsgögnum, tilboð matsbeiðenda og líklega framvindu verksins miðað við þær aðferðir sem matsbeiðendur ætluðu að beita við framkvæmdina. Matsspurningarnar lutu í fyrsta lagi að því hvort þau verklaun, sem matsbeiðendur byggðu á að þeim hefðu fallið í skaut, væru raunhæft og eðlilega reiknuð, annars vegar miðað við forsendur útboðsgagna á árinu 2006, en hins vegar miðað við forsendur útboðsgagna frá árinu 2003. Í öðru lagi var þess óskað að matsmenn legðu á það mat hvort kostnaður, sem matsbeiðendur áætluðu í tilboðsgerðinni við framkvæmdirnar, teldist raunhæfur og eðlilegur, annars vegar miðað við forsendur útboðsgagna á árinu 2006, en hins vegar miðað við forsendur útboðsgagna árið 2003. Þá var þess óskað að matsmenn létu í té álit sitt á því hvort raunhæft væri og eðlilegt að verklaun og kostnaður hefði fallið til með þeim hætti sem gert væri ráð fyrir í stefnu, og byggði á álitu löggilts endurskoðanda.

Til matstarfa voru dómkvaddir Friðbjörn Björnsson endurskoðandi og Páll Ólafsson verkfræðingur, og er matsgerð þeirra dagsett 22. október 2009. Matsmenn töldu óraunhæft að nota magnskrá í útboði 2006 og einingaverð 2003 til útreiknings framlegðar, eins og aðalkrafa stefnenda byggist upphaflega á. Þess í stað var upphafleg magnskrá og tilboð stefnenda frá 2003 lagt til grundvallar, en varakrafa stefnenda var í upphafi á því byggð.

Í umfjöllun um verklaun stefnenda taka matsmenn fram að tilboð stefnenda hafi verið ítarlegt og faglega unnið, og hafi þeir ekki rekist á neinar sérstakar misfellur. Einnig segir þar: „Þó er rétt að geta þess, að fjöldinn allur af atriðum í

ofangreindum gögnum og í tilboðsgerðinni er háður mati þeirra sem vinna tilboðið. Þetta á við um áætluð afköst, nýtingu tækja og mannafla og áætlaða framvindu. Hvert fyrirtæki hefur eigin viðmið, byggð á reynslu af fyrri verkum, vinnuáðferðum og tækjabúnaði viðkomandi aðila, sem endurspeglast í mismunandi upphæð tilboða. Samanburður á tilboði ÍAV/NCC og kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar [...] sýnir glögg t hvað mat á einstökum verkþáttum getur verið mismunandi. ÍAV/NCC áætla framvindu við sprengingu ganga 55 m á viku (pr. borvagn), en Vegagerðin byggir á reynslutölum og miðar við 50 m á viku. Reyndin var sú að framvinda Metrostav/Háfells var 41 m á viku [...]. Stærsti verkliðurinn í tilboðinu er „sprengingar í göngum“, sem er um 40% af tilboðsupphæð og inni í þeim lið er áhættan af slæmu bergi og vatnsaga. Óvíst er hver framvinda ÍAV/NCC við verkið hefði orðið miðað við þær aðstæður og erfiðleika sem Metrostav/Háfell lenti í við gangagerðina. Þar skiptir máli skipulag og verktækni verktakanna, en fullvíst má telja að ÍAV/NCC hefðu ekki náð sinni áætluðu meðalframvindu og framlegð til verksins af þessum lið því orðið minni. Eftir að ÍAV/NCC hafði metið og reiknað út alla tilboðsliðina voru tölurnar dregnar saman á eitt blað, sjá „Sluttside“, dskj. 26. Á þessu blaði er loks bætt við ýmsum vel sundurliðuðum álagsliðum. Undir lið E „Tender Gross Margin“, á síðunni, er „Risk“ sett 0,2% og „Profit“ 9%. Hér sakna matsmenn liðs, „ófyirséð“, sem yfirstjórnendur setja gjarnan inn vegna hugsanlegra yfirsjóna við tilboðsgerð og vanmats á aðstæðum. Liðurinn „ófyirséð“ í tilboðum er gjarnan metinn á 5-10%. Liðurinn „Profit“, þ.e. hagnaður, er þar settur 9%, sem er mjög hátt. Neðst á „Sluttside“ koma loks fram endanlegar tölur tilboðsins. Verktakastarfsemi er áhættusamur samkeppnisiðnaður og stór og vel rekin alþjóðleg verktakafyrirtæki sætta sig við, til lengri tíma litið, meðalnettóhagnað 3-5% af veltu eftir skatta og hvert verk þarf að skila þessum hagnaði. Ársreikningar ÍAV fyrir árin 2004-2007 [...] sýna að hagnaður ÍAV-samstæðunnar var árið 2004 4%, 2005 7%, 2006 4% og 2007 3%. Sambærilegar upplýsingar fyrir NCC er ekki að finna í málsgögnum. [...] Matsbeiðandi notar við útreikning á verklaunum áætlaða framvindu samkvæmt verkáætlun sem fylgdi tilboði og tekjur samkvæmt tilboði og magnskrá 2003. Tekjuupphæðin verður þá 4.961.131.309 kr. án virðisaukaskatts. Þetta er eðlileg niðurstaða varðandi verklaun enda byggð á undirrituðu tilboði matsbeiðanda, dags. 30. maí 2003.“

Í umfjöllun um verkkostnað segja matsmenn síðan: „Verkkostnaður er byggður á sömu forsendum og tilboðið og er vel sundurliðaður í ofanefndum dómskjölum, sem flest hafa verið lögð fram eftir á, þegar málinu hafði verið vísað til dómstóla. Verkkostnaðurinn byggist á verkáætlun í tilboði, skipulagi verktakans við verkið, áætlaðri framvindu og afköstum tækja og mannafla. Framvinda við gangasprengingar, sem er stærsti áhættuþáttur verksins, áætla verktakinn 55 m á viku. Matsmenn telja þetta hafa verið of bjartsýna áætlun miðað við jarðfræðilegar aðstæður sem lýst er í dskj. 37, þar sem vænta mátti að hluti jarðgangaleiðarinnar væri í gropnu og lélegu bergi. Raunin varð sú að þeir erfiðleikar og tafir sem Metrostav/Háfell lentu í við gangagerðina, voru vegna vatnsaga og lélegs bergs, svo meðalframvinda við gangasprenginguna varð aðeins 41 m á viku [...]. Ef ÍAV/NCC hefðu unnið verkið hefðu þeir lent í sömu erfiðleikum og verkkostnaður orðið hærri en þeir reiknuðu með við tilboðsgerðina. Matsmenn telja því verkkostnað hér að ofan of lágt metinn. Ætla má að verkkostnaður hefði aukist sem nemur áætluðum ófyirséðum kostnaði, sem matsmenn álíta að hefði átt að nema minnst 5% af beinum kostnaði. Áætlaður verkkostnaður samkvæmt útreikningum matsmanna [...] varð því 1,05 x 4.398.263.000 kr. = 4.618.176.153 kr.“

Í samræmi við ofanritað var niðurstaða matsmanna sú að eðlileg framlegð eða missir hagnaðar stefnenda vegna frestunar framkvæmda næmi 258.955.156 krónum.

Eftir framlagningu matsgerðarinnar óskaði stefndi þess að matsmenn ynnu viðbótarmat, þar sem reiknaður yrði út hagnaður til greiðslu fyrir hvert prósentustig, ef ófyrirséður kostnaður lægi á bilinu 6-12%, en ekki eingöngu 5%, eins og stuðst var við í matsgerðinni. Niðurstöður matsmanna eru eftirfarandi:

| Ófyrirséð %: | Hagnaður til greiðslu: |
|--------------|------------------------|
| 6% | kr. 214.973.532 |
| 7% | kr. 170.989.900 |
| 8% | kr. 127.007.272 |
| 9% | kr. 83.024.639 |
| 10% | kr. 39.042.007 |
| 11% | kr. - 4.940.623 |
| 12% | kr. -48.923.251 |

Aðalkrafa stefnenda samkvæmt endanlegri kröfugerð þeirra, að fjárhæð 478.868.309 krónur, er sá hagnaður sem stefnendur gerðu ráð fyrir samkvæmt þeim útreikningum sem þeir gerðu sjálfir á grundvelli útboðsgagna, og er myndaður af mismun á verklaunum og verkkostnaði, en án ófyrirséðs kostnaðar. Varakrafa þeirra, að fjárhæð 258.955.156 krónur, tekur hins vegar mið af niðurstöðum matsmanna samkvæmt matsgerð þeirra frá 22. október 2009, þ.e. að teknu tilliti til 5% ófyrirséðs kostnaðar.

Aðalmeðferð í máli þessu fór upphaflega fram 11. nóvember 2010 og var málinu vísað frá dómi með úrskurði dómsins 9. desember sama ár. Hæstiréttur felldi þann úrskurð úr gildi með dómi í málinu nr. 718/2010, sem upp var kveðinn 4. febrúar sl., og lagði fyrir héraðsdóm að taka málið til efnismeðferðar. Eins og áður greinir var málið flutt að nýju fyrir héraðsdómi 15. júní sl.

Við upphaf fyrri aðalmeðferðar gáfu dómkvaddir matsmenn skýrslu fyrir dóminum og staðfestu matsgerðir sínar. Einnig gáfu þá skýrslu Karl Þráinsson, núverandi forstjóri Íslenskra aðalverktaka hf. og Rögnvaldur Gunnarsson, tæknifræðingur hjá Vegagerðinni. Vikið verður að framburði þeirra svo sem tilefni þykir til.

Málsástæður stefnenda og lagarök

Stefnendur byggja mál sitt á því að Hæstiréttur hafi með dómi sínum frá 17. nóvember 2005, í máli stefnenda gegn Vegagerðinni, staðfest skaðabótaskyldu stefnda samkvæmt 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001, um opinber innkaup. Fram komi þar að rétturinn telji stefnendur hafa fært sönnur á að þeir hefðu fengið það verk sem um ræddi, ef ekki hefði komið til hinnar ólögmetu ákvörðunar stefnda. Þá hafi einnig verið skorið úr því að stefnendur hafi leitt nægar líkur á því að þeir hafi orðið fyrir tjóni sem ákvæði 84. gr. laga nr. 94/2001 geti tekið til. Niðurstaða réttarins hafi verið reist á þeim gögnum sem stefnendur lögðu fyrir dóminn varðandi forsendur fyrir útreikningi á tilboði þeirra í verk ganganna, þar sem gert hafi verið ráð fyrir nánar tilgreindum hagnaði af verkinu. Í dómnum hafi enn fremur verið slegið föstu að líkur væru fyrir því að í kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar hafi verið innifalinn hagnaður fyrir þann verktaka sem unnið hefði verkið, miðað við þau einingaverð sem þar var gert ráð fyrir. Tilboð stefnenda hafi verið 3% herra en kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar. Því skipti kostnaðaráætlunin máli við sönnunarmatið. Við meðferð málsins í Hæstarétti hafi stefnendur skorað á Vegagerðina að leggja fram gögn eða sundurliðanir sem sýndu þá framlegð sem gert væri ráð fyrir til verktaka í eigin kostnaðaráætlun. Slík gögn hafi ekki verið lögð fram, en á fundum fulltrúa stefnenda og Vegagerðarinnar í framhaldi af dómi Hæstaréttar, hafi komið fram að kostnaðaráætlun væri byggð á reynslu úr ýmsum verkum, þar sem hagnaður væri ekki sérstaklega sundurliðaður. Telja stefnendur að ganga megi út frá því að kostnaðargrunnur Vegagerðarinnar byggi á þeirri arðsemi sem almennt þurfi að vera til að verktakaiðnaðurinn geti borið sig. Kostnaðaráætlunin skjóti því enn frekari stoðum undir hagnaðarútreikninga stefnenda.

Við ákvörðun á umfangi tjóns stefnenda, vegna hinnar ólögmetu ákvörðunar stefnda, byggja stefnendur á því að hér eigi við almennar reglur um sönnun almenns fjártjóns. Því til viðbótar eigi við það lögskýringarsjónarmið að reglur um bótaábyrgð vegna brots á útboðsreglum eigi að hafa raunhæfa þýðingu. Kröfur til sönnunar taki mið af því. Í samræmi við þetta beita stefnendur þeirri aðferðafræði við kröfugerðina að fyrst er sýnt fram á hver hefði orðið kostnaður stefnenda við verkframkvæmdina, og þá um leið farið yfir uppbyggingu þeirrar kostnaðaráætlunar sem lá tilboði þeirra til grundvallar árið 2003, en síðan er reiknað út hver verklaun (tekjur) þeirra hefðu orðið úr hendi stefnda, miðað við tilboð þeirra og líklegt magntöluuppgjör við lok verksins. Mismunurinn af þessu tvennu séu þær bætur sem þeim beri. Stefnendur gera sér engu að síður ljóst að erfitt er að færa sönnur á tjón þeirra. Fullyrða þeir að ekki sé unnt að afla frekari sönnunargagna en fram komi í máli þessu, en einnig að kröfum þeirra verði ekki hagað á annan hátt en lagt sé upp með. Jafnframt telja þeir að of strangar sönnunarkröfur fari í bága við ríkjandi viðhorf í útboðsrétti.

Stefnendur taka fram að undirbúningur tilboðs þeirra hafði staðið nokkuð lengi yfir þegar tilboðsauglýsing var birt í mars 2003. Starfsmenn beggja fyrirtækjanna hafi reynslu af jarðgangagerð og ýmsir útreikningar og athuganir hafi átt sér stað í tengslum við forval. Tilboðsgerðin hafi verið hefðbundin. Gerð hafi verið verkáætlun, áætlun um mannafla- og tækjapörf, efniskostnaður metinn og verðtilboð fengin frá undirverktökum. Að því loknu hafi lokaverkáætlun verið gerð, fjármagnskostnaður áætlaður miðað við verðbótaákvæði í útboðsgögnum, og tölur aðlagðar að ýmsum áhættuþáttum sem taka þurfti tillit til í verðlagningu verksins. Við lokafrágang hafi álagning ofan á raunkostnað verið ákvörðuð og skipt á

verkliði. Fram komi í gögnum málsins að stefnendur hafi áætlað sér u.þ.b. 9,7% meðalálagningu af samningsverkum. Ljóst hafi verið frá upphafi að sú hlutfallstala myndi ráðast af uppgjöri aukaverka og endanlegum magnötolum í verklok. Fullvíst megi telja að aukaverk og viðbótarmagn samningsverka innifeli að jafnaði hærri álagningu en almenn samningsverk. Við útreikning kröfunnar hafi þó ekki verið gerð tilraun til að meta viðbótarhagnað af mögulegum aukaverkum.

Í stefnu er ítarlega gerð grein fyrir því hvernig stefnendur áætluðu kostnað við verkframkvæmdina og vísað til viðeigandi gagna; verkáætlunar, kostnaðaryfirlits vegna yfirstjórnar, mannaflááætlunar, lokaverkáætlunar, útreikninga á fjármagnskostnaði og verðbótum, yfirlits yfir fjárstreymi og fjármagnskostnað og loks tilboðsskrár með álagi, skipt á verkliði. Að því búnu eru einstakir verkþættir samkvæmt tilboðsskrá stefnenda bornir saman við kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar. Af þeim samanburði telja stefnendur ljóst að allir tilboðsliðir þeirra hafi verið studdir traustum gögnum. Þá hafi álagning stefnenda verið í samræmi við það sem almennt megi ætla. Jafnframt sé þess að geta að Vegagerðin hafi í síðara útboðinu samþykkt tilboð verktaka, sem ætlaði sér að vinna verkið fyrir einum milljarði lægra verk gjald en það sem stefnendur buðu áður í verkið. Sýni það best að allar viðbáru Vegagerðarinnar um að tilboð stefnenda hafi verið óraunhæft séu haldlausar.

Útreiknaður kostnaður stefnenda við verkframkvæmdina nam alls 4.482.263.000 krónum, og byggja stefnendur á því að hann teljist sannaður, að því marki sem hægt sé að sanna slíkt. Heildartekjur hafi hins vegar verið áætlaðar 4.961.131.309 krónur, án virðisaukaskatts. Samkvæmt því hafi stefnendur reiknað með 478.868.309 króna hagnaði af verkinu, miðað við uppgöfnar magnötölur. Í ljósi reynslunnar hafi stefnendur þó talið að magn væri í einhverjum tilvikum vanáætlað, eins og síðar hafi komið á daginn.

Kröfum sínum til stuðnings vísa stefnendur til 2. mgr. 84. gr. laga nr. 94/2001, um opinber innkaup. Byggt er á því að ákvæðinu sé ætlað að vernda svokallaða jákvæða samningshagsmuni, þannig að í raun sé um efnabætur að ræða, með það að markmiði að gera bjóðanda eins settan og ef hann hefði unnið verkið. Vaxtakrafa að baki aðalkröfu byggir á verkáætlun stefnenda og mati þeirra á því hvenær tekjur hefðu fallið til á verk tímanum, en vaxtakrafa að baki varakröfu styðst við matsgerð dómkvaddra matsmanna, þar sem matsmenn endurreikna hagnað til greiðslu af verkinu og sundurliða hann mánuð fyrir mánuð á verðlagi þess tíma er tilboð var gert. Fram kemur í stefnu að gert hafi verið ráð fyrir því að kostnaður félli til jafnóðum og tekjurnar, og í sömu hlutföllum og meðalálagning verksins gaf tilefni til. Þá er gert ráð fyrir að tekjur hvers mánaðar séu greiddar í mánuðunum á eftir og að gjöld hvers mánaðar séu að 35% greidd í sama mánuði, en 65% í næsta mánuði. Loks er tekið fram að í framsetningu á vaxtakröfu sé tekið tillit til fyrirframgreiðslu að fjárhæð 200.000.000 króna, sem inna átti af hendi samkvæmt útboðsskilmálum, sem og ákvæðum um endurgreiðslu hennar á verk tímanum. Jafnframt sé þar gert ráð fyrir sérstökum fjárfestingum í búnaði að fjárhæð 119.000.000 króna og afskriftum þeirrar fjárfestingar allt til loka verksins, og þá miðað við að söluvirði sé 35.000.000 króna.

Að öðru leyti en að ofan greinir reisa stefnendur kröfur sínar á meginreglum útboðs- og verktakaréttar, eins og þær birtast í réttarframkvæmd og lögum nr. 94/2001. Um vanefnda- og skaðabótaúrræðið efnabætur er vísað til almennra

reglna fjármunaréttar. Samaðild stefnenda byggist á 2. mgr. 18. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, en málskostnaðarkrafan á 129.-131. gr. sömu laga.

Málsástæður stefnda og lagarök

Stefndi leggur í upphafi áherslu á að ekki verði ráðið af oftnefndum dómi Hæstaréttar að sönnun sé komin fram um að stefnendur hafi eða hefðu orðið fyrir tjóni vegna ákvörðunar Vegagerðarinnar um að hafna tilboði þeirra á árinu 2003. Því kveðst hann mómæla því sem ósönnuðu og röngu að stefnendur hafi orðið fyrir tjóni eða misst af hagnaði vegna umræddrar ákvörðunar. Stefnendur þurfi í málinu að sanna að uppfyllt séu öll meginskilyrði bótaréttar, þ.á m. um ætlað tjón og umfang þess, orsakatengsl, sennilega afleiðingu, að þeir hafi takmarkað tjón sitt og að með kröfu sinni hagnist þeir ekki óeðlilega á kostnað stefnda. Stefnendur hafi hins vegar ekki sannað þessi atriði eða axlað sönnunarbyrði um grundvallarskilyrði bótaréttar, sem 84. gr. þágildandi laga nr. 94/2001 skírskoti til. Hafnar stefndi því að stefnendur geti byggt aðalkröfu sína á gögnum og útreikningi löggilts endurskoðanda á hagnaðarvon þeirra, enda hafi þeirra gagna verið aflað án þess að stefndi kæmi þar nærri. Varakröfu er einnig hafnað, enda telur stefndi að matsgerð dómkvaddra matsmanna feli aðeins í sér spádóm um atburðarás sem aldrei varð af, en ekki mat á því hvort stefnendur hafi orðið fyrir tjóni. Þá telur hann matsgerðina óljósa, að því leyti að þar sé aðeins gert ráð fyrir að liðurinn „ófyrriséd“ sé 5%, án þess að rök séu færð fyrir þeirri niðurstöðu. Í ljósi þessa krefst stefndi sýknu af kröfum stefnenda.

Þótt stefndi hafi í fyrrnefndum dómi Hæstaréttar verið látinn axla sönnunarbyrði um vafa á því hvort samið yrði við stefnendur, telur hann engu að síður ástæðu til að áréttta að aldrei sé unnt að slá einhverju föstu um atburðarás sem ekki varð af. Af þeirri ástæðu er því haldið fram að ekki verði fullyrt um hvort samið hefði verið við stefnendur. Hvað sem öðru líður mótmælir stefndi því eindregið að stefnendur hafi sýnt fram á tjón sem afleiðingu af ákvörðun stefnda. Skilyrði fébótareglna um að sanna beri orsakatengsl, sennilega afleiðingu og tjón séu því ekki uppfyllt.

Stefndi byggir á því að stefnendur hafi sameiginlega komið fram við tilboðsgerðina, enda reki þeir mál þetta í skjóli samaðildar eftir 18. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Því líti stefnendur á hagsmuni sína sem sameiginlega og óskipta, sem og verkið og þá hagnaðarvon sem þeir reisi kröfur sínar á. Báðum hafi þeim verið kunnugt um að áformuð jarðgangagerð var ekki slegin af, heldur frestað. Fyrir liggur einnig að framkvæmdin var boðin út að nýju á árinu 2006 og var í útboðsgögnum gert ráð fyrir að verktaki gæti hafið framkvæmdir í júlí það ár, og að verkinu skyldi lokið eigi síðar en 10. desember 2010. Lægsta tilboðið í seinna útboði hafi verið sameiginlegt tilboð Metrostav a.s. og Háfells ehf., og hafi það verið 88,8% af kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar. Langhæsta tilboðið hafi hins vegar komið frá Íslenskum aðalverktökum hf. og Marti Contractors Ltd., og hafi það verið 38,4% hærra en kostnaðaráætlun. Telur stefndi það benda til þess að stefnendur hafi vanreiknað kostnað í fyrra tilboði. Því til stuðnings bendir hann einnig á að stefnendur hafi í síðara útboðinu ekki boðið saman í verkið (sem „joint venture“), en Íslenskir aðalverktakar hf. hins vegar boðið með öðrum aðila og hafi tilboð þeirra verið langt yfir kostnaðaráætlun. Megi

af því draga þá ályktun að þótt um sömu framkvæmd hafi verið að ræða, hafi stefnendur ekki haft áhuga á verkinu saman, þ.e. undir þeim formerkjum og þeirri samaðild sem þeir buðu í fyrst. Í raun hafi engin sérstök breyting orðið á verkinu, og ekki sé rétt hjá stefnendum að magntölur hafi almennt hækkað. Þvert á móti er því haldið fram að verkið hafi verið minna að umfangi í seinna skiptið. Á hinn bóginn hafi meðaltal tilboða í seinna útboðinu verið tæpum 1,3 milljarði króna lægra en í því fyrra, að teknu tilliti til hækkunar byggingarvísitölu frá mars 2003 til janúar 2006. Tilboð annars stefnenda, Íslenskra aðalverktaka hf., ásamt öðrum aðila, hafi þó verið um 2,1 milljarði króna hærra í seinna tilboðinu en þegar stefnendur buðu saman í verkið á árinu 2003. Með því að bjóða ekki í sama verkið aftur þegar færi gafst, og freista þess að hljóta það, telur stefndi að stefnendur hafi hvorki haft áhuga á því í sameiningu að takmarka ætlað tjón sitt, né hafi þeir haft áhuga á þeirri hagnaðarvon sem þeir geri nú kröfu um að fá bættu. Verði það ekki skilið öðruvísi en svo að þeir hafi í reynd ekki orðið fyrir tjóni. Af þeim sökum beri að sýkna stefnda alfarið, enda ekki uppfylltar almennar reglur fébótaréttar, ekki lágmarksskilyrði þeirra um tjón og ekki skilyrði um orsakatengsl eða sennilega afleiðingu.

Verði ekki fallist á framangreint telur stefndi að sömu rök eigi að minnsta kosti við um annan stefnenda, NCC International AS, sem ekki hafi boðið aftur í framkvæmdina. Þá er á því byggt að verði í þessu samhengi litið til síðara tilboðs Íslenskra aðalverktaka hf., sem fyrirtækið átti með öðrum erlendum verktaka, liggi fyrir að það tilboð hafi verið mjög hátt og langt yfir kostnaðaráætlun, m.ö.o. var fyrir fram ekki líklegt að því yrði tekið eða að það væri raunhæft. Ástæðan geti ekki verið önnur en áhugaleysi eða það að Íslenskir aðalverktakar hf. hafi snúið sér að öðrum verkefnum sem gáfust. Sama geti átt við um NCC International AS. Geti þetta einnig bent til þess að stefnendur hafi vanreiknað kostnað í fyrra tilboðinu og að málalímbúnaður þeirra sé að sama skapi óraunhæfur.

Stefndi byggir einnig á því að verði ekki sýknað á þeim grundvelli að stefnendur hafi ekki saman boðið aftur í sama verk, liggi fyrir að samkvæmt „joint venture“ samningi þeirra hafi hlutur Íslenskra aðalverktaka hf. verið 30%, en hlutur NCC International AS 70%. Felist áætlun um hagnað eða áhættan um tap í þessum tölum beri að hafna kröfum í formi ætlaðs tjóns að sama skapi, þar sem NCC International AS hafi ekki boðið aftur þegar færi gafst, og ekki sýnt því áhuga. Leggur stefndi einnig áherslu á þessar málsástæður til stuðnings lækkunarkröfu.

Stefndi bendir á að annar stefnenda, Íslenskir aðalverktakar hf., hafi tekið að sér ýmis stór verkefni sem hafi boðist á svipuðum tíma. Nefnir hann sérstaklega í því sambandi byggingu tónlistarhússins við Reykjavíkurhöfn, en það verk sé mun umfangsmeira og miklu dýrara en gerð Héðinsfjarðarganga. Telur hann óvarlegt að slá því föstu að stefnendur hafi borið skarðan hlut frá borði í rekstri sínum miðað við verkefni sem í boði hafa verið á undanförunum misserum, svo og með hliðsjón af því hversu mikinn hagnað fyrirtækin hafi almennt mátt gera ráð fyrir í rekstri sínum. Dómaframkvæmd bendi til að bætur vegna tapaðs hagnaðar verði því aðeins dæmdar að tjón sé sannað og að fyrir liggi að ólögmet athöfn og bótaskylda hafi að sönnu leitt til þess að rekstrarhagnaður varð minni almennt séð. Hafi stefnendur tekið að sér önnur stór verkefni á þessum tíma verði að ætla að þeir hafi í raun takmarkað tjón sitt. Allt bendi til þess að stefnendur hafi fengið önnur verkefni, en einnig að þeir hafi verið afhuga því að taka að sér gerð Héðinsfjarðarganga þegar færi gafst að nýju. Þá sé ekki annað vitað en að Íslenskir aðalverktakar hf. sé fyrst

og fremst starfandi á sviði húsbygginga, fremur en jarðgangagerðar. Í ljósi sérþekkingar geri stefndi ráð fyrir að stefnendur hafi fremur beint sjónum sínum að öðrum verkum sem boðist hafi og verið áhættuminni, en gefið meiri hagnaðarvon. Í þessu sambandi kveðst stefndi einnig byggja á því að krafa stefnenda sé fullkomlega í trássi við þá meginreglu skaðabótaréttar að ætlaður tjónþoli skuli ekki hagnast á bótaskyldri athöfn á kostnað ætlaðs tjónvalds. Krafa stefnenda sé í raun á því reist að þeir hljóti hagnað í samræmi við einhliða hugmyndir sínar, án nokkurrar fyrirhafnar, framkvæmdar eða kostnaðar. Að sama skapi áskotnist stefnda engin verðmæti eða efndir, enda hafi framkvæmdum verið frestað í umrætt sinn. Að mati stefnda hljóti þessi aðstaða að vera skólabókardæmi um að ætlaður tjónþoli hagnist óeðlilega á kostnað stefnda, andstætt greindri meginreglu fébótaréttar. Það væri einnig andstætt því lögmáli að ávöxtun eigi að haldast í hendur við þá áhættu sem tekin sé. Þá byggir stefndi einnig á því að ætla verði að tækjum og tólum, vinnuafli, þekkingu og stjórnun hafi verið ráðstafað í önnur verk í staðinn. Þess vegna sé óraunhæft að ætla að hugsanlegan hagnað af starfseminni hefði ekki mátt sækja í önnur verk eða að hann hafi ekki verið sóttur þangað. Stefnendur hafi hins vegar ekki lagt fram nein gögn úr eigin rekstri um það hvort eða hvaða hagnað þeir eða aðrir hafi haft af verkum, sem talist gætu sambærileg. Því síður hafi verið lögð fram gögn um hugsanlegt tap af verkum. Telur stefndi að ganga verði út frá því að stefnendur hafi í reynd beint kröftum sínum að öðrum verkum, líklegast áhættuminni, og haft þar hagnað.

Stefndi heldur því fram að stefnendur byggi málalíbúnað sinn á einhliða fullyrðingum og útreikningum, sem ekkert hald sé í til stuðnings bótakröfum. Í þeim málalíbúnaði öllum sé gengið út frá því sem gefnu að hagnaður hefði orðið. Allar verklegar framkvæmdir og hagnaðarvon af þeim séu þó háðar óvissu. Útreikningar stefnenda á ætluðum missi hagnaðar geri hins vegar ekki ráð fyrir neinum skakkaföllum og að öll álagning náist í vasa stefnenda. Eðli málsins samkvæmt sé jarðgangagerð mun áhættusamari fyrir verktaka en annars konar mannvirkjagerð. Bótakröfur stefnenda byggi á tilgátum um ábata af verki sem ljóst sé að ekki varð af í það skiptið. Þá byggi kröfur þeirra á því að einstakir liðir séu reiknaðir og rökstuddir eftir á, en án þess að þær upplýsingar eigi sér stoð í upphaflegu tilboði þeirra. Stefnendur hafi sett fram á mörgum skjölum útreikninga, sem ekki styðjast við annað en spá þeirra sjálfrá og mat. Í öllum tilvikum sé gert ráð fyrir hagnaði. Þótt matsgerð dómkvaddra matsmanna byggi á sömu gögnum segi hún þó ekkert um það hvort stefnendur hafi í reynd orðið fyrir tjóni. Þar sé aðeins stuðst við sömu útreikninga, að því þó frátöldu að matsmenn telji að í tilboðið vanti liðinn „ófyrirséð“, sem þeir telji að eigi að vera minnst 5%. Stefnandi leggja hins vegar áherslu á að ógjörningur sé að segja til um það hvort hagnaður hefði orðið. Telur hann allt eins raunhæft að tap hefði orðið af framkvæmdinni. Í því sambandi nefnir hann að tilboð stefnenda hafi verið litlu yfir kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar, en þó mun lægra en önnur tilboð. Gefi það vísbendingu um að hagnaðarvon stefnenda hafi a.m.k. verið býsna fallvölt. Kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar sé þó ekki það sem ráði úrslitum, heldur sé hún innanhússgagn, byggð á reynslu úr ýmsum tilboðum sem hafi farið fram, og aðeins notuð til viðmiðunar. Hins vegar sé hún ekki hugsuð með hagnaði og hafi mat á hagnaði aldrei farið fram við gerð slíkrar áætlunar. Ítrekar stefndi í þessu efni að ætlað tjón stefnenda sé ósannað.

Stefndi bendir á að víða í gögnum málsins sé gengið út frá því að stefnendur hafi orðið af hagnaði, þar sem í raun sé verið að tala um álagningu. Gera verði greinarmun á þessu tvennu. Hagnaður sé sú nettófjárhæð sem eftir stæði hjá

verktaka þegar viðkomandi verk hafi endanlega verið gert upp. Álagning sé á hinn bóginn annaðhvort ákveðin fjárhæð eða ákveðið hlutfall, sem almennt sé bætt ofan á grunntilboðsfjárhæð, og feli annars vegar í sér áhættu, en hins vegar hagnað (ágóða). Sé áhættan engin í verki geti hagnaður myndast, þótt slík tilfelli séu óþekkt og algerlega óraunhæf í verklegum framkvæmdum. Sé áhættan hins vegar mikil séu yfirgnæfandi líkur á að hagnaðurinn verði lítill eða enginn. Þessi álagning í málalíbúnaði stefnenda segi þó ekkert til um hvort hún sé raunhæf, sérstaklega ekki þegar tilboðið hafi verið svo langt undir meðaltali. Í málinu geri stefnendur kröfu um greiðslu bóta sem samsvari töpuðum hagnaði, sem þeir telja hafa verið 9,7% af tilboði þeirra. Í stefnu komi hins vegar fram að í tilboði þeirra hafi verið gert ráð fyrir „9,7% meðalálagningu af sammingsverkum“. Á hinn bóginn sé fallið í þá gryfju að nota orðið „hagnaður“ hér og þar, þar sem greinilega sé átt við álagninguna, og virðist stefnda sem stefnendur geri ekki greinarmun á þessu tvennu. Í þessu sambandi bendir stefndi einnig á að ytri skilyrði hefðu mjög líklega haft áhrif á ábatavon stefnenda. Þegar Héðinsfjarðargöngum var frestað hafi þjóðfélagið verið að sigla inn í mestu framkvæmdatíma sögunnar, t.d. með Kárahnjúkavirkjun og álversframkvæmdum, auk þenslu á fasteignamarkaði. Þegar þensla er mikil sé óhjákvæmilegt að óvissupættir verði meiri. Þá er einnig bent á að bæði sé verkefnið í eðli sínu áhættusamt, svo og að í þessu tilviki hafi tvö fyrirtæki gert sameiginlegt tilboð, án þess að hafa reynslu af sameiginlegum verkum á þessu sviði. Þarna séu tveir áhættupættir sem verði að taka tillit til og telja verði miklar líkur á því að óvæntur kostnaður vegna þeirra félli á liðinn „álagning“.

Af hálfu stefnda er einnig á því byggt að þensla mæli einnig gegn bótakröfum stefnenda, á þann hátt að við þær aðstæður hafi mun fleiri og stærra verklegar framkvæmdir verið í boði. Stefnendur hafi því haft tækifæri til að taka að sér aðrar og áhættuminni framkvæmdir í staðinn, sem fallið hafi betur að reynslu þeirra. Ársreikningar Íslenskra aðalverktaka hf., sem birtir eru á heimasíðu félagsins, bendi til þess að félagið hafi takmarkað tjón sitt verulega árin eftir að Héðinsfjarðargöngum var frestað árið 2003. Komi þar fram að tekjur af verk framkvæmdum hafi aukist til mikilla muna frá þeim tíma allt til ársins 2007. Líklegt sé að í tilviki þess fyrirtækis hafi verið þörf fyrir langtímaverkefni á árunum 2002 til 2003, og kunni það að skýra lágt tilboð í Héðinsfjarðargöng, enda geti við tilteknar aðstæður skipt meira máli að afla verkefna en von um hagnað af þeim. Á hinn bóginn bendi ársreikningar til þess að frestun ganganna hafi komið sér vel fyrir fyrirtækið, þar sem uppsveiflan upp úr árinu 2004 gjörbreyti myndinni og hafi tekjur félagsins af verklegum framkvæmdum stóraukist. Engin ástæða sé til að ætla að annað eigi við um NCC International AS, sem ekki virtist hafa nokkurn áhuga á að bjóða aftur í framkvæmdina þegar færi gafst. Af heimasíðu þess fyrirtækis verði jafnframt ekki annað séð en að hagnaður stóraukist stig af stigi árin 2004 til 2007.

Stefndi ítrekar sínar fyrri málsástæður en bendir á að þótt gengið væri út frá því sem vísu að stefnendur hefðu orðið fyrir hagnaðarmissi, þá sé niðurstaða um það gríðarlegum óvissupáttum háð. Þar við bætist, að þótt komist yrði að þeirri niðurstöðu að tiltekin álagning hefði verið raunhæf, þ.e. ofan á grunntilboð verktaka (í stefnu sögð 9,7%), væri að sama skapi óraunhæft að gera ráð fyrir að verkið væri áhættulaust. Stærstur hluti, öll álagningin eða ríflega það, fyrir utan alla aðra þætti sem fyrr eru nefndir, færi til að mæta áhættunni í verkinu. Meðal annars kæmi þar til óvæntur kostnaður vegna verksins, svo og skortur á reynslu í samvinnu tveggja verktaka. Þá heldur stefndi því fram að framsetning stefnenda á útreikningi þeirra á stærstu verkþáttum útbóðsins, svo og samanburður þeirra við

kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar, sé bæði óraunhæfur og mikilli óvissu háður. Um leið bendir hann á að í mörgum tilvikum styðjist stefnendur við gögn sem ekki hafi verið hluti af tilboði þeirra á sínum tíma, heldur hafi þau verið gerð eftir á, í tengslum við rekstur þessa máls. Mótmælir hann þeim útreikningum, en vísar þess í stað til umsagnar Vegagerðarinnar um stærstu einstaka verkhluta útboðsins, en þar komi fram miklar efasemdir um að tilboð stefnenda hefði skilað þeim hagnaði.

Stefndi áréttar loks að í verkáætlun sinni byggji stefnendur á tiltekinni framvindu verksins, sem allsendis sé óvíst að hefði staðist. Varðandi yfirstjórn og vinnulaun styðjist þær fjárhæðir ekki við annað en áætlun sem sett sé fram eftir á. Óvissuþættir hljóti að vera verulegir hér sem annars staðar. Sama eigi við um mannafláætlun og lokaverkáætlun. Ýmsar aðstæður hefðu getað sett þessar áætlanir stefnenda úr skordum og aukið kostnað, og að sama skapi hefðu aðstæður getað leitt til þess að kostnaður yrði meiri, þrátt fyrir verðtryggingarskilmála útboðsins. Fjárstreymisyfirlit stefnenda og fjármagnskostnaður sé allur byggður á seinni tíma áætlunum, í tengslum við málssóknina, en ekki á raungögnum eða upplýsingum. Sama sé að segja um álag sem stefnendur tilgreini, en virðist þó blanda því saman við hagnað, sem stefndi telur óraunhæft að gera ráð fyrir. Um alla líði í stefnu eigi það við að þeir séu ekki byggðir á samanburði við fyrri verk stefnenda eða aðra mannvirkjagerð á Íslandi, sem hæf væri til samanburðar. Að auki byggir stefndi á því að stefnendur virðist í engu taka til frádráttar kostnað af tilboðsgerð, en hann eigi að koma til frádráttar nettóhagnaði að fullu, væri slíkum hagnaði til að dreifa.

Með vísan til framanritaðs mótmælir stefndi bótakröfum stefnenda, bæði aðal- og varakröfu, og málatilbúnaði þeirra að öðru leyti.

Til stuðnings kröfu um stórkostlega lækkun er byggt á öllum framangreindum málsástæðum. Telur stefndi að hagnaðarvon stefnenda hafi augljóslega verið háð gríðarlegum óvissuþáttum, og allt eins líklegt að framkvæmdin hefði ekki skilað hagnaði, jafnvel að tap hefði orðið. Verði fallist á að dæma bætur sé óhjákvæmilegt að líta til allra framangreindra atriða og óvissuþátta og meta þá til stórkostlegrar lækkunar.

Kröfum stefnenda um vexti og dráttarvexti er mótmælt, einkum upphafstíma þeirra, verði á það fallist að stefnendur hafi sýnt fram á tjón eða að skilyrði reynist til greiðslu bóta. Bendir stefndi á að krafa stefnenda sé á engan hátt þess eðlis eða þannig fram sett að fjárhæð tjóns eða bóta geti verið ljós. Dráttarvaxtakrafan sé því í raun vanreifuð. Engin haldbær sönnun liggi fyrir um ætlað tjón, hvað þá hverju það næmi ef á yrði fallist. Bætur, ef dæmdar yrðu, myndu einvörðungu verða reistar á óljósum og ótryggum getspám. Að sama skapi væri ákvörðun bóta gríðarlegum óvissuþáttum háð. Stefndi telur á engan hátt raunhæft að miða upphafstíma dráttarvaxta við aðferðafræði stefnenda, m.a. um greiðslur á tímabilinu, enda segi slík tilhögun ekki fyrir um hagnað á sama tíma eða hvort um hagnað hefði verið að ræða yfirhöfuð. Þá mótmælir hann því að álit endurskoðanda eða fylgigögn geti stutt dráttarvaxtakröfur stefnenda. Kæmi til þess að krafa stefnenda yrði látin bera dráttarvexti væri ókleift að miða við annað en í fyrsta lagi dómsuppkvaðningu, eftir atvikum í héraði eða fyrir Hæstarétti, ef til þess kæmi. Styðjist það við dóma og ákvæði 9. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Loks mótmælir stefndi málskostnaðarreikningi stefnenda, og sérstaklega reikningum dómkvaddra matsmanna, sem hann telur allt of háa.

Niðurstaða

Með oftnefndum dómi Hæstaréttar 17. nóvember 2005, í máli nr. 182/2005, var viðurkennd skaðabótaskylda Vegagerðarinnar við stefnendur vegna missis hagnaðar sem þeir kynnu að hafa notið, hefði ekki komið til ákvörðunar um að hafna tilboði þeirra í gerð Héðinsfjarðarganga. Í forsendum dómsins segir m.a. svo: „Fyrir Hæstarétti hafa aðaláfrýjendur lagt fram gögn varðandi forsendur fyrir útreikningi á tilboði þeirra í gerð Héðinsfjarðarganga, þar sem gert var ráð fyrir nánar tilgreindum hagnaði af verkinu. Til þess er jafnframt að líta að tilboðið var hærra en nam kostnaðaráætlun gagnáfrýjanda, en í henni hlýtur að hafa verið gengið út frá því að væntanlegur verktaki hefði einhvern hagnað af framkvæmd verksins. Með þessu hafa aðaláfrýjendur leitt nægar líkur að því að þeir hafi orðið fyrir tjóni, sem ákvæði 84. gr. laga nr. 94/2001 geta tekið til. Stendur 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 því ekki í vegi að taka megi til greina kröfu þeirra, en með því er þá aðeins leyst úr um lögmæti gerða gagnáfrýjanda án þess að neinu sé slegið föstu um í hvaða mæli þær hafi leitt til tjóns fyrir aðaláfrýjendur.“

Aðilar leggja hvor sinn skilning í niðurstöðu Hæstaréttar, og heldur stefndi því fram að ekki verði ráðið af dóminum að fyrir liggi sönnun um að stefnendur hafi eða hefðu orðið fyrir tjóni vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra. Stefnendur byggja hins vegar á því að með dóminum hafi verið staðfest skaðabótaskylda stefnda. Við úrlausn þessa máls er sá skilningur lagður í niðurstöðu réttarins að stefnendur hafi leitt nægar líkur að því að þeir hafi orðið fyrir tjóni vegna ákvörðunar stefnda, og beri stefnda að bæta stefnendum missi hagnaðar sem þeir kynnu að hafa notið, hefði ekki komið til þeirrar ákvörðunar. Engu er þó slegið föstu um í hvaða mæli stefnendur hafi orðið fyrir tjóni og verða þeir því að færa sönnur á umfang þess, í þessu tilviki þann hagnað sem þeir telja sig hafa farið á mis við vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra. Af 2. mgr. 84. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 94/2001 leiðir einnig að gæta verður almennra reglna bótaréttar, þ.á m. um að tjónþola beri að takmarka tjón sitt og að tjónþoli verði ekki betur settur við tjónið en ef ekki hefði komið til þess.

Aðalkrafa stefnenda, að fjárhæð 478.868.309 krónur, er sá hagnaður sem þeir gerðu ráð fyrir samkvæmt útreikningum þeirra sjálfra á grundvelli útboðsgagna. Við útreikning kröfunnar segjast stefnendur hafa farið þá leið að finna út hver kostnaðar þeirra hefði orðið við verkframkvæmdina, en síðan reiknað út verklaun, þ.e. tekjur. Þannig hafi fyrst verið gerð verkáætlun, áætlun um mannafla- og tækjapörf, efniskostnaður metinn og verðtilboð fengin frá undirverktökum. Að því búnu hafi lokaverkáætlun verið gerð, fjármagnskostnaður áætlaður miðað við verðbótaákvæði í útboðsgögnum, og tölur aðlagaðar ýmsum áhættuþáttum sem taka þyrfti tillit til í verðlagningu verksins. Við lokafrágang hafi álagning ofan á raunkostnað verið ákvörðuð og skipt á verkliði. Hafi stefnendur áætlað sér u.þ.b. 9,7% meðalálagningu af sammingsverkum. Fjárhæð aðalkröfunnar sé því mismunur heildartekna, 4.961.131.309 króna, og áætlaðs verkkostnaðar, 4.482.263.000 króna. Halda stefnendur því fram að áætlanir þeirra og ofangreindir útreikningar um verkkostnað hafi legið fyrir áður en tilboð þeirra var lagt fram. Telja þeir kostnaðinn sannaðan, að því marki sem unnt sé að sanna hann.

Ofangreindar áætlanir stefnenda um verkkostnað voru lagðar fram eftir að ágreiningi aðila hafði verið vísað til dómstóla. Að langmestu leyti byggjast þær á

mati stefnenda sjálfra á ýmsum þáttum, svo sem verkframvindu, aðstæðum, nýtingu mannafla og tækja, en ekki síst fyrirbyggjandi útboðsgögnum. Dómurinn hefur engin tók á að sannreyna hvort útreikningar stefnenda séu raunhæfir eða hvort einstakar áætlanir kynnu að standast, en hver verkliður er þar reiknaður út á grundvelli einingaverðs og magnskrár. Hins vegar skortir veigamiklar upplýsingar um hvað lagt hafi verið til grundvallar við mat á kostnaði einstakra verkþátta. Á það sérstaklega við um stærstu og áhættumestu þættina, þar sem vænta má að stefnendur hafi að einhverju leyti eða öllu byggt á reynslu sinni eða annarra af sambærilegum verkframkvæmdum. Fyrir vikið er með engu móti unnt að fallast á að gögnin feli í sér sönnun fyrir verkkostnaði stefnenda, ef þeir hefðu unnið verkið. Hins vegar eru gögnin stuðningsgögn við tilboðsgerð stefnenda, byggð á útreikningi þeirra sjálfra á áætluðum verkkostnaði og áætlaðri framlegð, þar sem miðað er við að verkframkvæmdin gangi eftir í samræmi við fyrirframgefnar forsendur stefnenda.

Fjárhæð aðalkröfunnar svarar til um 9,7% af áætluðum heildartekjum stefnenda, án virðisaukaskatts, og segja stefnendur að þeir hafi við lokafrágang tilboðsgerðarinnar bætt þeirri álagningu ofan á raunkostnað og skipt á verkliði. Byggja þeir á því að sú álagningarprósenta svari til þess hagnaðar sem þeir telja sig hafa farið á mis við vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra. Ef lítið er hins vegar til yfirlits yfir samandreginn verkkostnað, sem er hluti af þeim gögnum sem stefnendur lögðu fram með útreikningum á áætluðum verkkostnaði, nefnt „Sluttside“ í matsgerð, sést að sú fullyrðing þeirra fær ekki staðist. Í lok þess yfirlits er að finna sérstakan lið sem nefndur er „Tender Gross Margin“, eða „framlegð“ á íslensku. Liðurinn samanstendur af nokkrum undirliðum, m.a. stjórnunarkostnaði, áhættu og hagnaði. Þar er stjórnunarkostnaður metinn sem 0,3%, áhætta sem 0,2% og hagnaður 9%. Samtals er liðurinn áætlaður sem 9,7% af heildartekjum við verkframkvæmdina og var samkvæmt ofansögðu bætt ofan á raunkostnað og skipt á verkliði. Ljóst er því að krafa stefnenda felur ekki aðeins í sér missi hagnaðar, heldur einnig nokkra aðra liði sem felldir eru undir framlegð af verkinu. Sú framsetning er í andstöðu við ákvæði 2. mgr. 84. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 94/2001, en í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi til þeirra laga kemur fram að bjóðandi þurfi að færa sönnur á umfang tjóns síns, svo sem að hann hefði hagnast á samningi við kaupanda. Þar sem markmið ákvæðisins var að gera bjóðanda eins settan og ef samningur hefði verið gerður við hann, verður ákvæðið ekki skilið öðruvísi en svo að hér sé átt við hreinan hagnað, en ekki alla framlegð af verkinu.

Karl Þráinsson, forstjóri Íslenskra aðalverktaka hf., sagði fyrir dómi að fyrirtækið hefði litla reynslu haft af jarðgangagerð, en helstu verkefni fyrirtækisins hefðu verið á sviði húsbýgginga. Samstarfsaðilinn, NCC International AS, væri hins vegar sérfræðingur í jarðgangagerð og með stærstu fyrirtækjum í Evrópu á því sviði. Hefðu þeir samið svo um að NCC International AS annaðist sjálfa jarðgangagerðina við umrædda framkvæmd, en Íslenskir aðalverktakar hf. allt annað, utan við sjálf göngin, svo og ýmsa þjónustu við verkið. Samkvæmt samkomulagi aðila (e. Joint venture agreement) skyldi hlutur Íslenskra aðalverktaka hf. í verkinu vera 30%, en hlutur NCC International AS 70%. Sérstaklega spurður um reynslu NCC International AS af jarðgangagerð hér á landi sagði forstjórinn að starfsmenn þess fyrirtækis hefðu komið að einhverri slíkri vinnu í tengslum við framkvæmdir við Blönduvirkjun. Fram kom einnig í máli forstjórans að álagning Íslenskra aðalverktaka hf. væri mismunandi á hin ýmsu

verkefni og færi m.a. eftir aðstæðum á markaði og því hvort margir byðu í tiltekið verk. Á þessum tíma hefði álagningin legið á bilinu 10-15% af tekjum. Aðspurður sagði hann að í álagningu fælist stjórnunarkostnaður og það sem verkið gæfi af sér, þegar búið væri að draga frá allan framkvæmdakostnað. Ekki nefndi hann áhættu í þessu sambandi, en sagði hins vegar, sérstaklega aðspurður hvar áhætta kæmi fram í útreikningum, að hún væri „reiknuð inn í verkið“. Af þeim orðum má helst draga þá ályktun að áhætta hafi verið innifalin í útreikningi á hverjum verklið fyrir sig. Í útreikningum á áætluðum verkkostnaði sér þess þó engin merki að sérstaklega sé gert ráð fyrir áhættu, umfram það hlutfall sem sjá má í útreikningi á framlegð og meðfylgjandi tilboðsskrá með álagi, enda er hver verkliður þar aðeins reiknaður út á grundvelli einingaverðs og magnskrár.

Eins og áður segir er í áður nefndu yfirliti yfir samandreginn verkkostnað áhætta metin sem 0,2% og hagnaður 9%. Hvort tveggja er hluti af reiknaðri framlegð samkvæmt sama skjali, 9,7% af áætluðum heildartekjum. Í ljósi ummæla forstjóra annars stefnenda hér að ofan, þess efnis að áhættan hafi verið „reiknuð inn í verkið“ skýtur það skökku við að áhætta sé hér einnig reiknuð sem hluti af framlegð. Hvað sem því líður þykja dóminum báðir þessir liðir, mat á áhættu og reiknaður hagnaður, óraunhæfir og vekja upp spurningar um trúverðugleika skjalsins. Annars vegar þykir hagnaðurinn þar óvenju hátt reiknaður en áhættan allt of lágt metin. Telur dómurinn að vart fái staðist að stefnendur hafi aðeins metið áhættuna sem 0,2%, enda verktakastarfsemi mjög áhættusamur samkeppnisiðnaður, og þá sér í lagi jarðgangagerð. Aukin áhætta hefur hins vegar bein áhrif til lækkunar á ætluðum hagnaði. Með ofanritað í huga er ekki unnt að fallast á að framlagðar áætlanir um verkkostnað, og útreikningar á grundvelli þeirra, teljist viðhlítandi gögn um tjón stefnenda vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra, og því síður að tjónið svari til þeirrar fjárhæðar sem aðalkrafa þeirra hljóðar um. Aðalkröfu stefnenda verður því hafnað.

Varakrafa stefnenda, að fjárhæð 258.955.156 krónur, styðst við niðurstöður matsgerðar dómkvaddra matsmanna frá 22. október 2009. Stefndi hafnar því hins vegar að matsgerðin hafi sönnunargildi við úrlausn málsins og telur að niðurstöður hennar segi ekkert til um hvort stefnendur hafi í raun orðið fyrir tjóni vegna ákvörðunar um að hafna tilboði þeirra.

Eins og áður er rakið óskuðu stefnendur eftir því að dómkvaddir yrðu sérfróðir matsmenn til þess að meta þann hagnað sem þeir töldu sig hafa farið á mis við vegna þess að hætt var við gerð Héðinsfjarðarganga. Tekið var fram í matsbeiðni að matið skyldi miðað við þær forsendur sem gefnar voru í útboðsgögnum, tilboð stefnenda og líklega framvindu verksins, miðað við þær aðferðir sem stefnendur ætluðu að beita við framkvæmdina. Annars vegar var óskað álits á því hvort verklaun væru raunhæf og eðlilega reiknuð miðað við útboðsgögn, en hins vegar hvort verkkostnaður teldist raunhæfur og eðlilega reiknaður miðað við forsendur útboðsgagna. Þá skyldi matið bæði miðast við forsendur útboðsgagna á árinu 2003 og 2006.

Athygli vekur að í upphafi matsgerðar sinnar benda matsmenn á að mismunandi leiðir séu færar til þess að sýna fram á missi hagnaðar á sviði verklegra framkvæmda, en leggja þó sérstaka áherslu á tvær leiðir sem mótast hafi í Danmörku. Annars vegar sé sú leið að reikna út tapaða framlegð sem mismun á tilboðsupphæð og framkvæmdakostnaði, en hins vegar að reikna aðeins út þann

hluta framlegðar sem er áætlaður sem nettóhagnaður, þegar frá hefur verið dregin framlegð úr öðrum verkum sem fyrirtækið vinnur, í stað þess verks sem það fór á mis við. Þar sem matsspurningar miðuðu hins vegar við fyrri aðferðina, tóku matsmenn ekki afstöðu til þess hvor aðferðin kynni að eiga betur við. Þá töldu matsmenn óraunhæft að miða við magnskrá í útboði 2006, en einingaverð í útboði 2003. Þess í stað studdust þeir við magnskrá og tilboð stefnenda frá árinu 2003.

Að lokinni umfjöllun um tilboð stefnenda og verkkostnað samkvæmt framlögðum gögnum töldu matsmenn að verkkostnaður stefnenda væri of lágt metinn, og litu þá til reynslu þeirra verktaka sem síðar unnu verkið, þ.e. Metrostav a.s. og Háfells ehf. Töldu matsmenn að stefnendur hefðu lent í sömu töfum og erfiðleikum við verkframkvæmdina og þeir verktakar. Þá kváðust þeir sakna liðsins „ófyrriséd“ í útreikningi á framlegð, og væri hann gjarnan metinn á 5-10%. Að sama skapi töldu þeir 9% hagnað mjög hátt metinn, og bentu á að vel rekin alþjóðleg verktakafyrirtæki sættu sig við meðalnettóhagnað 3-5% af veltu, eftir skatta. Niðurstaða matsmanna var sú að verkkostnaður stefnenda hefði aukist sem næmi áætluðum ófyrrisédum kostnaði, sem þeir töldu að ætti að nema minnst 5% af beinum kostnaði. Samkvæmt því mátu þeir eðlilega framlegð, eða missi hagnaðar stefnenda, sem 258.955.156 krónur.

Í skýrslu sinni fyrir dómi sagði annar dómkvaddra matsmanna, Páll Ólafsson verkfræðingur, að vel gæti verið að í einingaverðum fælist einnig liðurinn „ófyrriséd“, en útreikningar stefnenda sýndu það þó ekki, þar væru aðeins einingaverð. Þá sagði hann að báðir hefðu matsmenn litið svo á að reiknaður hagnaður stefnenda, 9%, væri nettóhagnaður þeirra, og hefði þeim fundist það hlutfall óvenju hátt, að teknu tilliti til þess að ekki hafi verið gert ráð fyrir ófyrrisédum yfirsjónum og vanmati á aðstæðum. Sérstaklega aðspurður sagði matsmaðurinn að við mat þeirra á liðnum „ófyrriséd“ hefðu þeir haft í huga ársreikning Íslenskra aðalverktaka hf. fyrir árið 2004, en samkvæmt honum nam hagnaður fyrirtækisins það ár 4%. Með það í huga hefðu þeir að ákveðið að liðurinn „ófyrriséd“ yrði 5%, sem kæmi þá til frádráttar reiknuðum hagnaði stefnenda. Yrði hagnaður stefnenda þannig sá sami og í ársreikningi Íslenskra aðalverktaka hf. fyrir árið 2004. Fram kom einnig í máli matsmannsins að matsmenn hefðu ekki haft neinar upplýsingar um önnur verkefni stefnenda, og því hafi þeir ekki getað borið saman reiknaðan hagnað af þessu verki og hagnað þeirra af öðrum verkum. Þá sagði matsmaðurinn að við útreikning á missi hagnaðar stefnenda hefði á engan hátt verið tekið tillit til þess að stefnendur unnu ekki verkið, og það því ekki metið til lækkunar á fjárhæðinni.

Ljóst er að dómkvaddir matsmenn byggja niðurstöðu sína að öllu leyti á sömu gögnum og stefnendur færa fram til stuðnings aðalkröfu sinni, enda gerði matsbeiðnin ekki ráð fyrir öðru. Tilboð stefnenda var því hvorki endurreiknað né verkkostnaður endurmetinn. Dómurinn hefur þegar komist að þeirri niðurstöðu að framlagðir útreikningar stefnenda feli ekki í sér sönnun fyrir verkkostnaði þeirra, hefðu þeir unnið verkið á sínum tíma. Umrædd matsgerð er því sömu annmörkum háð, og verður þegar af þeirri ástæðu ekki lögð til grundvallar við úrlausn málsins. Þá þykir sú aðferð sem matsmenn beittu við útreikning á missi hagnaðar stefnenda, og skýrð er hér að ofan, í meira lagi vafasöm, þar sem niðurstaðan byggist á því að hann hefði orðið sá sami og fram kemur í ársreikningi Íslenskra aðalverktaka hf. fyrir árið 2004. Engar upplýsingar liggja þó fyrir um verkefni fyrirtækisins á því ári, né hvort sá hagnaður hefði náðst af verkum sem að einhverju leyti gætu talist

sambærileg við það sem hér er fjallað um. Þá er engum upplýsingum til að dreifa um verkefni eða afkomu NCC International AS á sama ári, en fram er komið að það fyrirtæki átti að annast stærsta og áhættumesta hluta verksins, og var hlutur þess 70% í allri verkframkvæmdinni. Að þessu virtu verður að fallast á það með stefnda að ekki sé unnt að byggja á matsgerðinni sem sönnunargagni til stuðnings meintu tjóni stefnenda.

Stefnendur byggja einnig á því að kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar skjóti stoðum undir kröfur þeirra í málinu, enda hafi Hæstiréttur í fyrrgreindum dómi sínum slegið föstu að í þeirri kostnaðaráætlun hafi falist hagnaður fyrir þann verktaka sem unnið hefði verkið. Málsástæða þessi er óljós, enda verður ekki séð að sá hagnaður sem var innifalinn í kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar, þótt hann lægi fyrir, breytti nokkru um þá staðreynd að stefnendur bera sjálfir sönnunarbyrði fyrir því í hvaða mæli ákvörðun stefnda leiddi til tjóns fyrir þá.

Fallast má á það með stefnendum að örðugt er að færa sönnur á raunverulegt tjón þeirra vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra í gerð Héðinsfjarðarganga. Þrátt fyrir yfirlýsingu þeirra um að ekki sé unnt að afla frekari gagna og að kröfum þeirra verði ekki hagað á annan hátt en að framan greinir, telur dómurinn engu að síður að stefnendur búi báðir yfir ýmsum upplýsingum og gögnum um rekstur, verkefni og afkomu fyrirtækjanna á þeim tíma sem hér skiptir máli, þ.á m. úr bókhaldi þeirra, sem ætla má að hefðu betur verið fallin til að styðja við kröfur þeirra og málatilbúnað að öðru leyti. Ekki er þá síst til þess horft að engra upplýsinga nýtur við um verkefni NCC International AS á umræddum tíma, né um reynslu fyrirtækisins af jarðgangagerð eða sambærilegu verkefni og hér er fjallað um, hvað þá um afkomu þess af slíkum verkefnum. Var stefnendum í lófa lagið að afla þeirra gagna og leggja þau fram. Það gerðu þeir þó ekki, en kusu þess í stað að reisa kröfur sínar á fyrirliggjandi gögnum, sem dómurinn telur allsendis ófullnægjandi. Af því leiðir að telja verður ósannað að stefnendur hafi orðið fyrir tjóni vegna ákvörðunar stefnda um að hafna tilboði þeirra í gerð Héðinsfjarðarganga. Af sömu ástæðu brestur forsendur til þess að ákveða stefnendum bætur að álitum. Verður stefndi því sýknaður af öllum kröfum stefnenda.

Eins og mál þetta er vaxið, svo og með hliðsjón af 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, þykir rétt að hver aðila beri sinn kostnað af málinu.

Dóminn kváðu upp Ingimundur Einarsson héraðsdómari, sem dómsformaður, ásamt meðdómendum Birni Gústafssyni og Helga S. Gunnarssyni, báðum byggingaverkfræðingum.

D Ó M S O R Ð:

Stefndi, íslenska ríkið, er sýkn af kröfum stefnenda, Íslenskra aðalverktaka hf. og NCC International AS.

Málkostnaður fellur niður.

Ingimundur Einarsson

Björn Gústafsson

Helgi S. Gunnarsson