

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 25. september 2009 í málinu nr. E-7966/2008:

Fálkinn hf.

(Sigurður Júlíusson hdl.)

gegn

Orkuveitu Reykjavíkur

(Arnar Þór Stefánsson hdl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 9. september sl., er höfðað með stefnu, áritaðri um birtingu 23. september 2008.

Stefnandi er Fálkinn hf., Suðurlandsbraut 8, Reykjavík, en stefndi er Orkuveita Reykjavíkur, Bæjarhálsi 1, einnig í Reykjavík.

Stefnandi krefst þess aðallega að stefnda verði gert að greiða honum

- 520.285 evrur, með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 21. september 2007, en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 af 319.172 evrum frá 5. apríl 2008 til 25. október 2008, en af 520.285 evrum frá þeim degi til greiðsludags.

- 880.000 krónur, með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 21. september 2007, en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá 5. apríl 2008 til greiðsludags.

Til vara er þess krafist að stefndi verði dæmdur til greiðslu skaðabóta að mati dómsins, með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 21. september 2007, en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá 5. apríl 2008 til greiðsludags.

Í báðum tilvikum krefst stefnandi málskostnaðar úr hendi stefnda samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi.

Stefndi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum stefnanda, en til vara verulegrar lækkunar. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar að skaðlausu samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi.

Málsatvik og ágreiningsefni

Í maí 2007 óskaði stefndi, Orkuveita Reykjavíkur, eftir tilboðum í miðlægar skólphreinsistöðvar, sem byggðu á líffræðilegum hreinsiferlum, á Hvanneyri, Bifröst, Reykholti og Varmalandi í Borgarfirði, ásamt tilheyrandi dælubrunnum. Verkið fólst einnig í afhendingu vörunnar á verkstað, uppsetningu hreinsistöðva, stillingum, prófunum og úttektum. Verkfræðistofan Línuhönnun hf. annaðist gerð útboðsgagna og ráðgjöf fyrir stefnda.

Í útboðsskilmálum fyrir verkið kemur m.a. fram að um EES útboð sé að ræða, útboðið sé opið, tilboð verði opnuð 11. júlí 2007 og að tilboð gildi í fjórar vikur eftir opnun þeirra. Þá segir þar einnig að um útboðið gildi ákvæði laga nr. 65/1993, en verði það auglýst á Evrópska efnahagssvæðinu sé stuðst við lög nr. 94/2001 og reglugerð nr. 705/2001. Tekið er fram að heimilt sé að gera frávikstilboð með aðaltilboði. Þá er þar að finna upplýsingar um hvaða gögn skuli fylgja tilboði, en stefndi áskilji sér einnig rétt til að kalla eftir frekari upplýsingum. Í almennum skilmálum útboðsins segir að stefndi muni taka hagstæðasta tilboði eða hafna öllum. Einnig er þar mælt fyrir um að kröfur til búnaðar skuli rúmast innan íslenskra laga og reglugerða.

Samkvæmt verklýsingu útboðsins á seljandi ekki að afhenda neinn búnað í setþrær, né heldur mannvirkjahluta við gerð þeirra, en hins vegar skal hann gera tillögu um stærðir og form setþróa og veita almenna ráðgjöf varðandi staðsetningu að- og frárennslisstúta þeirra. Þar er einnig að finna uppdrátt af hreinsistöð og útmörkum fyrir búnað og tæki sem afhenda skal. Segir þar m.a. svo um umfang afhendingar:

„3. Stærðarákvörðun og tillögugerð varðandi geometrískt form setþróa sem í öllum tilfellum verða staðsettar framan við lífrænan hluta stöðva. Seljandi skal í tilboði sínu leggja fram útreikninga um það magn seyru sem falla mun til og safnað verður í setþróum fyrir losun. Miða skal við að þrærnar séu sem minnst sýnilegar í landi. Vakin er athygli á því að umræddar setþrær þjóna hlutverki sveiflujöfnunar rennslis og einnig seyruöfnunar. ...“

4. Fullkominn búnaður og mannvirkjaumgjörð hans fyrir annað hreinsiprep (biology) í fjórar líffræðilegar hreinsistöðvar sem þurfa fyrst og fremst að þjóna niðurbroti kolefnis samanber ákvæði reglugerðar um fráveitur og skólp. Búnaður skal þó einnig tryggja lágmarksstyrk heildarmagns svifagna. Þó skal miða við að uppbygging hreinsistöðvanna sé þannig að með einföldum hætti megi bæta við einingum til að sinna frekari aukningu álags í aðrás stöðvanna, en einnig til að geta hreinsað köfnunarefni og fosfór verði þess krafist á síðari stigum. ...“

Í verklýsingu er einnig að finna nánari lýsingu á hreinsikerfinu og er þar áréttáð að hreinsibúnaðurinn skuli byggður upp á líffræðilegri hreinsun, þannig að uppfyllt séu ákvæði reglugerðar nr. 798/1999 um efnainnihald í frárás stöðvar. Gerð er krafa um að hreinsivirkni búnaðarins sé þannig að styrkur BOD-5 í mg/l í frárás frá hreinsistöð skuli vera mestur 25 mg/l O₂, styrkur COD í mg/l í frárás skuli vera mestur 125 mg/l og styrkur heildarmagns svifagna í mg/l mestur 35 mg/l.

Alls bárust níu tilboð í verkið frá fjórum aðilum. Stefndandi skilaði þremur tilboðum, aðaltilboði og tveimur frávikstilboðum. Aðaltilboð hans var sett fram sem tveggja stiga hreinsun, þar sem framleiðandi ábyrgðist BOD <25 mg/l í frárennslis. Tilboðsfjárhæðin var 2.044.086 evrur. Frávikstilboð 1 var sett fram sem

eins stigs hreinsun, þar sem framleiðandi ábyrgðist BOD <30 mg/l í frárennsli. Í því tilviki var tilboðsfjárhæð 375.000 evrum lægra en samkvæmt aðaltilboði, eða alls 1.669.086 evrur. Í frávikstilboði 2 var boðin þriggja stiga hreinsun, þar sem framleiðandi ábyrgðist BOD <10 mg/l og NH₄ <5 mg/l í frárennsli. Tilboðsfjárhæð var þar 380.000 evrum hærra en í aðaltilboði, eða 2.424.086 evrur. Samkvæmt yfirliti stefnda um framkomin tilboð var 1. frávikstilboð stefnanda hið lægsta í verkið, en næstlægsta tilboð var frá Vélaverki ehf., að fjárhæð 1.756.543 evrur. Kostnaðaráætlun stefnda hljóðaði upp á 1.280.450 evrur.

Fram kemur í stefnu að forsvarsmáður stefnanda hafi rætt við starfsmann stefnda 20. júlí 2007 og hafi starfsmaðurinn þá haft efasemdir um að 1. frávikstilboð stefnanda stæðist kröfur útboðslýsingar og væri gilt. Jafnframt segir þar frá fundi aðila 15. ágúst sama ár, þar sem starfsmenn stefnanda upplýstu frekar um ferli lífrænnar hreinsunar og virkni þeirrar tækni sem stefnandi hafði boðið fram.

Á fundi Innkauparáðs stefnda 23. júlí 2007 var ákveðið að hafna öllum tilboðum í verkið þar sem þau reyndust verulega yfir kostnaðaráætlun, og ganga þess í stað til samninga við lægstbjóðanda. Af gögnum málsins má ráða að stefnandi vænti þess að við hann yrði samið, þar sem 1. frávikstilboð hans hefði reynst lægsta tilboðið. Þess í stað ákvað stefndi hins vegar að semja við Vélaverk ehf. á grundvelli tilboðs fyrirtækisins og var samningur undirritaður 21. september 2007. Var þar gert ráð fyrir umfangsminna verki en samkvæmt útboði og nam samningsfjárhæðin 1.489.004 evrum.

Stefnandi kærði útboðið til kærunefndar útboðsmála 21. september 2007. Í bréfi stefnda til kærunefndar segir svo um þá ákvörðun að ganga til samninga við Vélaverk ehf.: „Lægstu boðin reyndust frávikstilboð frá Fálkanum hf. og Vélaverki ehf. Frávikstilboð Fálkans gerði ráð fyrir eins þreps hreinsun þar sem BOD gildi yrðu undir 30 mg/l O₂ í stað tveggja þrepa hreinsunar og BOD gilda undir 25 mg/l O₂ eins og krafist er í útboðsgögnum með tilvísun í reglugerð nr. 798/1999 um fráveitur og skólþ. Frávikstilboð Fálkans eins og því er lýst í framlögðum gögnum við opnun uppfyllir því ekki kröfur reglugerðar um fráveitur og skólþ varðandi hreinsun og var það mat verkkaupa að slíkt tilboð kæmi ekki til álita við val á samningsaðila. Frávikstilboð Vélaverks uppfyllti hreinsikröfur útboðsgagna en gerði ráð fyrir notkun á AISI 304 stáli í stað AISI 316 sem útboðsgögn gerðu ráð fyrir. Verkkaupi mat frávikíð ásættanlegt, en ákvað engu að síður að hafna tilboðinu og leita leiða til að lækka kostnað.“

Með bréfi stefnda fylgdi minnisblað frá Línuhönnun hf. um frávikstilboð stefnanda. Þar segir eftirfarandi um tilboðið: „Allar teikningar af hreinsikerfi og lýsingar á tækjabúnaði tengdust aðeins aðaltilboði Fálkans. Engar tæknilegar upplýsingar fylgdu frávikstilboðinu, hvorki teikningar sem sýndu umfang og stærðir kerfisins, forsendur, eða lýsing á búnaði sem hefði gert ráðgjafa kleift að meta frávikstilboðið og bera það saman við aðaltilboð Fálkans og önnur tilboð. Í tilboðsgögnum Fálkans er þess aðeins getið að um sé að ræða eins þreps hreinsun þar sem framleiðandi ábyrgist BOD-5 <30 mg/l í frárás hreinsistöðvar. Ekki reyndist því unnt að meta umrætt frávikstilboð nánar eða leggja almennt mat á lausnina sem boðin var. Um var að ræða hreinsibúnað sem veitti lakari hreinsun en krafist var í útboðsgögnum. Samanburður við önnur tilboð sem voru byggð á stívari kröfum varðandi losun í frárás eins og útboðsgögnin kváðu á um var því ekki mögulegur. ... Að auki má geta þess að gæði tilboðsgagna Fálkans voru almennt ekki góð og var ítarleiki

þeirra mjög takmarkaður.“

Kærunefnd útboðsmála kvað upp úrskurð sinn 23. nóvember 2007. Var það álit nefndarinnar að stefnda hafi borið að bjóða innkaupin út að nýju eftir að öllum tilboðum hafði verið hafnað og að óheimilt hefði verið að ganga þá til samninga við einn bjóðenda á grundvelli tilboðs hans. Taldi kærunefndin að samningur stefnda við Vélaverk ehf. hafi þannig verið samningur án útboðs, þrátt fyrir að innkaupin hafi verið útboðsskyld, og hafi um leið falið í sér brot á lögum um opinber innkaup. Jafnframt var það álit nefndarinnar að stefnandi hafi átt lágsta tilboð og því hafi hann átt raunhæfa möguleika á að verða valinn, ef innkaupin hefðu verið boðin út að nýju í samræmi við tilvitnuð lög. Samkvæmt því taldi nefndin að stefndi væri skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda vegna kostnaðar við að undirbúa tilboðið og taka þátt í útboðinu, og vísaði þar um til 1. mgr. 101. gr. og 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup.

Með bréfi til kærunefndar útboðsmála 21. janúar 2008 krafðist stefndi endurupptöku málsins fyrir nefndinni þar sem úrskurður nefndarinnar væri reistur á röngum lagagrundvelli, þar eð lög nr. 84/2007 hefðu ekki gilt um útboðið. Taldi hann að beita hefði átt reglugerð nr. 705/2001 við úrlausn málsins. Með ákvörðun 8. maí 2008 hafnaði kærunefndin kröfu stefnda.

Stefndi hefur hafnað öllum kröfum stefnanda um skaðabætur og höfðaði því stefnandi mál þetta og gerir þær kröfur sem að framan greinir.

Við aðalmeðferð gáfu skýrslu fyrir dóminum Páll Bragason, forstjóri stefnanda, Hafsteinn Helgason, ráðgjafi hjá Línuhönnun hf., nú Eflu hf., og Henrik Hedegaard, fyrrverandi forstjóri BioKube International Ltd. í Danmörku.

Málsástæður stefnanda og lagarök

Stefnandi byggir aðallega á því að stefnda hafi verið óheimilt að ganga til samninga um verkið við Vélaverk ehf. eftir að hafa hafnað öllum tilboðum í það. Þess í stað hafi honum borið að bjóða innkaupin út að nýju samkvæmt 30. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007, enda hafi undantekningarákvæði 31.- 34. gr. sömu laga ekki átt við. Með því hafi stefndi gerst sekur um brot á fyrrgreindum lögum, og sé það í samræmi við niðurstöðu kærunefndar útboðsmála frá 23. nóvember 2007.

Einnig er á því byggt að líta verði á atburðarásina sem eina heild, eftir að stefndi hafði hafnað öllum tilboðum og gengið til samninga við Vélaverk ehf. á grundvelli tilboðs þess félags. Hvernig sem á sé litið sé þar um sömu háttsemi að ræða og að velja Vélaverk ehf. sem samningsaðila í útboðinu og semja svo um takmörkun innkaupanna. Engu máli skipti hvaða ferli sé viðhaft, háttsemin sé ólögæt engu að síður. Því beri að líta til þess sem gerðist í heild sinni í ljósi skilyrða sakarreglunnar, sem stefnandi telur augljóslega uppfyllt í málinu.

Stefnandi telur að kröfur hans um bætur geti líka stuðst við bótareglur EES-réttar og grundvallarreglur EES-samningsins. Skuldbinding íslenska ríkisins eftir 7. gr. EES- samningsins til að laga íslenskan rétt að tilskipun Evrópuþingsins og -ráðsins nr. 2004/18/EB frá 31. mars 2004, um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga, feli jafnframt í sér skyldu til að fara eftir þeim reglum sem þar komi fram, enda sé að öðrum kosti ekki

réttilega staðið að aðlögun. Sú skylda hvíli einnig á öðrum opinberum aðilum, þ.m.t. stefnda. Þar sem stefndi hafi brotið gegn lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, og um leið gegn rétti stefnanda, leiði það af lögum nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið, og meginreglum og markmiðum EES-samningsins að stefndi verði skaðabótaskyldur að íslenskum rétti. Að dómi stefnanda fái skaðabótaábyrgð stefnda næga stoð í lögum nr. 2/1993, en við mat á bótaskyldu beri að líta til markmiða laga um opinber innkaup og framangreindrar tilskipunar. Mótmælir stefnandi sérstaklega þeirri málsástæðu stefnda að engin sérstök efnisákvæði útboðsréttar um opinber innkaup hafi gilt um útboð stefnda. Telur hann að skilningur stefnda á 7. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, fái ekki staðist, enda hafi ákvæði eldri reglugerðar, nr. 705/2001, haldið gildi sínu þar til sett var ný reglugerð sama efnis, nr. 755/2007, sem öðlaðist gildi 7. ágúst það ár.

Stefnandi byggir einnig á því að lægsta tilboð hans í umrætt verk hafi verið gilt og staðist kröfur reglugerðar nr. 798/1999, um fráveitur og skólp, varðandi hreinsun. Reglugerðin sé m.a. sett með hliðsjón af tilskipun Ráðgjafaráðs Evrópusambandsins frá 21. maí 1991, nr. 91/271/EBE, um hreinsun skólps frá þéttbýli, og séu ákvæði hennar í meginatriðum sambærileg ákvæðum tilskipunarinnar. Í gr. 7.1 í reglugerðinni komi fram sú meginregla að skólp skuli hreinsað með tveggja þrepa hreinsun eða sambærilegri hreinsun áður en því sé veitt viðtaka, nema reglugerðin mæli fyrir um annað. Samkvæmt gr. 3.14 í reglugerðinni sé tveggja þrepa hreinsun skilgreind sem „frekari hreinsun skólps en eins þreps, með aðferð sem oftast felur í sér líffræðilega hreinsun sem fylgt er eftir með botnfellingu eða öðru ferli.“ Í sama ákvæði sé eins þreps hreinsun skilgreind sem „*hreinsun skólps með aflfræðilegum og/eða efnifræðilegum aðferðum þar sem svifagnir eru botnfelldar eða önnur hreinsun þar sem BOD₅-gildi skólps er lækkað um að minnsta kosti 20% áður en það er losað og heildarmagn svifagna í skólpi er lækkað um að minnsta kosti 50%.*“ Í I. viðauka við reglugerðina séu settar fram kröfur um skólp í þéttbýli og í 2. mgr. B-liðar viðaukans komi fram að skólp frá þéttbýli, sem hreinsa eigi í samræmi við reglugerðina, skuli uppfylla þær kröfur sem fram komi í 1. töflu viðaukans. Úr töflunni megi lesa að líffræðileg súrefnisþörf (BOD) eftir hreinsun skuli ekki fara yfir 25 mg/l O₂. Í tilboðum stefnanda hafi þrjár mismunandi útfærslur verið settar fram um nýtingu hreinsikerfisins. Aðaltilboðið geri ráð fyrir að tvö af þremur stigum séu nýtt, lægsta tilboðið miði við eitt stig en hið hæsta geri ráð fyrir því að öll þrjú stig lífrænnar hreinsunar séu nýtt. Í samræmi við það komi fram í yfirliti yfir tilboð stefnanda að framleiðandi hreinsibúnaðar geti boðið hreinsun í þremur þrepum eða stigum og því séu boðnir þrír valkostir, eins, tveggja eða þriggja stiga hreinsun. Þar komi einnig fram að meðfylgjandi uppdrættir sýni áætlaðar stærðir á jöfnunar- og setþróm og stærðir á hreinsipróm fyrir hverja stöð miðað við hvern valkost. Telur stefnandi ljóst að þeir bæklingar, teikningar og tæknileg gögn, sem sett voru fram með tilboðum hans, hafi átt við um öll þrjú tilboðin, enda um að ræða þrjár útgáfur af sama búnaði. Byggir hann á því að sérfræðingi á sviði lífrænnar hreinsunar og virkni búnaðar sem þessa hefði mátt vera ljóst að nákvæmlega sömu tæknilegu gögn ættu við, þótt stigum lífrænnar hreinsunar væri fækkað niður í tvö eða eitt. Um leið mótmælir hann sérstaklega fullyrðingum í minnisblaði Línuhönnunar hf., þar sem haldið sé fram að allar teikningar af hreinsikerfi og lýsingar á tækjabúnaði hafi aðeins tengst aðaltilboði stefnanda og að engar tæknilegar upplýsingar hafi fylgt frávikstilboðinu. Tekur stefnandi fram að bæði hann og fulltrúar BioKube International Ltd., birgi stefnanda um hreinsibúnað, hefðu gert ráð fyrir því að sérfræðingur á sviði líffræðilegrar hreinsunar myndi meta tilboðin, enda hefði verið tekið fram í

útboðslýsingu að af hálfu kaupanda yrði gaumgæfilega fylgst með því að öll vara og þjónusta fullnægði gerðum kröfum.

Stefnandi viðurkennir að tilboð hans hafi verið því marki brennd að upplýsingar um hreinsigetu búnaðarins á hverju stigi hreinsunar hafi ekki verið settar fram þannig að þær væru fullkomlega skýrar í augum leikmanns. Þannig segi að verði lægsta tilboð stefnanda valið ábyrgist framleiðandi að BOD gildi frárennslis sé ávallt undir 30 mg/l. Þessi framsetning tilboðsins heimili stefnda þó ekki að afskrifa tilboðið sem ógilt án frekari ígrundunar. Í því sambandi bendir stefnandi á að því sem nefnt sé eins stigs eða eins þreps lífræn hreinsun í hinum boðna búnaði verði ekki sjálfkrafa jafnað til eins þreps hreinsunar í skilningi reglugerðar nr. 798/1999 og tilskipunar nr. 91/271/EBE. Af fylgigögnum með tilboðinu megi sjá að áður en líffræðileg hreinsun hefjist í hinni boðnu lausn fari affall í gegnum forhreinun í til þess gerðum tanki, þar sem botnfall verði og agnir síist frá. Í þeim skilningi sé því ávallt um tveggja þrepa hreinsun að ræða, sem standist skilgreiningu ákvæðis 3.14 reglugerðar nr. 798/1999 um tveggja þrepa hreinsun. Stefnandi leggur einnig á það áherslu að framsetning lægsta tilboðs hans hafi aldrei getað létt af stefnda þeirri skyldu að kynna sér með fullnægjandi hætti öll framlögð gögn. Framsetning lægsta tilboðs hans hafi helgast af því misminni Henriks Hedegaard, framkvæmdastjóra BioKube International Ltd. í Danmörku, að löggjöf Evrópusambandsins gerði kröfur um að gildi BOD í skólpi frá þéttbýli væri að hámarki 30 mg/l eftir hreinsun, en ekki 25 mg/l, en ekki af því að um væri að ræða hámark hreinsigetu fyrsta stigs hreinsunarbúnaðar. Telur stefnandi að sérfræðingum á sviði skólphreinsunar hefði mátt vera þetta ljóst, enda fráleitt að ætla að framleiðandi hreinsibúnaðar innan Evrópusambandsins bjóði til sölu búnað sem ekki standist þær lágmarkskröfur sem settar séu um hreinsun skólps.

Auk ofangreinds byggir stefnandi á því að öllum vafa leikmanns, um að lægsta tilboð hans stæðist kröfur reglugerðar nr. 798/1999 um hreinsun, hefði verið eytt ekki síðar en 23. júlí 2007, þegar forstjóri stefnanda sendi starfsmanni stefnda í tölvupósti skýringar frá sérfræðingi BioKube International Ltd. Ekki síðar en þá hefði stefndi átt að óska eftir frekari gögnum frá stefnanda og/eða gera reka að því fá stöðuna skýrða, þætti tilefni til. Stefnanda hafi hins vegar verið ómögulegt að styrkja frekar með gögnum þá staðreynd að hreinsilausn tilboðsins stæðist reglugerð nr. 798/1999 fyrir en eftir að tilboð voru útrunnin og ákveðið hafði verið að ganga til samninga við Vélaverk ehf. Í því sambandi vísar stefnandi til fundar með fulltrúum stefnda 15. ágúst 2007, en fyrir fundinn hafði stefndi tekið ákvörðun um að hafna öllum tilboðum og ganga til samninga við Vélaverk ehf.

Skaðabótakrafa stefnanda er þríþætt. Í fyrsta lagi gerir hann kröfu um að stefndi greiði útlagðan kostnað við að hafa uppi tilboð í verkið, sbr. 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007. Styðst krafa hans við reglur um skaðabótaskyldu, innan og utan samninga, og byggist á því að stefnandi hafi átt lægsta tilboð í verkið. Því hefði hann átt raunhæfa möguleika á að fá verkið, hefði það verið boðið út að nýju eftir að öllum tilboðum hafði verið hafnað. Krafan sundurliðast þannig:

a. Kostnaður BioKube International Ltd. við tilboðsgerð:

| | |
|-------------------------------------|---------|
| Tvær ferðir sérfræðings til Íslands | € 1.610 |
| Fjórir vinnudagar | € 6.000 |

| | |
|-----------------|----------|
| Vinnsla tilboðs | € 2.000 |
| Samtals án vsk. | € 9.610 |
| Samtals m. vsk. | € 11.964 |

b. Áætluð vinna starfsmanna Fálkans hf. við tilboðsgerð og við þátttöku í útboði:

Páll Bragason framkvæmdastjóri

| | |
|---------------------------------------|-------------|
| 40 vinnustundir, tímagjald ISK 10.000 | ISK 400.000 |
|---------------------------------------|-------------|

Ólafur Sverrisson tæknifræðingur

| | |
|--------------------------------------|-------------|
| 60 vinnustundir, tímagjald ISK 8.000 | ISK 480.000 |
|--------------------------------------|-------------|

| | |
|-----------------|-------------|
| Samtals án vsk. | ISK 880.000 |
|-----------------|-------------|

| | |
|-----------------|---------------|
| Samtals m. vsk. | ISK 1.095.600 |
|-----------------|---------------|

Í öðru lagi gerir stefnandi kröfu um efndabætur vegna missis hagnaðar, sem hann telur sig hafa orðið fyrir vegna þeirrar háttsemi stefnda að ganga til samninga við Vélaverk ehf. á grundvelli útboðsins, í stað þess að bjóða innkaupin út að nýju. Að dómi stefnanda er háttsemi stefnda saknæm og ólögmæt og olli stefnanda tjóni. Stefndi hafi þannig beinlínis brotið gegn 30. gr. laga um opinber útboð, sbr. einnig 31.-34. gr. þeirra laga. Saknæmi háttseminnar felist í því að stefndi hafi viljandi gengið til samninga við Vélaverk ehf., í stað þess að fara að lögum um opinber innkaup. Við það hefði stefnandi misst af samningnum og farið á mis við hagnað af honum. Ákvörðun stefnda verði því að meta honum til sakar og líta svo á að hann beri skaðabótaábyrgð á því tjóni sem rakið verður til ákvörðunarinnar, í samræmi við sakarreglu og á grundvelli bótaheimilda EES-réttar og grundvallarreglna EES-samningsins. Þá telur stefnandi að tjónið standi í beinu orsakasambandi við framgöngu stefnda. Innkaupin hafi verið útboðsskyld og hefðu þau verið boðin út að nýju, með þeim takmörkunum sem síðar var samið um við Vélaverk ehf., telur stefnandi að hann hefði einnig átt lágsta tilboð og hlotið samninginn. Ekki sé við annað að styðjast en tilboðsfjárhæðir í því útboði sem fram fór. Í ljósi brots stefnda og þeirrar staðreyndar að stefnandi hafi átt lágsta tilboð, byggir stefnandi á því að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að hann hefði ekki átt lágsta tilboð í nýju útboði, eða að aðrar ástæður hefðu átt að koma í veg fyrir að tilboði stefnanda yrði tekið.

Stefnandi bendir á að fyrir því sé fordæmi frá Hæstarétti Íslands að heimilt sé að krefjast efndabóta, auk bóta vegna kostnaðar við að hafa uppi tilboð og þátttöku í útboði. Rökstyður hann fjárkröfu sína þannig: Upphaflegt tilboð Vélaverks ehf. hljóðaði upp á 1.756.543 evrur, en í þeim samningi sem undirritaður var 21. september 2007 er samningsupphæð 1.489.004 evrur. Mismunurinn er 267.539

evrur, sem samsvarar 15,2% samdrætti verks og lækkun upphaflegs tilboðs. Hefði stefnanda einnig verið gefinn kostur á að lækka tilboð sitt að upphæð 1.669.086 evrur m. vsk., í samræmi við minnkað umfang verksins, hefði samningur stefnda við stefnanda hljóðað upp á 1.415.385 evrur m. vsk. Hagnaður stefnanda hefði að sama skapi dregist saman um 15,2% og orðið 397.369 evrur m. vsk., í stað þeirra 468.596 evra m. vsk., sem stefnandi gerði ráð fyrir að hafa í hagnað af viðskiptunum miðað við lægsta tilboð sitt. Tjón stefnanda vegna missis 34,9% hagnaðar nemi þannig 397.369 evrum m. vsk eða 319.172 evrum án vsk.

Í þriðja lagi gerir stefnandi kröfu um skaðabætur vegna eftirsölu, varahlutasölu og þjónustu til 20 ára, sem stefnandi hefði veitt, ef hann hefði hlotið samninginn við stefnda. Byggist krafan á því að eðlilegt viðhald á hinum boðna búnaði sé um 3% af stofnverði búnaðar á ári og venja sé að upphaflegur seljandi selji varahluti og veiti sérhæft viðhald þegar um tegundarbundna varahluti sé að ræða. Við þetta megi bæta að hagnaðarhlutfall af búnaði og þjónustu, sem seldur sé með þessum hætti, sé almennt hærra en við upphaflega sölu búnaðar. Varlega áætlað telur stefnandi að heildarhagnaður hans af eftirsölu, varahlutasölu og þjónustu nemi um 60% af hagnaði af upphaflegri sölu og veitingu þjónustu. Að auki álitur stefnandi að nýtt, vel heppnað verkefni hefði orðið til þess að lausn hans hefði hlotið kynningu og orðið viðmið við næstu útboð sambærilegra verkefna, og aukið um leið möguleika hans á að hljóta fleiri verk. Með vísan til ofanritaðs nemur krafa stefnanda vegna eftirsölu 191.503 evrum, sem er 60% ofangreindrar tjónsfjárhæðar.

Samtals nemur stefnuþjárhæð þannig 520.285 evrum (9.610 + 319.172 + 191.503) og 880.000 krónum. Auk stefnuþjárhæðarinnar er krafist vaxta og dráttarvaxta. Annars vegar miðast upphafstími vaxta og dráttarvaxta af skaðabótum fyrir gerð tilboðs og þátttöku í útboðsferli, og af bótum fyrir missi hagnaðar af verkinu, við þann dag er samningur var gerður við Vélaverk ehf., en hins vegar þann dag er einn mánuður var liðinn frá því krafa var fyrst sett fram með kröfubréfi 5. mars 2008. Upphafstími dráttarvaxta af skaðabótum vegna eftirsölu er einn mánuður frá útgáfu stefnu þessarar.

Varakrafa stefnanda miðast við að ekki sé unnt að sýna fram á umstefnt tjón með neinni nákvæmni, og er þá fyrst og fremst vísað til tjóns vegna eftirsölu, varahlutasölu og þjónustu.

Um lagarök kveðst stefnandi vísa til 30.- 34. gr. laga nr. 84/2007. Bótakrafan styðjist fyrst og fremst við 1. mgr. 101. gr. sömu laga, en einnig bótareglur EES-réttar og grundvallarreglur EES-samningsins, sbr. einnig 3., 6. og 7. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið. Krafa um efnabætur, bætur fyrir eftirsölu og bætur fyrir missi aukinnar eftirspurnar á markaði, byggist á almennu skaðabótareglunni. Þá er byggt á viðteknum venjum um framkvæmd útboða. Almennt er og byggt á tilskipun Evrópuþingsins og -ráðsins nr. 2004/18/EB frá 31. mars 2004, um samræmingu reglna um útboð og gerð [opinbera](#) verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga. Kröfur um vexti og dráttarvexti eru reistar á 8. og 9. gr., sbr. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu, en málskostnaðarkrafa byggist á 3. mgr. 129. gr. og 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála.

Málsástæður stefnda og lagarök

Aðalkrafa stefnda er fyrst og fremst á því reist að engin sérstök efnisákvæði útboðsréttar um opinber innkaup hafi gilt um útboðið sem um sé deilt í málinu, hvorki samkvæmt lögum nr. 84/2007, reglugerð nr. 705/2001, né reglugerð nr. 755/2007, heldur einvörðungu ákvæði XIV. og XV. kafla laga nr. 84/2007. Því standist ekki sú niðurstaða kærunefndar útboðsmála að stefndi hafi brotið gegn reglum um opinber innkaup, enda hafi umrædd kaup ekki verið útboðsskyld samkvæmt gildandi reglum. Einu réttarreglurnar sem geti komið til álita um útboðið séu lög nr. 65/1993, um framkvæmd útboða.

Sem frekari rökstuðning bendir stefndi á að lög nr. 84/2007 hafi tekið gildi 17. apríl 2007. Í 7. gr. laganna, sem beri yfirskriftina „Samningar stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu“ segi í 1. mgr. að lögin taki ekki til samninga sem undanþegnir séu tilskipun nr. 2004/17/EB, um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sbr. 3.-7. gr. þeirrar tilskipunar. Þótt starfsemi stefnda virðist falla undir ákvæði 3.-7. gr. tilskipunarinnar, og samningar sem henni tengjast því ekki undanþegnir ákvæðum hennar, valdi orðalag 1. mgr. 7. gr. laganna engu að síður því að ákvæðið geti ekki átt við um samninga stefnda. Af þeirri ástæðu gildi hvorki ákvæði 3. mgr. 7. gr. laganna um starfsemina, né sú reglugerð sem þar er mælt fyrir um að sett skuli á grundvelli þess ákvæðis. Þar við bætist að sú reglugerð sem síðar var sett á grundvelli ákvæðisins, nr. 755/2007, tók gildi 7. ágúst 2007, og því eftir að tilboð voru opnuð í útboði stefnda. Ekki verði heldur stuðst við ákvæði eldri reglugerðar, nr. 705/2001, þar eð hún eigi ekki stoð í 3., sbr. 1. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007, bæði vegna þess að hún sé rýmri og annars eðlis en ákvæðið leyfi, og vegna þess að hún hafi verið sett í tíð eldri laga. Einu ákvæðin í lögum nr. 84/2007, sem giltu um útboðið, telur stefndi að sé að finna í XIV. og XV. kafla laganna, sbr. 2. mgr. 7. gr. sömu laga. Þau ákvæði hafi hins vegar ekki að geyma efnisreglur um útboð heldur fjalli þau aðeins um kærunefnd útboðsmála, gildi samninga, skaðabætur og tengd atriði. Í því ljósi byggir stefndi á því að ákvæði 30.-33. gr. og 74. gr. laga nr. 84/2007 hafi ekki gilt um útboð stefnda. Að dómi stefnda hljóti því niðurstaða kærunefndar útboðsmála, sem reist var á síðastgreindum ákvæðum laga nr. 84/2007, að vera röng og þýðingarlaus við úrlausn málsins. Að fenginni þeirri niðurstöðu telur stefndi að í mesta lagi hafi ákvæði laga nr. 65/1993, um framkvæmd útboða, gilt um útboðið. Samkvæmt 13. gr. þeirra laga sé kaupanda heimilt, þegar um almennt útboð sé að ræða, að taka hvaða tilboði sem er eða hafna öllum. Stefndi hafi með engum hætti brotið gegn ákvæðum þessara laga og hafi stefnandi ekki heldur byggt á því.

Þótt talið yrði að lög nr. 84/2007, reglugerð nr. 705/2001 eða reglugerð nr. 755/2007 hafi gilt um útboðið, mótmælir stefndi því sem röngu og ósönnuðu að einstök ákvæði þeirra laga eða reglugerða hafi verið brotin. Sérstaklega mótmælir hann því að brotið hafi verið gegn ákvæðum reglugerðanna, verði talið að önnur hvor þeirra hafi gilt um útboðið, enda hafi stefnandi í engu reifað það sjónarmið. Telur stefndi að málatilbúnaður stefnanda sé að þessu leyti svo vanreifaður að til álita komi að vísa málinu frá dómi af sjálfsdáðum. Í því efni er einkum á það bent að málatilbúnaður stefnanda sé reistur á lögum nr. 84/2007, þótt stefnandi hafi sjálfur viðurkennt í bréfi til kærunefndar útboðsmála að beita hefði átt ákvæðum reglugerðar nr. 705/2001 um útboðið, en ekki lögum nr. 84/2007.

Sýknukrafa stefnda er enn fremur á því byggð að hvað sem líði ætluðum brotum stefnda á útboðsreglum séu engin lagaskilyrði til að taka skaðabótakröfur stefnanda til greina, hvorki á grundvelli 1. né 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, né á öðrum lagagrundvelli. Þá kveðst stefndi hafna, sem málinu óviðkomandi, óljósri tilvísun stefnanda til bótareglna EES-réttar, grundvallarreglana EES-samningsins og almennra reglana fjármunaréttar. Um leið bendir hann á að hafi íslenskar lagareglur ekki verið færðar til samræmis við EES-rétt kunnir það að valda bótaábyrgð íslenska ríkisins, en ekki stefnda.

Stefndi mótmælir staðhæfingum stefnanda um að sérfræðinga frá Línuhönnun hf. hafi skort næga þekkingu til þess að meta tilboð stefnanda og telur vandfundna hér á landi hæfari menn á þessu sviði. Áréttar hann að í útboðsgögnum hafi skýrt komið fram hvaða kröfur væru gerðar um hreinsibúnað. Þar hafi m.a. verið krafist tveggja þrepa hreinsunar og að BOD- styrkur í frárás skyldi mestur vera 25 mg/l, enda séu þær kröfur í samræmi við gr. 3.14 í reglugerð nr. 798/1999, um fráveitur og skólþ. Þá hafi þess einnig verið krafist að hreinsibúnaðurinn gæti framkvæmt skólphreinsun með líffræðilegum hætti, þannig að ákvæði ofangreindrar reglugerðar um efnainnihald í frárás stöðvar væri uppfyllt. Af hálfu stefnanda hafi þrjú tilboð borist í verkið, eitt aðaltilboð og tvö frávikstilboð. Í aðaltilboðinu hafi falist tveggja stiga hreinsun og ábyrgð á hreinsivirkni, mælda sem líffræðilega súrefnisþörf, <25 mg/l. Það tilboð hafi verið að fjárhæð 2.044.086 evrur, og því ekki lægst þeirra tilboða sem staðist hafi útboðsskilmála. Frávikstilboð stefnanda til lækkunar hafi hins vegar hvorki uppfyllt kröfur útboðsgagna né reglugerðar, enda hafi þar verið boðin eins stigs hreinsun og ábyrgst að líffræðileg súrefnisþörf í frárennsli væri <30 mg/l. Frávikstilboð þetta hafi því aldrei getað komið til álitu og hafi stefnandi heldur ekki lagt fram nein gögn sem sýndu að það stæðist kröfur útboðslýsingar og reglugerðar. Því síður hafi stefndi og ráðgjafar hans getað dregið þær ályktanir að tilboðið stæðist umræddar kröfur, ekki síst vegna þess að gæði tilboðsgagna stefnanda hafi ekki verið nægileg og ítarleiki þeirra takmarkaður. Af þeim sökum telur stefndi með öllu ósannað að umrætt frávikstilboð, sem stefnandi gerði til lækkunar, hafi staðist lágmarkskröfur útboðslýsingar og reglugerðar, og beri stefnandi alla sönnunarbyrði um það atriði. Þá er og á því byggt að stefnandi verði sjálfur að bera hallann af misminni Henriks Hedegaard, framkvæmdastjóra BioKube International Ltd. í Danmörku, um kröfur til hreinsunar á skólpi samkvæmt löggjöf Evrópusambandsins. Loks mótmælir stefndi því að einstökum bjóðendum sé heimilt eftir opnun tilboða að útlista og útfæra tilboð sín frekar en krafist sé í útboðsgögnum, þar eð slíkt stríði gegn jafnræði bjóðenda.

Stefndi staðhæfir að hagstæðasta tilboðið í útboðinu, að teknu tilliti til lágmarkskrafna útboðslýsingar um hreinsivirkni, mælda sem líffræðilega súrefnisþörf, hafi verið tilboð Vélaverks ehf., en ekki tilboð frá stefnanda. Samkvæmt því sé ekki fullnægt því grundvallarskilyrði skaðabótaskyldu að ætluð brot stefnda á útboðsreglum hafi leitt til tjóns fyrir stefnanda. Því eigi stefnandi ekki rétt til skaðabóta á grundvelli sérreglu 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, og enn síður á grundvelli almennra reglana, sbr. 2. mgr. 101. gr. sömu laga. Frávikstilboð stefnanda hafi hvorki staðist lágmarkskröfur í útboðslýsingu né reglugerð, og hafi af þeirri ástæðu ekki getað komið til greina. Hvað sem öðru líði þá hafi það einnig staðið að baki tilboði Vélaverks ehf. í verkið.

Stefndi áréttar að forsenda skaðabótaskyldu hans samkvæmt almennum reglum, sbr. 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, sé sú að fullnægt sé skilyrðum almennu skaðabótareglunnar um saknæmi, ólögmati, orsakasamhengi, sennilega afleiðingu og tjón. Í því felist einnig að stefnanda beri að sýna fram á að öllum skilyrðum reglunnar sé fullnægt. Telur stefndi fjarri að stefnandi hafi sýnt fram á að þeim skilyrðum sé fullnægt. Þá hafnar hann alfarið þeim málatilbúnaði stefnanda að sönnunarbyrði skuli snúið við í málinu og heldur því fram að engar réttarreglur í skaðabóta- eða útboðsrétti mæli fyrir um slíkt í máli þessu. Og jafnvel þótt leggja ætti til grundvallar einhverja öfuga sönnunarbyrði, sem alfarið sé þó mótmælt, byggir stefndi á því að hún hefði engin áhrif á niðurstöðuna, þar sem frávikstilboð stefnanda hafi ekki staðist lágmarkskröfur í útboðsgögnum og reglugerð.

Með vísan til framanritaðs telur stefndi, hvernig sem á málið sé litið, að sýkna verði hann af kröfum stefnanda.

Komist dómurinn að þeirri niðurstöðu að stefndi sé skaðabótaskyldur, byggir stefndi á því að tjón stefnanda sé með öllu ósannað. Þannig séu þær tölur, sem stefnandi setji fram sem kostnað við gerð tilboðs og þátttöku í útboðinu, reistar á einhliða áætlun, án rökstuðnings og fullnægjandi gagna, og því með öllu ósannaðar. Hinu sama gegni um þær tölur sem stefnandi setji fram vegna missis hagnaðar. Loks mótmælir stefndi sem röngu og ósönnuðu því tjóni sem stefnandi telur sig hafa orðið fyrir vegna eftirsölu, varahlutasölu og þjónustu til 20 ára. Bendir stefndi á að ekkert slíkt hafi falist í útboðinu og með öllu ósannað að stefndi hefði leitað til stefnanda um ofangreinda þjónustu til næstu 20 ára. Íslenskur skaðabótaréttur heimili heldur ekki að dæma óljóst framtíðartjón sem þetta. Loks er því mótmælt af hálfu stefnda að stefnandi geti gert bótakröfur í máli þessu í evrum og sé álitamál hvort það valdi frávísun málsins án kröfu.

Varakrafa stefnda, um verulega lækkun á kröfum stefnanda, er á því byggð að bótafjárhæð geti í allra mesta lagi aðeins miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboðinu, sbr. skýrt orðalag 3. másl. 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007. Forsenda slíks væri þá að dómurinn féllist á að stefnandi hefði átt raunhæfa möguleika á að verða valinn í útboðinu og möguleikar hans hefðu skerst við brot á útboðsreglum, sbr. 1. mgr. 101. gr. laganna. Hins vegar telur stefndi að stefnanda hafi ekki tekist að sanna að stefnda hafi borið að ganga að frávikstilboði hans í verkið, og því verði stefndi ekki dæmdur til greiðslu frekara tjóns stefnanda. Að öðru leyti eigi hér við sömu sjónarmið og fram hafi komið til stuðnings sýknukröfu.

Stefndi mótmælir alfarið réttmæti og fjárhæðum krafna stefnanda. Þá heldur hann því fram að varakrafa stefnanda um bætur að álitum sé ekki dómtæk og verði að hafna henni með öllu eða vísa henni frá dómi ex officio, enda engin lagaskilyrði til að dæma bætur að álitum í máli þessu. Loks mótmælir stefndi því að vextir og dráttarvextir geti fallið á kröfur stefnanda fyrir dómsuppsögudag, enda sé málatilbúnaði stefnanda að því er varði einstaka kröfuliði verulega áfátt. Til stuðnings málskostnaðarkröfu sinni vísar stefndi til XXI. kafla laga nr. 91/1991.

Niðurstaða

Í fyrsta þinghaldi eftir úthlutun málsins til dómara, 17. desember 2008, lagði lögmaður stefnanda fram bókun um nýja málsástæðu, þess efnis að tilboð Vélaverks ehf. í umrætt verk hafi verið ógilt, þar sem í tilboðinu hafi verið boðið fram venjulegt, ryðfrítt stál í hreinsikerfið, af gæðaflokki AISI 304, í stað sýruþolins, ryðfrís stáls af gæðaflokki AISI 316, eins og krafist var. Af þeirri ástæðu hafi stefnandi átt þrjú lægstu tilboðin í verkið. Af bókuninni og skýringum stefnanda við munnlegan flutning málsins, verður helst ráðið að ástæða fyrir hinni síðbúnu málsástæðu sé sú að stefnandi hafi ekki fyrr en við móttöku greinargerðar og framlagðra gagna stefnda vitað að í tilboði Vélaverks ehf. fælist önnur og ódýrari gerð af stáli en krafist var í útboði. Í bókuninni var einnig tekið fram að tilboð Vélaverks ehf. hafi ekki getað verið frávikstilboð, bæði vegna þess að það hafi ekki verið í samræmi við útboðslýsingar, en einnig af þeirri ástæðu að Vélaverk ehf. hafi ekki sent inn aðaltilboð. Stefndi mótmælti hinni nýju málsástæðu stefnanda og taldi hana of seint fram komna. Taldi hann að þær upplýsingar sem stefnandi byggði nú á hefðu verið aðgengilegar löngu fyrir höfðun málsins og hafi stefnanda borið að byggja á þeim í stefnu.

Meðal þeirra gagna sem stefnandi lagði fram við þingfestingu málsins voru bréf Vélaverks ehf. til stefnda, dagsett 20. september 2007, og bréf Sigurðar I. Skarphéðinssonar, deildarstjóra hjá stefnda, til kærunefndar útboðsmála, 3. október 2007. Í fyrra bréfinu kemur fram að stefndi hafi samþykkt nokkra liði til lækkunar eða hækkunar frá aðaltilboði. Í bréfinu eru m.a. taldar upp breytingar á efnisvali á búnaði AISI 304 og 304L í stað AISI 316. Í síðara bréfinu er sérstaklega að því vikið að tilboð Vélaverks ehf. hafi gert ráð fyrir notkun á AISI 304 stáli í stað AISI 316, sem útboðsgögn gerðu ráð fyrir. Þrátt fyrir það hefði verkkaupi metið frávikíð ásættanlegt, en ákveðið engu að síður að hafna tilboðinu og leita leiða til að lækka kostnað. Af þessu má ráða að stefnanda hlaut að vera um það kunnugt löngu fyrir höfðun málsins að í tilboði Vélaverks ehf. fólst önnur gerð af stáli en krafist var í útboðslýsingu, og að stefndi taldi það frávik ásættanlegt. Verður því að fallast á það með stefnda að hin nýja málsástæða stefnanda sé of seint fram komin og hafi stefnanda verið í lófa lagið að byggja á henni í stefnu, teldi hann á annað borð að sú málsástæða hefði þýðingu við úrlausn málsins.

Eins og fram er komið óskaði stefndi eftir tilboðum í miðlægar skólphreinsistöðvar sem hann hugðist reisa á Hvanneyri, Bifröst, Reykholti og Varmalandi í Borgarfirði. Krafist var m.a. að hreinsistöðvarnar byggðu á líffræðilegum hreinsiferlum í samræmi við ákvæði reglugerðar nr. 798/1999, um fráveitur og skólþ, og skyldi hreinsivirkni vera þannig að styrkur BOD-5 í mg/l í frárás stöðvar yrði mestur 25 mg/l O₂, styrkur COD í mg/l mestur 125mg/l og styrkur heildarmagns svifagna í mg/l mestur 35 mg/l. Kröfur um hreinsivirkni eru hér hinar sömu og mælt er fyrir um frá skólphreinsistöðvum fyrir þéttbýli, sbr. 1. tafla í I. viðauka við reglugerð nr. 798/1999, og á við í þeim tilvikum þegar um tveggja þrepa hreinsun eða sambærilega hreinsun er að ræða, sbr. 21. gr. sömu reglugerðar. Í verklýsingu útboðsins var gerð frekari grein fyrir verkinu, umfangi búnaðar og þeim kröfum sem gerðar voru til hans. Var þar m.a. áréttað að útboðið tæki til fullkomins búnaðar og mannvirkjaumgjörðar hans fyrir annað hreinsiprep (biology) í fjórar líffræðilegar hreinsistöðvar, sem þyrftu fyrst og fremst að þjóna niðurbroti kolefnis, sbr. ákvæði reglugerðar um fráveitur og skólþ. Samkvæmt skilmálum í umræddu útboði, gr. 1.1.7, var heimilt að gera frávikstilboð með aðaltilboði, en væri um frávikstilboð að ræða skyldi þess greinilega getið á tilboðsblaði, auk þess

sem frávíkinu skyldi þar stuttlega lýst. Þá segir þar að seljandi sé beðinn um að skýra út kosti frávíkstilboðs, sem og samsvarandi ókosti aðaltilboðs, þannig að verkkaupi geti auðveldlega metið tilboðið og borið saman við önnur.

Stefnandi gerði þrjú tilboð í umrætt verk, eitt aðaltilboð og tvö frávíkstilboð. Í aðaltilboði var boðin tveggja stiga hreinsun, þar sem framleiðandi ábyrgðist BOD <25mg/l í frárennsli. Í frávíkstilboði 1 var boðin eins stigs hreinsun, þar sem framleiðandi ábyrgðist BOD <30 mg/l í frárennsli, en í frávíkstilboði 2 var boðin þriggja stiga hreinsun, þar sem framleiðandi ábyrgðist BOD <10 mg/l og NH₄ <5 mg/l í frárennsli. Samkvæmt yfirliti stefnda um framkomin tilboð var 1. frávíkstilboð stefnanda hið lægsta í verkið, að fjárhæð 1.669.086 evrur, en næstlægsta tilboðið var frá Vélaverki ehf., að fjárhæð 1.756.543 evrur. Kostnaðaráætlun stefnda hljóðaði upp á 1.280.450 evrur og ákvað stefndi „að hafna öllum tilboðum og ganga til samninga við Vélaverk á grundvelli tilboðs þeirra“, eins og orðrétt segir í tölvubréfi Sigurðar I. Skarphéðinssonar, deildarstjóra hjá stefnda, til forstjóra stefnanda 17. september 2007. Samningur var undirritaður 21. september og var þar gert ráð fyrir umfangsminna verki en samkvæmt útboðinu. Í 2. gr. samningsins kemur fram að samningsfjárhæðin sé 1.489.004 evrur „samkvæmt endurnýjuðu tilboði hans [seljanda] og viðbótartilboði, dags. 20. september 2007.“

Eins og áður getur var í útboðsskilmálum tekið fram að um EES útboð sé að ræða og að stuðst væri við lög nr. 94/2001 og reglugerð nr. 705/2001. Lög nr. 94/2001, um opinber innkaup, féllu úr gildi 17. apríl 2007, er ný lög sama efnis tóku gildi, nr. 84/2007. Reglugerð nr. 705/2001, um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti, hafði verið sett með heimild í 2. mgr. 6. gr. laga nr. 94/2001.

Umrætt útboð fór fram í maí 2007 og höfðu þá hin nýju lög um opinber innkaup, nr. 84/2007, öðlast gildi. Í 1. mgr. 7. gr. þeirra kemur fram að lögini taki ekki til samninga sem undanþegnir séu tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sbr. 3.-7. gr. þeirrar tilskipunar, eins og hún hafi verið tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar skulu þó ákvæði XIV. og XV. kafla laganna gilda um samninga sem þeir kaupendur gera sem reka eina eða fleiri tegundir þeirrar starfsemi sem um getur í 3.-7. gr. tilskipunarinnar, og gerðir eru vegna reksturs þeirrar starfsemi. Aréttað er hins vegar að lögini taki að öðru leyti ekki til innkaupa þessara aðila. Í 3. mgr. sömu greinar segir að ráðherra skuli í reglugerð mæla fyrir um innkaup þeirra aðila sem greini í 1. mgr., til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins á sviði opinberra innkaupa samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Reglugerð þessi, nr. 755/2007, var sett 7. ágúst 2007 og kom í stað eldri reglugerðar, nr. 705/2001. Með henni öðlaðist tilskipun nr. 2004/17/EB gildi hér á landi.

Orðalag 1. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007 verður ekki skýrt þannig að ákvæðið undanskilji alla samninga sem kveðið er á um í 3.-7. gr. tilskipunar nr. 2004/17/EB, heldur aðeins þá samninga sem tilskipunin mælir fyrir um að undanþegnir séu. Starfsemi stefnda, eins og hér er til umfjöllunar, fellur undir 4. gr. tilskipunarinnar og eru samningar tengdir þeirri starfsemi ekki undanþegnir ákvæðum tilskipunarinnar. Hins vegar kemur lokamálsliður 2. mgr. sömu greinar í veg fyrir að hin nýju lög gildi um innkaup stefnda, að öðru leyti en ákvæði XIV. og XV.

kafla þeirra, sem fjalla um málskot til kærunefndar útboðsmála og um gildi samninga og skaðabætur. Þar sem reglugerð nr. 755/2007, sem leiddi í lög tilskipun nr. 2004/17EB (veitutilskipunina), öðlaðist ekki gildi fyrr en 7. ágúst sama ár, giltu lög nr. 84/2007 ekki um umrætt útboð, umfram það sem áður greinir. Að sama skapi er ekki unnt að fallast á að eldri reglugerð nr. 705/2001 hafi gilt um útboðið, enda hafði sú reglugerð að geyma ákvæði sem ekki urðu samrýmd fortakslausu ákvæði lokamálsliðar 2. mgr. 7. gr. laga nr. 84/2007. Þótt ætla megi að stefndi hafi talið að um útboðið giltu lög nr. 94/2001 og reglugerð nr. 705/2001, eins og tekið var fram í útboðsskilmálum, verður samkvæmt ofansögðu ekki fram hjá því horft að á þeim tíma sem stofnað var til þess voru ekki í gildi lögboðin fyrir mæli um opinber innkaup stefnda, þ.á m. um útboðsskyldu hans.

Stefnandi byggir kröfur sínar í máli þessu einkum á því að stefnda hafi borið að bjóða út innkaup sín að nýju, eftir að hann hafði hafnað öllum tilboðum í verkið, og að honum hafi þá verið óheimilt að ganga til samninga við Vélaverk ehf. á grundvelli tilboðs þess fyrirtækis. Því til stuðnings vísar hann til 30. gr. og 2. mgr. 74. gr. laga nr. 84/2007. Jafnframt er á því byggt að stefnandi hafi átt lægsta tilboð í verkið, að tilboðið hafi verið gilt og í samræmi við verklýsingu útboðsins og því hafi stefnda borið að ganga til samninga við stefnanda á grundvelli tilboðs hans. Þar sem dómurinn hefur þegar komist að þeirri niðurstöðu að hvorki lög nr. 84/2007, né stjórnslufyrirmæli sem sett voru á grundvelli þeirra laga eða eldri laga, hafi gilt um innkaup stefnda á umræddum tíma, verður ekki á það fallist að stefnda hafi verið skylt að ganga til samninga við stefnanda á grundvelli tilboðs hans, án þess að nokkur afstaða sé hér tekin til þess hvort tilboðið hafi verið gilt. Af málatilbúnaði stefnanda verður hins vegar ekki ráðið hvort fyrri málsástæða hans, um að stefnda hafi borið að bjóða út innkaupin að nýju og að honum hafi því verið óheimilt að ganga til samninga við Vélaverk ehf., byggir á því að stefnda hafi á þeim tíma verið skylt að bjóða innkaupin út samkvæmt 30. gr. laga nr. 84/2007, eða hvort sú skylda hafi allan tímann hvílt á stefnda samkvæmt þeim lögum og ákvæðum reglugerðar nr. 705/2001. Því síður hefur stefnandi fært fram viðhlítandi rök fyrir kröfum sínum, verði talið að stefnda hafi þá borið að efna til nýs útboðs og að honum hafi verið óheimilt að semja við Vélaverk ehf. án útboðs. Er þá sérstaklega til þess horft að kröfur stefnanda eiga rætur að rekja til þess að ekki var samið við stefnanda á grundvelli tilboðs hans, en útboðinu lauk með því að stefndi hafnaði öllum tilboðum í verkið 23. júlí 2007. Að þessu leyti þykir samhengi krafna og málsástæðu stefnanda svo óljóst að ekki verði á því byggt við úrlausn málsins. Hinu sama gegnir um óljósa tilvísun stefnanda til bótareglna EES-réttar og grundvallarreglna EES-samningsins, á þeirri forsendu að stefndi hafi brotið gegn lögum nr. 84/2007. Að þessu virtu verður ekki hjá því komist að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda í málinu.

Með hliðsjón af úrslitum málsins, sbr. og 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, verður stefnandi dæmdur til að greiða stefnda málskostnað, sem ákveðst 650.000 krónur.

Dóminn kváðu upp Ingimundur Einarsson héraðsdómari, sem dómsformaður, ásamt meðdómsmönnum Helga S. Gunnarssyni byggingaverkfræðingi og Ragnari Jóhannssyni eðlisefnafræðingi.

D Ó M S O R Ð:

Stefndi, Orkuveita Reykjavíkur, er sýkn af kröfum stefnanda, Fálkans hf.

Stefnandi greiði stefnda 650.000 krónur í málskostnað.

Ingimundur Einarsson

Helgi S. Gunnarsson

Ragnar Jóhannsson