

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 22. janúar 2010 í máli nr. E-7506/2009:

Ístak hf.

(Ólafur Eiríksson hrl.)

gegn

Vegagerðinni

(Kristinn Bjarnason hrl.)

Mál þetta, sem var dómtekið 11. janúar sl., er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur af Ístaki hf., Engjateig 7, Reykjavík á hendur Vegagerðinni, Borgartúni 5-7, Reykjavík, með stefnu lagðri fram í Héraðsdómi Reykjavíkur 16. júní 2009.

Stefnandi krefst þess að stefndi greiði honum 234.207.290 kr. með dráttarvöxtum skv. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 29. nóvember 2003 til greiðsludags. Þá er krafist málskostnaðar.

Stefndi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum stefnanda, en til vara er krafist verulegrar lækkunar á kröfum stefnanda. Þá er krafist málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Málavextir

Hinn 3. september 2001 var auglýst útboð um gerð Norðausturvegar 85-09 Bangastaðir-Víkingavatn. Í auglýsingunni kom fram að útboðsgögn yrðu til afhendingar frá og með 10. september 2001 og að tilboðsfrestur væri til kl. 14.00 hinn 1. október 2001. Þá var getið helstu magntalna og hvenær verki skyldi lokið.

Útboðsgögn voru útboðslýsing, tilboðsform og uppdráttir. Meðal fylgiskjala með útboðslýsingu og hluti hennar var greinargerð Jóns Eiríkssonar jarðfræðings nefnd „Athugun vegna vegagerðar við Fjallahöfn á Tjörnesi“. Fram kom að um útboðið skyldu gilda, og verða hluti verksamnings, ritin Alverk '95, almenn verklýsing fyrir vega- og brúargerð, útgefið í janúar 1995 og ÍST30:1997 með sérskilmálum Flugmálastjórnar, Siglingamálastofnunar og Vegagerðarinnar 1. útgáfa 1997-07-01 og Merkingar vinnusvæða, útgefið 2000 af Vegagerðinni og Reykjavíkurborg.

Samkvæmt útboðslýsingu var væntanlegum bjóðendum gefinn kostur á því að beina fyrirspurnum ásamt óskum um upplýsingar og breytingar til skrifstofu Vegagerðarinnar á Akureyri til loka dags 24. september 2001. Engar slíkar

fyrirspurnir eða óskir munu hafa borist, hvorki frá stefnanda né öðrum.

Í grein 7.2 í útboðslýsingu fyrir verkið er að finna töflu sem sýnir efnismagn (fast rúmmál) hvers skeringasvæðis og áætlaða skiptingu þess eftir efnisgerð. Fram kemur í töflu að rúmmetrar af fastri klöpp í skeringu F eru áætlaðir 247.233. Þá segir að allar skeringar í fasta klöpp sem þurfi að sprengja (nema hugsanlega hluti af jökulbergi í Hafnardal) séu í blágrýtislögum. Enn fremur segir að blágrýtislögin geti verið afar mismunandi þykk, frá 1-10 m og innbyrðis ólík að eðlisgerð. Vegna tíðra jarðskorpuhreyfinga geti bergið víða verið morkið og sprungið og þar sem bergskeringar ná verulegri dýpt megi því búast við misgóðum aðstæðum við gerð þeirra.

Í grein 7.2.7 í útboðslýsingu segir um skeringu F að á skeringasvæðinu sé víðast þykkt, algróið moldarlag á yfirborði og alls staðar undir því jökulbergs- og jökulurðarlag. Þar undir taki svo við föst klöpp. Einnig segir að ítarlegri lýsingu á jökulberginu og berglögum í skeringunni, svo og sprungum og misgengjum, sé að finna í fylgiskjali 3, greinargerð Jóns Eiríkssonar jarðfræðings (grg. JE). Þá kemur fram að í jarðlagasniðum verði bergskering mest í jarðlagasyrpum merktum BT, BTR og TB. Teikning sem birtist undir texta í greininni sýnir svo jarðlagasniðin (BT efst, þá BTR og svo TB neðst) og skeringu F.

Í grein 8.8 í útboðslýsingu er fjallað um bergskeringar í vegstæði. Í c. lið greinarinnar segir að verktaki skuli nota samþykkt borunar- og sprengiaðferð þannig að slétt og góð yfirborðsaferð náist á bergið, það er „pre-splitta“ og að beita skuli aðferðum sem viðurkenndar eru af framleiðanda sprengiefnis. Einnig segir í d. lið greinarinnar að heildarrúmmál klappar í skeringu og hlutfall klappar sem þurfi að sprengja, sé áætlað, og geti magntölur breyst við uppgjör. Segir að yfirbrot, yfirborðshrjúfleiki og staðbundin útskot skuli vera í lágmarki og skuli verktaki fjarlægja, eða á einhvern samþykktan hátt, lagfæra staðbundna kolla sem ná 0.2 m inn fyrir hönnunarlínu. Þolvik vegna bergskeringar út fyrir greiðslumörk eru 0.1 m.

Í upphafi fylgiskjals 3, grg. JE, er að finna lýsingu á sprungum í Húsahjalla. Mynd nr. 1 á bls. 1 í fylgiskjali 3, grg. JE, sýnir sprungur og misgengi í Húsahjalla. Eru 11 sprungur sýndar á myndinni á kaflanum frá stöð 30.240 til stöðvar 30.760, alls 520 m, það er í skeringu F. Þá segir í texta fyrir neðan myndina að Húsahjalli sé skorinn af fjölmörgum sprungum og misgengjum, sem sjást bæði í sjávarhömrum og á yfirborði. Þá segir: „Athugun á sjávarhömrum leiddi í ljós að sprungurnar eru fremur hrein brot án brotabergs, og mynda opnar sprungur eða veikleika á um eða innan við 0,5 m kafla við hverja. Sjávarrof og frostveðrun gengur nokkuð hraðar inn í stálið við sprungurnar, en skorningarnir eru þó innan við 2 m djúpir. Þessar sprungur hafa sennilega myndast í jarðskjálftum á umliðnum öldum. Þær mynda samfellda veikleikafleti í berginu sem koma til viðbótar við stuðlunarsprungur. Þær síðarnefndu eru miklu fleiri, en hver sprunga takmörkuð við einstakt hraunlag.“ Jafnframt segir að misfellur í jarðlagastaflanum í Húsahjalla kunni að skýra hvers vegna sprungumyndun er sérstaklega áberandi þar.

Á bls. 3 í fylgiskjali 3, grg. JE, segir að syðsti hluti Húsahjalla sé gróinn og því erfitt að sjá gerð jarðlaga þar, en vegna legu misgengja megi gera ráð fyrir mjög losaralegu bergi þar og jafnvel skriðubergi eða brotabergi. Á bls. 3-4 í fylgiskjali 3, grg. JE, er jarðlögum lýst. Um TB (neðsta jarðlag) er eftirfarandi sagt: „Hraunlögin eru almennt um 10 m þykk og smásprungin... Almennt er bergið ákaflega morkið

og losaralegt vegna ummyndunar og fjölda smásprungna.“ Um BTR segir meðal annars að um sé að ræða ferskt blágrýti, fremur reglulega stuðlað sem veðrist niður í stórgrýti. Um BT (efsta jarðlagið) segir. „Efsti hluti hamranna meðfram Húsahjalla, Hringsbjargi og Gerðibrekkuhaus er gerður af beltóttri hraunlagasyrpu, sem er allt að 60-70 m þykk, en víða hefur rofist ofan af henni. Við Sölmundarlæk eru þó staðbundið setlag og hraunlag ofan á BT syrpu. Hraunlagabeltin eru allt frá 1 m upp í 10 m þykk, og stuðlastærð því meiri sem beltin eru þykkari. Hvert belti hefur þéttan, gráan kjarna, en annars eru beltamótin blöðrótt. Bergið er gráleitt, ferskt, mjög dílótt (allt að 50%), enga ummyndun að sjá. Við Sölmundarlæk er um 3 m þykkt völubergs og sandsteinslag ofan á BT.“ Þá er teikningar í útboðsgögnum: Kennisnið og Klapparskering. Á kennisniðinu kemur fram að halli klapparskeringar, flái, eigi að vera 10:1.

Alls bárust ellefu tilboð í verkið. Þar af voru fimm þeirra undir 400 milljónum króna og eitt tilboð var yfir kostnaðaráætlun Vegagerðarinnar, sem var að fjárhæð 551.757.773 kr. Stefndi reynist vera með lægsta tilboðið eða 376.364.830 kr., eða 68,2% af kostnaðaráætluninni.

Verksamningur málsaðila á grundvelli útboðsins var gerður 15. nóvember 2001.

Á verktímanum voru haldnir reglulegir verkfundir og eru þeir bókaðir undir númeruðum dagskrárliðum.

Hinn 15. nóvember 2001, eða sama dag og verksamningurinn var undirritaður, héldu samningsaðilar fyrsta verkfund vegna verksins. Ákveðið var að verkfundir skyldu haldnir á hálfsmánaðarfresti meðan framkvæmdir stæðu yfir. Umsjónarmaður og fulltrúi verkkaupa í verkinu var Sigurður Oddsson, en um daglegt eftirlit með verkinu sá Rúnar Jónsson.

Næsti verkfundur var haldinn 17. desember 2001 og kom þar fram að framkvæmdir við undirbúningsvinnu og mælingar hefðu hafist hinn 12. nóvember 2001 og sprengingar í skeringu E hinn 16. desember 2001.

Hinn 24. janúar 2002 var 4. verkfundur haldinn og kom fram að búið væri að sprengja um 25.000 rúmmetra í skeringu E og byrjað væri að taka mold úr skeringu F.

Hinn 12. mars 2002 var 7. verkfundur haldinn. Þar kom fram að búið var að sprengja um 43.200 rúmmetra í skeringu E og um 10.000 rúmmetra í skeringu F. Í fundargerðinni segir: „Á fundinum var nokkuð rætt um bergskerlingar, sprengingar og pre-splittun. Menn voru ekki sammála um hvaða sverleika borkrónu væri best að nota, hvað bil á milli hola ætti að vera langt og styrkleika á sprengiþræði við pre-splittun. Vertakinn hefur notað 3” borkrónu, haft 130 sm á milli hola og notað 150 gr. þræð. Verktakinn ætlar að skoða sína vinnuáferð og hefur samband við verkkaupa um málið strax eftir helgi.“

Hinn 21. mars 2002 var næsti verkfundur haldinn og var áfram rætt um pre-splittun. Fram kemur að fulltrúar stefndu teldu að til að ná sæmilegum árangri við pre-splittun þyrfti að bora með 2 ½“ borkrónu, hafa 70-80 sm milli hola og sprengja með 80-100 gr. þræði. Fram kom að verktaki væri með bortæki sem gæti ekki notað

minni borkrónu en $2\frac{3}{4}$ “ og lagði hann til að sá sverleiki yrði notaður, haft eins metra bil milli hola og sprengt með 150 gr. þræði. Verkkaupi féllst á að þetta yrði prófað og árangur metinn eftir eina sprengingu.

Hinn 4. apríl 2002 var 9. verkfundur haldinn og er eftirfarandi bókað: „Við vettvangsskoðun í dag kom í ljós í skeringu F við stöð ca 30300 að bergið er mjög lélegt og sprungið, enda mátti samkvæmt jarðfræðikafla í gögnum búast við misgengi á þessu svæði. Sökum þessa hefur borverkið gengið rólega og við borun kemur hvorki loft né svarf úr holum. Að óbreyttu telur verktaki ekki ráðlegt að bora meira að sinni og ætlar að stoppa við, í viku til tíu daga á meðan hreinsað er frá bergstálinu. Aðilar eru sammála um að þegar búíð er að hreinsa frá berginu verði pre-splittun skoðuð og tekin ákvörðun um framhaldið.“ Ekki var ágreiningur um að bergið væri lélegt á þessum stað.

Hinn 2. maí 2002 er 11. verkfundur haldinn. Bókað er að vegna lélegs bergs, stuðla, misgengis og móhellulaga í skeringu F hafi verið ákveðið að hætta við pre-splittun að svo stöddu, en ef bergið reyndist betra þegar lengra væri komið í skeringuna yrði pre-splittað. Samþykkti verkkaupi að skeringafláanum yrði breytt og hann hafður eins brattur eins og kostur væri en breidd á skurði frá vegi að bergstáli yrði látin halda sér. Lögð var áhersla á að allur frágangur við skeringuna yrði vandaður eins og kostur væri þar sem hæðin á bergstálinu yrði 15-17 metrar og því mjög áberandi.

Hinn 5. september 2002, á 20. verkfundi, var búíð að sprengja um 184.000 rúmmetra í skeringu F. Vinna við þá skeringu hafði þá staðið frá því í byrjun mars 2002, eða í um hálf t. ári, og meirihluta þess verkþáttar lokið. Þá er bókað: „Verktaki telur sig eiga rétt á aukagreiðslu vegna vinnu í skeringu F þar sem aðstæður eru miklu verri og vinnslan erfiðari en ætla má út frá tæknilegri útboðslýsingu verkkaupa. Verkkaupi er ósammála ofangreindum kröfum og bendir á lýsingar í útboðsgögnum og greinargerð jarðfræðings.“

Hinn 17. október 2002, á 23. verkfundi, hafði verktaki lokið við að fjarlægja efni úr bergskeringu F, samtals um 284.000 rúmmetra. Á þeim fundi voru engar kröfur um aukagreiðslur settar fram vegna þessa verkþáttar.

Hinn 26. nóvember 2002, á 26. verkfundi, er bókað undir lið 28 að verktaki telji bergið í skeringu C svipað og í skeringu E og F og hann bendi einnig á að hrúnið hafi úr skeringu F. Á verkfundum 27–30 voru engar kröfur eða athugasemdir verktaka bókaðar.

Með minnisblaði stefnanda, dagsettu 12. júní 2003, var greinargerð stefnanda vegna breyttra forsendna í verkinu lögð fram og farið fram á viðræður í málinu, með vísan til fyrirvara í verkfundargerð nr. 20, dagsettri 5. september 2002. Þá var farið fram á greiðslu aukakostnaðar. Með greinargerð stefnanda fylgdi skýrsla Björns Jóhanns Björnssonar jarðfræðings, dagsett 15. september 2002.

Hinn 24. júní 2003, á 31. verkfundi, var bókað að hinn 16. júní 2003 hafi eftirlitið móttengið minnisblað nr. 003 frá verktaka. Er þar um að ræða skjal það sem ber heitið greinargerð vegna breyttra forsendna. Með henni fylgdi skýrsla Björns Jóhanns Björnssonar jarðfræðings, dags. 15. september 2002. Meginatriði þess sem í gögnum þessum er rakið er að lýsing á ætluðu bergi í skeringum í útboðslýsingu

og jarðfræðiskýrslu hafi ekki verið fullnægjandi og af þeim sökum hafi verktaki ekki getað gert sér grein fyrir að framkvæmd verksins yrði þeim erfiðleikum bundin sem raunin varð að hans mati.

Hinn 18. september 2003, á 37. verkfundi, kom fram að verkkaupi væri að skoða greinargerðina og hefði fengið Jón Eiríksson jarðfræðing, sem vann jarðfræðiskýrslu útboðsgagnanna, til að fara yfir málið og skrifa svar. Bókað var að verktaki færi fram á lengingu á skilafresti á verkinu vegna breytinga og magnaukninga í verkinu. Í október 2003 skilaði Jón Eiríksson andsvörum sínum og framkvæmdaefirlit verkkaupa tók saman minnisblað, dags. 2. október 2003. Á grundvelli þessara gagna var sjónarmiðum stefnanda að öllu leyti hafnað. Ekki náðist samkomulag milli aðila þrátt fyrir tilraunir í þá veru í lok október 2003.

Verkinu lauk 24. október 2003 eða 24 dögum eftir umsaminn skiladag.

Hinn 29. október 2003 héldu aðilar fund á Akureyri vegna málsins og aftur í Reykjavík, fáeinum dögum síðar. Á fundinum í Reykjavík var ákveðið að stefndi skyldi setja fram hugmynd að lausn í málinu. Í kjölfarið bauð stefndi greiðslu á um 10 milljónum króna, án viðurkenningar á bótaskyldu. Því var hafnað.

Hinn 15. mars 2004, gerði stefnandi stefnda grein fyrir sjónarmiðum sínum og setti fram kröfu um að stefndi greiddi stefnanda 298 milljónir í aukagreiðslu.

Hinn 2. apríl 2004, var kröfum, fullyrðingum og röksemdum stefnanda hafnað. Í framhaldi af því áttu sér samskipti milli aðila um það hvort sammæli gæti orðið um að fela ágreining undir úrlausn gerðardóms Verkfræðingafélags Íslands. Á það var ekki fallist af hálfu stefnda enda gerði verksamningur aðila ráð fyrir því að ágreiningsmál sem ekki yrðu leyst yrðu rekin fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur

Hinn 18. maí 2004 var 38. og síðasti verkfundur vegna verksins. Þar var lokauppgjör verksins til umfjöllunar. Samkomulag varð um lengingu á skilafresti um þessa 24 daga og kom því ekki til dagsektagreiðslna. Framlenging þessi var vegna magnaukninga í verkinu, jarðvegsskipta og umframefnis sem sett var í fláa. Á fundinum var farið yfir magntölur í verkinu og náð samkomulagi um þær.

Hinn 19. maí 2004 gerði stefnandi stefnda reikning fyrir lokauppgjör vegna magntalna, sbr. samkomulag á verkfundi nr. 38. Stefnandi telur að þetta magntöluuppgjör sé óháð ágreiningi um ætlaða ranga lýsingu í útboðsgögnum.

Með bréfi stefnda, dags. 16. júní 2004 lýsti Vegagerðin því yfir að hún teldi að lokauppgjör verksins hefði farið fram með reikningi stefnanda dags. 18. maí 2004 sem gerður var á grundvelli þess sem aðilar urðu ásáttir um á lokaverkfundi. Í bréfinu kom fram fyrirvari.

Samkvæmt lokauppgjöri á verkinu varð heildarendurgjald vegna þess sem stefndi greiddi stefnanda 451.700.474 kr., þar af 21.592.600 kr. vegna samninga um viðbótarverk. Endurgjald vegna upphaflega umsaminna verkþátta hækkaði því úr 376.226.830 kr. í 430.107.874 kr. vegna magnaukninga í verkinu, meðal annars vegna þess að fláa í bergskeringu F var breytt 2. maí 2002..

Hinn 20. september 2004 sendi stefnandi matsbeiðni til Héraðsdóms Reykjavíkur. Var óskað eftir mati á því hvert væri ástand bergs í skeringum í verkinu 85-09 Norðausturvegur, Bangastaðir – Víkingavatn, og hver kostnaðarauki stefnanda hefði orðið vegna ófullnægjandi upplýsinga í útboðslýsingu, það er eins og þessi atriði voru tilgreind í sjö matsspurningum.

Hinn 12. nóvember 2004 skipaði Héraðsdómur Reykjavíkur þá Gunnar I. Birgisson verkfræðing og Birgi Jónsson jarðfræðing matsmenn í málinu. Matsgerð var skilað 1. nóvember 2005 og var niðurstaða matsmanna sú, að kostnaðarauki verktaka hefði verið 47.000.000 kr. án virðisaukaskatts.

Stefnandi höfðaði mál vegna ágreiningsins með stefnu, birtri hinn 10. mars 2006, sem þingfest var í Héraðsdómi Reykjavíkur hinn 29. júní sama ár. Stefnandi lagði fram yfirmatsbeiðni í þinghaldi 19. febrúar 2007 og í þinghaldi 20. mars 2007 voru verkfræðingarnir Pálmi Ragnar Pálmason, Björn Stefánsson og Páll Ólafsson dómkvaddir til að vera yfirmatsmenn. Hinn 15. apríl 2008 lagði stefnandi síðan fram matsgerð hinna dómkvöddu yfirmatsmanna. Niðurstaða yfirmatsmanna var m.a. sú að verkframkvæmdin hefði reynst bæði kostnaðarsamari og tímafrekari en ætla hefði mátt þegar tilboð í verkið voru gerð. Þá höfðaði stefnandi framhaldssök. Af hálfu stefnda, var þess krafist að henni yrði vísað frá dómi. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur, uppkveðnum 24. febrúar 2009, var frávísunarkröfunni hafnað að öðru leyti en því að dráttarvaxtakröfu í aðalsök og framhaldssök var vísað frá dómi.

Hinn 15. júní 2009 felldi stefnandi málið niður, bæði í aðalsök og framhaldssök, og varð samkomulag með aðilum um að stefndi gerði ekki kröfu um málskostnað vegna niðurfellingarinnar. Stefnandi þingfesti nýtt mál á hendur stefnda hinn 16. júní 2009.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Um brostnar forsendur. Stefnandi telur að ekkert í útboðsgögnum hafi gefið til kynna þá erfiðleika við vinnslu í bergi, sem raunin varð í umræddu BT dyngjubasalti. Lýsing á BT dyngjubasalti hefði átt að vera með aðvörunum, og meiri aðvörunum en lýsing á TB jarðsniði. BT dyngjubasaltið reyndist vera mjög brotið og með opnum sprungum. Sérstök viðvörunarlýsing var á TB basaltinu, sbr. bls. 3-4 í fylgiskjali 3, grg. JE, en ekki á BT. Mátti stefnandi, m.a. vegna þess og vegna kafla 7.2 í útboðslýsingu, einungis búast við morknu og sprungnu bergi þar sem bergskeringar næðu verulegri dýpt, það er segja niður í TB basalt. Það er staðreynd að útboðsgögn veittu ekki upplýsingar um að sprungur á milli stuðla í BT dyngjubasalti væru opnar eða leirfylltar, sem hafði þær afleiðingar að bergið var nánast ósprengjanlegt.

Stefnandi byggir á að stefndi hafi hannað verkið með það í huga að bergið hefði góða stæðni, væri þétt og að ekki væri hætta á hruni úr bergveggjum. Í þessu sambandi bendir stefnandi á fyrirmæli um pre-splittun bergveggja og til þeirra ströngu krafna, sem gerðar eru til yfirborðshjúfleika þeirra. Einnig bendir stefnandi á að hönnun öryggissvæðis bergmegin vegar gefur til kynna að stefndi

hefur ekki gert ráð fyrir neinu hruni úr bergveggjum né úr þeim sprungum/misfellum sem skera Húsahjalla. Ekki hefur verið gert ráð fyrir fangskurðum með fram bergveggjum til að taka á móti hugsanlegu hruni og vegriði eða steypum vegg til að varna því að ökutæki keyri ofan í fangskurðinn við útafakstur, sbr. fylgiskjal nr. 5 með yfirmatsgerð, en það skjal var ekki hluti af útboðsgögnum, heldur afhent yfirmatsmönnum til skýringar, að því er virðist. Til einföldunar má skýra þetta þannig að öryggissvæði eins og það var hannað í þessu verki, án fangskurða og án þess að því sé varnað að ökutæki keyri ofan í fangskurð, er ætlað að taka á móti ökutækjum sem aka út af. Öryggissvæði má ekki hafa hindranir sem eru stærri en 20 sm. Því hefur ekki verið reiknað með hruni á öryggissvæðið, eins og orðið hefur í reynd. Því er ljóst að stefndi gerði ráð fyrir allgóðri basaltklöpp. Það gerði stefnandi einnig á tilboðsstigi.

Reyndin varð sú að ekki var hægt að pre-splitta í skeringu F vegna ástands bergsins. Hvergi var hægt að uppfylla kröfur um yfirborðshrjúfleika bergveggja vegna ástands bergsins og úr öllum bergveggjum er hrun á öryggissvæði bergmegin vegar vegna ástands bergsins. Bergið sem sést í bergveggjum er einkennandi fyrir bergið sem hefur verið fjarlægð. Stefnandi byggir samandregið á að fyrirskrift í útboðsgögnum um „presplitt“, um tiltekinn fláa, með fyrirmælum um að yfirborðshrjúfleiki næði ekki meira en 0.2 m inn fyrir hönnunarlínu, og um þolvik vegna greiðslumarka sýni allt, hvert um sig, að hönnuðir gerðu ráð fyrir að bergið væri vel sprengjanlegt og með góða stæðni. Svo reyndist ekki vera. Því brustu forsendur fyrir heildarfjárhæð verksamnings aðila, sbr. 3. gr. hans, og ber stefnanda leiðrétt endurgjald úr hendi stefnda sem nemur þeim óvænta kostnaðarauka sem varð í verkinu af framangreindum sökum.

Hér er um að ræða venjulegt tilboð verktaka og ekkert í gögnum málsins bendir til þess að áhættan af röngum upplýsingum eða ófullnægjandi upplýsingum hafi verið seld stefnanda. Telja verður að stefndi verði að bera hallann af þeim röngu upplýsingum sem er að finna í útboðsgögnum og þeim aukna kostnaði við verkið sem af mistökunum leiddi. Samkvæmt reglum verktakaréttar hvílir sú skylda á þeim sem býður út verk að sjá til þess að bjóðendur séu í þeirri stöðu að geta reiknað kostnað við að framkvæma verkið, með öðrum orðum ber verkkaupi leiðbeiningarskylda gagnvart bjóðendum. Ef sá sem býður út verk uppfyllir ekki þá skyldu, bresta forsendur fyrir útreikningi á tilboði, og afleiðingarnar verða þær að verð í samningi er ekki skuldbindandi fyrir verktaka. Næstu þrjú tilboð annarra bjóðenda voru mjög nálægt tilboði stefnanda, sem sýnir að aðrir bjóðendur mátu verkið svipað og stefnandi, út frá þeim upplýsingum sem voru fyrirliggjandi.

Stefnandi á ekki að bera áhættu af villandi upplýsingum í útboðslýsingu, eða bera áhættu af því að erfiðleikar verði í framkvæmd verks vegna villandi upplýsinga í útboðslýsingu. Stefnanda var ekki ætlað að taka á sig hluta hönnunar og undirbúnings verkefnisins og bera ábyrgð þar á. Þvert á móti voru gefnar tilteknar forsendur, svo sem um ástand bergs, sprengiaðferð, þan bergs og fláa, sem allar brustu. Jafnvel þegar villa í útboðsgögnum er óveruleg, sem er ekki raunin hér, á verktaki rétt á greiðslu af þeim aukakostnaði sem af henni hlýst, sbr. 14.4 í ÍST 30 með sérskilmálum, og getur hið gagnstæða ekki átt við þegar um verulegar villur er að ræða, eins og hér er.

Reglur um forsendubrest fyrir samningsverði leiða til þess að stefnda ber að greiða það verð sem stefnandi reiknar fyrir það, að því tilskildu að það verð sem stefnandi

reiknar sér fyrir verkið sé ekki bersýnilega ósanngjarnt. Það er rangt og alfarið ósannað að stefnandi hafi, vegna ástands á verktakamarkaði, boðið lægra í verkið en raunkostnað vegna þess. Má í þessu sambandi geta þess að stefnandi var á sama tíma með hafnarframkvæmdir á Húsavík. Sparaði það nokkurn kostnað að samnýta ýmis tæki og mannskap við þessi verkefni.

Um skaðabótaábyrgð. Stefnandi ber skaðabótaábyrgð gagnvart stefnanda vegna þeirra upplýsinga sem hann hefur aflað og verða hluti af útboðsgögnum, sbr. svonefnt fylgiskjal 3, grg. JE. Stefnandi mátti og varð að geta treyst upplýsingum í útboðsgögnum þegar hann gerði tilboð sitt og við framkvæmd verksins síðar. Sá kostnaðarauki sem hann hefur orðið fyrir felur í sér tjón hans sem leitt hefur af og orsakast af því að hann treysti útboðslýsingu við tilboðsgerð og við framkvæmd verksins. Gildir hér einu hvort svo verði litið á, að um sé að tefla kostnaðarauka stefnanda vegna verksins eða tjón hans. Krafa stefnanda byggist bæði á almennri bótareglu, og á ákvæði 21. gr. ÍST 30 með sérskilmálum.

Um 36. gr. samningalaga. Stefnandi byggir á að honum beri aukin greiðsla úr hendi stefnda á grundvelli þess að það sé ósanngjarnt af hálfu stefnda að bera fyrir sig ákvæði 3. gr. verksamnings aðila um verð, vegna þeirra atvika sem urðu og varða ástand bergs og annað það sem hér hefur verði talið, og vegna þess mikla kostnaðarauka sem af þessu leiddi. Því ber að víkja því ákvæði til hliðar eða breyta. Byggist þessi krafa líka á túlkunarreglu verktakaréttar um að leitast skuli við að koma í veg fyrir, að annar aðili geti byggt rétt á samningsákvæðum, sem telja verður ósanngjörn eða óhæfilega íþyngjandi gagnvart viðsemjanda hans. Stefnandi byggir líka á að þessar tvær reglur eigi að leiða til þeirrar niðurstöðu að almenn lýsing á berginu á verkstað eigi ekki að vera yfirsterkari sérstökum lýsingum á skeringu F, sem reyndust svo vera ófullnægjandi, eða að sérstakar lýsingar, sem reyndust ófullnægjandi, eigi að skýra með hliðsjón af almennri lýsingu bergs. Væri það bæði ósanngjarnt og óhæfilega íþyngjandi fyrir verktaka að láta hann bera hallann af því að sérstök lýsing á skeringu F, og aðrar forsendur sem hér hafa verið taldar, reyndust ófullnægjandi, enda augljóst að almenn lýsing á veikleikum bergsins á við neðsta lag þess, TB, en ekki efsta lagið, BT, sem er það lag sem átti að sprengja með pre-splitti að meginstefnu til. Ef stefndi hefði sjálfur unnið verkið hefði þessi aukni kostnaður lent á honum, og á ekki annað að gilda þótt stefndi fái annan til að framkvæma verkið.

Einnig vísast til forsendna fyrir niðurstöðum yfirmatsgerðar, einkum bls. 13, þar sem segir: „Ekki verður framhjá því litið að erfiðleikar við vinnslu skeringa og þá sérstaklega skeringar F, ollu röskun á allri verkframkvæmdinni og forsendur verktaka fyrir áætluðum afköstum brustu. Seinkun við vinnslu skeringa, einkum skeringar F, hafði áhrif á aðra verkþætti svo sem fyllingar og efnisvinnslu. Verktaki þurfti að útvega allmörg viðbótartæki til verksins og bæta við samsvarandi mannafla, setja á vaktavinnu og auk þess lengdist vinna á vinnustað um fimm mánuði umfram það sem verktaki hafði gert ráð fyrir í upphaflegri verkáætlun (dags. 9. nóv. 2001). Ýmis konar magnaukning í verkinu sem samsvarar um 16% aukningu á greiðslum til verktaka umfram tilboðsverð (dskj. 76) nægir ekki til að skýra það allt. Af öllu þessu leiddi, að álitu yfirmatsmanna, ótvírætt verulegan kostnaðarauka hjá verktaka við framkvæmdirnar, umfram það sem telja mætti eðlileg skekkjumörk við tilboðsgerð. Ástæður þessa kostnaðarauka má fyrst og fremst rekja til óvæntra erfiðleika við bergskeringu F.“

Um kröfugerðina. Þess er krafist að stefndi greiði stefnanda kostnaðarauka / skaðabætur í samræmi við niðurstöðu yfirmatsgerðar og á grundvelli þeirra forsendna sem fram koma í yfirmatsgerð. Til að meta aukakostnað töldu yfirmatsmenn eðlilegt að lagt væri mat á viðbætur sem stefnandi lagði til verksins. Töldu yfirmatsmenn að nota mætti gögn frá stefnanda um viðbótartæki og vinnutíma þeirra við verkið, til þess að finna beinan viðbótarkostnað stefnanda af mannskap og tækjum sem hann hefði þurft að bæta við upphaflega áætlaðan mannafla og tækjakost. Þessu til viðbótar töldu yfirmatsmenn eðlilegt að líta til lengingar á verktíma og vaktavinnu að teknu tilliti til magnaukningar í verkinu sem þegar hefði verið greidd. Þar til viðbótar krefst stefnandi þess að stefndi greiði honum kostnað við mölun efnis úr skeringum, verðbætur, kostnað aðalskrifstofu stefnanda og álag vegna hagnaðar (tvö síðast- greindu atriðin saman nefnt álag aðalskrifstofu verktaka í yfirmatsgerð). Einnig er krafist dráttarvaxta.

Eins og áður greinir byggði upphafleg krafa stefnanda í stefnu í einkamálinu nr. E-3995/2006 á útreikningi raunverulegs kostnaðarauka í vinnslu skeringa C, E og F, eins og bókhald stefnanda staðfestir. Dómkrafan nú er hins vegar byggð á vandaðri yfirmatsgerð og grundvallast því á mati dómkvaddra yfirmatsmanna. Yfirmatsmenn byggja mat sitt á kostnaðarauka í vinnslu skeringar F, það er á upplýsingum um tímagjald tækja úr kostnaðarlíkani Landsvirkjunar og víðar, tímagjöldum sem stefnandi greiddi fyrir leigutæki, skrá stefnanda um launakostnað og svo rekstur vinnustaðar, stjórnun hans o.fl., sem 57,6% á launa- og tækjakostnað. Er síðastgreindi liðurinn sami og í dómskjali [27], sjá þann hluta þess sem er merktur fylgiskjal 17-4, sbr. neðanmálgrein á bls. 2 í viðauka II í yfirmatsgerð.

Um yfirmatsgerðina. Í yfirmatsgerðinni er komist að þeirri niðurstöðu að beinn kostnaðarauki stefnanda, á verðlagi samnings, og þannig án þess að tekið sé tillit til kostnaðar aðalskrifstofu eða álags vegna hagnaðar, verðlagsbreytinga og vaxta, hafi numið 136.352.177 kr. án vsk. en 169.758.461 kr. með vsk. Er kostnaðarauki stefnanda sundurliðaður í yfirmatsgerð í eftirfarandi þætti:

Kostnaður vegna leigutækja	46.377.077,-
Kostnaður vegna tímaaukningar tækja stefnanda	19.207.395,-
Kostnaður vegna mannskaps á leigutækjum	12.304.369,-
Kostnaður vegna mannskaps á tækjum	
stefnanda vegna tímaaukningu við F-skeringu	8.269.038,-
Rekstur vinnustaðar, stjórnun o.fl. 57,6%	
á launa- og tækjakostnað	<u>49.834.298,-</u>
Alls kr.án vsk.	<u>136.352.177,-</u>

Um rökstuðning sem og útreikninga að baki framangreindum fjárhæðum vísar stefnandi að öllu leyti til umfjöllunar í yfirmatsgerð.

Um kostnað við mölun efnis úr skeringum. Sem fyrr segir er kostnaður vegna mölunar ekki inni í ofangreindum tölum. Ástæða þess er sú að um kostnað vegna undirverktaka er að ræða. Yfirmatsmenn tilgreina og á bls. 13 í yfirmatsgerð að ekki verði fram hjá því litið, að erfiðleikar við vinnslu skeringa og þá sérstaklega skeringar F, hafi valdið röskun á allri verkframkvæmdinni og að forsendur stefnanda fyrir áætluðum afköstum brustu. Seinkun við vinnslu skeringa, einkum skeringar F, hafi haft áhrif á aðra verkþætti svo sem fyllingar og efnisvinnslu. Þessi kostnaðarauki var í reynd 20% og er reiknaður á einingaverði tilboðs verktaka. Þar sem um einingaverð er að ræða er kostnaður vegna aðalskrifstofu stefnanda og álag vegna hagnaðar innifalið í þessari kostnaðartölu. Þessi kostnaðarauki nemur 7.431.452 kr. án vsk., en 9.252.158 kr. með vsk.

Þeirri fullyrðingu stefnda að seinkun á verki sé ekki tilkomin vegna erfiðleika við skeringu F er alfarið hafnað. Ljóst er af verkáætlun stefnanda að hann ætlaði sér að klára umrætt verk mörgum mánuðum fyrir áætluð skil. Sést því greinilega að „tafir“ á verki stefnanda voru mun meiri en 24 dagar.

Um verðlagsbreytingar. Sem fyrr segir taka yfirmatsmenn sérstaklega fram að niðurstöðutala í yfirmatsgerð taki ekki tillit til verðlagsbreytinga. Þá má geta þess að útreikningar yfirmatsmanna miða við tímagjald á verðlagi tilboðs, en ekki einingaverð tilboðs. Er venja að taka tillit til verðlagsbreytinga við uppgjör í málum sem þessum, þar eð að öðrum kosti væri um að ræða óréttmæta auðgun verkkaupa eða það að tjón væri ekki að fullu bætt. Miðað er við breytingar á byggingarvísitölu frá október 2001 (261,4 stig), þegar tilboð voru opnuð, til þess tíma er skylda til greiðslu dráttarvaxta vaknar, desember 2003 (287,2 stig), samtals 14.220.201 kr. án vsk. en 17.704.150 kr. með vsk.

Um kostnað vegna aðalskrifstofu stefnanda og álag vegna hagnaðar. Sem fyrr segir er kostnaður vegna aðalskrifstofu stefnanda og álag vegna hagnaðar af verkinu ekki innifalinn í niðurstöðu yfirmatsmanna. Stefnandi gerir kröfu um 6% kostnað vegna aðalskrifstofu og 14% álag vegna hagnaðar. Eru báðar tölurnar hóflegar og í samræmi við venjur og vel þekkt viðmið á verktakamarkaði. Er ljóst að þær málsástæður sem bornar eru fram af hálfu stefnanda leiða til þess að greiða skal stefnanda þessar kröfur og má sérstaklega vísa til þess hvað málsástæðu um skaðabótaábyrgð ræðir að tjón stefnanda yrði að öðrum kosti ekki fullbætt. 6% kostnaður vegna aðalskrifstofu og 14% álag vegna hagnaðar nemur samtals 31.114.476 kr. með vsk. en 38.737.523 kr. með vsk.

Samantekt

Dómkrafan sundurliðast því sem hér segir í kr.:

Beinn kostnaðarauki skv. yfirmatsgerð	136.352.177,-
Mölnun efnis úr skeringum	7.431.452,-
Verðlagsbreytingar	14.220.201,-
Kostnaður vegna aðalskrifstofu og álag vegna hagnaðar	<u>31.114.476,-</u>
Alls án vsk.	188.118.306,-
Vsk. 24,5%	<u>46.088.985,-</u>
Samtals án vaxta kr.	<u>234.207.290,-</u>

Upphafstími dráttarvaxta af stefnufjárhæð er sá dagur þegar einn mánuður var liðinn frá því að krafa var fyrst sett fram við stefnda, það er á fundi á Akureyri hinn 29. október 2003.

Um lagarök fyrir greiðsluskyldu stefnda vísast til meginreglna samninga- og kröfuréttar. Meðal annars byggjast kröfur stefnanda á reglum samningaréttarins um forsendubrest og um tillitsskyldu. Þá er byggt á meginreglum verktakaréttar, reglum um skyldu til greiðslu skaðabóta innan samninga vegna vanefnda gagnaðila á samningsskuldbindingum sínum, almennu skaðabótareglunni og reglum kröfuréttar um óréttmæta auðgun. Kröfu um dráttarvexti styður stefnandi við 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Kröfu um málskostnað byggir stefnandi á 3. mgr. 129. og 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Málsástæður og lagarök stefnda

Ágreiningslaust er að stefnandi og stefndi gerðu með sér verksamning þar sem um var samið að stefnandi ynni tiltekið verk fyrir stefnda gegn fyrir fram ákveðnum verklaunum í samræmi við tilboð stefnanda. Stefnandi lauk því verki sem hann tók að sér og ágreiningslaust er að stefndi hefur gert upp verklaun í samræmi við einingaverð sem samningur aðila kvað á um og raunverulegar magntölur verksins sem m.a. tóku mið af umsömdum breytingum sem urðu á verkinu.

Stefnandi styður kröfur sínar í máli þessu við að ógilda beri samning aðila um verklaun á grundvelli brostinna forsendna eða að víkja eigi samningi um verklaun til hliðar á grundvelli 36. gr. samningalaga nr. 7/1936, þar sem ósannjarnt sé af hálfu stefnda að bera hann fyrir sig. Þá vísar stefnandi til skaðabótaábyrgðar og almennu skaðabótareglunnar.

Stefnandi byggir málatilbúnað sinn að meginstefnu á þeirri málsástæðu að ekkert í útboðsgögnum hafi gefið til kynna þá erfiðleika við vinnslu á bergi sem hann telur að raun hafi orðið á við svokallað BT dyngjubasalt. Málatilbúnaður stefnanda um

Þetta atriði verður ekki skilinn öðruvísi en hann byggi á því að umræddir erfiðleikar hafi verið í öllum bergskeringum.

Haldið er fram að bergið hafi verið nánast ósprengjanlegt í F skeringu. Á því er sérstaklega byggt að fyrirskrift í útboðsgögnum um „pre-splitt“, um tiltekinn fláa og þolvik vegna greiðslumarka, sýni að hönnuðir hafi gert ráð fyrir að bergið hefði góða stæðni, væri þétt og ekki væri hætta á hruni úr bergveggjum. Stefnandi byggir málatilbúnað sinn og kröfugerð á því, að hann hefði samkvæmt útboðsgögnum mátt búast við vel sprengjanlegu bergi með góða stæðni, sem hafi ekki reynst vera. Þá hafi brostið forsendur fyrir samningi aðila um verklaun samkvæmt verksamningi og stefnandi eigi því rétt á að fá greiddan kostnaðarauka sem hann telur hafa orðið við verkið af framangreindum sökum.

Hér er því verið að krefjast þess að endurgjald fyrir verkið í heild verði endurmetið og er ekki byggt til vara á því að stefnanda beri bætur vegna kostnaðarauka eða álags vegna tiltekinna verkþátta.

Samkvæmt þessu er á því byggt af hálfu stefndu, að kröfugerð stefnanda standi og falli með því hvort fallist sé á málsástæður hans um það, hvort samningur aðila um verklaun falli niður vegna brostinna forsendna eða með því að honum sé vikið til hliðar.

Fyrir upphaflegt samningsverk hefur stefnandi þegar fengið greiddar 430.107.874 kr. og krefst nú til viðbótar 234.207.290 kr. og yrði heildarendurgjald því 664.315.164 kr., ef á kröfuna yrði fallist.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda og heldur fram að málsástæður og lagarök stefnanda eigi sér ekki stoð. Sérstaklega er því mótmælt að uppfyllt séu skilyrði til að 36. gr. samningalaga nr. 7/1936 verði beitt til að víkja samningi um verklaun til hliðar og að sýnt hafi verið fram á að uppfyllt hafi verið skilyrði almennu skaðabótareglunnar. Þá sé á því byggt að kröfur stefnanda séu vanreifaðar og fyrndar að hluta.

Verður hér fjallað um helstu málsástæður stefnda sem að þessu lúta en þær eru að útboðslýsing hafi hvorki verið röng né villandi.

Útboðslýsing var fullnægjandi. Stefndi byggir á því að engar þær aðstæður hafi komið fram við framkvæmd þessa verks sem ekki mátti vænta af lestri útboðsgagna og fylgigagna.

Í kafla 4.4.3 í útboðslýsingu er lýst með almennum hætti jarðmyndunum, landslagi og gróðri í vegstæði.

Í upphafi kaflans segir: „Undirstöðuberg á austanverðu Tjörnesi er myndað af blágrýtisstafla frá Tertiértímabilinu. Ofan á hann leggjast yngri jarðlög frá Ísöld og liggja mörk þessara jarðmyndana m.a. við Fjallahöfn. Á Tjörnesi hefur orðið gífurlegt landris og að sama skapi landsig í Öxarfirði, sem fyllst hefur upp í jafnóðum af framburði af landi, auk þess sem hraun hafa runnið þar til sjávar. Mikið sigstalla- og misgengjabrotabelti liggur þarna á milli og þverar veglínan það frá NV til SA úr, u.þ.b. 90 m.y.s. við Bangastaðavatn niður sjávarmál austan Fjallahafnar.“

Í kafla 7 um námur og efnistöku er í 7.2 fjallað almennt um skeringar í vegstæði. Þar segir í niðurlagi: „Allar skeringar í fasta klöpp sem þarf að sprengja (nema hugsanlega hluta af jökulbergi í Hafnardal) eru blágrýtishraunlög, en stafli þeirra er undirstöðuberggrunnur á þessu svæði, sbr. kafla 1.1.1. Blágrýtislögin geta verið afar mismunandi þykk, frá 1-10 m og innbyrðis ólík að eðlisgerð. Milli einstakra berglaga geta verið þunn, leirkennð setlög. Vegna tíðra jarðskorpuhreyfinga getur bergið víða verið morkið og sprungið. Þar sem bergskeringar ná verulegri dýpt má því búast við misgóðum aðstæðum við gerð þeirra.“

Í umfjöllun um skeringu F, í 7.2.7, þar sem veglínan liggur um Hafnardal niður á Húsahjalla við Fjallahöfn, er sérstaklega vísað til ítarlegri lýsingar á jökulberginu og berglögum í skeringunni svo og í sprungum og misgengjum, í greinargerð Jóns Eiríkssonar jarðfræðings (fylgiskjal nr. 3).

Í greinargerðinni kemur fram að Húsahjallinn sé skorinn af fjölmörgum sprungum og misgengjum sem sjáist bæði í sjávarhömrnunum og á yfirborði. Fram kemur að jarðskjálftasprungur myndi samfellda veikleikafleti í berginu sem komi til viðbótar við stuðlunarsprungur en þær séu miklu fleiri en hver sprunga takmörkuð við einstakt hraunlag. Þá segir að misfellur í jarðlagastaflanum í Húsahjalla, þunnar ungar syrpur, mislæggar á þykku fornbergi, með allt aðra jarðtæknilega eiginleika, kunni að skýra hvers vegna sprungumyndunin er sérstaklega áberandi. Í umfjöllun Jóns um þykkt jökulbergs og jökulruðnings á Húsahjalla segir svo í greinargerðinni: „Syðsti hluti Húsahjalla er gróinn og erfitt að sjá gerð jarðlaga þar, en vegna legu misgengja má gera ráð fyrir mjög losaralegu bergi þar, og jafnvel skriðuefni og brotabergi.“ Síðasti hluti greinargerðarinnar fjallar um mynd af strandsniði Húsahjalla – Gerðubrekkuhauss. Í þeim kafla er stutt lýsing á jarðalagaeiningum sem fram koma á mynd þeirri sem til umfjöllunar er.

Máltilbúnaður stefnanda byggir að verulegu leyti á því, að í lýsingu á jarðlaginu TB sé tekið fram að almennt sé bergið ákaflega morkið og losaralegt vegna ummyndunar og fjölda smásprungna. Þess sé hins vegar ekki getið í umfjöllun um BT og því telur hann sig hafa mátt treysta því að það berg væri gott í vinnslu.

Af hálfu stefnda er haldið fram að þetta fái á engan hátt staðist enda megi ætlast til að verktaki lesi útboðsgögn í samhengi. Eins og rakið hefur verið koma víða fram í útboðslýsingu viðvaranir um ástand bergs í skeringu F á Húsahjalla. Þá var sérstaklega tekið fram að bergið í skeringunum væri misgott í vinnslu. Af umfjöllun í útboðslýsingu 7.2 og 7.2.7 og greinargerð Jóns Eiríkssonar jarðfræðings mátti stefnandi gera ráð fyrir því að sá hluti bergskeringa sem yrði erfiðastur væri skering F á Húsahjalla, svo sem raunin varð, og þá sérstaklega syðsti hluti hans. Stefndi telur fráleitt að halda því fram að stefnanda hafi verið rétt að draga þá ályktun af umfjöllun Jóns Eiríkssonar um jarðalagagerðir í Húsahjalla að aðrar einingar en TB væru góðar til vinnslu. Í sérstakri umfjöllun um BT kemur fram að hraunlagabeltin séu allt frá 1 metra upp í 10 metra þykk og stuðlastærð því meiri sem beltin væru þykkari. Af þessu og öðrum upplýsingum í útboðsgögnum hlaut stefnandi að hafa þá vitneskju að erfiðleikar gætu komið upp við sprengingar í bergskeringum og þá fyrst og fremst í F skeringu á Húsahjalla.

Samkvæmt þessu er því mótmælt sem röngu og ósönnuðu að aðstæður við bergskeringar og efnisvinnslu hafi verið verri en gera mátti ráð fyrir. Stefnanda

hlaut að vera ljóst sem reyndum verktaka, sem hefur í þjónustu sinni reynda sérfræðinga og verkmen, að verkþættir þessir gætu reynst erfiðir og áhættusamir. Stefnandi hafði því allar forsendur til þess að taka tillit til þessa áhættuþáttar við tilboðsgerð sína, m.a. þegar hann ákvað hvaða einingaverð skyldi boðið vegna bergskeringa. Ekki getur komið til álita að stefnandi geti krafist aukagreiðslu vegna þess að einhver tiltekinn hluti verksins sé erfiður í vinnslu óháð því hvernig verkþátturinn vannst að öðru leyti. Stefnandi er sérfræðingur á sviði verkframkvæmda og hefði vart boðið í verkið nema hafa góða þekkingu á meginþáttum þess, þar á meðal aðferðafræði við sprengingar og hvað máli skipti við mat á því hvernig þær yrðu best framkvæmdar.

Stefndi mótmælir sönnunargildi skýrslu Björns Jóhanns Björnssonar á þeirri forsendu að skjalið sé sérfræðiskýrsla sem unnin sé að beiðni stefnanda án nokkurrar aðkomu stefnda. Þá er mótmælt þeim ályktunum sem dregnar eru í skýrslunni auk þess sem niðurstöður hennar virðast ekki byggja á jarðfræðilegum þáttum heldur túlkunum og ályktunum út frá fyrirmælum um verktilhögun. Um andsvör við þá greinargerð er að öðru leyti vísað til greinargerðar Jóns Eiríkssonar jarðfræðings frá í október 2003.

Stefnandi hefur byggt á því máli sínu til stuðnings að verklýsing hafi gert ráð fyrir pre-splittun á berginu og að flái standi bratt (10:1).

Stefndi mótmælir því að ekki hafi verið hægt að nota pre-splittun alls staðar og ná tilgreindum fláa ef stefnandi hefði notað réttar aðferðir og haft fullnægjandi tækjakost. Af hálfu stefnanda liggja engin sönnunargögn fyrir um að þetta hafi ekki verið hægt en benda má á að snið mæld stefnanda séu stærstum hluta í 10:1. Eins og lýst hefur verið samþykkti stefndi minni bratta á fláa í skeringu F og kom þannig til móts við stefnanda í þeim erfiðleikum sem hann átti.

Stefndi heldur fram að þau vandamál sem stefnandi lenti í hafi fyrst og fremst verið vegna þess að hann notaði ekki réttar aðferðir og búnað við sprengingar auk þess sem verkstjórn hafi verið ábótavant, m.a. vegna þess hve oft var skipt um yfirmenn á verkstað.

Þá byggir stefndi á því, að stefnandi verði að lesa útboðsgögnin í heild og hann hafi klárlega getað gert ráð fyrir því að vanda þyrfti til verka til þess að unnt væri að pre-splitta og ná hönnuðum fláa.

Um umfjöllun um pre-splitt er að öðru leyti vísað til umfjöllunar um yfirmatsgerð.

Samkvæmt framangreindu byggir stefndi á því að stefnandi hafi alls ekki getað gert ráð fyrir því að berg væri í öllum skeringum auðsprengjanlegt með venjulegum aðferðum. Þvert á móti mátti hann ráða af lestri útboðsgagna og fylgiskjala að búast mætti við erfiðleikum við sprengingar og þá sérstaklega í F skeringu, eins og raunin varð.

Stefndi byggir á því að útboðsgögn hafi ekki verið röng, ófullnægjandi eða villandi með þeim hætti sem stefnandi heldur fram og þegar af þeirri ástæðu kemur ekki til álita að samningur um verklaun hafi fallið niður vegna brostinna forsendna eða að ósamngjarnt sé að bera samninginn fyrir sig .

Frávik voru ekki veruleg. Af hálfu stefnda er á því byggt að jafnvel þó talið væri að útboðslýsing hafi verið ófullnægjandi að því leyti sem stefnandi heldur fram, þá geti aldrei verið um slík frávik að ræða að leiði til þess að tilboðsverð falli öll úr gildi á grundvelli brostinna forsendna eða samkvæmt 36. gr. samningalaga.

Á því er byggt að ekki komi til álita að fella úr gildi eða víkja til hliðar umsömdum verklaunum nema forsendur bresti þannig að öllu skipulagi, bæði tæknilegu og fjárhagslegu, sé algjörlega kollvarpað. Fjarri sé að atvik í þessu verki teljist með þeim hætti og er bent á að stefnandi skilaði verkinu einungis 24 dögum eftir upphaflega umsamin skiladag og var sá dráttur vegna umsaminna magnaukninga í verkinu og viðbótarverka. Eins og lýst hefur verið er, að mati stefnda, ekki unnt að halda fram að stefnandi hafi af lestri útboðsgagna mátt búast við því að allar bergskeringar væru auðsprengjanlegar.

Í máli þessu leitast stefnandi við að fá viðurkennda svokallaða heildarkostnaðaraðferð, en almennt er hún ekki talin koma til álita sem kröfugerð fyrir verktaka nema í mjög sérstökum tilvikum. Einn þeirra þátta sem þarf að uppfylla ef þessari aðferð er beitt er að tilboð verktaka hafi verið raunhæft. Stefnandi bauð mjög lágt í þetta verk eða rúm 68% af kostnaðaráætlun stefnda sem unnin var á grundvelli sömu gagna og upplýsinga og stefnandi miðaði tilboð sitt við. Eins og sjá má á dóm skjali nr. 79 bauð stefndi mjög lágt einingaverð í bergskeringar miðað við kostnaðaráætlun stefnda. Í engu er skýrt í málgögnum stefnanda hvernig tekið sé tillit til þess að tilboðsverð hans voru lág og verulega undir kostnaðaráætlun. Tekið skal fram að á þeim tíma sem útboð þetta fór fram var algengt, eins og áður greinir, að verktakar gerðu lág tilboð vegna stöðu á verktakamarkaði. Skar þetta útboð sig ekki úr í þeim efnum og má því vænta að verktakar hafi almennt sætt sig við litla framlegð úr verkum á þessum tíma. Bent er á, að kostnaðaráætlun stefnda var gerð á grundvelli sömu gagna og upplýsinga og tilboðsgjafar fengu í útboðsgögnum, þar á meðal um jarðfræði og hvernig ætla mætti að berg væri til sprenginga. Tilgangur heildarkostnaðaraðferðarinnar getur aldrei orðið sá að ná til baka tapi verktaka af því bjóða lágt í verk og ná þannig framlegð sem tilboðsverð hefðu ekki leitt af sér þó allar forsendur hefðu staðist.

Stefndi heldur fram að skilyrði fyrir heildarkostnaðaraðferð um raunhæft tilboð sé ekki uppfyllt. Þá er hvorki sýnt að meintur raunkostnaður sem krafinn er sé eðlilegur né að hann hafi ekki verið verktakanum sjálfum að kenna að hluta eða öllu leyti.

Á því er byggt að ekki sé stætt á því að beita heildarkostnaðaraðferðinni nema ógerlegt sé að sýna fram á fjárhæð kröfu með öðrum hætti, tilboð verktakans hafi verið raunhæft, raunkostnaður sé eðlilegur og það sem aflaga fór hafi ekki verið verktakanum sjálfum að kenna.

Af hálfu stefnda er á því byggt að stefnandi hafi ekki sýnt fram á að tilgreind skilyrði séu uppfyllt í þessu máli.

Við mat á því hvort forsendur hafi brostið fyrir verklaunum þannig að beitt verði umræddri aðferð hefur í verktakarétti einnig verið horft til þess hvernig verkkaupi hefur brugðist við gagnvart verktaka þegar vandi og erfiðleikar í verki koma upp.

Í máli þessu ber því að líta til þess að stefndi brást með jákvæðum hætti við óskum stefnanda um breytingar á verktilhögun þegar erfiðleikar í bergskeringu F voru kynntir jafnvel þó hann væri ekki sammála stefnanda um ástæður þeirra. Fyrir liggur að stefndi greiddi stefnanda fyrir magnaukningu sem varð í verkinu vegna þeirrar breytingar sem gerð var.

Tilkynningar og úrlausn ágreiningsmála. Stefnandi byggir kröfur sínar alfarið á því að útboðslýsing hafi verið ófullnægjandi og kostnaðaraukning hafi öll orsakast af óvæntum erfiðleikum sem urðu við sprengingar í skeringum.

Eins og fram kemur í verkfundargerðum gerði stefnandi aldrei athugasemd vegna útboðsgagna á verkfundum en um það var unnt að fjalla á verkfundum undir lið 33. Samkvæmt lið 14.4 í ÍST 30:1997, skal verktaki tafarlaust tilkynna verkkaupa um það. Þvert á móti var bókað og undirritað á verkfundi hinn 2. apríl 2002, þegar bergskeringar voru komnar vel á veg í skeringu E og vinna hafin í skeringu F, að samkvæmt jarðfræðikafla útboðsgagna hefði mátt vænta misgengja. Varðandi tómlæti stefnanda um þessi efni bendir stefndi auk þess á, að stefnandi hefur lagt fram og byggir á greinargerð Björns Jóhanns Björnssonar jarðfræðings. Greinargerðin, sem unnin er fyrir stefnanda og beint til hans, er dags. 15. september 2002. Í henni er haldið fram að útboðsgögn hafi ekki verið nægilega skýr að mati höfundar. Þrátt fyrir móttöku á þessari greinargerð, gerði stefnandi engar kröfur eða fyrirvara á grundvelli hennar fyrir en í júní 2003 þegar bergskeringum og efnisvinnslu var löngu lokið og verkið í heild langt komið.

Stefnandi setti ekki fram kröfur á hendur stefnda þegar hann lýsti erfiðleikum við sprengingar í bergskeringu F fljótlega eftir að hann hóf sprengingar þar veturinn 2001/2002. Vegna þeirra erfiðleika sem stefnandi lýsti samþykkti stefndi að stefnandi mætti breyta út af hönnuðu sniði bergfláa í skeringu F þar sem örðugleikar voru við pre-splittun í fláa 10:1. Þar sem fjarlægð frá neðsta hluta bergstáls frá veglínu var óbreytt þýddi þetta að taka þurfti meira efni úr skeringunni en upphafleg hönnun gerði ráð fyrir. Af hálfu stefnda var samþykkt að greiða stefnanda fyrir mælt efni sem tekið var úr skeringunni en ekki samkvæmt rúmmáli í hönnuðu sniði eins og verksamningur aðila kvað á um. Í lið 8.8 f) í útboðslýsingu, sem var hluti verksamnings aðila, kemur fram í kafla um verkþáttinn „Bergskeringar í vegstæði“ að uppgjör skuli miðast við hannað rúmmál í óhreyfðu bergi. Þessi breyting og samkomulag var gert í samræmi við 16. kafla ÍST 30:1997. Með því að samþykkja breytta hönnun og verktilhögun, og greiðslur fyrir það, var málinu lokið milli aðila.

Með vísan til þessa er því haldið fram að fyrirvari stefnanda á verkfundi hinn 4. september 2002 hafi verið of seint fram kominn svo og allar síðari kröfur um aukagreiðslur. Þá liggi fyrir að þegar á þeim verkfundi hafi fulltrúar stefnda hafnað skyldum samkvæmt honum án þess að það leiddi til frekari viðbragða af hálfu stefnanda. Á næstu vikum lauk stefnandi við bergskeringu F og hélt áfram að senda reikninga á grundvelli einingaverða í verksamningi með sama hætti og áður og án nokkurs fyrirvara. Mátti stefndi líta svo á, að fallið hefði verið frá fyrirvaranum enda hefði að öðrum kosti átt að semja þegar skriflega um breytingar á samningsfjárhæð og skilafresti, sbr. lið 14.4.1 í ÍST 30:1997.

Af hálfu stefnda er jafnframt byggt á því að tilkynning um breyttar forsendur í verkinu hafi verið of seint fram komin í júní 2003 þegar búið var að vinna og greiða fyrir þá verkþætti sem stefnandi telur að eigi að fella samning aðila um verð úr gildi um verklaun. Þá er á því byggt að með fyrirvaralausú uppgjöri hinn 18. maí 2004 á síðasta verkfundi aðila hafi stefndi mátt líta svo á að fallið hefði verið frá þeim kröfum sem settar höfðu verið fram af hálfu stefnanda veturinn 2003/2004 sbr. grein 31.8 í ÍST30:1997 auk þess sem stefnandi hafi ekki brugðist við fyrirvara stefnda samkvæmt bréfi, dags. 16. júní 2004, fyrr en rúmlega þremur mánuðum síðar.

Vanreifun–fyrning. Verði ekki fallist á sýknu stefnda á þeim grundvelli að ekki sé unnt að fella úr gildi samning aðila um verklaun þá byggir stefndi á því að fjárkröfur stefnanda séu vanreifaðar.

Stefndi heldur fram, eins og reifað er hér að neðan í umfjöllun um yfirmatsgerð, að kröfugerð stefnanda verði ekki við hana studd en samkvæmt henni var kostnaðarauki metinn 169.758.461 kr.

Á því er byggt að kröfur stefnanda að þessu leyti séu ósannaðar og vanreifaðar.

Þeim liðum kröfugerðar í stefnu sem ekki eru studdir við yfirmatsgerð er einnig mótmælt sem röngum og ósönnuðum, þ.e. kostnaðarliðum vegna mөлunar efnis úr skeringum, verðlagsbreytinga og vegna aðalskrifstofu og álags vegna hagnaðar. Ekkert stendur á bak við þessa kröfufliði annað en gögn og fullyrðingar stefnanda um venjur og er þeim mótmælt. Fullyrðingum um venju er sérstaklega mótmælt sem röngum og ósönnuðum. Hvorki verður séð að kröfur stefnanda um þessa liði hvað varðar fjárhæð né venjur séu studdar við gögn sem stefnandi hefur lagt fram. Þá er vanreifað af hálfu stefnanda hvernig fjárhæðir vegna verðlagsbreytinga og kostnaðar við aðalskrifstofu og álags vegna hagnaðar eru reiknaðar. Samkvæmt framangreindu byggir stefndi á því að kröfur þessar séu ósannaðar og vanreifaðar auk þess sem þær eigi sér ekki lagastoð. Því er sérstaklega mótmælt að réttarreglur um óréttmæta auðgun geti átt við um kröfu stefnanda um verðlagsbreytingar og sérstaklega vísað til þess að samningur aðila um verklaun kvað ekki á um að einingaverð væru verðtryggð.

Þá er sérstaklega á því byggt varðandi kröfu um verðlagsbreytingar að sú krafa, yrði hún yfirleitt talin koma til álita, væri fyrnd eða fallin niður fyrir tómlæti enda var sú krafa í þessa veru fyrst sett fram í stefnu í framhaldssök í fyrra máli sem birt var 14. október 2008 en þá voru meira en 4 ár liðin frá lokum þess verks sem um ræðir.

Um niðurstöður matsgerða sem aflað hefur verið samkvæmt IX. kafla laga nr. 91/1991.

Undirmatsgerðin. Rúmlega þremur mánuðum eftir að Vegagerðin hafði sent fyrrgreint bréf sitt um lokauppgjör leitaði stefnandi eftir dómkvaðningu matsmanna, með beiðni dags. 20. september 2004 um mat á grundvelli sjö matsspurninga, en tilgangi matsins lýsti stefnandi þannig að meta skyldi og skoða hvert væri ástand bergs í skeringum í umræddu verki og hver hefði orðið kostnaðarauki stefnanda vegna „ófullnægjandi upplýsinga í útboðslýsingu“.

Til matsstarfa voru kvaddir Gunnar I. Birgisson verkfræðingur og Birgir Jónsson jarðfræðingur. Matsgerðinni var lokið 21. nóvember 2005. Matsmennirnir komust að þeirri niðurstöðu að útboðslýsing væri í meginatriðum fullnægjandi en borun, sprengingar og losun bergs í skeringu F hefði þó verið erfiðari en verktaki mátti gera ráð fyrir. Töldu þeir hæfilegt að leggja 70% álag á einingaverð stefnanda fyrir þennan verkþátt. Niðurstaða matsmanna var að kostnaðarauki verktaka vegna erfiðleika í skeringu F væri 47.000.000 kr. án virðisaukaskatts.

Fram kom í matsgerðinni að reyndur verktaki hefði átt að sjá að í skeringu F þar sem mestur hluti sprengivinnunnar fór fram, væru verri aðstæður en í öðrum skeringum.

Yfirmatsgerðin. Undir rekstri fyrra máls lagði stefnandi fram yfirmatsbeiðni, dags. 19. febrúar 2007, og voru dómkvaddir Björn Stefánsson byggingaverkfræðingur, Páll Ólafsson verkfræðingur og Pálmi Ragnar Pálmason verkfræðingur. Yfirmatsgerð var skilað 10. janúar 2008. Niðurstaða matsgerðarinnar var sú, að kostnaðarauki stefnanda vegna erfiðleika í verki væri 136.352.177 kr. án virðisaukaskatts.

Í máli þessu styður stefnandi dómkröfur sínar að mestu leyti við yfirmatsgerðina og telur stefndi því nauðsynlegt að gera sérstakar athugasemdir við einstaka liði í niðurstöðum yfirmatsmanna en þær koma fram á bls. 9-15 í matsgerðinni.

a) Matsspurning nr. 1. „Hvert er ástand á BT jarðlagasniði í verkinu, sérstaklega m.t.t. stuðlasprungna. Matsmenn takmarki sig við skeringar F, E og C.“

Á bls. 9-10 kemur fram svar yfirmatsmanna vegna þessa matsliðar. Efst á bls. 10 er lýst ástandi í skeringu F og er þar staðfest að BT berglagasnið sé mikið sprungið miðað við íslenskt berg.

Ef skilja á umfjöllun yfirmatsmanna svo að ekki hafi verið bent á stóra stuðla í BT í útboðsgögnum er rétt að vísa til þess að í jarðfræðiskýrslu Jóns Eiríkssonar jarðfræðings er sérstaklega tekið fram að hraunlagabelti séu frá 1 metra upp í 10 metra þykk og stuðlastærð því meiri sem beltin eru þykkari. Það hefði því, að mati stefnda, engan veginn átt að koma á óvart að þykkari beltin séu stórstuðluð en smástuðlað berg í þynnri beltunum.

Í umfjöllun um F skeringu kveðast yfirmatsmenn hafa skoðað mæld snið í skeringunni samkvæmt dómskjali nr. 87. Kemur fram að yfirmatsmenn hafi komist að þeirri niðurstöðu að teiknuð snið sem sýni endanlega fláa leiði í ljós að bergskeringar séu á bili 2:1 upp í 5:1, víðast á bilinu 2,5:1 til 4,2:1.

Stefndi fær í fyrsta lagi ekki séð að það rúmist innan matspurningar að fjalla um þennan þátt enda ekki um að ræða lýsingu á BT jarðlagasniði.

Stefndi fær ekki skilið hvernig yfirmatsmenn hafa getað fengið þessa niðurstöðu af skoðun á sniðum á dómskjali nr. 87. Ef skoðuð eru sem dæmi sniðin frá st. 40480 til 30600, þar sem bergskeringar eru einna dýpstar, sést að bergveggurinn er þar u.þ.b. 20 metra hár. Mældur flái bergs í hverju skeringarsniði á þessum kafla er breytilegur frá því sem næst 10:1 til 10:3. Þetta sýnir, að mati stefnda, að unnt var

að ná þessum bratta, ef reynt var. Skýringin á breytilegum fláum í sniðum réðst af því að í framkvæmdinni var ekki reynt að ná fláa 10:1 heldur var ákveðið að byrja skeringuna í lausa efnið á ákveðnum stað efst, og þá mun utar en hönnunarsniðið gerðu ráð fyrir, og þegar komið væri niður í bergið væri reynt að fara tiltölulega bratt niður og stefna á upphaflega hannaðan punkt í botni skeringar til að halda umframefni í lágmarki. Það var ljóst með því að verktaki fékk heimild til að nota þetta verklag að skeringin gat aldrei öll orðið með fláann 10:1.

Ekki eru gerðar sérstakar athugasemdir við lýsingu ástands skeringa E og C.

b) Matsspurning nr. 2. „Hvort sérstök lýsing á ástandi BT jarðalagasniði í útboðsgögnum sé í samræmi við það sem er í reynd.“

Hér hefur stefnandi valið þá leið að spyrja einungis um lýsingu í tilteknum hluta jarðfræðiskýrslu Jóns Eiríkssonar jarðfræðings, en ekki óskað eftir að lagt sé heildstætt mat á upplýsingar þær sem þar koma fram. Svar við þessari matsspurningu hefur því takmarkaða þýðingu við úrlausn þessa máls að mati stefnda.

Stefndi fær ekki séð hvaða þýðingu það hafi við mat samkvæmt matsspurningu hversu erfitt eða auðvelt það var bjóðendum að staðsetja væntanlega veglínu á jarðfræðikort. Væri bjóðandi í einhverjum vafa um það gæti hann fengið frekari upplýsingar eða lagt nauðsynlega vinnu í að lesa úr gögnunum í heild. Þá fær stefndi ekki séð hvað umfjöllun yfirmatsmanna um hönnun á skeringum og jarðskjálfta í framtíðinni hafa með matsspurninguna að gera eins og hún hefur verið takmörkuð af stefnanda.

Þá fær stefndi ekki betur séð en alvarleg villa sé í forsendum yfirmatsmanna þegar segir að í hönnunargögnunum, sem lögð voru fram á yfirmatsfund 02 sem fylgiskjal 2 með fundargerð, komi fram að fláa skuli velja með hliðsjón af jarðfræðilegum aðstæðum og brattasti flái skuli vera 10:1. Af þessu draga yfirmatsmenn þá ályktun að þrátt fyrir tilvitnaða jarðfræðilýsingu hafi bjóðendur ekki getað dregið þá ályktun að umræddar sprungur væru ekki svo alvarlegar að hönnuði þætti ástæða til að taka tillit til þeirra og er það enn frekar stutt við tilboð annarra bjóðenda.

Stefndi telur að framangreint fái á engan hátt staðist. Stefnda er ekki kunnugt um að í útboðsgögnum sé þess getið að fláa skuli velja með hliðsjón af jarðfræðilegum aðstæðum. Ekki verður séð að fylgiskjal nr. 2, sem vísað er til, styðji fullyrðingu yfirmatsmanna um þetta. Hönnunargögn og útboðsgögn gerðu ráð fyrir fláa 10:1 í öllum skeringum.

Ekki verður því annað séð en niðurstaða yfirmatsmanna um þennan matslið byggir á röngum forsendum auk þess sem svarið sé víðtækara en matsspurning heimilar. Að mati stefnda hefur því niðurstaða yfirmatsmanna um þessa matsspurningu ekkert sönnunargildi til stuðnings kröfum stefnanda.

Rétt er að vekja athygli á því að niðurstaða yfirmatsmanna er sú að sú ályktun verði ekki auðveldlega dregin af viðkomandi lýsingu í útboðsgögnum, að ástand og eiginleikar klappar í skeringu F séu frábrugðin ástandi og eiginleikum klappar t.d. í skeringum C og E. Ekki getur staðist að reyndur verktaki eins og stefnandi, með

sérfræðinga í þjónustu sinni, geti eignast rétt á hendur verkkaupa á þeim grundvelli að ekki hafi verið auðvelt að lesa út úr útboðsgögnum.

Í yfirmatinu kemur fram sú mikilvæga niðurstaða að jarðfræðilýsingar í útboðsgögnum hafi verið gagnlegar og réttar.

Fullyrðingar í framhaldinu, um að þær upplýsingar hafi verið með þeim hætti að bjóðendur hafi í raun ekki getað áttað sig á því hvaða þýðingu þær hefðu um vinnslu, tækni og kostnað við skeringarvinnu, eru hins vegar í engu samræmi við matsspurningu og órökstuddar. Bjóðandi hlaut að átta sig á því að í raun gæti 1 metri verið á milli opinna sprungna og kynnt sér það nánar teldi hann ástæðu til.

Af svörum yfirmatsmanna um þennan lið verður vart dregin önnur ályktun en sú að stefnandi hafi getað, með eðlilegri varkárni og athugunum, áttað sig á þeirri áhættu sem í verkinu gæti falist varðandi framangreint.

c) Matsspurning nr. 3. „Ekki var hægt að sprengja berg í BT jarðlagasniði með hefðbundnum sprengiaðferðum. Hver var ástæða þess?“

Svo sem fram kemur í yfirmati hafa yfirmatsmenn ákveðið að horfa fram hjá orðalagi matsspurningarinnar og meta það hvort hægt væri að sprengja í BT jarðlagasniði með hefðbundnum sprengiaðferðum. Að mati stefnda hafa yfirmatsmenn með þessu farið út fyrir verk- og valdsvið sitt, enda eru þeir bundnir af matsspurningum nema þeim sé breytt með lögmætum hætti. Þegar af þeirri ástæðu geta svör við þessum matslið ekki haft sönnunargildi í málinu.

Þá er ljóst að svar yfirmatsmanna staðfestir á engan hátt fullyrðingu stefnanda um að ekki hafi verið hægt að sprengja í BT jarðlagasniði. Að mati stefnda stendur sú fullyrðing hans óhrakin að ástæða þess að stefnandi gat ekki sprengt allt berg í skeringu F hafi verið sú að hann beitti ekki réttum búnaði og tækni.

d) Matsspurning nr. 4. „Hvort sérstakar lýsingar í útboðsgögnum á öðrum jarðlagasniðum (TB og BTR) í skeringum F, E og C séu í samræmi við það sem er í reynd.“

Af hálfu yfirmatsmanna er staðfest að lýsing í jarðfræðiskýrslu Jóns Eiríkssonar jarðfræðings, sem var meðal útboðsgagna, sé í eins miklu samræmi við raunveruleikann og unnt sé að ætlast til.

e) Matsspurning nr. 5. „Telja yfirmatsmenn að hægt hefði verið að ná fram fláa með hallann 10:1 í skeringum F, E og C? Yfirmatsmenn sundurliði mat eftir því hvort er um að ræða skeringu F, E eða C.“

Um þennan lið má að nokkru vísa til umfjöllunar hér að framan um matsliði 1 og 2. Í yfirmatsgerðinni er sagt að nánast útilokað sé með vísan í svar við spurningu nr. 3 að unnt hefði verið með hefðbundnum aðferðum að sprengja skeringu F með tilskildum fláa 10:1. Stefndi fær ekki séð að nokkur marktækur rökstuðningur sé í yfirmatsgerð fyrir tilgreindum fullyrðingum. Þannig er ekkert fjallað um það hverjar þeir telji hefðbundnar aðferðir við sprengingar, þar á meðal hvort þær aðferðir og búnaður sem stefndi benti á að þyrfti að nota flokkuðust undir hefðbundna aðferð. Að mati stefnda er í raun ekki til nein hefðbundin aðferð við

sprengingar. Þær aðferðir og búnaður sem notaður er hverju sinni fer eftir eðli verksins og aðstæðum. Stefndi telur óyggjandi að í þessu tilviki hafi bjóðandi mátt gera ráð fyrir því að sprengivinna gætu verið erfiðari en almennt má búast við.

Áréttu verður að ástæðan fyrir því að sprengingum var hætt, og flái var ekki alls staðar 10:1, var að stefnandi óskaði eftir því að fá að vinna verkið með þessum hætti sem stefndi samþykkti.

Stefndi telur rétt að benda á það sem hefði átt að vera reyndum verktaka ljóst að bergveggir í vegskeringum eru hafðir því brattari sem meiri hætta er á hruni úr bergvegg eða fram af bergvegg. Þá völdu hönnuðir pre-splittun vegna upplýsinga um að berg væri lélegt enda hætta á að aðrar sprengiaðferðir myndu leiða til þess að bergið rifnaði meira upp og hafa í för með sér meira grjóthrun.

f) Matsspurning nr. 6. „Hvort unnt hefði verið að nota „pre-splitt“ í skeringu F sem uppfylli kröfur í verklýsingu.“

Af hálfu yfirmatsmanna er komist að þeirri niðurstöðu að nánast hefði verið ógerlegt að kljúfa bergið á viðunandi hátt í skeringu F innan leyfilegra vikmarka með því sem kalla mætti viðteknar venjur við „pre-splitt“. Er þessi niðurstaða ekki rökstudd að öðru leyti en því að vísað er til svars við matsspurningu nr. 5. Stefndi mótmælir þessari niðurstöðu enda er hún órökstudd. Ekkert er fjallað um það af hálfu yfirmatsmanna hvað teljist viðteknar venjur við „pre-splitt“. Þá er vert að benda á að yfirmatsmenn fullyrða alls ekki að útilokað hafi verið nota „pre-splitt“. Áréttuð er að verktaki óskaði eftir að vinna skeringu F með þeim hætti sem gert var og stefndi samþykkti það. Í því fólst á engan hátt viðurkenning af hálfu stefnda um að ekki væri unnt að „pre-splitta“. Það er að mati stefnda rangt að stefnandi hafi í raun reynt „pre-splittun“ eins og hún er hugsuð. Miðað við tilboðsverð stefnanda sýnist stefndi mega draga í efa að stefnandi hafi gert sér grein fyrir hvað fælist í pre-splittun. Það að þessi aðferð var lögð til hefði átt að benda sérfróðum bjóðanda, eins og stefnandi var, á að um lélegt berg gæti verið að ræða en ekki öfugt.

g) Matsspurning nr. 7. „Hver hefði verið kostnaðarauki matsbeiðanda vegna misræmis milli raunverulegra aðstæðna í verkinu og aðstæðna eins og þeim er lýst í útboðslýsingu, sbr. ofangreint, að teknu tilliti til virðisaukaskatts?“

Svo sem að framan er rakið verður ekki séð að í svörum yfirmatsmanna við matsspurningum 1-6 komi fram óyggjandi matsniðurstaða um að misræmi sé milli raunverulegra aðstæðna í umræddu verki og aðstæðna eins og þeim er lýst í útboðsgögnum.

Verður ekki annað séð af upphafi umfjöllunar yfirmatsmanna um þennan lið en yfirmatsmenn leggi til grundvallar í svari sínu fullyrðingar stefnanda um þessi efni („vegna þess að aðstæður voru aðrar en meint er að hann hafi mátt ætla út frá útboðsgögnum“).

Stefndi mótmælir að öllu leyti niðurstöðum og forsendum yfirmatsmanna um meintan kostnaðarauka.

Fráleitt er, að mati stefnda, að yfirmatsmenn leggi til grundvallar í mati sínu gögn sem stefnandi lagði fyrir, m.a. með þeim rökum að stefndi hefði ekki mótmælt. Það

fer ekki fram sönnunarfærsla fyrir yfirmatsnefndinni og stefndi tók þar enga afstöðu til gildis þeirra gagna sem stefnandi lagði fram enda hlutverk hinna sérfróðu og óvilhøllu yfirmatsmanna að meta með sjálfstæðum hætti meintan kostnaðarauka.

Ekki verður séð að niðurstaða yfirmatsmanna sé í samræmi við matsspurninguna en af niðurstöðunni mætti helst ráða að yfirmatsmenn telji að stefnandi hafi ekki getað gert ráð fyrir neinum erfiðum aðstæðum við sprengingar í verkinu. Stefndi fær ekki skilið hvernig unnt sé að meta allan meintan kostnaðarauka í verkinu sem afleiðingu af meintu misræmi raunverulegra aðstæðna og aðstæðna eins og þeim var lýst í útboðslýsingu.

Niðurstaða matsmanna fjallar um aukakostnað vegna erfiðleika í framkvæmdinni sem eru sagðir hafa verið við vinnslu skeringa og þá aðallega skeringu F. Ekki verður séð að neitt heildstætt mat hafi farið fram á því að hve miklu leyti þeir erfiðleikar voru vegna aðstæðna sem lýst var í útboðsgögnum og reyndust öðruvísi en ætla mátti.

h) Samantekt á niðurstöðum yfirmatsins og lokaorðum þess.

Í báðum þessum liðum fjalla yfirmatsmenn um atriði sem ekki falla innan matsspurninga og hefur umfjöllun þessi ekki sönnunargildi í máli þessu. Eins og rakið hefur verið telur stefndi að yfirmatsmenn hafi í mörgum tilvikum farið út fyrir verksvið sitt með því að fjalla um önnur atriði en matsspurningar kváðu á um. Á því er byggt að slíkt mat hafi mjög takmarkað sönnunargildi.

Í lokaorðum kemur fram að yfirmatsmenn efast um að kostnaðarsamar rannsóknaboranir á svæðinu, áður en verkið var boðið út, hefðu breytt miklu um jarðfræðilýsingu í sambandi við Norðausturveg. Að mati stefnda hefði þetta sjónarmið átt heima þegar verið var að meta útboðsgögnin í einstökum matsliðum og þar hefði átt að taka afstöðu til þýðingar þess að verkkaupi og verktaki hafi verið í sömu óvissu um breytileika klappar í skeringum og viðkomandi erfiðleika við vinnsluna eins og yfirmatsmenn telja að hafi verið.

Varakrafa um lækun. Verði að einhverju leyti fallist á málatilbúnað stefnanda um að samningur um verklaun verði ekki að fullu lagður til grundvallar og að unnt sé að byggja að einhverju eða öllu leyti á framlögðum sönnunargögnum stefnanda til stuðnings fjárkröfum hans, er krafist til vara að fjárhæðir verði lækkaðar verulega. Um þau efni er vísað til þess sem að framan greinir að því leyti sem einstakir liðir teldust ósannaðir, vanreifaðir eða fyrndir.

Verði fallist á að unnt sé að beita heildarkostnaðaruppgjöri í máli þessu er á því byggt að skipta beri kostnaði og áhættu af aukakostnaði í verkinu milli aðila. Af hálfu stefnda er á því byggt að hann verði ekki látinn bera ábyrgð á meira en 50% af meintum aukakostnaði stefnanda. Um þessa aðferð er vísað til umfjöllunar í lokaorðum yfirmatsgerðar og niðurstöðu gerðardóms Verkfræðingafélags Íslands í málinu nr. 1/1974 (Íslenskt verktak hf. gegn Landsvirkjun).

Sérstaklega er mótmælt kröfu um upphafstíma dráttarvaxta og haldið fram að hún eigi sér enga lagastoð. Fyrir liggur að lokauppgjors vegna þessa verks fór fram á verkfundi 18. maí 2004 og fær ekki staðist að verklaun vegna uppgjors á verkinu

hafi getað verið gjaldfallin fyrir þann tíma. Þá liggur fyrir að stefnandi lagði ekki fram marktæk gögn til sönnunar kröfum sínum fyrr en á árinu 2008. Það er og alfarið á ábyrgð og áhættu stefnanda að málarekstur sá er hann hóf á árinu 2006 hafi verið felldur niður um mitt ár 2009 og byrjað á málarekstri að nýju. Eins og stefnandi hefur hagað málarekstri sínum og vaxtakröfu telur stefndi að fyrsti upphafstími dráttarvaxta sé þingfestingardagur þessa máls.

Um lagarök vísa stefndu til almennra reglna samninga- og kröfuréttar um skuldbingargildi samninga og réttar efndir. Þá er vísað til almennra reglna verktakaréttar um útboð og verksamninga, sbr. og lög nr. 94/2001 um opinber innkaup. Þá er vísað til III. og IV. kafla laga nr. 38/2001 varðandi vaxtakröfu stefnanda, sbr. sérstaklega 3. mgr. 5. gr., 7. gr. og 9. gr. Um fyrningu er vísað til laga nr. 150/2007. Málskostnaðarkrafa stefndu byggir á 129. og 130. gr. laga nr. 19/1991. Um virðisaukaskatt á málskostnað er vísað til laga nr. 50/1988, en stefndi er ekki virðisaukaskattskyldur aðili.

Niðurstaða

Dómarar, lögmenn og fyrirsvarsmenn aðila fóru á vettvang 16. desember 2009. Ágreiningur málsins lýtur að kröfu stefnanda um frekari greiðslu vegna vegagerðar á Tjörnesi, en tilboð hans og eftirfarandi verksamningur kvað á um. Stefnandi byggir aðallega á því að frágangur útboðslýsingar stefnda hafi verið ábótavant. Kostnaðaráætlun stefnda vegna verksins var 551.757.773 kr. Stefndi bauð 376.364.830 kr., eða 68,2% af kostnaðaráætluninni. Dómkrafa málsins er að fjárhæð 234.207.290 kr. og lýtur hún aðallega að skeringu F, sem var um það bil 20% verksins.

Stefnandi byggir aðallega á því, að útboðslýsing stefnda hafi verið óskýr, villandi og í hana hafi vantað upplýsingar. Útboðslýsingin er frá september 2001. Í gr. 1.3 kemur fram að útboðsgögnin séu hluti sammings og er útboðslýsingin í 1. hefti, tilboðsform í 2. hefti og uppdráttir í 3. hefti. Þá er tilgreint að eftir farandi rit, Alverk '95, sem er almenn verklýsing fyrir vega- og brúargerð, gefin út í janúar 1995, ÍST30:1997 með sérskilmálum og Merkingar vinnusvæða, útg. 2000, séu hluti sammings. Greinargerð samin af dr. Jóni Eiríkssyni, jarðfræðingi, um athugun vegna vegagerðar við Fjallahöfn á Tjörnesi var hluti útboðsgagna.

Í kafla 7.2 í útboðslýsingu er gerð grein fyrir skeringunum á vegastæðinu. Í lok inngangs þess kafla segir: „Vegna tíðra jarðskorpuhreyfinga getur bergið víða verið morkið og sprungið. Þar sem bergskeringar ná verulegri dýpt má búast við misgóðum aðstæðum við gerð þeirra.“ Ágreiningslaust er í málinu að skering F var eina skeringin sem náði verulegri dýpt, eða niður í BT. Í gr. 7.2.7 er fjallað um skeringu F. Þar er sérstaklega gerð grein fyrir og vísað til greinargerðar dr. Jóns Eiríkssonar.

Jarðfræðiskýrsla dr. Jóns Eiríkssonar er að mati dómsins mjög vönduð og markviss. Í skýrslunni kemur fram greinagóð lýsing á jarðlögum, sem einkenna staðinn. Sérstaklega er varað við að í syðsta hluta Húsahjalla (í skeringu F) megi gera ráð fyrir „mjög losaralegu bergi“ og „jafnvel skriðubergi og brotabergi“. Hversu mikill hluti bergsins var sprunginn kom fyrst í ljós þegar farið var að vinna við það. Hér

var því um að ræða óvissuatriði fyrir báða aðila.

Útboðslýsing benti þannig á að bergið í skeringu F gæti verið vandkvæðum bundið í vinnslu, og vísar sérstaklega til skýrslu dr. Jóns í umfjöllun um skeringu F. Alkunna er einnig að Tjörnesið er þekkt jarðskjálftasvæði. Þetta gaf stefnanda til kynna að honum bæri að hafa varann á sér varðandi þennan stað, og að losun bergsins með kerfisbundnum sprengingum eingöngu yrði vandkvæðum bundin. Þá var einingarverð í bergskerlingar, 51% af kostnaðaráætlun stefnda, sem bendir til að stefnandi hafi ekki tekið mark á vísbendingum útboðsgagna varðandi jarðlögin í skeringu F. Af þessu verður stefnandi að bera hallann.

Stefnandi telur að útboðslýsingin krefjist „pre splittunar“, sbr. c-lið í gr. 8.8 með tiltekinni nákvæmni, sbr. d-lið sömu greinar og fláann 10:1 ætti að fá með „pre splittun“. Ekki hafi reynst unnt að mati stefnanda að „pre splitta“ bergið og því sé útboðslýsingin óskýr og villandi.

Ágreiningur er með málsaðilum um ástand bergsins í skeringu F og hvort hægt hefði verið að „pre slitta“ það og hafa þann fláa sem krafist er í útboðslýsingunni. Niðurstöður dómkvaddra matsmanna eru á þann veg, að ekki hafi verið hægt, með þeim aðferðum sem krafist var í útboðsgögnum, að ná bratta og sléttleika bergveggja og þeirri nákvæmni sem krafist var.

Að mati dómsins miðast hönnun fláa við, að hann lendi ekki inn á svæði þar sem jarðfræðiskýrsla varar við að sé „mjög losaralegt berg“ og „jafnvel skriðuberg og brotaberg“. Það er ekki vísbending um að slíkt svæði sé hvergi að finna í skeringu F.

Fyrir liggur að hinn 2. maí 2002 urðu breytingar á samningi aðila. Annars vegar leysti stefndi, stefnanda undan kröfu um „pre splitt“, uns ástand klapparinnar batnaði. Hins vegar var fláa í skeringu F breytt úr 10:1 í mesta bratta sem unnt var að ná. Líta verður svo á að hvorugur aðili hefði getað séð það fyrir að gera þyrfti þessar breytingar á hönnun verksins. Hvorugur málsaðila gerði fyrirvara um breytt einingarverð vegna þessarar hönnunarbreytingar. Aftur á móti kallaði þessi breyting á fláanum á aukið efnismagn sem þyrfti að flytja burtu og er ágreiningslaust að stefndi greiddi sérstaklega fyrir það.

Eins og að framan greinir er IST30:1997 hluti af útboðsgögnum. Í gr. 14.4 segir svo: „Verði verktaki var við villur í útboðsgögnum, málskekkju, misræmi eða annað, skal hann tafarlaust leita úrskurðar verkkaupa eða umsjónarmanns hans. Ef villan er ekki óveruleg getur verktaki krafist sérstakrar greiðslu á þeim aukakostnaði sem af henni hlaust, enda hafi hann skýrt verkkaupa frá henni tafarlaust eftir að hann varð hennar var eða mátti verða villunnar var...“ Ekki er að sjá að athugasemd vegna útboðsgagna hafi verið bókuð í verkfundargerðir. Verkfundargerðir bera það með sér að vinna við skeringu F var byrjuð í mars 2002. Í verkfundargerð 4. apríl 2002 kemur fram að bergið í skeringu F sé mjög lélegt og sprungið, enda hafi mátt búast við misgengi á þessu svæði samkvæmt jarðfræðikafli í gögnunum. Enginn fyrirvari er gerður af stefnanda vegna ætlaða villandi eða óskýrra útboðsgagna. Það er fyrst 5. september 2002 að stefnandi tilkynnir stefnda að hann telji sig eiga rétt á aukagreiðslu vegna vinnu í skeringu F. Því var strax hafnað af hálfu stefnda. Þannig líða um það bil fjórir mánuðir frá því að stefndi breytir hönnuninni á skeringu F þar til stefnandi tilkynnir að hann telji

sig eiga rétt á aukagreiðslu. Allan þennan tíma var unnið við skeringu F. Með vísan til ofangreinds ákvæðis er fyrirvarinn of seint fram kominn.

Stefnandi byggir dómkröfuna á yfirmatsgerð, en matsspurningin var eftirfarandi: „Hver hefði verið kostnaðarauki matsbeiðanda vegna misræmis milli raunverulegra aðstæðna í verkinu og aðstæðna eins og þeim er lýst í útboðslýsingu, sbr. ofangreint, að teknu tilliti til virðisaukaskatts.“ Að mati dómsins er yfirmatsgerðin haldin alvarlegum annmörkum. Aðallega er bent á, að útreikningurinn tekur til alls kostnaðar af jarðvinnutækjum við verkið umfram það sem yfirmatsmenn telja að stefnandi hafi áætlað í tilboði sínu, að teknu tilliti til magnbreytinga, en ekki til kostnaðar umfram aðstæður eins og þeim er lýst í útboðslýsingu. Gildir þá einu hvort sá kostnaður varð til í skeringu F eða annars staðar. Fyrirvari stefnanda um greiðslu aukakostnaðar sem hann setur fram 5. september 2002 nær þó einungis til vinnslu á skeringu F. Þegar af þessari ástæðu er ekki hægt að byggja á matinu, enda er kostnaður ekki sundurliðaður eftir því hvar í verkinu hann verður til.

Þegar á allt framangreint er litið er það niðurstaða dómsins að sýkna eigi stefnda af öllum kröfum stefnanda í máli þessu. Með vísan til 130. gr. eml. ber stefnanda að greiða stefnda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 3.000.000 kr.

Sigrún Guðmundsdóttir héraðsdómari kvað upp dóm þennan, ásamt Aðalsteini Hallgrímssyni verkfræðingi og Kristni Arnari Guðjónssyni jarðfræðingi.

DÓMSORÐ

Stefndi, Vegagerðin, er sýknuð af kröfum stefnanda, Ístaks hf.

Stefnandi greiði stefnda 3.000.000 kr. í málskostnað.

Sigrún Guðmundsdóttir

Aðalsteinn Hallgrímsson

Kristinn Arnar Guðjónsson

Rétt endurrit staðfestir,

Héraðsdómi Reykjavíkur, 22. janúar 2010.