

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 21. desember 2012 í máli nr. E-4455/2011:

Iceland Excursions Allrahanda ehf.

(Hjördís Halldórsdóttir hdl.)

gegn

Reykjavíkurborg

(Eyþóra Kristín Geirsdóttir hdl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 4. desember 2012, var höfðað 17. nóvember 2011 af Iceland Excursions Allrahanda ehf., Hafnarstræti 20, Reykjavík, gegn Reykjavíkurborg, Ráðhúsi Reykjavíkur, Reykjavík.

Dómkröfur stefnanda eru í fyrsta lagi að viðurkennd verði með dómi skaðabótaskylda stefnda gagnvart stefnanda vegna kostnaðar stefnanda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði nr. 12461, „Rammasamningur um hópþjónustu fyrir Reykjavíkurborg“. Í öðru lagi krefst stefnandi þess að viðurkennd verði með dómi skaðabótaskylda stefnda gagnvart stefnanda vegna missis á hagnaði sem stefnandi hefði notið ef ekki hefði komið til ákvörðunar stefnda 6. ágúst 2010 að taka tilboði Hóþferðamiðstöðvarinnar ehf. í hluta 1 í sama útboði. Í þriðja lagi krefst stefnandi þess að stefnda verði gert að greiða stefnanda málskostnað samkvæmt mati dómsins í samræmi við hagsmuni málsins, vinnu málflytjanda og annan kostnað af málinu.

Af hálfu stefnda er krafist sýknu af öllum kröfum stefnanda og að stefnanda verði gert að greiða stefnda málskostnað að mati dómsins.

Stefndi krafðist þess í greinargerð að málinu yrði vísað frá dómi en kröfunni var hafnað með úrskurði dómsins 31. maí síðastliðinn.

Yfirlit málsatvika og ágreiningsefna

Í júní 2010 birti innkaupaskrifstofa stefnda útboðslýsingu vegna útboðs nr. 12410, „Rammasamningur um hópþjónustu fyrir Reykjavíkurborg“. Óskað var eftir tilboðum í þjónustu með hópferðabifreiðar eins og greinir í útboðslýsingu.

Stefnandi var einn þriggja bjóðenda í útboðinu en aðrir bjóðendur voru Hóþferða miðstöðin ehf. og Bílar og fólk ehf.

Stefndi tilkynnti stefnanda 1. júlí s.á. að stefndi hefði ákveðið að hafna öllum tilboðum sem bárust í verkið vegna galla í útboðsgögnum þar sem lengd samningstíma hefði ekki komið fram. Jafnframt kom fram að nýtt útboð yrði auglýst fljótlega.

Í júlí s.á. birti innkaupaskrifstofa stefnda útboðslýsingu vegna útboðs nr. 12461 – „Rammasamningur um hópbifreiðapjónustu fyrir Reykjavíkurborg“ en í málinu er deilt um framkvæmd þess útboðs og meinta bótaskyldu stefnda gagnvart stefnanda í tengslum við það.

Stefndi óskaði eftir tilboðum í þjónustu með hópferðabifreiðar, eins og nánar var lýst í útboðsgögnum, til tveggja ára með möguleikum á framlengingu í allt að tvö ár. Útboðið náði til Evrópska efnahagssvæðisins og var það opið.

Samkvæmt ákvæði 1.2.1 í útboðslýsingunni skiptist verkefnið í þrjá hluta, eins og gert hafði verið ráð fyrir í fyrra útboði, þ.e. hluti 1: Akstur fyrir grunnskóla stefnda, hluti 2: Vettvangsferðir nemenda í grunn- og leikskólum og hluti 3: Akstur fyrir vinnuskóla stefnda og annar akstur fyrir stefnda.

Stefnandi var einn fimm bjóðenda í útboði nr. 12461. Aðrir voru Teitur Jónasson ehf., Hópbílar hf., Hópferðamiðstöðin ehf. og Bílar og fólk ehf.

Haldinn var opunarfundur vegna síðara útboðsins í Ráðhúsi Reykjavíkur 4. ágúst 2010. Með bréfi 6. ágúst s.á. tilkynnti innkaupaskrifstofa stefnda stefnanda að ákveðið hefði verið að taka tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. í hluta 1, tilboðum Teits Jónassonar ehf., Hópbíla hf. og Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. í hluta 2 og tilboði Teits Jónassonar ehf. í hluta 3.

Með bréfi 16. ágúst s.á. tilkynnti innkauparáð stefnda að framangreind tilboð hefðu verið endanlega samþykkt og því teldist vera kominn á bindandi samningur samkvæmt 2. mgr. 76. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007.

Stefnandi kærði útboðið til kærunefndar útboðsmála með kæru 1. september 2010. Kærunefndin kvað upp úrskurð í málinu 21. janúar 2011 og varð niðurstaðan sú að stefndi hefði brotið gegn lögum um opinber innkaup við val á tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. Kærunefndin taldi skaðabótaskyldu vera fyrir hendi gagnvart stefnanda vegna kostnaðar við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði nr. 12461.

Stefnandi telur að ólögmætt hafi verið af hálfu stefnda að taka tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. en tilboðið hafi verið ógilt þar sem það hafi ekki uppfyllt útboðsskilmálana. Með þessu hafi stefndi brotið gegn 71. gr. laga um opinber innkaup og beri hann skaðabótaskyldu gagnvart stefnanda vegna þess samkvæmt 101. gr. sömu laga. Stefnandi krefst þess að skaðabótaskyldan verði viðurkennd með

dómi, annars vegar vegna kostnaðar stefnanda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboðinu og hins vegar vegna missis hagnaðar sem stefnandi telur sig hafa orðið fyrir vegna lögbrots stefnda er hann tók tilboði Hópfersamiðstöðvarinnar ehf. um aksturinn í hluta 1 í útboðinu.

Í málinu er deilt um það hvort Hópfersamiðstöðin ehf. hafi uppfyllt hæfisskilyrði í útboðsskilmálum um fjölda bifreiða, hópfersarleyfi fyrir hverja bifreið, váttryggingar og ábyrgðir og reynslu. Þá er deilt um það hvort stefnandi hefði átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af stefnda til að uppfyllt væri skilyrði um það samkvæmt 101. gr. laga um opinber innkaup og hvort skilyrði skaðabótaskyldu væru uppfyllt að öðru leyti.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Af hálfu stefnanda er vísað til þess að hann hefði kært útboð stefnda til Kærunefndar útboðsmála. Kærunefndin hafi með úrskurði 21. janúar 2011 komist að þeirri niðurstöðu að stefndi hefði brotið gegn lögum um opinber innkaup við val á tilboði Hópfersamiðstöðvarinnar ehf. Jafnframt hafi nefndin álitid að sökum þess að stefnandi átti næst hagstæðasta tilboðið í hluta 1 hefði hann átt raunhæfa möguleika á að verða valinn í hinu kærða útboði ef tilboði Hópfersamiðstöðvarinnar ehf. hefði ekki verið tekið. Kærunefndin hafi talið að bæði skilyrði skaðabóta samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup væru uppfyllt. Niðurstaða kærunefndarinnar hafi verið að stefndi bæri skaðabótaskyldu gagnvart stefnanda vegna kostnaðar stefnanda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði nr. 12461 og jafnframt að stefnda bæri að greiða stefnanda málskostnað vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Þar sem kærunefnd útboðsmála tjái sig aðeins um skaðabótaskyldu hvað varði bætur fyrir gerð tilboðs og þátttöku í útboði hafi aðeins verið krafist álits nefndarinnar varðandi slíkar bætur en stefnandi hafi jafnframt áskilið sér rétt til þess að krefjast greiðslu bóta vegna missis hagnaðar úr hendi stefnda.

Í ljósi niðurstöðu kærunefndarinnar hafi stefnandi skorað á stefnda með bréfi 28. apríl 2011 að greiða málskostnað fyrir kærunefndinni, skaðabætur vegna kostnaðar við gerð tilboðs og þátttöku í útboði og jafnframt skaðabætur vegna missis hagnaðar.

Eftir ítrekanir af hálfu stefnanda hafi honum borist svar stefnda með bréfi 22. júní s.á. Stefndi hafi verið ósammála efnislegri niðurstöðu í úrskurði kærunefndarinnar og hafnað greiðslu skaðabóta á þeim grundvelli að stefnandi uppfyllti ekki hæfiskröfur útboðsgagna vegna reynslukröfu í hluta 1. Stefndi hafi vísað til ákvæðis 1.2.2 í útboðslýsingu án þess að skýra það nánar.

Stefnandi hafi óskað eftir formlegum rökstuðningi frá stefnda varðandi afstöðu hans með tölvupósti 5. júlí s.á. Óskað hafi verið eftir svarbréfi sem fyrst í ljósi þess hve málið hefði þegar tafist enda miklir hagsmunir í húfi fyrir stefnanda.

Með tölvupósti 20. júlí s.á. hafi svar borist frá stefnda þar sem komi fram að ráðgert væri að rökstutt svar stefnda yrði tilbúið seinni hluta ágústmánaðar. Þrátt fyrir það hafi ekkert bólað á svári frá stefnda og því hafi erindið verið ítrekað með bréfi 19. september s.á.

Með bréfi 30. september s.á. hafi stefnanda borist svar stefnda þess efnis að stefnandi hefði ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðslýsingar hvað varði reynslu í hluta 1. Röksemdir stefnda hafi verið þær að stefnandi uppfyllti ekki skilyrði um lágmarksfjölda nemenda í akstri. Stefnandi hafni alfarið þessari röksemdafærslu stefnda og hafi hann höfðað málið til viðurkenningar á skaðabótaskyldu stefnda.

Stefnandi byggi dómkröfur sínar á lögum um opinber innkaup, almennum reglum fjármunaréttar og á almennum sakarreglunni. Einnig sé byggt á bótareglum EES-réttar og grundvallarreglum EES-samningsins.

Stefnandi byggi á því að stefndi hafi brotið gegn 71. gr. laga um opinber innkaup með þeirri háttsemi sinni að taka ógildu tilboði Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. og hafna tilboði stefnanda. Stefnandi eigi því rétt á skaðabótum úr hendi stefnda vegna framangreindrar háttsemi hans, bæði vegna kostnaðar stefnanda við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði svo og vegna missis hagnaðar.

1. Skaðabótaskylda vegna kostnaðar af gerð tilboðs og þátttöku í útboði nr. 12461

Samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup sé kaupandi skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hafi í för með sér fyrir fyrirtæki. Jafnframt segi að fyrirtæki þurfi einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Skilyrði lagaákvæðisins séu uppfyllt í þessu máli, þ.e. annars vegar að stefndi hafi gerst brotlegur gegn lögnum og hins vegar að stefnandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valinn og að möguleiki hans hafi skerst við brotið.

a) *Ólögmati ákvörðunar stefnda um að taka tilboði Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf.*

Ákvörðun stefnda um að taka tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. hafi verið ólögumæt og brotið í bága við lög um opinber innkaup. Það sé reist á því að Hópferðamiðstöðin ehf. hafi ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar og því hafi stefnda verið óheimilt að taka tilboði félagsins, sbr. 71. gr. laga um opinber innkaup.

Stefnandi byggir staðhæfingu sína um að Hópferðamiðstöðin ehf. hafi ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar á eftirfarandi grundvelli:

A. Krafa um eignarhald og umráð

Samkvæmt ákvæði 1.2.2 í útboðslýsingu hafi þess verið krafist að bjóðendur uppfylltu nánar tiltekin skilyrði. Þar komi m.a. fram:

„Í hluta 1 skulu bjóðendur hafa umráðarétt yfir a.m.k. þeim hámarks vagnafjölda af hverri stærð sem tilgreindur er í fylgiskjali 1 auk varavagna. Þannig er miðað við að bjóðendur eigi a.m.k. 6 bifreiðar sem taka 30 nemendur o.s.frv. Ekki er gerð krafa um að bifreiðarnar séu nákvæmlega að þeirri stærð sem skilgreind er í fylgiskjali 1 en skulu þó ekki vera stærri en 10 farþegum umfram það sem gefið er upp í fylgiskjali 1.“

Í útboðslýsingunni hafi þannig verið gerð krafa um að bjóðendur ættu tiltekinn fjölda af bifreiðum og/eða hefðu umráðarétt yfir þeim.

Stefnandi haldi því fram að krafan um umráðarétt feli í sér kröfu um varanleg umráð. Stefnandi hafni þeirri staðhæfingu stefnda að stefnandi hafi ekki fært viðhlítandi rök fyrir því.

Samkvæmt reglugerð nr. 751/2003 um skráningu ökutækja skuli færa upplýsingar um ökutæki í ökutækjaskrá sem Umferðarstofa haldi utan um. Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. reglugerðarinnar skulu ökutæki skráð í ökutækjaskrá á nafn eiganda og eftir atvikum á nafn umráðamanns þess. Umráðamaður sé sá sem á vegum eiganda ökutækis hafi varanleg umráð þess, t.d. samkvæmt eignarleigu- eða afnotasamningi. Umráðaréttur sé því ekki það sama og afnotaréttur enda felist í umráðarétti varanleg umráð. Það að vera umráðamaður ökutækis hafi því ákveðna þýðingu.

Af umferðalögum nr. 50/1987, lögum um bifreiðagjald nr. 39/1988 og lögum um olúgjald og kílómetragjald nr. 87/2004 megi jafnframt sjá að hugtakið umráðamaður ökutækis hafi ákveðna merkingu. Umráðamaður beri jafnan sömu ábyrgð og eigandi ökutækis. Rétt sé að skýra hugtakanotkun í útboðslýsingu í samræmi við reglugerð um skráningu ökutækja og aðra löggjöf varðandi ökutæki þar sem hugtakið er notað.

Samkvæmt upplýsingum úr ökutækjaskrá hafi Hópferðamiðstöðin ehf. aðeins verið eigandi að einu ökutæki og umráðamaður að tveimur; SV 652. Toyota Corolla (2005), eigandi og umráðamaður: Hópferðamiðstöðin ehf., BLA 24. Irisbus Evadys Hd (2006), eigandi: Loftur ehf., umráðamaður: Hópferðamiðstöðin ehf. og MO 117

MAN (1998), eigandi: Lýsing hf., umráðamaður: Hópfærðamiðstöðin ehf.

Í útboðslýsingu sé skýrlega gerð sú krafa að bjóðandi eigi sjálfur eða sé umráðamaður yfir tilteknum fjölda ökutækja. Stefnandi telji að krafan hafi verið sú að bjóðandi ætti minnst sex hópfærðabifreiðar fyrir minnst 30 farþega. Því hafi ekki verið nægilegt að eigendur bjóðanda, eða þriðju aðilar sem bjóðandi kynni að semja við, ættu ökutækin sem bjóðandi gæti fengið heimild til að nýta sér. Gera verði skýran greinarmun á bjóðanda annars vegar og þeim aðilum sem tengdust honum hins vegar. Geri hæfiskröfur í útboðslýsingu ráð fyrir að bjóðandi uppfylli tiltekin skilyrði þá teljist það ekki nægilegt að eigandi bjóðanda eða þriðju aðilar uppfylltu skilyrðin. Óumdeilt sé í málinu að Hópfærðamiðstöðin ehf. hafi ekki átt allar þær bifreiðar sem taldar voru upp í tilboði hennar heldur hafi hluthafar félagsins átt þær.

Þótt stefndi hefði ekki krafist gagna með tilboðum, sem sýndu að bjóðendur væru sannanlega skráðir eigendur allra þeirra hópbifreiða sem boðnar voru fram í tilboðum þeirra, breyti það ekki því að í útboðslýsingu hafi umrædd hæfiskrafa verið gerð til bjóðenda. Stefnandi sé opinber aðili og á honum hvíli sú skylda að fylgja grundvallarreglum stjórnsýsluréttar, þ.á m. rannsóknarreglunni. Stefnandi hefði hæglega getað orðið sér úti um upplýsingar úr ökutækjaskrá með því að óska eftir þeim.

Stefnda hefði verið í lófa lagið að taka fram í útboðslýsingunni að nægilegt væri að þeir aðilar sem að baki bjóðendum stæðu hefðu eignar- eða umráðarétt yfir þeim ökutækjum sem krafa væri gerð um. Það hafi hins vegar ekki verið gert heldur hafi þess verið krafist að *bjóðandi* hefði eignar- og umráðarétt yfir nánar tilteknum fjölda ökutækja. Því sé ljóst að Hópfærðamiðstöðin ehf. hafi ekki uppfyllt framangreind skilyrði útboðslýsingarinnar um eignar- og umráðarétt yfir nánar tilteknum fjölda ökutækja sem nota átti við aksturinn sem útboðslýsingin tók til.

Kærunefnd útboðsmála hefði komist að þeirri niðurstöðu að stefndi hefði brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup við val á tilboði Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. Kærunefndin hefði talið að útboðsgögnin yrði að skilja þannig að þess hefði verið krafist að bjóðendur í hluta 1 hefðu *eignarrétt* yfir a.m.k. sex bifreiðum. Þá hefði kærunefndin talið ljóst af ákvæði 1.1.8 í útboðslýsingunni að bjóðendum hefði borið að leggja fram gögn um bifreiðar sem þeir hugðust nota við framkvæmd samningsins og fullnægðu kröfum útboðsgagna. Þótt stefndi hefði staðhæft að nægilegt hefði verið að bjóðendur hefðu yferráð eða umráð bifreiðanna, á grundvelli 50. gr. laga um opinber innkaup, hefði álit kærunefndarinnar verið að slíkt uppfyllti ekki hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar.

Kærunefndin hefði tekið fram að gera yrði strangar kröfur til þess að fyrirtæki uppfyllti þær hæfiskröfur sem gerðar væru í útboðsgögnum, ella skapaðist hætta á að fyrirtæki sem yrði fyrir valinu gæti ekki efnt samninginn þegar til kæmi. Jafnframt myndi eftirgjöf á slíkum skilyrðum í mörgum tilvikum fela í sér brot gagnvart öðrum fyrirtækjum sem hefðu tekið þátt eða hefðu haft hug á að taka þátt en gerðu það ekki vegna hæfiskrafna. Í samræmi við þetta segi í 71. gr. laga um opinber innkaup að við ákvörðun kaupanda um gerð samnings skuli eingöngu litið til tilboða frá fyrirtækjum sem fullnægi hæfiskröfum.

B. *Krafa um hópfærðaleyfi*

Í ákvæði 2.5 í útboðslýsingu séu gerðar sérstakar kröfur til bjóðenda. Í 2.5.2 segi:

„Bjóðandi skal uppfylla öll núgildandi skilyrði sem krafist er til útgáfu hópferða leyfis til fólksflutninga og hafa slíkt leyfi. Kaupandi getur krafist ljósrita af hópferðaleyfi þeirra hóp bifreiða sem notaðar verða til akstursins.“

Skilyrði samkvæmt útboðslýsingu hafi verið að bjóðandi hefði hópferðaleyfi fyrir allar þær bifreiðar sem notaðar yrðu til akstursins. Þess hafi verið krafist að bjóðandi ætti og/eða hefði umráðarétt yfir ákveðnum fjölda bifreiða og hefði hópferðaleyfi fyrir þær allar.

Samkvæmt upplýsingum frá Vegagerð Íslands, sem fari með útgáfu rekstrarleyfa til fólks- og farmflutninga (hópferðaleyfi), sbr. 5. mgr. 4. gr. laga nr. 73/2001 um fólksflutninga og farmflutninga á landi, hafi Hópferðamiðstöðin ehf. aðeins verið skráð fyrir þremur hópferðaleyfum á þessum tíma. Leyfin hafi verið skráð á bifreiðarnar: AS 478, Mercedes Benz (2005), eigandi og umráðamaður: Hópferðabílar Reynis Jóhannssonar ehf., BLA 24, Irisbus Evadys Hd (2006), eigandi: Loftur ehf., umráðamaður: Hópferðamiðstöðin ehf. og MO 117. MAN (1998), Eigandi: Lýsing hf., umráðamaður: Hópferðamiðstöðin ehf. Það sé því ljóst að Hópferðamiðstöðin ehf. hafi engan veginn uppfyllt skilyrði útboðslýsingar um að hafa hópferðaleyfi fyrir allar þær bifreiðar sem nota átti til akstursins.

Ekki hafi verið nægilegt að eigendur Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. hefðu hópferða leyfi fyrir þær bifreiðar sem þeir áttu og ætluðu að nota til akstursins enda hafi útboðslýsingin gert kröfu um að bjóðandi hefði sjálfur umrædd hópferðaleyfi, sbr. umfjöllun undir A-lið.

Óheimilt sé að stunda leyfisskyldan fólks- eða farmflutning án tilskilins leyfis og sé slíkt brot refsivert, sbr. 7. mgr. 4. gr. og 16. gr. laga nr. 73/2001 um fólksflutninga og farmflutninga á landi.

C. Krafa um ábyrgð og tryggingar

Í ákvæði 1.2.16 í útboðslýsingu væru gerðar tilteknar kröfur um ábyrgð og tryggingar þar sem komi m.a. fram:

„Meðan á framkvæmd verkefnisins stendur, skal þjónustuaðili á sinn kostnað hafa allar nauðsynlegar váttryggingar í gildi, þ.m.t. tryggingar vegna farþega og ábyrgðartryggingu og ber hann sjálfur ábyrgð á að svo sé.“

Samkvæmt 1. mgr. 93. gr. umferðalaga nr. 50/1987 hvíli váttryggingarskylda á eiganda ökutækis eða þeim sem hafi varanleg umráð þess.

Hópferðamiðstöðin ehf. hafi á þeim tíma sem útboðið fór fram hvorki verið eigandi né umráðamaður að stærsta hluta þeirra ökutækja sem nota hafi átt við aksturinn. Af því leiði að Hópferðamiðstöðin ehf. hefði ekki uppfyllt skilyrði útboðslýsingarinnar um nauðsynlegar váttryggingar af þeim ökutækjum.

Fyrir kærunefnd útboðsmála hefði stefndi borið því við að framangreindri kröfu um ábyrgð og tryggingar hefði fyrst og fremst verið ætlað að tryggja að bjóðandi gerði ráð fyrir mikilvægum kostnaðarliðum í tilboði sínu og að skýrt væri hvaða ábyrgð hann bæri á samningstímanum. Töluvert fleiri kostnaðarliðir komi til skjalanna í verkefni sem þessu og ólíklegt að stefndi hefði einungis ætlað að benda bjóðendum á einn tiltekinn kostnaðarlið.

Hafi Hópfersðamiðstöðin ehf. boðið fram og notast við ökutæki eigenda sinna til akstursins, eða annarra þriðju aðila, sé ljóst að það sé ekki það félag sem sé váttryggingaskyld að þeim ökutækjum, heldur væru það eigendur þess eða eftir atvikum þriðju aðilar.

D. Krafa um reynslu

Í ákvæði 1.2.2 í útboðslýsingu hafi þess verið krafist að bjóðendur hefðu sinnt skipulagningu og rekstri skólaaksturs í a.m.k. tvö ár. Hópfersðamiðstöðin ehf. hefði ekki sjálf haft þá reynslu sem tilskilin var, jafnvel þó svo að eigendur félagsins kynnu að hafa haft hana. Af hálfu stefnanda er vísað til þess sem fram komi í skýrslu samkeppniseftirlitsins nr. 7/2008 um að Hópfersðamiðstöðin sé fyrirtæki í eigu nokkurra rútbílafyrirtækja sem samtals eigi um 140 til 150 hópfersðabifreiðar. Hlutverk stöðvarinnar sé að miðla verkefnum til hluthafa sinna auk þess að vera samningsaðili gagnvart viðskiptavinum og birgjum.

Stefndi hefði borið því við fyrir kærunefnd útboðsmála að samkvæmt greinargerð Hópfersðamiðstöðvarinnar ehf., sem fylgt hefði tilboði félagsins í útboðinu, hefði félagið skipulagt og rekið skólaakstur fyrir stefnda undanfarin 14 ár auk þess sem starfsfólk og stjórnendur þeir sem tilgreindir væru sem skipuleggjendur verk efnisins hefðu allir þá lágmarksreynslu sem tilgreind sé í ákvæði 1.2.2 í útboðslýsingu. Hópfersðamiðstöðin ehf. hefði því uppfyllt lágmarkskröfur sem gerðar voru til reynslu félagsins og lykilstarfsmanna þess. Stefnandi telji þetta ekki rétt en bjóðandinn hefði samkvæmt útboðsskilmálum átt sjálfur að hafa ákveðna reynslu og að hafa sinnt skipulagi og rekstri skólaaksturs í tiltekinn tíma. Ekki sé nægilegt að eigendur bjóðanda hefðu sinnt slíkum rekstri og skipulagningu og sama gildi um starfsmenn eigendanna. Vafi leiki á því hvort starfsmenn Hópfersðamiðstöðvarinnar ehf. hefðu þá reynslu sem krafist var samkvæmt útboðslýsingu.

Orðalag útboðslýsingarinnar kveði skýrt á um að *bjóðandi* þurfti að hafa tiltekna reynslu svo og starfsmenn hans. Ef nægjanlegt hefði verið að eigendur bjóðenda, eða aðrir aðilar sem bjóðendur hygðust fá til verksins, byggju yfir þeirri reynslu hefði stefndi átt að taka það fram í útboðslýsingu sinni. Það hafi hins vegar ekki verið gert og verði stefndi að bera hallann af því.

E. Verktakar

Í ákvæði 1.2.18 í útboðslýsingu komi fram að þjónustuaðila væri óheimilt að gera samning um undirverktöku varðandi verkefnið eða framkvæmd þess án skriflegs samþykkis kaupanda. Bjóðandi hefði getað notast við undirverktaka ef kaupandi hefði samþykkt slíkt fyrirkomulag. Það breyti því hins vegar ekki að bjóðandi hefði sjálfur þurft að uppfylla skilyrði útboðslýsingarinnar um eignarhald og/eða

umráðarétt yfir nánar tilteknum fjölda ökutækja, skilyrði útboðslýsingarinnar um hópferðaleyfi sem og skilyrði um tryggingar o.s.frv. Sé útboðslýsingin lesin heildstætt megi jafnframt sjá að gengið hefði verið út frá því að bjóðandi annaðist sjálfur þjónustuna sem boðin var út og starfsmenn hans.

Hópferðamiðstöðin ehf. hafi verið sett á stofn til þess að vera umboðsskrifstofa rekstraradila hópferðabíla eins og fram komi í vottorði úr fyrirtækjaskrá um tilgang félagsins. Þar segi að tilgangur félagsins sé rekstur umboðsskrifstofu hópferðabíla. Allur rekstur á vegum félagsins fari þannig fram af undirverktökum sem félagið sé með samninga við. Slíkt fyrirkomulag á rekstri sé ekki í samræmi við þær kröfur sem gerðar hefðu verið í útboðslýsingunni og hefði Hópferðamiðstöðin ehf. því ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar.

Í ljósi stöðu og reynslu stefnda í útboðsmálum hefði honum verið í lófa lagið að orða hin umræddu hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar með þeim hætti að þeir sem að baki bjóðendum stæðu uppfylltu framangreind hæfisskilyrði. Það hafi stefndi á hinn bóginn ekki gert og verði hann að bera hallann af því.

Stefndi hefði tekið tilboði bjóðanda sem ekki uppfyllti hæfisskilyrði útboðslýsingar. Þessi framkvæmd stefnda brjóti í bága við 71. gr. laga um opinber innkaup og sé þar af leiðandi ólögmat. Jafnframt brjóti hún í bága við meginregluna um jafnræði bjóðenda við opinber innkaup, sem sjá megi af 1. og 14. gr. laga um opinber innkaup, sbr. einnig 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og -ráðsins 2004/18/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga („Útboðstilskipunin“) sem lögum um opinber innkaup hafi verið ætlað að innleiða, sbr. skyldu íslenska ríkisins samkvæmt b-lið 7. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993. Almenna reglu um jafnræði bjóðenda við útboð megi jafnframt leiða af lögum um framkvæmd útboða nr. 65/1993.

b) Raunhæfur möguleiki stefnanda á að verða valinn af stefnda og skerðing möguleika hans

Stefnandi byggir á því að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að vera valinn af stefnda hefði tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. ekki verið tekið í hluta 1 og jafnframt að þeir möguleikar stefnanda hefðu skerst við brot stefnda. Tilkynnt hefði verið að innkauparáð stefnda hefði ákveðið að taka tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. í hluta 1.

Samkvæmt ákvæði 1.2.4 í útboðslýsingu hefðu eftirfarandi atriði verið höfð til hliðsjónar við mat á tilboðum: Tilboðsfjárhæð: 80%, EURO-staðall véla í hóp bifreiðum: 20%. Við mat á einkunnagjöf varðandi EURO-staðal véla hefði verið litið til samsetningar hópferðabifreiða þeirra sem bjóðandi bauð fram og heildarstigafjöldi reiknaður sem meðaltal stiga þeirra bifreiða sem bjóðandi hefði boðið fram.

Stefnandi hefði átt næst hagstæðasta tilboðið í hluta 1 í útboðinu. Því hefði hann átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af stefnda í þann hluta hefði tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. verið hafnað á þeim grundvelli að hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar væru ekki uppfyllt af hálfu félagsins. Brot stefnda hefðu því gert það að verkum að möguleikar stefnanda á að verða valinn skertust.

Þegar af þeim sökum eigi stefnandi rétt á skaðabótum úr höndum stefnda vegna kostnaðar hans af gerð tilboðs og þátttöku í útboðinu.

Í kjölfar framangreindrar niðurstöðu kæruneftndar útboðsmála, þar sem stefndi var talinn bera skaðabótaskyldu gagnvart stefnanda, hefði stefnandi gert þá kröfu að stefndi greiddi sér skaðabætur bæði vegna kostnaðar við gerð tilboðs og þátttöku í útboðinu, sem og skaðabóta vegna missis hagnaðar. Stefndi hefði hafnað kröfu stefnanda á þeim grundvelli að hann væri ósammála efnislegri niðurstöðu í úrskurði kæruneftndarinnar. Stefndi hefði borið því við að stefnandi hefði ekki átt raunhæfa möguleika á að verða valinn hefði tilboði Hópfæðamiðstöðvarinnar ekki verið tekið. Stefndi byggði það á því að stefnandi hefði ekki uppfyllt hæfiskröfur útboðsgagna vegna reynslukröfu í hluta 1 og hefði tilboð hans því ekki verið gilt.

Fullyrðing stefnda hefði komið stefnanda algjörlega í opna skjöldu og því hefði hann beðið stefnda um frekari rökstuðning varðandi hana. Eftir ítrekanir af hálfu stefnanda hafi rökstuðningur fengist en hann hafi verið þess efnis stefnandi uppfyllti ekki hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar fyrir hluta 1. Við mat á hæfi bjóðenda hefði m.a. verið litið til reynslu þeirra á skipulagningu og rekstri skólaaksturs eins og hann væri skilgreindur í ákvæði 2.2 í útboðsgögnum. Hæfiskröfum sem gerðar voru til samningsaðila hefði verið lýst svo í ákvæði 1.2.2 í útboðsgögnum:

„Vegna hluta 1:

Bjóðandi skal hafa sinnt skipulagningu og rekstri skólaaksturs í a.m.k. tvö ár og skulu ekki hafa liðið lengri en tvö ár frá því að slíku verkefni var lokið síðast. Krafa er gerð um að slíku verkefni hafi verið sinnt fyrir a.m.k. 400 nemendur daglega.

Stjórnendur og starfsmenn sem koma að skipulagningu verkefnis skulu hafa komið að slíku verkefni fyrir a.m.k. tvö skólaár á síðustu 4 árum.“

Stefndi hefði vísað til greinargerðar með tilboði stefnanda sem tilgreini reynslu stefnanda af sambærilegum rekstri en þar komi m.a. fram:

„Iceland Excursions Allrahanda ehf. er eitt stærsta hópfæðapjónustufyrirtæki á Íslandi í dag.

Félagið hefur sinnt skólaakstri fyrir nemendur sérskólanna á höfuðborgarsvæðinu frá árinu 1997. Um 570 farþegar eru fluttir í þeirri þjónustu daglega og er þjónustan framkvæmd með allt að 13 hópfæðabílum í einu.

Félagið hefur séð um akstur Vinnuskóla Reykjavíkurborgar frá árinu 2008. Samningurinn miðar við 8 bifreiðar alls í akstur á um 200-260 nemendum daglega.

Félagið er með verksamninga við Strætó bs. sem nær allt frá árinu 1992. Með strætisvögnum félagsins ferðast mikill fjöldi skólabarna daglega í og úr skóla. Samningur félagsins við Strætó bs. rennur út 21. ágúst 2010.“

Stefndi hefði vísað til þess að í ofangreindri lýsingu stefnanda væri miðað við fjölda farþega. Stefndi hefði fullyrt að samkvæmt útboðsgögnum væri gerð lágmarkskrafa um fjölda nemenda í akstri en ekki farþegafjölda. Stefndi hefði borið því við á þessum tíma, sem hann hefði þó látið ógert fyrir kærunefnd útboðsmála, að lýsing stefnanda á reynslu sinni sýndi ekki fram á akstur a.m.k. 400 nemenda daglega. Stefndi telji að einungis bæri að horfa til aksturs fyrir nemendur sérskólanna við mat á hæfi stefnanda fyrir hluta 1 og að hámarksfjöldi nemenda í þeim sérskólum sem nýttu sér þjónustu stefnanda daglega hefði verið 166 nemendur árið 2010 og 181 nemandi árið 2009.

Í almennri farþegafræði sé fjöldi farþega (í þessu tilfelli nemenda) miðaður við hvert innstig í hópferðabifreið en ekki við einstakling, sbr. þegar vísað er til farþegafjölda Strætó bs. Þannig geti sami einstaklingur/nemandi verið með 2-3 innstig á einum degi en það sé alvanalegt þegar ekið er með nemendur í og úr skóla, frá einum skóla til annars vegna hefðbundins skólalahlds eða milli skóla og íþróttamannvirkja. Miðað við innstig sérskólanemenda á höfuðborgarsvæðinu daglega sé farþegafjöldinn um 570 á dag eða töluvert yfir lágmarkskröfu útboðsins. Stefndi hafi því uppfyllt umrætt hæfisskilyrði.

Það að stefndi bar ekki fyrir sig framangreinda málsástæðu fyrr en eftir að kærunefnd útboðsmála kvað upp úrskurð í málinu sýni að skilningur aðila hafi ekki verið sá að túlka ætti ákvæði 1.2.2 útboðslýsingarinnar með þeim hætti sem stefndi hefði gert á síðari stigum málsins. Eins og eðlilegt verði að telja þegar litið er til þiggjenda þjónustu hópþjónu að hafi það verið skilningur aðila að miða bæri við farþegafjölda, sem þó væru skólabörn, hvern dag og að sá fjöldi byggðist á fjölda innstiga. Það hafi ekki verið fyrr en stefndi krafðist greiðslu bóta sem stefndi hefði ákveðið að bera fyrir sig að umræddan skilning bæri að leggja í ákvæðið. Það hljóti að teljast harla ólíklegt að stefndi hefði farið í ítarlegan málarekstur fyrir kærunefnd útboðsmála án þess að fara gaumgæfilega yfir tilboð stefnanda og bera þessu atriði við á því stigi málsins.

Það hafi verið á ábyrgð stefnda, sem opinbers aðila og kaupanda, að orða umrætt hæfisskilyrði útboðslýsingarinnar með svo skýrum hætti að hinn almenni bjóðandi myndi leggja í það viðeigandi skilning. Stefndi verði að bera hallann af óskýrleika útboðsgagnanna.

Væri skilningur stefnda á framangreindu hæfisskilyrði lagður til grundvallar beri að líta til þess að hæfisskilyrði verði að setja með jafnræðissjónarmið í huga, enda sé jafnræði bjóðenda rauður þráður í lögum um opinber innkaup og útboðstil skipuninni. Slíkum skilyrðum sé ekki ætlað að vera skálkaskjól fyrir mismunun gagnvart bjóðendum, með því að veita einum bjóðanda meiri möguleika á að verða valinn en öðrum.

Sjónarmið um meðalhóf væru samofin jafnræðisreglunni með þeim hætti að í jafn ræðisreglunni sé innbyggð meðalhófsregla. Þannig verði raunveruleg og lögmæt sjónarmið að liggja til grundvallar, úrræðin til þess fallin að ná þeim og ekki gengið lengra en nauðsyn beri.

Hæfisskilyrðum sé alls ekki ætlað að vera svo þröng að ekki geti fleiri en einn aðili boðið í verkið. Þvert á móti sé tilgangur hæfisskilyrða sá að auðveldara verði að útiloka aðila sem geti ekki staðið undir samningnum. Hæfisskilyrðum, sem séu svo þröng að þau útiloki stærsta hópferðafyrirtækið sem skráð sé í Reykjavík, sé augljóslega ætlað að gera eitthvað annað og meira en að grisja frá bjóðendum sem ekki væru í stakk búnir til að takast á við verkefnið. Það sé ólögmætt og að engu hafandi til ákvörðunar um bótaskyldu stefnda. Stefnandi hefði á árunum 1994-1996 séð um skólaakstur fyrir grunnskólabörn fyrir stefnda, auk þess að búa að þeirri reynslu sem gerð sé grein fyrir í greinargerð stefnanda með tilboði hans í útboðið, þ.e. krefjandi verkefni með akstur fyrir nemendur sérskólanna í Reykjavík og nemendur Vinnuskóla Reykjavíkur.

Stefnandi sé því óumdeilanlega hæfur til verksins, sem hér um ræði, enda ljóst að stefndi treysti stefnanda til að sjá um akstur fyrir sérskólana og Vinnuskóla Reykjavíkur. Stefnandi geti því ekki verið óhæfur til þess að sjá um akstur fyrir grunnskólana. Að stefnandi sé útilokaður frá útboði um skólaakstur á framangreindum grundvelli sýni skýrlega að umrætt hæfisskilyrði standist ekki jafnræðisreglu og meðalhófsreglu útboðsréttar.

Umrætt hæfisskilyrði sé annars eðlis en þau hæfisskilyrði sem sett voru fram um eignarhald bifreiða og tengd atriði. Slík hæfisskilyrði séu einmitt eðlileg með tilliti til þess markmiðs að útiloka bjóðendum sem hafi ekki tæknilega getu til þess að uppfylla samninginn. Hver sem er geti fjárfest í bifreiðum til þess að fullnægja skilyrðum útboðslýsingar en ekki geti hver sem er uppfyllt nánar tilgreind skilyrði sem virtust eingöngu sett til þess að auðvela tilteknum bjóðanda að fá verkið. Slík hæfisskilyrði væru ekki til þess fallin að tryggja jafnræði og efla virka samkeppni milli fyrirtækja líkt og lög um opinber innkaup hefðu þó að markmiði, sbr. 1. gr. laganna.

Burtséð frá öllu framangreindu byggji stefnandi allt að einu á að það útiloki ekki rétt bjóðanda til skaðabóta úr hendi kaupanda vegna undirbúnings tilboðs og þátttöku í útboði að tilboð hafi jafnvel ekki fullnægt skilyrðum útboðslýsingar.

Ljóst sé að á grundvelli 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup beri stefndi skaðabótaskyldu gagnvart stefnanda vegna undirbúnings tilboðs og þátttöku í útboðinu. Í lagagreininni felist að sönnunarbyrði sé snúið við. Það sé því stefnda að sanna að afleiðing brots hans hafi ekki valdið stefnanda tjóni.

Þó svo að stefndi beri ótvírætt sönnunarbyrðina fyrir því að stefnandi hafi ekki orðið fyrir tjóni, sökum ólögmætrar háttsemi stefnda vegna gerðar tilboðs og þátttöku í útboðinu, geri stefnandi grein fyrir þessu tjóni sínu með eftirfarandi hætti:

| | | | |
|----|--------------------------------|--------------|----------------|
| a. | Lestur og yfirferð útboðsgagna | 19 klukkust. | 185.991 krónur |
|----|--------------------------------|--------------|----------------|

| | | | | |
|-----------------|--|----------------|---|---------------|
| b. | Gerð kostnaðaráætlunar | 7 | „ | 68.523 „ |
| c. | Útreikningar vegna tilboðs | 9 | „ | 88.101 „ |
| d. | Yfirferð kostnaðaráætlunar, samræming og lestur útboðsgagna | 21 | „ | 205.569 „ |
| e. | Mæting í opnun útboðs | 2 | „ | 19.578 „ |
| Samtals: | 58 klukkust. | 567.762 | | krónur |

Í útreikningi sé miðað við tímagjaldið 7.800 krónur auk virðisaukaskatts.

2. Skaðabótaskylda vegna missis hagnaðar

Stefnandi byggir á því að stefndi beri skaðabótaskyldu gagnvart honum vegna missis hagnaðar sem stefnandi hefði orðið fyrir vegna hinnar ólögmætu háttsemi stefnda, að ganga til samninga við Hópferðamiðstöðina ehf. á grundvelli ógilds tilboðs í hluta 1 í útboði nr. 12461 í stað þess að ganga til samninga við stefnanda.

Um ólögmæti ákvörðunar stefnda og raunhæfa möguleika stefnanda á að verða valinn hefði brotið ekki komið til sé vísað til umfjöllunar hér að framan um ólögmæti.

Krafa stefnanda um viðurkenningu á skaðabótaskyldu stefnda gagnvart stefnanda vegna missis hagnaðar byggist á almennum reglum, sbr. 2. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup. Byggt sé á almennum reglum um skaðabætur innan samninga. Sama niðurstaða og sömu sjónarmið eigi við sé litið svo á að um skaðabætur utan samninga sé að ræða.

Þar sem tilboði annars bjóðanda var tekið, og þar sem stefnandi hafi átt lægsta tilboðið sé litið til hæfra bjóðenda, sé bæði sannað að samið hefði verið við stefnanda ef ekki hefði komið til saknæmt réttarbrot stefnda og að tilboð stefnanda hefði verið hagkvæmast.

Um tjón og það skilyrði að tjónið sé sennileg afleiðing af saknæmri og ólögmætri háttsemi stefnda vísi stefnandi til eftirfarandi:

Innkaupin sem samið var um við Hópfærðamiðstöðina ehf. hafi verið útboðsskyld. Þar sem Hópfærðamiðstöðin ehf. hefði ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðsgagna hefði stefnda borið að hafna tilboði félagsins og ganga til samninga við þann bjóðanda sem hefði átt næst lægsta tilboðið, þ.e. stefnanda. Sú ákvörðun að ganga til samninga við Hópfærðamiðstöðina ehf. í kjölfar útboðsins hefði þannig orðið til þess að stefnandi missti af samningnum við stefnda. Um saknæmi háttseminnar þurfi vart að fjölýrða, enda ljóst að stefndi gekk viljandi til samninga við Hópfærðamiðstöðina ehf., í stað þess að fara að lögum um opinber innkaup.

Ljóst sé að um ólögmæta háttsemi væri að ræða, þar sem háttsemi stefnda hefði beinlínis og meðal annars brotið gegn 71. gr. laga um opinber innkaup. Ákvörðun stefnda hefði leitt til þess að stefnandi missti af samningnum, og hefði stefnda mátt vera ljóst að með því að valda þessu hefði hann stuðlað að því að stefnandi fór á mis við hagnað af honum. Ekki hafi verið um neitt annað að ræða en saknæma og ólögmæta háttsemi stefnda sem leitt hafi til þess að stefnandi varð af samningnum. Verði því að meta ákvörðun stefnda honum til sakar og líta svo á að stefndi beri skaðabótaábyrgð á því tjóni sem rakið verði til ákvörðunar hans.

Samkvæmt dómafordæmi Hæstaréttar komi krafa og greiðsla skaðabóta vegna kostnaðar við gerð tilboðs og þátttöku í útboði ekki í veg fyrir að tjónvaldi verði jafnframt gert að greiða tjónþola skaðabætur vegna missis hagnaðar.

Í ljósi brots stefnda gegn lögum um opinber innkaup og þess að stefnandi átti næst lægsta tilboð í hluta 1, byggji stefnandi á því að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að ólögmæt háttsemi hans hefði ekki haft í för með sér tjón fyrir bjóðanda í formi missis hagnaðar.

Verði ekki fallist á framangreint um öfuga sönnunarbyrði leiði stefnandi líkum að tjóni sínu með eftirfarandi hætti:

Stefnandi hafi lagt fram yfirlit yfir áætlaðan hagnað sem byggist á tilboði stefnanda í hluta 1 í útboð nr. 12461. Samningurinn hafi átt að gilda í tvö ár en mögulegt hafi verið að framlengja hann um allt að tvö ár. Stefnandi geri ráð fyrir því að hefði tilboði hans verið tekið í hluta 1 þá hefði samningurinn verið framlengdur. Stefnandi miði því við þann hagnað sem hann hefði fengið á umræddum fjórum árum. Þannig hefðu tekjur stefnanda á ári numið 172.050.588 krónum og kostnaður 137.642.868 krónum. Hagnaður stefnanda hefði því numið 34.407.720 krónum á ári eða 137.630.880 krónum fyrir öll fjögur árin sem samningurinn hefði varað.

Í ljósi annarra tilboða í hluta 1 sé ljóst að tilboð stefnanda hafi verið í fullu samræmi við það sem eðlilegt geti talist fyrir slíkan samning. Tilboð stefnanda, sem hann miði útreikning á áætluðum hagnaði sínum við, hafi verið raunhæft í ljósi umfangs verkefnisins. Bjóðendur muni ávallt miða tilboð sín við að einhver hagnaður verði af verkefninu sem boðið er í, enda væri annars lítill hvati fyrir aðila að taka þátt í útboði.

Kröfur um bæt看 styðjist einnig við bótareglur EES-réttar og grundvallarreglur EES-samningsins. Skuldbinding íslenska ríkisins samkvæmt 7. gr. EES-samningsins til að laga íslenskan rétt að útboðstilskipuninni, feli jafnframt í sér skyldu til að fara eftir þeim reglum sem þar komi fram en að öðrum kosti sé ekki réttilega að aðlögun staðið. Sú skylda hvíli einnig á öðrum opinberum aðilum en íslenska ríkinu, þ.m.t. stefnda. Þar sem stefndi hefði brotið gegn lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, og þannig gegn rétti stefnanda, leiði af lögum nr. 2/1993 og meginreglum og markmiðum EES-samningsins að stefndi verði skaðabótaskyldur að íslenskum rétti. Skaðabótaábyrgð stefnda fái þannig næga stoð í lögum nr. 2/1993.

Stefnanda sé heimilt að höfða mál til viðurkenningar á skaðabótaskyldu með vísan til 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Stefnda hafi verið óheimilt að ganga til samninga við Hóþferðamiðstöðina ehf. með vísan til laga um opinber innkaup nr. 84/2007, fyrst og fremst 71. gr. þeirra.

Krafa um bæt看 vegna kostnaðar við gerð tilboðs og þátttöku í útboði byggist fyrst og fremst á 1. mgr. 101. gr. sömu laga.

Krafa um skaðabæt看 vegna missis hagnaðar byggist á almennum reglum, sbr. 2. mgr. 101. gr. sömu laga, það er reglum um skaðabæt看 innan samninga ellegar á almennu skaðabótareglunni. Þá sé byggt á viðteknum venjum útboðsréttar.

Bótakröfur séu jafnframt byggðar á bótareglum EES-réttar og grundvallarreglum EES-samningsins, sbr. einnig 3., 6. gr. og 7. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

Stefnandi byggi almennt á tilskipun Evrópuþingsins og -ráðsins 2004/18/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vöru samninga og þjónustusamninga.

Krafa um málskostnað sé byggð á 3. mgr. 129. gr. og 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála.

Málsástæður og lagarök stefnda

Af hálfu stefnda er málsatvikum lýst þannig að stefndi reki 39 grunnskóla og þar af tvo sérskóla. Nemendur í grunnskólum séu um 14.000 talsins og hafi stefndi um árabíli verið með samninga í gildi um akstur nemenda milli staða. Stefndi hafi boðið út akstur nemenda í grunnskólum Reykjavíkur (Kjalarnes meðtalið) árið 2006 til tveggja ára með heimild til framlengingar tvisvar sinnum eitt ár í senn, sbr. útboðslýsingu nr. 10807. Á grundvelli þess útboðs hafi verið gerður samningur við Hóþferðamiðstöðina ehf., sem síðar hefði verið framlengdur í tvígang í samræmi við heimild útboðsgagna. Fjöldi nemenda grunnskóla sem ekið var á milli staða daglega hafi verið 1.877 nemendur árið 2008 og 1.939 nemendur árið 2009.

Árið 2010 hefði innkaupaskrifstofa stefnda ákveðið að samræma innkaup stefnda á hópþjónustu með því að bjóða út einn rammamning um hópþjónustu fyrir stefnda. Í júní það ár hafi því verið farið af stað með útbod nr. 12410 „*Rammamningur um hópþjónustu fyrir Reykjavíkurborg*“, en öllum tilboðum í því útbodi hefði verið hafnað með bréfi 1. júlí 2010 þar sem í útbodslýsingu vantaði ákvæði um samningstíma.

Útbod það sem í máli þessu sé deilt um sé útbod nr. 12461 „*Rammamningur um hópþjónustu fyrir Reykjavíkurborg*“. Í þeim útbodsgögnum hefði verið óskað eftir tilboðum í þrjú hluta hópþjónustu sem aðgreindir hefðu verið þannig: Hluti 1: Akstur fyrir grunnskóla Reykjavíkurborgar, hluti 2: Vettvangsferðir nemenda í grunn- og leikskólum og hluti 3: Akstur fyrir vinnuskóla Reykjavíkurborgar og annar akstur fyrir Reykjavíkurborg.

Heimilt hefði verið að bjóða í einstaka hluta en þó hefðu þeir sem buðu í hluta 1 einnig þurft að bjóða í hluta 2. Engar bindandi magntölur hefðu verið í útbodsgögnum. Verkhlutum útbodsins sé nánar lýst í grein 2.2. í 2. kafla útbodsgagnanna. Þar sé tegund aksturs í hluta 1 lýst á eftirfarandi hátt: „Hefðbundinn skólaakstur er sá akstur þar sem aka þarf nemendum milli staða, skóla og heimilis eða frá einum skóla til annars, vegna hefðbundins skólahalds eða milli skóla og íþróttamannvirkja.“ Gerðar hafi verið sérstakar lágmarkskröfur til hæfis bjóðenda og sé þeim lýst í grein 1.2.2 „Kröfur um hæfi bjóðenda“ á eftirfarandi hátt:

Þess er krafist að bjóðendur uppfylli eftirfarandi skilyrði:

„Vegna hluta 1:

Bjóðandi skal hafa að sinnt skipulagningu og rekstri skólaaksturs í a.m.k. tvö ár og skulu ekki hafa liðið lengri en tvö ár frá því að slíku verkefni var lokið síðast. Krafa er gerð um að slíku verkefni hafi verið sinnt fyrir a.m.k. 400 nemendum daglega.

Stjórnendur og starfsmenn sem koma að skipulagningu verkefnis skulu hafa komið að slíku verkefni fyrir a.m.k. tvö skólaár á síðustu 4 árum.

Vegna hluta 1,2 og 3:

Í hluta 1 skulu bjóðendur hafa umráðarétt yfir a.m.k. þeim hámarksvagnafjölda af hverri stærð sem tilgreindur er í fylgiskjali 1 auk varavagna. Þannig er miðað við að bjóðendur eigi a.m.k. 6 bifreiðar sem taka 30 nemendur o.s.frv. Ekki er gerð krafa um að bifreiðarnar séu nákvæmlega að þeirri stærð sem skilgreind er í fylgiskjali 1 en skulu þó ekki vera stærri en 10 farþegum umfram það sem gefið er upp í fylgiskjali 1.

Hvað varðar aðra hluta skulu bjóðendur hafa umráðarétt yfir a.m.k. 10 hópferða bifreiðar og geta uppfyllt kröfur um hámarks flutningsfjölda sem kveðið er á um í útbodsgögnum þessum.

Þeir aðilar sem bjóða í hluta 1 og uppfylla hæfiskröfur í þeim hluta uppfylla þar með hæfiskröfur fyrir aðra hluta útbodsins.“

Bjódendum hefði borið að skila tilteknum gögnum með tilboði sínu sem litið hafi verið til við mat á ofangreindum kröfum. Með tilboðum skyldi annars vegar skila „1. Greinargerð um reynslu bjóðenda af akstri grunnskólanemenda, umfangi og skipulagi hans.“ og „2. Listi með nöfnum allra ökumanna sem koma til með að annast þá þjónustu sem útboð þetta lýtur að, ásamt upplýsingum um reynslu hvers og eins þessara ökumanna af akstri sem um er getið í útboðsgögnum.“ Hins vegar skyldi fylgja tilboði: „Skrá yfir allar hópþifreiðar sem bjóðandi ætlar til nota við framkvæmd samningsins og fullnægja kröfum útboðsgagna.“ Þá sé tilgreint í lok greinar 1.1.8. í útboðsgögnum að „Reykjavíkurborg áskilur sér rétt til að kalla eftir öðrum upplýsingum sem varða verkefnið.“

Kostnaðaráætlun fyrir verkefnið hafi verið gerð 15. júlí 2010. Tilboð hafi verið opnuð 4. ágúst s.á. og hafi tilboð borist frá fimm bjóðendum. Í málinu sé m.a. deilt um hæfi Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. og hæfi stefnanda en tilboð þeirra beggja ásamt fylgiskjölum hafi verið lögð fram í málinu.

Við mat á hæfi bjóðenda hafi kröfur í útboðsgögnum verið lagðar til grundvallar svo og fyrirbyggjandi gögn um hæfi bjóðanda. Tillaga innkaupaskrifstofu til innkauparáðs um töku tilboða, ásamt mati innkaupaskrifstofu á fjárhagslegu hæfi bjóðenda, hefði verið lögð fyrir fund innkauparáðs stefnda 6. ágúst 2010. Innkauparáð stefnda hefði ákveðið á þeim fundi að tekið yrði hagkvæmasta tilboði í hluta 1 frá Hópferðamiðstöðinni, að í hluta 2 yrði tekið þrem hagstæðustu tilboðum, frá Teiti Jónassyni ehf., Hópþílum hf. og Hópferðamiðstöðinni, og að í hluta 3 yrði tekið hagstæðasta tilboði Teits Jónassonar ehf. Sú ákvörðun hefði verið tilkynnt öllum bjóðendum bréflega sama dag. Tilkynning um endanlegt samþykki tilboða hafi svo verið send öllum bjóðendum með bréfi 16. ágúst s.á. og hafi þar með verið kominn á samningur um þjónustuna milli stefnda og nefndra aðila.

Stefndi krefjist sýknu af öllum dómkröfum stefnanda. Sýknukrafan sé fyrst og fremst byggð á því að stefndi hefði farið í öllu að lögum um opinber innkaup við umrætt innkaupafarli er hann tók tilboðum Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. Í öðru lagi sé á því byggt að stefnandi hefði ekki átt raunhæfan möguleika á að hljóta samning í umræddu útboði þar sem öll hans tilboð í útboðinu hefðu verið miklum mun hærri en kostnaðaráætlun stefnda vegna verkefnisins hefði gert ráð fyrir og því með öllu óaðgengileg fyrir stefnda. Í þriðja lagi sé sýknukrafa stefnda byggð á því að stefnandi hefði ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðslýsingar og því hefði ekki verið heimilt að semja við hann í hluta 1. Leiði hver og ein þessara málsástæðna til þess að sýkna beri stefnda af öllum viðurkenningarkröfum stefnanda um skaðabótaskyldu. Stefndi mótmæli öllum málsástæðum stefnanda sem röngum og ósönnuðum. Málsástæður stefnda fyrir sýknukröfunni séu eftirfarandi:.

Lögmæt ákvörðun stefnda um val á tilboði í útboði nr. 12461

Sýknukrafa stefnda sé byggð á því að hann hefði réttilega tekið hagkvæmasta gilda tilboði í hluta 1 í útboðinu og þannig hefði samningur við Hópferðamiðstöðina ehf. komist á með löglegum hætti. Samningar um hluta 2 og 3 hefðu einnig komist á með lögmætum hætti. Tilboðin sem samþykkt voru í útboðsferlinu hefðu uppfyllt kröfur útboðsgagna og stefnda því verið óheimilt annað en að taka þeim tilboðum

sem hann hefði tekið í útboðsferlinu.

Útboðsferlið sem hér um ræði sé útboð á rammasamningi um hópþjónustur. Um ferlið gildi því ákvæði 34. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup og önnur viðeigandi ákvæði laganna. Stefnandi hefði boðið í alla þrjá hlutana sem boðnir voru út en tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar hefði verið tekið í hlutum 1 og 2 en ekki 3.

Kröfur þær sem bjóðendur í útboðinu þurftu að uppfylla til að teljast hæfir til að geta verið með gilt tilboð í skilningi 71. gr. laga um opinber innkaup hafi skipst annars vegar í lágmarkskröfur um fjárhagslegt hæfi í grein 1.1.14, sbr. 49. gr. laga um opinber innkaup, og hins vegar í lágmarkskröfur um tæknilegt hæfi í grein 1.2.2, sbr. 50. gr. sömu laga. Í málinu dragi stefnandi tæknilegt hæfi Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. í efa. Gögn þau sem áskilið var að bjóðandi léti stefnda í té til sönnunar á hæfi sínu hafi verið áskilin í grein 1.1.8 í útboðsgögnum, sbr. 1. mgr. 49. gr. og 1. mgr. 50. gr. laga um opinber innkaup.

Stefndi hafni fullyrðingum stefnanda um að gerðar hafi verið aðrar eða ítarlegri kröfur í útboðsgögnum til tæknilegs hæfis bjóðenda en beinlínis voru tilgreindar í grein 1.2.2 enda hefði stefnda verið óheimilt samkvæmt 1. mgr. 50. gr. laga um opinber innkaup að meta tæknilegt hæfi á grundvelli annarra krafna en þeirra sem beinlínis var krafist gagna til sönnunar um í útboðsgögnum. Til sönnunar tæknilegu hæfi bjóðenda hefði stefndi engra annarra gagna krafist en þeirra sem hann hefði tilgreint í útboðsgögnum grein 1.1.8. Stefndi mótmæli túlkunum stefnanda á kröfum þeim sem stefndi hefði gert til bjóðenda í útboðsgögnum nr. 12461. Skýring útboðsgagna byggðist fyrst og fremst á túlkun á orðanna hljóðan og því verði ekki gerðar strangari kröfur til hæfis bjóðenda en leiði af skýrum fyrirmælum í útboðsgögnum þar um. Kröfur sem stefndi hafi gert til hæfis bjóðenda séu í samræmi við útboðsgögnin.

Í tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. sé greinargerð með upplýsingum um þau atriði sem komið hafi til mats á tæknilegu hæfi bjóðenda í útboðinu. Þar komi fram að bjóðandinn hefði skipulagt og rekið skólaakstur fyrir stefnda undanfarin 14 ár auk þess sem starfsfólk og stjórnendur, sem tilgreindir eru sem skipuleggjendur verkefnisins, hafi allir þá lágmarksreynslu sem lýst sé í grein 1.2.2 í útboðsgögnum. Bjóðandinn uppfyllti þannig allar ofangreindar lágmarks hæfiskröfur sem gerðar voru til reynslu hans og lykilstarfsmanna hans. Á grundvelli allra ofangreinda lágmarkskrafna útboðsgagna um hæfi bjóðenda og innsendra gagna með tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf., hefði stefndi metið bjóðandann hæfan í skilningi 49. og 50. gr. laga um opinber innkaup.

Frá og með grein 1.2.6 og áfram í útboðsgögnum sé kveðið á um framkvæmd rammasamninga þeirra sem komast skyldu á í kjölfar útboðsins. Í kafla 2 í útboðsgögnum sé verklýsing verkefnisins og í greinum 2.5 og 2.6 séu ákvæði um sérstakar kröfur sem gerðar verði til samningsaðila á samningstímanum við framkvæmd samningsins. Hið sama eigi augljóslega við um ákvæði 1.2.16 og 1.2.18. Umræddar kröfur séu ekki hæfiskröfur í skilningi 50. gr. laga um opinber innkaup, og komi því ekki til mats á hæfi bjóðanda um það hvort tilboð hans teljist gilt í skilningi 71. gr. laga um opinber innkaup.

Í greinargerð með tilboði stefnanda komi skýrlega fram að hann hafi „yfir miklum hóp bifreiðafjölda að ráða“. Í framhaldinu lýsi stefnandi því yfir að það sé „ljóst að komi til þess að samið verði við Iceland Excursions Allrahanda ehf. um þennan akstur mun félagið þurfa að bæta við sig bifreiðum og hefur þegar verið lagður grunnur að því“. Í þessum orðum felist að stefnanda hafi verið ljóst, þegar hann gerði tilboð sitt, að ekki hafi verið gerð lágmarkskrafa í umþrættum útboðsgögnum um að allar hóp bifreiðar, sem tilgreindar væru í fylgiskjölum með tilboði bjóðenda, væru háðar eignarrétti bjóðandans og jafnframt að búast mætti við því að við framkvæmd samningsins gæti sú staða komið upp að þjónustuaðilinn þyrfti að auka eða breyta þeim hóp bifreiðakosti sem hann hefði yfir að ráða. Ekki hafi verið krafa um beint eignarhald á bifreiðum, ekki hafi verið krafist gagna um beinan eignarrétt bjóðenda á þeim og ekki hafi verið ætlast til þess að þeir ættu bifreiðar á lager til að sinna verkefninu.

Lægstbjóðandi hefði síðastliðinn 14 ár skipulagt og rekið skólaakstur fyrir stefnda. Í ljósi fyrra samningssambands stefnda og Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. um þjónustu þá sem boðin var út í hluta 1 hefði stefndi ekki haft tilefni til að afla nánari upplýsinga um sönnur á umráðum bjóðandans yfir hóp bifreiðum þeim sem tilgreindar voru með tilboði hans.

Með hliðsjón af gögnum málsins og öllu ofangreindu telji stefndi að sýnt hafi verið fram á að bjóðandinn Hópfærðamiðstöðin ehf. hafi verið hæfur og tilboð hans því gilt í skilningi 71. gr. laga um opinber innkaup. Stefndi hafi því ekki brotið gegn lögum um opinber innkaup í innkaupaferlinu með því að taka tilboði Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. Skilyrði bótaskyldu samkvæmt 101. gr. sömu laga séu því ekki fyrir hendi.

Öll tilboð stefnanda óaðgengileg

Stefndi byggi á því að öll tilboð stefnanda hafi verið óaðgengileg í skilningi við tekinnna venja útboðsréttar. Tilboð stefnanda hefði verið of hátt en það hafi verið 23% yfir kostnaðaráætlun stefnda í hluta 1 og 32% yfir kostnaðaráætlun stefnda í hluta 2. Hefði stefnda því hvorki verið mögulegt né skylt að ganga að tilboðum stefnanda í útboðinu. Hin of háu tilboð stefnanda í útboðinu hefðu alltaf leitt til þess að þau hefðu ekki komið til álita við val á tilboði og að fyrirvari stefnda í ákvæði 1.2.3, um að hafna öllum tilboðum, hefði orðið virkur. Stefndi hefði allt að einu hafnað tilboðum stefnanda í útboðinu þar sem þau hefðu verið þessum miklum mun hærri en hann hefði ráðgert að greiða fyrir umrædda þjónustu. Fullyrðingum stefnanda um að hann hefði átt raunhæfan möguleika á að hljóta samning á grundvelli útboðsins vísi stefndi því á bug sem röngum og ósönnuðum.

Vanhæfi stefnanda til að hljóta samning um hluta 1

Stefndi byggi sýknukröfu sína enn fremur á því að stefnandi hafi ekki uppfyllt lág markskröfur útboðsgagna um hæfi bjóðenda til að hljóta samning um hluta 1 á grundvelli útboðsins. Stefnanda hefði mátt vera þetta ljóst um leið og hann fékk umrædd útboðsgögn í hendur enda skýrar lágmarkskröfur gerðar til hæfis bjóðenda í þeim. Málsástæða þessi sé byggð á því að greinargerð með tilboði stefnanda beri með sér nægar upplýsingar til að sýna fram á að stefnandi uppfyllti ekki hæfiskröfu greinar 1.2.2 um reynslu bjóðanda af skipulagi og rekstri skólaaksturs. Við mat á

hæfi bjóðenda í hluta 1 sé m.a. litið til reynslu hans á skipulagningu og rekstri skólaaksturs eins og hann sé skilgreindur í útboðsgögnum í grein 2.2. Þannig þurfi sá aðili sem sinni þessum rekstri að hafa ekið a.m.k. 400 nemendum daglega, á skóladögum, í skipulögðum skólaakstri þar sem ekið sé með nemendum milli staða, skóla og heimilis eða frá einum skóla til annars, vegna hefðbundins skólalahlds eða milli skóla og íþróttamannvirkja.

Í upptalningu stefnanda á reynslu sinni af akstri nemenda sérskólanna á höfuðborgarsvæðinu sé fjöldi farþega tilgreindur en ekki fjöldi nemenda. Stefnda, sem m.a. kaupir þessa þjónustu af stefnanda, sé kunnugt um hvernig skólaakstur fyrir nemendum sérskólanna á höfuðborgarsvæðinu fari fram og jafnframt að þarna sé ekki eingöngu um akstur með grunnskólanemendum að ræða, eins og gefið sé í skyn í greinargerð stefnanda með tilboðinu, heldur séu einnig aðrir farþegar í þessum ferðum. Akstur fyrir Vinnuskóla stefnda falli ekki undir skilgreiningu skólaaksturs í hluta 1, sbr. grein 2.2 í útboðsgögnum. Akstur fyrir Vinnuskólann sé skilgreindur í hluta 3 í útboðsgögnum, sbr. grein 2.4 í útboðsgögnum. Útboðsgögnin taki því af allan vafa um að ekki sé unnt að meta reynslu stefnanda sambærilega reynslu af skólaakstri í hluta 1 í útboðinu. Almennings-samgöngur séu auk þess ekki skipulagðar skólaakstur með grunnskólanema eins og hann sé skilgreindur í útboðsgögnum, grein 2.2, og sé því ekki sambærilegur skólaakstri í hluta 1.

Stefndi hafi ekki lagt fram nein gögn með tilboði sínu sem sýndu fram á að hann hefði reynslu af skipulögðum skólaakstri samkvæmt skilgreiningu þjónustunnar í hluta 1 með a.m.k. 400 nemendum daglega. Því sé enginn vafi á að stefndi hefði ekki uppfyllt lágmarkskröfur útboðsgagna um hæfi. Þegar af þeirri ástæðu skorti stefnanda sönnun fyrir þeirri málsástæðu sinni að hann hefði átt raunhæfan möguleika á að hljóta umræddan samning og beri því að sýkna stefnda af viðurkenningarkröfu stefnanda um skaðabótaskyldu.

Stefndi mótmæli alfarið fullyrðingum stefnanda um að hæfisskilyrði útboðsgagna nr. 12461 hafi ekki uppfyllt jafnræðisreglu og meðalhófsreglu útboðsréttar. Kröfur til reynslu bjóðanda hafi verið hæfilegar í samræmi við efni samningsins enda tæplega 2.000 nemendum grunnskóla stefnda sem umrædd þjónusta sé ætluð fyrir á degi hverjum. Lágmarkskrafa um að bjóðandi hefði nýlega og tiltekna reynslu af skipulagi og rekstri hefðbundins skólaaksturs með a.m.k. 400 nemendum daglega hafi því verið hófleg og í eðlilegu hlutfalli við umfang samningsins. Stefndi hafi sem opinber kaupandi töluvert svigrúm til að ákveða hvaða lágmarkskröfur verði gerðar til bjóðanda í samkeppni um að hljóta samning á hans vegum. Auk þess sé jafnræði bjóðenda í engu raskað með hæfiskröfum stefnda í útboðsgögnum enda gætt í hvívetna að jafnræði og gagnsæi við umrætt innkaupaferli, sbr. áskilnað 14. gr. laga um opinber innkaup.

Þá mótmæli stefndi harðlega fullyrðingum stefnanda um að það fyrirfinnist svokölluð „almenn farþegafræði“ sem kveði á um að telja skuli hvert innstig en ekki hvern einstakling. Sú málsástæða hefði enga skírskotun til lágmarkskrafna útboðsgagna eins og þeim sé skýrlega lýst í grein 1.2.2, sbr. grein 2.2, enda sé umrædd þjónusta í hluta 1 við tilgreindan fjölda nemenda í grunnskólum stefnda en ekki ótilgreindan fjölda farþega í almennings-samgöngum almennt.

Sönnunarbyrði hvíli á stefnanda

Stefndi byggji sýknukröfuna á því að fyrir liggi samkvæmt gögnum málsins lögfull sönnun fyrir því að Hópferðamiðstöðin ehf. hafi verið hæfur bjóðandi í skilningi laga um opinber innkaup og því hafi verið lögmætt af hálfu stefnda að taka tilboði hans í skilningi 71. gr. laganna. Þar með bresti skilyrði þess að skaðabótaskylda geti verið fyrir hendi á grundvelli 1. eða 2. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup. Beri því að sýkna stefnda af dómkröfum stefnanda.

Þá sé byggt á því að allar framangreindar málsástæður stefnda leiði hver og ein til sömu niðurstöðu um sýknu og sé öllum málsástæðum stefnanda um meinta skaðabótaskyldu stefnda hafnað. Stefndi hafi sýnt fram á að hann hefði framkvæmt umrætt innkaupaferli í fullu samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup. Því sé mótmælt að stefndi geti talist bera skaðabótaskyldu á grundvelli reglna um skaðabætur innan samninga, ótilgreindra bótareglna EES-réttar eða að stefndi beri öfuga sönnunarbyrði. Stefndandi hafi ekki með neinum haldbærum rökum eða gögnum sýnt fram á að hann hafi uppfyllt hæfisskilyrði útboðsgagna eða að tilboð hans hafi verið aðgengilegt stefnda eða að því hefði verið tekið. Þar með hefði stefndandi ekki sannað að hann hefði átt raunhæfa möguleika á að tilboðum hans hefði verið tekið en hann beri sjálfur sönnunarbyrðina fyrir því.

Varðandi sönnun um viðurkenningarkröfu stefnanda á skaðabótaskyldu stefnda vegna meints missis hagnaðar beri stefndandi sjálfur sönnunarbyrðina fyrir því að tilboð hans hafi verið gilt, hagkvæmast og að stefndi hefði ekki hafnað öllum tilboðum. Þá hefði stefndandi heldur ekki sýnt fram á líkur þess að hann hefði orðið fyrir tjóni. Með rammasamningsútboðinu hafi ekki komist á skuldbindandi samningur um tiltekið þjónustumagn. Þrátt fyrir það hafi stefndandi gert ráð fyrir tilteknu akstursmagni, tilteknum greiðslum fyrir þjónustuna og tilteknum kostnaði við veitingu þjónustunnar. Fram komi í tilboði stefnanda að ef hann fengi samninginn þyrfti hann að kaupa fleiri hópbifreiðar. Þessi fullyrðing auki enn á óvissu þeirra útreikninga sem stefndandi hafi lagt fram til stuðnings kröfum um bætur fyrir missi hagnaðar. Stefndandi hefði ekki sýnt fram á að við hann hefði verið samið ef tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. hefði ekki verið tekið og ekki sýnt fram á hvernig endanleg niðurstaða útboðsins hefði orðið honum til tjóns. Stefndandi beri sönnunarbyrðina fyrir dómkröfum sínum og hallann af þeim sönnunarskorti sem uppi sé í málinu.

Stefndi byggji málatilbúnað sinn m.a. á lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, einkum 2., 14., 34., 46., 49., 50., 53., 71., 72., 101. og 103. gr., almennum reglum skaðabótaréttar og viðteknum venjum útboðsréttar og lögum um meðferð einkamála nr. 91/1991, einkum 2. mgr. 25. gr. og 80. gr. en málskostnaðarkrafan byggji á 130. gr., sbr. 129. gr. Stefndi mótmæli málskostnaðaryfirliti stefnanda sem allt of háu.

Niðurstaða

Kröfur stefnanda í málinu eru byggðar á því að brotið hafi verið gegn 71. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007 af hálfu stefnda með því að taka ógildu tilboði Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. í akstur fyrir grunnskóla í hluta 1 í útboði stefnda sem hér að framan er lýst. Tilboð Hópferðamiðstöðvarinnar ehf. hafi verið ógilt þar

sem það hafi ekki uppfyllt hæfisskilyrði útboðslýsingar. Þessi framkvæmd stefnda brjóti í bága við ofangreinda lagagrein og sé þar af leiðandi ólögmat. Jafnframt brjóti hún í bága við meginregluna um jafnræði bjóðenda við opinber innkaup.

Samkvæmt 71. gr. laga um opinber innkaup skal við ákvörðun kaupanda um gerð samnings eingöngu litið til gilda tilboða sem fullnægi kröfum um fjárhagslega stöðu og faglega og tæknilega getu og önnur atriði, sbr. 49.-54. gr. laganna. Tilgangi laganna er lýst í 1. gr. þeirra en þar segir að hann sé að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu. Í 1. mgr. 14. gr. laganna segir að gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup. Óheimilt sé að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða af öðrum sambærilegum ástæðum.

Stefnandi heldur því fram að Hópfærðamiðstöðin ehf. hafi ekki uppfyllt það hæfis skilyrði í útboðslýsingu að eiga tiltekinn fjölda bifreiða eða hefði umráðarétt yfir þeim í skilningi útboðsskilmálanna.

Af hálfu stefnda er því haldið fram að tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. hafi verið gilt en það hafi að mati stefnda uppfyllt kröfur útboðsgagna. Fyrirtækið hafi lagt fram lista, sem fylgt hafi tilboðinu, yfir bifreiðar sem gert hafi verið ráð fyrir að notaðar yrðu við aksturinn. Fram hefur komið í málinu að Hópfærðamiðstöðin ehf. hafi meðal annars haft umráð yfir hóp bifreiðum í eigu eigenda fyrirtækisins sem hefðu verið ætlaðar í aksturinn fyrir grunnskóla stefnda í hluta 1 í útboðinu.

Í grein 1.2.2 í útboðslýsingu er sett fram sú krafa að bjóðendur í hluta 1 uppfylli það skilyrði að hafa umráðarétt yfir að minnsta kosti þeim hámarksvagnafjölda af hverri stærð sem tilgreindur sé í fylgiskjali 1 auk varavagna. Enn fremur segir þar að þannig sé miðað við að bjóðendur eigi að minnsta kosti sex bifreiðar sem taki 30 nemendur o.s.frv. Samkvæmt 1. tl. B-liðar í grein 1.1.8 í útboðslýsingu segir að skrá skuli fylgja tilboði yfir allar hóp bifreiðar sem bjóðandi ætli að nota við framkvæmd samnings og fullnægi kröfum útboðsgagna. Allir bjóðendur áttu því samkvæmt lýsingu á útboðsskilmálum sama möguleika á að gera grein fyrir þeim bifreiðum sem þeir gerðu ráð fyrir að nota við aksturinn. Stefnandi gerði ráð fyrir því við gerð tilboðsins að hann þyrfti að bæta við sig bifreiðum, eins og fram kemur í greinargerð hans með tilboðinu. Þar segir að ljóst sé að komi til þess að samið verði við stefnanda um þennan akstur muni félagið þurfa að bæta við sig bifreiðum og hafi þegar verið lagður grunnur að því.

Við úrlausn á því ágreiningsefni sem hér að framan er lýst verður að líta til þess að krafan um tiltekinn fjölda bifreiða í ákveðnum stærðum til að sinna umræddum skólaakstri skipti máli við mat stefnda á því hvort tæknileg geta viðkomandi fyrirtækis væri nægilega trygg til að það gæti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart stefnda. Með upptalningu á bifreiðum í viðauka við tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf., sem fyrirtækið taldi að það hefði yfir að ráða til að sinna umræddum akstri, taldi stefndi kröfuna um fjölda bifreiða í útboðsskilmálum uppfyllta. Þótt mikilvægt sé að gera strangar kröfur um að skilmálar í útboði séu tryggilega uppfylltir til að tilboð teljist gilt verður jafnframt að líta til þess að af útboðslýsingunni verður ekki ráðið að gerð hafi verið ótvíráð krafa um eignarhald tiltekinna bifreiða en svo virðist sem þar sé lagt að jöfnu að hafa umráðarétt yfir ákveðnum fjölda þeirra og að eiga þær. Þá var heldur ekki gerð krafa í útboðs

skilmálum um tiltekna skráningu á umráðarétti yfir þeim bifreiðum sem nota átti við aksturinn eða að umráðin þyrftu að vera varanleg eins og stefnandi heldur fram.

Telja verður að stefnda hafi verið rétt að líta svo á að Hópfærðamiðstöðin ehf. uppfyllti skilyrði um vagnafjölda eins og því er lýst í skilmálum útboðsins og kröfugerð um hæfi bjóðenda. Ef túlka ætti skilmálana á þann hátt sem stefnandi heldur fram að gert skuli hefði krafan um eignarhald bjóðanda þurft að vera skýrari en hún er í útboðslýsingu. Að þessu virtu verður að telja að Hópfærðamiðstöðin ehf. hafi uppfyllt hæfniskröfur um fjölda bifreiða samkvæmt útboðinu. Með vísan til þess ber að hafna þeirri málsástæðu stefnanda að tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. hafi verið ógilt vegna þess að ekki hafi verið uppfyllt framangreint skilyrði um fjölda hópifreiða samkvæmt útboðslýsingu. Þar með verður heldur ekki fallist á að háttsemi stefnda verði af þessum sökum talin fara í bága við 71. gr. laga um opinber innkaup með því að taka tilboði Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf.

Þá verður heldur ekki fallist á þau rök stefnanda að við framkvæmd útboðsins hefðu jafnræðisreglur verið brotnar þar sem veitt hefði verið eftirgjöf á skilyrðum útboðsins gagnvart einum en ekki öðrum bjóðendum í útboðinu við mat á tilboðum þeirra. Sú niðurstaða er í samræmi við úrlausnina hér að framan þar sem talið er að tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. hafi réttilega verið metið gilt og í samræmi við útboðslýsinguna og kröfur sem þar eru gerðar. Með því er ekki fallist á að veitt hafi verið eftirgjöf á útboðsskilmálum á þann hátt sem stefnandi telur að gert hafi verið og er þeirri málsástæðu stefnanda því hafnað.

Í kafla 2.5 í útboðslýsingunni eru taldar sérstakar kröfur sem verkkaupi geri til samningsaðila, meðal annars um stöðugleika þjónustu, að hann uppfylli skilyrði sem krafist er til útgáfu hópferðaleyfis og að hann uppfylli kröfur sem gerðar eru samkvæmt gildandi lögum og reglum. Samkvæmt því sem fyrir liggur í málinu virðist ekki hafa verið kannað af hálfu stefnda hvort Hópfærðamiðstöðin ehf. uppfyllti öll skilyrði sem krafist er til útgáfu hópferðaleyfis og ekki hefur komið fram að stefndi hafi krafist ljósrita af hópferðaleyfum þeirra hópferðabifreiða sem fyrirtækið ætlaði að nota til akstursins eins og lýst er í útboði stefnda að hann gæti gert kröfu um.

Af hálfu stefnda er vísað til þess að þarna hafi ekki verið um hæfisskilyrði að ræða heldur kröfu sem gerð væri þegar að því kæmi að uppfylla samning þann sem gerður yrði við samningsaðilann. Sama gildi um ábyrgð og tryggingar sem þjónustuaðilinn skyldi hafa á samningstímanum samkvæmt grein 1.2.16 í útboðslýsingu og um undirverktaka samkvæmt grein 1.2.18. Þarna sé um að ræða ákvæði um sérstakar kröfur sem gerðar verði til samningsaðilans á samnings tímanum sem falli ekki undir hæfniskröfur. Þessum staðhæfingum stefnda hefur ekki verið hnekk af hálfu stefnanda. Verður með vísan til þessa að fallast á þær röksemdir stefnda að ekki skyldi hafa áhrif á gildi tilboðs Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. í skilningi 71. gr. laga um opinber innkaup hvornig hópferðaleyfisveitingum var háttáð svo og ábyrgðum og tryggingum varðandi þær hópferðabifreiðar sem fyrirtækið ætlaði að nota til akstursins eða hvaða skilmálar giltu varðandi undirverktaka. Samkvæmt því er ekki fallist á að annmarkar hafi verið á tilboði fyrirtækisins í aksturinn að þessu leyti þannig að það verði að teljast ógilt af þessum sökum eins og stefnandi heldur fram.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram að bjóðandi skyldi samkvæmt útboðslýsingu hafa sjálfur ákveðna reynslu af skipulagi og rekstri skólaaksturs og að vafi léki á því hvort Hópfærðamiðstöðin ehf. og starfsmenn hennar hefðu þá reynslu sem krafist var í útboðsskilmálum að þeir hefðu. Í greinargerð með tilboði Hópfærða miðstöðvarinnar ehf. í tilefni af útboðinu er sérstakur kafli þar sem lýst er reynslu fyrirtækisins af akstri grunnskólanemenda, umfangi og skipulagi. Einnig er þar gerð grein fyrir áratugalangri reynslu hjá starfsfólki og stjórnendum fyrirtækisins við skipulagningu slíks verkefnis. Stefndi telur að réttilega hefði verið metið að Hópfærðamiðstöðin ehf. og starfsmenn hennar hefðu þá reynslu sem gerð var krafa um í útboðsskilmálum. Með vísan til þess sem fyrir liggur í málinu er ekki unnt að fallast á að stefnandi hafi sýnt fram á að mat stefnda á reynslu Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. og starfsmanna hennar af akstri skólabarna, sem þurfti að vera fyrir hendi samkvæmt útboðinu, hafi verið rangt. Verður því að hafna þeim röksemdum stefnanda að tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar hafi verið ógilt vegna þess að það hafi ekki verið í samræmi við skilmálana í útboðinu að þessu leyti.

Með vísan til alls þessa verður að telja að stefnda hafi verið rétt að meta tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. þannig að það uppfyllti skilmálana og að jafnræðis hafi verið gætt við það mat. Samkvæmt því ber að hafna þeim málsástæðum stefnanda að tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. hafi verið ógilt af þeim ástæðum sem stefnandi tilgreinir og að stefnda hefði þar með borið að hafna því. Verður því ekki fallist á að brotið hafi verið gegn 71. gr. laga um opinber innkaup af hálfu stefnanda með því að samþykkja tilboð Hópfærðamiðstöðvarinnar ehf. í aksturinn samkvæmt útboðinu. Stefnandi hefur þar með ekki sýnt fram á að skilyrði skaðabótaskyldu stefnda gagnvart stefnanda samkvæmt 101. gr. sömu laga vegna brota á 71. gr. laganna séu fyrir hendi af þeim ástæðum sem stefnandi lýsir. Ber þegar af þeirri ástæðu að sýkna stefnda af kröfum stefnanda í málinu.

Með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála ber að dæma stefnanda til að greiða stefnda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 900.000 krónur.

Málið dæmir Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari.

D ó m s o r ð:

Stefndi, Reykjavíkurborg, er sýknaður af kröfum stefnanda, Iceland Excursions Allrahanda ehf., í máli þessu.

Stefnandi greiði stefnda 900.000 krónur í málskostnað.

Sigríður Ingvarsdóttir.