

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 16. júní 2016 í máli nr. E-4425/2012:

Iceland Excursions Allrahanda ehf.

(Áslaug Björgvinsdóttir hdl.)

gegn

Strætó bs

(Guðmundur Siemsen hdl.)

Mál þetta var höfðað 14. desember 2012 af Iceland Excursions Allrahanda ehf., Hafnarstræti 20, 101 Reykjavík á hendur Strætó bs., Þönglabakka 4, 109 Reykjavík. Málið var dómtekið eftir aðalmeðferð sem fram fór 3. maí 2016.

Aðalkrafa stefnanda er að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda 530.680.761 krónu, en til vara er krafist skaðabóta að mati héraðsdóms.

Í báðum tilfellum er þess krafist að stefndi verði dæmdur til að greiða vexti samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 og dráttarvexti samkvæmt 9. gr. laga nr. 38/2001:

Aðallega samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 18. mars 2010 til 2. október 2010 en dráttarvexti samkvæmt 9. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim degi til greiðsludags.

Til vara samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 24. júní 2010 til 2. október 2010 en með dráttarvöxtum samkvæmt 9. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim degi til greiðsludags.

Til þrautavara samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 18. mars 2010 til 4. febrúar 2012 en með dráttarvöxtum samkvæmt 9. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim degi til greiðsludags.

Til þrautþrautavara samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 24. júní 2010 til 4. febrúar 2012 en með dráttarvöxtum samkvæmt 9. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim degi til greiðsludags.

Stefnandi krefst málskostnaðar úr hendi stefnda samkvæmt mati dómsins bæði í aðal – og varakröfu.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda, en til vara að dómkröfur stefnanda verði lækkaðar verulega. Þá krefst hann málskostnaðar að skaðlausu.

Stefndi krafðist í fyrstu frávísunar á málinu vegna vanreifunar en þeirri kröfu var hafnað með úrskurði dómsins 13. desember 2013.

I.

Upphaf málsins verður rakið til þess að stefndi ákvað að bjóða út akstur á þrettán leiðum almenningsvagna á höfuðborgarsvæðinu. Auglýsing um þessi áform var birt í desember 2009 um lokað útboð og í kjölfarið forvalslýsingu vegna forvals nr. 12369, „Strætó bs. – Útboð á akstri“. Áhugasömum var veittur frestur til að skila inn umsókn um þátttöku til 21. janúar 2010. Með umsókn skyldi fylgja lýsing á þeim strætisvögnum sem bjóðandi hugðist nýta til aksturs. Samkvæmt forvalslýsingu yrði hæfni umsækjenda metin á grundvelli þeirra upplýsinga sem skilað væri með umsóknum og það skilyrði sett að vagnarnir yrðu að lágmarki að uppfylla þær kröfur sem gerðar væru í forvalinu. Í febrúar 2010 birti stefndi svo útboðslýsingu vegna útboðsins. Samningstímabil skyldi vera frá 22. ágúst 2010 til 23. ágúst 2014.

Verkefninu var skipt upp í fjóra verkhluta og var þátttakendum, sem voru sjö talsins þ.m.t. stefnandi, boðið að gera tilboð í ákveðna verkhluta. Stefnanda var heimilt að bjóða í alla verkhluta og verkfléttur.

Fram kom í útboðslýsingu að í forvalsferlinu hefði verið gerð grein fyrir lágmarkskröfum sem gerðar væru til strætisvagnanna og bjóðendur m.a. metnir með tilliti til gæða þeirra vagna sem boðnir voru fram. Jafnframt kom fram að ekki yrðu breytingar síðar á vagnkosti nema með fengnu samþykki stefnda.

Stefnandi telur að kröfur til vagnanna hafi verið að danskri fyrirmynd sem hafi takmarkað bjóðendur nokkuð en stefndi mótmælir því með öllu. Kröfur hafi lotið að því að innréttingar og útbúnaður í vögnunum mættu kröfum stefnda. Vagnarnir skyldu tilbúnir til ráðstöfunar, eins og það var orðað, einum mánuði fyrir upphaf aksturs, en akstur skyldi hefjast að morgni 22. ágúst 2010.

Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar var umsjónaraðili útboðsins. Á opunarfundi í Ráðhúsi Reykjavíkur, sem haldinn var 10. mars 2010, var bókuð athugasemd stefnanda þess efnis að með svo stuttum fyrirvara gæfist bjóðendum ekki kostur á að útvega hagkvæmustu kjör á bílum. Með bréfi 18. mars 2010 tilkynnti innkaupaskrifstofan þátttakendum, að stefndi hefði samþykkt að ganga að tilboði Hagvagna hf. í verkfléttu 1, 2 og 3 og að tilboði Kynnisferða ehf. í verkhluta 4, og 29. mars 2010. Í kjölfarið var tilkynnt að þessi tilboð hefðu verið endanlega staðfest og því væri kominn á bindandi samningur samkvæmt 2. mgr. 76. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007. Stefndi gerði samning við Hagvagna ehf. 12. apríl 2010 á grundvelli útboðsgagna og rúmum tveimur mánuðum síðar, eða 24. júní 2010, gerði stefndi samkomulag við félagið um skipti á strætisvögnum en segir það óviðkomandi útboðinu og heyrir ekki undir lög um opinber innkaup.

Stefnandi kveðst þann 5. ágúst 2010 hafa fengið vitneskju um að Hagvagnar hf. hefðu ekki uppfyllt skilyrði útboðslýsingar og/eða forvalsgagna hvað vagnakost áhrærði og stefndi vegna þess skipt við félagið á vögnum, svo félaginu tækist að uppfylla skilyrði útboðslýsingar. Þessu mótmælti forsvarsmaður stefnanda með tölvuskeyti sama dag og óskaði eftir fundi með stefnda sem taldi sjálfsgagt að halda fund eftir að stjórn hefði fjallað um málið, en ekki varð þó af fundi.

Málinu var skotið til kærunefndar útboðsmála 2. september 2010, en málinu var vísað frá nefndinni 25. febrúar 2011 þar sem kærufrestur var liðinn við kæru.

Undir rekstri málsins fyrir kærunefndinni hafði þó staðið nokkur styr um skyldu stefnda til afhendingar gagna. Vegna höfnunar stefnda á því að leggja fram tiltekin gögn þrátt fyrir skriflegar áskoranir stefnanda, var leitað atbeina úrskurðarnefndar um upplýsingamál með kæru 21. janúar 2011. Nefndin kvað ekki upp úrskurð í málinu fyrr en 25. nóvember 2011 þar sem stefnda var gert að afhenda stefnanda umbeðin gögn, sem hann og gerði 19. desember 2011.

Þar sem stefnandi taldi gögnin staðfesta að Hagvagnar hf. hefðu hvorki uppfyllt kröfur forvals né útboðslýsingar gerði hann kröfu um skaðabætur á hendur stefnda. Stefnandi fullyrðir að stefndi hafi hafnað öllum kröfum stefnanda um skaðabætur og sáttaviðræður. Þessu mótmælir stefndi og kveðst engar fjárkröfur hafa séð frá stefnanda fyrr en í stefnu málsins.

Óskað var dómkvadds matsmanns með matsbeiðni 29. maí 2012, til þess að meta tjón stefnanda vegna framangreindra ákvarðana stefnda. Guðmundur Jens Þorvarðarson, löggiltur endurskoðandi og dómkvaddur matsmaður skilaði matsgerð sinni 29. október 2012. Taldi matsmaðurinn hagnaðarmissi stefnanda 529.956.375 krónur og kostnað við gerð tilboðs og þátttöku í útboði 724.386 krónur. Einnig staðfesti hann að stefnandi hefði átt hagstæðasta tilboðið í verkhluta 1 að frágengnu tilboði Hagvagna ehf.

Stefnandi óskaði aftur eftir dómkvaðningu matsmanns með beiðni 14. febrúar 2014. Guðjón Norðfjörð viðskiptafræðingur og dómkvaddur matsmaður skilaði matsgerð sinni 23. júní 2014. Hann taldi hagnaðarmissi stefnanda 534.725.942 krónur og kostnað við gerð tilboðs og þátttöku í útboði 724.386 krónur. Einnig staðfesti hann að stefnandi hefði átt hagstæðasta tilboðið í verkhluta 1 að frágengnu tilboði Hagvagna ehf.

Stefndi óskaði yfirmats með beiðni sem lögð var fram í dómnum 24. nóvember 2014.

Aðilar komu sér saman um að dómkvaddir yrðu til verksins Einar Steinþórsson rekstrartæknifræðingur og Jón Sturla Jónsson, löggiltur endurskoðandi. Niðurstöður yfirmats frá 9. mars 2015 voru að rekstrartekjur stefnanda fyrir samningstímabilið hefðu orðið 3.733.420.039 krónur, rekstrarkostnaður 2.334.274.265 krónur og hagnaður numið 289.296.815 krónum. Við mat á hagnaði töldu matsmenn réttara að horfa til fjárhagslegs ávinnings sem yfirmatsþoli hefði orðið af í stað þess að horfa til hagnaðar eins og hann væri skilgreindur í reikningskilum.

Við aðalmeðferð málsins gáfu skýrslu, Þórir Garðarsson, forsvarsmaður stefnanda, Hafliði Richard Jónsson, hjá VSÓ Ráðgjöf ehf., sem ráðgjafi stefnda við útboðið, Guðjón Norðfjörð viðskiptafræðingur, undirmatsmaður, Guðmundur Jens Þorvarðarson, löggiltur endurskoðandi, undirmatsmaður, og yfirmatsmennirnir Sturla Jónsson og Einar Steinþórsson.

II.

Stefnandi kveðst byggja á því að stefndi hafi með háttsemi sinni, annars vegar að taka tilboði Hagvagna hf. í útboðinu, og þar með hafna tilboði stefnanda, og hins vegar að semja við Hagvagna um skipti á vögnum, brotið gegn lögum um opinber innkaup og meginreglum útboðsréttar og beri sökum þess skaðabótaábyrgð gagnvart stefnanda.

Stefnandi telur að stefnda hafi verið óheimilt að taka tilboði Hagvagna hf. Félagið hafi hvorki uppfyllt skilyrði forvalsgagna né útboðslýsingar og þá hafi tilboð félagsins verið óeðlilega lágt í skilningi laga um opinber innkaup.

Það skilyrði hafi verið sett í forvalslýsingu að strætisvagnar sem boðnir yrðu fram skyldu uppfylla þær nákvæmu og ítarlegu kröfur sem þar voru gerðar. Strætisvagnakostur umsækjenda hafi þurft að uppfylla tiltekin lágmarksskilyrði sem metin voru í tvennu lagi. Annars vegar skyldi hver strætisvagn metinn m.t.t. tiltekinna atriða og hins vegar skyldi strætisvagnakostur að lágmarki hljóta 40 stig við mat á vögnum og búnaði. Þá var það skilyrði sett að vagnarnir skyldu vera tilbúnir til ráðstöfunar einum mánuði fyrir upphaf aksturs.

Tekið hafi verið fram að ef þau skilyrði sköpuðust að loknu útboði, að bjóðandi teldi þörf á að afla sér strætisvagnakosts á annan hátt en gert var ráð fyrir á forvals- og útboðsstigi, gæti hann leitað samþykkis á því hjá verkkaupa. Verkkaupi myndi þó ekki veita slíkt samþykki nema strætisvagnakostur bjóðanda uppfyllti skilyrði forvals- og útboðsgagna.

Vagnar sem uppfylltu kröfur forvalsgagnanna með lítils háttar frávikum hafi hlotið færri stig en þeir vagnar sem uppfylltu kröfur að öllu leyti. Veruleg frávik frá kröfum áttu að leiða til þess að vögnum væri vísað frá.

Með forvalsúmsóknum bar umsækjendum að skila útfylltu ítarlegu eyðublaði og gögnum m.a. ljósmyndum frá mörgum sjónarhornum, um hvern og einn vagn. Ef myndir fylgdu ekki einhverjum strætisvagni skyldi sá vagn fá 0 stig og þar með vera vísað frá.

Því hafi legið fyrir nákvæmar upplýsingar um hvern og einn vagn. Allir vagnar Hagvagna hf. sem boðnir voru fram hafi verið teknir út og skoðaðir af Innkaupaskrifstofu Reykjavíkur.

Af gögnum málsins megi ráða að stór hluti vagnaflota Hagvagna hf. var haldinn verulegum frávikum frá kröfum forvals- og útboðslýsingar og hefði með réttu átt að vísa þeim vögnum frá. Þessi frávik hafi verið kunn áður en Hagvögnum hf. var veitt heimild til þátttöku í hinu lokaða útboði. Jafnvel 13 nýir strætisvagnar sem Hagvagnar ehf. festi kaup á í desember 2010, hafi ekki uppfyllt skilyrði forvals- og útboðslýsingar um að allir nýir vagnar á samningstíma skyldu uppfylla svokallaðan EURO V staðal, en nýju vagnarnir hafi verið samkvæmt EURO IV staðli og hafi því borið að hafna þeim.

Með vísan til framangreinds hafi stefnda verið óheimilt að heimila Hagvögnum hf. þátttöku í hinu lokaða útboði, sbr. 5. mgr. 56. gr. laga um opinber innkaup, og jafnframt óheimilt að taka tilboði Hagvagna hf. í útboðinu, sbr. 71. gr. laga um opinber innkaup.

Stefndi hafi með þessu einnig brotið gegn 3. mgr. 76. gr. laga um opinber innkaup með því að raska samkeppni og mismuna bjóðendum við gerð samnings á grundvelli útboðs. Þó á stundum geti verið ástæða til þess að gera einhverjar breytingar frá því sem kveðið var á um í útboðsskilmálum megi slíkar breytingar þó aldrei vera þess eðlis að það kynni að hafa breytt niðurstöðu útboðs ef þær hefðu komið fram í útboðsgögnum. Þær ströngu kröfur um gæði og skamman afhendingartíma, sem gerðar voru í forvals- og útboðslýsingu, höfðu þau áhrif að stefnandi þurfti að hækka tilboð sitt umtalsvert. Allur afsláttur stefnda af kröfum til vagnaflota og afhendingartíma hefði getað breytt niðurstöðu útboðsins. Með samningi við Hagvagna hf. hafi því stefndi brotið gegn 3. mgr. 76. gr. sem og 1. mgr. 14. gr. laga um opinber innkaup sem kveði á um jafnræði bjóðenda og gagnsæi við opinber innkaup.

Ef litið verður svo á að stefnda hafi verið heimilt að veita Hagvögnum hf. þátttökurétt í hinu lokaða útboði og að taka tilboði Hagvagna hf. á þeim grundvelli að vagnakost Hagvagna mætti lagfæra áður en akstur hæfist, kveðst stefnandi byggja á því að tilboð Hagvagna hf. hafi verið óeðlilega lágt í skilningi 73. gr. laga um opinber innkaup og að stefnda hafi verið óheimilt að taka tilboðinu af þeim sökum.

Það liggja fyrir að Hagvagnar hf. hafi ætlað sér að kaupa nýja vagna erlendis frá og jafnframt sé ljóst af gögnum sem Hagvagnar hf. skiluðu inn með forvalsumsókn sinni að stefnda hafi verið kunnugt um að ráðast þyrfti í heilmiklar framkvæmdir á vögnum í eigu Hagvagna hf. til þess að þeir ættu nokkra möguleika á að uppfylla skilyrði útboðslýsingar áður en akstur hæfist. Stefndi hafi enda gjörþekkt ástand vagnaflota Hagvagna hf., en félagið hefði sinnt verktöku fyrir stefnda undanfarna tvo áratugi, og mátti sjá að tilboð félagsins væri óraunhæft í ljósi þess að ráðast yrði í miklar framkvæmdir á vögnunum.

Stefnandi kveðst vísa til þess að 12 af vögnum Hagvagna hf. sem boðnir voru fram og taldir uppfylla skilyrði forvalslýsingar myndu fara yfir aldurskilyrði útboðslýsingar á samningstímabilinu, sem var 12 ár og 14 ár fyrir varavagna.

Af fundargerð frá opnunarfundi tilboða megi sjá að tilboð Hagvagna hf. hafi verið 27,2% lægra en tilboð stefnanda í verkhluta 1, 2 og 3. Þá hafi tilboð félagsins verið 57,8% lægra en tilboð Bíla og fólks ehf. í verkfléttu 1, 2 og 3 og 32,9% lægra en tilboð Teits Jónassonar ehf. ef lögð eru saman tilboð hans í verkhluta 1 annars vegar og verkhluta 2 og 3 hins vegar.

Stefnda mátti því vera fullljóst að tilboð Hagvagna hf. var óeðlilega lágt miðað við kröfur útboðslýsingar, ástand vagnanna og áform félagsins.

Stefnandi telur að með hliðsjón af því hversu óeðlilega lágt tilboð Hagvagna hf. var hafi stefnda borið að óska skriflega eftir nánari upplýsingum um grundvöll tilboðsins og ganga úr skugga um að forsendur þess hefðu fullnægt þeim skilyrðum sem sett voru í útboðslýsingu, sbr. 2. mgr. 73. gr. laganna.

Stefndi hafi ekki sinnt þeirri lagaskyldu, enda hefði hann gert það hefði honum orðið það ljóst að tilboð Hagvagna hf. hefði þurft að hækka umtalsvert til þess að það endurspegladi með raunhæfum hætti skilyrði útboðslýsingar.

Þá kveðst stefnandi byggja á því að stefnda hafi verið óheimilt að afhenda Hagvögnum hf. strætisvagna sem uppfylltu skilyrði útboðslýsingar í skiptum fyrir aðra sem gerðu það ekki. Með því hafi stefnandi brotið gróflega gegn 1. mgr. 14. gr. laga um opinber innkaup og meginreglu útboðsréttar um jafnræði bjóðenda.

Eins og framlögð gögn staðfesti hafi stefnda orðið það ljóst innan gildistíma tilboða bjóðenda að Hagvagnar hf. ætluðu sér ekki að fullnægja skilyrðum útboðslýsingar

fyrir upphaf aksturs innan tilboðsfjárhæðar sinnar. Lögfræðiálit sem stefndi aflaði innan gildistíma tilboða staðfesti að tilboð félagsins uppfyllti ekki þær tækni- og gæðakröfur sem gerðar voru í útboðsgögnum. Frávik frá umræddum kröfum væru jafnframt til þess fallin að draga mætti í efa að jafnræðis bjóðenda væri gætt enda þá gerðar verulega aðrar kröfur til samningshafa en annarra bjóðenda. Þá var stefnda bent á að samningaviðræður milli hans og Hagvagna hf. um frávik frá kröfum útboðslýsingar væru til þess fallnar að brjóta á jafnræði þeirra aðila sem þátt tóku í útboðinu. Aðrar ábendingar hafi einnig gefið stefnda tilefni til að hugsa málið upp á nýtt.

Þrátt fyrir ráðleggingar lögmannna sinna hafi stefndi afhent félaginu þá vagna sem það vantaði og tók í staðinn þá vagna sem boðnir höfðu verið en uppfylltu ekki kröfur útboðslýsingar.

Þar sem bjóðandi gat ekki staðið við tilboð sitt hafi stefndi átt að rifta samningi sínum við hann og taka tilboði þess aðila er átti næst lægsta tilboðið, eða fara í annað útboð.

Ef stefnandi hefði notið sömu hagstæðu kjara og Hagvagnar hf. hefði hann getað lækkað tilboð sitt til muna.

Þótt opinberum aðilum sé jafnvel ætlað eitthvert svigrúm til þess að semja við verksala þegar samningur þeirra er kominn á sé slíkt svigrúm takmarkað með hliðsjón af jafnræðisreglu útboðsréttarins og á alls ekki við þegar grundvallaratriðum samningsins er breytt, s.s. um afhendingartíma og forsendur fyrir kostnaðarliðum þess útboðs sem liggur að baki samningnum.

Með framangreindri háttsemi sinni hafi stefndi þannig gerst brotlegur við 1. mgr. 14. gr. laga um opinber innkaup og meginreglu útboðsréttar um jafnræði bjóðenda.

Samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup sé kaupandi skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki. Fyrirtæki þurfi einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið. Byggi stefnandi á því að framangreind skilyrði 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup séu uppfyllt í þessu máli.

Stefnandi hafi átt næst lægsta tilboðið í verkhluta 1 í umræddu útboði, sem hefði gefið hagstæðustu samsetningu tilboða með tilboði annars bjóðanda í verkhluta 2, 3 og 4 og hafi því átt raunhæfa möguleika á að verða valinn af stefnda hefði ekki komið til brota stefnda á lögum um opinber innkaup.

Stefndi telji 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup fela í sér að sönnunarbyrði sé snúið við. Það sé því stefnda að sanna að brot hans hafi ekki valdið stefnanda tjóni. Þrátt fyrir sönnunarstöðuna vísi stefnandi til niðurstöðu matsmanns um að kostnaður stefnanda við gerð tilboðs og þátttöku í útboði nr. 12369 hafi verið 724.386 krónur en þann kostnað beri stefnda að bæta stefnanda.

Í annan stað kveðst stefnandi byggja á því að stefndi beri skaðabótaskyldu gagnvart honum vegna þess missis hagnaðar sem stefnandi varð fyrir sökum hinnar ólögmætu háttsemi stefnda sem að framan greinir. Krafa stefnanda um skaðabætur úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar byggi á almennum reglum, sbr. 2. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup. Hér sé því byggt 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.

Stefnandi hafi misst af samningi við stefnda og orðið fyrir tjóni sökum ólögmætrar háttsemi stefnda, sem hann viðhafði af ásetningi. Það sé sennileg afleiðing af slíkri ólögmætri háttsemi stefnda að þeir bjóðendur sem gengið var fram hjá með ólögmætum hætti yrðu fyrir fjárhagslegu tjóni.

Tilboð stefnanda hafi verið fullkomlega raunhæft í ljósi umfangs verkefnisins. Ljóst sé að bjóðendur muni ávallt miða tilboð sín við að einhver hagnaður verði af verkefninu sem boðið er í, enda væri annars lítil hvati fyrir aðila að taka þátt í útboði.

Stefnandi kveðst byggja á því með vísan til atvika málsins að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að ólöglegt háttsemi hans hafi ekki haft í för með sér tjón fyrir stefnanda í formi missis hagnaðar. Verði ekki fallist á öfuga sönnunarbyrði kveðst stefnandi vísa til niðurstöðu matsgerða málsins.

Til vara sé krafist skaðabóta úr hendi stefnda að álitum.

Stefnandi kveðst krefjast, bæði vegna aðalkröfu og varakröfu, vaxta samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 og dráttarvaxta samkvæmt 9. gr. sömu laga.

Mismunandi kröfur stefnanda um vexti og dráttarvexti miðist við tvær mismunandi upphafsdagsetningar vaxta annars vegar og dráttarvaxta hins vegar.

Aðallega geri stefnandi þá kröfu að upphafsdagur vaxta verði miðaður við 18. mars 2010, sem sé sá dagur sem stefndi tók tilboði Hagvagna hf. í útboði nr. 12369, enda sé ljóst að um bótaskyld atvik hafi verið að ræða, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001. Þá geri stefnandi þá kröfu aðallega að upphafsdagur dráttarvaxta miðist við 2. október 2010, en þann dag var liðinn mánuður frá kæru stefnanda til kærunefndar útboðsmála, þar sem stefnandi lagði fram þær upplýsingar sem þörf var á til að meta tjón hans, sbr. 9. gr. laga nr. 38/2001.

Til vara geri stefnandi þá kröfu að upphafsdagur vaxta verði miðaður við 24. júní 2010, sem sé sá dagur er stefndi gekk til samninga við Hagvagna hf. um vagnaskipti. Dráttarvaxta er þá krafist frá 4. febrúar 2012, en þann dag var liðinn

mánuður frá því að stefnandi krafði stefnda um greiðslu skaðabóta.

Stefnandi kveðst byggja kröfur sínar á lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, meginreglum útboðsréttar, almennum reglum um skaðabætur innan samninga ellegar almennu skaðabótareglunni. Þá sé almennt af hálfu stefnanda byggt á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga.

Kröfu um málskostnað styðji stefnandi við 3. mgr. 129. gr. og 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

III.

Stefndi kveðst til stuðnings sýknukröfu vísa til þess að hann hafi ekki gerst brotlegur við ákvæði laga um opinber innkaup nr. 87/2007 eða brotið meginreglur útboðsréttar við framkvæmd og í kjölfar útboðs nr. 12369. Stefnda hafi verið heimilt að taka tilboði Hagvagna hf. sem uppfylltu skilyrði forvals- og útboðslýsingar og á engan hátt sé unnt að telja að tilboð Hagvagna hafi verið óeðlilega lágt í skilningi laga um opinber innkaup. Samkomulag við Hagvagna um kaup og sölu á strætisvögnum hafi verið sjálfstæður samningur sem til hafi komið eftir að umræddu útboði var lokið. Sé því fráleitt að slík samningsgerð geti leitt til skaðabótaskyldu gagnvart stefnda. Sé því skilyrðum 101. gr. laga um opinber innkaup ekki fullnægt í máli þessu. Enn fremur vísi stefndi til þess að stefnandi hafi ekki sýnt fram á að almenn skilyrði um skaðabótaskyldu, þar með talið tilvist tjóns, orsakasamband og sennilega afleiðingu, séu uppfyllt í málinu.

Stefndi telji að honum hafi verið heimilt og skylt að taka lágsta boði þátttakenda í útboðinu, þ.e. tilboði Hagvagna. Geti því val á tilboði þessu ekki hafa falið í sér brot á ákvæðum laga um opinber innkaup né meginreglum útboðsréttar.

Stefndi telji rangt og ósannað að Hagvagnar hafi ekki uppfyllt skilyrði forvals- og útboðslýsingar. Hagvagnar hafi boðið fram 17 innanbæjarvagna, 16 hverfisvagna I og þrjá hverfisvagna II sem voru í eigu Hagvagna á þeim tíma og hugðist félagið einnig fjárfesta í nýjum vögnum af tegundinni Irisbus Crossway og Irisbus Cetelis EEV. Af þeim vögnum, sem voru í eigu félagsins, hafi þrír innanbæjarvagnar og tveir hverfisvagnar II ekki verið taldir uppfylla kröfur forvals. Þó svo að örfáir boðnir vagnar Hagvagna hafi ekki uppfyllt forvalslýsingu að öllu leyti við opnun þátttökutilkynninga, hafi það ekki komið að sök þar sem ekki var gerð krafa um að vagnar uppfylltu kröfur forvalslýsingar á þeim tímapunkti heldur skyldu allir vagnar uppfylla þær kröfur sem gerðar voru í gögnunum við upphaf aksturs. Þannig hafði t.d. stefnandi sjálfur ekki yfirráð yfir neinum af þeim vögnum sem hann bauð til verksins á tilboðsdegi.

Jafnvel þó svo að fimm af boðnum strætisvögnum Hagvagna hafi verið vísað frá var það ekki ástæða, að mati stefnda, til þess að útiloka félagið frá þátttöku í útboðinu, sbr. kafla 1.2 í forvalsgögnum. Þar segi að ef einhver af boðnum strætisvögnum umsækjenda uppfylli ekki kröfur forvals, verði þeim strætisvagni vísað frá og eingöngu ef eftir standi of fáir strætisvagnar hjá umsækjanda fyrir ákveðna verkhluta, verði þeim umsækjanda ekki boðið að gera verðtilboð í þá verkhluta. Ekki hafi á neinn hátt verið hægt að líta svo á að of fáir boðnir strætisvagnar hafi staðið eftir hjá Hagvögnum þar sem í tilboðinu fólst að til viðbótar þeim vögnum sem félagið átti til, sem uppfylltu skilyrði forvalsgagna, myndi félagið festa kaup á tilteknum vögnum sem uppfylltu umræddar kröfur stefnda.

Ranglega segi í stefnu að fram komi í úttekt VSÓ Ráðgjafar ehf. og bréfi stefnda til forsvarsmanns Hagvagna að stór hluti vagnafloata Hagvagna hafi verið haldinn frávikum sem ekki geti talist minni háttar og því hefði átt að vísa vögnunum frá. Þvert á móti hafi komið fram sú tillaga að umræddir vagnar yrðu samþykktir með vísan til undanþáguheimilda í forvalsgögnum er luttu að lítills háttar frávikum, í samræmi við undanþáguheimild í kafla 1.12.3 í forvalslýsingu um að í slíkum tilvikum skuli væntanlegur verktaki bæta úr öllum fráviksatriðum að fullu, til samræmis við lágmarkskröfur fyrir upphaf aksturs samkvæmt samningi. Frávikin sem um ræði hafi lotið að hæð í tröppu upp að sætaröð sem teljist vera lítills háttar frávik.

Stefndi kveðst mótmæla þeim staðhæfingum í stefnu að strætisvagnar sem Hagvagnar hafi keypt nýja í desember 2010 hafi einungis uppfyllt kröfur EURO IV staðalsins. Vagnarnir uppfylltu EURO V staðal líkt og krafist var í kafla 3.1 í forvalslýsingu.

Kafli 1.12 í forvalslýsingu hafi og sérstaklega tiltekið svigrúm sem bjóðandi hefði í kjölfar útboðs, þ.e. að unnt væri að afla sér strætisvagnakosts á annan hátt en gert var ráð fyrir í forvals- og útboðsstigi, að fengnu samþykki stefnanda.

Stefndi byggi á því að tilboð Hagvagna hafi verið langlægsta tilboð bjóðenda, eða 128.338.310 krónum lægra en boð stefnanda í verkhlutann. Því hafi honum ekki einungis verið heimilt heldur skylt samkvæmt almannahagsmunum að taka tilboðinu.

Vegna sjónarmiða í stefnu, telji stefndi, að sú staðreynd að Hagvagnar hafi skilað inn hagstæðara tilboði en aðrir þátttakendur útboðsins leiði ekki sjálfkrafa til þess að tilboð félagsins teljist óeðlilega lágt í skilningi laga um opinber innkaup. Stefndi hafi eftir yfirferð á tilboði Hagvagna í samræmi við ákvæði 2. mgr. 73. gr. laganna ekki haft nokkra ástæðu til að ætla að tilboðið hafi verið óeðlilega lágt.

Vegna sjónarmiða í stefnu, um kostnað Hagvagna við breytingar á vögnunum í tilboðinu, bendi stefndi á að honum sé óviðkomandi hvernig Hagvagnar fyrirhuguðu að standa við samningsskuldbindingar sínar ef til samnings kæmi. Hafi hann réttilega litið svo á að kostnaður vegna breytinga og viðgerða á vögnunum væri á ábyrgð Hagvagna, sem hafi tekið tillit til þessa í tilboði sínu, enda hafi ekkert komið fram í málinu er bendi til annars.

Stefndi hafnar því sem ósönnuðu að frestur þátttakenda í útboðinu til að útvega vagna sem uppfylltu kröfur hafi verið of skammur, og það hafi leitt til hækkunar.

Stefndi telji að samkomulag sem hann gerði við Hagvagna 24. júní 2010, um skipti á strætisvögnum, hafi verið óskilyt þeim bindandi samningi sem gerður var rúmum tveimur mánuðum fyrr við Hagvagna á grundvelli útboðsgagna hinn 12. apríl 2010. Því geti slíkt samkomulag ekki hafa falið í sér brot gegn 1. mgr. 14. gr. laga um opinber innkaup og meginreglu útboðsréttar um jafnræði bjóðenda.

Samkvæmt 76. gr. laga um opinber innkaup skuli samþykkja tilboð endanlega með skriflegum hætti innan gildistíma þess og sé þá kominn á bindandi samningur á grundvelli útboðsgagna og tilboðs bjóðanda í skilningi samningaréttar. Eftir slíkan samning taki því ákvæði laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa og meginreglur samningaréttar við af útboðsrétti. Engu breyti þótt ráðgjafar hafi hugsanlega ráðið stefnda frá því að gera slíkt samkomulag. Þá telur stefndi ósannað að sambærilegt samkomulag hefði ekki staðið öðrum þátttakendum til boða. Stefndi árétti að með útboðinu hafi í raun verið leitast við að efla samkeppni á milli bjóðenda með því að skipta verkefninu upp í fjóra verkhluta og útiloka þá stöðu að gerður yrði samningur við einn verktaka um alla verkhluta. Jafnræði bjóðenda hafi á engan hátt verið raskað í útboðinu.

Stefndi kveðst hafna því að framlagðar undirmatsgerðir hafi nokkurt sönnunargildi í málinu, sökum augljósra annmarka á þeim. Stefndi vísi til yfirmatsbeiðni sinnar í málinu þar sem hann fari ítarlega yfir einkum síðara undirmat og gagnrýni það lið fyrir lið.

Í fyrra undirmati svari matsmaður ekki spurningum 1 og 2 í matsbeiðni er lúti að því að meta tjón stefnanda sem svari til missis hagnaðar félagsins, heldur bregði á það ráð að miða mat sitt við að „reyna að nálgast hugsanlegan hagnað“ en slík nálgun sé ekki í neinu samræmi við matsbeiðni stefnanda.

Þá sé ljóst að undirmatsmenn framkvæmi ekkert mat vegna matsspurninga 3 og 4, um kostnað stefnanda af þátttöku í útboðinu, heldur vísi í matsgerð til þess að fyrir liggi upplýsingar frá stefnanda um kostnað sem hann telur að hafi farið í tilboðsgerðina.

Stefndi telur að verði fallist á bótaskyldu í málinu beri að leggja fremur til grundvallar bótafjárhæð, yfirmatsgerð í málinu sem er leiðrétt, frá 9. apríl 2015. Þar hafi enda yfirmatsmenn tekið undir gagnrýni stefnda í þá veru að óeðlilegt hafi verið af undirmatsmanni að leggja til grundvallar að einstakir kostnaðarliðir væru ákveðið hlutfall af tekjum. Rekstrartekjur af verkinu séu grundvallaðar á tilboði stefnanda. Því sé óraunhæft að ætla að kostnaður sé fast hlutfall af þeim tekjum þegar í verkið er farið.

Stefndi kveðst alfarið hafna því að bera skaðabótaábyrgð gagnvart stefnanda vegna kostnaðar af gerð tilboðs og þátttöku í útboðinu sem og vegna missis hagnaðar þar sem skilyrði skaðabótaskyldu séu ekki fyrir hendi í málinu.

Til að fallist sé á vangildisbætur samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup, verði nokkur atriði að vera uppfyllt, en slíku sé ekki að heilsa í málinu.

Þannig telur stefndi í fyrsta lagi rangt og ósannað í málinu að hann hafi brotið gegn lögum um opinber innkaup og meginreglum útboðsgagna. Í öðru lagi hafi stefnandi ekki sýnt fram á það tjón, sem meint brot á lögum um opinber innkaup hafi þá haft í för með sér en fyrir því beri hann sönnunarbyrði. Stefndi árétti að stefnandi geti einungis gert bótakröfu vegna kostnaðar af gerð tilboðs og þátttöku í verkhluta 1.

Í þriðja lagi hafi stefnandi ekki sýnt fram á raunhæfa möguleika sína á því að verða valinn af stefnda til samningsgerðar að frágengnum Hagvögnum, þar sem tilboð félagsins hafi verið miklum mun hærra en tilboð Hagvagna í verkhluta 1, eða rúmum 128.000.000 kr. hærra. Stefndi telji að ef ekki hefði verið fyrir tilboð

Hagvagna þá hefði öllum fram komnum tilboðum verið hafnað, sbr. kafla A.4.5 í útboðsgögnum. Því hafi möguleikar stefnanda ekki skerst við meint brot stefnda og því ljóst að skilyrðum 1. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup sé ekki fullnægt.

Stefndi kveðst byggja á því að stefnandi beri ótvírætt sönnunarbyrði fyrir því að skilyrðum til skaðabóta, samkvæmt 2. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup, um missi hagnaðar sé fullnægt en sú krafa þurfi að uppfylla almennar reglur kröfu- og skaðabótaréttar. Það sé alrangt hjá stefnanda að stefndi eigi að bera sönnunarbyrði fyrir því að meint ólögmet háttsemi hans hafi ekki haft í för með sér tjón fyrir stefnanda í formi missis hagnaðar.

Stefndi hafi þannig ekki brotið gegn ákvæðum laga um opinber innkaup né meginreglum útboðsréttar enda hafi stefnandi ekki sýnt fram á að meint réttarbrot hafi haft þýðingu í innkaupaferlinu. Þá sé, eins og fyrr greinir, ósannað að samið hefði verið við stefnanda ef meint réttarbrot stefnda hefði ekki komið til. Að auki sé tjón stefnanda ósannað samanber framangreint.

Stefndi kveðst og vísa til þess að stefnandi hafi ekki leitast við að takmarka tjón sitt með neinum hætti, líkt og honum sé skylt skv. reglum skaðabótaréttar, og sé afleiðing þess sú að stefnandi glati bótarétti sínum. Þá séu ósönnuð orsakatengsl á milli hinnar meintu bótaskyldu háttsemi og meints tjóns stefnanda, eða að tjónið sé sennileg afleiðing af meintri saknæmri háttsemi stefnda.

Til stuðnings varakröfu sinni um verulega lækkun dómkrafna vísi stefndi til sömu málsástæðna og vegna aðalkröfu, enda sé meint tjón stefnanda ósannað.

Kröfum stefnanda um vexti og dráttarvexti sé mótmælt, einkum upphafstíma þeirra, verði á það fallist að stefnandi hafi sýnt fram á tjón eða að skilyrði reynist til greiðslu bóta. Fjárhæð meints tjóns og bóta sé óljós og dráttarvaxtakrafa stefnanda því í raun vanreifðu. Ef til þess kæmi að fallist yrði á dráttarvexti væri ókleift að miða við annan upphafstíma en í fyrsta lagi dómsuppkvaðningu, eftir atvikum í

héraði eða fyrir Hæstarétti.

Stefndi kveðst byggja kröfur sínar á ákvæðum laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, einkum ákvæði 80. gr., lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, meginreglum útboðsréttar og almennum reglum skaðabótaréttar og kröfuréttar. Kröfu um málskostnað styður hann við 3. mgr. 129. gr. og 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

IV.

Í 1. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007 er tilgangi þeirra lýst en hann er 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. málslíð 14. gr. laganna segir að gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup. Ágreiningslaust er í málinu að lögin gildi um framkvæmd forvals stefnda og í kjölfarið útboðs nr. 12369.

Við framkvæmd á lokuðu útboði, eins og því sem hér um ræðir og um er deilt, má ljóst vera að þegar fram komin boð eru metin hlýtur sá mælikvarði að bjóðendur fullnægi skilyrðum útboðslýsingar að vera mjög mikilvægur. Að boð þeirra séu að langmestu leyti í samræmi við þær kröfur sem til væntanlegra viðsemjenda eru gerðar. Að öðrum kosti er dregið mjög úr skilvirkni þessa úrræðis við leit af hagstæðasta kostinum og framangreindum markmiðum laga um opinber innkaup og meginreglum verktakaréttar stefnt í hættu. Augljóst er þannig að jafnræði er brotið á bjóðendum ef einn þeirra eða fleiri komast upp með að halda því opnu við gerð tilboðs hvernig og jafnvel hvort þeir muni uppfylla skilyrði útboðslýsingar fyrir gerð samnings. Það hefur þannig verið stutt rökum í þessu máli að skilyrði sem sett voru í forvals- og útboðsgögnum hafi þýtt að bjóðendur, þar með talinn stefnandi, hafi þurft að finna dýrari lausnir en ella og því þurft að bjóða hærra. Af dómum Hæstaréttar verður ráðið að ef skilyrði eru sett um tiltekna hluti í útboðslýsingu og lýsingin þannig úr garði gerð að hægt eigi að vera, út frá tilboði, að leggja mat á það þá þegar hvort skilyrði útboðslýsingar eru uppfyllt, teljist tilboð ógilt ef það fullnægir ekki slíkum skilyrðum. Með öðrum orðum dugi þá ekki, undir slíkum kringumstæðum, fyrir bjóðanda að lýsa því yfir að hann muni síðar uppfylla

skilyrði útboðsins, þ.e. væntanlega þá fyrir upphaf samningstíma, heldur verði hann að gera það þá þegar, við opnun tilboða.

Til þess að öðlast rétt til þátttöku í útboði nr. 12369, þurftu bjóðendur og þeir strætisvagnar sem þeir buðu fram að standast kröfur forvals. Í forvalslýsingu frá desember 2009, sagði í yfirliti um verkefnið á bls. 6: „Vakin er athygli á því að ef einhver af boðuðum strætisvögnum umsækjenda uppfyllir ekki kröfur forvals, verður þeim strætisvagni vísað frá og ef eftir standa of fáir strætisvagnar hjá umsækjanda, fyrir ákveðna verkhluta, verðum þeim umsækjanda ekki boðið að gera verktilboð í þá verkhluta.“ Síðar segir í forvalsgögnum á bls. 11: „Ef þau skilyrði skapast að loknu útboði, að bjóðandi telur þörf á að afla sér strætisvagnakosts á annan hátt en gert var ráð fyrir á forvals- og útboðsstigi, getur hann leitað samþykkis á því hjá verkkaupa. Verkkaupi mun þó ekki veita slíkt samþykki nema strætisvagnakostur bjóðanda uppfylli skilyrði forvals- og útboðsgagna.“

Því er svo lýst mjög ítarlega í þessum gögnum hvaða kröfur vagnar skuli uppfylla og m.a. gert að skilyrði að fylla skuli út sérstakt eyðublað fyrir hvern og einn vagn sem boðinn er fram og láta fylgja með honum skráningarskírteini og ljósmyndir. Þá voru settar reglur um einkunnagjöf sem gæfi til kynna hvort viðkomandi vagn fullnægði kröfum stefnda. Þó var, sbr. bls. 12 í forvalsgögnum, tekið fram að ef einstakir strætisvagnar uppfylltu kröfur forvals með lítils háttar frávikum þá skyldi væntanlegur verktaki bæta úr öllum slíkum atriðum að fullu, til samræmi við lágmarkskröfur, áður en akstur hæfist samkvæmt samningi. Lítils háttar frávik voru svo skilgreind sem atriði er tengdust skorti á búnaði sem auðvelt væri að bæta úr fyrir upphaf aksturs.

Í útboðslýsingu virðist á bls. 3 vissulega opnað fyrir þann möguleika að verkkaupi samþykki eftir á að bjóðandi nýti aðra vagna en boðnir voru fram í forvali. Hins vegar er tekið skýrt fram að bjóðendur skuli nýta þá vagna sem boðnir voru í forvali og sé annað óheimilt nema með samþykki verkkaupa. Opnað virðist fyrir hið sama ef bjóðandi telur þörf á því að afla sér strætisvagnakosts á annan hátt en gert var ráð fyrir í forvals- og útboðsgögnum. Slíka breytingu verði verkkaupi að samþykkja og hún verði ekki samþykkt nema vagnar sem komi í staðinn uppfylli

skilyrði forvals- og útboðsgagna.

Það er niðurstaða dómsins, að þeir sem tóku þátt í útboðinu hafi með réttu mátt ætla af forvals- og útboðslýsingu að leggja skyldi fram ítarlegar og fullnægjandi upplýsingar um vagnakost þann sem boðinn yrði fram, þannig að uppfyllti sett skilyrði, og þær upplýsingar lægju fyrir við opnun tilboða. Þeir sem ekki sinntu þeirri skyldu hafi því haft forskot á aðra bjóðendur og jafnræði því brotið. Ef hafna hefði átt fram boðnum vögnum í einstaka tilvikum hefði viðkomandi bjóðandi átt að eiga þess kost að fylla upp í það skarð eða gera bragarbót á viðkomandi vagni. Ella hefði átt að hafna slíkum bjóðanda í kjölfar forvals og meina honum þátttöku í útboðinu sjálfu.

Fyrir dómnum hefur nýlega verið rekið sambærilegt mál þar sem annar þátttakandi í sama útboði, Teitur Jónasson ehf., höfðaði mál á hendur stefnda þar sem hann krafðist viðurkenningar á því að stefndi hefði bakað sér bótaskyldu gagnvart því fyrirtæki vegna þess hvernig staðið var að verki í forvali og við val á tilboðum í útboði nr. 12369. Fallist var á viðurkenningarkröfu stefnanda. Í þeim dómi var fjallað nokkuð ítarlega um þær kröfur sem gerðar voru til þeirra strætisvagna sem fram boru boðnir og verður sú lýsing að mestu tekin óbreytt upp í þennan dóm, eins og þurfa þykir, enda lýsir hún staðreyndum út frá gögnum málsins að mati dómsins.

Gerðar voru nákvæmar kröfur til smíði og búnaðar þeirra vagna sem þátttakendur í forvali skyldu bjóða fram til þess að umsækjendur gætu öðlast rétt til þátttöku í útboðinu, þrátt fyrir að heimiluð væru lítils háttar frávik frá skráðum kröfum ef auðvelt væri að lagfæra slík, skyldu frávik sem vörðuðu grunnsmíði framboðins vagns, varða því að vísa skyldi þeim vagni frá. Hann teldist því ekki meðal fram boðinna vagna umsækjanda í forvali. Vegna nokkurra atriða sem tilheyrðu grunnsmíði vagns var þó tekið fram að væri vagn í þjónustu stefnda mætti samþykkja hann þótt hann uppfyllti ekki skráðar kröfur.

Samkvæmt upplýsingum sem Hagvagnar veittu með umsókn sinni í forvalið uppfylltu fjöldamargir vagnar þeirra ekki skráðar kröfur um grunnsmíði jafnvel ekki þótt litið væri til allra skráðra undanþáguheimilda. Engu að síður mat ráðgjafi stefnda, VSÓ Ráðgjöf, fyrirtækið Hagvagna hæft til þess að taka þátt í útboði.

Að mati dómsins þarf ekki tæknimenntun til að bera upplýsingar bjóðenda á þar til gerðum eyðublaðum um smíði og búnað vagna saman við skilyrði forvalsgagna anna. Það gefur augaleið að boðinn vagn uppfyllir ekki skilyrði um innstigshæð þegar bjóðandi fyllir út í þar til gerðan reit á eyðublaðinu, að innstigshæð boðins vagns (án hneigingar) sé 35 cm en skilyrðið samkvæmt gr. 2.3.1 í forvalsgögnum er í mesta lagi 32 cm. Jafnframt gefur augaleið að lofthæð boðins vagns uppfyllir ekki skilyrði lofthæðar í aftari hluta vagns þegar bjóðandi tilgreinir 167 cm en skilyrðið samkvæmt gr. 2.6.4 er minnst 185 cm. Þá er augljóst þegar bjóðandi tilgreinir að hæð tröppu að sætaröð sé hærri en 20 cm að hún uppfyllir ekki það skilyrði gr. 2.6.3 í forvalsgögnum að vera ekki hærri en 20 cm.

Út frá þeim upplýsingum sem Hagvagnar veittu sjálfir uppfyllti stór hluti þeirra vagna sem þeir buðu fram ekki skilyrði forvalsgagna um hæð tröppu upp að sæta röð. Litið verður svo á að stefndi hafi ekki fært fram neinar haldbærar skýringar á því hvers vegna talið var fært að líta fram hjá þessu skilyrði þegar mat var, á forvals stigi, lagt á smíði og búnað þeirra vagna sem Hagvagnar buðu fram. Þessi krafa var sett fram í forvalsgögnum og hvergi skráð svo séð verði, að heimilt væri að víkja frá henni.

Til þess að hægt sé að byggja á því að hin óskráða undanþága hafi gengið jafnt yfir alla hefði þurft að tilkynna hana skriflega öllum þátttakendunum í forvalinu um leið og forvalsgögnin voru afhent þeim, enda höfðu þátttakendurnir einungis mánuð til undirbúnings því forvalsgögn eru dagsett 17. desember 2009 en afhenda átti umsókn í síðasta lagi 21. janúar 2010. Þvert á móti var sá háttur hafður á, að átta dögum áður en þátttakendur í forvali áttu að afhenda umsóknir sínar, svaraði Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar því til 13. janúar 2010 í einu af svarbréfum sínum, vegna fyrirspurna sem bárust frá umsækjendum í forvalinu, að ekki yrði veitt undanþága frá þeim kröfum sem skilgreindar væru í forvalsgögnum. Þessi bréf

skrifstofunnar teljast viðaukar við forvalsgögn og voru send öllum þeim sem höfðu fengið gögn fyrir forval nr. 12369. Þeim hafði því verið tilkynnt skýrt og skilmerki lega að það þýddi ekki að reyna að komast fram hjá skilyrðunum.

Enn fremur þykir mega líta til texta í bréfi sem VSÓ Ráðgjöf, Innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar og stefndi rituðu Hagvögnum 11. maí 2010. Þar segir: „Samkvæmt lögum um opinber innkaup nr. 84/2007 er það meginregla að gæta beri jafnræðis bjóðenda við opinber innkaup. Í því skyni ber að tilgreina í útboðs gögnum allar nauðsynlegar upplýsingar til þess að bjóðanda sé unnt að gera tilboð. Tækniforskriftir skulu koma fram í útboðsgögnum og vera þannig úr garði gerðar að bjóðendum séu veitt jöfn tækifæri. Þá mega tækniforskriftir ekki leiða til ómál efnalegra hindrana á samkeppni við opinber innkaup.“

Dómurinn telur af gögnum málsins ljóst að hefði verið farið að kröfum forvals- og útboðsgagna undanbragðalaust, eins og boðað var í bréfi Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar 13. janúar 2010, hefði þurft að vísa flestum og jafnvel öllum innan bæjarvögnum Hagvagna frá. Í þeim vögnum þar sem tröppuhæð upp að sætaröð uppfyllti skilyrði gr. 2.6.3, uppfyllti hæð innstigs og/eða útstigs ekki skilyrði gr. 2.3.1 eða þá að lofthæð í aftari hluta vagns uppfyllti ekki skilyrði gr. 2.6.4. Þeir vagnar sem ráðgert var að kaupa hvort sem þeir voru notaðir eða nýsmíðaðir uppfylltu hvorki skilyrði um bil milli sæta, né breidd miðgangs eða stærð palls fyrir barnavagna og hjólastóla, sumir í lengdarstefnu en aðrir í þverstefnu. Svo margir vagnar Hagvagna uppfylltu ekki skilyrði forvalsgagna um smíði og búnað að hvorki mátti bjóða fyrirtækinu að taka þátt í útboði í verkhluta 1, né fléttu þar sem verkhluti 1 var hluti af fléttunni, sbr. niðurlag 5. mgr. 56. gr. laga nr. 84/2007.

Eins og fyrr segir hefðu rétt viðbrögð umsjónarmanna útboðsins væntanlega verið þau að vekja athygli Hagvagna ehf. á því sem upp á skorti og eftir atvikum annarra bjóðenda, þannig að þeim gæfist kostur á því að betrubæta tilboð um vagna sem þeir buðu fram. Ef bjóðendur hefðu ekki brugðist við slíkri áskorun hefði átt að vísa þeim frá.

Með því að líta fram hjá fortakslausum skilyrðum forvals- og útboðs um grunn smíði vagna og gefa Hagvögnum kost á að taka þátt í öllum verkhlutum og fléttum verkhluta þykir stefndi því hafa brotið gegn meginreglunni um jafnræði bjóðenda svo og meginreglu um gagnsæi innkaupaferilsins og gagnsæi valforsendna, sbr. 1. mgr. 14. gr. laga nr. 84/2007. Sú háttsemi stefnda, að gefa Hagvögnum kost á að bjóða og ganga í kjölfarið til samninga við félagið, var saknæm og ólögsmæt að mati dómsins, enda var stefndi grandsamur og í raun fullmeðvitaður um þau atriði er upp á vantaði hjá viðkomandi bjóðanda.

Þótt það sé ekki nauðsynlegt til að komast að niðurstöðu í málinu, er óhjákvæmilegt að horfa til þess, að eftir að Hagvagnar hf. fengu athugasemdir við vagnkostinn sem félagið bauð fram, í kjölfar þess að þeir voru teknir út eftir undirritun samnings félagsins við stefnda um aksturinn, neitaði félagið í bréfi 10. maí 2010, að mestu leyti sök og kvaðst ekki myndi gera endurbætur á vögnunum nema að mjög litlu leyti. Jafnframt var gerð sú skýlausa krafa, eins og það var orðað, að stefndi yrði sjálfur að bera meginhluta kostnaðar af veigameiri úrbótum ef kröfum yrði haldið til streitu.

Þá verður einnig litið til þess samnings sem gerður var á milli stefnda og Hagvagna hf. um skipti á strætisvögnum. Sá gerningur var að mati stefnda óhagstæður honum þannig að hljóp á milljónum króna. Í minnisblaði þriggja yfirstjórnenda stefnda til stjórnar frá 1. júní 2010, segir m.a. um fyrirhugaðan samning: „Á hinn bóginn má e.t.v. réttlæta slíkan gerning verði hann til þess að Hagvagnar geti uppfyllt samningsskyldur sínar og að Strætó þurfi ekki að grípa til neyðarúrræða með mögulegum kostnaði og þjónustutöfum, með heildarhagsmuni í heiðri. a. Til grundvallar liggja umtalsverðar líkur þess að án þessa gernings geti Hagvagnar ekki uppfyllt samningsskyldur sínar (sbr. bréf þeirra frá 10. maí sl.). b. Því skal engum dyljast að gerningurinn yrði gerður í þeim tilgangi einum að auðvelda Hagvögnum að uppfylla skyldur sínar samkvæmt gildandi samningi og því væri litið svo á að stjórn Strætó væri að fórna minni hagsmunum fyrir meiri og hefði heildarhagsmuni að leiðarljósi.“

Burtséð frá því hvort þessi samningur sem kláraður var 24. júní 2010, sé metinn sem hluti af útboðsferlinu eður ei, verður a.m.k. ekki betur séð en að þessi samskipti og lausn málsins, staðfesti með óyggjandi hætti að lægstbjóðandi og viðsemjandi stefnda, Hagvagnar hf. uppfyllti aldrei þau skilyrði sem sett voru í forvals- og útboðsgögnum. Það gerði hann reyndar heldur ekki síðar, og þurfti að lokum aðkomu stefnda sjálfs að því að uppfylla eigin skilyrði.

Þessi atvik undirstrika eindregið að bjóðendur í útboði 12369, sátu ekki við sama borð og var jafnræðisregla brotin á þeim.

Stefnandi byggir á því að þegar litið sé fram hjá tilboði Hagvagna í verkhluta 1, þ.e. hefði Hagvögnum réttilega ekki verið gefinn kostur á að taka þátt í verkhluta 1, hafi tilboð stefnanda í verkhluta 1 verið hagstæðast stefnda. Stefndi byggir hins vegar á því að hann hefði, að tilboði Hagvagna frágengnu, hafnað tilboði stefnanda sem og öllum hærri tilboðum með heimild í gr. A.4.5 í útboðsgögnum.

Í þessari grein útboðsgagna segir að verkkaupi, stefndi, áskilji sér rétt til þess að hafna öllum fram komnum tilboðum séu þau töluvert hærri en kostnaðaráætlun hans. Eftir því sem næst verður komist gerði stefndi ekki neina kostnaðaráætlun fyrir verkið. Af þeim sökum er ekkert viðmið til um það hvort tilboð í verkið voru töluvert hærri en áætlun hans eða ekki, a.m.k. hefur slíkt ekki verið upplýst í málinu.

Fundargerð opnunarfundar vegna lokaðs útboðs Strætós bs. 10. mars 2010 sýnir að tilboð Teits Jónassonar ehf. í fléttu verkhluta 2, 3 og 4 myndaði ásamt tilboði stefnanda í verkhluta 1 hagstæðustu samsetningu tilboða í verkið sé litið fram hjá

tilboði Hagvagna. Þetta styðja og framlagðar undirmatsgerðir í málinu og yfirmatsgerð, en í fundargerð yfirmats kom fram að ekki var ágreiningur um þetta atriði með málsaðilum. Við mat á því hvort raunhæft hafi verið að stefnandi fengi verkið verður einnig litið til þess að önnur tilboð í verkhluta 1 að frágengnu tilboði Hagvagna voru umtalsvert hærri en boð stefnanda sem bendir eindregið til þess að boð hans hafi ekki verið of hátt þannig að því hefði verið hafnað.

Í gr. A.4.5 í útboðsgögnum segir að sú samsetning tilboða (stakra verkhluta og/eða fléttur verkhluta) sem gefi lágsta heildarverð fyrir alla fjóra verkhlutana ráði vali á samningsaðilum. Það var jafnframt áréttað í svari stefnda við tölvupósti 17. febrúar 2010 þar sem spurt var út í útboðið, að texti í útboðsgögnum gildi um val á samningsaðilum, en þetta kemur fram í bréfi Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar til handhafa útboðsgagna 22. febrúar 2010. Þá verður ekki annað séð en að stefnandi hafi uppfyllt kröfur samkvæmt forvals- og útboðsgögnum og raunar ekki gerður ágreiningur um það, a.m.k. var honum ekki frekar en öðrum, þá gert viðvart um slíka annmarka.

Dómurinn telur stefnda því ekki hafa fært nein haldbær rök fyrir því að hann hefði ekki tekið tilboði stefnanda í fléttu verkhluta 1. Því hafi stefnandi fært fullnægjandi sönnur á orsakatengsl milli þeirra saknæmu og ólögmetu vinnubragða stefnda, að gefa Hagvögnum kost á að bjóða í verkhluta 1 og fléttu með þeim verkhluta, og þess að stefndi hafnaði tilboði stefnanda.

Það verður því lagt til grundvallar að stefnandi hafi átt raunhæfan möguleika á að verða valinn af kaupanda og að sá möguleiki hafi skerst við brot kaupanda gegn lögum nr. 84/2007.

Því er það niðurstaða dómsins með vísan til framangreinds, að stefndi hafi, með því að horfa fram hjá frávikum í grunnsníði vagna Hagvagna og skilgreina þau sem lítills háttar frávik án þess að fyrir því lægi skráð heimild í forvals- og útboðsgögnum, veitt Hagvögnum á ólögmetan hátt afslátt af kröfum útboðsins. Það er einnig niðurstaðan að með því að gefa Hagvögnum á grundvelli þessa mats kost

á því að bjóða í verkþátt 1 og allar fléttur með þeim verkþætti hafi stefndi mismunað þátttakendum bæði í forvali og útboði á saknæman og ólögmetan hátt. Það er einnig niðurstaðan að orsakatengsl séu á milli þessara saknæmu og ólögmetu vinnubragða og þess að tilboði stefnanda var hafnað svo og að hann hafi orðið fyrir fjártjóni sem sé sennileg afleiðing af hinni saknæmu og ólögmetu mismunun þátttakenda í forvali og útboði nr. 12369. Því beri honum á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttar, sbr. 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, bætur úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar.

Að þessari niðurstöðu fenginni telur dómurinn ekki þörf á að taka afstöðu til þeirra málsástæðna að tilboð Hagvagna hafi verið óeðlilega lágt í skilningi 1. mgr. 73. gr. laga nr. 84/2007.

Í málinu liggja fyrir þrjár matsgerðir þar sem lagt er mat á hvaða hagnað stefnandi hefði haft af verkinu, hefði hann fengið það. Fyrsta matsgerðin var unnin að beiðni stefnanda í sérstöku matsmáli og skilaði matsmaður, Guðmundur Jens Þorvarðarson, löggiltur endurskoðandi, matsgerð sinni 29. október 2012. Önnur matsgerðin var unnin að beiðni stefnanda undir rekstri málsins og skilaði matsmaður, Guðjón Norðfjörð viðskiptafræðingur, matsgerð sinni 23. júní 2014. Þriðja matsgerðin var yfirmat unnið að beiðni stefnda og skiluðu yfirmatsmenn, Einar Steinþórsson rekstrartæknifræðingur og Jón Sturla Jónsson, löggiltur endurskoðandi, matsgerð sinni 9. mars 2015.

Í fyrstu matsgerðinni tiltekur matsmaður að ekki sé hægt að meta hver hefði orðið raunverulegur hagnaður stefnanda. Þess í stað reyndi hann að nálgast hugsanlegan hagnað, með því að leggja til grundvallar upphæðir sem fram komu í tilboðsgerðinni og beita á þær þeim vísitölum sem kunnar voru frá því að tilboðið var gert og fram til matsgerðar. Miðað er við fjármögnunarleigusamning um vagna til sjö ára og gert ráð fyrir að leigan taki til 25 vagna. Niðurstaða matsins var sú að samkvæmt rekstrarreikningnum sem matsmaður setti upp fyrir samningstímann

hefði hagnaður stefnanda numið 529.956.375 krónum.

Niðurstöður annarrar matsgerðarinnar eru byggðar á sömu aðferð í grunninn, þ.e. notast er við tilboð stefnanda. Tekjur eru reiknaðar með hliðsjón af þeim verðbótarreglum sem kveðið var á um í útboðsgögnum. Telja verður þann framreikning nákvæmari en samkvæmt fyrstu matsgerð. Kostnaður af verkefninu er metinn þannig að hliðsjón er höfð af kostnaðarhlutföllum hjá stefnanda og stefnda sem og hlutfallinu í tilboðinu sjálfu. Þegar líttill munur var á hlutfallinu í tilboðinu og hinum raunverulegu, úr reikningum aðila, þá var framreikningur á viðkomandi kostnaðarlið miðaður við tilboðsfjárhæðir. Það á við um laun og launatengdan kostnað, bifreiðakostnað, húsnæðiskostnað, ýmsan kostnað og ábyrgðartryggingu. Smávægilegar breytingar til hækkunar á kostnaði í tilboði voru gerðar á einkennisfatnaði og öðrum starfsmannakostnaði sem og símakostnaði og öðrum skrifstofukostnaði.

Kostnaður af leigugreiðslum fyrir vagnana miðast við upphafskostnað á verðlagi í mars 2010. Leiga á verðlagi þá var 698.131 króna fyrir hvern vagn, en þeir voru samtals 25. Þannig reiknast leigan fyrir desember 2010 á eftirfarandi hátt og stemmir það við töflu í matsgerð fyrir það ár: $25 \times 698.131 \times 366,7$ (desember vísitala) / $362,9$ (mars vísitala) = 17.636.032 krónur. Í lok ágúst 2014 mat matsmaður það svo að skuld samkvæmt þessum forsendum á verðlagi í mars 2010 næmi samtals 556,8 milljónum króna, sem samsvarar 649,2 milljónum á verðlagi í ágústlok 2014 þegar verklok voru samkvæmt tilboðssamningi. Við það tímamark voru 36 greiðslur eftir af fjármögnunarsamningnum sem var til sjö ára. Engin afstaða er tekin í matinu til þess hvort huga þurfi að verðmæti vagnanna að frádregnum áhvílandi skuldum í lok ágúst 2014. Niðurstaðan matsins var að hagnaður stefnanda á samningstímabilinu hefði numið 534.725.942 krónum.

Í yfirmatsgerð eru hugsanlegar tekjur stefnanda af verkinu miðaðar við raunaksturstíma fremur en áætlaðan aksturstíma. Samtals var áætlun í útboðsgögnum fyrir akstri 278,8 þúsund tímar, en reyndin varð 309,9 þúsund tímar eða 11% hækkun. Tekjur eru því reiknaðar út frá þessum rauntíma miðað við þá reiknireglu sem kveðið er á um í útboðsgögnum. Miðað er við að aksturstímar í heild skiptist jafnt eftir mánuðum. Fundin eru þrjú grunnverð fyrir kostnaðarþætti.

Kostnaður tengdur vagnstjórum er þannig talinn 3.901 króna á klukkustund, annar kostnaður 3.178 krónur á klukkustund og vagnakostnaður 895.429 krónur á hvern vagn. Þessar fjárhæðir taka síðan breytingum miðað við samsetta vísitölu og gilda í þrjú mánuði í senn.

Ekki er óeðlilegt að byggja áætlun á hagnaði stefnda á áætlun sem fram kemur í útboðsgögnum ef betri upplýsingar liggja ekki fyrir þegar mat er sett fram. Hins vegar liggur fyrir raunverulegt umfang rekstrar og verðlagstölur fyrir allt rekstrartímabilið og telur dómurinn rétt að miða áætlaðan hagnað stefnanda af verkinu við þær upplýsingar og því myndar yfirmatsgerð grunninn að niðurstöðu dómsins.

Dómurinn gerir ekki athugasemdir við þær forsendur sem búa að baki útreikningi á heildartekjum en þær miðast annars vegar við verð tengd vagnstjórum og verð tengd öðrum breytilegum kostnaði margfaldað með raunaksturstímum og hins vegar við verð tengt vögnum margfaldað með fjölda vagna. Þessi verð tóku breytingum á þriggja mánaða fresti samkvæmt sérstakri vísitölu. Samtals nema tekjur fyrir rekstrartímabilið, miðað við raunakstur, 3.733 milljónum króna á verðlagi hvers tíma sem svarar til þess að þær hafi verið um 10% hærri en áætlaðar tekjur.

Hið sama gildir um beina kostnaðarliði; dómurinn gerir ekki athugasemdir við útreikning þess kostnaðar í yfirmati. Laun og launatengd gjöld eru frá 3% til 7% hærri en í undirmatsgerðum, verð er hærri á hvern aksturstíma og þeir eru fleiri en í upphaflegu áætlunum. Samtals nemur launakostnaðurinn 1.169 milljónum króna á verðlagi hvers tíma fyrir rekstrartímabilið. Þá hækkar yfirmat á öðrum breytilegum kostnaði nokkuð þar sem forsendum til útreiknings á rekstrarkostnaði vagnanna var breytt. Dómurinn gerir ekki athugasemdir við þessar breytingar en kostnaðurinn reiknaðist vera um 1.166 milljónir króna sem svarar til um 35% hækkunar frá undirmatsgerðum og munar þar mest um hækkun á kostnaði vegna olíu og viðhalds vagna.

Samkvæmt þessu nemur framlegð, reiknuð á þennan hátt, um 1.399 milljónum króna en þá hefur ekki verið tekið tillit til kostnaðar af fjárfestingu í vögnum og fjármögnun hennar. Í yfirmati er það gert á eftirfarandi hátt: Fjárfesting í 23 vögnum hefði numið um 1.035 milljónum króna og er þá miðað við að verð á vagn samsvari 45 milljónum kr. Á þessa fjárhæð eru reiknaðar áfallnar verðbætur og eftirstöðvar höfuðstóls hverju sinni og frá dregnar verðbættar afborganir. Vextir reiknast frá 8,02% í byrjun til 6,75% í lok leigutímans. Samtals er í yfirmati miðað við að vextir og verðbætur hafi numið 387 milljónum króna á verðlagi hvers árs en afborganir (hér sama sem afskriftir) hafi numið 723 milljónum kr. Samtals hafi því vextir og afskriftir numið 1.110 milljónum króna og hreinn hagnaður samkvæmt því verið um 289 milljónir. Dómurinn gerir þá athugasemd við útreikning fjármagnsgjalda í yfirmatsgerð að verðbætur eru í reynd tvíþæðar til gjalda, annars vegar sem áfallnar verðbætur en hins vegar sem verðbætt afborgun. Aukinheldur er útreikningur á lækkun höfuðstóls ekki rétt reiknaður. Því er ekki hægt að byggja á því mati á fjármagnskostnaði, þ.e. vöxtum og afskriftum, sem sett er fram í yfirmatsgerð.

Ekki er ástæða til að huga að meintum hagnaði, eða tapi, af sölu vagnanna, eins og þeir hefðu verið seldir í lok rekstrartímans, enda vart tæk sú niðurstaða að reikna tekjur eða gjöld til hækkunar eða lækkunar á meintum hagnaðarmissi af viðskiptum sem ekki fóru fram.

Að mati dómsins þykir rétt að líta á verkefnið sem heildstætt fjárfestingarverkefni. Fjárfesting í vögnum var forsenda þess að stefnandi hefði getað tekið verkið að sér og því þarf að líta á fjárfestinguna sem hluta af kostnaði af verkinu. Með hliðsjón af þessu þykir við hæfi að færa fjárfestingu í vögnunum og fjármagnskostnað vegna hennar að fullu til gjalda á verktímabilinu og gera ráð fyrir að fjármögnunarsamningur hefði verið greiddur upp að fullu á þeim tíma. Þetta þýðir að verðbættir vextir nema um 168 milljónum króna og verðbættar afborganir um 1.130 milljónum króna eða alls 1.298 milljónir króna. Samkvæmt þessu hefði hagnaður stefnanda verið um 100 milljónir króna, þ.e. framlegð að fjárhæð 1.399 milljónir króna að frádregnum fjármagnskostnaði alls að fjárhæð 1.298 milljónir króna. Þannig áætlaður hagnaður nemur um 2,7% af tekjum af verkefninu sem að mati dómsins getur talist eðlilegt hagnaðarhlutfall að teknu tilliti til eðlis og áhættu verkefnisins. Að álitum þykir því rétt að miða við að tjón stefnda í formi missis

hagnaðar hafi numið 100 milljónum króna.

Ekki er fallist á það með stefnda að stefnandi skuli sæta niðurfellingu eða lækkunar bóta á grundvelli þeirrar reglu að tjónþola beri eftir föngum að takmarka sitt tjón. Litið er til þess að félag eins og stefnandi á tiltölulega auðvelt með að draga úr starfsemi sinni eða auka, selja bifreiðar eða hætta við fjárfestingu, segja upp fólki eða ráða ekki, og svo framvegis. Þannig standa líkur til þess að stefnandi hefði getað sinnt þjónustu samkvæmt samningi við stefnda samhliða og í raun óháð öðrum verkum. Því er lagt til grundvallar að tjón stefnanda, vegna missis hagnaðar af verkinu, samsvari þeirri framlegð sem það hefði skilað til rekstursins að teknu tilliti til fjármagnskostnaðar. Í ljósi framangreinds verður því ekki gerð sú krafa að stefnanda hafi borið að grípa til einhverra sérstakra aðgerða til að takmarka tjón sitt með því að takast á hendur önnur verkefni, samanber sjónarmið í til að mynda dómum Hæstaréttar í málunum nr. 132/2005 og 416/2011.

Samkvæmt þessu er niðurstaðan sú að stefnandi verður talinn hafa orðið af 100 milljónum króna í hagnað á samningstímabilinu frá 22. ágúst 2010 til 23. ágúst 2014. Stefndi verður því dæmdur til að greiða stefnanda þá fjárhæð sem skaðabætur vegna missis hagnaðar. Þar sem stefnanda eru dæmdar skaðabætur með vísan til almennra reglna, samanber 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, þykja ekki efni til þess, að stefnanda verði bættur kostnaðar við þátttöku í útboðinu og undirbúningi tilboðs að fjárhæð 724.386 krónur enda hefði hann borið þann kostnað með hagnaðarmissinum ef verkefnið hefði fallið honum í skaut.

Litið verður svo á að tjónsatburður í málinu sé það tímamark þegar samningur stefnda og Hagvagna hf. lá fyrir þótt ákvörðun um að heimila félaginu þátttöku hafi verið tekin fyrir. Í samræmi við almennar reglur og ákvæði A.1.5 í útboðsskilmálum telst samningur hafa komist á þegar stefndi tilkynnti Hagvögnum skriflega að tilboði hans hefði verið tekið þann 18. mars 2010. Á hinn bóginn verður að líta til þess að hagnaður stefnda af verkinu hefði fallið til á verktímabilinu sem var fjögur ár. Tjón stefnda í formi missis hagnaðar átti sér því stað á fjögurra ára tímabili, frá 22. ágúst 2010 til 23. ágúst 2014, og gerir dómurinn ráð fyrir að fjórðungur hagnaðar hefði fallið til á hverju ári. Stefndi verður því dæmdur til að greiða stefnanda vexti samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af

uppsöfnuðu tjóni hvers árs, 25 milljónir króna ár hvert, frá lokum hvers árs, til upphafstíma dráttarvaxta, eins og nánar greinir í dómsorði.

Ekki er hægt að líta svo á að kæra stefnanda til kærunefndar útboðsmála hafi skapað honum rétt til að krefja stefnda um dráttarvexti mánuði síðar, enda lá engin matsgerð fyrir í málinu á þeim tíma eða önnur gögn er gáfu ótvírætt til kynna hvert hugsanlegt tjón stefnanda væri. Ekki eru í málinu gögn um að matsgerð Guðmundar Jens Þorvarðarsonar hafi verið kynnt stefnda strax og hún lá fyrir 29. október 2012 eða fyrir málshöfðun. Því verður að líta svo á að það hafi verið fyrst við höfðun málsins 14. desember 2012 sem stefnandi gaf stefnda sannanlega færi á því að kynna sér upplýsingar sem hann þurfti til að meta fjárhæð kröfunnar og bregðast við kröfugerð stefnanda. Því verður upphafstími dráttarvaxta ákveðinn mánuði síðar eða 14. janúar 2013, sbr. 9. gr. laga nr. 38/2001, af þeirri fjárhæð sem þá hafði raungerst og svo framvegis, sbr. nánar dómsorð.

Eftir þessum úrslitum og með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, ber að dæma stefnda til að greiða stefnanda málskostnað. Að teknu tilliti til þess að málið var fyrst flutt um kröfu stefnda um vísun þess frá dómi, kostnaðar við matsgerðir, fjölda þinghalda í málinu og umfangs þess þykir málflutningsþóknun, hæfilega ákveðin 7.500.000 krónur.

Af hálfu stefnanda flutti málið Áslaug Björgvinsdóttir héraðsdómslögmaður og af hálfu stefnda flutti málið Guðmundur Siemsen héraðsdómslögmaður.

Dómsformanni var úthlutað málinu 15. september 2015 og hafði þá ekkert komið að rekstri þess fram að því. Meðdómsmenn tóku sæti í dómnum við upphaf aðalmeðferðar.

Dómsuppkvaðning hefur dregist fram yfir frest samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Dómendur og aðilar töldu ekki þörf á endurflutningi málsins.

Dómur þessi er kveðinn upp af Lárentsínusi Kristjánssyni héraðsdómara, dómsformanni, og meðdómurunum Hersi Sigurgeirsyni, dósent við viðskiptafræðideild Háskóla Íslands og Stefáni Svavarssyni, löggiltum endurskoðanda.

D Ó M S O R Ð

Stefndi, Strætó bs., greiði stefnanda, Iceland Excursions Allrahanda ehf., alls 100.000.000 króna, auk vaxta, samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, af 25.000.000 króna, frá 22. ágúst 2011 til 22. ágúst 2012, en af 50.000.000 króna frá þeim degi til 14. janúar 2013 en með dráttarvöxtum, samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001, frá þeim degi til 22. ágúst 2013, en frá þeim degi af 75.000.000 króna til 22. ágúst 2014, en frá þeim degi af 100.000.000 króna til greiðsludags.

Stefndi greiði stefnanda 7.500.000 krónur í málskostnað.

Lárentsínus Kristjánsson (sign.)

Hersir Sigurgeirsson (sign.)

Stefán Svavarsson (sign.)