

# Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 13. október 2021

Mál nr. E-4962/2014:

**Drífa ehf.**

*(Daníel Isebarn Ágústsson lögmaður)*

**gegn**

**Isavia ohf.**

*(Hlynur Halldórsson lögmaður)*

## Dómur

- 1 Mál þetta, sem dómtekið var 16. september 2021, höfðaði Drífa ehf[...], með stefnu birtri 25. nóvember 2014, á hendur Isavia ohf., [...]. Stefnandi höfðaði framhaldssök á hendur stefnda með framhaldsstefnu sem birt var 8. febrúar 2017, og sameinuð var málinu 28. september s.á., eftir að kröfu um frávísun framhaldssakar hafði verið hafnað með úrskurði uppkveðnum sama dag.
- 2 Dómkröfur stefnanda, að teknu tilliti til framhaldssakar, eru þær aðallega að stefndi greiði stefnanda [...] króna með vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 1. júní 2015 til 9. mars 2017, en frá þeim degi með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 til greiðsludags. Til vara er þess krafist að viðurkennd verði skaðabótaábyrgð stefnda á tjóni stefnanda vegna hagnaðarmissis stefnanda, sem leiðir af ákvörðun stefnda um að semja ekki við stefnanda um verslunarrými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar í kjölfar útboðsins „Commercial Opportunities at Keflavík Airport“, sem efnt var til í maí 2014. Þá krefst stefnandi málskostnaðar.
- 3 Stefndi krefst sýknu af öllum dómkröfum stefnanda og málskostnaðar.
- 4 Í þinghaldi 22. mars 2018 féllst dómari, með vísan til 31. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, á sameiginlega ósk aðila um að skipta sakarefni málsins þannig að fyrst yrði fjallað um bótaábyrgð og síðar um umfang tjónsins. Með tilliti til þess er það í reynd varakrafa stefnanda sem er til umfjöllunar í þessum þætti málsins.
- 5 Dómur var upphaflega kveðinn upp í þessum þætti málsins þann 25. mars 2019. Með dómi Landsréttar frá 13. nóvember 2020 í máli nr. 274/2019 var sá dómur

ómerktur og málinu vísað heim í hérað til löglegrar meðferðar, þar sem láðst hafði að kveðja til setu í dóminum sérfróðan meðdómsmann til að fjalla um málsástæður sem hafðar voru uppi um ákveðna þætti málsins, sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 91/1991. Úr því hefur nú verið bætt og er nú öðru sinni lagður dómur á þennan þátt málsins.

- 6 Undirritaður dómsformaður tók við málinu 14. janúar 2021 en hafði fram að því engin afskipti haft af rekstri þess. Meðdómandi og sérfróður meðdómsmaður tóku sæti í dóminum við upphaf aðalmeðferðar en höfðu ekki afskipti af málinu fyrir þann tíma.

### **Helstu málsatvik**

- 7 Stefnandi framleiðir og selur útivistar- og ullarfatnað víða um land undir eigin vörumerki, ICEWEAR, en hefur auk þess gert sig gildandi á sviði minjagripaverslunar. Stefndi er opinbert hlutafélag, í fullu eignarhaldi íslenska ríkisins, sem annast rekstur Keflavíkurflugvallar og Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar, þ.m.t. rekstur verslana með tollfrjálsar vörur á flugvallarsvæðinu.
- 8 Helstu málsatvik eru óumdeild. Stefndi efndi á árinu 2014 til forvals á verslunar- og veitingaþjónustu í Flugstöð Leifs Eiríkssonar frá 2015 undir yfirskriftinni *Viðskiptataækifæri á Keflavíkurflugvelli (e. Commercial Opportunities at Keflavik Airport)*. Auglýsing um forvalið var birt opinberlega og kom þar fram að rekstrarleyfissamningar í flugstöðinni myndu renna út í lok árs 2014.
- 9 Forvalið skiptist í tvö stig og fengu aðeins þeir þátttakendur sem uppfylltu skilyrði fyrra stigsins, sem nefnt var Request for Qualification, að taka þátt á síðara stiginu. Stefnandi keypti forvalsgögn fyrra stigsins á forvalsfundi 19. mars 2014. Stóðst hann fyrra stigið og fékk afhent forvalsgögn vegna seinna stigsins, sem nefnt var Request for Proposal. Þar var þátttakendum gert að skila tveimur aðskildum tillögum í lokuðum umslögum, annars vegar svokallaðri tæknilegri tillögu (e. Technical Proposal) og hins vegar fjárhagslegu tilboði (e. Financial Proposal).
- 10 Samkvæmt forvalsgögnum var fjárhagslegt tilboð þátttakanda aðeins opnað ef viðkomandi náði að lágmarki 60% stiga fyrir tæknilegt tilboð sitt. Stefnandi, sem skilaði inn tilboði vegna seinna stigsins 24. júní 2014, náði framangreindu lágmarki í tæknilega hlutanum og var fjárhagslegt tilboð hans opnað í kjölfar þess. Gerði hann þar tilboð í leigu verslunarrýmis miðað við tvo vöruflokka samkvæmt forvalinu; SR-

- 6 fyrir útvistarfatnað (e. Outerwear) og SR-8 fyrir minjagripi (e. Souvenirs) og jafnframt fyrir báða framangreinda flokka í sameiningu.
- 11 Stefnanda var tilkynnt með bréfi 21. ágúst sama ár, sem undirritað er af Hlyni Sigurðssyni formanni, fyrir hönd valnefndar stefnda (e. Evaluation Committee), að boði hans yrði ekki tekið og að öðrum bjóðanda hefði verið boðið að ganga til samninga í þeim flokkum sem boð stefnanda tók til. Krafðist stefnandi rökstuðnings fyrir þeirri ákvörðun með bréfi 26. sama mánaðar.
  - 12 Beiðni stefnanda um rökstuðning svaraði stefndi með bréfi 5. september sama ár og fylgdi með því blað með upplýsingum um einkunnagjöf stefnanda fyrir tilboð hans í samhengi við aðra bjóðendur. Kom þar fram að í tæknilega hlutanum hefði stefnandi verið í þriðja sæti af þremur í flokki SR-6 útvistarfatnaði, í þriðja sæti af fimm í flokki SR-8 minjagripi, og í öðru sæti af tveimur í samanlagða flokknum. Meðaleinkunn stefnanda hefði verið 6,6 í öllum þremur flokkunum. Í fjárhagshlutanum hefði meðaleinkunn hans í öllum þremur flokkum verið 3,5 og hann lent í þriðja sæti af þremur í flokki SR-6, fimmta sæti af fimm í flokki SR-8 og í öðru sæti af tveimur í samanlagða flokknum.
  - 13 Stefnandi óskaði frekari skýringa og rökstuðnings með bréfi 10. september 2014. Í svarbréfi stefnda 16. sama mánaðar var bent á að forvalið hefði farið fram í samræmi við fyrirbyggjandi forvalsgögn og að byggt hefði verið „á þeirri valaðferð sem þar kemur fram og aðilar felldu sig undir með undirritun tilboðs“. Þá var bent á að engar athugasemdir eða spurningar hefðu borist frá stefnanda um fyrirkomulag forvalsins, eins og þátttakendum hefði staðið til boða í upphafi beggja stiga forvalsins. Beiðni stefnanda um afhendingu frekari gagna var hafnað með vísan til þess að farið væri með upplýsingar sem fram hefðu komið í forvalinu sem trúnaðargögn, en ítrekað var að í töflu sem þegar hefði verið send stefnanda sæist staða hans samanborið við aðra tilboðsgjafa í sama flokki. Loks var tekið fram að öll innsend tilboð hefðu verið metin með sama hætti og að þeim þátttakendum sem hæstu einkunn hlutu í hverjum flokki fyrir sig hefði verið boðið að ganga til samningaviðræðna.
  - 14 Með bréfi til stefnda 30. september 2014 boðaði stefnandi að mál yrði höfðað til heimtu skaðabóta vegna missis hagnaðar, yrði ekki rökstutt með fullnægjandi hætti hvernig val tilboða hefði farið fram. Aðilar áttu í framhaldi þess fund 7. október 2014 þar sem ákvörðun stefnda um að hafna boði stefnanda og ganga til samninga við annan bjóðanda var rædd. Er óumdeilt að á þeim fundi hafi komið fram að

fjárhagstilboð stefnanda hefði verið talið óraunhæft, en stefnandi kveðst ekki hafa fengið á því viðhlítandi skýringar. Höfðaði stefnandi þá mál þetta í nóvember 2014, eins og fyrr sagði.

- 15 Þá er þess að geta að stefnandi kærði forvalið til kærunefndar útboðsmála í ágúst 2014, en með úrskurði kærunefndar 8. desember sama ár vísaði nefndin kærinni frá. Í niðurstöðu nefndarinnar sagði að ljóst væri að gildissvið laga nr. 84/2007 um opinber innkaup réðist bæði af tegund samnings og stöðu aðila í samningssambandinu. Lögin giltu þannig einungis þegar opinberir aðilar öfluðu sér ákveðinna verðmæta sem kaupendur. Þá sagði þar orðrétt: „Fyrir liggur að ætlun varnaraðila er að bjóða út leigu á aðstöðu undir verslunar- og veitingarekstur í húsnæði Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar. Jafnvel þótt fyrir liggji að varnaraðila sé skylt að annast rekstur verslana með tollfrjálsar vörur á flugvallarsvæðinu samkvæmt 1. mgr. 4. gr. laga nr. 76/2008 um stofnun opinbers hlutafélags um rekstur Keflavíkurflugvallar o.fl. verður ekki séð að efni fyrirhugaðs samnings hafi falist í því að varnaraðili innti af hendi fjárhagslegt endurgjald í skiptum fyrir verðmæti. Liggur þannig fyrir að varnaraðili kom í reynd fram sem leigusali en ekki kaupandi verks, vöru eða þjónustu í skilningi 1. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup.“ Fyrirliggjandi samningsgerð félli þar af leiðandi ekki undir reglur um opinber innkaup.
- 16 Undir rekstri málsins hefur stefnandi aflað matsgerðar og tveggja viðbótarmatsgerða dómkvadds matsmanns til sönnunar fyrir fjárhagstjóni sínu, en þær matsgerðir eru dagsettar 18. nóvember 2015, 11. mars 2016, og 26. janúar 2017. Að beiðni stefnda var sami matsmaður dómkvaddur fjórða sinni til öflunar viðbótarmats og er sú matsgerð dagsett 17. október 2018. Í öllum matsgerðunum er lagt mat á það hvaða hagnað stefnandi hefði haft af því að reka verslun í Flugstöð Leifs Eiríkssonar á árabílinu 2015 til 2021, en á mismunandi tímabilum innan árabilsins og miðað við mismunandi forsendur. Vegna skiptingar sakarefnisins er ekki þörf á að greina hér frá niðurstöðum matsgerðanna, en að þeim verður þó vikið eftir því sem þurfa þykir í niðurstöðukafla. Með vísan til matsgerða þessara er uppfyllt skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála um lögvarða hagsmuni stefnanda af þeirri viðurkenningarkröfu sem til umfjöllunar er í þessum hluta málsins.
- 17 Við aðalmeðferð málsins gaf fyrirvarsmaður stefnanda, Ágúst Þór Eiríksson, aðilaskýrslu. Sveinbjörn Indriðason, núverandi forstjóri stefnda, gaf sömuleiðis

aðilaskýrslu við aðalmeðferð málsins. Hann var einn fjögurra nefndarmanna valnefndar stefnda á sínum tíma en hafði þá ekki tekið við starfi forstjóra. Þá gáfu skýrslu sem vitni þrír meðnefndarmenn Sveinbjörns í valnefnd stefnda, þau Hlynur Sigurðsson, formaður valnefndarinnar, Hrönn Ingólfssdóttir og Frank Grey. Einnig gaf dómkvaddur matsmaður, dr. Hersir Sigurgeirsson, skýrslu fyrir dómi. Verður vikið að framburði fyrirvarsmanna og vitna eftir því sem ástæða þykir til í niðurstöðukafla dómsins.

## **Helstu málsástæður stefnanda**

### *Málsgrundvöllurinn*

- 18 Stefnandi bendir á að með útboðinu hafi stefndi verið að afla tilboða til að gera samninga um leigu á aðstöðu undir rekstur í húsnæði Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar. Bæði stefndi og húsnæðið sem um ræðir séu alfarið í eigu íslenska ríkisins. Verslunar- og veitingarými í flugstöðinni séu meðal þeirra eftirsóttustu á Íslandi, eins og stefndi hafi sjálfur bent á. Með útboðinu hafi stefndi þannig sett af stað ferli með það að markmiði að ráðstafa afar verðmætum en takmörkuðum gæðum sem fleiri en einn hafi sóst eftir. Þátttakendur í útboðinu hafi haft mikla hagsmuni af því að verða valdir til sammingsgerðar.
- 19 Stefnandi byggir á því að tilboð hans í þeim flokkum sem hann sótti um hafi uppfyllt öll skilyrði og verið þau hagkvæmstu sem bárust í útboðinu. Því hefði hann með réttu átt að verða valinn sem leigjandi að verslunarrými. Þar til stefndi sýni fram á annað sé rétt að líta svo á að stefndi hafi gengið fram hjá tilboðum stefnanda með ólögætum hætti.
- 20 Við ráðstöfunina hafi stefnda verið óheimilt að velja tilboð eftir geðþótta eða með öðrum ómálefnalegum hætti. Stefndi hafi ekki farið eftir viðeigandi lögum og brotið gegn meginreglum stjórnisýsluréttar og útboðsréttar. Með lögbrotum stefnda hafi verið komið í veg fyrir að stefnandi hlyti hin takmörkuðu gæði. Stefndi hafi þannig valdið stefnanda tjóni sem nemi missi þess hagnaðar sem stefnandi hefði haft af rekstri verslunar í flugstöðinni.
- 21 Stefnda beri að sýna fram á að útboðsferlið hafi verið í samræmi við lög. Þannig beri stefnda að sýna fram á að lögmætar og málefnalegar ástæður hafi búið að baki því að umræddum gæðum var ekki ráðstafað til stefnanda heldur til annarra bjóðenda.

*Stefnda bar að fara að reglum og hann hafði ekki frjálst val um samningsgerðina*

- 22 Stefnandi bendir á að stefndi sé opinbert hlutafélag, sem stofnað hafi verið á grundvelli laga nr. 76/2008, um stofnun opinbers hlutafélags um rekstur Keflavíkurflugvallar o.fl. Byggt sé á því að stefndi sé stjórnvald sem beri að fylgja reglum stjórnsluréttar við ákvarðanir sínar.
- 23 Þá byggir stefnandi á því að ráðstöfun takmarkaðra verðmæta í eigu opinberra aðila skuli vera í samræmi við lög. Við val stefnda á leigutökum í verslunarrými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar hafi honum því borið að gæta að almennum meginreglum stjórnsluréttar og einnig þeim sérstöku ákvæðum sem við eigi um slík samningsferli. Ákvörðunin hafi þannig þurft að vera lögmæt, byggð á málefnalegum sjónarmiðum og jafnræði allra þátttakenda tryggt.

*Ákvörðun stefnda var ólögmæt*

- 24 Stefnandi vísar til þess að ein af meginreglum íslensks stjórnskipunar- og stjórnsluréttar, lögmætisreglan, kveði á um að ákvarðanir stjórnvalda skuli ávallt eiga sér stoð í lögum. Þá megi stjórnvöld ekki ganga í berhögg við lög með ákvörðunum sínum. Tryggja verði að réttindi borgaranna séu ekki skert og að hagsmunum sem þeir keppast um sé ekki ráðstafað með handahófskenndum og ólögmætum ákvörðunum. Þannig sé mikilvægt að stjórnvöld og aðrir opinberir aðilar fylgi viðeigandi málsmeðferðar- og efnisreglum. Ákvörðun stefnda um ráðstöfun verslunarrýma í flugstöðinni til leigu hafi bæði verið í andstöðu við reglur stjórnsluréttar og meginreglur útboðsréttar. Þar af leiðandi hafi verið um ólögmæta ákvörðun að ræða.

*Jafnræðisregla stjórnsluréttar*

- 25 Stefnandi vísar til þess að ein af meginreglum stjórnsluréttar, jafnræðisreglan, sé lögfest í 11. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 og í 65. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Í henni felist að stjórnvaldi beri að tryggja að gætt sé samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti við úrlausn mála. Reglan feli meðal annars í sér að borgararnir, hvort heldur sem er einstaklingar eða lögaðilar, skuli hafa jafna stöðu og jafna möguleika á að koma til greina við ákvarðanir stjórnvalda sem snúast um ráðstöfun takmarkaðra gæða.
- 26 Við ráðstöfun tiltekinna gæða sem ekki verða veitt öllum sem eftir þeim sækjast verði stjórnvald að velja á milli aðila á grundvelli málefnalegra sjónarmiða.

Meginreglan sé sú að sá sem á hagkvæmasta tilboðið eigi rétt á að verða valinn til samningsgerðar. Stjórnvöld hafi ekki frjálst mat um það hvaða tilboð séu hagkvæmust.

- 27 Öllum sem hafa áhuga verði að gefa sama tækifæri til að sækjast eftir og keppa um þau gæði sem um er að ræða. Þeir verði að hafa sömu möguleika og jafna stöðu þegar þeir gera tilboð. Þeir skuli svo allir fá sömu meðferð við mat stjórnvalda á tilboðum þeirra. Til að allir hafi jafna stöðu verði skilmálar sem stjórnvald setur fram í útboðsgögnum að vera ljósir og gilda jafnt um alla.
- 28 Stefnandi telur að stefndi hafi brotið jafnræðisreglu stjórnsýsluréttar við ákvörðun um ráðstöfun á verslunarrýmum til leigu í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Ákvörðun stefnda hafi ekki byggst á málefnalegum og lögmætum sjónarmiðum. Stefnandi hafi ekki valið tilboð stefnanda þrátt fyrir að það hefði verið hagstæðasta tilboðið.

*Stefnda bar að fara eftir reglum sem gilda um útboð*

- 29 Stefnandi vísar til laga nr. 84/2007 um opinber innkaup sem sett hafi verið til að tryggja vandaða málsmeðferð stjórnvalda við leit að viðsemjanda. Þá gildi lög nr. 65/1993 um framkvæmd útboða einnig um samningsferli opinberra aðila. Þá vísar stefnandi til meginreglna útboðsréttar sem opinberum aðilum beri að fara eftir þegar sett sé af stað ferli í þeim tilgangi að koma á samningi um ráðstöfun opinberra gæða.
- 30 Stefnandi byggir á því að stefndi hafi sett af stað lokað útboðsferli, sbr. 2. gr. laga nr. 65/1993 og 9. tölul. 2. gr. laga nr. 84/2007, þegar hann efndi til forvals og útboðs í kjölfarið. Jafnvel þótt litið yrði svo á að stefnda hefði ekki verið skylt að viðhafa útboð til að koma á samningi þá breyti það því ekki að stefndi hafi kosið að nota það fyrirkomulag. Eftir það hafi stefnda ekki verið frjálst að haga ferlinu eftir eigin geðþótta heldur hafi hann orðið að haga því í samræmi við ákvæði og meginreglur laga nr. 84/2007 og laga nr. 65/1993. Lögmæti ákvarðana stefnda ráðist þannig af því hvort þær hafi verið í samræmi við reglur sem gildi um útboð. Jafnvel þótt talið yrði að samningsferli stefnda teldist ekki vera útboð í þrengsta skilningi laga nr. 65/1993 og/eða laga nr. 84/2007, þá gildi engu að síður meginreglur útboðsréttar um samningsferlið.
- 31 Meginreglum útboðsréttar, eins og þær birtist meðal annars í framangreindum lagabálkum, hafi ekki verið fylgt í því ferli sem stefndi setti af stað og varðaði ráðstöfun verslunarrýmis í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Mat stefnda á tilboðum hafi ekki farið fram á grundvelli hlutlægra og málefnalegra sjónarmiða.

*Málefnalegar forsendur áttu að ráða ákvörðun stefnda*

- 32 Stefnandi byggir á því að opinber aðili, sem hafi takmörkuð gæði til ráðstöfunar, skuli tilgreina nákvæmlega í útboðsgögnum hvaða forsendur verði lagðar til grundvallar við mat á tilboðum. Allar nauðsynlegar upplýsingar skuli koma fram í útboðsgögnum og opinbera aðilanum sé ekki heimilt að byggja á öðrum sjónarmiðum en þar komi fram. Forsendurnar verði því að vera hlutlægar og tengjast efnahagslegri hagkvæmni með einhverjum hætti, en megi aldrei vera svo matskenndar að hinum opinbera aðila séu í raun og veru litlar skorður settar við mat tilboða. Það sé nauðsynlegt til að takmarka vald opinbera aðilans til að túlka tilboðin eftir eigin höfði, eftir að tilboð hafi verið opnuð.
- 33 Stefnandi vísar til þess að framangreindar meginreglur hafi verið lögfestar með ákvæðum 38. gr. og 45. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, og felist auk þess í grundvallarreglum um jafnræði og gagnsæi við ráðstöfun takmarkaðra gæða. Bjóðendur eigi þannig að geta áttað sig á því fyrir fram hvernig staðið verði að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað tilboðum sínum í samræmi við það. Hinum opinbera aðila eigi sömuleiðis að vera auðvelt að rökstyðja val tilboða með vísan til valforsendna og þeirra gagna sem berast frá bjóðendum.
- 34 Viðmið stefnda fyrir mat á tilboðum hafi verið sett fram í töflum nr. 8 og 9 í útboðsgögnum. Þar sé í fyrsta lagi eftirfarandi tafla sem sýnir mat á tæknilegum atriðum:

**Table 8: The marks for the Technical Proposal**

	%	Criteria
Product, brand, concept description	20%	Does the product meet customers' needs and standard of quality?
Pricing policy	20%	Is it good enough? Does it meet Isavia's aspiration?
Promotional plan	20%	How good is it? How comprehensive is it?
Human Resources and customer service plan	20%	Is it comprehensive? Is it thorough?
Facilities design and layout	20%	How does the idea that is presented for the design and layout of the facilities compliment Isavia's aspiration? How will it contribute to the overall appearance of the departures lounge.
<b>Technical Proposal total</b>	<b>100%</b>	

Í öðru lagi sé eftirfarandi tafla yfir mat á fjárhagslegum atriðum:

**Table 9: The marks for the Financial Proposal**

	%	Criteria
Financial plan	40%	Level of estimated annual financial plan, the sales forecast in particular. This relates to how reasonable these are and how likely they are to be achieved i.e. does the Technical Proposal elaborate on this and can the Technical Proposal content achieve the sales forecast?
Proposed percentage of sale	40%	The level of concession percentage proposed and how reasonable it is.
Proposed minimum annual guarantee	10%	Are these reasonable and are they within the policy?
Capital expenditure	10%	This relates to the amount of capital expenditure proposed in relation to what is envisaged in terms of the unit/units created.
<b>Financial Proposal total</b>	<b>100%</b>	

- 35 Stefnda hafi verið skylt að setja fram rökstuðning fyrir ákvörðun um val á tilboði þegar í tilkynningu um slíka ákvörðun til þátttakenda. Skyldan taki til þess að tilgreina nafn þess bjóðanda sem hafi verið valinn og veita upplýsingar um eiginleika og kosti þess tilboðs sem stefndi hafi valið, með hliðsjón af valforsendum útboðsgagna. Þessi skylda grundvallist á meginreglu útboðsréttar, sem lögfest hafi verið með 2. mgr. 75. gr. laga nr. 84/2007.
- 36 Engan rökstuðning fyrir ákvörðun stefnda hafi verið að finna í tilkynningu hans frá 21. ágúst 2014. Hvorki sé tilgreint hvaða bjóðandi hafi verið valinn né veittar upplýsingar um eiginleika og kosti þess tilboðs sem valið hafi verið með hliðsjón af valforsendum útboðsgagna. Stefndi hafi þannig ekki viljað upplýsa hvaða forsendur lægju þeirri ákvörðun til grundvallar, hvorki að því er laut að stigagjöf tilboða né öðrum atriðum.
- 37 Ófullnægjandi eða enginn rökstuðningur fyrir ákvörðun stjórnvalds sé jafnan til marks um það að stjórnvaldið geti ekki rökstutt ákvörðunina eða vilji ekki uppljóstra um raunverulega ástæðu að baki ákvörðun. Af því leiði að löglíkur séu fyrir því að forsendur að baki ákvörðuninni séu ómálefnalegar og ólögmatar.

*Stefnandi átti hagkvæmasta tilboðið*

- 38 Stefnandi byggir á því að hann hafi átt hagstæðasta tilboðið í leigu á verslunarrými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar í umræddu útboði. Í útboðsgögnum hafi komið fram að skila skyldi tveimur tilboðum, annars vegar um tæknileg atriði (e. Technical Proposal) en hins vegar fjárhagslegu tilboði (e. Financial Proposal). Mikið hafi verið lagt í tilboð stefnanda í tæknilega hlutann og hafi tilboðið verið vel úr garði gert. Stefndi hafi á engan hátt útskýrt einkunnagjöf fyrir þennan hluta. Þar til stefndi geri

grein fyrir því verði að líta svo á að stefnandi hafi átt hagkvæmasta tilboðið sem barst í þessum hluta. Reyndar virðist sem óþarfi hafi verið að eiga hagkvæmasta tilboðið í tæknilega hlutanum. Sá hluti virðist hafa falið í sér lágmarkskröfur sem bjóðendur yrðu að uppfylla til að komast yfir á lokastig útboðsins, þ.e. val á milli fjárhagslegra tilboða. Þannig komi fram í útboðsgögnum að bjóðendur eigi einungis möguleika á að komast á lokastig útboðsins ef þeir ná a.m.k. 60% stigum úr tæknilega hlutanum.

- 39 Óumdeilt sé að stefnandi hafi hlotið a.m.k. 60% stiga úr tæknilega hlutanum. Stefnandi hafi þannig komist inn í síðasta skref tilboðsins, þ.e. að gera fjárhagstilboð. Fjárhagstilboð stefnanda hafi verið gríðarlega hagkvæm fyrir stefnda. Hæsta tilboð stefnanda hafi verið á þá leið að stefnandi myndi greiða stefnda leigu að fjárhæð alls [...] króna á fjögurra ára leigutíma.
- 40 Á fundi aðila 7. október 2014 hafi komið fram að stefndi hefði talið verðtilboð stefnanda óeðlilega hátt og þar með óraunhæft. Stefndi hafi þannig talið að stefnandi gæti ekki staðið við tilboð sitt um þá háu leigu sem hann bauðst til að greiða. Í því felist að stefndi hafi talið tilboð stefnanda í raun of gott til að geta staðist. Þannig hafi stefndi viðurkennt að stefnandi hafi átt hagstæðasta verðtilboðið.
- 41 Stefnandi vísar til þess að ein af meginreglum útboðsréttar, sbr. 71. gr. laga nr. 84/2007, sé að við val á tilboði skuli eingöngu litið til gildra tilboða. Af því leiði að við ákvörðun um val á tilboði megi ekki blanda saman sjónarmiðum um gildi þeirra eða hæfi bjóðenda. Þessum atriðum beri að halda aðskildum. Hafi tilboð verið metið gilt skuli opinberi aðilinn kanna hvort bjóðandinn og tilboðið uppfylla hæfiskröfur. Standist bjóðandinn og tilboðið allar kröfur séu þessi atriði frá og ekki megi líta til þeirra við mat á hagkvæmasta tilboðinu. Stefnda hafi þannig verið óheimilt að blanda slíkum sjónarmiðum eða öðrum inn í mat á tilboðum, sbr. 2. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007. Stefnda hafi einungis borið að finna hagkvæmasta tilboðið samkvæmt þeim forsendum sem settar höfðu verið fram í útboðsgögnum.
- 42 Stefndi hafi þannig enga heimild haft til að velja ekki hagstæðasta tilboðið. Jafnvel þótt stefndi hefði haft slíka heimild þá hefði honum borið að viðhafa ákveðna málsmeðferð áður en ákvörðun yrði tekin. Ef stefndi taldi að tilboð stefnanda væri óeðlilega hagstætt þá hefði honum, áður en hann gekk fram hjá tilboðinu, borið að óska eftir útskýringum, þ.e. nákvæmri, skriflegri lýsingu á þeim efnisþáttum tilboðsins sem hann taldi skipta máli, sbr. til hliðsjónar 73. gr. laga nr. 84/2007. Eftir

atvikum hafi stefnda einnig borið að óska eftir frekari gögnum til útskýringar, sbr. 53. gr. laga nr. 84/2007. Stefnda hafi í kjölfarið borið að sannreyna viðbótarupplýsingar til að fullvissa sig um að hagstæðasta tilboðið væri í raun óaðgengilegt.

- 43 Stefndi hafi ákveðið, án þess að veita stefnanda nokkurn andmælarétt, að tilboð stefnanda væri of hagstætt og gengið þannig fram hjá því. Sú ákvörðun sé ólögmæt. Þau tilboðsgögn sem stefndi hafi haft undir höndum sýni fram á að tilboð stefnanda hafi byggst á algerlega raunhæfum forsendum og verið faglega unnið. Tilboðið hafi annars vegar verið sett fram á grundvelli forsendna frá stefnda sem fram komi m.a. í útboðsgögnum. Hins vegar hafi tilboðið byggst á staðreyndum úr rekstri stefnanda. Stefndi sé í dag rekinn með mikla framlegð og ekkert óraunhæft að miða við að svo verði áfram.
- 44 Eins byggir stefndi á því að stefndi beri sönnunarbyrðina fyrir því að tilboð stefnanda hafi verið óeðlilega hátt og að tilboð annarra bjóðenda hafi verið hagkvæmari.

#### *Bótagrundvöllur*

- 45 Stefndi byggir mál sitt á því að með ólögmætri ákvörðun stefnda hafi verið komið í veg fyrir að stefndi hlyti hin takmörkuðu gæði. Þess sé krafist að stefndi bæti stefnanda allt það tjón sem stefndi hafi orðið fyrir við ákvörðun stefnda um að sniðganga tilboð hans. Skaðabótagrundvöllurinn sé almenna skaðabótareglan. Horfa beri til þeirra sérstöku sjónarmiða sem við eigi um beitingu reglunnar þegar stjórnvald á í hlut, einkum við framkvæmd útboða og samningagerð opinberra aðila. Af því leiði að þegar brot gegn lögum liggi fyrir beri hinn opinberi aðili sönnunarbyrðina fyrir því að brotið hafi ekki leitt til tjóns, sbr. 101. gr. laga nr. 84/2007.
- 46 Starfsmenn stefnda hafi viðhaft hina ólögmætu háttsemi. Stefndi beri vinnuveitandaábyrgð á háttsemi starfsmanna sinna í skilningi skaðabótaréttar. Öll skilyrði skaðabótaskyldu samkvæmt almennu skaðabótareglunni séu fyrir hendi, þ.m.t. saknæmisskilyrði, en í það minnsta hafi verið um gáleysi að ræða við ákvörðunina. Tjón stefnanda, sem nemi þeim hagnaði sem hann hefði haft af rekstri verslunar í Flugstöðinni á grundvelli leigusamningsins, sé í orsakatengslum við hina ólögmætu ákvörðun og sé sennileg afleiðing hennar.

- 47 Þá eigi einnig við reglur um rétt til efndabóta samkvæmt meginreglum samninga- og kröfuréttar. Með því að setja af stað útboðsferli hafi stefndi lofað þátttakendum að velja hagkvæmasta tilboðið við lok útboðsferlisins og við það hafi hann verið bundinn upp frá því. Megi segja að með útboðinu hafi stefndi gert þátttakendum tilboð um að vera með í keppni á tilteknum forsendum. Með þátttöku í útboðinu hafi stefnandi og aðrir þátttakendur tekið því tilboði stefnda. Þannig hafi í raun komist á samningur milli stefnda og þátttakendanna um að hinum takmörkuðu, verðmætu gæðum yrði ráðstafað til þeirra sem ættu hagstæðustu tilboðin á grundvelli útboðslýsingarinnar. Á þeim grundvelli hafi stefnandi átt kröfu um að verða valinn, enda með hagkvæmasta tilboðið. Þar sem stefndi hafi ekki staðið við framangreint loforð, um að velja hagkvæmasta tilboð á grundvelli útboðslýsingar, eigi stefnandi kröfu um efndabætur. Niðurstaðan um tjón sé sú sama hvort sem byggt sé á reglum skaðabótaréttar eða reglum samninga- og kröfuréttar.
- 48 Í stefnu og framhaldsstefnu er sérstaklega fjallað um framsetningu og sundurliðun fjárkröfu stefnanda, en vegna skiptingar sakarefnisins er ekki þörf á að rekja þá umfjöllun hér.
- 49 Til stuðnings varakröfu stefnanda um viðurkenningu bótaréttar, sem hér er til umfjöllunar, vitnar stefnandi til 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.
- 50 Lagarök stefnanda eru meðal annars þau að stefndi hafi misbeitt valdi sínu við val á leiðum til úrlausnar máls, málið hafi ekki verið rannsakað með fullnægjandi hætti og andmælaréttur hafi ekki verið veittur. Þá er vísað til þeirra lagaraka sem þegar hafa verið rakin hér að framan. Auk þess er byggt á því að krafa um dráttarvexti á skaðabótakröfu eigi sér stoð í III. kafla laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Upphaf dráttarvaxta miðist við þann dag þegar mánuður var liðinn frá því að krafan var sett fram gagnvart stefnda, sbr. 3. mgr. 5. gr. laganna. Málskostnaðarkrafa stefnanda eigi sér stoð í XXI. kafla laga nr. 91/1991.
- 51 Í stefnu og undir rekstri málsins skoraði stefnandi á stefnda að leggja fram tilboð þeirra sem valdir voru til samningsgerðar í þeim flokkum þar sem stefnandi gerði tilboð. Þá var skorað á stefnda að veita upplýsingar og leggja fram gögn um rökstuðning fyrir einkunn þeirra tilboða sem fyrir valinu urðu og voru talin hagstæðari en tilboð stefnanda. Enn fremur var óskað nánari útskýringa eða gagna um þau sjónarmið sem valnefnd byggði mat sitt á. Brást stefndi við fyrstnefndri

áskorun með því að leggja fram lista yfir einkunnir þátttakenda í forvalinu, með auðkennum þeirra en án nafna. Að öðru leyti var upplýst, með bókun sem lögð var fram í þinghaldi 3. júní 2016, að þau gögn sem stefnandi leitaði eftir um rökstuðning einkunna væru ekki til og hefðu ekki verið búin til í forvalsferlinu. Þá var tekið fram að öll þau sjónarmið sem forvalsnefnd stefnda hefði byggt mat tilboða á lögju þegar fyrir í forvalsgögnum.

### **Helstu málsástæður stefnda**

- 52 Stefndi kveðst mótmæla kröfugerð stefnanda og málsástæðum, grundvelli krafna um skaða- og efndabætur, forsendum þeirra og útreikningi. Varakröfu stefnanda, sem hér er til umfjöllunar, sé einnig mótmælt.

*Réttur stefnda til ráðstöfunar á húsnæði flugstöðvarinnar í skjóli eignarréttinda og lögbundins tilgangs*

- 53 Stefndi byggir á því að hann sem lögmætur eigandi Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar hafi í skjóli eignarréttinda og lögbundins tilgangs rétt til að ráða tilhögun á afnotum og ráðstöfun á húsnæði flugstöðvarinnar, þar á meðal taka ákvörðun um hvernig og með hvaða hætti hann leigi út verslunarrými í fasteign sinni. Vísar stefndi í því sambandi til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 465/2003 þar sem fram komi að það sé undir stefnda komið hvort og að hvaða marki félagið feli öðrum aðilum að annast þjónustu við farþega í flugstöðinni og að af því leiði að félaginu sé heimilt að ákveða sjálft hvaða húsnæði í fríhöfninni það taki til notkunar undir verslunarrekstur eða þjónustu.
- 54 Auk hinnar almennu heimildar sem felist í eignarrétti stefnda sé kveðið á um það í 4. gr. laga nr. 76/2008 um stofnun opinbers hlutafélags um rekstur Keflavíkurflugvallar o.fl., sbr. 4. gr. laga nr. 153/2009 um samruna opinberu hlutafélaganna Flugstöða og Keflavíkurflugvallar, að tilgangur stefnda sé m.a. rekstur og uppbygging fasteigna og verslunarrekstur. Sé stefnda veitt skýr heimild í 2. mgr. 4. gr. sömu laga til að gera hvers konar samninga við aðra aðila til að ná tilgangi sínum á sem hagkvæmastan hátt. Útleiga á umræddri fasteign sé einkaréttarlegur gerningur og liður í að auka tekjur stefnda af eignum sínum í samræmi við lögbundið hlutverk hans.
- 55 Stefndi byggir einnig á því að hann hafi í ljósi 4. gr. laga nr. 76/2008 fulla heimild til að ákveða annars vegar forsendur til að meta hæfi aðila sem vilja taka fasteign í

eigu hans á leigu og hins vegar til að meta hvaða boð í leigu sé hagkvæmast fyrir stefnda. Ekkert í lögum eða reglum banni stefnda að leggja slíkar matskenndar forsendur til grundvallar. Forsendur stefnda séu hlutlægar og gagnsæjar og séu ítarlega skýrðar í forvalsgögnum. Þátttakendum hafi verið gerð skýr grein fyrir því að hæfi þeirra og síðar boð í leigu yrðu metin á þeim grunni sem lýst sé í forvalsgögnum. Undir þessa skilmála hafi stefnandi gengist. Forsendur matsins séu að mati stefnda málefnalegar og byggðar á jafnræði og sé gætt meðalhófs í kröfum sem gerðar séu fyrir þátttöku. Miklu máli skipti fyrir stefnda að þátttakandi í forvali og bjóðandi í leigu húsnæðis á fríverslunarsvæði flugstöðvarinnar hafi fjárhagslega burði til að standa skil á leigugreiðslum og hafi nauðsynlega færni til að reka verslun eða þjónustu í því sérhæfða umhverfi sem fríhafnarverslun innan alþjóðlegs flugvallar krefjist.

- 56 Þá byggir stefndi á því að besta og hagkvæmasta leiðin til þess að nálgast það verð sem markaðurinn sé reiðubúinn að greiða sé að bjóða húsaleiguna út og gefa þannig öllum sem vilja kost á að leggja fram tilboð. Með fyrirkomulagi forvalsins hafi stefndi eftt samkeppni um leigu á aðstöðu í eigu opinbers aðila.
- 57 Stefndi byggir á því að stefnandi eigi ekki rétt á að taka húsnæði í eigu stefnda á leigu. Eins og fram komi í dómi Hæstaréttar í máli nr. 465/2003 hafi stefndi frjálst val um aðferð við útleigu á fasteign sinni. Að þessu sinni hafi stefndi valið þá aðferð að hafa opið forval þar sem öllum þeim sem áhuga höfðu gafst sama tækifæri til að sækja um á grundvelli fyrir fram ákveðinna, hlutlægra og gagnsærra skilmála.

*Stefndi er ekki stjórnvald og tekur engar stjórnvaldsákvæðanir í tengslum við útleigu á fasteign í hans eigu*

- 58 Stefndi mótmælir því að honum beri að fylgja reglum stjórnsýsluréttar. Í 1. og 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 sé tiltekið að löggin gildi aðeins um stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga. Í 2. mgr. 1. gr. sé gildissviðið þrengt þannig að það taki aðeins til þess hluta stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga sem lýtur að því að taka ákvarðanir um réttindi og skyldur manna. Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að stjórnsýslulögum segir að með hugtakinu „stjórnvald“ sé átt við þau embætti, stofnanir og aðra þá aðila sem fara með framkvæmdarvald. Stefndi geti ekki talist stjórnvald í skilningi laganna. Bendir stefndi á dóm Hæstaréttar í máli nr. 326/2014 þessu til stuðnings.

- 59 Með lögum nr. 100/2006 um Flugmálastjórn Íslands og lögum nr. 102/2006 um stofnun hlutafélags um flugleiðsöguþjónustu og flugvallarekstur Flugmálastjórnar Íslands hafi Alþingi samþykkt breytingu á starfsemi og skipulagi Flugmálastjórnar. Breytingarnar hafi falið í sér aðskilnað á þjónustustarfsemi Flugmálastjórnar frá stjórnslu og eftirliti hennar, þar sem þjónustustarfsemin var færð til hlutafélags í eigu ríkisins. Stefndi sinni nú þeim rekstri sem hlutafélaginu hafi verið falinn með lögum nr. 102/2006 í formi opinbers hlutafélags. Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 102/2006 komi skýrlega fram að tilgangur hlutafélagavæðingar þjónustustarfseminnar hafi verið að veita þann sveigjanleika sem hlutafélagaformið veiti, enda sé það nauðsynlegt til að takast á við fyrirbyggjandi verkefni og fyrirsjáanlega samkeppni. Það sé því ljóst að vilji Alþingis hafi staðið til þess að stjórnslulögin skyldu ekki gilda um þann hluta starfseminnar sem stofnað var hlutafélag um.
- 60 Fræðimenn hafi almennt talið að stjórnslulög gildi ekki um opinber hlutafélög, eins og stefnda. Þá komi skýrlega fram í athugasemdum við frumvarp það sem varð að lögum nr. 90/2006, um breytingu á lögum nr. 2/1995 um hlutafélög (opinber hlutafélög), að ákvæðum stjórnslulaga sé ekki ætlað að gilda um opinber hlutafélög. Ráða megi af dómaframkvæmd Hæstaréttar í málum er varða hlutafélög í eigu ríkis og sveitarfélaga að hvorki stjórnslulög né óskráðar meginreglur stjórnsluréttar gildi um slík félög, heldur eigi við um þau þær almennu einkaréttarlegu reglur sem almennt gildi um hlutafélög.
- 61 Þá sé rétt að áréttu að þær athafnir stefnda sem sakarefni máls þessa snúi að varði hvorki meðferð á opinberu stjórnvaldi né ákvarðanir um rétt eða skyldu aðila. Stefndi geti því ekki talist stjórnvald, eins og stefnandi haldi fram.

*Ákvörðun um leigu á fasteign stefnda telst ekki vera stjórnvaldsákvörðun eða meðferð verkefnis sem ríkið ber ábyrgð á*

- 62 Stefndi byggir á því að ákvörðun um gerð tímabundins leigusamnings um húsnæði í eigu opinbers hlutafélags teljist ekki vera stjórnvaldsákvörðun í merkingu 1. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, heldur feli í sér samning opinbers hlutafélags sem sé alfarið einkaréttarlegs eðlis. Stjórnvaldsákvörðun sé ákvörðun tekin í skjóli stjórnsluvalds og beint milliliðalaust að tilteknum aðila eða aðilum, þannig að kveðið sé með bindandi hætti á um rétt eða skyldur þeirra í ákveðnu og fyrirbyggjandi máli. Ákvarðanir sem teknar séu á einkaréttarlegum grundvelli, þar sem opinbert

hlutafélag komi fram eins og hver annar einstaklingur eða lögaðili, falli utan skilgreiningar á stjórnvaldsákvörðun.

- 63 Stefndi bendir jafnframt á 3. mgr. 1. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, en af því ákvæði leiði að lögin taki ekki til ákvarðana stjórnvalda eða opinberra aðila sem teljast einkaréttar eðlis, utan þess sem þar er kveðið á um varðandi hæfisreglur. Með vísan til þessa og þess að stefndi teljist ekki vera stjórnvald geti ákvæði stjórnslulaga hvorki gilt um forvalið né gerð leigusamnings við þá aðila sem hlutskarpastir urðu í forvalinu. Vísar stefndi þessu til stuðnings til áðurnefnds dóms Hæstaréttar í máli nr. 326/2014.

*Stefndi er ekki bundinn af meginreglum stjórnsluréttar við framkvæmd forvals eða gerð leigusamnings um leigu á fasteign*

- 64 Með vísan til þess sem að framan er rakið hafnar stefndi þeirri málsástæðu stefnanda að óskráðar meginreglur stjórnsluréttar taki til stefnda sem opinbers hlutafélags, enda teljist starfsemi hans ekki til stjórnslu ríkisins. Verði dómurinn því ósammála sé byggt á því að stefndi hafi að öllu leyti farið að þeim reglum. Ákvarðanir hans hafi stuðst við málefnaleg sjónarmið og gætt hafi verið jafnræðis í hvívetna.

*Ákvæði laga um opinber innkaup nr. 84/2007 eiga ekki við um leigu á fasteignum*

- 65 Stefndi byggir á því að ákvæði laga nr. 84/2007 um opinber innkaup eigi ekki við um forval stefnda. Samkvæmt 6. gr. laganna séu samningar um leigu húsnæðis undanskildir ákvæðum laganna. Tilgangur og markmið forvalsins hafi verið leiga á verslunar- og þjónusturými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Komi skýrt fram í skilmálum forvals að um leigu á aðstöðu sé að ræða. Þar sé m.a. rakið efni samninga og fjallað um skilmála leigu og hvernig leiga sé reiknuð fyrir afnot. Rekstur og viðhald sé ekki hluti forvalsins, heldur sé sá hluti alfarið í höndum stefnda.

- 66 Leigusamningur sé gagnkvæmur samningur þar sem leigusali heimili leigutaka tiltekin afnot og eftir atvikum arðsemi verðmæta gegn endurgjaldi. Leigusamningur snúist um gagnkvæmar skyldur aðila. Felist skylda leigusala í að afhenda hið leigða í umsömdu ástandi á réttum stað og í tiltekinn tíma. Skyldur leigutaka séu að greiða leigu og haga nýtingu húsnæðis í samræmi við skilmála leigusamnings. Af þessum sökum geti forval stefnda, sem miði að því að leigja út húsnæði í hans eigu gegn endurgjaldi þeirra sem taka það á leigu, ekki fallið undir ákvæði laganna eða þær

reglur sem þar er að finna. Vísar stefndi í þessu sambandi til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 465/2003.

- 67 Þá sé gildissvið laga um opinber innkaup afmarkað enn frekar í 1. mgr. 4. gr. laganna þar sem segi að lögin taki til skriflegra samninga um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur skv. 3. gr. geri við eitt eða fleiri fyrirtæki og hafi að markmiði framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu í skilningi laganna. Af forvalsgögnum verði ráðið að stefndi láti aldrei af hendi neitt fjárhagslegt endurgjald og ráðstafi þannig aldrei opinberum fjármunum í skilningi 4. gr. laganna. Grundvallarskilyrði þess að ákvæði laga um opinber innkaup eigi við sé að opinber aðili í skilningi 3. gr. laganna láti af hendi endurgjald fyrir þjónustu, vöru eða verktöku. Slíkt eigi ekki við um leigu og eigi lögin því ekki við. Þetta hafi kærunefnd útboðsmála staðfest með úrskurði 11. desember 2014 í máli nr. 14/2014, en jafnframt vísist til dóms Hæstaréttar í máli nr. 465/2003.

*Ákvæði laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða eiga ekki við um leigu á fasteignum*

- 68 Stefndi byggir á því að ákvæði laga nr. 65/1993 eigi ekki við um forval eða samninga stefnda vegna leigu á húsnæði og vísar þar um til 1. gr. laganna, þar sem segi að lögin gildi þegar útboði sé beitt til þess að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu. Hann ítrekar að tilgangur og markmið forvalsins hafi verið leiga á verslunar- og þjónusturými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar og að við útleiguna láti stefndi ekki af hendi fjárhagslegt endurgjald. Ákvæði laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993 eigi samkvæmt efni sínu aðeins við þegar kaupandi, eins og það hugtak sé skilgreint í 2. gr. laganna, leiti bindandi tilboða í verk, vöru eða þjónustu. Þannig sé það hugtaksskilyrði við útboð að kaupandi fái afhenta þjónustu, verk eða vöru gegn endurgjaldi. Í tilviki stefnda kaupi hann ekki verk, vöru eða þjónustu af neinu tagi heldur selji hann á leigu verslunarhúsnæði samkvæmt leigusamningi. Af þessum sökum geti framangreind lög ekki átt við um forval eða leigusamninga stefnda.

- 69 Verði fallist á það með stefnanda að almennar reglur laga um framkvæmd útboða eigi við um forval stefnda, byggi stefndi á því að forvalið, forsendur þess og val á bjóðendum hafi byggst á málefnalegum sjónarmiðum þar sem fyllsta jafnræðis milli borgaranna hafi verið gætt og hafi framkvæmd þess verið í samræmi við ákvæði laga nr. 65/1993. Þá hafnar stefndi því að stefnandi hafi átt hagstæðasta tilboðið í

leigu samkvæmt forsendum og skilmálum forvalsins. Því hafi stefnda ekki borið að taka því samkvæmt ákvæðum laganna.

*Með þátttöku í forvalinu skuldbatt stefnandi sig til þess að hlíta skilyrðum og skilmálum forvalsins*

- 70 Stefndi byggir á því að stefnandi hafi með þátttöku sinni í forvalinu skuldbundið sig til að fara að þeim skilyrðum og skilmálum sem fram koma í forvalsgögnum stefnda. Hann hafi með þátttöku sinni í forvalinu skuldbundið sig til þess að leggja fram gögn í samræmi við fyrirmæli forvalsgagna og samþykkt að tilboð hans yrðu metin á grundvelli þeirra viðmiða og aðferða sem þar séu útlustuð. Um þetta vísar stefndi m.a. til almennra reglna samningaréttar um skuldbindingargildi loforða.
- 71 Þá komi skýrt fram efst á hverju eyðublaði vegna fjárhagslegs tilboðs, sem hefur að geyma undirritað tilboð stefnda í leigu, að hann geri fjárhagslegt tilboð sitt í samræmi við skilmála sem fram komi í forvalsgögnum (e. Request for Proposal) og að hann sé við þá skilmála bundinn. Stefnandi geti því ekki haldið því fram nú að hann sé óbundinn af skuldbindingu sinni og skilmálum forvalsins.

*Stefnandi átti ekki hagstæðustu tilboðin í leigu samkvæmt þeim forsendum sem lagðar voru til grundvallar í forvalinu*

- 72 Stefndi hafnar því að stefnandi hafi átt hagstæðasta tilboðið í þeim flokkum sem hann bauð í. Þegar boð stefnanda hafi verið metin af matsnefnd forvalsins á grundvelli viðmiða sem sett voru í forvalsgögnum hafi tilboð stefnanda reynst lakari en annarra þátttakenda. Áætlanir stefnanda um sölu sem fram komu í tilboðunum hafi verið algerlega óraunhæfar miðað við þær upplýsingar og reynslu sem stefndi hafi aflað sér í tengslum við rekstur verslana á fríverslunarsvæðinu síðastliðin 17 ár, þ.m.t. í þeim vöruflokkum sem stefnandi bauð í. Tilboð stefnanda um veltugjald, sem byggðist á þeim söluáætlunum, hafi því verið metið sem yfirboð.
- 73 Á einkunnablaði, sem afhent hafi verið stefnanda þann 5. september 2014, komi fram hvaða einkunnir boð stefnanda fengu og hvernig þær einkunnir voru samanborið við önnur boð. Á skjalinu sé annars vegar einkunnargjöf fyrir tæknilegar tillögur og hins vegar einkunnargjöf fyrir fjárhagslegar tillögur. Einkunnargjöfin fyrir fjárhagslega hlutann endurspegli fyrst og fremst þá staðreynd að um yfirboð hafi verið að ræða af hálfu stefnanda. Hvað tæknilega hlutann varði, þá hafi tilboð annarra bjóðenda verið hagstæðari í þeim þáttum sem þar voru mældir. Þannig hafi

stefnandi hvorki hlotið hæstu einkunn fyrir tæknilegar tillögur né fyrir fjárhagslegar tillögur. Af þeim sökum geti stefnandi ekki hafa átt hagstæðasta tilboðið í leiguna samkvæmt forsendum forvalsins.

*Um skaðabótakröfu stefnanda*

- 74 Stefndi mótmælir skaða- og efndabótakröfum stefnanda sem ósönnuðum og órökstuddum. Hann mótmælir því að ákvæði 101. gr. laga nr. 84/2007 eða sjónarmið sem af ákvæðinu leiða, sem stefnandi styðji skaðabótakröfur sínar við, eigi við í málinu. Vísar stefndi þar um til fyrri umfjöllunar sinnar þar sem því er hafnað að ákvæði laga nr. 84/2007 eigi við um leigu á fasteignum.
- 75 Stefndi hafnar því einnig að skilyrðum almennu skaðabótareglunnar sé fullnægt, þ.e. að hann hafi valdið stefnanda tjóni með sagnæmum og ólögumætum hætti og að hið meinta tjón stefnanda sé sennileg afleiðing af háttsemi stefnda. Það sé stefnanda að sanna að öll skilyrði reglunnar séu uppfyllt, en það hafi hann ekki sýnt fram á.
- 76 Stefndi mótmælir því að stefndi hafi með einhverjum hætti vanefnt skyldur sínar gagnvart stefnanda þannig að það veiti honum rétt til efndabóta samkvæmt reglum samninga- og kröfuréttar. Skilyrði til efndabóta séu ekki uppfyllt í málinu, en sönnunarbyrði fyrir því hvíli á stefnanda, þ.e. að sanna að fyrir hendi sé bótgrundvöllur, að fyrir hendi sé tjón og hvert það er, að orsakasamband sé á milli meintra vanefnda stefnda og meints tjóns stefnanda, og að ætlað tjón stefnanda sé sennileg afleiðing af ætlaðri vanefnd stefnda.
- 77 Stefndi mótmælir varakröfu stefnanda um að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta vegna missis hagnaðar. Stefnandi hafi hvorki sýnt fram á að háttsemi stefnanda sé bótaskyld né hafi hann gert það líklegt að hann hafi orðið fyrir tjóni.
- 78 Stefnandi beri sönnunarbyrði fyrir því að hann hafi orðið fyrir fjárhagslegu tjóni af því að fá ekki að leigja verslunarrými af stefnda. Stefnandi beri einnig sönnunarbyrði fyrir því hvert tjónið sé, þ.e. fjárhæð þess. Stefnandi hafi hvorki sannað né gert líklegt að hann hafi orðið fyrir tjóni af því að fá ekki að leigja verslunarrými af stefnda.
- 79 Komist dómurinn að þeirri niðurstöðu að stefndi hafi bakað sér skaðabótaskyldu eða honum beri að greiða stefnanda efndabætur beri engu að síður að sýkna stefnda af aðal- og varakröfu stefnanda, enda hafi stefnandi hvorki sýnt fram á eða gert líklegt að hann hafi orðið fyrir tjóni, né hvert tjón hans sé.

80 Í greinargerð stefnda er vikið að útreikningum og sundurliðun dómkrafna stefnanda, en vegna skiptingar sakarefnisins er ekki þörf á að rekja þær málsástæður hér. Þá var þar skorað á stefnanda að leggja fram öll gögn og upplýsingar sem hann lagði fram í tengslum við forvalið, einkum viðskiptaáætlun sem stefnandi skyldi afhenda á seinna stigi forvalsins. Varð stefnandi við þeirri áskorun.

### **Niðurstaða**

81 Stefnandi hefur höfðað mál þetta til að fá ætlað fjártjón sitt bætt. Tjónið segir hann til komið vegna þess að stefndi hafi með óréttmætum hætti litið fram hjá tilboði hans í forvali vegna útleigu á verslunar- og veitingasvæði í norðurhluta Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar árið 2014. Byggir stefnandi meðal annars á því að hann hafi átt hagkvæmasta tilboðið í þeim vöruflokkum sem boð hans tók til og að stefnda hafi borið að taka því tilboði. Það hafi stefndi ekki gert, né heldur rökstutt með fullnægjandi hætti hvers vegna það hafi ekki verið gert. Stefndi hafi þannig komið í veg fyrir að stefnandi hlyti takmörkuð gæði sem hann hafi átt réttmætt tilkall til og svipt hann þeim hagnaði sem hann hefði haft ef til þess hefði ekki komið. Á því beri stefndi ábyrgð, svo og á ætluðu tjóni stefnanda vegna þessa.

82 Skaðabótakröfu sína byggir stefnandi á almennu skaðabótareglunni en stefndi beri ábyrgð vinnuveitanda á skaðaverkum starfsmanna sinna samkvæmt reglu skaðabótaréttarins um vinnuveitandaábyrgð. Grundvöllur bótaábyrgðar er í báðum tilvikum sök og ólögmæti, en auk þess þarf að vera orsakasamband á milli sakar viðkomandi og tjóns tjónþola. Tjónið þarf auk þess að vera sennileg afleiðing af hinni saknæmu háttsemi. Loks vísar stefnandi til meginreglna samninga- og kröfuréttar um efnabætur.

83 Í þessum þætti málsins er fyrst og fremst til skoðunar, eins og áður segir, hvort stefndi eða starfsmenn hans hafi viðhaft saknæma og ólögmæta háttsemi í fyrrnefndu forvali stefnda, þ.á m. við meðferð á tilboði stefnanda.

### **1**

84 Stefnandi byggir mál sitt á því að stefndi hafi brotið gegn ákvæðum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og meginreglum stjórnarsýsluréttar við meðhöndlun á tilboði hans í forvalinu 2014. Þannig hafi hann ekki fengið að njóta andmælaréttar, rannsóknarregla stjórnarsýsluréttar hafi verið brotin, sem og lögmætisreglan, auk þess

sem stefndi hafi ekki veitt fullnægjandi rökstuðning fyrir afgreiðslu sinni á tilboði stefnanda.

- 85 Stjórnsýslulögin taka til tilvika er stjórnvöld, ríki og sveitarfélög, taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna, sbr. 1. og 2. mgr. 1. gr. þeirra laga. Ákvæði II. kafla laganna um sérstakt hæfi eiga sömuleiðis við um einkaréttarlega gerninga stjórnvalda, sbr. 3. mgr. sömu greinar. Að öðru leyti er ekki talið að stjórnsýslulögin eigi við um einkaréttarlega löggerninga stjórnvalda.
- 86 Stefndi er opinbert hlutafélag, sem varð til við ákvörðun innanríkisráðherra um samruna opinberu hlutafélaganna Flugstoða ohf. og Keflavíkurflugvallar ohf. í nýtt opinbert hlutfélag, stefnda, á grundvelli heimildar í 1. gr. laga nr. 153/2009 um samruna opinberu hlutafélaganna Flugstoða og Keflavíkurflugvallar. Tók stefndi yfir rekstur Keflavíkurflugvallar, eignir og skuldir þann 1. maí 2010.
- 87 Almennt er talið að ákvæði stjórnsýslulaga eða meginreglur stjórnsýsluréttarins taki ekki til opinberra hlutafélaga, nema annað sé skýrlega tekið fram í viðkomandi sérlögum eða það leiði af eðli máls. Svo er ekki í þessu máli. Leiðir það meðal annars af því að tilgangurinn með stofnun slíkra félaga er meðal annars, og kannski fyrst og fremst, sá að takmarka áhættu opinberra aðila og skapa eðlileg samkeppnisskilyrði þar sem opinber hlutafélög treysta á eigin rekstur. Fær þetta meðal annars stoð í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi til laga sem síðar varð að lögum nr. 90/2006 og breyttu þágildandi lögum um hlutafélög nr. 2/1995.
- 88 Af hálfu stefnda er byggt á því að stefndi sé sjálfstæður aðili, sem fjármagni rekstur sinn með eigin fé og lánsfé. Af samþykktum stefnda má ráða að skráð hlutafé félagsins er ríflega [...] króna, sbr. grein 3.1, og að eitt atkvæði fylgi hlut ríkisins, sbr. grein 3.2. Fjármála- og efnahagsráðherra fer með hlut íslenska ríkisins í félaginu, sbr. grein 3.3. Hluthafi ber ekki ábyrgð á skuldbindingum félagsins fram yfir hlut sinn í félaginu, sbr. grein 6.1. Æðsta vald félagsins er í höndum lögsmæts hluthafafundar samkvæmt grein 7.1. Aðalfundur kýs félaginu stjórn samkvæmt c-lið greinar 8.4, sem svo stýrir félaginu á milli hluthafafunda, sbr. grein 9.2. Stjórn félagsins ræður framkvæmdastjóra þess, sbr. grein 10.2 í samþykktum félagsins.
- 89 Af framangreindu má glögglega ráða að stjórnfyrirkomulag stefnda, fjármögnun og ábyrgð hluthafa er í samræmi við það sem almennt tíðkast um hlutafélög og að sama skapi ólíkt því sem tíðkast um stofnanir ríkisins. Lög nr. 2/1995 um hlutafélög (þ.m.t. opinber hlutafélög) gilda sömuleiðis um stefnda. Að því virtu verður ekki

séð að ákvæði stjórnslulaga eða meginreglur stjórnsluréttar hafi átt við um forval stefnda 2014, þar sem stefndi kom í forvalinu fram sem opinbert hlutafélag en ekki sem stjórnvald, og þar sem ekki var um stjórnsluákvörðun að ræða, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 37/1993, heldur einkaréttarlegan gerning stefnda sem opinbers hlutafélags.

- 90 Verður með vísan til þess sem að framan er rakið ekki fallist á það með stefnanda að stefndi hafi með afgreiðslu sinni á tilboði stefnanda gerst brotlegur við ákvæði stjórnslulaga eða tilgreindar meginreglur stjórnsluréttarins.
- 91 Má einnig í þessu samhengi og til hliðsjónar vitna til dóms Hæstaréttar frá 22. desember 2014 í máli nr. 326/2014, þar sem staðfest var sú niðurstaða héraðsdóms að stefnda hefði ekki borið að fylgja ákvæðum stjórnslulaga eða öðrum almennum reglum stjórnsluréttar við uppsögn ráðningarsamnings við starfsmann stefnda. Verður að telja að hið sama eigi við hér, að breyttu breytanda (l. mutatis mutandis). Þá má einnig til hliðsjónar vitna til dóms Hæstaréttar frá 5. febrúar 2015 í máli nr. 397/2014, þar sem byggt er á svipuðum sjónarmiðum og í máli nr. 326/2014.

2

- 92 Stefnandi byggir mál sitt á því að meðhöndlun stefnda á tilboði stefnanda í forvalinu 2014 hafi brotið í bága við ákvæði þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Hefur hann meðal annars vísað til ákvæða 38. gr., 45. gr., 53. gr., 71. gr., 2. mgr. 72. gr., 73. gr., 75. gr. og 101. gr. þeirra laga í þessu samhengi. Samkvæmt 1. mgr. 4. gr. laganna giltu þau um skriflega samninga um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur samkvæmt 3. gr. laganna gerðu við eitt eða fleiri fyrirtæki og hefðu að markmiði framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu í skilningi laganna.
- 93 Stefnandi kærði, sem fyrr segir, forval stefnda 2014 til kærunefndar útboðsmála með kæru mótttekinni af nefndinni 29. ágúst 2014. Með úrskurði kærunefndarinnar frá 8. desember 2014 í máli nr. 14/2014 var kæru stefnanda vísað frá kærunefndinni á þeim forsendum að ekki yrði séð að efni fyrirhugaðs samnings hefði verið það að stefndi þessa máls innti af hendi fjárhagslegt endurgjald í skiptum fyrir verðmæti. Lægi þannig fyrir að stefndi hefði í reynd komið fram sem leigusali en ekki kaupandi verks, vöru eða þjónustu í skilningi 1. mgr. 4. gr. laga nr. 84/2007. Þar sem

kærunefndin fjallaði einungis um ætluð brot gegn nefndum lögum og reglum settum samkvæmt þeim væri óhjákvæmilegt að vísa kærinni í heild sinni frá nefndinni.

- 94 Við munnlegan flutning málsins hér fyrir dóminum var því haldið fram af hálfu stefnanda að sá samningur sem stefnt var að með forvalinu 2014 væri sérleyfissamningur um þjónustu, sbr. 22. tölulið 2. gr. laga nr. 84/2007. Ekki verður séð að þeirrar málsástæðu hafi verið getið í stefnu eða framhaldsstefnu. Verður þessi málsástæða þegar af þeirri ástæðu ekki tekin til greina og dómur ekki á henni byggður, sbr. 5. mgr. 101. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Þess utan getur dómurinn ekki fallist á að sá samningur sem hér um ræðir geti talist sérleyfissamningur um þjónustu, eins og slíkur samningur er skilgreindur í 22. tölulið 2. gr. laga nr. 84/2007. Því til viðbótar er sérstaklega á því tekið í a-lið 6. gr. laganna að löggin taki ekki til þjónustusamninga er varði kaup eða leigu, gegn hvers konar fjárhagslegu endurgjaldi, á byggingum sem þegar hafa verið reistar eða öðrum fasteignum eða réttindum yfir þeim. Loks segir í 11. gr. sömu laga að löggin gildi ekki um sérleyfissamninga um þjónustu að undanskilinni 14. gr. laganna, þar sem segir að gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup og óheimilt sé að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða af öðrum sambærilegum ástæðum.
- 95 Stefndi byggir mál sitt á því að hann eigi í skjóli eignarréttar síns að Flugstöð Leifs Eiríkssonar fullan rétt á að ráða því hvernig fasteignin er nýtt, þ.á m. taka ákvörðun um það með einkaréttarlegum gerningi hvernig og með hvaða hætti hann leigi út verslunarrými í fasteign sinni, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar frá 29. apríl 2004 í máli nr. 465/2003. Af 2. mgr. 4. gr. laga nr. 76/2008, sbr. 4. gr. laga nr. 153/2009, leiði sömuleiðis að stefndi hafi skýra heimild til að gera hvers konar samninga við aðra aðila til að ná tilgangi sínum á sem hagkvæmastan hátt. Útleiga á nefndri fasteign með einkaréttarlegum gerningi sé þannig liður í því að auka tekjur stefnda í samræmi við lögbundið hlutverk hans. Stefndi hefur á móti vísað til þess að með samningnum hafi stefndi úthlutað takmörkuðum gæðum, sem bjóðist ekki öllum, en verslunarsvæði í Flugstöð Leifs Eiríkssonar sé afar verðmætt og ekki í boði fyrir alla.
- 96 Samningur, sem gerður var við þann sem fyrir valinu varð hjá stefnda í þeim flokkum sem tilboð stefnanda laut að, SR-6 og SR-8, liggur frammi í máli þessu. Drög að samningi lágu auk þess frammi í forvalsgögnum stefnda á sínum tíma. Hugtakanotkun í þeim samningi er ekki að öllu leyti í samræmi við hefðbundna

hugtakanotkun í leigusamningum, þar sem meðal annars er vísað til stefnda sem „leyfisveitanda“ (e. License Provider) og viðkomandi aðila sem „leyfishafa“ (e. License Holder), auk þess sem meðal annars er vísað til „rekstrarleyfishafa“ (e. Operating License Holder). Þá var í forvalsgögnum vísað til þess að aðilar skyldu gera sérstaka grein fyrir því í tilboðum sínum hvernig þeir hygðust greiða fyrir „rekstrarleyfi í brottfararsal“ (e. Operating licence in the departure lounge). Í opinberri auglýsingu vegna forvalsins var sömuleiðis vísað til þess að þáverandi „rekstrarleyfissamningar“ myndu renna út í lok árs 2014 o.s.frv. Á hinn bóginn eru aðrir þættir samningsins, sem gerður var við þann sem valinn var í þeim flokkum sem stefnandi gerði tilboð í, áþekkir því sem almennt tíðkast í leigusamningum, auk þess sem sérstaklega er vísað í ákvæði húsaleigulaga nr. 36/1994 (e. The Rent Act No 36/1994) í grein 4.5.1 í samningnum.

- 97 Þótt hugtakanotkun í aðdraganda forvalsins, í forvalsgögnum og jafnvel í þeim samningi sem gerður var við þann aðila sem valinn var sem viðsemjandi stefnda í forvalinu 2014 hafi að sumu leyti verið misvísandi og jafnvel villandi, sbr. það sem rakið var hér að framan, og þar með óheppileg, þá er það eigi að síður mat dómsins að stefndi hafi í forvalinu í reynd komið fram sem leigusali. Tilgangur stefnda hafi verið sá að ráðstafa leigurými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar, í tilviki stefnanda undir sölu útivistarfatnaðar (e. Outerwear) og minjagripa (e. Souvenirs).
- 98 Að því virtu verður að fallast á það með stefnda að í reynd hafi verið um að ræða leigusamning um hluta Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar, en ekki kaup verks, vöru eða þjónustu í skilningi 1. mgr. 4. gr. laga nr. 84/2007. Verður því þegar af þeirri ástæðu ekki séð að ákvæði þeirra laga hafi átt við um forval stefnda 2014, hvorki beint né óbeint, eins og stefnandi hefur haldið fram. Tekur dómurinn því efnislega undir niðurstöðu kærunefndar útboðsmála í framangreindu máli.
- 99 Dómurinn fellst sömuleiðis á það með stefnda að hann hafi í forvalinu 2014 komið fram sem eigandi Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar og unnið í samræmi við tilgang sinn, eins og hann er skilgreindur í 4. gr. laga nr. 153/2009 og grein 2.1 í samþykktum félagsins, með það að markmiði að ná tilgangi sínum á sem hagkvæmastan hátt.

- 100 Stefnandi byggir mál sitt á því að meðhöndlun stefnda á tilboði stefnanda í forvalinu 2014 hafi brotið í bága við ákvæði laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða.

Samkvæmt 1. gr. þeirra laga gilda lögin þegar útboði er beitt til þess að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu. Kaupandi er samkvæmt 2. gr. laganna sá sem er kaupandi verks, vöru eða þjónustu sem boðin er út.

101 Eins og áður segir kom stefndi, að mati dómsins, í reynd fram sem leigusali en ekki kaupandi verks, vöru eða þjónustu í forvalinu 2014. Er þegar af þeirri ástæðu ekki hægt að fallast á þá málsástæðu stefnanda að stefndi hafi gerst brotlegur við ákvæði laga nr. 65/1993, hvorki beint né óbeint, enda verður ekki séð að markmið forvals stefnda hafi verið að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu í skilningi 1. gr. laga nr. 65/1993. Lögin áttu þar af leiðandi ekki við um forval stefnda.

102 Með sömu rökum verður ekki séð að ólögfestar meginreglur útboðsréttar eða ólögfestar reglur um opinber innkaup hafi átt við um forvalið, eins og stefnandi hefur haldið fram. Þá verður að hafna þeirri málsástæðu stefnanda að sú aðferð sem stefndi kaus að viðhafa við val á leigutaka, þ.e. forvalsferlið, geti á einhvern hátt rýmkað gildissvið þessara réttarreglna, skráðra eða óskráðra, þannig að þær taki til útleigu á fasteignum.

4

103 Forval stefnda var auglýst opinberlega og gátu því allir sem vildu sent inn tilboð. Stefndi útbjó sömuleiðis ítarleg forvalsgögn, sem aðeins þeir fengu aðgang að sem uppfylltu ákveðin lágmarksskilyrði, þar sem forvalsferlinu var lýst, kröfur til þátttakenda voru skýrðar, sem og þau viðmið sem mat tilboða á hverju stigi forvalsins yrði byggt á. Samhliða opnaði stefndi samskiptarás við mögulega bjóðendur í forvalinu, þar sem þeir gátu spurt spurninga, þ.á m. varðandi forvalsgögnin. Spurningar og svör voru í framhaldi af því birt fyrir öllum þátttakendum í forvalinu þannig að allir sætu við sama borð varðandi aðgang að upplýsingum.

104 Af framburði nefndarmanna valnefndar stefnda fyrir dómi má ráða að mikil áhersla hafi verið lögð á að fyllsta jafnræðis og gagnsæis yrði gætt. Kom meðal annars fram að engin samskipti hefðu átt sér stað á milli nefndarmanna valnefndarinnar og bjóðenda utan þau samskipti sem nefnd voru hér að framan varðandi fyrirspurnir

þátttakenda og svör við þeim. Dótturfélög stefnda hafi sömuleiðis setið við sama borð og aðrir bjóðendur.

105 Þótt virða beri framburð nefndarmanna valnefndar stefnda í ljósi starfa þeirra í þágu stefnda, er ekkert fram komið sem bendir til annars en að lýsing þeirra á ferlinu sé réttmæt. Í framburði valnefndarmanna fyrir dómi kom fram að þeim hefðu engin frekari fyrirsmæli verið gefin varðandi einkunnagjöf tilboða en þau viðmið sem fram komu í forvalsgögnum. Hver nefndarmaður hafi farið sjálfstætt yfir tæknilegan hluta tilboða bjóðenda og gefið sína einkunn, en nefndin í sameiningu farið yfir og gefið einkunn varðandi fjárhagslegan hluta tilboða þátttakenda. Ekki hafi verið litið til annarra gagna eða upplýsinga en þeirra sem bjóðendur hefðu sjálfir lagt fram með tilboðum sínum og fylgigögnum. Þar sem ekkert er fram komið sem hnekkir þessum framburði þá verður hann lagður til grundvallar dómi í málinu.

## 5

106 Tilboðsferlið í forvalinu skiptist sem fyrr segir í tvo hluta, annars vegar það sem nefnt var í forvalsgögnum Request for Qualification (RFQ) og hins vegar það sem nefnt var Request for Proposal (RFP). Einungis þeim sem þóttu uppfylla skilyrði fyrri hlutans var heimilt að skila inn tilboðum í síðari hlutann. Í þeim hluta (RFP) var aðilum ætlað að skila ítarlegri viðskiptaáætlun (e. Business Plan) þar sem nánar skyldi tilgreint hvernig aðilar ætluðu að ná þeim markmiðum sem stefnt væri að. Skyldi viðskiptaáætlunin skiptast í tvennt, annars vegar í tæknilegan hluta (e. Technical Proposal) og hins vegar í fjárhagslegan hluta (e. Financial Proposal). Hvorum hluta um sig var lýst nánar í forvalsgögnunum.

107 Forvalsgögn stefnda höfðu einnig að geyma rauntölur yfir sölu árána 2011–2013 í þeim flokkum sem stefnandi bauð í, SR-6 og SR-8, og áætlaða sölu ársins 2014. Eins höfðu forvalsgögnin að geyma tölulegar upplýsingar um fjölda brottfararfarþega í Flugstöð Leifs Eiríkssonar árin 2004–2013, en umrætt svæði er í brottfararsal flugstöðvarinnar, auk áætlana um farþegafjölda 2014–2021.

108 Matsforsendum stefnda var lýst í 8. kafla forvalsgagnanna. Þar kom meðal annars fram að tæknilegu tilboði yrði gefin einkunn á grundvelli ákveðinna forsendna sem lýst var nánar í gögnunum, sbr. töflu nr. 8, sem birt er hér að framan í kafla um helstu málsástæður stefnanda. Hafði hver og einn liður 20% vægi í heildareinkunn fyrir tæknilegan hluta tilboðsins. Hlyti tæknilegt tilboð 60% eða hærra í einkunn úr fyrri

hlutanum var fjárhagslegt tilboð viðkomandi opnað og metið á grundvelli tiltekinna forsendna, sem sömuleiðis var lýst nánar í forvalsgögnunum, sbr. töflu nr. 9, sem einnig er birt í heild sinni í kafla hér að framan um helstu málsástæður stefnanda. Næði tæknilegt tilboð hins vegar ekki þeim mörkum var fjárhagslegt tilboð viðkomandi ekki opnað.

- 109 Samkvæmt forvalsgögnum skyldi við mat á fjárhagslegum hluta tilboðs lagt mat á það hvort upplýsingar um fjögurra ára rekstraráætlun fyrir smásöluverslun, hlutfall af sölutekjum sem þátttakandinn væri reiðubúinn að greiða stefnda í leigu og fjárhæð lágmarksgreiðslu fyrir aðstöðuna væru raunhæfar miðað við þær forsendur sem settar voru fram í tæknilegum hluta forvalsins. Fjárhagsáætlun þátttakenda hafði 40% vægi í heildareinkunn í þessum hluta forvalsins, prósentu af sölutekjum hafði sömuleiðis 40% vægi, tillaga um árlega lágmarksgreiðslu hafði 10% vægi og kostnaður vegna fjárfestingar 10% vægi samkvæmt forvalsgögnum, þ.á m. hvort áætlunin þætti raunhæf miðað við söluáætlanir viðkomandi bjóðanda og tilboð hans að öðru leyti. Heildarniðurstaða um tæknilegt tilboð og fjárhagslegt tilboð hvers og eins bjóðanda réð svo lokaekinn viðkomandi og hvar hann raðaðist í röð innkominna tilboða í viðkomandi flokki.
- 110 Stefnandi skilaði sem fyrr segir hinn 24. júní 2014 inn tilboðum í tvo flokka, annars vegar í flokki SR-6, sem varðaði útivistarfatnað, og hins vegar í flokki SR-8, sem varðaði minjagrip. Skilaði stefnandi tilboðum í hvorn flokk fyrir sig, svo og sameiginlega í báða flokkana. Veltutengd leiga samkvæmt tilboði stefnanda nam 24% af áætlaðri veltu miðað tvær aðskildar verslanir en 26% af áætlaðri veltu miðað við sameiginlega verslun, þar sem báðir vörflokkar væru seldir, sbr. viðauka 4 (e. Appendix 4) við fjárhaglegan hluta tilboðs stefnanda. Auk þess bauð stefnandi 70% af veltutengdri leigu í lágmarksleigu. Til samanburðar, þá bauð sá sem fyrir valinu varð 19% af áætlaðri veltu í veltutengda leigu og 85% af veltutengdri leigu í lágmarksgreiðslu.
- 111 Fjárhagsáætlun stefnanda gerði að öðru leyti ráð fyrir umtalsverðri aukningu á veltu í báðum þeim flokkum sem stefndi bauð í, eins og síðar verður komið að. Þá veltuaukningu hefur stefnandi síðar skýrt þannig að henni hefði átt að ná með stækkun verslunar, dreifðara vöruúrvali og auknu verðbili, þar sem höfðað yrði til fleiri viðskiptavina en áður hefði verið gert og loks vegna fjölgunar farþega í flugstöðinni. Þá vísaði stefnandi sérstaklega til þess í tæknilegu tilboði sínu að

framlegð hans af einstökum vörum væri mikil, auk þess sem rekstrarhagræði hlytist af því að selja útvistarfatnað og minjagrip í einni og sömu versluninni.

- 112 Fram kom við skýrslutökur af þeim einstaklingum sem sátu í valnefnd stefnda vegna forvalsins 2014 að allir bjóðendur sem buðu í ákveðna flokka í forvalinu hefðu setið við sama borð, þ.á m. dótturfélög stefnda. Öll tilboðin hefðu verið meðhöndluð með sama hætti og metin af sömu einstaklingum, á sömu forsendum og á sama tíma. Innkomnum tilboðum hefðu verið gefnar einkunnir frá 0 og upp í 10 í samræmi við þá forskrift sem lýst var í lið 8 í forvalsgögnunum, og rakin var hér að framan.
- 113 Í gögnum málsins kemur fram að meðaleinkunn stefnanda í tæknilegum hluta forvalsins hafi verið 6,6. Samkvæmt gögnunum raðaðist stefnandi í þriðja sæti af þremur í flokki SR-6 útvistarfatnaði, í þriðja sæti af fimm í flokki SR-8 minjagripum, og í öðru sæti af tveimur í samanlögðum flokki beggja þessara flokka.
- 114 Gögn málsins bera með sér að tilboð stefnanda hafi hlotið 3,5 í einkunn fyrir fjárhagslegan hluta tilboðsins og að tilboðið hafi lent í þriðja sæti af þremur í flokki útvistarfatnaðar (SR-6), fimmta sæti af fimm í flokki minjagripa (SR-8) og í öðru sæti af tveimur í sameiginlegum flokki beggja flokka. Greindu valnefndarmenn frá því að lága einkunn stefnanda hefði mátt skýra með því að áætlaðar sölutölur hans hefðu verið metnar óraunhæfar, þar sem gert hefði verið ráð fyrir umtalsverðri aukningu sölu frá því sem verið hafði fram að því, auk þess sem söluaukningin fengi ekki viðhlítandi stoð í tæknilegum hluta tilboðs stefnanda. Þannig hefði ekki verið ljóst hvernig stefnandi ætlaði að ná fram aukinni veltu samanborið við þá veltu sem náðst hefði í viðkomandi flokkum í flugstöðinni fram að því.

6

- 115 Með dómi Landsréttar frá 13. nóvember 2020 í máli nr. 274/2019 var fyrri dómur sem fyrr segir ómerktur, meðal annars á þeim forsendum að í málinu reyni „meðal annars á það álitaefni hversu hagstætt tilboð [stefnanda] hafi verið og hvort matsnefndin hafi með málefnalegum hætti komist að þeirri niðurstöðu að samkvæmt skilmálum forvalsins hafi tilboðið verið óraunhæft“. Þá er vísað til forsendna hins ómerkta dóms og framburðar matsnefndarmanna fyrir héraðsdómi þar sem fram hafi komið að mat á tilboðum í forvalinu hefði stuðst við sérfræðipekkingu matsnefndarmanna og þær sérhæfðu valforsendur sem settar hefðu verið fram í 7. og 8. kafla seinni hluta forvalsgagnanna, sbr. það sem rakið var hér að framan.

Ennfremur kom fram í niðurstöðum Landsréttar að svo að unnt væri að „taka afstöðu til þess hvort fjárhagsáætlanir [stefnanda] séu raunhæfar miðað við tæknilega hluta forvalsins og forsendur sem að öðru leyti voru gefnar upp í forvalsgögnum þarf sérfræðipækkingu á sviði smásöluverslunar og gerð fjárhagsáætlana“.

116 Þótt dómurinn hafi eðli máls samkvæmt ekki undir höndum allar þær upplýsingar og gögn sem nefndarmenn valnefndar stefnda höfðu aðgang að, þ.á m. upplýsingar um önnur tilboð sem stefnda bárust í forvalinu 2014, sem ekki liggja frammi í máli þessu, telur dómurinn sér eigi að síður fært að leggja mat á þau atriði sem Landsréttur hefur falið honum að leggja mat á, byggt á þeim gögnum sem lögð hafa verið fyrir dóminn og framburði þeirra sem gáfu skýrslu við aðalmeðferð málsins.

117 Verkefni dómsins eru, samkvæmt framansögðu, annars vegar að meta hversu hagstætt tilboð stefnanda hafi verið og hvort matsnefndin hafi með málefnalegum hætti komist að þeirri niðurstöðu að samkvæmt skilmálum forvalsins hefði tilboðið verið óraunhæft og, hins vegar hvort fjárhagsáætlanir stefnanda hafi verið raunhæfar miðað við tæknilegan hluta forvalsins og forsendur sem að öðru leyti voru gefnar upp í forvalsgögnum. Þessir tveir þættir tengjast auðvitað náið innbyrðis, þar sem svar við síðari hlutanum veitir mikilvæga vísbendingu um og er að nokkru leyti forsenda fyrir svári við fyrri hlutanum. Verður því leyst úr þessum álitaefnum í einu lagi.

7

118 Stefnandi heldur því fram að hann hafi í senn átt hæsta og hagkvæmasta tilboðið í báðum þeim flokkum sem hann bauð í í forvalinu 2014, SR-6 og SR-8, svo og í sameiginlegum flokki beggja flokka. Þessu hafnar stefndi, sem telur að annar aðili hafi átt hagkvæmasta tilboðið í öllum þessum flokkum, óháð fjárhæðum í tilboði stefnanda. Stefnandi byggir mál sitt á því að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir þessari fullyrðingu sinni, en stefndi byggir á móti á því að stefnandi beri sönnunarbyrði fyrir því að skilyrði almennu skaðabótareglunnar og reglunnar um vinnuveitandaábyrgð séu uppfyllt eins og hér háttar til.

119 Það er niðurstaða dómsins að stefnandi beri sönnunarbyrði fyrir því að öll skilyrði sakarreglunnar til greiðslu skaðabóta séu uppfyllt, þar með skilyrðin um saknæmi og ólögmati. Ber stefnandi þannig sönnunarbyrði fyrir því að tilboð hans hafi verið hagstæðasta tilboðið og að gengið hafi verið fram hjá því með ómálefnalegum hætti. Eru engin efni til þess að snúa sönnunarbyrði við af þeim ástæðum sem stefnandi

heldur fram, þ.e. því að ákvörðun stefnda hafi ekki verið rökstudd um leið og hún var tilkynnt stefnanda. Ákvörðun stefnda var rökstudd þegar eftir því var leitað. Verður ekki annað séð en að stefndi hafi leitast við að veita stefnanda þær upplýsingar og skýringar á höfnun tilboðs hans sem kostur var á, m.t.t. til þess trúnaðar sem stefndi var bundinn við aðra bjóðendur um tilboð þeirra.

120 Þá verður ekki á það fallist að rökstuðningur stefnda hafi verið svo ófullnægjandi að það leiði af sér löglíkur fyrir því að ákvörðun hans hafi verið byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum, þannig að rétt sé að leggja sönnunarbyrði um annað á stefnda. Að sama skapi gefur það ekki tilefni til að snúa sönnunarbyrði við þótt matsviðmið sem kynnt voru í forvalsgögnum hafi verið matskennd að einhverju leyti, en það mátti stefnanda vera ljóst frá upphafi, enda er í forvalsgögnum 2. stigsins, köflum 7 og 8, gerð nokkuð ítarleg grein fyrir tilboðskröfum og matsforsendum á allmörgum blaðsíðum. Átti stefnandi auk þess kost á að beina fyrirspurnum um matsviðmiðin til valnefndar, teldi hann tilefni til þess.

121 Dómurinn fellst eigi heldur á það með stefnanda að málið hafi ekki verið nægilega upplýst er valnefnd stefnda ákvað við hvern skyldi samið í þeim flokkum sem stefnandi bauð í. Enn síður er hægt að fallast á að stefnandi hafi mátt búast við að fá fund með nefndarmönnum valnefndarinnar til að skýra tilboð sitt, áður en ákvörðun var tekin af hálfu nefndarinnar, enda var ekki gert ráð fyrir slíkum fundi samkvæmt forvalsgögnum. Ekki verður heldur séð að nokkuð hafi verið því til fyrirstöðu að stefnandi skýrði tilboð sitt skriflega og með fullnægjandi hætti í tilboðinu sjálfu, hvort heldur sem er í tæknilegum hluta þess eða fjárhagslegum, eins og til var ætlast samkvæmt forvalsgögnum stefnda.

122 Dómurinn getur eigi heldur fallist á að stefnandi hafi með réttu getað gert tilkall til þess, eða búist við því, að við hann yrði samið, nema því aðeins að hann ætti hagstæðasta tilboðið. Er í því samhengi tekið undir það með stefnda að „hagstæðasta“ boð þurfi ekki endilega að þýða boð um hæstu leigugreiðslurnar, án tillits til þess hvort boð byggist á raunhæfum forsendum.

123 Stefnandi styður staðhæfingu um að hann hafi átt hagstæðasta tilboðið öðrum þræði við matsgerðir dómkvadds matsmanns sem liggja fyrir í málinu og matsmaður staðfesti fyrir dómi. Þeirra matsgerða var aflað í því skyni að færa sönnur á fjárhagslegt tjón stefnanda og lutu matsspurningarnar að því hver hagnaður stefnanda hefði verið á tilteknu árabili af því að reka verslun í flugstöðinni. Fela þær

matsgerðir ekki í sér sönnun þess að fjárhagslegt boð stefnanda hafi verið hagstæðara en annarra bjóðenda, enda var það ekki tilgangurinn með öflun þeirra að sanna slíkt og matsspurningar lutu ekki að því.

8

- 124 Stefnandi hefur lagt fram útreikninga í málinu, þ.á m. eftir að framangreindur dómur Landsréttar lá fyrir, sem hann telur að renni stoðum undir ýmsar fullyrðingar sínar, sem meðal annars voru settar fram í munnlegum málf lutningi fyrir dóminum, og sýni meðal annars að mat valnefndar stefnda á tilboði stefnanda hafi verið rangt. Verður vikið að þessum fullyrðingum og gögnum eftir því sem ástæða þykir til og afstaða tekin til þeirra af hálfu dómsins, að því marki sem þörf er á.
- 125 Í málinu liggja frammi vinnublöð valnefndar stefnda varðandi fjárhagslegan hluta tilboðs stefnanda, þar sem áætlaðar veltutölur hans fyrir árin 2015–2018 eru meðal annars bornar saman við rauntölur í umræddum flokkum árin 2011–2013 og áætlun ársins 2014. Þess ber að geta að áætlaðar sölutölur stefnanda vegna áráanna 2015–2018 fela í sér 7 mánaða sölu þess árs sem tilgreint er og 5 mánaða sölu næsta árs á eftir. Sýnir þessi samanburður umtalsverða aukningu áætlaðrar sölu samkvæmt tilboði stefnanda, en sem fyrr getur taldi valnefnd stefnda að söluáætlun stefnanda væri óraunhæf, meðal annars þar sem hún fengi ekki viðhlítandi stoð í tæknilegum hluta tilboðsins.
- 126 Þá liggja frammi skorblöð valnefndarmanna vegna mats á tæknilegum hluta tilboðs stefnanda, sem sýna meðal annars einkunn hvers og eins valnefndarmanns fyrir einstaka þætti í tæknilegum hluta tilboðs stefnanda. Sem fyrr segir gáfu nefndarmenn valnefndar stefnda einkunn fyrir þann hluta tilboðs stefnanda, hver í sínu lagi og án þess að bera saman bækur sínar, en nokkurt svigrúm var til mats við afgreiðslu á þessum hluta tilboðs stefnanda.
- 127 Stefnandi hefur ekki að mati dómsins hnekkð þeim upplýsingum sem fram koma á vinnublöðum eða skorblöðum nefndarmanna í valnefnd stefnda, sem samrýmast framburði þeirra fyrir dómi. Verða þessi gögn því lögð til grundvallar dómi í málinu, ásamt öðrum gögnum málsins.
- 128 Nánari greining á einkunnagjöf nefndarmanna vegna tæknilegs hluta tilboðs stefnanda leiðir í ljós að einkunnir matsmanna fyrir liðina fimm spönnuðu frá 6,2 og

upp í 7,4 þegar horft er til meðaltals einkunnagjafar hjá hverjum matsmanni, eins og nánar má sjá af töflu að neðan.

[...]

Að mati dómsins virðist vera góð samfella í einkunnagjöfni og að nefndarmenn hafi í meginatriðum verið samstíga við mat á þeim þáttum sem metnir voru, jafnvel þótt þeir hafi gefið einkunn án samráðs við aðra nefndarmenn. Að mati dómsins styður það að einkunnagjöf valnefndarinnar hafi verið rökrétt og eðlileg hvað þennan hluta tilboðsins varðaði, að virtum þeim forsendum sem lágu til grundvallar í forvali stefnda.

129 Þótt miða beri sakarmat við þær upplýsingar sem starfsmenn stefnda og aðrir sem að forvalinu komu 2014 höfðu undir höndum eða máttu hafa undir höndum, þá er forvitnilegt að bera raunverulegar sölutölur 2015-2017, þ.e. veltutölur þess sem valinn var í þeim flokkum sem tilboð stefnanda laut að, SR-6 og SR-8, saman við áætlaða sölu stefnanda samkvæmt tilboði hans 2014.

130 Neðangreind tafla sýnir samanburð á, í fyrsta lagi (fremsti dálkurinn), (a) raunverulegri sölu á árunum 2011-2013 (sem birt var í forvalsgögnum og sjá má á vinnublöðum matsnefndar stefnda), (b) raunverulegri sölu árið 2014 (sem birt var í 3. viðbótarmatsgerð matsmannsins) og (c) raunverulegri sölu þess sem valinn var í flokki SR-6 útivistarfatnaður fyrir árin 2015-2017 (þær tölur er meðal annars að finna í 3. viðbótarmatsgerð matsmannsins), í öðru lagi (miðdálkurinn), áætlun ráðgjafa stefnda, CPI, varðandi sölu 2014-2018 (sem valnefnd stefnda studdist við samkvæmt vinnublöðum nefndarinnar), og í þriðja lagi (aftasti dálkurinn), áætlaðri sölu stefnanda samkvæmt rekstraráætlunum (sem fylgdu fjárhagslegum hluta tilboðs hans, sbr. og vinnublöð valnefndar stefnda) (allar tölur í milljónum króna).

[...]

\* Þess ber að geta að verslunarrýmið stækkaði á árinu 2015, en auk þess fóru tölur yfir fjölda farþega talsvert fram úr spá um þróun farþegafjölda brottfararfarþega samkvæmt forvalsgögnum. Bera tölur yfir raunsölu 2015-2017 þess merki.

\*\* Ályktanir stefnanda varðandi sölu 2013 byggðar á forvalsgögnum.

\*\*\* Þess ber að geta að áætlaðar sölutölur stefnanda vegna árunna 2015-2018 fela í sér 7 mánaða sölu þess árs sem tilgreint er og 5 mánaða sölu næsta árs á eftir. Samanburður í dálkum tvö og þrjú er hins vegar í samræmi við vinnublöð valnefndar stefnda.

- 131 Neðangreind tafla sýnir sambærilegan samanburð í flokki SR-8 minjagripum á sömu forsendum og lýst var hér að framan.

[...]

Þess ber að geta að verslunarrýmið stækkaði á árinu 2015, en auk þess fóru tölur yfir fjölda farþega talsvert fram úr spá um þróun farþegafjölda brottfararfarþega samkvæmt forvalsgögnum. Bera tölur yfir raunsölu 2015-2017 þess merki.

\*\* Ályktanir stefnanda varðandi sölu 2013 byggðar á forvalsgögnum.

\*\*\* Þess ber að geta að áætlaðar sölutölur stefnanda vegna árána 2015-2018 fela í sér 7 mánaða sölu þess árs sem tilgreint er og 5 mánaða sölu næsta árs á eftir. Samanburður í dálkum tvö og þrjú er hins vegar í samræmi við vinnublöð valnefndar stefnda.

- 132 Neðangreind tafla sýnir sambærilegan samanburð í sameinuðum flokki SR-6 og SR-8 á sömu forsendum og hér að framan.

[...]

\* Þess ber að geta að verslunarrýmið stækkaði á árinu 2015, en auk þess fóru tölur yfir fjölda farþega talsvert fram úr spá um þróun farþegafjölda brottfararfarþega samkvæmt forvalsgögnum. Bera tölur yfir raunsölu 2015-2017 þess merki.

\*\* Ályktanir stefnanda varðandi sölu 2013 byggðar á forvalsgögnum.

\*\*\* Þess ber að geta að áætlaðar sölutölur stefnanda vegna árána 2015-2018 fela í sér 7 mánaða sölu þess árs sem tilgreint er og 5 mánaða sölu næsta árs á eftir. Samanburður í dálkum tvö og þrjú er hins vegar í samræmi við vinnublöð valnefndar stefnda.

- 133 Framangreindur samanburður leiðir glögglega í ljós að jafnvel þó að þær forsendur sem lagt hafi verið upp með í forvalinu 2014, af hálfu stefnda, hafi reynst varkárar og raunveruleg sala árin 2015–2017 hafi skilað hærri tekjum en spár höfðu gert ráð fyrir árið 2014, einkum í flokki minjagripa, þá vantar enn mikið upp á að sala þess sem valinn var í framangreindum flokkum næði þeim fjárhæðum sem stefnandi áætlaði í tilboði sínu 2014. Söluáætlun stefnanda 2014 verður því ekki metin raunhæf á forsendum þess sem síðar gerðist, þ.e. á tímabilinu 2015–2018.

- 134 Af hálfu stefnanda var því haldið fram við munnlegan flutning málsins að vinnublöð og útreikningar valnefndar stefnda hefðu ekki tekið mið af spá um farþegafjölda, sem birt var í forvalsgögnum stefnda. Dómurinn getur ekki fallist á þessa fullyrðingu stefnanda, enda bera gögn málsins með sér að hún er beinlínis röng. Þannig má til að mynda ráða af vinnublöðum matsnefndar stefnda að nefndin hafi miðað við nákvæmlega sömu sölutölur fyrir hvern farþega (PAX) og reikna má út frá rauntölum 2013, áætlun 2014 og söluáætlunum stefnanda 2015–2019, að virtri spá um farþegafjölda samkvæmt forvalsgögnum.

135 Framangreint sést vel í neðangreindri töflu þar sem borin er saman annars vegar útreiknuð sala á hvern farþega (PAX) í hvorum flokki, SR-6 og SR-8, miðað við raunsölu og/eða áætlanir 2013–2019 miðað við farþegaspá eins og hún birtist í forvalsgögnum, og hins vegar sala á hvern farþega (PAX) samkvæmt vinnublöðum matsnefndar stefnda, sem frammi liggja í málinu (allar tölur taldar í krónum).

[...]

136 Af framangreindri töflu má einnig ráða, að stefnandi hugðist samkvæmt tilboði sínu selja hverjum farþega verulega meira og fyrir verulega hærrí fjárhæð en forveri hans hafði gert fram til 2014. Þannig hugðist stefnandi auka sölu á hvern farþega úr 207 krónum 2013 (raunsala) og [...] krónum 2014 (áætlun) í flokki SR-6 útivistarvörum í [...] krónur á hvern farþega 2015 (rekstraráætlun stefnanda) eða um 112% frá árinu 2014 til 2015, þ.e.  $([...]-1) = 1,12$  eða 112%. Í flokki SR-8 minjagripum ætlaði stefnandi að auka sölu úr [...] krónum á hvern farþega 2013 (raunsala) og [...] krónum 2014 (áætlun) í [...] krónur 2015 (rekstraráætlun stefnanda) eða um 92%, þ.e.  $([...]-1) = 0,92$  eða 92%.

137 Af gögnum málsins má aftur á móti ráða að sala á hvern farþega (PAX) hafi í raun minnkað við fjölgun farþega í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Þannig minnkaði sala í flokki SR-6 útivistarfatnaði úr 203 krónum á hvern farþega 2014 (áætlun) í [...] krónur 2015, [...] krónur 2016 og [...]krónur 2017 (allt tölur byggðar á raunsölu). Varðandi flokk SR-8 minjagripi þá jókst salan á hvern farþega úr [...] krónum á hvern farþega 2014 (áætlun) í [...] krónur 2015, en minnkaði eftir það í [...] krónur á hvern farþega 2016 og [...] krónur á hvern farþega 2017 (allt tölur byggðar á raunsölu).

138 Samdráttur í sölu á hvern farþega samfara fjölgun farþega í Flugstöð Leifs Eiríkssonar er að mati dómsins rökrétt þróun þegar haft er í huga að með fjölgun farþega og auknu annríki á flugvellingum lengist biðtími og flöskuhálsar myndast, einkum á álagstímum, svo sem við innritun, í vopnaleyti og í vegabréfaskoðun. Á sama hátt lengist afgreiðslutími á veitingastöðum og í verslunum. Afleiðingin er styttri tími fyrir farþega til að sinna verslun í flugstöðinni, sem eðli máls samkvæmt hlýtur að koma niður á sölu, þ.m.t. sölu á hvern farþega. Þannig er ólíklegt að línuleg fylgni haldist á milli aukinnar sölu og fjölgunar farþega. Þvert á móti er hættu á að

fjölgun farþega leiði á ákveðnum tíma til minni sölu á hvern farþega, líkt og gerðist í flugstöð stefnda, eins og að framan er rakið.

139 Því var einnig haldið fram af hálfu stefnanda við munnlegan flutning málsins fyrir dóminum að munur á tilboðum stefnanda og þess sem valinn var 2014 hafi í raun ekki verið jafn mikill og ætla mætti. Þannig hafi ekki munað nema 26,9% á efri mörkum og 11,3% á neðri mörkum þegar allt væri tekið inn í myndina. Máli sínu til stuðnings vitnaði lögmaður stefnanda til útreikninga sem KPMG hafði unnið fyrir stefnanda og lagðir voru fram í upphafi aðalmeðferðar. Útreikningarnir hafa að geyma samanburð á tilboði stefnanda annars vegar og hins vegar samningi stefnda við þann sem varð fyrir valinu í greint sinn.

140 Þessar tölur eru þannig fengnar, samkvæmt útreikningi KPMG, að áætlaðar sameiginlegar sölutölur í flokkunum SR-6 og SR-8 eru lagðar saman, bæði hjá stefnanda og þeim sem valinn var í forvalinu. Í tilfelli stefnanda nam þessi tala alls [...] milljónum en í tilfelli þess sem valin var [...] milljónum. Í útreikningum KPMG eru áætlaðar sölutölur stefnanda dregnar frá áætluðum sölutölum þess sem valinn var í forvalinu, en útkoman af því er  $-[\dots]$ , þ.e.  $[\dots] = -[\dots]$ . Loks er reiknað hversu stór hluti mismunurinn að ofan, þ.e.  $-[\dots]$ , er sem hlutfall af tilboði stefnanda, þ.e.  $[\dots] = -[\dots]$  eða -26,9%.

141 Dómurinn fellst ekki á að framangreind framsetning gefi endilega bestu mynd af þeim mun sem var á milli tilboða þessara aðila, enda var tilboð stefnanda til að mynda í raun 36,9% hærra en tilboð þess sem valinn var, þ.e.  $[\dots] - 1 = [\dots]$  eða 36,9%. Miðað við að báðir aðilar hefðu náð veltumarkmiðum sínum hefði greidd veltutengd leiga jafnframt verið 87,3% hærra samkvæmt tilboði stefnanda en samkvæmt tilboði þess sem valinn var. Er þá miðað við að stefndi hefði greitt [...] milljón krónu í veltutengda leigu, þ.e.  $[\dots] \times 26\% = [\dots]$  m veltutengd leiga, en sá er valinn var [...] milljónir króna, þ.e.  $[\dots] \times 19\% = [\dots]$  m veltutengd leiga. [...] milljón króna veltutengd leigu samkvæmt tilboði stefnanda er 87,3 % hærra en [...] milljón króna veltutengd leiga samkvæmt samningi þess sem valinn var, þ.e.  $[\dots] - 1 = [\dots]$  eða 87,3%.

142 Þá hefði tryggð árleg lágmarksleiga (e. Minimum Annual Guarantee (MAG)) einnig verið mun hærra hjá stefnanda en hjá þeim sem valinn var. Lágmarksleiga stefnanda hefði verið [...] milljónir króna, þ.e.  $[\dots] \text{ m} \times 70\% \times 26\% = [\dots]$  milljónir ([...] milljón sem námunduð er í [...] milljónir). Lágmarksleiga þess sem valinn var hefði á móti

verið [...]milljónir króna, þ.e. [...] m x 85% x 19% = [...] milljónir. [...] milljónir króna í lágmarksleigu í tilviki stefnanda er 53,8% hærra en [...] milljónir króna lágmarksleiga í tilviki þess sem valinn var í þeim flokkum sem tilboð stefnanda tók til, þ.e. [...] - 1 = 0,538 eða 53,8%.

- 143 Samkvæmt samningi viðsejanda stefnda í flokkum SR-6 og SR-8 hefði velta hans þar af leiðandi mátt lækka um 15% frá söluáætlun hans (miðað við 85% tryggða árlega lágmarksleigu (MAG)) áður en ákvæðið um tryggða árlega lágmarksleigu hefði virkjast. Í tilfalli stefnanda hefði velta hans hins vegar mátt lækka um 30% frá söluáætlun hans (miðað við 70% tryggða árlega lágmarksleigu (MAG)) áður en ákvæðið um tryggða lágmarksleigu hefði virkjast.
- 144 Notkun KPMG á hugtökum er einnig misvísandi að mati dómsins, þar sem KPMG notar í útreikningum sínum hugtökin efri og neðri mörk veltu. Engin sérstök efri mörk voru sett á söluáætlanir og svo kölluð neðri mörk eru ekki annað en þau viðmið sem að ofan hafa verið rakin, þ.e. hvenær tryggð lágmarksleiga virkjast í hvoru tilviki um sig, þ.e. við 85% af upp gefinni veltu í tilfalli þess sem valinn var og við 70% af söluáætlunum stefnanda.

9

- 145 Í ljósi þess sem rakið hefur verið hér að framan og að virtu öðru því sem fram hefur komið í málinu er viðbúið að mati dómsins að nefndarmönnum valnefndar stefnda hafi brugðið í brún við að sjá fjárhagslegt tilboð stefnanda. Gildir þá einu hvort um var að ræða tilboð hans í flokki SR-6 útivistarfatnaði, tilboð hans í flokki SR-8 minjagripum eða sameiginlegt tilboð hans í báðum þessara flokka.
- 146 Tilboð stefnanda gerði ekki aðeins ráð fyrir, í fyrsta lagi, verulega meiri veltu en tilboð þess sem valinn var og sölutölur árána 2011–2013 gáfu tilefni til að ætla að unnt væri að ná, að virtum áætlunum um fjölgun farþega samkvæmt forvalsgögnum, og í öðru lagi, verulega meiri sölu á hvern farþega (PAX) en tíðkast hafði fram að því, heldur ætlaði stefnandi einnig að borga umtalsvert hærri veltutengda leigu en sá er valinn var treysti sér til að greiða. Á sama hátt bauðst stefnandi til að ábyrgjast 98 milljónum króna hærri lágmarksleigu en sá er samninginn fékk.
- 147 Samkvæmt grein 8.2 í forvalsgögnum stefnda, þ.á m. töflu nr. 9 sem birt var hér að framan í kafla yfir helstu málsástæður stefnanda, bar valnefndinni að leggja mat á það hversu raunhæf söluáætlun stefnanda væri og hversu líklegt væri að hún næði

fram að ganga. Nefndinni bar einnig að leggja mat á það hvort söluáætlun stefnanda fengi nægilegan stuðning í tæknilegum hluta tilboðs hans.

- 148 Nefndarmenn valnefndar stefnda báru flestir fyrir dómi að ekkert í tæknilegum hluta tilboðs stefnanda hefði stutt það að veltutölur hans í fjárhagslegum hluta tilboðsins væru raunhæfar. Það hefði því í raun verið óútskýrt hvernig stefnandi hygðist ná söluáætlunum sínum. Þær hefðu þar af leiðandi verið metnar óraunhæfar. Það hafi svo aftur leitt til þess að einkunn stefnanda fyrir fjárhagslegan hluta tilboðs hans hafi verið 3,5 af 10 mögulegum.
- 149 Samkvæmt framansögðu er ekki aðeins rökrétt, að virtum þeim upplýsingum sem valnefndin hafði um fyrri sölu í þeim flokkum sem stefnandi bauð í og að teknu tilliti til þekkingar nefndarmanna og reynslu, að matsnefndin hefði efasemdir um að söluáætlanir stefnanda gætu staðist, heldur er einnig eðlilegt að mati dómsins að nefndarmenn valnefndarinnar hafi íhugað hvort stefnandi gæti staðið undir þeirri leigu sem hann hugðist greiða stefnanda, þ.m.t. lágmarksleigu, en jafnframt haft hagnað af starfsemi sinni í flugstöðinni yrði hann fyrir valinu.
- 150 Það er mat dómsins að ályktanir matsnefndar stefnda og skýringar nefndarmanna á því (a) að söluáætlun stefnanda samkvæmt tilboði hans í forvalinu 2014 væri óraunhæf og (b) að áætlunina skorti viðhlítandi stoð í tæknilegum hluta tilboðs hans séu í senn trúverðugar og málefnalegar. Með öðrum orðum þá fær dómurinn ekki séð að stefnandi hafi átt raunhæfan möguleika á að ná þeirri veltu sem hann stefndi að samkvæmt tilboði sínu, hvernig sem á það er litið, að virtum þeim aðgerðum sem hann hugðist grípa til í þeim tilgangi að örva sölu samkvæmt tæknilegum hluta tilboðs síns. Niðurstaða nefndarmanna valnefndar stefnda varð því réttilega sú, að mati dómsins, að áætlanir stefnanda væru óraunhæfar. Það leiddi til lágrar einkunnar fyrir fjárhagslegan hluta tilboðs stefnanda og um leið heildareinkunnar í samræmi við matsforsendur samkvæmt forvalsgögnum, sbr. það sem að framan var rakið.
- 151 Ekki verður heldur séð að valnefndin hafi, við mat á því hvort söluáætlanir stefnanda teldust raunhæfar, borið fyrir sig ómálefnaleg sjónarmið um gildi tilboðs eða hæfi bjóðanda. Þá hefur stefnandi ekki fært fyrir því viðhlítandi rök að verslun hans í Vík og fyrirhuguð verslun í flugstöðinni séu svo sambærilegir kostir í fjárhagslegu tilliti að það haggi framangreindri niðurstöðu um að mat valnefndar á söluáætlunum stefnanda hafi verið forsvaranlegt, enda um ólík markaðssvæði að ræða.

- 152 Með hliðsjón af öllu því sem rakið hefur verið hér að framan og að virtum gögnum málsins er ekki hægt að fallast á það með stefnanda að stefndi, eða nefndarmenn í valnefnd hans í forvalinu 2014, hafi sýnt af sér saknæma og ólögmeta háttsemi við meðhöndlun á tilboði stefnanda. Þvert á móti verður samkvæmt öllu framansögðu að telja að umgjörð forvalsins hafi verið vönduð, þar sem jafnræðis og gagnsæis hafi verið gætt í hvívetna, og að lögmet og málefnaleg sjónarmið hafi ráðið afgreiðslu stefnda á tilboði stefnanda og vali á því tilboði sem hagstæðast þótti.
- 153 Ber því að sýkna stefnda af kröfu stefnanda um viðurkenningu skaðabótaskyldu, enda er ekki fallist á að skilyrði skaðabótaskyldu hafi verið uppfyllt eins og hér háttar til. Þá verður eigi heldur séð að stefnandi geti átt rétt á bótum á grundvelli reglna samninga- eða kröfuréttar um efnabætur. Af þessari niðurstöðu leiðir, eðli máls samkvæmt, að fjárkröfur stefnanda munu ekki koma til frekari umfjöllunar fyrir dómi.
- 154 Eftir úrslitum málsins og að teknu tilliti til allra atvika málsins þykir rétt að málskostnaður falli niður og að hvor aðili um sig beri sinn kostnað af málinu, sbr. 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, þ. á m. þann kostnað sem þeir hafa haft af gagnaöflun.
- 155 Af hálfu stefnanda flutti málið Daníel Isebarn Ágústsson lögmaður.
- 156 Af hálfu stefnda flutti málið Hlynur Halldórsson lögmaður.
- 157 Jóhannes Rúnar Jóhannsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan sem dómsformaður, ásamt meðdómsmanninum Hólfríði Grímsdóttur héraðsdómara og Jóhanni Pétri Reyndal sem sérfróðum meðdómsmanni.

### **Dómsorð:**

Stefndi, Isavia ohf., er sýkn af öllum dómkröfum stefnanda, Drífu ehf., í máli þessu.

Málskostnaður fellur niður.

Jóhannes Rúnar Jóhannsson  
Hólfríður Grímsdóttir  
Jóhann Pétur Reyndal