

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 9. júlí 2019

Mál nr. E-3260/2017:

ÞG verktakar ehf.

Bjarki Þór Sveinsson

gegn

Cambridge Plaza Hotel Company ehf.,

Eva Bryndís Helgadóttir

og

Mannviti hf., til réttargæslu

Sigurður S. Júlíusson

Dómur

Mál þetta, sem var höfðað með stefnu birtri stefnda 12. október 2017 og réttargæslustefnda 8. desember 2017, var dómtekið að lokinni aðalmeðferð 29. maí 2019. Stefnandi er ÞG verktakar ehf., Lágmúla 7 í Reykjavík. Stefndi er Cambridge Plaza Hotel Company ehf., Bergþórugötu 55 í Reykjavík, og réttargæslustefndi er Mannvit hf., Urðarhvarfi 6 í Kópavogi.

Stefnandi krefst þess að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta úr hendi stefnda fyrir missi hagnaðar vegna þeirrar ákvörðunar stefnda hinn 18. maí 2017 að hafna tilboði hans í útboðsverkið „Austurbakki 2 – Reitur 5A 200-005 Burðarvirki – Apríl 2017“. Auk þessa krefst hann málskostnaðar úr hendi stefnda.

Stefndi krefst aðallega frávísunar málsins frá dómi en til vara að hann verði sýknaður af kröfum stefnanda og til þrautavara að kröfu stefnanda um efndabætur verði hafnað og í þess stað viðurkennt að bótaskylda stefnda takmarkist við vangildisbætur. Í öllum tilvikum krefst stefndi greiðslu málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Réttargæslustefndi krefst málskostnaðar, aðallega úr hendi stefnanda en til vara úr hendi stefnda.

Með úrskurði héraðsdóms 7. nóvember 2018 var frávísunarkröfu stefnda hafnað.

I.

Mál þetta á rót sína að rekja til útboðs á verkinu „Austurbakki 2 – Reitur 5A, 200-005 burðarvirki“ sem réttargæslustefndi hafði umsjón með fyrir hönd stefnda sem verkkaupa. Óskað var eftir tilboðum í verkið með útboðslýsingu og tilboðsbók 17. febrúar 2017. Óskað var eftir tveimur tilboðum með mismunandi lokadagsetningum,

tilgreind sem tilboð A og B í útboðslýsingunni, og tekið fram að frávíkstilboð væru heimil enda skiluðu bjóðendur einnig gildum tilboðum í allt verkið samkvæmt útboðslýsingu, þ.e. tilboðum A og B, eins og þeim væri lýst í útboðsgögnum. Tilboð bárust frá fjórum aðilum, þ.á.m. stefnanda og Ístaki. Stefndi ákvað hins vegar að hafna öllum tilboðum og efna á ný til lokaðs útboðs með breyttum útboðsgögnum þar sem einvörðungu var óskað tilboðs A. Í bréfi réttargæslustefnda 7. apríl 2017 þar sem tilkynnt var að öllum tilboðum hefði verið hafnað, kemur fram að ástæða þess hafi verið sú að þau hafi verið metin óaðgengileg fyrir verkkaupa, meðal annars með tilliti til tilboðsupphæða.

Þeim aðilum sem sem skiluðu gildu tilboði var með bréfi réttargæslustefnda 12. apríl 2017 boðið að taka þátt í nýju, lokuðu útboði. Í bréfinu er greint frá því að eftir skoðun og yfirferð á tilboðum hafi verið ákveðið að leita leiða til að einfalda verkið og leita hagræðingar í framkvæmd með það að leiðarljósi að ná fram lækkun á framkvæmdakostnaði og því lýst nánar hvaða breytingar hafi verið gerðar á útboðslýsingu frá fyrra útboði. Tekið var fram að fyrri útboðslýsing væri í fullu gildi að teknu tilliti til þessara breytinga. Óskað var eftir því að bjóðendur tækju mið af þeim breytingum sem fram kæmu í uppfærðri verklýsingu og að þeir skiluðu skýringarbréfi með tilboði sínu þar sem þeir tilgreindu þær breytingar sem þeir teldu mögulegt að gerðar yrðu á útboðsgögnum til enn frekari hagræðingar og kostnaðarlækkunar. Bent var sérstaklega á tiltekin atriði í verkframkvæmd sem gætu einfaldað vinnuaðferðir og lækkað framkvæmdakostnað. Þá var einnig tekið fram að teldu bjóðendur sig geta stýtt verktíma umfram lokadagsetningu verks, sem var 27. nóvember 2018, væri þess óskað að uppfærð lokadagsetning yrði tiltekin í skýringarbréfinu.

Frávíkstilboð voru einnig heimilud í síðara útboðinu en tekið fram í útboðslýsingu að ekki væri gerð krafa um að bjóðendur legðu jafnframt fram gilt tilboð í allt verkið eins og því væri lýst í útboðsgögnum.

Opnun tilboða í útboðsverkið fór fram á fundi 26. apríl 2017 að viðstöddum fulltrúum bjóðenda. Í fundargerð kemur fram að tilboð hafi borist frá þremur bjóðendum, stefnandi og annar bjóðandi hafi gert tilboð í allt verkið og er fjárhæð þeirra tilgreind. Fjárhæð tilboðs stefnanda var lægri, 2.417.727.689 krónur, en varðandi tilboðið frá hinum aðilanum er tekið fram að hann hafi einnig skilað frávíkstilboði, án þess að fjárhæðar þess tilboðs sé getið. Um tilboð Ístaks segir það eitt að um frávíkstilboð sé að ræða en fjárhæð þess er ekki tilgreind. Ekki er getið um lokadagsetningu verks samkvæmt tilboðunum. Engra athugasemda er getið í fundargerðinni, sem er undirrituð af fulltrúum bjóðenda, þar á meðal fulltrúa stefnanda.

Í tilkynningu réttargæslustefnda 18. maí 2017 um niðurstöðu útboðsins kom fram að gengið hefði verið til samninga við Ístak hf., sem hefði átt hagstæðasta tilboðið að mati verkkaupa. Þar er greint frá fjárhæð allra tilboða, þ.á.m. frávíkstilboðanna sem bárust frá Ístaki og þriðja bjóðandanum. Fram kom að frávíkstilboð Ístaks hf. hefði

verið að fjárhæð 2.425.719.739 krónur, eða tæpum 8 milljónum krónum hærra en tilboð stefnanda.

Fram kom í skýringum að baki ákvörðun stefnda að tilboð stefnanda hefði falið í sér ákveðin frávík til kostnaðarhækkunar og óhagræðis fyrir verkkaupa. Jafnframt segir að við mat á tilboðunum hafi verið borinn saman annars vegar mögulegur ávinningur verkkaupa af styttingu á framkvæmdatíma um einn mánuð, svo sem tilboð Ístaks fól í sér, og hins vegar mismunur á fjárhæðum tilboðs Ístaks og stefnanda að teknu tilliti til frávika.

Í tölvubréfi stefnanda 19. maí 2017 var skorað á stefnda að endurskoða þá ákvörðun að ganga til samninga við Ístak. Því erindi var hafnað með bréfi stefnda 24. maí 2017. Í bréfi stefnanda 12. júní 2017 var óskað eftir samningaviðræðum um uppgjör tjóns vegna hagnaðarmissis stefnanda af því að hafa ekki fengið verksamninginn sem hann hefði átt tilkall til á grundvelli útboðsins. Í bréfi stefnda 27. júní 2017 var bótaskyldu vegna málsins hafnað.

Við aðalmeðferð málsins gaf aðilaskýrslu Peter Lewis Kuhlmann, stjórnarformaður stefnda. Einnig gáfu skýrslu vitnin Karl Þráinsson, verkfræðingur og fyrrum ráðgjafi stefnda, Jóhannes Snorrason, sjálfstætt starfandi innkaupasérfræðingur, Steingrímur Birkir Björnsson, innkaupastjóri stefnanda og Birgir Þór Karlsson, yfirverkfræðingur stefnanda. Er framburður þeirra rakin í niðurstöðukafla dómsins að svo miklu leyti sem þörf er á.

II.

Stefnandi byggir á því að hann eigi rétt á efndabótum úr hendi stefnda þannig að hann verði eins settur og ef hann hefði fengið verksamning um verkið „Austurbakki 2 – reitur 5A – 200-005 Burðarvirki – Apríl 2017“ á grundvelli tilboðsins sem opnað var þann 26. apríl 2017, að fjárhæð 2.417.727.689 krónur. Stefndi sem verkkaupi hafi brotið gegn reglum útboðsréttar við val á verktaka og hafi hann með því bakað sér skaðabótaskyldu gagnvart stefnanda.

Með því að nýta sér útboðsferli til að leita eftir tilboðum í byggingu verkefnisins hafi stefndi undirgengist að fara eftir þeim almennu reglum sem gildi um útboð og framkvæmd þeirra. Í þeim felist meðal annars að stefndi hafi ekki haft frjálsar hendur við val tilboða, heldur hafi honum verið skylt að velja tilboð í samræmi við lögfestar og ólögfestar reglur útboðsréttar.

Sá bjóðandi sem bjóði hagkvæmast samkvæmt útboðsgögnum eigi rétt á að vera valinn til samningsgerðar á grundvelli meginreglna útboðsréttar og laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða. Bjóðandi öðlist sömuleiðis rétt til bóta vegna missis hagnaðar sé fram hjá honum gengið með ólögætum hætti.

Við framkvæmd útboða beri að opna samtímis öll tilboð sem borist hafa á þeim tíma og stað sem kveðið hafi verið á um í auglýsingu eða sérstakri tilkynningu, sbr. 6. gr. laga nr. 65/1993 og til hliðsjónar 63.–65. gr. laga nr. 120/2016 um opinber innkaup. Með þessu megi gæta jafnræðis og gagnsæis til að ná því grundvallarmarkmiði útboðsréttar að allir bjóðendur sitji við sama borð, m.a. hlíti sömu reglum og fái sömu upplýsingar. Allir bjóðendur eigi þess þá kost að geta fylgst með því hverjir hafi gert tilboð og hver lykilatriði tilboðanna hafi verið.

Stefnandi hafi átt lægsta tilboðið í verkframkvæmdina og staðfesti opunarfundargerð 26. apríl 2017 það. Tilboð sem ekki hafi verið lesin upp á fundinum geti ekki talist gild tilboð og hafi ekki átt að koma til álita við ákvörðun um val til samningsgerðar.

Í kafla 0.4.5 í útboðslýsingu um opnun tilboða hafi sérstaklega verið tekið fram að tilboðin í verkið yrðu opnuð í samræmi við ákvæði greinar 2.5 í ÍST 30:2012 og hafi staðallinn verið á meðal tilboðsgagna. Í kafla 2.5.2 í staðlinum komi m.a. fram að við opnun tilboða skuli birta nöfn bjóðenda, heildarupphæð tilboða, tilgreindan afhendingartíma, sé hann ekki sá sami í öllum tilboðum, og kostnaðaráætlun. Ekkert hafi verið lesið upp frá tilboði Ístaks hf. og þá ekki um breyttan afhendingartíma, eins og sérstaklega sé áskilið. Framkvæmd við opnun tilboða hafi því verið í andstöðu við ákvæði útboðslýsingarinnar.

Það felist í grunnreglum útboðsréttar að upplesin tilboð komi til skoðunar, önnur ekki. Engu breyti þar um þótt ekki hafi verið gerð athugasemd á opunarfundum við framkvæmdina, enda hafi bjóðendur mátt treysta því að stefndi hefði útilokað þau tilboð sem ekki hefðu verið opnuð. Auk þess sé það ekki í verkahring bjóðenda að ganga úr skugga um að gætt sé málsmeðferðarreglna á opunarfundum.

Stefnandi hafi átt lægsta og hagstæðasta tilboðið sem hafi borist í umþrættu útboði. Stefnda hafi því borið að semja við stefnanda um framkvæmdina. Þar sem stefndi hafi hafnað tilboði stefnanda með ólögmætum hætti beri honum að greiða stefnanda bætur sem svari þeim hagnaði sem stefnandi verði af.

Verði litið svo á að tilboð sem ekki hafi verið lesin upp á opunarfundum teljist gild tilboð hafi stefnandi eftir sem áður rétt til samningsgerðar og þar með rétt til bóta vegna hagnaðarmissis. Kaupanda sé skylt að taka hagstæðasta tilboði. Sé hagstæðasta tilboðið ekki það lægsta þurfi að liggja fyrir því málefnaleg rök og sé kaupanda skylt að rökstyðja þá niðurstöðu sína að taka því.

Stefnandi byggir á því að hann hafi átt hagstæðasta tilboðið samkvæmt orðalagi útboðslýsingarinnar, óháð því hvort Ístak hf. hafi gert gilt tilboð eða ekki. Orðalagið hafi ekki verið nægilega skýrt um að skemmri verktími hefði úrslitaáhrif við val á bjóðanda.

Nánar tiltekið hafi aðeins verið óskað eftir því í umræddu útboði að bjóðendur gerðu grein fyrir því ef þeir teldu sig geta skilað verkinu á skemmri tíma en áskilið hafi verið

í útboðsgögnum. Hins vegar hafi sérstaklega verið tekið fram að tilgangur með seinna, lokaða útboðinu vegna tilboðs A væri að lækka tilboðsfjárhæðir. Ekki hafi verið tilgreint sérstaklega í útboðslýsingunni að stytting um einn mánuð yrði verðmetin á allt að 8 milljónir króna. Bjóðendur hafi því ekki getað lesið út úr útboðslýsingu þær forsendur sem hafi á endanum verið notaðar við mat á hagkvæmni tilboðs.

Einu valforsendur útboðslýsingarinnar, umfram fjárhæðir, komi fram í lok kafla 0.4.6 sem sé svohljóðandi: „Verkkaupi áskilur sér rétt til að ákveða að loknu mati á mótteknum tilboðum að ganga til samninga við væntanlegan verktaka um verkið á grundvelli þess Tilboðs A eða Tilboðs B sem verkkaupi metur hagstæðast fyrir heildarverkefnið svo sem m.t.t. fjármagnskostnaðar og arðsemi heildarverkefnis.“

Með því að ákveða að taka ekki lágsta tilboðinu hafi stefndi brotið gegn þeirri meginreglu sem lög nr. 65/1993 byggja á að jafnræði skuli ríkja á milli þeirra sem bjóða í verk á grundvelli útboðs, sbr. einkum 16. gr. laganna. Þá sé áskilið í 14. gr. laganna að kaupandi verði að taka hagstæðasta tilboðinu. Í 2. mgr. 14. gr. laganna sé tekið fram að ef hagstæðasta tilboðinu er ekki tekið beri kaupanda að senda bjóðendum, sem áttu lægri tilboð, greinargerð með rökstuðningi fyrir valinu á tilboðinu eins fljótt og mögulegt er. Stefnanda hafi hins vegar ekki borist neinn rökstuðningur fyrir vali á tilboði.

Í 13. gr. laga nr. 65/1993 komi fram að kaupandi hafi í almennu útboði heimild til að taka hvaða tilboði sem er eða hafna þeim öllum. Þótt orðalag þessa ákvæðis beri með sér að kaupandi hafi frjálssar hendur við mat á tilboðum takmarkist svigrúm hans engu að síður af framangreindum sjónarmiðum um framkvæmd útboða. Í því felist meðal annars að við val á tilboði verði að byggja á forsendum sem tilboðsgjöfum megi vera ljósar í meginatriðum af útboðsgögnum og þeir hafi treyst á, sbr. 16. gr. laganna. Í máli þessu liggi fyrir að stefndi hafi tekið tilboði sem hafi verið tæpum 8 milljónum króna hærra en boð stefnanda, á þeim grundvelli að umrætt tilboð fæli í sér styttri verktíma. Þótt slíkt sjónarmið við val á tilboði gæti út af fyrir sig talist málefnalegt verði ekki fram hjá því litið að útboðslýsing hafi ekki gefið tilefni til að ætla að tímastytting ein og sér yrði metin til fjárhæða og enn síður hafi bjóðendur getað gert sér í hugarlund til hvaða fjárhæða slík tímastytting yrði metin. Verði því að telja að framganga stefnda við útboðið og val á verktaka hafi verið í andstöðu við þau megin sjónarmið um samskiptareglur og jafnræði milli bjóðenda sem lög nr. 65/1993 og meginreglur útboðsréttar byggja á.

Stefndi hafi lýst þeirri afstöðu að stefnandi væri hæfur til að taka að sér verkið með því að velja hann til þátttöku í lokaða útboðinu. Stefnandi hafi uppfyllt allar kröfur sem gerðar hafi verið til bjóðenda samkvæmt útboðslýsingunni. Með því að taka tilboði sem hafi numið hærri fjárhæð en tilboð stefnanda hafi stefndi staðfest að fjárhæð tilboðsins hafi ekki verið fyrirstaða.

Viðurkenningarkrafa stefnanda sé byggð á 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Stefnandi hafi orðið fyrir tjóni í formi missis hagnaðar með því að fá ekki þann verksamning sem hann hafi átt rétt til, um 2,4 milljarða króna verk.

III.

Stefndi byggir kröfu um sýknu á því að rétt hafi verið staðið að framkvæmd útboði á verkinu „Austurbakki 2 – reitur 5a – 200-005 Burðarvirki – Apríl 2017“ og að stefnandi hafi ekki sýnt fram á nein atvik sem leiða ættu til ólögmetis niðurstöðu útboðsins og sé krafa stefnanda um efndabætur því tilefnislaus.

Sú háttsemi framkvæmdaáðila útboðsins að lesa ekki upp tölur frávikstilboða á opnunarfundi leiði ekki sjálfkrafa til þess að slík tilboð skuli ekki teljast hafa verið lögð fram á opnunarfundi. Í 1. mgr. 8. gr. laga nr. 65/1993 segi að á opnunarfundi tilboða skuli lesin upp nöfn bjóðenda og heildarupphæð tilboðs þeirra. Í 3. mgr. 8. gr. laganna segir að gæta skuli þess við opnun útboða að „lesa alltaf samsvarandi tölur frá öllum bjóðendum“. Ákvæði 3. mgr. 8. gr. laganna feli í sér skýra leiðbeiningu um að ekki skuli lesa upp tölur úr tilboðum á opnunarfundi sem mögulega byggist á frávikum frá almennum forsendum útboðs og séu því ekki „samsvarandi“ öðrum tilboðum. Oftast séu tilboð af þessum toga kölluð „frávikstilboð“.

Sá háttur hafi verið hafður á við opnun tilboða á opnunarfundum 24. mars 2017 og 26. apríl 2017 að frávikstilboð hafi verið opnuð og viðstöddum gerð grein fyrir því að um frávikstilboð væri að ræða og hver bjóðandi væri. Viðstöddum hafi jafnframt verið gerð grein fyrir ástæðu þess að ekki hefði verið lesin tilboðsfjárhæð, þ.e. vegna þess að ekki hafi verið hægt að staðhæfa að um „samsvarandi“ tölu væri að ræða fyrr en eftir frekari skoðun. Allir sem viðstaddir hafi verið nefnda opnunarfundi, þ.m.t. fulltrúi stefnanda, hafi áritað fundargerðir umræddra opnunarfunda athugasemdalaust, enda ljóst hverjir hefðu boðið og að einungis „samsvarandi“ tölur hefðu verið lesnar upp. Aðrar tölur hafi beðið þess að framkvæmdaraðila útboðsins gæfist ráðrúm til að yfirfara tilboðin og bera eiginleika þeirra saman. Niðurstaða þeirrar skoðunar hafi verið kunngerð í bréfi 18. maí 2017, þar sem framkvæmdaraðili útboðsins hafi m.a. gert grein fyrir fjárhæðum allra framkominna tilboða.

Stefnandi hafi aldrei sett fram efasemdir um heilindi framkvæmdaraðila útboðsins við umsýslu umræddra tilboða. Tilboð stefnanda hafi enda reynst vera það lægsta hvað fjárhæð varðaði í útboðinu, þó svo að það hafi við frekari samanburð ekki verið metið sem hagstæðasta tilboðið fyrir stefnda. Af síðarnefnda atriðinu leiði jafnframt að upplestur fjárhæða einn og sér hefði engu breytt um endanlega niðurstöðu við val á hagstæðasta tilboðinu, jafnvel þó að fyrir lægi að tölulega væri tilboð stefnanda ögn lægra en frávikstilboð Ístaks hf.

Óumdeilt sé að tilboði Ístaks hf. hafi verið skilað fyrir opnunarfund, það hafi verið gilt, og tilboðsfjárhæð og skilmálar þess efnis sem kynnt hafi verið stefnanda með

bréfi 18. maí 2017. Því hafi verið uppfyllt ein helsta skylda kaupanda til að gæta jafnræðis bjóðenda. Þótt tilboðsfjárhæð Ístaks hf. hafi ekki verið lesin á opnunarfundi, þá sé óumdeilt hver hún var samkvæmt því frávikstilboði sem Ístak hf. hafi skilað, tilgreint hafi verið að hefði borist og hafi verið opnað á opnunarfundi. Stöðu stefnanda gagnvart öðrum bjóðendum hafi í engu verið raskað þrátt fyrir þetta fyrirkomulag á opnunarfundinum.

Við mat á lögmati framkvæmdar útboða á vegum einkaaðila verði að horfa til þess að reglan um samningafrelsi borgaranna sé ein af meginstöðum samningaréttarins. Í henni felst að mönnum sé almennt frjálst að velja sér gagnaðila til samninga og þeir hafi frjálrsæði til að ákveða hvort samningur skuli gerður. Með því að bjóða út umrætt verkefni hafi stefndi samþykkt ákveðin takmörk á samningafrelsi sínu sem leiði af lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og íslenskum staðli IST30, með það fyrir augum að ná fram hagstæðasta tilboði í framkvæmd verksins. Slíkar takmarkanir á samningafrelsi borgaranna hljóti að vera túlkadar þröngt, en þó þannig að markmið um festu í útboðsferli og jafnræði tilboðsgjafa náist.

Niðurstaða stefnda hafi verið sú að frávikstilboð Ístaks hf. að fjárhæð 2.425.719.793 krónur væri hagstæðasta tilboðið sem hefði borist í útboðsverkið. Með því hafi stefndi ekki valið lægsta tilboðið sem hafi borist í umrætt útboðsverk, eða tilboð stefnanda að fjárhæð 2.417.727.689 krónur.

Útboðsferlið umrætt sinn hafi hafist með almennu útboði í skilningi 13. gr. laga nr. 65/1993, en Tilboð A hafi verið boðið út að nýju í lokuðu útboði. Í 14. gr. laganna segi að þeim sem bjóði út verk í lokuðu útboði sé einungis heimilt að taka hagstæðasta tilboði, eða hafna þeim öllum. Í 2. mgr. 14. gr. laganna segir síðan að sé hagstæðasta tilboð ekki jafnframt það lægsta beri kaupanda að senda bjóðendum, sem hafi átt lægri tilboð en það sem hafi verið tekið greinargerð með rökstuðningi um valið á tilboðinu eins fljótt og mögulegt er. Af lögskýringargögnum að baki 14. gr. megi ráða að það hafi beinlínis verið ætlun löggjafans að verkkaupi, sem bjóði verk út í lokuðu útboði, þurfi ekki að taka lægsta tilboði heldur því sem metið sé hagstæðast út frá hagsmunum kaupanda. Þessa heimild hafi stefndi nýtt við mat á niðurstöðu í umræddu útboðsverki.

Mat á því hvert hagstæðasta tilboðið sé í lokuðu útboði liggja því hjá verkkaupa, en honum beri þá jafnframt skylda til að rökstyðja val sitt taki hann ekki lægsta tilboðinu, sbr. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 65/1993 og auk þess ákvæði 2.7.3 í IST30. Með bréfi 18. maí 2017 hafi réttargæslustefndi, framkvæmdaraðili útboðsins, gert bjóðendum í umræddu útboðsverki grein fyrir niðurstöðu útboðsins fyrir hönd stefnda. Í bréfinu hafi því verið lýst hvernig þrjú lægstu tilboðin í útboðsverkið hefðu verið borin saman og sú niðurstaða dregin fram að öll innihéldu þau sambærileg frávik frá fyrra útboði að því undanskyldu að tilboð Ístaks hf. hafi falið í sér styttingu á framkvæmdatíma um einn mánuð, en í tilboði stefnanda hafi verið ákveðin frávik til kostnaðarhækkunar fyrir verkkaupa. Þá segi í bréfinu að við mat á tilboðunum hafi verið borinn saman annars vegar mögulegur ávinningur verkkaupa af styttingu á framkvæmdatíma um

einn mánuð og hins vegar mismunur á upphæð tilboðs Ístaks hf. og upphæð tilboðs stefnanda að teknu tilliti til frávíka. Ístak hf. hafi verið talið eiga hagstæðasta tilboðið að mati verkkaupa og í bréfinu hafi verið tilkynnt um að ákveðið hefði verið að ganga til samninga við það fyrirtæki. Að mati stefnda hafi með umræddu bréfi verið fullnægt skyldu til rökstuðnings fyrir vali á hagstæðasta tilboði með málefnalegum rökum.

Ekki stoði fyrir stefnanda að byggja á því, kröfu sinni til stuðnings, að ekki hafi komið nægilega vel fram í útboðsgögnum að stytting framkvæmdatíma yrði metin til fjárhagslegs hagræðis fyrir verkkaupa við mat á tilboðum eða að bjóðendur hefðu ekki getað gert sér grein fyrir því til hvaða fjárhæða slík stytting yrði metin. Breyttar leiðbeiningar í útboðsgögnum um framsetningu tilboða frá fyrra útboði til hins síðara hafi ekki heldur falið í sér forskrift um að verkkaupi hefði ekki óskað eftir tilboðum sem fælu í sér hagræði vegna styttri verktíma. Af útboðsgögnum og útboðsferlinu í heild megi ítrekað sjá að stefndi hafi leitað leiða til að lækka framkvæmdakostnað, m.a. með styttingu framkvæmdatíma. Slík stytting geti falið í sér verulegt fjárhagslegt hagræði.

Afhendingartími byggingar sem sérstaklega sé ætluð undir hótélrekstur, þ.e. sölu á gistinóttum, ráði öllu um það hvenær stefndi geti hafið starfsemi og byggingin skilað tekjum. Þótt ráðgjafi stefnda, réttargæslustefndi, hafi haft með höndum hið eiginlega mat á því hvaða tilboð væri metið hagstæðast skipti einn mánuður, um það bil 30 gistinætur, verulegu fjárhagslegu máli fyrir stefnda, en stefndi byggir á því að rekstrartekjur hans á einum mánuði muni nema um 168.000.000 króna. Því blasi við að sá munur sem hafi verið á tilboðsfjárhæðum stefnanda og Ístaks ehf. hverfi fljótt þegar rekstur sé hafinn. Þá hafi ekki verið litið til sparnaðar stefnda sem verkkaupa á fjármagnskostnaði verkefnisins og fleiri þáttum.

Í máli þessu fari stefnandi fram á að viðurkennd verði efndabótakrafa hans á hendur stefnda. Engar forsendur séu til þess að fallast á þá kröfu, útilokað sé að viðurkenna rétt stefnanda til efndabóta, enda ósannað að við hann hefði verið samið. Þar af leiðandi takmarkist hugsanlegur réttur stefnanda við vangildisbætur vegna kostnaðar við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboðinu.

IV.

Réttargæslustefndi tekur undir kröfur stefnda í máli þessu og telur að stefndi hafi ekki brotið lög né sýnt af sér bótaskylda háttsemi í tengslum við framangreint útboð. Aldrei hefði verið gerður samningur við stefnanda í útboðinu. Hafi hann því ekki orðið fyrir neinu tjóni og því beri að sýkna stefnda af kröfum stefnanda í máli þessu.

Tilboð Ístaks hf. í útboðinu, sem síðar hafi orðið fyrir valinu sem hagstæðasta tilboðið, hafi verið gilt. Samkvæmt 8. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða skuli á opnunarfundum lesa upp nöfn bjóðenda, heildarupphæð tilboða og kostnaðaráætlun, sé þess kostur. Þó komi fram að þess skuli gæta „að lesa alltaf samsvarandi tölur frá öllum bjóðendum“. Sé þetta mikilvægt enda fjárhæðir í frávikstilboðum, eins og tilboði Ístaks hf., ekki samanburðarhæfar við fjárhæðir annarra tilboða. Frávikstilboð

byggist á annarri verktilhögun en útboðsgögn geri ráð fyrir og því sé ekki skylt að lesa upp fjárhæð þeirra frávikstilboða sem berist. Þetta hafi átt við um tilboð Ístaks hf. þar sem einungis hafi átt að lesa upp „samsvarandi tölur“.

Á opunarfundi 26. apríl 2017 hafi þau frávikstilboð sem borist hafi, þ. á m. tilboð Ístaks hf., verið opnuð og bókað í fundargerð fundar að þau hefðu borist, frá hverjum og upplýst um hvers vegna þau hefðu ekki verið lesin upp. Engar athugasemdir hefðu komið fram við þessa framkvæmd á opunarfundinum, en fulltrúi stefnanda hafi setið fundinn. Gagnsæi útboðsferlisins eða jafnræði bjóðenda hafi á engan hátt verið raskað með þessu fyrirkomulagi, enda upplýst um móttöku frávikstilboða og þau skráð í fundargerð auk þess sem sams konar tilboð hafi hlotið sams konar meðferð.

Jafnvel þó ekki yrði fallist á framangreinda túlkun á ákvæði 8. gr. laga um framkvæmd útboða, valdi það ekki ógildi tilboða þó fjárhæð þeirra eða önnur atriði tilboðs séu ekki lesin upp á opunarfundi. Tilboð séu eingöngu ógild séu þau í ósamræmi við útboðsgögn, berist of seint, séu óeðlilega lág eða há, frá bjóðanda sem standist ekki hæfiskröfur eða tilboð dugi ekki til að mæta þörfum kaupanda eins og þær séu skilgreindar í útboðsgögnum, sbr. til hliðsjónar 82. gr. laga nr. 120/2016. Tilboð séu því einungis ógild vegna einhvers annmarka á þeim sjálfum eða tilboðsgjafa. Kaupandi geti ekki gert tilboð ógild með aðgerðum sínum. Ekkert af framangreindu eigi við um umrætt frávikstilboð Ístaks hf. Því hafi tilboðið gilt og stefnda verið skylt að taka því skv. valforsendum útboðsgagna.

Í grein 0.4.6 í útboðsgögnum hafi komið fram hvaða forsendur skyldu ráða vali bjóðanda í útboðinu. Stefndi hafi þar áskilið sér rétt til að ganga til samninga við væntanlega verktaka á grundvelli þess tilboðs sem hann mæti „hagstæðast fyrir heildarverkið, svo sem m.t.t. fjármagnskostnaðar og arðsemi heildarverkefnisins“. Þar með hafi ekki verið gert ráð fyrir að það tilboð sem væri lægst að fjárhæð yrði valið, heldur hafi átt að velja það tilboð sem væri hagstæðast fyrir heildarverkefnið, þ.e. byggingu og rekstur hótels á umræddum stað, en fyrir lægi að umrætt útboð hafi einungis varðað einn verkáfangna af nokkrum við byggingu hótelsins. Stefndi hafi engar athugasemdir gert við þessar valforsendur í útboðsferlinu og hafi gert tilboð í verkið á grundvelli þeirra og samþykkt þær þar með.

Umræddar valforsendur hafi verið óbreyttar í síðara útboðinu sem fram fór í apríl 2017. Hafi þar á engan hátt verið dregið úr mikilvægi þess að hagkvæmni tilboða fyrir heildarverkið skyldi ráða för við mat þeirra. Valforsendum hafi heldur ekki verið breytt á þá leið að fjárhæð tilboða skyldi ein ráða för við val þeirra. Frá upphafi hafi verið ljóst að fjárhæð tilboða væri einn hluti af því að meta hagkvæmni heildarverksins. Þannig hafi m.a. verið sérstaklega tekið fram í bréfi 12. apríl 2017, þegar bjóðendum hafi verði boðið að taka þátt í síðara útboðinu, að teldu bjóðendur sig geta stytta verktíma umfram lokadagsetningu verks væri þess óskað að uppfærð lokadagsetning yrði tiltekin í skýringarbréfi með tilboði. Bjóðendum hafi því mátt vera ljóst að horft yrði til verktíma við mat tilboða og ekki eingöngu fjárhæðar. Í öllu

falli hefði stefnandi getað beint fyrirspurn til stefnda hefði hann verið í vafa um það hvort litið yrði til verktíma við mat á hagkvæmni tilboða. Það hafi stefnandi ekki gert.

Við mat tilboða hafi komið í ljós að tilboð Ístaks hf. gerði ráð fyrir einum mánuði skemmri verktíma en tilboð stefnanda. Styttri verktími hafi falið í sér verulegt hagræði fyrir heildarverkið. Þannig myndi skemmri framkvæmdatími hafa í för með sér að fyrr yrði hægt að taka hótelið í notkun og hafa af því tekjur. Vísað sé um það hagræði til málatilbúnaðar stefnda. Auk þess hafi ákveðin frávík verið í tilboði stefnanda til kostnaðarhækkunar og óhagræðis fyrir verkkaupa. Þannig hafi stefnandi í tilboði sínu gert ráð fyrir að nýta framan af verki, eða fyrstu 6–8 mánuðina, hluta af aðstöðu sinni á nálægu vinnusvæði við Hafnartorg sem aðstöðu fyrir útboðsverkið. Tilboð stefnanda hafi því ekki innihaldið aðstöðu fyrir Austurhöfn ehf. á verkstað fyrstu 6–8 mánuði verktímans, eins og útboðsgögn hafi áskilið. Í þessu hafi falist kostnaðarhækkun um 10–15 milljónir króna fyrir verkkaupa, þ.e. að leggja til aðstöðu á verkstað fyrir Austurhöfn ehf. fyrstu 6–8 mánuði verktímans.

Við mat á hagkvæmni tilboða beri einnig að hafa í huga að í grein 0.5.4 í útboðsgögnum hafi komið fram að verktaki skyldi greiða 400.000 krónur í tafabætur fyrir hvern almanaksdag sem það drægist að skila tilteknum verkáföngum sem nánar hafi verið tilgreindir í ákvæðinu. Skv. grein 5.2.6 í ÍST 30 skuli tafabætur áætlaðar miðað við hugsanlegt tjón sem verkkaupi verður fyrir skili verktaki ekki verki sínu á réttum tíma og þurfi verkkaupi ekki að sanna tjón sitt. Fyrir liggja að verktaki þyrfti að greiða að lágmarki 12 milljónir króna í tafabætur hefðu tafir einungis áhrif á einn verkáfanga í einn mánuð. Ljóst sé því að verðmæti eins mánaðar fyrir stefnda næmi að lágmarki 12 milljónum króna, sem meira en vægi upp þann 8 milljóna króna mun sem hafi verið á tilboðum stefnanda og Ístaks hf.

Að öðru leyti tekur réttargæslustefndi undir málatilbúnað stefnda, sem staðfesti að tilboð Ístaks hf. hafi verið hagstæðasta tilboðið í útboðinu. Stefndi hafi því ekki brotið lög eða sýnt af sér bótaskylda háttsemi er hann hafi tekið því tilboði.

Ósannað sé að stefnandi hafi orðið fyrir nokkru tjóni, það hafi hann ekki á nokkurn hátt reifað né lagt fram gögn eða upplýsingar um mögulegt umfang þess. Fyrirmæli 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 aflétti ekki af stefnanda skyldu þess efnis að leiða nægar líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni og gera grein fyrir því í hverju tjón hans sé fólgið og hver tengsl þess séu við atvik máls. Þeirri skyldu hafi ekki verið fullnægt í málinu og beri því að sýkna stefnda.

Sérstaklega er á því byggt af hálfu réttargæslustefnda að tilboð stefnanda hafi verið ógilt. Í grein 0.4.2 í útboðsgögnum komi fram að bjóðendum hafi verið skylt að skila með tilboðum sínum upplýsingum, m.a. skrá yfir helstu tæki og búnað sem fyrirhugað hafi verið að nota við verkið, skrá yfir undirverktaka og iðnmeistara og skrá yfir efnissala og efniseiginleika. Sérstaklega hafi verið áréttað í grein 0.1.2 að bjóðendur myndu skila inn umbeðnum gögnum með tilboðum sínum, en gerðu þeir það ekki gæti

tilboðum þeirra verið vísað frá. Engin af framangreindum gögnum hafi fylgt með tilboðum stefnanda.

Eins hafi stefnandi gert ýmsa fyrirvara við tilboð sitt þó að tilboð hans hafi ekki verið frávikstilboð. Því hafi tilboð stefnanda verið ógilt og óheimilt að ganga til samninga við hann um verkið.

V.

Ágreiningur máls þessa lýtur að því hvort stefndi hafi staðið þannig að vali á tilboði í útboði um framkvæmd á Austurbakka 2 að það hafi skapað stefnanda rétt til skaðabóta úr hendi stefnda sem nemi missi hagnaðar hans af því að vinna verkið. Annars vegar byggir stefnandi á því að tilboð Ístaks, sem stefndi samþykkti, hafi ekki verið gilt tilboð þar sem efni þess hafi ekki verið lesið upp á fundi þar sem tilboðin voru opnuð. Hins vegar byggir stefnandi á því að hann hafi átt hagstæðasta tilboðið og því hafi stefnda borið að ganga til samninga við hann.

Hvað fyrri málsástæðu stefnanda varðar, þ.e. um gildi tilboðs Ísaks, er þess fyrst að geta að óumdeilt er að tilboð barst frá Ístaki og þess er getið í fundargerð frá fundinum sem haldinn var til að opna tilboðin. Í fundargerðinni segir jafnframt að tilboðið hafi verið mótttekið og opnað en í stefnu er á því byggt að tilboðið hafi ekki verið opnað á fundinum. Fundargerðin er undirrituð af fulltrúa stefnanda og verður að leggja til grundvallar að efni hennar sé rétt, þar á meðal um að tilboð Ístaks hafi verið opnað á fundinum, enda engar vísbendingar um annað, hvorki í skýrslu Steingríms Birkis Björnssonar fyrir dómi, sem mætti á umræddan fund fyrir hönd stefnanda, né í öðrum gögnum málsins. Hins vegar liggur fyrir að fjárhæð tilboðs Ístaks var hvorki lesin upp né skráð í fundargerð fundarins heldur segir þar einungis að um frávikstilboð sé að ræða. Fjárhæðar frávikstilboðs frá þriðja bjóðandanum var heldur ekki getið í fundargerðinni. Samkvæmt 1. mgr. 8. gr., sbr. 6. gr., laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða skal lesa upp nöfn bjóðenda og heildarupphæð tilboðs á opnunarfundum. Þá kemur fram í útboðslýsingu að ÍST 30:2012 sé hluti útboðsgagna. Í grein 2.5.2 í þeim staðli segir m.a. að við opnun tilboða skuli greina heildarupphæð tilboða og tilgreindan afhendingartíma, sé hann ekki sá sami í öllum tilboðum. Ljóst er að ekki var staðið að upplýsingagjöf á umræddum fundi í samræmi við framangreind fyrirmæli laga og útboðsskilmála. Útboðsferlið var að þessu leyti haldið annmarka. Dómurinn fellst ekki á þá málsástæðu stefnda að síðari málsliður 8. gr., þar sem segir að gæta skuli þess að lesa alltaf samsvarandi tölur frá öllum bjóðendum, leiði til þess að rétt hafi verið að sleppa því að geta um fjárhæð tilboðs Ístaks. Athugasemd um að frávik séu í tilboði veita fullnægjandi vísbendingu um að kanna þurfi nánar efni tilboðsins við samanburð við önnur tilboð. Á hinn bóginn er ekki hægt að fallast á þá lagatúlkun stefnanda að annmarki af þessu tagi á útboðsferlinu geti leitt til þess að tilboð einstaks bjóðanda sé ógilt, enda ekkert fram komið um að tilboðið sem slíkt hafi verið haldið annmarka. Í 20. gr. laganna um framkvæmd útboða er m.a. kveðið á um að brot á lögnum geti leitt til þess að útboð í heild sinni sé lýst ógilt. Hvorki er tilefni til né höfð uppi krafa í málinu um að það verði gert. Er þessari málsástæðu

stefnanda því hafnað og niðurstaða málsins á því byggð að Ístak hafi skilað gildu tilboði.

Þá byggir stefnandi á því að stefnda hafi borið að taka hans tilboði þar sem tilboð hans hafi verið hagstæðast, jafnvel þótt dómurinn líti svo á að tilboð Ístaks hafi verið gilt tilboð. Byggir stefnandi á því, til stuðnings þessari málsástæðu, að í útboðsskilmálum hafi verið búið að fella út beiðni um tilboð með skemmri verktíma, svo sem tilboð B í almenna útboðinu sem fram fór áður en hið umdeilda lokaða útboð fór fram. Sérstaklega hafi verið gerð grein fyrir því í skilmálum umdeilds útboðs að leitast væri við að lækka tilboðsfjárhæðir. Í útboðslýsingu sé ekki getið um það að styttri verktími yrði metinn til fjár. Þannig hafi stefnandi með engu móti getað áttað sig á því að stytting verktíma um einn mánuð yrði metin allt að átta milljóna króna virði, en það er mismunurinn á fjárhæðum tilboðs hans og Ístaks. Loks hafi stefndi ekki sent bjóðendum greinargerð með rökstuðningi fyrir vali á bjóðanda, svo sem áskilið sé í 2. mgr. 14. gr. laga um framkvæmd útboða að hann geri í þeim tilvikum þegar lægsta tilboðið er ekki talið það hagstæðasta.

Í umdeilu útboði bárust þrjú tilboð. Tilboðsfjárhæðir námu um það bil tveimur og hálfum milljarði og munurinn á tilboði stefnanda og þess aðila sem gengið var til samninga við nam tæplega átta milljónum króna. Um var að ræða lokað útboð. Því gildir sú regla að kaupanda er einungis heimilt að taka hagstæðasta tilboði eða hafna þeim öllum, sbr. 1. mgr. 14. gr. laga nr. 65/1993. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar ber kaupanda, í þeim tilvikum þegar hagstæðasta tilboð er ekki jafnframt það lægsta, að senda bjóðendum, sem áttu lægri tilboð, greinargerð með rökstuðningi um valið á tilboðinu. Í bréfi réttargæslustefnda, sem sá um framkvæmd útboðsins fyrir stefnda, til bjóðenda í verkið 18. maí 2017 er þeim tilkynnt um niðurstöðu útboðsins. Þar kemur fram að við mat á tilboðunum hafi verið borinn saman annars vegar mögulegur ávinningur kaupanda af styttri verktíma sem fólst í tilboði Ístaks og hins vegar mismunur á fjárhæðum þess og lægsta tilboðsins, sem var frá stefnanda. Þá er einnig greint frá því að í tilboði stefnanda hafi verið ákveðin frávik til kostnaðarhækkunar og óhagræðis fyrir verkkaupa. Segir í bréfinu að það hafi verið mat kaupanda að tilboð Ístaks væri hagstæðast. Með hliðsjón af framanröktu er ekki fallist á það með stefnanda að stefndi hafi ekki rökstutt val sitt svo sem honum bar að gera skv. 2. mgr. 14. gr. laganna.

Samkvæmt framangreindu var það fyrst og fremst styttri verktími sem stefndi taldi að gerði tilboð Ístaks hagstæðara en tilboð stefnanda en í fyrrnefnda tilboðinu skyldu verklok vera mánuði fyrr en tilboð stefnanda gerði ráð fyrir. Stefnandi byggir á því að ekkert í útboðslýsingu hafi gefið bjóðendum til kynna að þessi forsenda kynni að verða notuð við mat á tilboðum og af þeim sökum hafi stefnda ekki verið heimilt að leggja hana til grundvallar mati sínu.

Í þessu efni er til þess að líta að útboðslýsing fyrra útboðsins lá til grundvallar umdeildu útboði með þeim breytingum og skýringum sem getið er um í útboðsbréfinu

12. apríl 2017. Í upphaflegri útboðslýsingu segir um meðferð og mat á tilboðum í grein 0.4.6, meðal annars, að verkkaupi áskilji sér rétt til að ganga til samninga við væntanlega verktaka um verkið á grundvelli þess tilboðs A eða tilboðs B sem verkkaupi meti hagstæðast fyrir heildarverkefnið, svo sem með tilliti til fjármagnskostnaðar og arðsemi heildarverksins, en munurinn í útboðslýsingu A og B fólst einvörðungu í mismunandi verktíma. Þessu ákvæði var ekki breytt í síðara útboðinu að öðru leyti en því að einvörðungu var óskað eftir tilboði A og nýr verklokátími tilgreindur. Þá var í útboðslýsingu ákvæði um tafabætur sem ekki voru gerðar breytingar á við síðara útboðið. Jafnframt var óskað eftir því að bjóðendur tækju fram í skýringarbréfi við tilboð sitt ef þeir teldu unnt að stytta verktímann. Loks var í umdeildu útboði heimilt að skila einvörðungu inn frávíkstilboði en í fyrra útboðinu voru slík tilboð einungis gild ef jafnframt væri skilað inn gildu tilboði í samræmi við útboðslýsingu.

Með hliðsjón af framanröktum atriðum úr útboðslýsingu og skýringum sem gerðar voru við síðara útboðið getur dómurinn ekki fallist á það með stefnanda að honum hafi ekki mátt vera ljóst að verktími hefði einhver áhrif á mat á hagkvæmni tilboða. Í því efni skiptir að mati dómsins ekki máli þótt stefndi hafi fallið frá því að óska eftir tveimur tilboðum með mismunandi tímasetningum fyrir lokaskil og í þess stað óskað eftir einu tilboði þar sem bjóðendum var gefinn kostur á að bjóða verklok fyrir en útboðslýsing kvað á um. Ekki verður heldur séð að það sé áskilið í lögum eða öðrum reglum sem gilda um útboð að verkkaupi tilgreini nákvæmlega hvaða áhrif styttri verktími hafi á mat hans á tilboðum.

Það er í höndum verkkaupa að meta það hvaða tilboð hann telur hagstæðast. Honum ber að leggja útboðsskilmála til grundvallar því mati, sbr. 16. gr. laga um framkvæmd útboða. Við úrlausn þessa máls verður að leggja til grundvallar að útboðsbréfið frá 12. apríl 2017 hafi verið hluti af útboðsskilmálum ásamt útboðslýsingunni sjálfri. Svo sem áður greinir er þar tekið fram að leitað sé leiða til hagræðingar í framkvæmd með það að leiðarljósi að ná fram lækkun á framkvæmdakostnaði, frávíkstilboð séu heimilud og jafnframt er tekið fram að bjóðendur skuli geta um það ef þeir geta styttr verktímann. Að mati dómsins hefur stefnandi ekki sýnt fram á að stefndi hafi ekki metið tilboðin á grundvelli útboðsskilmála eða að framangreind útboðsgögn hafi með réttu gefið honum tilefni til að álykta að styttri verktími hefði ekki áhrif á mat á hagkvæmni tilboða. Þá verður ekki séð, í ljósi þess hve lítill munur var á fjárhæðum tilboðs stefnanda og þess sem stefndi mat hagstæðast, að matið á áhrifum styttri verktíma hafi verið ómálefnalegt eða í ósamræmi við raunverulegt hagræði af því.

Að öllu framanröktu er það niðurstaða dómsins að ósannað sé að stefnandi hafi í reynd átt hagstæðasta tilboðið í umdeilt verk. Verður kröfu hans um viðurkenningu á rétti hans til bóta sem nemi missi hagnaðar af verkinu því hafnað. Með hliðsjón af úrslitum málsins og vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 verður stefnanda gert að greiða

stefnda og réttargæslustefnda málskostnað. Málskostnaður stefnda er hæfilega ákveðinn 1.200.000 krónur og málskostnaður réttargæslustefnda 800.000 krónur.

Ingibjörg Þorsteinsdóttir héraðsdómari kveður upp dóminn. Gætt var ákvæða 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991.

Dómsorð:

Stefndi, Cambridge Plaza Hotel Company ehf., er sýkn af kröfu stefnanda, ÞG verktaka ehf. Stefnandi greiði stefnda 1.200.000 krónur í málskostnað og réttargæslustefnda, Mannviti hf., 800.000 krónur í málskostnað.

Ingibjörg Þorsteinsdóttir

Rétt endurrit staðfestir