

Árið 2018, þriðjudaginn 18. desember, er dómþing Héraðsdóms Suðurlands háð í dómsal embættisins að Austurvegi 4, Selfossi, af Ragnheiði Thorlacius héraðsdómara.

Fyrir er tekið málið nr. E-147/2013.

EKO eignir ehf.

*(Jóhannes Karl Sveinsson lögmaður)*

gegn

Sveitarfélaginu Árborg

*(Torfi Ragnar Sigurðsson lögmaður)*

Í málinu er kveðinn upp svofelldur

#### **dómur:**

Mál þetta, sem þingfest var þann 15. maí 2013, var dómtekið að lokinni framhalds aðalmeðferð þann 12. nóvember sl. Stefnandi var Gámaþjónustan hf., og stefnda Sveitarfélagið Árborg. Hinn 29. júní 2017 framseldi Gámaþjónustan hf., kröfur sínar til EKO eigna ehf., sem tekið hefur við aðild máls þessa.

Stefnandi í máli þessu er EKO eignir ehf.

Stefnda er Sveitarfélagið Árborg.

Endanlegar dómkröfur stefnanda eru þær að stefnda verði dæmt til að greiða stefnanda 18.894.542 krónur ásamt vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 638.383 krónum frá 31. janúar 2012 til 29. febrúar 2012, en af 2.708.910 krónum frá þeim degi til 31. mars 2012, en af 4.827.552 krónum frá þeim degi til 30. apríl 2012, en af 6.962.803 krónum frá þeim degi til 31. maí 2012, en af 9.072.644 krónum frá þeim degi til 30. júní 2012, en af 11.161.041 krónum frá þeim degi til 31. júlí 2012, en af 12.430.061 krónum frá þeim degi til 31. ágúst 2012, en af 13.710.828 krónum frá þeim degi til 30. september 2012, en af 15.011.604 krónum frá þeim degi til 31. október 2012, en af 16.313.974 krónum frá þeim degi til 30. nóvember 2012, en af 17.607.500 krónum frá þeim degi til 31. desember 2012, en af allri stefnufjárhæð frá þeim degi til 31. janúar 2013, en með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af allri stefnufjárhæðinni frá þeim degi til greiðsludags.

Þá er þess krafist að stefnda verði dæmt til að greiða stefnanda málskostnað að skaðlausu.

Dómkröfur stefnda eru þær aðallega að dómkröfum stefnanda verði vísað frá dómi en til vara að stefnda verði sýknað af dómkröfum stefnanda. Til þrautavara er þess krafist að krafa stefnanda verði lækkuð. Í öllum tilvikum er krafist málskostnaðar að mati dómsins í samræmi við hagsmuni málsins, vinnu málflytjanda og annan kostnað af málinu með vísan til málskostnaðarreiknings sem verði lagður fram undir rekstri málsins eða við aðalmeðferð.

### ***Meðferð máls fyrir dómi***

Mál þetta var eins og áður er rakið þingfest 15. maí 2013. Með úrskurði dómsins uppkveðnum 21. mars 2014 var kröfu stefnda um frávísun málsins frá dómi hafnað. Í þinghaldi 16. apríl sama ár lagði stefnandi fram matsbeiðni. Þann 21. maí sama ár var Axel Hall hagfræðingur dómkvaddur sem matsmaður í málinu og var matsgerð hans lögð fram í þinghaldi 2. september 2015. Þann 4. nóvember sama ár lagði stefnda fram yfirmatsbeiðni og voru Árni Jón Árnason viðskiptafræðingur og Ásmundur Magnússon byggingartæknifræðingur dómkvaddir sem yfirmatsmenn í þinghaldi 2. desember 2015. Í júlímánuði 2016 tók dómsformaður við máli þessu af dómara sem var í námsleyfi og var lögmönnum aðila tilkynnt um það með tölvupósti 25. júlí sama ár. Í þinghaldi 2. nóvember sama ár var yfirmatsgerð lögð fram.

Aðalmeðferð málsins fór fram 25. janúar 2017 og var dómur kveðinn upp 21. febrúar sama ár. Dómnum var áfrýjað til Hæstaréttar Íslands sem þann 26. apríl 2018 ómerkti dóminn og vísaði málinu heim í hérað til aðalmeðferðar og dómsálagningar að nýju, sbr. dóm Hæstaréttar í málinu nr. 287/2017. Fyrsta fyrirtaka eftir heimvísun málsins var þann 4. júlí sl., en dómsformanni var úthlutað málinu þegar hann snéri aftur til starfa að loknu námsleyfi 1. sama mánaðar. Næst var málið tekið fyrir þann 21. ágúst sl., og gerði stefnda þá kröfu að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins varðandi skýringu á tilskipun nr. 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga frá 31. mars 2004. Kröfu stefnda var hafnað með úrskurði dómsins 3. október sl.

Milli aðila er einnig rekið fyrir dómnum málið nr. E-61/2017 sem þingfest var þann 28. febrúar 2017. Í því máli stefndi Gámaþjónustan hf., Sveitarfélaginu Árborg til greiðslu skaðabóta að fjárhæð 18.631.016 krónur vegna ársins 2012, auk vaxta og dráttarvaxta vegna tapaðrar framlegðar stefnanda árið 2012 af útboðsverkinu „*Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámastöð 2012-2016*“. Samkomulag var með aðilum að aðalmeðferð beggja mála færu fram samtímis, þ.e. skýrslutökur af aðilum og vitnum. Vegna fjarveru vitna og umfangs málsins var ákveðið að skipta aðalmeðferð málsins sem hér segir: Aðalmeðferð

máls þessa hófst 7. nóvember sl., með skýrslutöku af yfirmatsmanninum Ásmundi Magnússyni. Við upphaf þinghaldsins tóku sæti í dómnum sérfróðu meðdómsmennirnir Finnur Sturluson, MBA/véltæknifræðingur, og Arnar Már Jóhannesson, löggiltur endurskoðandi. Aðalmeðferð var frestað til 9. sama mánaðar, en þann dag voru teknar skýrslur af forsvarsmanni stefnanda og fyrrverandi forsvarsmanni Gámaþjónustunnar hf., Sveini Smára Hannessyni, undirmatsmanninum Axel Hall og yfirmatsmanninum Jóni Árna Árnasyni. Að skýrslutökum loknum var aðalmeðferð frestað til 12. sama mánaðar og var málið dómtekið þann dag að loknum munnlegum málflutningi

### ***Helstu málavextir***

Samkvæmt gögnum málsins eru málavextir þessir helstir. Stefnanda stóð fyrir útboði á sorphirðu í sveitarfélaginu Árborg í októbermánuði 2011, sem bar heitið „*Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámastöð 2012-2016.*“ Skiptust útboðsgögn í útboðslýsingu (kafla 0.1 til 0.12), verklýsingu (kafla 1.1 til 1.9.2), tilboðsblað og tilboðsskrá leið A og leið B.

Samkvæmt útboðslýsingu fólst verkið í söfnun úr ílátum við öll heimili í Sveitarfélaginu Árborg, þ.e. á Selfossi, Stokkseyri, Eyrarbakka og dreifbýli. Þá var gert ráð fyrir boði í söfnun frá stofnunum, flutningi úrgangs frá heimilum, gámastöð á Selfossi og stofnunum til móttökustöðvar Sorpu, jarðgerð á úrgangi úr brúntunnu og afsetningu, auk þjónustu við gámastöð (gámaleigu og tilfærslu). Einnig skyldi boðið í nauðsynlega fræðslu til íbúa vegna nýs fyrirkomulags og aukinnar flokkunar. Verktími var frá byrjun árs 2012 til loka árs 2016, eða í fimm ár, með möguleika á framlengingu um þrjú ár ef aðilar næðu um það samkomulagi. Frestur til að gera athugasemdir eða bera fram fyrirspurnir vegna útboðsins rann út þriðjudaginn 1. nóvember 2011. Frestur bjóðenda til að skila tilboði rann út klukkan 11:00 fimmtudaginn 10. nóvember 2011 og voru tilboð opnuð á framangreindum tíma. Frestur stefnda til að taka tilboði var sex vikur frá opnun tilboða. Samkvæmt fundargerð opunarfundar skiluðu tveir bjóðendur tilboðum í verkið, annars vegar stefnandi, sem var lægstbjóðandi, og hins vegar Íslenska gámafélagið ehf. Óumdeilt er að Efla verkfræðistofa sinnti starfi ráðgjafa stefnda við útboðið.

Í grein 0.1.4 í útboðslýsingu, sem ber heitið „*Lauslegt yfirlit yfir verkið*“, kemur fram að í október 2011 hafi verið tvö ílát við hvert hús í sveitarfélaginu, annars vegar svonefnd grátunna fyrir óflokkaðan úrgang og hins vegar svokölluð blátunna fyrir pappír og pappa og hafi ílátin verið í eigu stefnda. Á árinu 2012 verði bætt við íláti fyrir lífrænan eldhúsúrgang, svokallaðri brúntunnu. Útboðið gerði ráð fyrir tveimur mismunandi kerfum við losun og var losunartíðni íláta mismunandi

eftir kerfum. Gert hafi verið ráð fyrir að boðið yrði í annað eða bæði kerfin og skuli verð ráða hvort kerfið yrði valið. Þá var kveðið á um það að verktaki skuli útvega og eiga brúntunnuna og falli verð þeirra inn í tæmingarkostnað. Einnig útvegi verktaki hentugt sérhæft ílát til nota í eldhúsum fyrir flokkun lífræns úrgangs, sem verði eign íbúa, og skuli verð þeirra falla undir kynningar- og fræðslukostnað. Þá er gerð grein fyrir áður nefndum tveimur leiðum sem hér segir:

*„Leið A. Þriggja tunnu kerfi. Grátunna verður almennt tæmd á 28 daga fresti, Blátunna verður almennt tæmd á 28 daga fresti og Brúntunna á 28 daga fresti yfir 8 mánuði þ.e. september-apríl en á 14 daga fresti hina 4 mánuðina. Gert er ráð fyrir einni aukalosun íláta í desember.*

*Leið B. Þriggja íláta kerfi þar sem brúna ílátið er inni í Grátunnu. Grátunna verður almennt tæmd á 21 dags fresti, Blátunna verður almennt tæmd á 28 daga fresti og Brúntunna á 21 daga fresti yfir 8 mánuði, þ.e. september–apríl en á 14 daga fresti hina 4 mánuðina. Gert er ráð fyrir einni aukalosun íláta í desember.“*

Fram kemur að verktaki skuli safna úrgangi úr ílátum í söfnunarbíl og flytja til eigin stöðvar en þaðan skuli hann flytja úrganginn til móttökustöðvar Sorpu í Reykjavík, um 53 km leið. Þá skuli verktaki bjóða m.a. upp á jarðgerð á úrgangi úr brúntunnu og nauðsynlega fræðslu til íbúa sveitarfélagsins um nýtt fyrirkomulag og aukna flokkun. Þá er gerð grein fyrir áætluðum helstu magnþölum samnings á ári sem hér segir:

<i>„Tæmingar úr ílátum frá íbúðum</i>	<i>100-140 þúsund</i>
<i>Tæmingar frá stofnunum</i>	<i>25 stofnanir</i>
<i>Flutningur úrgangs 53 km úr tunnusöfnun</i>	<i>1.100.000 kg</i>
<i>Flutningur úrgangs af Gámastöð</i>	<i>1.100.000 kg</i>
<i>Jarðgerð lífræns úrgangs</i>	<i>500.000 kg</i>
<i>Leigðir gámar Gámastöð</i>	<i>8-10 stk.</i>

*Fræðsla, handb., heimsóknir, innilát, pokar 3.000 heimili“*

Samkvæmt útboðsgögnum var leitað tilboða í hin tvö áðurgreindu kerfi, þ.e. annars vegar leið A og hins vegar leið B. Í kafla 1. „*verklýsing*“ kemur fram að verktaki skuli byrja hreinsun eftir óbreyttu kerfi og gerð er grein fyrir tíðni söfnunar samkvæmt þáverandi kerfi. Tekið er fram að íláti fyrir lífrænan eldhúsúrgang verði bætt við um mitt ár 2012 og átak gert í því að fá íbúa til að flokka enn betur. Þá er í framangreindum kafla útboðsins gerð grein fyrir framkvæmd tæminga samkvæmt báðum framangreindum leiðum auk flutnings á ýmsum tegundum sorps frá gámastöð. Einnig er fjallað sérstaklega um tæmingu frá stofnunum í sveitarfélaginu og fjallað um kynningu og fræðslu um hina fyrirhugðu breytingar á sorphirðu bæði gagnvart heimilum og stofnunum.

Í grein 0.4.1, „Gerð og frágangur tilboðs“, eru ákvæði um útfyllingu tilboðsskrár og gerð grein fyrir þeim reglum sem magntölur séu reiknað eftir. Í hverjum einstökum lið skuli einnig vera innifalinn allur kostnaður verktaka af viðkomandi verklið, svo sem akstur, allt efni, vinna, vélar og tæki, orka, yfirstjórn verktaka, lögboðnar tryggingar, opinber gjöld, ágóði o.s.frv. nema annað sé tekið fram. Tilboðsupphæð sé fundin sem summa margfelda magntalna og viðeigandi einingarverða og árafjölda. Inni í heildartilboð skal reikna virðisaukaskatt samkvæmt reglum sem um hann gilda á hverjum tíma. Öll einingarverð í tilboðsskrá skulu vera með virðisaukaskatti. Þá segir í grein 0.4.2, sem ber heitið fylgigögn með tilboði: „Bjóðandi þarf einungis að skila inn útfylltri tilboðsskrá og tilboðsblaði“.

Í grein 0.1.3 er fjallað um rétt verkkaupa til að kalla eftir frekari upplýsingum frá bjóðendum sem eftir opnun og yfirferð tilboða koma til álita sem viðsemjendur. Upplýsingarnar eru tilgreindar í tólf stafliðum. Þá segir í grein 0.1.3: „Ef um bjóðanda gildir eitt eða fleiri af eftirtöldum atriðum skv. þeim gögnum sem skilað er til verkkaupa, verði ekki gengið til samninga við hann og honum því vísað frá“. eru framangreind atriði rakin í átta töluliðum.

Fyrir liggur að eftir opnun tilboða, nánar tiltekið þann 3. desember 2011, var kallað eftir gögnum frá báðum bjóðendum. Það var síðan á fundi bæjarráðs stefnda þann 15. desember 2011 sem stefnda samþykkti að hafna öllum tilboðum sem bárust í verkið. Í framhaldinu var framkvæmdastjóra stefnda falið að leita samninga við þáverandi sorphirðuaðila um framlengingu samnings til 1. júlí 2012 og tækni- og veitustjóra að vinna að nýju útboði.

Með bréfi dags. 16. desember 2011 tilkynnti stefnda bjóðendum um framangreinda ákvörðun bæjarráðs stefnda, þ.e. að hafna öllum tilboðum í verkið. Sama dag var undirritað samkomulag milli stefnda og Íslenska gámafélagsins ehf., um framlengingu samningstíma verksamnings aðila til 30. júní 2012. Sama dag kærði stefnandi útboðið til kærunefndar útboðsmála og gerði þá kröfu að kærunefndin stöðvaði fyrirhugaða samningagerð við verktakann. Ákvörðun um höfnun framkominna tilboða rökstuddi stefnda með bréfi til stefnanda, dags. 16. desember 2011. Þar kemur fram að ákveðið hafi verið að hafna öllum tilboðum sökum annmarka á útboðinu sem hefðu verið þess eðlis að raska jafnræði bjóðenda, nánar tiltekið þar sem ekki hafi verið áskilið í útboðsgögnum að bjóðendur skiluðu með tilboðum sínum öllum þeim upplýsingum sem áhrif myndu hafa við val á tilboðum.

Frekari kröfugerð stefnanda fyrir kærunefnd útboðsmála kemur fram í bréfi hans til kærunefndar, dags. 29. desember 2011. Með ákvörðun kærunefndar útboðsmála þann 18. janúar 2012 hafnaði kærunefndin kröfu stefnanda um stöðvun

samningsgerðar. Með ákvörðun kærunefndarinnar þann 5. mars 2012 komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ákvörðun stefnda að hafna öllum framkomnum tilboðum hafi verið ólögsmæt. Nefndin hafnaði hins vegar þeirri kröfu stefnanda að ákvörðun stefnda um að hafna öllum tilboðum í verkið yrði breytt á þann veg að velja tilboð kæranda, eða hún felld úr gildi. Þá taldi kærunefndin stefnda skaðabótaskyld gagnvart stefnanda vegna kostnaðar kæranda við að undirbúa tilboð og þátttöku, sbr. 1. mgr. 100. gr. og 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Þá var stefnda gert að greiða stefnanda 400.000 krónur vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.

Þá liggur fyrir að stefnda bauð aftur út sorphirðu í sveitarfélaginu í marsmánuði 2012, en með nokkru öðru fyrirkomulagi en í fyrra útboði. Var stefnandi einn þriggja bjóðenda í verkið. Með bréfi dags. 2. maí 2012 var bjóðendum tilkynnt að ákveðið hafi verið að taka tilboði Íslenska gámafélagsins ehf., sem hafi átt lægsta tilboðið í verkið.

Með bréfi dags. 6. júlí 2012 krafði stefnandi stefnda um greiðslu skaðabóta með vísan til niðurstöðu kærunefndar útboðsmála. Annars vegar vegna tjóns við að undirbúa tilboð og þátttöku í útboðinu og hins vegar vegna tapaðs hagnaðar. Með bréfi dags. 10. ágúst 2012 hafnaði stefnda kröfu stefnanda sem alltof hárrí og órökstuddri. Þá segir í stefnu að stefnda hafi ekki sinnt innheimtubrífum stefnanda dags. 10. desember 2012 og 15. mars 2013. Í kjölfar þessa var mál þetta höfðað.

#### *Undirmatsgerð*

Í þinghaldi 16. apríl 2014 óskaði stefnandi eftir að dómkvaddur yrði matsmaður til að meta þann hagnað sem stefnandi taldi sig hafi farið á mis við vegna þeirrar ákvörðunar stefnda að hafna öllum tilboðum í verkið. Matið skyldi miða við þær forsendur sem gefnar hafi verið í útboðsgögnum, tilboði stefnanda og líklegri framvindu verksins miðað við þær aðferðir sem stefnandi hafi ætlað að beita við framkvæmdina. Matsgerð hins dómkvadda matsmanns, Axels Hall hagfræðings, er dagsett er 10. maí 2015.

Matsspurningar voru þrjár og svaraði hinn dómkvaddi matsmaður þeim þannig: Í fyrsta lagi taldi undirmatsmaður að rekstrartekjur/verklaun stefnanda hefðu orðið 217.408.714 krónur á öllu samningstímabilinu, en 53.735.935 krónur fyrir árið 2012.

Í öðru lagi taldi undirmatsmaður að rekstrarkostnaður/verkkostnaður samkvæmt tilboði stefnanda hefði orðið 153.864.838 krónur á öllu tímabilinu, en 35.869.479 krónur fyrir árið 2012.

Í þriðja lagi hefði rekstrarframlegð/hagnaður stefnanda orðið 65.543.877 krónur á öllu tímabilinu, en 17.866.456 krónur fyrir árið 2012.

Í greinargerð matsmanns segir: „Í þessu máli er tekið til umfjöllunar mögulegur hagnaður Gámaþjónustunnar sem orðið hefði við sorphirðu í Árborg á árunum 2012-2016. Verkinu og tekjum af því var skipt upp í sex megintilboðsliði (A-F) og því er sem fer hér á eftir leitast við að meta hvernig kostnaður hefði fallið til ef verkefnið hefði verið unnið samkvæmt útboðslýsingu og þeim magnþölum sem um var að ræða. Við verkið var áætlað að notast við nýjan stóran fjögurra öxla bíl 32 tonn með tvískiptri söfnunartunnu fyrir almenna sorphirðu og 26 tonna þriggja öxla bíl með tengivagni sem myndi keyra milli Reykjavíkur og Árborgar með tveggja gáma flutningsgetu í ferð. Það er kostnaður við þessa rekstrarþætti sem mynda burðarás matsins auk umfjöllunar um hvaða aðra kostnaðarþætti beri að telja með til kostnaðar. Í tekjuhluta matsins sem og kostnaðarhluta eru forsendur um aðlögun við upphaf verkefnisins vegna kynningar og undirbúning jarðgerðar lífræns eldhúsúrgangs sem valda aðlögun í tekjum og kostnaði. Þessi aðlögun gerir það að verkum að fyrstu 6 mánuðina er tekju- og kostnaðarmat framkvæmt með öðrum hætti (tilboðsliður 38 og 49-50) Ekki er gert ráð fyrir því að rekstrarfjármunir og tengdur mannaflí hefði verið fullnýttir við verkefnið heldur hefðu þeir nýst líka til annarra verkefna hjá Gámaþjónustunni. Því verður nýtingarhlutfall rekstrarfjármuna og mannafla í þessu verkefni einn af lykilþáttum matsins sem hér er skoðað á eftir auk kostnaðar rekstrarfjármuna og mannafla.

Þegar skoðuð er afkoma í verki sem þessu verður að leggja mat á raunhæfi kostnaðaráætlunar sem m.a. byggir á áætlunum um afköst mannafla og framleiðni rekstrarfjármuna. Þegar þetta er metið þarf að líta til þeirra verkáætlana sem fyrirtækið hafði lagt til grundvallar við útboðið og þess kostnaðar sem fyrirtækið hefur haft af svipaðri nýtingu mannafla og rekstrarfjármuna sem um ræðir. Matsmaður telur að horfa þurfi til innri kostnaðar og afkastagetu í fyrirtækinu í ríkari mæli en af kostnaði og afköstum annarra aðila í svipuðum rekstri að svo miklu leyti sem það er unnt. Það stafar af því að skilvirkni þessa fyrirtækis ræður för um afkomu þess fremur en annarra fyrirtækja um svipað verkefni. Matsmaður hefur því lagt ríka áherslu á að afla kostnaðargagna og talna um afköst frá Gámaþjónustunni um leið og hann hefur leitað leiða til að staðreyna þær tölur með raunhæfi þeirra að leiðarljósi. Í matsþáttum er lagt mat á raunhæfi þátta og niðurstöður matsmanns settar fram. Útboðið [sic] var undir kostnaðaráætlun en matsmaður hefur ekki fengið aðgang að því kostnaðarmati.“

Í umfjöllun matsmanns um það hvaða kostnað skuli telja með segir að við áætlun á kostnaði við að vinna verkið og um leið við útreikning á framlegð af verkinu þurfi að skoða ákveðin álitamál og jafnvel skoða hvort það sé framlegðin sem meta skuli eða hreinan hagrænan hagnað verksins. Þá er meðal annars fjallað um breytilegan og fastan kostnað sem almennt falla til í rekstri við framleiðslu.

Vísar matsmaður í því sambandi til niðurstöðu Hæstaréttar í svokölluðu Héðinsfjarðargangamáli, þ.e. dóm Hæstaréttar í málinu nr. 416/2011, og lætur í framhaldinu uppi þá skoðun sína að það sé hans verkefni að reikna út framlegð sem verkefnið hefði skilað stefnanda. Þá segir: „Í ljósi ofangreinds er horft til breytilegs kostnaðar og haft í huga eins og síðar kemur fram í greinargerðinni að verkefnið svaraði til rúmlega 1 prósent af ársverkum og tekjum fyrirtækisins. Þar sem um er að ræða framleiðslutæki sem eru nýtt í umtalsverðu mæli við verkið er litið til fast [sic] kostnaðar þeirra sem breytilegur væri en annar fastur kostnaður ekki talinn með eins og stjórnunarkostnaður, rekstur skrifstofu og tengdir þættir enda hefðu þeir fallið til hvort eð er og ekki haft áhrif á framlegð þessa verks sem hefði haft litið vægi í rekstri Gámaþjónustunnar.“ Þá er í matsgerðinni ítarleg umfjöllun um afköst mannafla og tækja og unnið með rauntölur úr öðrum svipuðum verkum sem stefnandi hafði með höndum. Fram kemur að undirmatsmaður hafði aðgang að bókhaldsgögnum stefnanda.

#### *Yfirmatsgerð*

Víða í tilvitnuðum texta yfirmatsgerðar er vísað til aðila þessa máls með tilteknum hætti. Þegar vísað er til GP er átt við stefnanda þessa máls, Gámaþjónustuna hf. Þegar vísað er til yfirmatsbeiðanda er átt við stefnda í máli þessu, Sveitarfélagið Árborg. Og þegar vísað er til yfirmatsþola er átt við stefnanda.

Stefnda undi ekki undirmati og óskaði eftir dómkvaðningu yfirmatsmanna. Segir í yfirmatsbeiðni að stefnda hafi ekki verið sátt við niðurstöður undirmatsins og þá sérstaklega að teknu tilliti til þeirra forsendna sem búið hafi að baki matinu. Gerði stefnda athugasemdir við fjölmargt í undirmatsgerðinni sem yfirmatsmenn svöruðu í matsgerð sinni. Þann 2. desember 2015 voru Árni Jón Árnason viðskiptafræðingur og Ásmundur Magnússon byggingatæknifræðingur dómkvaddir sem yfirmatsmenn í máli þessu og var matsgerð þeirra, dags. 10. október 2016. Yfirmatsgerðin skiptist í þrjá aðalkafla, Inngang, umfjöllun og niðurstöður yfirmatsmanna og greinargerð yfirmatsmanna. Þá fylgdu matsgerðinni viðaukar. Í fyrsta lagi um skiptingu verklauna og verkkostnaðar niður á verkþætti og mánuði og skiptingu framlegðar niður á verkliði og mánuði. Í öðru lagi verðlagsleiðréttingar verklauna, verkkostnaðar og framlegð af verkinu fyrir árin 2012-2016 skipt niður á mánuði. Einnig fylgdu yfirmatsgerð fylgiskjöl s.s. yfirmatsbeiðni, fundargerðir, athugasemdir yfirmatsþola og undirmatsgerð Axels Hall.

Í kafla 1, „Inngangur“ kemur fram að spurningar til yfirmatsmanna hafi verið samhljóða spurningum til undirmatsmanns, þ.e. þrjár spurningar sem hver hafi verið í þremur liðum. Þá var í yfirmatsbeiðni óskað eftir að yfirmatsmenn settu

útreikninga sína fram á verðlagi þess tíma er tilboðið var gert og að fullnægjandi sundurliðun og útreikningar fylgdi yfirmatsgerð.

Í inngangskafli er einnig gerð grein fyrir athugasemdum yfirmatsbeiðanda, stefnda í máli þessu, m.a. varðandi atriði í undirmatsgerð sem stefnda var ekki sátt við og nánar verður gerð grein í umfjöllun um niðurstöður yfirmatsgerðar. Þá er gerð grein fyrir spurningum yfirmatsbeiðanda til Eflu verkfræðistofu varðandi forsendur kostnaðaráætlunar sem fyrirtækið gerði fyrir stefnda og birt var við opnun tilboða. Kemur fram að óskað hafi verið eftir framangreindum upplýsingum í þeim tilgangi að styðjast ekki eingöngu við forsendur undirmatsmanns og stefnanda. Spurningar yfirmatsmanna og svör Eflu verkfræðistofu eru sem hér segir:

**„1) Getum við fengið kostnaðaráætlunina afhenta sundurliðaða niður á kafla eða einstaka tilboðsliði?**

*Samantekt kafla:*

<u>Lýsing</u>	<u>vinnuliðar</u>	<u>Kostnaðaráætlun</u>
<u>Gámaþjónustan</u>		
Söfnun til 1.7.2012:	15.128.900	25.360.939
Söfnun frá 1.7.2012:	149.499.270	153.239.180
Flutningur úrgangs til Sorpu:	69.967.424	39.545.000
Leiga gáma á Gámastöð:	11.050.000	12.972.500
Jarðgerð lífræns eldhúsúrgangs	32.400.000	21.600.000
Söfnun frá stofnunum Árborgar:	13.664.000	9.978.420
Kynning, fræðsla auk inniláta og poka	6.375.000	10.151.900
	<b>298.084.594</b>	<b>272.847.938 [sic]</b>

**2) Er kostnaðaráætlunin byggð á reynslutölum (markaðsverðum) eða útreiknuðum einingarverðum?**

*Kostnaðaráætlunin er byggð á reynslutölum.*

**3) Er gert ráð fyrir ófyrirséðum kostnaði, og þá hve miklum, í kostnaðaráætluninni?**

*Reiknað er með ófyrirséðum kostnaði inni í einingarverðum áætlunar en óvíst nákvæmlega hve hár hann er. Verkið er hannað og skipulagt þannig að ekki ætti að koma til mikils ófyrirséðs kostnaðar.*

**4) Er gert ráð fyrir hagnaði verktaka, og þá hve miklum, í kostnaðaráætluninni?**

*Gert er ráð fyrir að hagnaður sé hluti af einingarverðum en ekki vitað hve hár hann er.*

**5) Hver er aðkoma Verkfræðistofu Suðurlands ehf. af gerð útboðsgagna og kostnaðaráætlunar?**

*Verkfræðistofa Suðurlands var til ráðgjafar við útboð og kom að rýni útboðsgagna en ekki er munað hvort hún kom að kostnaðaráætlun.“*

Í kafla 2 „Umfjöllun og niðurstöður yfirmatsmanna“ kemur fram að við gerð yfirmatsins hafi yfirmatsmenn stuðst við undirmat Axels Halls. Horft hafi verið til þeirra forsenda sem matsmaður hafi sett fram í undirmati og hafi yfirmatsmenn gert á þeim breytingar ef þeir hafi talið ástæðu til. Þá er ítarlega gerð grein fyrir aðferðafræði yfirmatsmanna við framkvæmd matsins. Undirmatsmaður hafi í útreikningum sínum metið hvernig kostnaður hefði fallið til ef verkefnið hefði verið unnið samkvæmt útboðslýsingu og fyrirliggjandi magntölum. Til hafi staðið að nota nýjan söfnunarbíl auk flutningsbíls með tengivagni til flutnings söfnunargáma milli Reykjavíkur og Árborgar. Hafi þessir þættir auk umfjöllunar um hvaða aðra kostnaðarþætti bæri að telja með til kostnaðar verið meginforsendur matsins. Þá hafi tekju- og kostnaðarmat verið framkvæmt með öðrum hætti fyrir fyrstu sex mánuðina þar sem um aðlögunartímabil fyrir nýju sorpsöfnunina hafi verið að ræða. Þá segir að undirmatsmaður hafi byggt niðurstöðu sína á dómi Hæstaréttar í Héðinsfjarðargangnamálinu, mál nr. 416/2011, en í því máli hafi aðilar einnig deilt um hvaða kostnað ætti að tilgreina í útreikningum á hagnaðarmissi. Hafi í framangreindum dómi verið tekið mið af þeirri staðreynd að fasti kostnaðurinn félli til óháð verkefninu og því bæri að horfa til hvaða kostnaðarauki hefði orðið. Í umfjöllun um rekstrarkostnað tengdan fastafjármunum segir að forsendur undirmats hafi gert ráð fyrir að umrætt verk bæri fastan kostnað í hlutfalli við nýtingarhlutfall og hafi það verið í samræmi við áður nefndan dóm Hæstaréttar. Hafi undirmatsmaður metið að nýtingarhlutfall í þessu verki hafi verið 47% samanborið við 45% hlutfall sem stefnandi hafi stuðst við í sínum útreikningum. Þá hafi mat á breytilegum kostnaði verið tvískipt. Annars vegar kostnaður tengdur ökutæki með krók og tengivagn og hins vegar sorpsöfnunarbíl með tvískipta tunnu. Stefnandi hafi reynslu af fyrrnefnda fyrirkomulaginu og þekki því kostnað sem því fylgi. Hins vegar hafi stefnandi ekki áður notast við sorpsöfnunarbíl með tvískipta tunnu og því hafi ekki sama reynsla legið að baki þeim kostnaðaráætlunum. Eitt slíkt tæki hafi þó verið tekið í notkun árið 2011 en um hafi verið að ræða minni bifreið en áætlað var að nota í Árborg, þ.e. Árborgarbifreiðin hafi átt að vera 23% þyngri. Því hafi í undirmati verið notast við upplýsingar um rekstrarkostnað áður nefndrar minni bifreiðar á árunum 2011-2014, en til að vega upp á móti stærðarmismun ökutækjanna hafi undirmatsmaður uppreiknað eldsneytisnotkun um 10%. Sama hafi gilt varðandi upplýsingar um hjólbarða, kílómetragjald og vátryggingar. Hins vegar hafi viðhald verið að hálfu tekið óbreytt en að hálfu uppfært sem nemur akstursmun. Í útreikningum matsmanns hafi komið í ljós hærri rekstrarkostnaður á krókbíl og tengivagn en gert

hafi verið ráð fyrir í útboðinu og hafi munað um þremur milljónum á árlegum rekstrarkostnaði. Hins vegar hafi þessu verið öfugt farið varðandi rekstrarkostnað ökutækis með tvískipta tunnu. Samkvæmt útreikningum undirmatsmanns hafi kostnaður við framangreint ökutæki verið ofmetinn um 5,8 milljónir króna.

Þá hafi undirmatsmaður fjallað sérstaklega um afkastagetu söfnunarþílsins þar sem stefnda hafi talið að afkastagetu bifreiðarinnar gæti orðið flöskuháls. Hafi undirmatsmaður komist að þeirri niðurstöðu að bifreið sú sem til hafi staðið að nota í verkið hefði ekki virkað sem flöskuháls þar sem hún hefði getað afkastað 13 tonnum af efni, en miðað við útreikninga undirmatsmanns hafi hann komist að þeirri niðurstöðu að miða ætti við 965 heimsóknir á dag og til að sinna því hefði afkastagetu bifreiðarinnar þurft að vera 10 tonn.

Í umfjöllun um kafla 2.2 „Forsendur og gögn“ kemur fram það álit yfirmatsmanna að lykilatriðin við útreikning á tapaðri framlegð stefnanda séu meðhöndlun kostnaðar og áætluð afköst í sorpsöfnuninni. Í vinnu við yfirmatið hafi yfirmatsmenn notast við undirmatið en einnig hafi þeir fengið upplýsingar um forsendur kostnaðaráætlunar sem Efla verkfræðistofa hafi gert fyrir stefnda eins og áður greinir. Segir í yfirmatsgerð að kostnaðaráætlun Eflu verkfræðistofu falli vel að niðurstöðum undirmatsmanns þar sem kostnaðarmat verkfræðistofunnar hafi verið hærra í flutningsliðum en lægra í söfnunarliðum.

Varðandi fastan og breytilegan kostnað kemur fram sú skoðun yfirmatsmanna að ekki eigi að taka tillit til alls fasts kostnaðar í útreikningum á hagnaðarmissi stefnanda vegna stærðarhagkvæmni fyrirtækisins og getu til þess að taka að sér ný verkefni af ákveðinni stærðargráðu. Beri undirmatið með sér að kostnaður við fjárfestingar sem hefði þurft að ráðast í vegna verkefnisins hefðu að einhverju leiti dreifst á önnur verkefni og telja yfirmatsmenn að ólíklegt sé að tækjakostur stefnanda hefði staðið ónotaður. Þá eru yfirmatsmenn sammála undirmatsmanni um að nota skuli hærra hlutfall í útreikningi fasts kostnaðar í hlutfalli við nýtingarhlutfall en stefnandi hafi gert. Í yfirmati sé því reiknað með 47,25%. Þá segir að yfirmatsmenn sjái ekki annað en að dómur Hæstaréttar í Héðinsfjarðargangnamálinu, sem sé í grunninn svipað og mál þetta, leiðbeini matsmönnum eindregið í þá átt að reikna beri framlegðarmissi verktaka við útreikning á hagnaðarmissi verks. Þó ekki liggi jafn ljóst fyrir hvernig meta eigi breytilegan kostnað á ökutæki með tvískiptri tunnu virðist aðferðafræði undirmatsmanns hafa verið raunhæf.

Þá segir að vegna þess hvernig bæði stefnandi og undirmatsmaður byggðu upp kostnaðarreikninga sína séu afköst stefnanda í sorpsöfnun ein mikilvægasta breytan í útreikningunum. Því hafi verið kannað hvort forsendur um afköst í kostnaðarútreikningi undirmats hafi verið raunhæfar. Yfirmatsmenn taka fram að

engar tölur hafi verið fyrirbyggjandi um afköst við sorphirðu í Árborg og ekki hafi fengist upplýsingar frá Eflu verkfræðistofunni um hvaða afköst hafi verið miðað við í kostnaðaráætlun þeirra. Því hafi yfirmatsmenn haft samband við tæknimenn bæjarfélaga og ráðgjafa þeirra á nokkrum stöðum á landinu þar sem oftast hafi verið um að ræða sorphirðu bæði í þéttbýliskjörnum og dreifbýli. Vegna mismundi verklags milli sveitarfélaga hafi allur samanburður hins vegar verið mjög erfiður. Hvergi hafi fengist skriflegar tölur um raunafköst og því hafi fyrirspurn yfirmatsmanna litlu bætt við þær tölur sem liggi fyrir í undirmati. Það hafi því verið niðurstaða yfirmatsmanna að þeir hafi ekki rök til þess að rengja þá skoðun undirmatsmanns að útfærsla stefnanda sé raunhæf, bæði hvað varðar afköst og útbúnað. Þá hafi athuganir í undirmati varðandi mat á afköstum og hleðslugetu söfnunarbíls verið góðar og hafi í yfirmati verið tekið mið af þeim. Þá segir í yfirmatsgerð: „Í undirmati er lagt mat á tekjur og kostnað verksins. Það mat er gert á vandaðan og nákvæman hátt að dómi yfirmatsmanna. Ekki eru gerðar athugasemdir við mat undirmatsmanns á tekjum verksins. Við gerð kostnaðarmats eru einkum þrjár þættir sem mynda hið endanlega mat, eða tilboð verktaka. Þessir þættir eru verkkostnaður, ófyrirséður kostnaður (áhætta (e.risk)) og hagnaðarkrafa verktaka. Yfirmatsmenn telja að verkkostnaður sé rétt skilgreindur í undirmati en þar sem stuðst er við kostnað eins og hann kemur fram í bókhaldi GP má áætla að ófyrirséður kostnaður sé hluti af raunkostnaðartölum verktaka, sem eiga uppruna sinn í kostnaðarbókhaldi hans, og er því ekki gert ráð fyrir viðbótarkostnaði í yfirmati vegna þessa. Yfirmatsmenn gera ekki athugasemdir við rökfærslu né útreikninga matsmanns og eru sammála niðurstöðu hans að ekki sé nein ástæða til að áætla að söfnunarbifreiðin hefði virkað sem flöskuháls.“

Í köflum 2.3–2.5 er spurningum stefnda til yfirmatsmanna svarað. Fyrsta spurning til yfirmatsmanna, „Verklaun“, er svohljóðandi: „1.1 Hver hefðu verklaun yfirmatsþola [stefnanda, innskot dómara]orðið á samningstímabilinu (árin 2012-2016) af umræddu verki skv. skilgreiningu útboðsgagna í leið B? 1.2 Er raunhæft og eðlilegt að ætla að verklaun hefðu fallið til með sama hætti og gert er ráð fyrir í stefnu? 1.3 Ef matsmönnum er ekki mögulegt að sundurliða útreikninga á því hvernig verklaunin hefðu fallið til fyrir allt tímabilið, þ.e. árin 2012-2016, er þess óskað að matsmenn láti í té sundurliðaða útreikninga á því hvernig verklaunin hefðu fallið að því marki sem unnt er, en í minnsta lagi fyrir árið 2012.“

Svar yfirmatsmanna er svohljóðandi: „Samkvæmt útreikningum yfirmatsmanna sem miða við verð í tilboði GP þá hefðu verklaun orðið kr. 53.735.935 ef einungis er horft á 2012 en kr. 217.408.716 fyrir allt tímabilið. [...] Yfirmatsmenn hafa engar ástæður til að áætla að verklaun hefðu átt að falla til með einhverjum öðrum hætti en gert var ráð fyrir í undirmati. Ef komið hefðu upp

*aðstæður líkt og breyting á fjölda heimila eða losana þá hefði það áhrif bæði áhrif [sic] á tekjur og kostnað en engar forsendur eru fyrir því að þær breytingar hefðu haft áhrif á einingarverð.“*

Önnur spurning til yfirmatsmanna, „Verkkostnaður“ er svohljóðandi: „2.1 Er sá kostnaður sem yfirmatsþoli áætlaði við verkið raunhæfur og eðlilegur? 2.2 Er raunhæft og eðlilegt að áætla að kostnaðurinn hefði fallið til með sama hætti og gert er ráð fyrir í stefnu? 2.3 Ef matsmönnum er ekki mögulegt að meta kostnað fyrir allt tímabilið, þ. e. árið 2012-2016, er þess óskað að matsmenn láti í té sundurliðaða útreikninga á fyrirsjáanlegum eða ætluðum verkkostnaði að því marki sem unnt er, en í minnsta lagi fyrir árið 2012.“

Svar yfirmatsmanna er svohljóðandi: „Samkvæmt útreikningum yfirmatsmanna hefði verkkostnaður orðið kr. 35.967.640 ef einungis er horft á 2012 en kr. 154.355.642 fyrir allt tímabilið. [...] Yfirmatsmenn studdust við upphæðir úr undirmati þar sem þær eru byggðar á rauntölum. Nýtingarhlutfallið var hækkað litillega úr 45% í 47,25% sem miðar þá að 5% hækkun frá því nýtingarhlutfalli sem GP gerði ráð fyrir í sínum útreikningum. Hækkun nýtingarhlutfalls um 5% er tilkomin vegna tíðari losana á grátunnum frá fjölbýlishúsum í Árborg eins og verksamningur segir til um.“

Þriðja spurning til yfirmatsmanna, „Hagnaður“ er svohljóðandi: „3.1 Er hagnaður sem yfirmatsþoli áætlaði við verkið raunhæfur og eðlilegur? 3.2 Er raunhæft og eðlilegt að ætla að hagnaðurinn hefði fallið til með sama hætti og gert er ráð fyrir í stefnu. 3.3 Ef matsmönnum er ekki mögulegt að meta hagnað fyrir allt tímabilið, þ.e. árin 2012-2016, er þess óskað að matsmenn láti í té sundurliðaða útreikninga á fyrirsjáanlegum eða ætluðum hagnaði af því marki sem unnt er, en í það minnsta lagi fyrir árið 2012.“

Svar yfirmatsmanna er svohljóðandi: „Miðað við útreikninga yfirmatsmanna þá hefði framlegð verksins fyrir 2012 verið kr. 17.768.295 en kr. 63.053.074 fyrir allt tímabilið. [...] Framlegðin er mismunur verklauna og verkkostnaðar og byggist niðurstaða hennar á aðferðafræði og forsendum í útreikningi þeirra. Yfirmatsbeiðandi telur að allur kostnaður í framlagðri matsgerð sé verulega vanáætlaður. Telur hann að miðað við framlagðan ársreikning yfirmatsþola þá hefði framlegðin af þessu tiltekna verki verið tæplega 36% af EBITDA fyrirtækisins fyrir árið 2012. Í ljósi athugasemdar yfirmatsbeiðanda þá könnuðu yfirmatsmenn hversu stór hluti framlegð þessa verkefnis hefði verið af EBITDA framlegð fyrirtækisins árið 2012. Niðurstaða yfirmatsmanna er að framlegð af þessu verkefni hefði verið um 6% af EBITDA fyrirtækisins fyrir árið 2012 sem er töluvert lægra hlutfall en skv. mati yfirmatsbeiðanda.“

Í kafla 2.6, sem ber heitið „*Svör við aðfinnslum og sérstöku athugasemdum yfirmatsbeiðanda*“, er umfjöllun yfirmatsmanna við einstökum athugasemdum stefnda við undirmatsgerðina. Í fyrsta lagi að ekki hafi verið gert ráð fyrir kostnaði vegna verkfunda, sbr. grein 0.8.1 í útboðslýsingu, en samkvæmt greininni hafi verktaki ásamt undirverktökum átt að mæta á verkfund með fulltrúa verkkaupa á fjögurra vikna fresti fyrsta árið en svo ársfjórðungslega eftir það. Í yfirmatsgerð, kafla 2.6.1 segir um þetta: „*Það er mat yfirmatsmanna að ekki sé um áhrifamikinn útgjaldalið að ræða þar sem að mæting á vinnufundi fellur innan verksviðs fastra starfsmanna GP. Ef um aukinn kostnað væri að ræða fyrir GP þá væri hann helst í formi ferðakostnaðar. Yfirmatsmenn telja að um hverfandi kostnað í samhengi við heildar verkkostnaðinn sé að ræða og að engu þurfi að bæta við kostnaðarlið yfirmats vegna þessa.*“

Í öðru lagi er í kafla 2.6.2 „*Vinnuklæðnaður*“ fjallað um athugasemdir stefnda um að hvergi í undirmati sé gert ráð fyrir kostnaði við vinnuklæðnað, en samkvæmt grein 0.7.5 í útboðslýsingu skyldu starfsmenn klæðast vinnufatnaði sem uppfylli EN-471 staðal. Um þetta segir yfirmatsgerð: „*Fullvíst er talið að GP útvegi starfsmönnum sínum vinnufatnað í öllum sínum verkum. Sá vinnufatnaður uppfyllir mjög líklega þennan staðal eða er af svipuðum gæðum. Yfirmatsmenn telja því afar líklegt að GP sé með þennan kostnað inni þeim tölum sem út úr þeirra bókhaldi koma annaðhvort í launatengdum gjöldum eða annarstaðar [sic]. Af þessum sökum er ekki ástæða til að bæta við kostnaði vegna þessa í yfirmati enda er ekki um að ræða stóran útgjaldalið.*“

Í þriðja lagi er í kafla 2.6.3 „*Gerð og afhending moltu*“ gerð grein fyrir athugasemdum stefnda um að í undirmati hafi ekki verið gert ráð fyrir kostnaði vegna gæðamoltu sem verkkaupi og íbúar sveitarfélagsins hafi átt rétt á að geta sótt sér á athafnasvæði verktaka innan sveitarfélagsins sér að kostnaðarlausu, sbr. grein 0.8.14 í útboðslýsingu. Hafi stefnda bent á að ekki hafi verið gert ráð fyrir kostnaði við athafnasvæði í matsgerðinni og telur hann það ætti að hafa áhrif á framlegð verkefnisins. Í yfirmatsgerð segir: „*Að mati yfirmatsmanna þá hefði GP að öllum líkindum notað það svæði sem Árborg úthlutaði til GP fyrir sorpsöfnunargámanna fyrir gáma til afhendingar á moltu. Yfirmatsmenn meta það sem svo að ekki hefði verið þörf á frekara athafnasvæði fyrir GP í Árborg þar sem að ráðgert var að söfnunarbíllinn myndi losa bilinn á höfuðborgarsvæðinu. Það hefði því verið hægt vandi að hafa moltu til afhendingar á sama svæði og sorpsöfnunargámarnir hefðu verið. Yfirmatsmenn sjá því ekki fyrir sér viðbótarkostnað vegna þessa.*“

Í fjórða lagi er í kafla 2.6.4 gerð grein fyrir athugasemdum stefnda um að ekki hafi verið gert ráð fyrir kostnaði við rekstur þjónustvers fyrir íbúa sveitarfélagsins til að koma á framfæri kvörtunum og fyrirspurnum, sbr. grein 1.9 í

útboðslýsingu. Í yfirmatsgerð segir: „Það er álit yfirmatsmanna að sökum þess að GP hafði yfir að ráða þjónustuveri sem hefði geta sinnt fyrirspurnum frá íbúum Árborgar auka [sic] annarra svæða sem væru í þjónustu hjá GP hefði enginn aukinn kostnaður fallið til í þessu verk [sic] þar sem að fullstarfandi þjónustuver var fyrir hendi hjá GP áður en þetta verk kom til.“

Loks fjalla yfirmatsmenn í kafla 2.6.5 „Sérstakar athugasemdir yfirmatsbeiðanda“, um eftirfarandi athugasemdir stefnda við undirmatið: Í fyrsta lagi hafi stefnda vísað til þess að undirmatsmaður hafi ekki upplýst hvaða sveitarfélög það hafi verið sem stefnandi hafi sinnt og undirmatsmaður nýtt til að staðreyna fyrirframgefin afköst yfirmatsþola. Fram kemur að yfirmatsmenn hafi verið upplýstir um að sveitarfélögin sem um ræðir séu annars vegar Ölfus, sem svipi til Árborgar hvað landlegu varðar, en þar sé yfirmatsþoli með þriggja tunnukerfi, þ.e. brún-, grá- og blátunna. Hins vegar sé um að ræða Eyjafjarðarsveit, þar sem mun snjóþyngra sé, ekki jafnmikið flatlendi og nánast eingöngu dreifbýli, en þar sé sama kerfi og miðað sé við í afkastatölum fyrir Árborg, þ.e. brúntunna innan grátunnu. Fram kemur að yfirmatsmenn séu sammála undirmatsmanni í grunninn, þ.e. að til að staðreyna afkastatölur sé miðað við verkferla og skilvirkni stefnanda. Þá segir að þeir hafi þó gert „samanburð á afköstum við önnur sveitarfélög til að sjá hvort munur væri á afköstum þar og í Árborgarverkefninu. Sá samanburður leiddi ekki í ljós upplýsingar sem eru til þess fallnar að draga í efa þau afköst sem reiknað er með í undirmati.“ Kemur fram sú skoðun yfirmatsmanna að þó svo komið hafi í ljós að afköst á hvern starfsmann hafi verið nokkuð minni í Árborg en Ölfusi telji þeir þetta innan skekkjumarka þar sem notast sé við þrjár tunnur í Ölfusi þar sem fara hefði þurft fleiri ferðir upp að húsum þar sem eingöngu hafi verið hægt að taka tvær tunnur í hverri ferð. Er það skoðun yfirmatsmanna að afkastatölur fyrir Árborg geti talist raunhæfar bornar saman við rauntölur frá Ölfusi. Þá telja þeir mun á afköstum í Eyjafjarðarsveit og Árborg eðlilegan og skýrast af því að Eyjafjarðarsveit sé ekki jafn flatlent og Árborgarsvæðið, auk þess sem meiri snjóþyngsli séu á Eyjafjarðarsvæðinu.

Í öðru lagi hafi stefnda vísað til þess að þau afköst sem lögð hafi verið til grundvallar í töflum undirmatsgerðar séu ekki raunhæf. Í fyrsta lagi vegna þess hve dreifbýlt sé í Árborg, en þar séu 120 lögbýli. Í öðru lagi þurfi söfnunarbílinn auk þess að aka á Stokkseyri og Eyrarbakka. Í þriðja lagi telur stefnda að undirmatsmaður hafi ekkert athugað hvort söfnunarbílinn sem hugsaður hafi verið í verkið væri hentugur á heimreiðum eða hvort öxulþungi bifreiðarinnar sé of mikill fyrir heimreiðarnar á vorin og haustin. Í niðurstöðu yfirmatsmanna segir: „Yfirmatsmenn telja ekki ástæðu til að endurskoða forsendur um afköst út frá því hversu dreifð byggðin er í Árborg eða vegna eða [sic] fjölda lögbýla þar, enda eru

*aðstæður í Ölfusi og Eyjarfjarðarsveit hvað þetta varðar svipaðar og þess vegna ættu tölur sem matsmaður notar úr bókhaldi GP að vera sambærilegar að þessu leyti. Yfirmatsmenn hafa ekki haft tök á að kanna aðstæður á heimreiðum lögbýla í Árborg en þar sem GP notar stóra söfnunarbíla í hinum viðmiðunarverkunum, þó minni séu, gera matsmenn ekki ráð fyrir miklum vandræðum vegna stærðar söfnunarbílsins. Yfirmatsmenn telja því ekki ástæðu til að endurskoða forsendur um afköst í undirmati vegna þess.“*

Í þriðja lagi telur stefnda að í undirmatsgerð hafi ekki verið staðreynt hvort að sú staðreynd að í útboðsgögnum sé áskilið að við fjölbýlishús skuli losa grátunnur á sjö daga fresti, hafi áhrif á þau afköst sem lögð eru til grundvallar af yfirmatsþola. Þessu hafi undirmatsmaður mætt með því að hækka kostnaðarhlutdeild verksins upp í 47%. Telur stefnda að þessi krafa um aukna tíðni losana hafi í för með sér fleiri ferðir yfir Hellisheiði með tilheyrandi kostnaði og hafi stefnda farið fram á að þessi kostnaður væri sundurliðaður frekar. Í niðurstöðu yfirmatsmanna segir: „Yfirmatsmenn telja að ferðum söfnunarbíls yfir Hellisheiði hefði ekki endilega fjölgað, þrátt fyrir kröfu um aukna tíðni losana við fjölbýlishús. Miðað við fjölda vinnudaga sem eru áætlaðir í Árborgarverkefnið þá hefði yfirmatsþoli farið tvisvar til þrisvar í viku til Árborgar. Miðað við afkastagetu og nýtingu ökutækisins (sbr. umfjöllun í kafla 2.1.2) hefði ekkert verið því til fyrirstöðu að losa grátunnur við fjölbýlishús í þeim ferðum sem gert var ráð fyrir og uppfylla jafnframt skilyrði um tíðni losana. Í undirmati var þó reynt að einhverju leyti að leiðrétta fyrir þessum auknu losunum við fjölbýlishús með því að hækka nýtingarhlutfall bifreiðarinnar úr 45% (viðmið GP) í 47%. Eins og kom fram í kafla 2.4 þá er stuðst við nýtingarhlutfallið úr undirmatinu í okkar útreikningum en það er þó hækkað lítillega, eða í 47,25%.“

Í fjórða lagi hafi stefnda bent á að þrátt fyrir að snjólétt sé á Suðurlandi verði Hellisheiði oft ófær og enn oftast seinfarin. Því geri stefnda athugasemdir við að undirmatsmaður hafi ekki tekið inn í kostnað við þennan þátt verksins, þ.e. flutning yfir Hellisheiði. Í niðurstöðu yfirmatsmanna segir: „Yfirmatsþoli hefur stundað viðskipti á Íslandi í fjölda ára um allt land og má því áætla að hann sé vanur að eiga við ýmis veðurskilyrði og tilheyrandi röskun á vinnu. Þar sem ekki er gert ráð fyrir að fara þurfi yfir Hellisheiðina á hverjum degi þá væri ef til vill hægt, upp að vissu marki, að hliðra til þannig að starfsmenn og ökutæki séu nýtt í önnur verkefni þá daga sem ófært er. Þessi rök miða út frá að Hellisheiðin loki ekki einhverja daga í röð, ef slíkt myndi gerast gætu áhrifin orðið einhver þó erfitt sé að festa niður nákvæm áhrif. Þá má oft fara Þrengslin eða Suðurstrandarleið ef Hellisheiðin er ófær. Yfirmatsmenn telja því ekki ástæðu til að tíunda slíkan kostnað sérstaklega.“

Í greinargerð yfirmatsmanna, kafla 3, kemur fram að við gerð matsins hafi að miklu leyti verið stuðst við undirmatið og þá vinnu sem að baki því lá og hafi það ekki sætt athugasemdum af hálfu aðila málsins. Þá segir: „*Samkvæmt gögnum frá GP, [stefnanda, innskot dómara] var stærsti hluti kostnaðarins fölginn í launakostnaði, hvort sem um er að ræða ökumenn eða hlaupara, ásamt rekstri og viðhaldi sorpsöfnunarbils, krókbíls og tengivagna. Sorpsöfnunarbíllinn átti að bera tvískiptan söfnunarkassa vegna eðlis flokkunar á sorpi og hafði GP enga reynslu af því að notast við slíkt tæki. Krókbíllinn og tengivagnana átti að nýta í flutninga á sorpsöfnunargámum frá Árborg til höfuðborgarinnar, fyrirtækið hafði mikla reynslu af rekstri slíkra ökutækja. [...] Yfirmatsbeiðandi hefur ítrekað, bæði í yfirmatsbeiðninni sem og á yfirmatsfundum, bent á óraunhæfi þeirra afkasta sem GP gerði ráð fyrir, en stuðst var að einhverju leyti við þau afköst í undirmati og síðar í útreikningum yfirmatsmanna á tapaðri framlegð. Í öllum verkum koma upp ófyrirséðir atburðir sem eiga það til að draga úr afköstum. Í verki sem þessu sem er vel skilgreint og verktaki þekkir vel til verklags er þó um afar lágt hlutfall að ræða (1-2%). Ekki fengust svör frá Eflu um hvað þeir reiknuðu með í sinni kostnaðaráætlun, aðeins svar um að afar lítil óvissa sé í verki sem þessu. Þar sem kostnaðartölur sem notaðar eru í undirmati eru rauntölur fengnar úr bókhaldi GP verður að gera ráð fyrir því að þessi kostnaður sé þegar innifalinn [sic] í þessum tölum.“*

Í lokaorðum matsgerðar segir: „*Í stað þess að taka upp alla útreikninga undirmats eru þeir staðfestir af yfirmatsmönnum. Þá eru ekki talin efni til þess að draga þær afkastatölur sem þar eru lagðar til grunna í efa. Einnig er gengið út frá því að kostnaður vegna ófyrirséðra atvika sé innifalinn í kostnaðartölum sem matsmaður fær úr bókhaldi GP. Kostnaður tilkomin [sic] vegna athugasemda og aðfinnslna yfirmatsbeiðanda eru ýmist taldar vera þegar innifaldar í tilteknum kostnaði í undirmati eða vera svo óverulegar í heildarkostnaðarmati að þeim er sleppt í yfirmati.“*

### **Málsástæður og lagarök stefnanda**

Helstu málsástæður og lagarök stefnanda í þessum þætti málsins eru eftirfarandi: Stefnandi byggir kröfur sínar á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna brota stefnda á lagareglum um útboð. Stefnda hafi í kjölfar útboðsins verið skylt að gera við stefnanda verksamning í kjölfar útboðsins, en það hafi stefnda hins vegar ekki gert. Með vísan til 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup beri stefnda ábyrgð á því, en einnig með vísan til almennra skaðabótareglna. Niðurfelling útboðsins hafi ekki byggst á málefnalegum forsendum og í niðurfellingu hafi jafnframt falist höfnun á tilboðum.

Vísar stefnandi til þess að í 101. gr. laga nr. 84/2007 sé kveðið á um bótaskyldu vegna brota á lögum og reglum um opinber innkaup. Ákvæði sé um sérstakt sönnunarhagræði ef krafist er kostnaðar við tilboðsgerð sbr. 1. mgr., en í 2. mgr. sé kveðið á um að sé krafist annars konar skaðabóta á sama grundvelli gildi almennar reglur. Eigi bjóðandi rétt á bótum fyrir almennt fjártjón/missi hagnaðar, ef honum takist að sanna með réttu að taka hefði átt tilboði hans. Kærunefnd útboðsmála hafi í úrskurði sínum frá 2. mars 2012 staðfest að báðum skilyrðunum hafi í máli þessu verið fullnægt, þ.e. að ef reglur hefðu ekki verið brotnar hefði stefnandi átt raunhæfa möguleika á því að verða fyrir valinu til samningsgerðar, enda hafi hann átt hagstæðasta tilboðið, sbr. 72. gr. laganna.

Stefnandi byggir á því að höfnun stefnda á tilboði hans hafi verið í andstöðu við ákvæði laga nr. 84/2007. Ákvörðun um að hafna öllum tilboðum þurfi að byggjast á málefnalegum og rökstuddum sjónarmiðum og hafi verkkaupi ekki val um það hvernig hann ljúki útboðsferli eftir að það er hafið. Framkvæmd stefnda hafi verið ýmsum annmörkum háð. Enginn rökstuðningur hafi fylgt ákvörðun stefnda þann 16. desember 2011 um að hafna öllum tilboðum eins og skylt sé samkvæmt 1. mgr. 75. gr. laganna. Þær ástæður sem stefnda hafi tilgreint síðar, þ.e. með bréfi dags. 19. sama mánaðar, hafi ekki verið málefnalegar og ekki getað verið grundvöllur fyrir höfnun allra tilboða. Hinir ætluðu annmarkar að mati stefnda hafi verið þeir að ekki hafi verið áskilið í útboðsgögnum að bjóðendur skiluðu með tilboðum sínum öllum þeim upplýsingum sem áhrif hefðu við val á tilboðunum. Þar af leiðandi hefði framkvæmd útboðsins gert bjóðendum kleift að hafa áhrif á val tilboðs með þeim gögnum sem skilað hafi verið inn síðar, eftir að tilboð höfðu verið opnuð. Stefnandi telur að stefnda hafi að öllum líkindum með þessu verið að vísa til kafla 0.1.3 í útboðsgögnum um hæfi bjóðenda en þar segir að bjóðanda beri að láta í té tilteknar upplýsingar um hæfi sitt innan viku frá opnun og yfirferð tilboða, en einungis ef þess sé óskað af verkkaupa. Vísar stefnandi til þess að stefnda hafi haft það algjörlega í hendi sér hvort hann óskaði eftir upplýsingum og því rangt að halda því fram að bjóðendur hefðu sjálfir getað haft áhrif á framkvæmd útboðsins. Um hafi verið að ræða hæfisskilyrði en ekki valforsendur tilboðs og alvanalegt sé að kallað sé eftir gögnum hvað það varðar þegar fyrir liggja hve mörg boð hafi borist. Vandalaust sé að haga því með samræmdum hætti þannig að komið sé í veg fyrir mismunun.

Stefnandi telur framangreindar röksemdir stefnda fyrir höfnun tilboðs stefnanda hafa verið fyrirslátt og hafi tilboðinu verið hafnað á grundvelli annarra forsendna en þeirra sem settar hafi verið fram í útboðsgögnum, en slíkt sé óheimilt samkvæmt 2. mgr. 72. gr. sömu laga. Stefnandi telur að ætlun stefnda hafi ávallt verið sú að semja við Íslenska gámafélagið ehf., og sjáist það best á því að sama

dag og öllum tilboðum í verkið hafi verið hafnað hafi stefnda framlengt verksamning við félagið. Þá hafi, eftir síðara útboð stefnda, tilboði nefnds félags verið tekið aðeins 14 dögum eftir opnun tilboða.

Stefnandi telur stefnda einnig hafa brotið gegn formreglum við töku ákvörðunar um að hafna öllum tilboðum, enda hafi Gunnar Egilsson verið meðal þeirra sem tekið hafi ákvörðunina á fundi bæjarstjórnar. Hann sé bróðir Guðjóns Egilssonar sem annast hafi sorphirðu fyrir stefnda í mörg ár. Samkvæmt 2., 3., 5. og 6. tölulið 3. gr. stjórnáslutlaga, sem eigi samkvæmt 103. gr. laga 84/2007 að gilda um ákvarðanir um opinber innkaup, hafi Gunnari verið óheimilt að taka þátt í undirbúningi, meðferð eða ákvörðunartöku í málinu.

Stefnandi byggir á því að hann hafi átt hagkvæmasta tilboðið, sbr. 1. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007 og ef til hinnar ólögmetu ákvörðunar hefði komið, hefði verið samið um verkið við stefnanda. Tilboð stefnanda í leið A hafi verið 12% lægra en næsthæsta boð og boð stefnanda í leið B hafi verið 13,9% lægra. Auk þess hafi stefnandi fengið betri einkunn í mati Eflu verkfræðistofu eins og staðfest hafi verið í úrskurði kærunefndar útboðsmála. Þá hafi tilboð stefnanda verið töluvert undir kostnaðaráætlun stefnda. Þannig hafi tilboð stefnanda fullnægt þörfum stefnda best miðað við þær forsendur sem gefnar hafi verið, sbr. 45. gr. laga nr. 84/2007, og ekkert hafi komið fram um að tilboðið hafi verið ógilt eða að stefnandi ekki uppfyllt hæfiskröfur.

Vísar stefnandi til þess að samkvæmt framansögðu sé því ljóst að öllum skilyrðum 1. mgr. 101. gr. laganna og almennra skaðabótareglna sé fullnægt og sé stefnda því skaðabótaskyldt gagnvart stefnanda. Þá blasi við öll skilyrði hinna almennu skaðabótareglna um huglæga afstöðu, orsakatengsl og sennilega afleiðingu og hafi stefnda mátt vera það ljóst þegar tekin hafi verið ákvörðun um að hafna öllum framkomnum tilboðum.

Varðandi umfjöllun um kröfufjárhæð byggir stefnandi á því að við ákvörðun á umfangi tjóns vegna hinnar ólögmetu ákvörðunar stefnda, eigi við almennar reglur um sönnun fjártjóns, sbr. 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007. Þá eigi við það lögskýringarsjónarmið að reglur um bótaábyrgð vegna brota á útboðsreglum eigi að hafa raunhæfa þýðingu. Af því taki kröfur til sönnunar mið.

Stefnandi byggir á því að fjárhæð bóta verði að miða að því að gera stefnanda eins settan fjárhagslega og hefði stefnda samið við hann og stefnandi unnið verkið. Stefnandi byggir á því að tjón hans svari til tapaðrar framlegðar hans af verkinu, þ.e. mismunar á verklaunum annars vegar og breytilegum kostnaði við framkvæmd verksins hins vegar. Skýrt fordæmi sé að finna í dómi Hæstaréttar nr. 416/2011 um að framangreindar forsendur beri að leggja til grundvallar. Stefnandi telur ljóst að hefði stefnda samið við stefnanda um verkið hefðu árlegar greiðslur á

framkvæmdatímanum einungis verið óverulegur hluti veltu stefnanda á samningstímabilinu enda hafi stefnandi um árabíl verið leiðandi í umhverfisþjónustu og sinni sorphirðu víðs vegar um landið. Þá sé ljóst að stefnandi hefði hvorki þurft að ráðast í mannráðningar til að annast yfirstjórn, verkstjórn eða bókhald né annars konar fjárfestingar til að geta innt hið nýja verkefni af höndum aðrar en þær sem fram komi í kostnaðarútreikningum vegna sorphirðubíls.

Í umfjöllun um tekjur vísar stefnandi til þess að hafa gert tilboð sitt á grundvelli ákveðinna tilboðsliða og hefðu heildarverklaun allt samningstímabilið orðið sem hér segir:

A.	<i>Tilboðsliðir 1-20</i>	
<i>Samtals sorphirða:</i>		<i>kr. 142.310.852</i>
B.	<i>Tilboðsliðir 21-32</i>	
<i>Flutningur úrgangs til Sorpu bs:</i>		<i>kr. 31.509.960</i>
C.	<i>Tilboðsliðir 33-37</i>	
<i>Leiga á gámum</i>		<i>kr. 10.336.653</i>
D.	<i>Tilboðsliður 38</i>	
<i>Jarðgerð lífræns eldhúsúrgangs</i>		<i>kr. 17.211.155</i>
E.	<i>Tilboðsliðir 39-48</i>	
<i>Sorphirða frá stofnunum Árborgar:</i>		<i>kr. 7.950.932</i>
F.	<i>Tilboðsliðir 49-50</i>	
<i>Kynning, fræðsla og söfnunarilát fyrir íbúa Árborgar</i>		<i>kr. 8.089.163</i>
<b><i>Heildartekjur án virðisaukaskatts:</i></b>		<b><i>kr. 217.408.715</i></b>

Vísar stefnandi til þess að tilboðsgerð í verkið hafi verið hefðbundin og hafi stefnandi boðið í mörg sambærileg verk. Við tilboðsgerðina hafi stefnandi notast við reynslutölur sínar um afkastagetu, laun starfsmanna og rekstrarkostnað bíla og tækja. Varðandi kynningu á nýju fyrirkomulagi hafi stefnandi stuðst við reynslu stefnanda af sambærilegu verki á Akureyri. Forsendur stefnanda hafi því verið mjög góðar og óumdeildar við áætlun kostnaðar við verkið. Þá virðist kostnaðaráætlun stefnda hafa verið í góðu samræmi við tilboð stefnanda, eða 91,5% af áætlun sem kynnt hafi verið við opnun tilboða þann 10. nóvember 2011.

Í umfjöllun um gjöld/kostnað vísar stefnandi til þess að við tilboðsgerðina hafi hann stuðst við útreikninga byggða á reynslu sinni og öðrum samningum um sambærileg verkefni, sem og upplýsingar úr eigin kostnaðarbókhaldi. Kostnaður stefnanda við framkvæmd verksins á einstaka tilboðsliði hefði fallið til þannig:

A.	<i>Tilboðsliðir 1-20</i>	
<i>Launakostnaður við sorphirðu er áætlaður:</i>		<i>kr. 50.316.960</i>
<i>Breytilegur kostnaður við rekstur bifreiða og akstur:</i>		<i>kr. 30.167.325</i>
<i>Fastur kostnaður (afskriftir, vextir og váttrygging):</i>		<i>kr. 12.017.825</i>

*B. Tilboðsliðir 21-32*

<i>Launakostnaður við flutning úrgangs er áætlaður:</i>	<i>kr.</i>	<i>8.968.610</i>
<i>Breytilegur kostnaður við rekstur bifreiða og akstur:</i>	<i>kr.</i>	<i>8.932.860</i>
<i>Fastur kostnaður (akstur, vextir og vátrygging):</i>	<i>kr.</i>	<i>8.376.135</i>

*C. Tilboðsliðir 33-37*

<i>Fastur kostnaður vegna leigu á gámum (afskriftir og vextir):</i>	<i>kr.</i>	<i>8.405.538</i>
---------------------------------------------------------------------	------------	------------------

*D. Tilboðsliður 38*

<i>Breytilegur kostnaður við jarðgerð á lífrænum úrgangi:</i>	<i>kr.</i>	<i>14.299.200</i>
---------------------------------------------------------------	------------	-------------------

*E. Tilboðsliðir 39-48*

<i>Breytilegur kostnaður við sorphirðu frá stofnunum</i>	<i>kr.</i>	<i>5.167.900</i>
----------------------------------------------------------	------------	------------------

*F. Tilboðsliðir 49-50*

<i>Breytilegur kostnaður við kynningu, fræðslu og ílát auk kostnaðar við verktryggingu</i>	<i>kr.</i>	<i>7.781.839</i>
------------------------------------------------------------------------------------------------	------------	------------------

***Samtals kostnaður af framkvæmd verksins: kr. 154.434.192***

Stefnandi kveður dómkröfuna grundvallast á mismun tekna og gjalda, þ.e. fjárhæð verklauna að frádregnum kostnaði stefnanda. Heildartekjur hefðu orðið 217.804.716 krónur, en kostnaður stefnanda við framkvæmd verksins, sem stefnandi byggir á að teljist sannaður að því marki sem hægt sé að sanna slíkt, hafi numið alls 154.434.192 krónum. Samkvæmt þessu hafi stefnandi reiknað með 62.974.523 króna hagnaði af verkinu í heild miðað við uppgefnar magntölur að teknu tilliti til vísitölu sem útboðslýsing hafi tilgreint.

Stefnandi gerir í máli þessu kröfu til þess tjóns sem fallið hefði til á árinu 2012 og miðar við að hinn tapaði hagnaður hafi fallið til mánaðarlega. Dómur í málinu myndi hafa fordæmisgildi fyrir síðari ár og áskilur stefnandi sér rétt til höfðunar framhaldssakar eða sérstaks máls, m.a. eftir því sem málatilbúnaður stefnda gefi tilefni til. Í umfjöllun stefnanda um tapaðan hagnað á árinu 2012, þ.e. stefnukröfu, vísar stefnandi til þess að í máli þessu sé til umfjöllunar tapaður hagnaður vegna ársins 2012 sem nemi 18.894.542 krónum að teknu tilliti til verðbóta en án virðisaukaskatts. Stefnandi telur sig eiga samsvarandi kröfur hvað varðar þau ár sem eftir lifi af samningi þeim sem stefnda hafi borið að gera við stefnanda. Þá vísar stefnandi til greinar 0.5.6 í útboðsgögnum um verðbætur greiðslna. Hafi hann uppreiknað kröfur sínar vegna ársins 2012 í samræmi framangreint ákvæði útboðsskilmála. Nánar hvað þetta varðar vísar stefnandi til framlagðrar samantektar framkvæmdastjóra stefnanda á áætluðum kostnaði við framkvæmd verksins.

Í stefnu gerir stefnandi sundurliðaða grein fyrir tekjum og gjöldum á mánuði og einstaka verkliði (A-F). Eru samanlagðar tekjur á árinu 2012 tilgreindar í töflu um tekjur 56.569.849 krónur með verðbótum. Samanlögð gjöld á árinu 2012 eru

tilgreind í töflu um gjöld 37.765.307 krónur með verðbótum. Á samsvarandi töflu um framlegð á árinu 2012 er samtala ársins 18.894.542 krónur með verðbótum, en 17.894.665 krónur án verðbóta.

Stefnandi telur sig hafa aflað þeirra sönnunargagna sem framast sé unnt á þessu stigi. Ekki hafi legið fyrir afstaða stefnda til útreikninga stefnanda þar sem hann hafi í engu svarað þeim bréfum sem send hafi verið vegna málsins. Stefnandi skoraði á stefnda að leggja fram sundurliðun þeirrar kostnaðaráætlunar sem kynnt hafi verið á opnunarfundinum 10. nóvember 2011. Þá skoraði stefnandi sérstaklega á stefnda að leggja fram mat Eflu verkfræðistofu á tilboðum stefnanda og Íslenska gámafélagsins ehf., sem gert hafi verið í tengslum við útboðið.

Þá vísar stefnandi til þess að samkvæmt ákvæðum útboðsgagna hafi verið gert ráð fyrir mánaðarlegum reikningum vegna verksins og sé kröfugerð stefnanda til samræmis við það. Kostnaður vegna reksturs sammingsins sé dreginn frá kröfugerðinni mánuð fyrir mánuð en með því móti fáist mánaðarleg framlegð verksins, þ.e. sá hagnaður sem verkefnið hefði skilað til reksturs stefnanda.

Stefnandi vísar um önnur lagarök til 2. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup og meginreglna útboðs- og verktakaréttar. Um vanefnda- og skaðabótaúrræðið efnabætur vísar stefnandi til reglna fjármunaréttar. Vaxtakrafa sé byggð á því hvenær tekjur hefðu fallið til á verk tímanum, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001. Dráttarvaxtakrafa er byggð á 9. gr. sömu laga, sbr. 1. mgr. 6. gr. Upphafsdagur dráttarvaxta ætti að miðast við 6. ágúst 2012, en þá hafi verið liðinn mánuður frá því stefnandi sendi kröfubréf þar sem krafist var greiðslu skaðabóta. Krafa um málskostnað er reist á 1. mgr. 129. gr. og 1. og 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991.

### ***Málsástæður og lagarök stefnda***

Helstu málsástæður og lagarök stefnda í þessum þætti málsins eru eftirfarandi: Stefnandi vísar sýknukröfu sinni til stuðnings til þess að skaðabótaskylda stefnda sé ósönnuð. Svo virðist sem stefnandi byggji málatilbúnað sinn að meginstefnu til á almennum reglum skaðabótareglunnar, en sönnunarbyrði um að skilyrði sakarreglunnar séu uppfyllt hvíli alfarið á stefnanda. Hafi stefnda ekki fært fram sönnur fyrir því að skilyrðum sakarreglunnar sé uppfyllt í máli þessu.

Í fyrsta lagi skorti alla sönnun fyrir því að stefnda hafi viðhaft nokkra þá háttsemi sem talist geti hafa verið saknæm og ólögmæt. Í öðru lagi skorti alla sönnun fyrir því að stefnandi hafi orðið fyrir nokkru tjóni sem og því hvert það tjón ætti að vera. Í þriðja lagi hafi ekki verið færð nein rök fyrir orsakatengslum á milli hins meinta ósannaða tjóns og hinnar meintu saknæmu og ólögmætu háttsemi stefnda.

Þá vísar stefnda til þess að aðeins geti komið til skoðunar að stefnandi geti átt rétt á bótum ef honum tekst að sanna að stefnda hefði með réttu átt að taka tilboði hans, en slíka sönnun hafi stefnandi ekki fært fram í máli þessu. Stefnda hafnar niðurstöðu kærunefndar útboðsnefndar, þ.e. að nefndin hafi talið að þessi skilyrði hafi verið uppfyllt. Í úrskurði nefndarinnar hafi eingöngu verið talið að stefnandi hefði átt raunhæfan möguleika á því að verða fyrir valinu við samningsgerðina. Á þeim grundvelli taldi nefndin að stefnda væri bótaskyld gagnvart stefnanda í skilningi 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, en mun vægari sönnunarkröfur séu gerðar vegna bótaskyldu samkvæmt umræddri lagagrein en samkvæmt almennum reglum skaðabótaréttarins, sem almennt gildi. Engin þau atvik hafi verið upp í máli þessu sem færa nokkra sönnun fyrir því að með réttu hefði átt að taka tilboði stefnanda. Stefnda hafi hætt við umrætt útboð og tilkynnt bjóðendum um það í desember 2011 enda hafi legið þeirri ákvörðun til grundvallar málaefnalegar ástæður og hafi ákvörðunin þar með verið í samræmi við lög og meginreglur um opinber innkaup. Auk þess sem í kafla 0.4.6 í útboðsgögnum hafi verið áskilinn réttur til að hafna öllum tilboðum.

Vísar stefnda til þess að á framkvæmd umrædds útboðs hafi verið þeir gallar að ekki hafi verið gert ráð fyrir að bjóðendur skiluðu með verðtilboðum sínum upplýsingum sem áhrif hefðu á stigagjöf samkvæmt stigamatskerfi sem notast hafi átt við þegar tilboð væri valið. Þannig hafi farist fyrir að krefja bjóðendur að skila með tilboðum sínum upplýsingum um þætti sem áhrif hefðu haft á stigagjöf samkvæmt stigamatskerfi sem nota hafi átt við val á tilboðum, þ.e. við mat á því hvaða tilboð yrði metið hagstæðast. Um hafi verið að ræða upplýsingar sem legið hafi að baki 20% af einkunn og því hafi verið veruleg hætta á því að bjóðendur gætu haft áhrif á niðurstöðu útboðsins eftir að tilboð höfðu verið opnuð. Hafi þessi galli leitt til þess að jafnræði bjóðenda hafi verið raskað en jafnræði bjóðenda sé ein af undirstöðureglum útboðsréttar. Í ljósi þessa ágalla á útboðinu hafi stefnda ekki talið fært að ganga til samninga enda hafi hann ekki getað treyst því að bjóðendur hefðu áhrif á valforsendurnar með framlagningu upplýsinga sem hafi gilt alls 20% af lokaekunn tilboðs. Vísar stefnda til þess að sá vikufrestur sem bjóðendur fengu til þess að afla gagna hafi verið nægur tími til þess að útvega tæki sem áhrif gætu haft við mat á tilboðum. Þótt vottun gæða- og umhverfisstjórnunarkerfa taki lengri tíma en viku þá hefði komið upp óvissa um hvernig meta ætti tilboð frá bjóðanda sem hefði lokið vottunarferli sínum innan framangreinds frests. Að mati stefnda hafi hér verið um svo veigamikil mistök að ræða að ákveðið hafi verið að hafna öllum tilboðum og bjóða verkið út að nýju.

Stefnda hafi ákveðið að bjóða út sömu tilhögun sorphirðu og verið hafi í sveitarfélaginu fyrir útboðið og stytta verktíma í þrjú ár, enda hefði ekki verið hægt

að bjóða verkið út með nákvæmlega sömu verklýsingu og í fyrra útboði þar sem tilboðsfjárhæðir bjóðenda voru öllum ljósar. Í þessu nýja útboði hafi stefnanda gefist kostur á að taka þátt eins og öðrum.

Stefnda ítrekar að alla sönnun skorti fyrir því að stefnandi hafi orðið fyrir nokkru tjóni sem og fyrir því hvert það tjón ætti að vera. Í stefnu sé gerð afar óljós fjárfrafa sem virðist eiga að miða við tapaða framlegð stefnanda af verkinu. Hins vegar hafi engin gögn verið færð fram sem staðfesta þær tölulegu forsendur sem búi að baki stefnufjárhæð. Um sé að ræða tilbúna tölur úr kalli fyrirvarsmanns stefnanda sjálfs.

Þá hafnar stefnda því að brotið hafi verið gegn formreglum, þ.e. 2., 3., 5. og 6. töluliða 1. mgr. 3. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, þegar ákvörðun um að hafna öllum tilboðum í verkið hafi verið tekin af hálfu stefnda, en stefnandi haldi því fram að Gunnari Egilssyni hafi verið óheimilt að taka þátt í umræddri ákvörðun vegna tengsla sinna við bróður sinn, Guðjón Egilsson sem sé starfsmaður Íslenskra gámafélagsins ehf., sem hafi verið einn bjóðenda í verkið.

Í fyrsta lagi hafnar stefnda því að Gunnar Egilsson hafi verið vanhæfur á grundvelli 2. töluliðar 1. mgr. 3. gr. laga nr. 37/1993, enda sé Íslenska gámafélagið ehf., aðili málsins en ekki nefndur Guðjón persónulega. Þá sé ekki rétt sem fram komi í stefnu að Guðjón hafi annast sorphirðu fyrir stefnda í mörg ár. Í öðru lagi hafnar stefnda því að Gunnar hafi verið vanhæfur á grundvelli 3. töluliðar 1. mgr. 3. gr. laga nr. 37/1993, og vísar til þess að Guðjón sé ekki tilgreindur í upplýsingum frá hlutafélagsskrá sem fyrirvarsmáður Íslenskra gámafélagsins ehf. Guðjón gegni stöðu rekstrarstjóra á starfsstöð fyrirtækisins á Selfossi. Þá hafi komið í ljós að samkvæmt skipuriti félagsins sé Jón Þórir Frantzson forstjóri félagsins en undir hans yfirstjórn starfi sjö framkvæmdastjórar, hver á sínu sviði, og sé einn umræddur framkvæmdastjóri yfirmaður Guðjóns Egilssonar. Hafi Guðjón hvorki sérstakt umboð né sé hann í fyrirvari fyrir félagið, annað en það sem felst í störfum hans. Þá hafnar stefnda því að það eitt að Guðjón hafi verið viðstaddur opnun tilboða í verkið geti ekki falið í sér að hann hafi fyrirvar eða komi fram í umboði félagsins, enda hafi nefndur Jón Þórir komið fram fyrir hönd Íslenskra gámafélagsins ehf., í útboðsferlinu. Í þriðja lagi hafnar stefnda því að 5. töluliður 1. mgr. 3. gr. laga nr. 37/1993 eigi við í þessu máli. Stefnandi haldi því fram, án nokkurs rökstuðnings, að Gunnar Egilsson hafi verið vanhæfur vegna þess að Guðjón bróðir hans, eigi svo sérstaka eða verulega hagsmuna að gæta fyrir Íslenska gámafélagið ehf., en svo geti ekki verið enda Guðjón almennur starfsmaður félagsins. Samkvæmt gögnum um eignarhald félagsins sé eignarhald Guðjóns nokkuð „útþynnt“ og hagsmunir hans óverulegir, sbr. 2. mgr. 6. gr. laga nr. 37/1993. Í fjórða lagi hafnar stefnda því að 6. töluliður 1. mgr. 3. gr. laga nr. 37/1993 eigi við í þessu máli enda sé vísan til

framangreinds ákvæðis ekki rökstudd sérstaklega og ómögulegt fyrir stefnda að átta sig á hvort vísað sé til annarra atvika en þegar hafi verið talin upp. Komi á síðari stigum málsins fram sérstakar röksemdir stefnanda að þessu leyti áskilur stefnda sér rétt til að taka afstöðu til þeirra.

Varðandi þrautavarakröfu stefnda, um lækkun dómkrafna, til stuðnings vísar stefnda í fyrsta lagi til sömu röksemda og að framan greinir. Í öðru lagi byggir stefnda á því að stefnandi hafi ekki gert ráð fyrir ýmsum kostnaði sem hefði komið til við vinnu verksins og því hefði hagnaður ekki verið eins mikill og stefnufjárhæð gefur til kynna. Í þriðja lagi vísar stefnda til þess að stefnandi hafi engin sönnunargögn lagt fram útreikningum sínum til stuðnings hvað varðar þá kostnaðarliði sem hann telur til frádráttar. Þá hafi í kröfugerð stefnanda ekki verið gert ráð fyrir neinum ófyrirséðum kostnaði sem óumdeilt sé að hefði fallið til á verk tíma. Í fjórða lagi bendir stefnda á að í málatilbúnaði stefnanda hafi ekki verið tekið tilliti til annarra tekna, sem stefnandi hefði aflað með auðlindum sínum á því tímabili sem krafist er skaðabóta fyrir, vegna missis hagnaðar. Þannig sé í engu færð fram gögn sem sýni fram á að auðlindir stefnanda, t.d. vélar, tæki og mannauður, hafi verið notaður á sama tímabili til annarrar tekjuöflunar sem með réttu ætti að koma til frádráttar dómkröfum stefnanda. Í fimmta lagi hvíli skylda á stefnanda til að takmarka tjón sitt. Verði fallist á kröfur stefnanda sé ljóst að hann hafi ekki uppfyllt framangreinda skyldu og áskilur stefnda sér allan rétt til að dómkveðja matsmenn til að leggja mat á framangreindan þátt málsins. Loks vísar stefnda til þess að stefnandi hafi þegar þegið vangildisbætur með því að veita móttöku 400.000 krónum, vegna þátttöku sinnar í umræddu útboði. Greiðslan hafi verið innt af hendi af stefnda án allrar viðurkenningar á kröfugerð og sjónarmiðum stefnanda. Í máli þessu geri stefnandi kröfu um efnabætur en samkvæmt meginreglu skaðabótaréttarins verður ekki bæði krafist efnabóta og vangildisbóta vegna sömu atvika. Í kröfugerð stefnanda hafi ekki verið tekið tillit til þessarar greiðslu, en hún ætti með réttu að koma til frádráttar.

Um lagarök vísar stefnda til almennra óskráðra meginregla skaðabótaréttar, einkum sakarreglunnar, laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993, laga um opinber innkaup nr. 84/2007, laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001, laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 og varðandi málskostnaðarkröfu er sérstaklega vísað til 129., 130. og 131. gr. laganna.

### **Forsendur og niðurstaða**

Við aðalmeðferð málsins gaf fyrirsvarsmaður stefnanda og fyrrverandi fyrirsvarsmaður Gámapjónustunnar hf., Sveinn Smári Hannesson, skýrslu fyrir dómi. Einnig gáfu skýrslu fyrir dómi vitnið og undirmatsmaðurinn Axel Hall,

master í stærðfræðilegri hagfræði og tölfraði, doktor í hagfræði og lektor við Háskólann í Reykjavík, og vitnin og yfirmatsmennirnir Ásmundur Magnússon, byggingartæknifræðingur og Jón Árni Arnason viðskiptafræðingur og master í fjármálum. Verða skýrslur þeirra raktar eins og þurfa þykir.

Útboð það sem mál þetta fjallar um, var eins og áður greinir, auglýst í október 2011. Frestur til athugasemda eða fyrirspurna vegna útboðsins var til 1. nóvember sama ár. Engin gögn liggja frammi í málinu um að athugasemdir og/eða fyrirspurnir hafi borist stefnda á áðurgreindum tíma. Frestur til að skila tilboðum var til 10. sama mánaðar klukkan 11:00, og voru tilboð opnuð á því tímamarki. Tveir bjóðendur skiluðu inn tilboðum í verkið, stefnandi í máli þessu og Íslenska gámafélagið ehf. Bjóðendur voru bundnir af tilboði sínu í 6 vikur frá opnun tilboða, nánar tiltekið til 21. desember 2011. Óumdeilt er að ráðgjafi stefnda í útboðsferlinu var Efla verkfræðistofa. Tvö tilboð bárust í verkið, annars vegar frá upphaflegum stefnanda þessa máls, Gámaþjónustunni hf., og hins vegar Íslenska gámafélaginu ehf. Einnig er óumdeilt að tilboð stefnanda í báðar leiðir, þ.e. leið A og leið B, var lægra en tilboð Íslenska gámafélagsins ehf.

Stefnandi byggir kröfu sína á því að ákvörðun stefnda um að hafna öllum tilboðum í verkið hafi verið ólögmat. Stefnandi hafi átt hagkvæmasta tilboðið í verkið og því hafi stefnda verið skylt að semja við hann. Þar sem það hafi ekki verið gert hafi stefnandi orðið fyrir tjóni sem svari til tapaðrar framlegðar hans af verkinu. Þessu hafnar stefnda og vísar til þess að ákvörðun um að hafna öllum tilboðum í verkið hafi hvorki verið saknæm né ólögmat. Þá hafnar stefnda því að stefnandi hafi fært fram sönnur á tjóni sínu.

#### *Ákvörðun stefnda um að hafna öllum framkomnum tilboðum í verkið*

Fyrst verður fjallað um ágreining aðila um lögmæti þeirrar ákvörðunar stefnda að hafna öllum tilboðum sem bárust í verkið en sú ákvörðun var tilkynnt bjóðendum með bréfi stefnda dags. 16. desember 2011. Stefnda er sveitarfélag og fer því um réttindi og skyldur aðila við útboðið eftir lögum um opinber innkaup, sbr. 1. mgr. 3. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 84/2007. Stefnandi vísar til þess að stefnda hafi brotið gegn lögum nr. 84/2007, með því að hafna öllum tilboðum í verkið. Ákvörðunin hafi ekki byggst á málefnalegum og rökstuddum sjónarmiðum eins og lög kveði á um. Vísar stefnandi í þessu sambandi til bréfs stefnda til stefnanda, dags. 19. desember 2011.

Ekki verður annað ráðið af gögnum málsins en að það hafi verið í kjölfar tölvupósts sem forsvarsmaður Íslenska gámafélagsins ehf., sendi bæjarstjórnarmanni stefnda 3. desember 2011, og að fengnu minnisblaði lögmánsstofu, sem stefnda ákvað á 73. fundar bæjarráðs Árborgar 15. desember

2011, að hafna öllum tilboðum í verkið. Í bókun meirihluta bæjarráðs á fundinum segir: „Bæjarráð samþykkir að hafna þeim tilboðum sem bárust í verkið Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámastöð 2012-2016 þar sem færa megi rök fyrir því að gallar kunni að hafa verið á framkvæmd útboðsins. Rétt er að benda á að kostnaður við lágsta tilboð er yfir 13 milljón krónum hærri fyrir árið 2012 en kostnaður við sorphirðu fyrir árið 2011. Þá er útboðsupphæð fyrir fimm ára tímabil miðuð við núverandi sormagn en margt bendir til að það kunni að aukast á tímabilinu með tilheyrandi viðbótarkostnaði.“

Gögn málsins bera með sér að lögmaður stefnda hafi sent fyrirsvarsmanni stefnanda tilkynningu um höfnun allra tilboða í tölvupósti daginn eftir áður nefndan fund bæjarráðs, þann 16. desember 2011. Sama dag óskaði stefnandi eftir rökstuðningi. Í tilkynningu stefnda segir: „Um leið og bjóðendum er þökkun þátttaka í útboði vegna verksins „Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámastöð 2012-2016“ er hér með tilkynnt að á fundi bæjarstjórnar Sveitarfélagsins Árborgar var ákveðið að hafna öllum framkomnum tilboðum í verkið.“ Eins og tilkynningin ber með sér rökstuddi stefnda ekki ákvörðun sína eins og því bar skylda til samkvæmt fyrirmælum 1. mgr. 75. gr. laga nr. 84/2007. Rökstuðningur stefnda kemur fram í bréfi hans til fyrirsvarsmanns stefnanda, dags. 19. desember 2011. Þar segir: „Ákvörðun um að hafna öllum tilboðum sem bárust í verkið var tekin eftir að í ljós kom að framkvæmd útboðsins var háð annmörkum. Framkvæmd útboðsins var með þeim hætti að ekki var áskilið að með tilboðum væri skilað öllum upplýsingum sem áhrif höfðu við val á tilboðum. Samkvæmt kafla 0.4.6 í útboðsgögnum átti að velja tilboð á grundvelli stigamatskerfis sem var í fimm liðum, stig voru gefin fyrir eftirfarandi liði: tilboðsfjárhæð, gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi, söfnunarbíla EURO IV og söfnunarbíla ERUO [sic] V eða metan. Við framkvæmd útboðsins láðist hins vegar að krefja bjóðendur um að skila með tilboðum sínum upplýsingum um aðra þætti sem komu til skoðunar við val tilboða en tilboðsfjárhæðina. Þannig var mögulegt fyrir bjóðendur, eftir að tilboð höfðu verið opnuð, að hafa áhrif á val tilboðs með þeim gögnum sem skilað var inn síðar. Þessi ágalli á framkvæmd útboðsins telur Sveitarfélagið Árborg til þess fallinn að raska jafnræði bjóðenda og hefur því ákveðið að hafna öllum framkomnum tilboðum í verkið og bjóða það út að nýju.“

Stefnda byggir á því að fyrir framangreindri ákvörðun hafi legið málefnalegar ástæður sem hafi verið í samræmi við lög og meginreglur opinberra innkaupa, auk þess sem í kafla 0.4.6 í útboðsgögnum hafi verið áskilinn réttur til þess að hafna öllum tilboðum. Nánar tiltekið hafi þeir gallar verið á framkvæmd útboðsins að ekki hafi verið gert ráð fyrir að bjóðendur skiluðu með verðtilboðum sínum upplýsingum sem áhrif hefðu á stigagjöf samkvæmt stigamatskerfi sem

notast hafi átt við þegar tilboð yrðu valin. Um hafi verið að ræða upplýsingar sem legið hafi að baki 20% af einkunn, þ.e. vegna gæða- og umhverfisstjórnunarkerfa og EURO IV og V söfnunarbifreiða, hér eftir vísað til sem söfnunarbifreiða. Hafi því verið verulega hætta á því að bjóðendur gætu haft áhrif á niðurstöðu útboðsins eftir opnun tilboða. Framangreindur ágalli hafi leitt til þess að ein af undirstöðureglum útboðsréttar, jafnræðisreglan, hafi verið brotin með þeim afleiðingum að jafnræði bjóðenda hafi verið raskað.

Í 1. mgr. greinar 0.1.3 í útboðsskilmálum, sem ber heitið upplýsingar um bjóðendur, var kveðið á um rétt stefnda til að óska eftir að þeir sem komi til greina sem viðsemjendur láti í té tiltekna upplýsingar eftir opnum og yfirferð tilboða, nánar tiltekið innan viku. Í greininni segir einnig að séu gögn frá bjóðanda ekki fullnægjandi að mati verkkaupa skuli hann benda bjóðanda á það og gefa honum tvo virka daga til þess að bæta úr. Að þeim tíma liðnum verði litið svo á, berist ekki frekari gögn, að bjóðandi hafi fallið frá tilboðinu. Framangreindar upplýsingar um bjóðendur eru síðan raktar í tólf staflíðum. Í 2. mgr. greinarinnar segir að ef um bjóðanda gildi eitt eða fleiri atriði, sem tilgreind eru í átta tölulíðum, samkvæmt gögnum sem hann skili til verkkaupa, verði ekki gengið til samninga við bjóðanda og honum vísað frá.

Í staflíð H í 1. mgr. greinar 0.1.3 útboðsskilmála, er vísað til upplýsinga er varða tæki og búnað. Ákvæðið er svohljóðandi: „*Skrá yfir tæki og búnað sem fyrirhugað er að nota við verkið.*“ Í 6. tölulíð 2. mgr. er fjallað um það hverju það varði ef bjóðandi hafi ekki þá tækni- eða faglegu getu sem hæfisskilyrði útboðsins kveði á um. Þar segir: „[...] *Fagleg geta: Bjóðandi verður að geta sýnt fram á að hann uppfylli skilyrði kafla 0.8 í útboðsskilmálum þessum [...].*“ Í grein 0.8 í útboðsskilmálum er m.a. fjallað um kröfur til söfnunar- og flutningabifreiða í grein 0.8.10. Þar segir: „*Verktaki skal eftir 1. janúar 2014 nota söfnunarbifreið við verkið sem uppfyllir EURO V eða notar umhverfisvænan orkugjafa sem myndar minni mengun. [...]. Bifreiðar sem notaðar eru við flutning úrgangs frá umhledslustöð til móttökustöðvar skulu frá byrjun árs 2013 uppfylla EURO V kröfur.*“

Samkvæmt framansögðu er í grein 0.1.3 vísað til sömu eiginleika eða tækjabúnaðar söfnunarbifreiða sem nota eigi til verksins og kveðið er á um í stigamatskerfi útboðsgagna, grein 0.4.6., sem nánar verður fjallað um síðar.

Í staflíð K í 1. mgr. greinar 0.1.3, er vísað til upplýsinga er varða gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi. Ákvæðið er svohljóðandi: „*Lýsingu á gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi sem starfað er eftir og fengnar vottanir á þeim.*“ Í 8. tölulíð 2. mgr. greinar 0.1.3 er vísað til þess að ef bjóðandi starfi ekki eftir gæða- eða umhverfisstjórnunarkerfi uppfylli hann ekki hæfisskilyrði útboðsins.

Samkvæmt framansögðu er í grein 0.1.3 vísað til sömu hæfniskrafna varðandi gæða- eða umhverfisstjórnunarkerfi og kveðið er á um í stigamatskerfi útboðsgagna, grein 0.4.6., sem nánar verður fjallað um síðar, að því undanskildu að í valforsendum er gerð krafa um að kerfin hafi fengið vottun tiltekinna staðla.

Óumdeilt er að starfsmaður Verkfræðistofunnar Eflu, sem eins og áður segir var ráðgjafi stefnda í útboðsferlinu, kallaði eftir upplýsingum frá báðum bjóðendum í verkið, þ.e. stefnanda og Íslenska gámafélaginu ehf., með tölvupósti 14. nóvember 2011, nánar tiltekið þremur dögum eftir opnun tilboða. Tölvupósturinn er svohljóðandi: „*Vegna tilboðs í verkið “Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámostöð” er Gámapjónustan og Íslenska Gámafélagið beðin að skila inn upplýsingum um bjóðendur sbr. kafla 0.13 og upplýsingum sbr. kafla 0.4.6. um gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi og söfnunarbila sem boðnir verða frá upphafi verks, eins fljótt og auðið er en a.m.k. innan viku.*“ Framangreindur tölvupóstur verður ekki skilinn á annan veg en þann að stefnda hafi notfært sér heimild í útboðsskilmálum til að kalla eftir gögnum frá bjóðendum, sbr. 1. mgr. greinar 0.1.3, og að stefnda hafi, eftir opnun útboða, metið það svo að báðir bjóðendur kæmu til greina sem viðsemjendur í verkið. Óumdeilt er að báðir bjóðendur svöruð framangreindum tölvupósti, þ.e. stefnandi og Íslenska gámafélagið ehf., og ekkert er komið fram í málinu sem bendir til annars en að stefnda hafi borist framangreindar upplýsingar innan þess frests sem tilgreindur er í grein 0.1.3, þ.e. innan viku, og að umrædd gögn hafi verið fullnægjandi að mati stefnda.

Stefnandi mun hafa sent starfsmanni Eflu tækjalista. Þar eru annars vegar tilgreindar söfnunarbifreiðar fyrir tímabilið 1. janúar til 30. júní 2012 og hins vegar fyrir tímabilið 1. júlí 2012 til 31. desember 2016 og gerð grein fyrir mengunarstaðli viðkomandi söfnunarbifreiða.

Íslenska gámafélagið ehf., mun hafa sent starfsmanni Eflu yfirlýsingu, dags. 18. nóvember 2011, þar sem British Standards Institution staðfestir að Íslenska gámafélagið ehf., sé að ljúka vottunarferli hjá fyrirtækinu bæði varðandi gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi.

Meðal gagna málsins er einkunnargjöf sem ráðgjafi stefnda við útboðið mun hafa unnið, en skjalið fylgdi greinargerð stefnda til kærunefndar útboðsmála, dags. 10. janúar 2012. Af bókun minnihluta bæjarráðs stefnda á fundi ráðsins 15. desember 2011 má ráða að einkunnargjöf vegna tilboðanna hafi legið fyrir þegar ákvörðun var tekin um að hafna öllum tilboðum í verkið. Umrædd einkunnargjöf er byggð á fyrirmælum greinar 0.4.6 í útboðsskilmálum, sem ber heitið „*Meðferð og mat á tilboðum*“. Þar segir að hagstæðasta tilboði, að mati stefnda, verði tekið, og að við mat tilboða verði litið til eftirtaldrá fimm þátta. Í fyrsta lagi

tilboðsfjárhæðar og skyldi hún hafa 80% vægi af heildareinkunn. Í öðru lagi til gæða- og umhverfisstjórnunarkerfa og skyldi hvor þáttur hafa 5% vægi af heildareinkunn. Og í þriðja lagi til söfnunarbifreiða og skyldi hvor mengunarstaðall fyrir sig hafa 5% vægi af heildareinkunn. Þannig skyldi vægi tilboðsfjárhæðar vera 80% en vægi gæða- og umhverfisstjórnunarkerfa og söfnunarbifreiða vera samtals 20%.

Í grein 0.4.6 kemur fram að gefin verði einkunn (0-10) fyrir hvern framangreindan þátt og þá er útreikningur lokaeinkunnar, sem sögð er ráða vali á verktaka, skilgreind. Samkvæmt reikniformúlu fyrir tilboðsverð skyldi lægsta tilboðsfjárhæð fá einkunnina 10 en útreikningur verðs færi eftir formúlunni (lægsta tilboðsupphæð)/(tilboðsupphæð) x 10. Þá sagði að bjóðandi sem hefur vottað gæðastjórnunarkerfi samkvæmt ISO 9001:2000 staðli fengi einkunnina 10, en bjóðandi sem ekki hefur slíkt kerfi vottað fengi einkunnina 0. Sama gilti fyrir umhverfisstjórnunarkerfi, þ.e. varðandi staðalinn ISO 14001:2004 eða sambærilegt kerfi. Loks skyldi bjóðandi, sem hefur yfir að ráða söfnunarbifreið sem nota eigi við verkið og stenst kröfur EURO IV og EURO V staðals, fá einkunnina 10 fyrir hvorn mengunarflokk, en bjóðandi sem ekki hefur bifreiðar sem uppfylla framangreindar kröfur fengi einkunnina 0 fyrir hvorn flokk fyrir sig.

Þegar umrætt útboð fór fram voru í gildi lög um opinber innkaup nr. 84/2007 en með þeim lögum voru innleidd í lög efni tilskipunar Evrópuráðsins nr. 2004/18/EB frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga. Í samræmi við 51. gr. tilskipunnar, sem ber heitið viðbótargögn og upplýsingar og er í 2. þætti tilskipunarinnar, sem ber heitið forsendur fyrir hæfismiðuðu vali, var sambærilegt ákvæði sett í lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup. Um er að ræða 53. gr., sem ber heitið framlagning viðbótargagna og upplýsinga. Þar segir: „*Kaupanda er heimilt að gefa fyrirtæki færi á því að auka við framkomin gögn skv. 47.-52. gr. eða skýra þau á hvaða stigi útboðs sem er.*“ Greinar 47.-52. í lögnum nr. 84/2007 fjalla um hæfi bjóðanda, s.s. persónulegar aðstæður starfsréttindi, fjárhagsstöðu, tæknilega getu, gæðastaðla og umhverfisstaðla. Ákvæði 51. gr. tilskipunarinnar og 53. gr. laga nr. 84/2007 eru efnislega samhljóða og skýr. Í þeim er kveðið á um heimild bjóðenda til framlagningar viðbótargagna og upplýsinga er lúta að hæfi bjóðenda í opinberum innkaupum.

Eins og fjallað hefur verið um hér að framan kallaði stefnda, eftir opnun útboða, annars vegar eftir upplýsingum um bjóðendur með vísan til greinar 0.1.3 í útboðsskilmálum og hins vegar eftir upplýsingum með vísan til greinar 0.4.6 er lutu að gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi og söfnunarbifreiðum sem boðnar yrðu frá upphafi verks, eins og segir í tölvupósti starfsmanns ráðgjafa stefnda frá

14. nóvember 2011. Í útboðsskilmálum stefnda háttaði hins vegar svo til að skilyrði er lútu að hæfisforsendum, sbr. 1. og 2. mgr. greinar 0.1.3 í útboðsskilmálum og valforsendur í grein 0.4.6 sköruðust. Þannig voru skilyrði sem lágu að baki 10% valforsaenda hvað varðar söfnunarbifreiðar þær sömu og hæfiskröfur um faglega getu eins og rakið hefur verið hér að fram og sama gildi um gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi, þ.e. valforsendur útboðsskilmála vísuðu til þess að einkunn að baki 10% heildareinkunnar réðist af því hvort bjóðandi hefði tiltekna vottun eða staðal.

Ein grunnregla laganna um opinber innkaup er jafnræðisreglan. Samkvæmt 14. gr. laganna skal gæta jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup. Óheimilt er að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða af öðrum sambærilegum ástæðum. Þá segir í 2. mgr. greinarinnar að það teljist ekki andstætt jafnræði að áskilja að vara sé afhent, þjónusta veitt eða verk unnið á tilteknum stað, enda byggist slíkur áskilnaður á málefnalegum ástæðum. Kemur jafnræðisreglan víða fram í lögnum, t.d. í 1. gr. laganna þar sem segir að tilgangur laganna sé að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup. Reglan hefur meðal annars áhrif á gerð útboðsgagna, þ.e. kaupandi þarf meðal annars að gæta jafnræðis þegar hann skilgreinir þarfir sínar og skilmála. Þá hefur jafnræðisreglan áhrif á gerð stigamatskerfis eða nánari afmörkun forsaenda fyrir vali tilboða. Er þannig í lögum nr. 84/2007 og óskráðum reglum útboðsréttar gerðar ríkar kröfur til kaupanda um að útboðsgögn séu skýr og gagnsæ. Kemur það og fram í 38. gr. laganna en þar segir í 1. mgr. að útboðsgögn skuli innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til að bjóðanda sé unnt að gera tilboð.

Koma þá til skoðunar fyrirmæli í útboðsskilmálum stefnda um gerð og frágang tilboðs og fylgigögn með tilboði, sbr. kafli 0.4 í útboðsskilmálum. Í grein 0.4.2, sem ber heitið „Fylgigögn með tilboði“, segir: „Bjóðandi þarf einungis að skila inn útfylltri tilboðsskrá og tilboðsblaði.“ Í grein 0.4.1 er gerð grein fyrir hvernig standa skuli að gerð tilboðsskrár, annars vegar fyrir leið A og hins vegar fyrir leið B, sem og tilboðsblaði þar sem færa skyldi inn heildartilboðsfjárhæð samkvæmt tilboðsskrám í báðar leiðir. Samkvæmt þessu gerðu útboðsskilmálar hvorki kröfu um að upplýsingar sem lútu að hæfi bjóðenda í verkið né upplýsingar er vörðuðu valforsendur aðrar en verð fylgdu tilboðum í verkið. Að þessu leyti stóðu bjóðendurnir í verkið jafnt að vígi eftir opnun tilboða. Að mati dómsins voru fyrirmæli greina 0.1.3, sem fjallað hefur verið um hér að framan, og greina 0.4.1 og 0.4.2 í útboðsskilmálum hvorki óskýrar né ógagnsæjar. Hafi því bjóðendum mátt vera ljóst hvaða afleiðingar umbeðnar upplýsingar hefðu á einkunnagjöf viðkomandi valforsaenda samkvæmt stigamatskerfi greinar 0.4.6 í útboðsskilmálum. Upplýsingaöflun stefnda eftir opnum tilboða laut að nánar tilgreindum

hæfnisþáttum bjóðenda, þáttum, sem eins og áður greinir, lágu jafnframt til grundvallar mati á vali tilboðs samkvæmt IX. kafla laga nr. 84/2007, sbr. 45. gr. laganna. Bjóðendur sem skiluðu framangreindum gögnum voru því í góðri trú um að tilboð þeirra fullnægðu kröfum útboðsgagna og að þeim yrði gefinn kostur á að skila inn gögnum eftir opnun tilboða er vörðuðu hæfi, sem eins og áður er rakið, voru sömu þættir og tilgreindir voru sem 20% einkunnar samkvæmt grein 0.4.6. Þá var í grein 0.1.3 með skýrum hætti gerð grein fyrir tímafrestum hvað þetta varðar eins og rakið hefur verið hér að framan. Að þessu leyti stóðu bjóðendurnir í verkið jafnt að vígi eftir opnun tilboða.

Í 45. gr. laga nr. 84/2007 segir að forsendur fyrir vali tilboðs skuli annað hvort eingöngu miðast við lágsta verð eða fjárhagslega hagkvæmni frá sjónarhóli kaupanda. Skal tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs eins nákvæmlega og framast er unnt og má ekki vísa til annarra atriða en staðreynd verða á grundvelli gagna sem bjóðendur leggja fram eða með öðrum hlutlægum hætti. Að mati dómsins uppfylltu útboðsskilmálar stefnda þessar kröfur. Í grein 0.4.6 er gerð grein fyrir áhrifum þess á einkunnagjöf ef ekki væru uppfyllt skilyrði útboðsskilmála um gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi og söfnunarbifreiðar. Þá verða útboðsskilmálar ekki skýrðir á annan hátt en þann að tímamark sem miða bæri við hafi verið opnun tilboða hvað varðar valforsendur og staðfestir einkunnagjöf ráðgjafa stefnda framangreint. Stefnandi skilaði hvorki upplýsingum um að hann hefði vottun samkvæmt ISO 9001:2000 staðli varðandi gæðastjórnunarkerfi né að hann hefði vottun samkvæmt ISO 14001:2004 staðli varðandi umhverfisstjórnunarkerfi og fékk því 0 í einkunn. Sama gilti um Íslenska gámafélagið ehf. Varðandi söfnunarbifreiðar (EURO IV og V) fékk stefnandi í samræmi við upplýsingar sem hann sendi stefnda eingöngu einkunnina 10 fyrir EURO IV, en 0 fyrir EURO V. Í máli þessu liggja ekki frammi upplýsingar hins bjóðandans varðandi söfnunarbifreiðar, en samkvæmt einkunnagjöf Eflu verður við það miðað að fyrirtækið hafi við opnun tilboða haft yfir að ráða söfnunarbifreiðum sem uppfylltu bæði framangreind mengunarskilyrði.

Samkvæmt 1. mgr. 74. gr. laga nr. 84/2007 telst kaupandi hafa hafnað tilboði ef hann er búinn að semja við annan aðila, gildistími tilboðs er liðinn án þess að óskað hafi verið eftir framlengingu tilboðs eða öllum tilboðum hefur verið hafnað formlega. Í athugasemd með framangreindri lagagrein í greinargerð sem fylgdi frumvarpi því sem varð að lögum nr. 84/2007, segir að litið hafi verið svo á að kaupanda væri heimilt að hafna öllum framkomnum boðum en telja verði að þessi heimild eigi fyrst og fremst við þegar valforsendur, t.d. allt of hátt verð miðað við kostnaðaráætlun eða önnur ákvæði í útboðsgögnum, helgi slíka niðurstöðu eða þá að almennar forsendur fyrir útboði hafi brostið. Hafa þessi sjónarmið verið

staðfest í dómum Hæstaréttar og vísast í því sambandi sérstaklega til dóma réttarins í máli nr. 182/2005 frá 17. nóvember 2005 og máli nr. 758/2016 frá 15. september 2016, en samkvæmt þeim dómum er réttur verkkaupa til að hafna öllum tilboðum háður því skilyrði að málefnalegar og rökstuddar ástæður liggi að baki ákvörðuninni auk þess sem líta verði til almennra reglna fjármunaréttarins um brostnar forsendur. Með vísan til þessa er ekki hægt, þó svo stefndi hafi í lokamálgrein greinar 0.4.6 í útboðsskilmálum áskilið sér rétt til að hafna öllum tilboðum, að fallast á að framangreindur áskilnaður hafi veitt stefnda rýmri heimild hvað þetta varðar.

Samkvæmt því sem að framan greinir voru valforsendur aðrar en tilboðsfjárhæð skýrt tilgreindar í útboðsskilmálum sem og afleiðingar þess samkvæmt stigamatskerfi útboðsskilmála ef þeim var ekki fullnægt. Var því í grein 0.4.6 tilgreint, svo ekki fór milli mála, hvaða áhrif það hefði á einkunnagjöf ef bjóðandi gæti ekki framvísað upplýsingum um nánar tilgreinda staðla gæða- og umhverfisstjórnunarkerfa eins og rakið hefur verið hér að framan. Þá mátti bjóðendum vera það ljóst, sbr. grein 0.8.10 í útboðsskilmálum, að það hafði ekki áhrif á einkunnagjöfina þó svo tekið hafi verið fram annars vegar að notast skyldi við söfnunarbifreið sem uppfyllti EURO V eftir 1. janúar 2014 eða annan umhverfisvænan orkugjafa, og hins vegar að bifreiðar sem sinntu flutningi úrgangs frá umhleðslustöð skyldu frá byrjun árs 2013 uppfylla EURO V kröfur. Í ljósi eðlis framangreindra valforsendna verður ekki fallist á það með stefnda að bjóðendum hefði verið unnt að bæta þar úr á þeim skamma tíma sem þeim gafst til að leggja fram umræddar upplýsingar, sbr. grein 0.1.3, enda mátti bjóðendum allt frá birtingu útboðsskilmála vera það fyllilega ljóst hvernig farið yrði með mat á upplýsingum um framangreindar valforsendur. Að því leyti stóðu bjóðendur í útboðinu jafnt að vígi þegar ráðgjafi stefnda kallaði eftir upplýsingum um aðrar valforsendur en tilboðsfjárhæð með tölvupósti þann 14. nóvember 2011.

Að mati dómsins voru fyrirmæli útboðsgagna um afhendingu upplýsinga og gagna skýr. Sama gildi um það tímamark sem miða átti við varðandi 20% heildareinkunn samkvæmt stigamatskerfi greinar 0.4.6. Óumdeilt er að tilboð stefnanda fullnægði fyrirmælum útboðsskilmála, sbr. greinar 0.4.1 og 0.4.3., og var stefnandi í góðri trú um að tilboð hans væri í samræmi við skýr fyrirmæli útboðsskilmála. Þá er einnig til þess að líta að í útboðsskilmálum sköruðust ákvæði um hæfi og valforsendur að nokkru leyti eins fjallað hefur verið um hér að framan.

Að virtu öllu því sem að framan greinir er það mat dómsins að afhending upplýsinga er vörðuðu bæði hæfi og valforsendur útboðsins í kjölfar tölvupósts starfsmanns ráðgjafafyrirtækis stefnda hafi ekki brotið gegn 14. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 84/2007. Skortir því á að málefnalegar og rökstuddar

ástæður hafi legið að baki þeirri ákvörðun stefnda að hafna öllum tilboðum í verkið. Þá er að mati dómsins ekkert fram komið í máli þessu um að almennar forsendur fyrir útboðinu hafi brostið. Með vísan til þessa er því fallist á það með stefnanda, að þegar af þeirri ástæðu, hafi stefnda ekki haft lögmatar ástæður til að hafna öllum tilboðum sem bárust í útboð í verkið „*Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámostöð 2012-2016*“ sem fram fór í nóvember 2011. Var því hin umdeilda ákvörðun stefnda að hafna öllum tilboð andstæð fyrir mælum laga nr. 84/2007 og þannig ólögmat.

#### *Formreglur við ákvarðanatöku stefnda*

Stefnandi vísar til þess að við töku ákvörðunar um að hafna öllum tilboðum í verkið á fundi bæjarráðs stefnda 15. desember 2011, hafi bæjarráðsmaðurinn Gunnar Egilsson, sem sat fundinn og tók þátt í ákvörðuninni, verið vanhæfur þar sem bróðir hans, Guðjón Egilsson, hafi komið fram í útboðinu fyrir hönd Íslenska gámafélagsins ehf., eins og t.d. megi sjá af fundargerð opunarfundar. Vísar stefnandi til þess að Guðjón hafi annast sorphirðu fyrir stefnda í mörg ár og sé rekstrarstjóri Íslenska gámafélagsins ehf., á Suðurlandi og einn stærsti hluthafi félagsins. Hafi Gunnari því verið óheimilt að taka þátt í undirbúningi, meðferð eða ákvörðunartöku í málinu., sbr. 2., 3., 5. og 6. töluliða 3. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, sbr. 103. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 84/2007.

Einu gögnin sem stefnandi lagði fram varðandi framangreinda málsástæðu voru upplýsingar út Íslendingabók þar sem fram kemur að bæjarráðsmaðurinn Gunnar Egilsson og nefndur Guðjón Egilsson eru bræður. Með vísan til þess sem að framan er rakið skortir bæði á að stefnandi hafi rökstutt framangreinda málsástæðu og lagt fram gögn máli sínu til stuðnings. Þá fjallaði lögmaður stefnanda ekki efnislega um framangreinda málsástæðu í málflutningi sínum fyrir dómi. Gegn mótmælum stefnda hefur stefnanda ekki tekist að sanna að nefndur Guðjón hafi haft slíka hagsmuni af útboðinu að varði vanhæfi bróður hans.

#### *Skaðabótakrafa stefnanda*

Dómurinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að ákvörðun stefnda um að hafna öllum tilboðum í verkið hafi brotið gegn lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup og því verið ólögmat. Stefnandi telur sig hafa orðið fyrir tjóni vegna hinnar ólögmætu ákvörðunar stefnda og gerir kröfu um skaðabætur sem nemi tapaðri framlegð og vísar kröfu sinni til stuðnings til 2. mgr. 101. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, en þar segir að um skaðabætur vegna brota á lögum þessum og reglum settum samkvæmt þeim fari að öðru leyti eftir almennum reglum. Þetta ákvæði er efnislega samhljóða enn eldra ákvæði, þ.e. 2. mgr. 84. gr.

laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Í greinargerð sem fylgdi frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2001 kemur fram að í 2. mgr. 84. gr. frumvarpsins sé áréttað að regla 1. mgr. 84. gr. útiloki ekki að bjóðendur geti krafist bóta umfram tjón vegna kostnaðar við að undirbúa útboð. Er vísað til þess að bjóðandi geti krafist bóta sem miða að því að hann verði eins settur og ef samningur hefði verið gerður við hann. Segir í greinargerðinni að um eins konar efndabætur væri að ræða þótt samningur hefði aldrei verið gerður og kæmi að þessu leyti einkum til skoðunar tjón bjóðanda vegna missis hagnaðar. Er í greinargerðinni vísað til dóms Hæstaréttar 18. nóvember 1999 í máli nr. 169/1998 í þessu sambandi. Þá segir í greinargerð að andsætt því sem eigi við um bótakröfu samkvæmt 1. mgr. 84. gr., forvera 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, þurfi bjóðandi að færa sönnur á framangreint tjón samkvæmt almennum reglum. Í því felist í fyrsta lagi að hann verði að sýna fram á að samið hefði verið við hann, hefði ekki komið til saknæmt réttarbrot kaupanda. Í þessu felist ekki aðeins sú krafa að bjóðandi færi sönnur fyrir því að tilboð hans hafi verið hagkvæmast heldur einnig að kaupandi hefði ekki hafnað öllum framkomnum tilboðum. Í öðru lagi verði kaupandi að færa sönnur á umfang tjóns síns, s.s. að hann hefði hagnast á samningi við kaupanda. Hafa framangreind sjónarmið verið staðfest í dómum Hæstaréttar, sbr. mál réttarins nr. 182/2005 og nr. 450/2007.

#### *Tilboð stefnanda*

Í 1. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007 segir að við val á tilboði skuli gengið út frá hagkvæmasta boði. Þá segir í 2. málslíð málsgreinarinnar að hagkvæmasta tilboð sé það boð sem sé lægst að fjárhæð eða það boð sem fullnægir þörfum kaupanda best samkvæmt þeim forsendum sem settar hafa verið fram í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. Í athugasemd með 72. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 84/2007 segir að mat kaupanda á hagkvæmasta boði eigi alltaf að vera fyrirsjáanlegt og byggt á hlutrænum sjónarmiðum sem tengjast fjárhagslegri hagkvæmni og gildi þá einu hvort tilboð eru eingöngu metin með hliðsjón af verði eða hvort um er að ræða fleiri forsendur sem kaupandi hefur tilgreint í samræmi við 45. gr. Í þessu felst einnig, eins og fram kemur í áður nefndum athugasemdum, að ef bjóðandi telst á annað borð hæfur til að leggja fram tilboð beri að meta tilboð hans sjálfstætt með hliðsjón af valforsendum. Í 1. mgr. 45. gr. laga nr. 84/2007 segir að forsendur fyrir vali tilboðs skulu annað hvort miðast eingöngu við lægsta verð eða fjárhagslega hagkvæmni frá sjónarhóli kaupanda. Þá skulu forsendur sem liggja til grundvallar mati á fjárhagslegri hagkvæmni tengjast efni samnings, t.d. gæðum, verði, tæknilegum eiginleikum, útliti, notkunareiginleikum, umhverfislegum eiginleikum, rekstrarkostnaði, rekstrarhagkvæmni, viðhaldsþjónustu, afhendingardegi og

afhendingartímabili eða lokun framkvæmdar samnings.

Í útboði því sem hér um ræðir var mælt fyrir um það í grein 0.4.6 í útboðsskilmálum að hagstæðasta tilboði, að mati verkkaupa, verði tekið og að við mat tilboða gildi stigamatskerfi það sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan, þ.e. að tilboðsupphæð skyldi gilda 80% en gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi og Euro IV og V staðlar hvað söfnunarbifreiðar varðaði samtals 20%. Fyrir liggur að eftir að ráðgjafi stefnda kallaði eftir gögnum frá báðum bjóðendum í verkið með tölvupósti þann 14. nóvember 2011, fóru þeir yfir tilboð aðila, leiðréttu fjárhæðir þeirra og gáfu einkunn fyrir verð, gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi og söfnunarbifreiðar samkvæmt áðurgreindu stigamatskerfi. Þá liggur fyrir, eins og áður er nefnt, að niðurstöður þeirrar vinnu hafi legið fyrir á bæjarráðsfundi stefnda þann 15. desember sama ár. Samkvæmt framlögðu skjali, sem stefnda segir hafa verið vinnuskjal og lagt hafði verið fram með greinargerð stefnda til kærunefndar útboðsmála, dags. 10. janúar 2012, átti stefnandi, eftir yfirferð tilboða og leiðréttingu, lægsta tilboð í umrætt verk í báðar leiðir, þ.e. 282.490.512 krónur í leið A og 272.847.939 krónur í leið B eftir leiðréttingu ráðgjafanna. Þá er einnig óumdeilt að tilboð stefnanda í báðar leiðir var undir kostnaðaráætlun stefnda sem tilkynnt var við opnun tilboða þann 11. nóvember 2011. Samkvæmt áðurnefndu vinnuskjali ráðgjafans var kostnaðaráætlun stefnda eftir leiðréttingu: Leið A 323.351.374 krónur og leið B 298.084.594 krónur.

Eins og rakið hefur verið hér að framan skyldi hagstæðasta tilboði, að mati stefnda, tekið og við það mat gildi stigamatskerfi greinar 0.4.6 í útboðsskilmálum. Í máli þessu hefur stefnda ekki haldið því fram að aðrar ástæður en þær sem hér að framan hefur verið fjallað um hafi valdið því að ekki var gengið til samninga við stefnanda.

Samkvæmt einkunnagjöf, sem óumdeilt er að stafaði frá ráðgjafafyrirtæki stefnda, kemur fram að verð skyldi gilda 80% af heildareinkunn. Verðtilboð stefnanda í leið A var metið 87,4% af kostnaðaráætlun stefnda og fékk stefnandi einkunnina 10 fyrir verð í umrædda leið, sbr. formúluna „einkunn(verð) = (lægsta tilboðsfjárhæð)/(tilboðsupphæð)x10 í kafla 0.4.6 í útboðsskilmálum. Fyrir leið B, sem skaðabótakrafa stefnanda byggir á, liggur fyrir að ráðgjafafyrirtæki stefnda mat verðtilboð stefnanda í leið B 91,5% af kostnaðaráætlun stefnda og fékk stefnandi einkunnina 10 fyrir verð fyrir umrædda leið, sbr. áðurgreinda formúlu. Fékk því stefnandi fullt hús stiga fyrir verð, eða 80%.

Einkunn Íslenska gámafélagsins ehf., fyrir verð var reiknað út með sama hætti og var verðtilboð fyrirtækisins í leið A metið 99,6% af kostnaðaráætlun stefnda og fékk fyrirtækið einkunnina 8,77 fyrir verð í þá leið. Verðtilboð fyrirtækisins í leið B var metið 105,7% af kostnaðaráætlun stefnda og fékk

fyrirtækið einkunnina 8,66 fyrir verð í þá leið.

Fyrir 20% valforsenda samkvæmt grein 0.4.6 fékk stefnandi 5% en Íslenska gámafélagið ehf., 10%, eins og nánar verður rakið hér.

Í fyrsta lagi fékk stefnandi 0 í einkunn bæði fyrir gæðastjórnunarkerfi og umhverfisstjórnunarkerfi, sbr. forsendur stigamatskerfisins, og því 0%. Íslenska gámafélagið ehf., fékk sömu einkunn og stefnandi fyrir gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi og því 0%. Í öðru lagi fékk stefnandi, sbr. forsendur stigamatskerfisins, einkunnina 10 fyrir söfnunarbifreiðar EURO IV, eða 5%. Íslenska gámafélagið ehf., fékk sömu einkunn fyrir EURO IV bifreiðar og stefnandi, þ.e. 5%. Í þriðja lagi fékk stefnandi, sbr. forsendur stigamatskerfisins, einkunnina 0 fyrir EURO V söfnunarbifreiðar eða 0%. Íslenska gámafélagið ehf., fékk 10 í einkunn fyrir EURO V bifreiðar, þ.e. 10%.

Stefnandi fékk hæstu lokaekinn samkvæmt stigamatskerfi útboðsins eða 8,50 í báðar leiðir, þar af fullt hús fyrir verð. Íslenska gámafélagið ehf., fékk 8.02 í lokaekinn fyrir leið A og 7,93 fyrir leið B. Að því virtu, skilmálum í útboðslýsingu og fyrirmælum 72. gr. laga nr. 84/2007, er það mat dómsins að sýnt hafi verið fram á, að hefði ekki komið til saknæms réttarbrotis stefnda, hefði verið samið við stefnanda. Fram er komið að tilboð stefnanda, samkvæmt lokaekinn stigamatskerfis þess sem stefnda byggði mat sitt á tilboðum á, hafði fengið hæstu einkunn samkvæmt fyrirmælum greinar 0.4.6 í útboðsskilmálum á því tímamarki sem ákvörðun var tekin um að hafna öllum tilboðum í verkið. Framangreint kemur fram í bókun minnihluta bæjarráðs stefnda á fundi ráðsins 15. desember 2011, þ.e. að einkunnargjöf sú sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan hafi legið fyrir á umræddum fundi og hefur því ekki verið mótmælt af hálfu stefnda. Samkvæmt öllu framansögðu er skilyrðum 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007 fullnægt að mati dómsins.

#### *Ætlað tjón stefnanda*

Stefnda byggir sýknukröfu sína m.a. á því að tjón stefnanda sé ósannað. Fyrir liggur að ekki varð af verki því sem tilboð stefnanda tók til. Til að færa fram sönnur á tjóni sínu aflaði stefnandi matsgerðar dómkvadds matsmanns, Axels Hall. Þá aflaði stefnda yfirmatsgerðar þeirra Ásmundar Magnússonar og Árna Jóns Árnasonar til að hnekkja undirmatsgerðinni. Í málavaxtakafli hér að framan er ítarlega gerð grein fyrir niðurstöðum beggja matsgerða. Í báðum matsgerðum var komist að þeirri niðurstöðu að hefði verið gengið til samninga við stefnanda á grundvelli tilboðs hans hefði slíkur samningur skilað stefnanda hagnaði. Í stefnu kemur fram að við tilboðsgerðina hafi stefnandi byggt á reynslutölum úr eigin rekstri hvað varðar afkastagetu, kaup starfsmanna og rekstrarkostnað bifreiða og

tækja. Varðandi kynningu á nýju fyrirkomulagi sorphirðu hafi hann stuðst við eigin reynslu af sambærilegu verki á Akureyri. Þá hafi greiðslur verið verðbættar samkvæmt grein 0.5.6 í útboðsgögnum.

Í máli þessu byggir stefnandi á yfirmatsgerð dómkvaddra matsmanna en þeir staðfestu reikniaðferðir og niðurstöðu undirmatsmanns í öllum meginatriðum. Í undirmatsgerð er umfjöllun um reikniaðferðir matsins vísað til svokallaðs Héðinsfjarðargangamáls, sbr. dóm Hæstaréttar 20. september 2012 í máli nr. 416/2011. Í því máli hafi Hæstiréttur fallist á að ekki séu líkur til annars en að áfrýjendur í því máli hefðu getað framkvæmt verkið samhliða öðrum verkefnum, auk þess sem verktakafyrirtæki eigi almennt auðvelt með að auka við eða draga úr starfsemi sinni eftir verkefnastöðu. Hafi Hæstiréttur talið að óhætt væri að slá því föstu að tjón áfrýjanda vegna missis hagnaðar af verkinu samsvari þeirri framlegð sem það hefði skilað til reksturs þeirra.

Í skýrslu fyrir dómi greindi vitnið og hinn dómkvaddi undirmatsmaður, *Axel Hall*, frá helstu niðurstöðum undirmatsgerðar, þ.e. útreikningi á verklaunum, verkkostnaði og áætluðum hagnaði vegna þess verks sem útboð stefnda laut að. Fram kom að vitnið hafi í útreikningum sínum miðað við upplýsingar frá stefnanda um hvernig hann hafi ætlað að standa að framkvæmd verksins. Kvaðst vitnið við matið hafa gert ráð fyrir að svara því hver framlegð hefði verið af samningi milli stefnanda og stefnda með gildistíma frá ársbyrjun 2012 til ársloka 2016. Niðurstaða matsins hafi verið að verklaun hefðu orðið 217.408.714 krónur á öllu tímabilinu og fyrir árið 2012, 53.735.935 krónur. Rekstrarkostnaður hefði orðið 153.864.838 krónur á öllu tímabilinu og fyrir árið 2012, 35.869.479 krónur. Rekstrarframlegð samkvæmt niðurstöðu matsins hefði því orðið 65.543.877 krónur á öllu tímabilinu og 17.866.456 krónur fyrir árið 2012.

Undirmatsmaður, vitnið Axel Hall, kvaðst hafa nálgast verkefnið út frá upplýsingum frá stefnanda um mat á kostnaði og ætluðum afköstum. Við þá vinnu hafi vitnið umbreytt mismunandi tunnueiningum í 240 lítra tunnur til þess að ná fram einsleitni í þeim tilgangi að auðvelda útreikninga. Þá færði vitnið í skýrslugjöf fyrir dómi rök fyrir því hvernig hann hafi komist að niðurstöðu um afkastapátt matsins. Í útskýringum vitnisins hafi komið fram að til þess að vinna verkið á 116 dögum þyrfti að losa 965 tunnuígildi á dag þá daga sem unnið væri og að hver starfsmaður þyrfti að losa 34,46 tunnuígildi á klukkustund. Kvaðst vitnið hafa að miklu leyti byggt mat sitt á upplýsingum um innri kostnað og afkastagetu í rekstri stefnanda sjálfs. Hafi vitnið fengið aðgang að gögnum stefnanda auk þess sem hann hafi sótt fundi og kynningar hjá stefnanda. Fram kom hjá vitninu að hann hafi lagt áherslu á að afla gagna um raunkostnað hjá stefnanda og þá kvaðst vitnið hafa leitað eftir að staðreyna hvort þau gögn væru raunhæf. Fram kom í skýrslugjöf

vitnisins að hann hafi ekki sérstaklega gert ráð fyrir kostnaði vegna u.þ.b. 20 km aksturs frá móttökustöð stefnanda í Hafnarfirði til móttökustöðvar Sorpu í Gufunesi. Sérstaklega aðspurður kvaðst vitnið ekki hafa gert ráð fyrir framangreindum akstri við kostnaðarútreikning í matsgerðinni.

Í skýrslu undirmatsmanns fyrir dómi kom fram að hann hafði ekki haft upplýsingar um að fyrsta hálfu árið á samningstímabilinu hefði verið gert ráð fyrir að sorphirðu yrði háttað með óbreyttum hætti frá fyrra sorphirðukerfi og að stefnandi myndi ekki afla þess búnaðar sem nýta átti í verkið fyrr en 1. júlí 2012. Kom fram að vitnið hafði í undirmatsgerð sinni gert ráð fyrir að hið nýja fyrirkomulag sorphirðu í sveitarfélaginu myndi hefjast við upphaf samnings, þ.e. 1. janúar 2012. Aðspurður um sorphirðu í dreifbýli sveitarfélagsins, þ.e. á lögbýlum, kom fram hjá vitninu að útreikningar hans um afköst hefðu miðast við söfnun sorps í þéttbýli.

Vitnið og yfirmatsmaður *Ásmundur Magnússon* byggingartæknifræðingur greindi frá vinnu yfirmatsmanna. Kvað hann undirmatsgerð hafa verið lagða til grundvallar en að auki hafi yfirmatsmenn tekið tillit til athugasemda sem settar hafi verið fram í yfirmatsbeiðni stefnda. Samkvæmt niðurstöðu yfirmats hefðu verklaun orðið 217.408.716 krónur á öllu tímabilinu og fyrir árið 2012, 53.735.935 krónur. Rekstrarkostnaður hefði orðið 154.355.642 krónur á öllu tímabilinu og fyrir árið 2012, 35.967.640 krónur. Rekstrarframlegð hefði því orðið 63.053.074 krónur á öllu tímabilinu og 17.768.295 krónur fyrir árið 2012. Fram kom hjá vitninu að yfirmatið byggði á forsendum undirmatsins og að vinna yfirmatsmanna hafi falist í að staðreyna forsendur og útreikninga undirmatsgerðar. Hafi yfirmatsmenn reynt að afla sér upplýsinga um afkastatölur í sorphirðu almennt hjá öðrum sveitarfélögum og öðrum verk tökum en ekkert orðið ágengt í þeim efnunum. Þá kom fram hjá vitninu að yfirmatsmenn hefðu ekki haft aðgang að þeim gögnum sem undirmatsmaður byggði matsgerð sína á. Hafi yfirmatsmenn því alfarið byggt matsgerð sína á skýrslu undirmatsmanns, þ.e. undirmatsgerðinni sjálfri.

Vitnið og yfirmatsmaðurinn *Árni Jón Arnason* greindi frá því að vinna við yfirmatsgerðina hafi að mestu byggst á forsendum sem fram hafi komið í undirmatsgerð. Yfirmatsmenn hafi því hvorki haft aðgang að þeim gögnum sem undirmatsgerð byggði á né hafi þeir óskað eftir slíkum upplýsingum. Greindi vitnið frá því að eina breytingin sem yfirmatsmenn hefðu gert hafi verið að í mati sínu hafi þeir gert ráð fyrir 47,25% nýtingarhlutfalli söfnunarbíls í stað 47% sem skýrsla undirmatsmanns hafi byggt á.

Í grein 0.1.4 í útboðsgögnum koma fram upplýsingar um umfang þess verks sem útboðið tók til. Þar segir að verkið felist í söfnun úr ílátum við öll heimili í Sveitarfélaginu Árborg, þ.e. á Selfossi, Stokkseyri, Eyrarbakka og í dreifbýli. Þá

kemur fram að verktaki safni úrgangi úr ílátum sem hann flytur síðan til eigin stöðvar þaðan sem hann flytur loks úrganginn til móttökustöðvar, sem þegar útboðsgögn eru gerð sé hjá Sorpu í Reykjavík.

Eins og fram kom í skýrslu undirmatsmanns fyrir dómi byggðust útreikningar hans að öllu leyti á því að tæming tunna færi fram innan þéttbýliskjarna, bæði hvað varðar ekna kílómetra og afköst við losun sorptunna. Engar upplýsingar eru í útboðsgögnum um fjölda lögbýla í dreifbýli, stærð sveitarfélagsins eða kílómetrafjölda gatna og vega innan sveitarfélagsins, en í yfirmatsbeiðni stefnda kemur fram að lögbýli í sveitarfélaginu séu yfir 120 að tölu.

Í skýrslu undirmatsmanns fyrir dómi kom fram að þau afköst sem hann hafi miðaði við væru afköst tunnuígilda á hverja klukkustund. Eðlilegt er að mati dómsins að byggja á útreikningum sem þessum þegar um er að ræða losun innan þéttbýlis þar sem stuttar vegalengdir eru milli húsa. Hins vegar er það mat dómsins að ekki sé hægt að miða eingöngu við slíka útreikninga þegar meta þurfi afköst vegna söfnunar sorps í dreifbýli þar sem aka þarf lengri vegalengdir á milli söfnunarstaða. Í undirmatsgerð er því hvorki gert ráð fyrir akstri og söfnun í dreifbýli né gerð greining á vegalengdum og tíma varðandi söfnun sorps í dreifbýli. Er það mat dómsins að í ljósi staðhátta í Sveitarfélaginu Árborg og skilmála útboðsins, að undirmatsmaður, og síðar yfirmatsmenn, hefðu vinnu sinnar vegna átt að afla framangreindra gagna. Svo var ekki gert og er því ekki hægt að byggja á þeirri afkastagetu sem sett er fram í matsgerðunum. Að mati dómsins liggur því fyrir að kostnaður við söfnun og losun íláta sé að þessu leyti verulega vanáætlaður.

Í 1. kafla útboðslýsingar, sem ber heitið verklýsing, kemur skýrt fram að verkið felist í óbreyttu sorphirðukerfi frá heimilum fram til 1. júlí 2012 en eftir það taki við annað kerfi sem feli í sér flokkun og jarðgerð á lífrænum úrgangi, sbr. grein 1.1. og til hliðsjónar grein 0.1.4 í útboðslýsingu. Af gögnum málsins má ráða að stefnandi hafi gert ráð fyrir að nota þrjár bifreiðar fyrstu sex mánuði samningstímans, (1. janúar til 30. júní 2012), þ.e. tvær einnar tunnu söfnunarbifreiðar til sorphirðu og eina krókbifreið til flutnings á gámum frá sveitarfélaginu til Sorpu í Reykjavík. Þá hafi stefnandi gert ráð fyrir að nota tvær bifreiðar til verksins frá 1. júlí 2012, þ.e. eina tveggja tunna söfnunarbifreið til sorphirðu og eina krókbifreið til flutninga á gámum frá sveitarfélaginu til Sorpu í Reykjavík. Fram kemur í undirmatsgerð að ekki hafi verið gert ráð fyrir að tækjakostur stefnanda fyrstu sex mánuði samningstímans yrði annar en tækjakostur sem nýta átti síðar á verktímanum, þ.e. frá 1. júlí 2012, og staðfesti vitnið og undirmatsmaðurinn Axel Hall það fyrir dómi. Gerði stefnandi vegna þessa ráð fyrir umtalsvert hærri verklaunum við söfnun sorps fyrstu sex mánuði ársins 2012 í tilboðsskrá sinni en hann gerir ráð fyrir eftir 1. júlí 2012. Ljóst þykir að kostnaður

vegna sorphirðu fyrstu sex mánuði ársins 2012 samkvæmt tilboðsliðum 1 til 20 í útboðsgögnum hafi því verið meiri á þeim tíma en þá mánuði sem á eftir fylgdu. Samkvæmt undirmatsgerð er kostnaður samkvæmt þessum liðum sá sami eða 17.477.714 krónur á ári, eða óbreyttur 1.456.476 krónur á mánuði öll árin sem um ræðir. Skekkir þetta verulega útreikning og niðurstöður í undirmatsgerð að mati dómsins.

Loks gerir dómurinn athugasemdir við útreikninga og niðurstöðu undirmats þar sem ekki hafi verið gert ráð fyrir kostnaði vegna flutnings sorps frá athafnasvæði stefnanda í Hafnarfirði til móttökustöðvar Sorpu í Gufunesi, en um er að ræða u.þ.b. 20 kílómetra vegalengd hvern einasta sorphirðudag. Staðfesti undirmatsmaður framangreint fyrir dómi. Ekki liggur fyrir hver kostnaðarauki vegna þessa aksturs hefði verið og enga umfjöllun er að finna í yfirmatsgerð hvað þetta varðar. Er því kostnaður við verkið vanáætlaður í matsgerðum sem því nemur.

Með vísan til þess sem að framan greinir telur dómurinn að undirmatsgerð gefi ekki rétta mynd af umfangi verks þess sem stefnandi bauð í og um er deilt í máli þessu. Í framburði yfirmatsmannanna Ásmundar Magnússonar og Jóns Árna Árnasonar fyrir dómi komi fram að vinna þeirra hafi eingöngu falist í endurútreikningi á niðurstöðum undirmatsmanns. Hafi þeir við þá vinnu sína hvorki haft aðgang að þeim gögnum sem undirmatsgerð er byggð á né hafi þeir óskað eftir þeim gögnum við vinnu sína. Að mati dómsins er sú skýring þeirra fyrir dómi að aðilar málsins hafi ekki óskað eftir því með öllu marklaus í ljósi mikilvægi yfirmatsgerða í málum sem þessum. Að mati dómsins eru verulegir gallar á undirmatsgerð hvað varðar útreikning á kostnaðarhlið verksins, sem eins og rakið er hér að framan, sætti ekki endurskoðun hjá yfirmatsmönnum. Að mati dómsins er óvissa um áhrif framangreindra þátta á kostnaðarhlið verksins. Þá eru að mati dómsins slíkir ágallar á yfirmatsgerð að hún verði ekki lögð til grundvallar við mat á því hvort umkrafin hagnaður/framlegð stefnanda sé sannaður. Hefur stefnandi ekki með öðrum hætti rennt stöðum undir málsástæður sínar að þessu leyti. Verður því stefnda sýknað af öllum kröfum stefnanda í máli þessu.

Þrátt fyrir framangreinda niðurstöðu þykir, með vísan til 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, og atvika máls þessa rétt að hvor aðili beri sinn kostnað af málinu. Er einnig litið til þess að kröfum stefnda um frávísun málsins var hrundið.

Af hálfu stefnanda flutti málið Jóhannes Karl Sveinsson lögmaður.

Af hálfu stefnda flutti málið Torfi Ragnar Sigurðsson lögmaður.

Ragnheiður Thorlacius héraðsdómari kveður upp dóm þennan ásamt sérfróðu meðdómsmönnum Finni Sturlusyni MBA/véltæknifræðingi og Arnari

Má Jóhannessyni löggiltum endurskoðanda. Dómsuppsaga hefur dregist fram yfir lögbundin frest en dómsformaður, sérfróðir meðdómsmenn og lögmenn töldu ekki þörf endurflutnings, sbr. 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991.

**Dómsorð:**

Stefnda, Sveitarfélagið Árborg, er sýkn af öllum kröfum stefnanda í máli þessu.

Málskostnaður fellur niður.

Ragnheiður Thorlacius  
Finnur Sturluson  
Arnar Már Jóhannesson