

Árið 2013, föstudaginn 5. júlí, er á dómþingi Héraðsdóms Suðurlands, sem háð er að Austurvegi 4, Selfossi, af Ragnheiði Thorlacius, héraðsdómara, kveðinn upp í málinu nr. E-2/2013:

Bílar og fólk ehf.

(Bjarki Þór Sveinsson hdl.)

gegn

Samtökum sunnlenskra sveitarfélaga

(Teitur Már Sveinsson hdl.)

og

gagnsök

svofelldur

d ó m u r :

Mál þetta, sem þingfest var þann 16. janúar 2013, var dómtekið þann 11. júní sl.

Stefnandi í aðalsök og gagnstefndi er Bílar og fólk ehf., kt. 000000-0000, Krókhálsi 12, Reykjavík, en stefna í aðalsök var birt stefnda þann 11. janúar 2013.

Stefndi í aðalsök og gagnstefnandi er Samtök sunnlenskra sveitarfélaga, kt. 000000-0000, Austurvegi 56, Selfossi, en stefna í gagnsök var birt gagnstefnda þann 14. febrúar sl.

Í aðalsök krefst stefnandi þess að stefndi verði dæmdur til greiðslu 58.751.343 króna auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 23. ágúst 2012 til greiðsludags. Þá er krafist málskostnaðar.

Í aðalsök krefst stefndi sýknu af öllum kröfum stefnanda. Þá krefst hann málskostnaðar.

Með stefnu gagnstefnanda, sem birt var þann 14. febrúar 2013, krefst gagnstefnandi að gagnstefndi verði dæmdur til greiðslu 50.221.262 króna ásamt vöxtum samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 25. nóvember 2011 til 26. október 2012, en með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim degi til greiðsludags. Þá er krafist málskostnaðar.

Gagnstefndi krefst sýknu af kröfum gagnstefnanda. Þá er krafist málskostnaðar.

Málavextir

Upphaf þessa máls má rekja til þess að 26. júlí 2011 undirrituðu Samtök sunnlenskra sveitarfélaga (SASS) og Vegagerðin samning til sjö ára um reglubundna fólksflutninga milli starfssvæðis SASS og höfuðborgarsvæðisins frá 1. janúar 2012 að telja. Í framhaldi af því efndi Byggingasamlagið Strætó bs., f.h. SASS og Akraneskaupstaðar, til útboðs í september 2011 um verkið „*Almenningsamgöngur fyrir SASS og Akraneskaupstað, útboðsgögn nr. 12695.*“ Umsjón með útboðinu hafði innkaupaskrifstofa Reykjavíkurborgar. Um var að ræða útboð á akstri á fjórum leiðum á Suður- og Suðausturlandi og einni leið milli Akraness og Mosfellsbæjar. Í útboðsferlinu var hætt við síðastgreinda útboðshlutann og tekur öll umfjöllun hér á eftir mið af því.

Samkvæmt verklýsingu var óskað eftir tilboðum í tvo verkhluta. Annars vegar verkhluta 1 sem tók til eftirtaldrá leiða: *Leið 51, Reykjavík – Selfoss, leið 51, Hvolsvöllur – Kirkjubæjarklaustur, leið 52, Reykjavík – Landeyjahöfn, leið 72, Selfoss – Flúðir og leið 73, Selfoss – Laugarvatn.* Hins vegar var um að ræða verkhluta 2 sem tók til *leiðar 51, Kirkjubæjarklaustur – Hornafjörður.* Útboðsgögnum var skipt í þrjá megin kafla; A útboðsskilmála, B verkskilmála og C verklýsingu. Samkvæmt tilboðsblaði í útboðsgögnum var hægt að bjóða í þrjár fléttur verkhluta, þ.e. með því að bjóða í verkhluta 1 og verkhluta 2 eða í verkhluta 1 og 2. Með útboðsgögnum fylgdi tilboðsblað og fjögur eyðublöð til að skrá ýmsar upplýsingar um bjóðanda sem og vagna sem hann fyrirhugaði að nota í verkið. Auk þess fylgdu útboðsgögnum fimm fylgiskjöl. Í framlögðu efnisyfirliti kemur fram að svokölluð hefti, vagnferlar, akstursleiðir og tímatöflur hafi einnig fylgt útboðsgögnum.

Stefnandi í aðalsök sendi inn þrjú tilboð. Í fyrsta lagi í verkhluta 1, í öðru lagi í verkhluta 2 og í þriðja lagi í fléttuna verkhluta 1 og 2. Tilboð voru opnuð þann 24. október 2011 og segir í fundargerð opnunarfundar, sem hófst klukkan 14:00 og lauk klukkan 14:13, að kostnaðaráætlun verkkaupa vegna verkhluta 1 og 2 hafi numið 105.000.000 króna. Stefnandi í aðalsök átti lágsta tilboð í fléttuna verkhluti 1 og 2 sem og aðskilin tilboð í verkhluta 1 og verkhluta 2, eins og fram kemur í yfirliti yfir þau tilboð sem bárust í verkið og tilgreind eru í fundargerð opnunarfundar, með eftirfarandi hætti:

1	Bílar og fólk ehf.	Verkhluti	1	kr.	122.229.547
		Verkhluti	2	kr.	21.189.682
		Verklutar	1 og 2	kr.	119.835.203
2	Hópferðamiðstöðin ehf.	Verklutar	1 og 2	kr.	162.697.220
3	Skagaverk	Verkhluti	1	kr.	189.760.128

		Verkhluti	2	kr.	33.697.222
4	Krókur	Verkhluti	1	kr.	186.841.437
		Verkhlutar	1 og 2	kr.	220.068.274
5	Kynnisferðir ehf.	Verkhluti	1	kr.	189.201.040
		Verkhluti	2	kr.	36.876.723
6	Hópbílar hf.	Verkhluti	1	kr.	149.815.930
		Verkhlutar	1 og 2	kr.	188.003.528
7.	Icelandexcursions Allrahanda ehf.	Verkhluti	1	kr.	171.063.816
		Verkhluti	2	kr.	28.266.553
		Verkhlutar	1 og 2	kr.	198.616.405

Í stuttu máli voru atvik máls þessa þau að við opnun tilboða kom í ljós að öll tilboð voru yfir kostnaðaráætlun aðalstefnda fyrir verkhluta 1 og 2, en fimm tilboð bárust í þann verkhluta og voru þau á bilinu 114 % til 210 % af kostnaðaráætlun stefnda. Aðalstefndi tók tilboði aðalstefnanda í verkhluta 1 og 2 sem var lægsta tilboðið sem barst, enda gilt tilboð að mati aðalstefnda. Aðalstefnandi heldur því fram að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 hafi verið ógilt vegna mistaka við tilboðsgerðina sem hafi leitt til þess að tilboðið hafi orðið mun lægra en ætlunin var. Hann hafi tilkynnti aðalstefnda að hann gæti ekki staðið við tilboðið nema það yrði leiðrétt, en því hafnaði aðalstefndi. Að liðnum þeim fresti sem kveðið er á um í 1. mgr. 76. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup og viðræður milli aðila rifti aðalstefndi samningi aðila þann 25. nóvember 2011.

Aðila máls þessa greinir á um atvik eftir opunarfundinn. Aðalstefnandi segir mistök hafa orðið við tilboðsgerðina þannig að einingarverð hafi fallið niður í einum verklið, þar sem sett hafi verið inn 0. Þessi mistök hafi leitt til þess að lægra verð hafi verið fyrir verkhluta 1 og 2 saman en verkhluta 1 einan og sér og hafi hann strax daginn eftir opunarfundinn tilkynnt aðalstefnda um mistökin. Tilboðið hafi verið haldið verulegum annmörkum sem leitt hafi til ógildingar þess. Aðalstefnandi hafi óskað eftir að gengið yrði að lægsta gilda tilboði hans, þ.e. aðgreind tilboð í verkhluta 1 og verkhluta 2. Aðilar máls hafi síðan deilt um hvort lægsta tilboð aðalstefnanda hafi verið ógilt og þeim deilum lokið með því að aðalstefndi hafi gefið út svokallaða yfirlýsingu um riftun samnings aðila. Í framhaldi af því hafi aðalstefnandi þann 2. desember 2011 sent formlega beiðni með tölvupósti kl. 15:50 til aðalstefnda með ósk um að gengið yrði til viðræðna á grundvelli gildandi tilboða aðalstefnanda. Klukkan 15:58 þann sama dag hafi birst

fréttatilkynning á heimasíðu Morgunblaðsins um að aðalstefndi hafi samið við Hópbíla hf. um aksturinn.

Aðalstefndi lýsir atvikum með nokkuð öðrum hætti. Segir hann ljóst vera af þeirri tilkynningu sem honum barst frá aðalstefnanda daginn eftir opnunarfundinn um svokölluð mistök aðalstefnanda við útboðsgerðina, að nokkrum mínútum áður en opnunarfundur hafi verið slitið hafi starfsmaður aðalstefnanda tilkynnt að upphæðir hafi vantað í tilboðslið í verkhluta 1 og 2. Engar athugasemdir hafi hins vegar verið bókaðar af hálfu fulltrúa aðalstefnanda á opnunarfundinum. Viðkomandi liður hafi ekki verið óútfylltur heldur hafi tölustafurinn 0 verið skráður í reitinn. Með bréfi dags. 27. október 2011 hafi aðalstefndi ítrekað að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 væri ógilt og að hann gæti ekki staðið við tilboðið og félli því frá því. Jafnframt hafi aðalstefndi óskað eftir að aðalstefndi tæki til skoðunar næstu tilboð aðalstefnanda í verkið. Í framhaldinu hafi skýringarfundur verið haldinn þar sem aðalstefnanda hafi verið gefinn kostur á að rökstyðja fullyrðingar sínar um ógildi tilboðsins. Það hafi aðalstefnanda hins vegar ekki tekist og þá hafi gögn sem hann lagði fram máli sínum til stuðnings ekki veitt viðhlítandi skýringar. Auk skýringafundarins hafi aðalstefndi óskað eftir mati á gildi tilboðsins hjá ráðgjafa sínum, VSÓ Ráðgjöf. Niðurstaðan hafi verið sú að tilboðið gæti hvorki talist of lágt né ógilt af öðrum orsökum. Að þessu gefnu og þar sem lægsta tilboð aðalstefnanda hafi verið gilt hafi umsjónaraðili útboðsins lagt til að tilboðinu yrði tekið, enda hagstæðasta tilboðið. Því hafi öllum bjóðendum verið send tilkynning þann 4. nóvember 2011 þar sem tilkynnt hafi verið um val á tilboði aðalstefnanda. Í kjölfar þeirrar tilkynningar hafi aðalstefndi óskað eftir fundi með aðalstefnda sem hafi verið hafnað með vísan til 76. gr. laga 84/2007. Þann 14. nóvember 2011 hafi bjóðendum verið tilkynnt um endanlegt samþykki á tilboði aðalstefnanda og að bindandi samningur væri kominn á. Aðilar málsins hafi fundað og aðalstefndi reynt að ná sáttum auk þess sem ýmsar leiðir hafi verið ræddar til lausna, m.a. hugsanleg stækkun verksins til hagsbóta fyrir aðalstefnanda en án árangurs. Af samskiptum milli aðila hafi síðan orðið ljóst að aðalstefndi hafi ekki ætlað sér að standa við skuldbindingar sínar. Því hafi aðalstefndi, með skeyti dags. 21. nóvember 2011, farið þess á leit við aðalstefnanda að hann staðfesti formlega þá ætlun sína að vanefna samning aðila. Með tölvupósti 22. nóvember 2011 hafi komið fram hjá aðalstefnanda að hann héldi enn fast við það sjónarmið sitt að tilboðið væri ógilt. Í kjölfarið hafi aðalstefndi því rift samningi sínum við aðalstefnanda. Þegar hér hafi verið komið sögu hafi aðalstefndi, sem hafi skuldbundið sig til að bjóða upp á akstursþjónustu frá áramótum 2011/2012, staðið uppi samningslaus. Þar sem um mánuður hafi verið til stefnu og aðrir möguleikar útilokaðir hafi aðalstefndi nýtt sér samningskaupaákvæði c. liðar 1. mgr. 33. gr. laga nr. 84/2007 og náð samningi við Hópbíla ehf.

Fyrir liggur að aðalstefndi bar tiltekin ágreiningsatriði varðandi útboðið undir kæruneftnd útboðsmála. Með úrskurðum nefndarinnar frá 29. desember 2011 og 24. febrúar 2012 var öllum kröfum stefnanda hafnað, m.a. um skaðabótaskyldu aðalstefnda. Á árinu 2012 gengu bréf milli aðila þar sem þeir, hvor um sig, settu fram kröfur um skaðabætur.

Málsástæður og lagarök stefnanda í aðalsök.

Stefnandi byggir á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna brota stefnda á lagareglum um útboð og vísar til þess að kærunefnd útboðsmála hafi komist að þeirri niðurstöðu að með samningi stefnda við Hópbíla hf. hafi stefndi brotið gegn lögum um opinber innkaup. Stefnandi hafi átt lágsta gilda tilboðið í útboðinu, þ.e. aðskilin tilboð í verkhluta 1 og verkhluta 2, og því hafi stefnda verið skylt að taka tilboði stefnanda og sé því bæði um að ræða skaðabótaskyldu innan og utan samninga. Tjón stefnanda, sem stefndi beri ábyrgð á, felist í því að samningur hafi ekki verið gerður og þannig hafi stefnandi orðið af þeim hagnaði sem hlotist hefði með gagnkvæmum efndum. Stefnandi geri því fyrst og fremst kröfu um efndabætur, þ.e. að hann verði eins settur og ef samningur hefði verið gerður við hann á grundvelli hins gilda tilboðs.

Aðalmálsástæðu sína byggir stefnandi á því að stefnda hafi borið að semja við stefnanda á grundvelli útboðsskilmála, en það sé í samræmi við meginreglu útboðsréttar og laga nr. 84/2007, sem feli í sér að kaupanda sé skylt að semja við þann aðila sem eigi hagkvæmasta tilboðið, að þeim skilyrðum uppfylltum að viðkomandi bjóðandi sé hæfur, sem sé óumdeilt í máli þessu. Undantekningu frá þeirri meginreglu beri að skýra þröngt og hvíli sönnunarbyrðin á stefnda.

Stefnandi byggir í fyrsta lagi á því að lágsta tilboð hans hafi verið ógilt en ekki önnur tilboð hans. Stefnandi hafnar því að vegna þess að eitt af þremur tilboðum hans hafi verið ógilt leiði það til þess að önnur tilboð hans hafi sjálfkrafa einnig verið ógild. Í því sambandi vísar stefnandi aðallega til þess að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 hafi augljóslega verið háð slíkum annmörkum að það teljist ógilt. Það sem taki af allan vafa um þau mistök sé að umrætt tilboð hafi verið lægra en tilboð hans í verkhluta 1 einan og sér, en í þann verkhluta hafi hann boðið 122.229.547 krónur, á móti 119.835.203 króna í verkhluta 1 og 2. Einu tekjur verksins komi frá verkkaupa og hafi tilboðsfjárhæð miðast við það. Stefnandi bendir á að augljóslega geti það aldrei verið ódýrara að sinna bæði verkþáttum 1 og 2 en að sinna aðeins verkþætti 1, án tillits til hagræðis sem kunni að myndast við það að sinna báðum verkhlutum. Í tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 hafi vantað fastan kostnað við innkaup, lágmarksfjölda vagna, fjármögnunarkostnað, tryggingar, afskriftir og fleira. Slíkur kostnaður lækki ekki þó einhver samlegðarhagræðing náist á breytilegum kostnaði þegar tveir verkþættir séu undir í einu. Stefnandi bendir á að samkvæmt 73. gr. laga nr. 84/2007, sem fjallar um óeðlilega lág tilboð, sé það kaupanda að óska skriflega eftir nánari upplýsingum frá bjóðanda sem þannig fái tækifæri til að koma að sínum sjónarmiðum. Það sé því í raun ekki skylda bjóðanda að tilkynna að um ógilt tilboð sé að ræða, en það hafi stefnandi hins vegar gert um leið og honum hafi orðið það ljóst daginn eftir opnunarfund. Þó stefndi hafi ekki sjálfur komið auga á mistökin hafi honum borið að tilkynna þau og bjóða stefnanda að koma að skýringum þar sem um hafi verið að ræða mikinn annmarka. Í raun hafi stefnda beinlínis verið óheimilt að taka hinu óeðlilega lága tilboði stefnanda. Þá hafi verið augljóst að tilboðsfjárhæðin myndi ekki standa undir framkvæmdinni. Stefnandi vísar til athugasemda með 73. gr. í greinargerð að frumvarpi að lögum nr. 84/2007, þar sem segi að fremur skuli horfa til annarra tilboða en kostnaðaráætlunar kaupanda við mat á því hvort tilboð sé óeðlilega lágt. Þó svo hið ógilda tilboð stefnanda hafi verið hærra en kostnaðaráætlun stefnda breyti það ekki þeirri staðreynd að tilboðið hafi verið óeðlilega lágt.

Í rökstuðningi fyrir aðalmálsástæðu sinni hafnar stefnandi því í öðru lagi að útboðinu hafi verið lokið þegar tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2 hafi verið tekið. Vísar stefnandi til þriggja atriða í þessu sambandi:

Í fyrsta lagi hafi stefndi tekið tilboði sem hvorki hafi verið til staðar né gilt en hafnað öðrum tilboðum. Í kjölfar mistaka við gerð tilboðs í verkhluta 1 og 2, sem stefnandi tilkynnti stefnda strax daginn eftir, hafi í raun ekkert tilboð að fjárhæð 119.835.203 krónur verið til staðar. Því hafi stefnda verið ómögulegt þann 4. nóvember 2011 að „taka“ áðurnefndu tilboði. Að taka slíku tilboði hafi því aðeins verið málamyndageringur.

Í öðru lagi hafi kostnaðaráætlun stefnda verið röng. Komið hafi fram hjá fulltrúa stefnda, VSÓ ráðgjöf, sem gerði kostnaðaráætlunina, að hún hafi verið miðuð við verk sem voru í gildi 2011 og fyrr. Hins vegar hafi ekkert þeirra verka verið sambærilegt útboði því sem mál þetta snýst um og því forsendur kostnaðaráætlunar stefnda rangar, eins og tilboð sem bárust í verkið sanni. Þá liggja fyrir að stefndi samdi við Hópbíla hf. um töluvert minna eða ódýrara verk fyrir 127 miljónir króna og leitaði síðan tilboða í aðra þætti. Stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að kostnaðaráætlun hans sé rétt en hann hafi hafnað að leggja fram útreikninga að baki því mati.

Í þriðja lagi bendir stefnandi á að það þurfi að vera fyrir hendi sérstakar og málefnalegar ástæður til að hafna öllum tilboðum og vísar í því sambandi til megintilgangs reglna um opinber innkaup, þ.e. um jafnræði bjóðenda og gagnsæi í útboðsferli. Það sé því í andstöðu við þessi markmið að viðurkenna óskoraða heimild kaupanda til að ógilda tilboð en það feli m.a. í sér hættu á að við gerð nýrra útboðsskilmála hafi komið fram upplýsingar sem nota megi til að draga taum eins bjóðanda. Því verði ógilding útboðs hverju sinni að styðjast við veigamikil og málefnaleg rök, sbr. 1. mgr. 75. gr. laga nr. 84/2007, sem skyldar kaupanda til að rökstyðja höfnun allra tilboða eða að nýtt útboð fari fram. Slíkan formlegan rökstuðning hafi stefndi aldrei látið í té. Ekkert hald sé í þeim röksemdum stefnda annars vegar að hann hafi ekki viljað semja við stefnanda vegna hegðunar hans og hins vegar að öll tilboð hafi verið langt yfir kostnaðaráætlun.

Um aðalmálsástæðu vísar aðalstefnandi í þriðja lagi til þess að það að tilboðsliður falli út geti leitt til þess að um hafi verið að ræða alvarlega vanrækslu í starfi í skilningi d. liðar 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007, eins og stefndi haldi fram. Framangreint ákvæði eigi ekki við enda hafi stefnandi sinnt stórum hluta umdeilds aksturs um árabíl athugasemdalaust. Stefnandi vísar til 71. og 72. gr. laga nr. 84/2007 um að eingöngu skuli litið til gilda tilboða og greina skuli frá því í útboðsgögnum ef val á milli tilboða grundvallast á öðru en fjárhæðum tilboða. Þá skuli velja hagkvæmasta tilboð. Stefndi hafi því verið skyldugur til að taka lágsta gilda tilboði verksins að fjárhæð 143.419.229 krónur, sem komið hafi frá stefnanda.

Um útreikning á aðalkröfu sinni vísar stefnandi til kostnaðaráætlunar sinnar að fjárhæð 136.891.302 krónur, en hana hafi stefndi fengið í hendur meðan á deilum þeirra um hvort tilboð stefnanda væri haldið augljósum annmörkum stóð. Tilboð stefnanda hafi verið að fjárhæð 143.419.229 krónur. Tapaður hagnaður stefnanda af samningi í níu ár sé því 58.751.343 krónur. Bendir stefnandi á að fordæmi séu fyrir því og ekkert sem bendi til annars en að stefndi hefði samið við stefnanda í tvö ár

til viðbótar samkvæmt heimild í útboðslýsingu. Þar sem stefndi hafi mótmælt kostnaðaráætlun stefnanda sem of hárrí sé ljóst að hagnaðarmissir og tjón stefnanda sé a.m.k. ekki minni en aðalkrafa hans. Fallist dómurinn ekki á að samningur aðila hefði verið framlengdur, nemi hagnaðarmissir stefnanda fyrir sjö ár 45.695.489 krónum. Skaðabótakrafa stefnanda sé gjaldfallin enda ljóst að stefndi muni ekki standa við skyldur sínar samkvæmt útboðinu og samning þann sem með réttu hefði átt að taka gildi í kjölfar útboðsins.

Í umfjöllun um varamálsástæðu byggir stefnandi á því að komist dómurinn að þeirri niðurstöðu að stefnda hefði verið heimilt að hafna öllum tilboðum í útboðinu sé stefndi samt sem áður skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda á grundvelli reglna um opinber innkaup. Stefndi hefði átt að hefja nýtt gagnsætt innkaupaferli með útboði eða samkvæmt öðrum lögbundnum leiðum. Þá hafnar stefnandi því að stefnda hafi verið heimilt að semja við aðila að eigin vali.

Stefnandi hafnar því í fyrsta lagi að stefnda hafi verið heimilt að viðhafa samningskaup samkvæmt 32. gr. laga nr. 84/2007, eins og stefndi hafi borið við í fréttatilkynningu, enda hafi grunnskilyrði þeirrar greinar um útboðsauglýsingu ekki verið uppfyllt.

Stefnandi hafnar því í öðru lagi að stefnda hafi verið heimilt að viðhafa samningskaup án undangenginnar útboðsauglýsingar á grundvelli neyðarréttar samkvæmt c-lið 1. mgr. 33. gr. laga nr. 84/2007. Með því að semja beint við tiltekinn aðila hafi stefndi brotið lög um opinber innkaup. Stefnandi rekur fjögur skilyrði sem hann segir að öll verði að vera uppfyllt til að hægt sé að beita fyrrnefndu ákvæði. Í fyrsta lagi hafnar stefnandi því að um hafi verið að ræða aðkallandi neyðarástand og vísar einkum til þess að þjónustu rútabíla eða strætó geti ekki frekar en flest öll innkaup verið skilgreind sem neyðarástand. Gildandi samningar á árinu 2011 um akstur á því svæði sem útboðið náði til hafi verið með framlengingarheimild og því hægt að framlengja þá samninga meðan verkið hefði verið boðið út að nýju. Þá hefði verið auðvelt að semja um akstur fyrstu mánuði ársins enda ekki miklar annir í þjónustu rútabílfreiða á þessum tíma árs. Í öðru lagi hafnar stefnandi því að um hafi verið að ræða ófyrirsjáanlega atburði þar sem alltaf hafi legið fyrir að samningar um akstur á svæðinu væru lausir um áramótin 2011/2012. Í þriðja lagi er því hafnað að ekki hefði verið hægt að standa við fresti í almennu útboði, lokuðu útboði eða samningskaupum skv. 32. gr. laga nr. 84/2007. Þann 25. október 2011, daginn eftir opnunarfundinn hafi legið fyrir að tilboð stefnanda væri ógilt og því nægur tími til að fara aftur í útboð, eða tveir mánuðir. Þá hefði verið hægt að beita 32. gr. laga nr. 84/2007 hefði kostnaðaráætlun stefnda í raun verið rétt. Það sé því ljóst að stefndi hafi sjálfur borið ábyrgð á þeim aðstæðum sem uppi voru.

Stefnandi fullyrðir að hann hafi átt raunhæfa möguleika í nýju útboði eða samningskaupum enda hafi hann átt mun hagstæðara tilboð en Hópbílar hf. og Hópfærðamiðstöðin ehf. í útboðinu. Þegar af þeirri ástæðu sé hægt að fullyrða að stefnandi hafi haft yfirburðastöðu til að sinna verkinu á sem hagkvæmastan hátt. Þá hafi stefnandi margra ára reynslu af akstri fyrir Vegagerðina.

Stefnandi vísar til þess að gerðar hafi verið nokkrar breytingar á skilmálum útboðsins í samningi stefnda við Hópbíla hf. Fyrir liggi að fyrrnefnt fyrirtæki hafi lækkað verð á einstökum verkliðum og hafi meðalverð á aksturstíma lækkað úr

15.066 krónum í 9.934 krónur. Um sé að ræða gífurlega lækkun sem ekki verði skýrð nema með kostnaðarlækkandi frávikum frá skilmálum útboðsins, frávikum sem stefndi hafi staðið fyrir. Þá rekur stefnandi frávik sem hann telur að hafi verið gerð í samningi stefnda við Hópbíla hf. og vísar til útboðslýsingar nr. 11240, „Verðfyrirspurn – Tilraunaverkefni. Almenningsamgöngur fyrir SASS“.

Töluverður munur hafi verið á tilboði stefnanda og Hópbíla hf. í útboðinu eða um 45 milljónir króna. Því megi fullyrða að stefnandi hefði einnig getað lækkað einingarverð sín ef honum hefði verið gefinn kostur á sömu frávikum í gagnsæju samningsferli og samt fengið eðlilegan hagnað út úr samningnum. Stefnandi ítrekar að þar sem hann hafi átt lágsta gilda tilboðið í verkið hafi hann sýnt fram á að það hafi staðið honum næst að fá samning, hvort heldur það hefði verið í kjölfar útboðs eða samningskaupaaðferða.

Um lagarök vísar stefnandi til þess að grundvöllur efniskröfu hans séu meginreglur útboðs- og verktakaréttar eins og þær birtist í réttarframkvæmd og lögum nr. 84/2007. Um skaðabótaúrræðið efnabætur er vísað til almennra reglna fjármunaréttarins. Um dráttarvexti, sem reiknist frá því fjárfrafa var formlega sett fram af hálfu stefnanda, er vísað til 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Um aðild er vísað til þess að stefndi sé verkkaupi í útboðinu og sá sem taki endanlega ákvarðanir þrátt fyrir að Strætó, innkaupastofnun Reykjavíkurborgar og VSÓ hafi komið fram fyrir hönd stefnda í útboðsferlinu. Krafa um málskostnað styðjist við 129. -131. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð einkamála. Um varnarþing er vísað til 3. og 4. mgr. 33. gr. fyrrnefndra laga og um fyrirsvar til 5. mgr. 17. gr. sömu laga.

Málsástæður og lagarök stefnda í aðalsök.

Stefndi hafnar því að lágsta tilboð stefnanda hafi verið ógilt eins og haldið sé fram. *Í fyrsta lagi* sé augljóst að stefnandi hafi ekki gleymt að fylla út verkliðinn um verð tengt kostnaði við vagna í tilboð í verkþætti 1 og 2, enda hafi hann ritað tölustafinn 0 í viðkomandi reit. Skoða verði skýringar stefnanda um að gleymst hafi að tilgreina einingarverð í ljósi þess að stefnanda virðist hafa tekist skammlaust að fylla út alla liði í aðskildum tilboðum sínum í verkhluta 1 og 2. Það þekkist almennt og sé allt að því hefðbundið að ekki sé gefið upp verð í alla verkliði. Fyrir því geti verið ýmsar ástæður en væntanlega sé þá alltaf gert ráð fyrir að sá kostnaður sem leggist á verktaka vinnist til baka í öðrum verkþáttum. Því valdi það ekki ógildi tilboðsins að tölustafurinn 0 hafi verið tilgreindur í reit fyrir einingarverð, hvorki samkvæmt almennum reglum né lögum nr. 84/2007. *Í öðru lagi* hafi það verið sérstaklega áréttað í útboðsgögnum, grein A.4.1, að ef bjóðandi fyllti ekki út einingarverð allra tilboðsliða á tilboðsblaði, yrði litið á óútfyllta liði sem ákvörðun bjóðanda um að innifela kostnað við þá í öðrum liðum. Því hafi beinlínis verið gert ráð fyrir því í útboðsgögnum að tilboð teldust gild þótt ekki hefðu allir tilboðsliðir verið útfylltir. *Í þriðja lagi* hafi tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 verið rétt tæpum 15 milljónum króna hærra en kostnaðaráætlun stefnda fyrir verkhlutann. Því hafi tilboðið, með hliðsjón af kostnaðaráætluninni, ekki gefið til kynna að það væri ógilt. Stefnandi mótmælir því harðlega að kostnaðaráætlun hans hafi verið röng, sé yfir höfuð hægt að tala um ranga kostnaðaráætlun. Þá verði tilboðsgerð stefnanda og staða hans í útboðinu að skoðast í því ljósi að hann hafi að nokkru leyti sinnt verkinu á grundvelli sérleyfa. Þá sé kostnaðarútreikningum stefnanda mótmælt sem

einhlíða og órökstuddum. Umræddur útreikningur hafi ekki fylgt tilboði stefnanda og því óljóst hvenær hann hafi orðið til. Er því einnig mótmælt að umræddur kostnaðarútreikningur stefnanda skipti máli varðandi gildi tilboðsins. *Í fjórða lagi* hafi það verið í verkahring stefnda, en ekki stefnanda, að úrskurða um gildi tilboðsins. Væri því á hinn veginn farið myndu bjóðendur að sjálfsgöðu alltaf úrskurða lægri tilboð sín ógild eftir opnun tilboða og engu breyti þó tilboðið hafi verið lægra en tilboð stefnanda í verkhluta 1 einan sér. Vísar stefndi til 64. gr. laga nr. 84/2007 þar sem kveðið sé á um að bjóðandi geti aðeins afturkallað tilboð sitt áður en tilboð séu opnuð. Því hafi stefnandi verið bundinn af tilboði sínu eftir að tilboð voru opnuð. Stefndi hafi hins vegar gefið stefnanda tækifæri til að styðja fullyrðingar sínar um ógildi tilboðsins með rökum og gögnum á sérstökum fundi sem engu hafi skilað af hálfu stefnanda. Þá hafi ráðgjafar stefnda, sem búi yfir sérþekkingu á þessu sviði, metið tilboðið gilt. *Í fimmta lagi* vísar stefndi til þess að samningur sá sem gerður hafi verið við Hópbíla hf. í kjölfar samningskaupa hafi numið rétt um 127 milljón krónum. Þar sem samningurinn hafi byggt á útboðsgögnum og forsendum útboðsins sé ljóst að fullyrðingar stefnanda um að lægsta tilboð hans hafi verið bersýnilega of lágt eigi ekki við rök að styðjast. Þá mótmælir stefndi því sem röngu og ósönnuðu, sem haldið sé fram í stefnu, að umræddur samningur við Hópbíla hf. hafi verið um töluvert minna eða ódýrara verk en tilboðið hafi gert ráð fyrir. Um hafi verið að ræða sama verk að frátöldum smávægilegum frávikum frá útboðsgögnum. *Í sjötta lagi* vísar stefndi til þess að kærunefnd útboðsmála hafi í úrskurði sínum frá 24. febrúar 2012 komist að þeirri niðurstöðu að stefndi væri ekki skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda þar sem stefnandi hafi ekki viljað standa við tilboð sitt og af þeim sökum hefði ekkert orðið af samningi þeim sem komist hafi á við töku stefnda á tilboði stefnanda. *Í sjöunda lagi* er því hafnað að tilvísun í stefnu til 73. gr. laga nr. 84/2007 eigi hér við. Greinin taki til tilvika þegar kaupandi ætli að hafna óeðlilega lágu tilboði, en eigi ekki við um bjóðendur. Þá sé við slíkar aðstæður gert ráð fyrir lágmarks könnun af hálfu kaupanda áður en honum sé heimilt að hafna tilboði auk þess sem hann verði að rökstyða höfnun. Aldrei hafi staðið til að hafna tilboði stefnanda enda hafi ekki verið uppfyllt frumskilyrði áðurnefndar lagagreinar um að tilboð hafi verið óeðlilega lágt. Þá mótmælir stefndi túlkun stefnanda á því sem fram komi í athugasemd með 73. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 84/2007. Fyrir liggir að meðaltal allra tilboða í verkhluta 1 hafi verið 38% hærri en tilboð stefnanda í sama verkhluta og meðaltal allra tilboða í verkhluta 2 hafi verið um 42% hærri en tilboð stefnanda í þann verkhluta. Þrátt fyrir það haldi stefnandi því fram að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 í sitt hvoru lagi hafi verið gild og stefnda borið að ganga til samninga við hann á grundvelli þeirra. Í ljósi þessa þykir stefnda málalátubúnaður stefnanda sæta furðu. *Í áttunda lagi* hvíli sönnunarbyrði um að tilboðið hafi verið ógilt á stefnanda en það hafi honum ekki tekist að sanna.

Stefndi byggir á því að honum hafi verið skylt að taka hinu gilda tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2, enda hafi það verið lægsta tilboð sem barst í útboðinu og þar með það hagkvæmasta, sbr. 71., sbr. 1. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007. Því hefði það opnað fyrir skaðabótaskyldu stefnda gagnvart öðrum bjóðendum hefði stefndi látið undan stefnanda og heimilað honum að falla frá lægsta tilboðinu og gengið til samninga við hann um næst lægsta tilboð hans. Eftir að stefndi tók tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2 og samþykkti það endanlega að loknum tíu daga lögbundum samþykkisfresti 1. mgr. 76. gr. laga nr. 84/2007, hafi verið kominn á bindandi samningur milli aðila, sbr. 2. mgr. sömu greinar. Af þessu hafi leitt að öðrum tilboðum sem bárust í útboðinu, bæði frá stefnanda og öðrum bjóðendum,

hafi lögum samkvæmt verið hafnað, sbr. 1. mgr. 74. gr. laga nr. 84/2007. Útboðinu hafi því lokið með samningi stefnda og stefnanda á grundvelli lægsta tilboðs stefnanda.

Í kjölfar þess að bindandi samningur komst á milli aðila hafi farið fram samningaviðræður þar sem stefndi hafi m.a. gert tillögur um minniháttar breytingar í verkinu, stefnanda til hagsbóta, en án árangurs og hafi stefnandi lýst því yfir að hann myndi ekki efna saminginn að sinni hálfu. Þar sem lögum samkvæmt hafi verið kominn bindandi samningur milli aðila hafi stefndi gripið til þess ráðs að rifta samningi sínum við stefnanda, sbr. 3. mgr. 100. gr. laga nr. 87/2007 á grundvelli fyrirsjáanlega verulegra vanefnda stefnanda. Þannig hafi útboðinu lokið og stefndi hafi staðið uppi samningslaus en á sama tíma hafi hann verið skuldbundinn til að bjóða upp á akstursþjónustu á Suður- og Suðvesturlandi. Á þeirri stöðu hafi stefnandi borið fulla ábyrgð og áhættu.

Stefndi hafnar því að skilyrði séu til að viðurkenna skaðabótaskyldu stefnda í máli þessu og hafnar um leið öllum rökum og tilvísunum stefnanda um bótagrundvöll. Í *fyrsta lagi* hafi stefndi ekki sýnt af sér saknæma háttsemi og því skorti með öllu það frumskilyrði 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007, að stefndi hafi brotið gegn ákvæðum áðurgreindra laga við útboðið. Í því sambandi vísar stefndi til úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá 24. febrúar 2012 sem hafi komist að þeirri niðurstöðu að það hefði ekki verið vegna brota stefnda á lögum nr. 84/2007 sem ekki hafi orðið af samningsgerð, heldur athafna stefnanda sjálfs. Í öðru lagi hafnar stefndi því að stefnandi hafi orðið fyrir einhverju tjóni. Hafi svo verið, þá hafi hann sjálfur bakað sér það tjón með eigin háttsemi, þ.e. að taka þá ákvörðun að vanefna samning sem komist hafi á milli hans og stefnda.

Stefndi hafnar kröfugerð stefnanda sem stórlega vanreifaðri. Samkvæmt henni virðist stefnandi telja sig eiga rétt á skaðabótum sem nemi mismun á fjárhæð órökstuddrar og óútskýrðrar kostnaðaráætlunar sinnar og tilboðs í verkhluta 1 og verkhluta 2. Umrædd kostnaðaráætlun stefnanda sé einhliða og hvorki studd rökum eða gögnum. Á grundvelli slíkrar kröfugerðar geti stefnandi engan rétt unnið, hvort heldur sem talið verði að lægsta tilboð hans hafi verið ógilt eða ekki.

Þó svo að talið verði að tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 hafi verið ógilt, sem stefndi mótmælir, þá hefði tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2 í sitt hvoru lagi aldrei verið tekið vegna þess að stefnda, sem séu samtök opinberra aðila rekin fyrir almannafé, sé markaður ákveðinn rammi í fjárútlátum. Því hafi kostnaðaráætlun stefnda í útboðinu, að fjárhæð 105 milljónir markað línurnar í þeim efnunum. Ljóst sé að öllum tilboðunum í útboðinu hefði verið hafnað ef ekki hefði verið fyrir lægsta tilboð stefnanda, enda hafi öll önnur tilboð verið of há miðað við kostnaðaráætlun stefnanda. Þessu til stuðnings vísar stefndi til þess að samkvæmt 1. mgr. 32. gr. laga nr. 84/2007 sé heimilt að ganga til samningskaupa að undangenginni útboðsauglýsingu ef öll tilboð séu óaðgengileg, en með því sé átt við tilboð sem séu óeðlilega há. Af úrskurðum kærunefndar útboðsmála verði ráðið að unnt sé að líta á tilboð sem séu yfir 30% hærri en kostnaðaráætlun sem of há og þar með óaðgengileg. Tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 í sitt hvoru lagi hafi verið um 36% hærra en kostnaðaráætlun stefnda og hefði aldrei verið tekið og stefnandi því aldrei orðið fyrir missi hagnaðar.

Þar sem stefndi hafi ekki sýnt af sér sök og stefnandi hafi aldrei orðið fyrir neinu tjóni geti ekki verið um orsakatengsl eða sennilega afleiðingu þar á milli að ræða og því skilyrði skaðabóta ekki fyrir hendi. Þá ítrekar stefndi að stefnandi hafi í engu fært sönnur á að sú fjárhæð, sem hann krefur stefnda um, endurspegli ætlað tjón hans, enda sé það með öllu ósannað.

Stefndi telur að ráða megi af varamálsástæðum stefnanda að verði ekki fallist á að lægsta tilboð hans hafi verið ógilt, eigi stefnandi engu að síður rétt á skaðabótum úr hendi stefnda vegna samningskaupa hans í kjölfar útboðsins. Þessu mótmælir stefndi og bendir á að stefnandi, sem hafi vanefnt skuldbindingar sínar gagnvart stefnda, geti ekki sótt bætur úr hendi stefnda vegna aðgerða sem stefndi hafi neyðst til að grípa til vegna vanefnda stefnanda. Vegna þessa falli varamálsástæða stefnanda þá þegar um sjálfa sig. Þá vísar stefndi til d-liðar 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007 um að heimilt sé að útiloka fyrirtæki frá opinberum samningi ef það hefur sýnt af sér alvarlega vanrækslu í starfi. Undir þetta ákvæði hljóti að falla synjun á að efna samning um opinber innkaup, líkt og stefnandi gerði.

Stefndi telur því að stefnandi geti ekki haft uppi kröfur vegna samningskaupa stefnda í kjölfar útboðsins enda hafi þau verið fullkomlega lögleg. Í því sambandi vísar stefndi til þess að aðrar leiðir en samningskaup hafi ekki verið færar, en fram hafi farið ítarleg könnun á þeim möguleikum sem stefnda hafi staðið til boða í kjölfar útboðsins. Í fyrsta lagi hafi ekki verið unnt að framlengja gildandi samninga um almenningssamgöngur á svæðinu, annars vegar milli Sveitarfélagsins Árborgar og Hveragerðisbæjar við SBA- Norðurleið um akstursleiðina Selfoss- Reykjavík, og hins vegar nokkra samninga á milli stefnanda og Vegagerðarinnar á grundvelli sérleyfa. Þá hafi, eftir vanefndir stefnanda, verið ljóst að stefndi gæti ekki óskað eftir framlengingu á sérleyfissamningum stefnanda burtséð frá þeirri staðreynd að stefndi hafi ekki verið aðili að þeim samningum. Fljótlega hafi komið í ljós að SBA-Norðurleið hafi ekki haft áhuga á að taka tímabundið að sér aðrar akstursleiðir á gildandi einingarverðum og hafi stefndi ekki getað samþykkt þau einingarverð sem félagið vildi leggja til grundvallar. Því hafi framlenging samninga ekki komið til greina. Í öðru lagi hafi skoðun stefnda leitt í ljós að það hefði verið mjög óhagstætt að hefja nýtt útboðsferli strax í kjölfar útboðsins og einnig hafi verið ljóst að útilokað hefði verið að láta nýtt útboð fara fram innan þess tíma sem var til stefnu, en áætlað var að heildarlengd undirbúnings- og útboðstíma yrði að lágmarki um fimm mánuðir. Auk þess hafi verið ljóst að því fylgdi umtalsverður kostnaður. Í þriðja lagi hafi stefndi kannað hvort unnt hefði verið að ganga til samningskaupa á grundvelli 32. gr. laga nr. 84/2007 þar sem uppfyllt hafi verið skilyrði 1. mgr. greinarinnar um að öll tilboð sem bárust í útboðið hafi verið of há og því óaðgengileg í skilningi greinarinnar. Þar sem það ferli hefði varlega áætlað tekið um fjóra mánuði var sú leið ekki fær.

Þar sem skilyrði samningskaupa á grundvelli c-liðar 33. gr. laga nr. 84/2007 hafi verið uppfyllt og ekki aðrir kostir í stöðunni hafi stefndi ákveðið að ganga til samningskaupa á framangreindum grundvelli. Stefndi heldur því *í fyrsta lagi* fram að samningskaup stefnda hafi komið til vegna aðkallandi neyðarástands enda hafi stefndi skuldbundið sig til að sjá um almenningssamgöngur á starfsvæði sínu. Stefndi hafi verið samningslaus eftir að hann rifti samningi sínum við stefnanda og því augljóst að um neyðarástand hafi verið að ræða. Í því sambandi vísar stefndi til þess að ekki hafi verið um að ræða hefðbundinn rútubílaakstur heldur skipulagðar

almennings­samgöngur á öllu Suður- og Suðausturlandi sem umtalsverður fjöldi manna nýti sér á hverjum degi. *Í öðru lagi* hafi umrætt neyðarástand stafað af ófyrirsjáanlegum atburðum enda hefði stefndi ekki getað séð það fyrir að stefnandi myndi vanefna samning sinn við stefnda. *Í þriðja lagi* hefði aldrei verið hægt að standa við fresti í útboði eða samningskaupum samkvæmt 32. gr. laga nr. 84/2007 og *í fjórða lagi* hafi hið aðkallandi neyðarástand ekki verið á ábyrgð stefnda heldur stefnanda sem hafi neitað að standa við samning aðila.

Stefndi hafi því leitað til tveggja fyrirtækja, SBA-Norðurleiðar og Hagvagna hf., móðurfélags Hópbíla hf., í þeim tilgangi að ganga til samningskaupa á grundvelli 33. gr. laga 84/2007. Samningar hafi ekki tekist við SBA-Norðurleið en náðst hafi samkomulag við Hópbíla hf. á verði sem hafi nálgast fjárheimildir stefnda, eða rúmlega 127 milljónir króna.

Stefndi mótmælir harðlega því sem fram kemur í stefnu um að samningur stefnda við Hópbíla hf. hafi falið í sér frávik frá útboðsgögnum í útboðinu sem máli skipti. Aðeins hafi verið um að ræða smávægileg frávik sem ekki geti talist óeðlileg í jafn viðamiklu verki og séu þau tilvik tæmandi talin í samningnum sjálfum. Segir stefndi að greindur samningur við Hópbíla hf. sanni það eitt að þau tilboð sem bárust í útboðinu hafi verið alltof há miðað við raunkostnað verksins. Í því ljósi verði að skoða fullyrðingar stefnanda um ranga kostnaðaráætlun stefnda, ætlaðar breytingar og lækkun tilboða. Þá mótmælir stefndi því einnig sem fram komi í stefnu að verðfyrirspurn stefnda í útboði nr. 11240 tengist umræddu útboði. Umrædd verðfyrirspurn hafi varðað aðrar áætlunarleiðir, auðkenndar með sömu númerum, en með öðrum áfangastöðum, skilmálum og greiðslufyrirkomulagi en áætlunarleiðir í útboðinu sem hér um ræðir.

Stefndi mótmælir því sem fram kemur í stefnu undir liðnum „Annað“, að stefndi hafi ekki ætlað að semja við stefnanda. Það sé rangt enda liggi fyrir að stefndi hafi samið við stefnanda. Hins vegar sé það að nokkru leyti rétt að eftir vanefndir stefnanda hafi ekki verið vilji til þess að veita stefnanda frekari tækifæri og vísar stefndi í því sambandi til d-liðar 2. mgr. 47. gr. laga nr. 84/2007. Telur stefndi að háttsemi stefnanda hafi falið í sér lítt dulda tilraun hans til stórfelldrar misnotkunar á útboðsferlinu með því að falla frá lágsta tilboði sínu eftir að honum hafi orðið ljóst að aðrir bjóðendur hafi boðið mun hærra en hann, en þó ekki síst eftir að hann uppgötvaði að hann átti einnig næst lágsta tilboðið í verkið.

Stefndi hafnar niðurstöðu kærunefndar útboðsmála í máli Hópfærdamiðstöðvarinnar gegn stefnda sem rangri og segir úrskurðinn enga þýðingu hafa í máli þessu enda lúti hann að samningskaupum stefnda sem hafi farið fram í tilefni vanefnda stefnanda á umræddu útboði. Stefnandi hafi engra hagsmuna átt að gæta í framangreindum samningskaupum.

Verði hins vegar fallist á að stefnandi eigi rétt á bótum úr hendi stefnda vegna samningskaupa hans í kjölfar útboðsins, sé ljóst að þar geti aðeins verið um að ræða vangildisbætur samkvæmt 1. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007. Stefnanda hafi ekki tekist að sanna að hann eigi rétt á efndabótum í nokkurri mynd. Máláttilbúnaður stefnanda taki hins vegar ekki mið af þessu og gegn mótmælum stefnda geti hann ekki haft uppi slíka kröfu héðan af.

Um lagarök vísar stefndi til almennra meginreglna samninga-, kröfu- og fjármunaréttar. Þá vísar stefndi til almennra meginreglna skaðabóta-, verktaka- og útboðsréttar sem og laga 84/2007, einkum 1.,14.,32.,33.,47.,67.,71-76.,100. og 101. gr., sem og eldri laga nr. 94/2001 um sama efni, einkum 19. gr. Stefndi vísar til laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu og laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Krafa um málskostnað styðjist við XXI. kafla laga nr. 19/1991, en um virðisaukaskatt af málflutningsþóknun er vísað til laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt.

Málsástæður og lagarök stefnanda í gagnsök

Tekið skal fram að til einföldunar verður í þessum kafla fjallað um Samtök sunnlenskra sveitarfélaga sem stefnanda og Bíla og fólk ehf. sem stefnda.

Stefnandi byggir á því að stefndi hafi með saknæmri og ólögumætri háttsemi valdið stefnanda tjóni sem stefndi beri ábyrgð á. Byggir stefnandi kröfu sína á því að stefndi hafi átt hagkvæmasta tilboð í útboðinu. Tilboðið hafi verið gilt og því hafi stefnanda að lögum verið skylt að taka tilboðinu í samræmi við fyrirmæli laga nr. 84/2007. Hefði stefnandi látið undan kröfu stefnda um að ganga til samninga um næst lægsta tilboðið, sem stefndi átti einnig, hefði stefnandi brotið gegn lögum nr. 84/2007 og þar með opnað fyrir skaðabótaskyldu gagnvart öðrum bjóðendum. Eftir endanlegt samþykki á tilboði stefnda og að loknum tíu daga lögbundnum samþykkisfresti hafi verið kominn á bindandi samningur milli aðila sem hafi og leitt til þess að öðrum tilboðum sem bárust í útboðinu, þ.á m. næst lægsta tilboði stefnda, hafi verið hafnað. Í kjölfarið hafi farið fram samningaviðræður milli aðila. Í þeim viðræðum hafi stefnandi leitast við að ná sáttum við stefnda, m.a. sett fram tillögur um minni háttar breytingar á verkinu til hagsbóta fyrir stefnda í því skyni að fá hann til að standa við samninginn. Þrátt fyrir það hafi stefndi hafnað að efna samninginn. Að undangenginni formlegri fyrirspurn stefnanda til stefnda um það hvort hann ætlaði að efna samning aðila hafi það legið fyrir að stefndi ætlaði sér ekki að efna samninginn enda hafi hann svarað framangreindri fyrirspurn með því að ítreka að tilboð sitt hafi verið ógilt. Þar sem stefnandi hafi þurft að losna undan samningnum til að geta leitað formlega annarra leiða við innkaupin hafi hann rift samningi sínum við stefnda. Framangreindar málsástæður rökstyður stefnandi með sama hætti og í aðalsök málsins.

Stefnandi segir stefnda aldrei hafa mótmælt riftun samningsins og hafi hann með því fallist á riftun samningsins. Riftunin hafi farið eftir almennum meginreglum samningaréttarins, bæði um skilyrði og afleiðingar, sbr. 3. mgr. 100. gr. laga nr. 84/2007, og því fullkomlega lögmæt. Grundvöllur riftunarinnar hafi verið fyrirsjáanleg vanefnd stefnda á samningi aðila. Öll skilyrði riftunar hafi verið uppfyllt og hafi stefnandi frá upphafi áskilið sér rétt til að sækja rétt sinn á hendur stefnda vegna þess tjóns sem stefnandi hafi orðið fyrir vegna vanefndanna.

Í kjölfar riftunarinnar hafi stefnandi staðið uppi samningslaus um þjónustu sem honum hafi verið skylt að bjóða upp á rétt rúmum mánuði síðar. Því hafi stefnandi nýtt sér heimild c-liðar 33. gr. laga nr. 84/2007 og gengið til samningskaupa við Hópbíla hf. og náð samningi við fyrirtækið.

Stefnandi byggir á því að stefndi hafi vanefnt samning sinn við stefnanda með ólögsmætum hætti, enda hafnað að sinna samningsbundnum skyldum sínum. Þá háttsemi verði að meta stefnda til sakar. Stefnandi hafi orðið fyrir verulegu tjóni vegna vanefnda stefnda en tjónið hafi falist í því að stefnandi hafi neyðst til að gera mun óhagstæðari samning um þjónustuna en leitt hefði af samningi hans við stefnda og á því tjóni beri stefndi skaðabótaábyrgð samkvæmt almennum reglum enda um saknæma og ólögsmæta háttsemi að ræða. Þá sé tjón stefnanda í beinum orsakatengslum við vanefndir stefnda og sennileg afleiðing af háttsemi hans.

Stefnandi vísar til þess að þar sem ábyrgð stefnda grundvallist á reglum um skaðabótaábyrgð innan samninga og fyrir liggja að um sök hafi verið að ræða af hans hálfu, beri stefndi sönnunarbyrðina um að tjón stefnanda sé ekki að rekja til atvika sem stefndi beri ábyrgð á samkvæmt almennri og venjuhelgaðri reglu sem eigi sér einnig stoð í ýmsum lagaákvæðum, s.s. 1. mgr. 15. gr. laga nr. 42/2007 um þjónustukaup. Eðlilegt sé að snúa sönnunarbyrði við í tilviki sem þessu enda um að ræða vanefndir á skyldum sem bundnar séu í samningi.

Stefnandi byggir á því að tjón hans felist í því að hann hafi þurft að ganga til samninga við Hópbíla hf. fyrir mun hærri fjárhæð en kveðið var á um í samningi hans við stefnda. Stefnandi, sem eigi rétt á fullum bótum fyrir tjón sitt, krefji því stefnda um mismuninn á fjárhæð samnings sem stefndi vanefndi og fjárhæð þess samnings sem stefnandi gerði við Hópbíla hf., en þannig verði hann eins settur fjárhagslega og ef stefndi hefði efnt samning sinn. Samningur gagnstefnanda við Hópbíla hf. hafi numið 127.009.669 krónum á ársgrundvelli. Fjárhæð samnings stefnanda við stefnda á grundvelli lágsta tilboðs þess síðastnefnda hafi numið 119.835.203 krómum á ársgrundvelli. Mismunur þessara fjárhæða hafi því verið 7.174.466 krónur. Báðir samningarnir hafi verið til sjö ára og nemi heildarmismunur á samningstímanum því 50.221.262 krónum sem sé stefnufjárhæð í gagnsök. Krafist sé almennra vaxta samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 25. nóvember 2011, en þann dag hafi stefnda verið tilkynnt um riftun samnings aðila, til 26. október 2012, en þann dag var liðinn mánuður frá kröfubréfi stefnanda til stefnda. Frá þeim degi sé krafist dráttarvaxta samkvæmt 9. gr., sbr. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001.

Um heimild til málshöfðunar vísar stefnandi til 2. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Gagnkrafan sé bæði samkynja og samrætt kröfu stefnda í aðalsök og stefnanda því rétt að hafa hana uppi til sjálfstæðs dóms með gagnstefnu.

Um lagarök vísar stefnandi til almennra meginreglna samninga-, kröfu- og fjármunaréttar. Þá vísar stefnandi til almennra meginreglna skaðabóta-, verktaka- og útbóðsréttar sem og laga 84/2007, einkum 1., 14., 32., 33., 47., 64., 71-76., 100 og 101. gr., sem og eldri laga nr. 94/2001 um sama efni, einkum 19. gr. Stefnandi vísar einnig til laga nr. 42/200 um þjónustukaup, laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, einkum 28. gr. laganna og laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Um varnarþing er vísað til 2. mgr. 42. gr. laga nr. 91/1911. Krafa um málskostnað styðjist við XXI. kafla laga nr. 19/1991, en um virðisaukaskatt af málflutningsþóknun er vísað til laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt.

Málsástæður og lagarök stefnda í gagnsök

Tekið skal fram að til einföldunar verður í þessum kafla fjallað um Bíla og fólk ehf. sem stefnda og Samtök sunnlenskra sveitarfélaga sem stefnanda.

Stefndi byggir kröfu um sýknu í gagnsök á því að þar sem stefndi hafi lýst því yfir að tilboð hans hafi verið ógilt og afturkallað hafi verið með öllu ómögulegt fyrir stefnanda að taka tilboðinu. Um afturköllun tilboðsins vísar stefndi til grunnreglna samningaréttarins, sbr. 7. gr. laga nr. 7/1936. Stefndi hafi tilkynnt stefnanda um ógildi tilboðsins strax daginn eftir opnunarfund og síðan hafi sú afstaða stefnda verið ítrekuð. Því hafi aldrei komist á samningur milli aðila og því geti ekki verið um vanefnd að ræða.

Stefndi byggir á því að þó svo dómurinn komist að þeirri niðurstöðu að samningur hafi komist á, beri að sýkna stefnda. Byggir stefndi framangreinda málsástæðu á því að tilboðið hafi verið ógilt þar sem þau mistök hafi átt sér stað að núll hafi staðið í reit þar sem rita hafi átt tölu. Vísar stefndi í þessu sambandi til 32. gr. laga nr. 7/1936 að ef löggerningur hafi orðið annars efnis en ætlast hafi verið til vegna misritunar eða annarra mistaka, sé löggerningurinn ekki skuldbindandi fyrir þann sem hann gerði, ef sá sem löggerningi var beint til, vissi eða mátti vita að mistök hefðu átt sér stað. Þannig hafi hátað til í máli þessu. Stefnanda hefði mátt vera það ljóst á opnunarfundi að 0, þ.e. óútfylltur reitur, hafi mátt rekja til mistaka stefnda. Með tilkynningu stefnda til stefnanda daginn eftir um framangreind mistök og ítrekuð bréfaskipti við lögmann stefnanda, hafi síðan öllum vafa verið eytt. Samkvæmt 71. gr., sbr. 1. mgr. 72. gr. beri kaupanda skylda til að vísa ógildu tilboði frá og taka lægst gilda tilboði.

Stefndi hafnar því að það sé í verkahring stefnanda að úrskurða um gildi lægsta tilboðs stefnda. Slíkt samræmist ekki því jafnræði og hagkvæmni sem beri að gæta í opinberum útboðum, sbr. lög nr. 84/2007. Gildi tilboða í opinberum innkaupum ráðist af framangreindum lögum og almennum reglum fjármunaréttarins um ógildi tilboða þar sem ákvæðum laga 84/2007 sleppir, sbr. 3. mgr. 100. gr. sömu laga. Samkvæmt 71. gr. laga 84/2007 skal kaupandi aðeins líta til gilda tilboða við gerð samnings og um gildi tilboða fari eftir lögnum. Stefndi mótmælir álit ráðgjafa stefnanda um gildi tilboðsins og bendir á að þeir geti ekki skoðast sem hlutlausir úrskurðaraðilar.

Stefndi byggir á því að ákvæði 1. og 2. mgr. 73. gr. laga nr. 84/2007, um óeðlilega lág tilboð, skyldi verkkaupa til að óska skriflega eftir nánari upplýsingum frá bjóðanda um grundvöll tilboðs og að ganga úr skugga um forsendur tilboðs á grundvelli þeirra gagna og viðræðum við bjóðanda. Hvergi í ákvæðinu sé vísað til þess að það eigi aðeins við í þeim tilvikum þegar kaupandi ætli sér að hafna óeðlilega lágu tilboði. Eftir standi sú fortakslausa skylda kaupanda að rannsaka hvort tilboð sé óeðlilega lágt. Huglæg afstaða hans geti ekki skorið úr hvort svo sé.

Stefndi hafnar þeim röksemdum stefnanda að sú staðreynd að samningur hans við Hópbíla hf. hafi aðeins numið rétt um 127 milljónum króna sanni að lægsta tilboð stefnda hafi ekki verið óeðlilega lágt. Í því sambandi bendir stefndi á að það liggi fyrir að Hópbílar hf. hafi lækkað tilboðsverð sitt umtalsvert, eins og rakið hefur verið í aðalsök. Þessa gríðarlegu lækkun sé ekki hægt að skýra öðruvísi en með

kostnaðarlækkandi frávikum frá skilmálum útboðsgagna, frávikum af hálfu stefnanda. Samningur stefnanda við Hópbíla hf. hafi falið í sér töluvert minna og ódýrara verk en lægsta tilboð stefnda grundvallaðist á. Þá vísar stefndi til kostnaðaráætlunar sinnar þar sem sé að finna ítarlega útreikninga er varða forsendur tilboðsins og tilfallandi kostnað. Útreikningar séu bæði mjög skýrir og ítarlegir og þegar þeir séu skoðaðir í samhengi við tilboð stefnda sé erfitt að rökstyðja að þeir hafi ekki legið til grundvallar við tilboðsgerðina. Þá varpi þeir einnig ljósi á þau mistök sem urðu við gerð tilboðsins og hvaða áhrif mistökin höfðu á efni tilboðsins.

Stefndi hafnar því að stefnandi hafi sýnt fram á tjón. Þá hafi hann heldur ekki uppfyllt skyldur sínar um að lágmarka hið ætlaða tjón. Stefnandi hafi átt að ganga til samninga við stefnda á grundvelli lægsta gilda tilboðs sem stefndi hafi átt. Þannig hefði stefnandi lágmarkað tjón sitt. Þó svo dómurinn komist að þeirri niðurstöðu að hið ógilda tilboði hafi verið gilt og stefnanda hafi ekki verið skylt að semja á grundvelli útboðsins, hafi honum alltaf borið að bjóða verkið út að nýju. Ef þannig hefði verið staðið að málum væri hægt að halda því fram að stefnandi hefði lágmarkað tjón sitt. Þá sé ótrúverðugur sá málalíbúnaður stefnanda að vísa til þess að kostnaðaráætlun hans, 105 milljónir króna, sé rétt en semja síðan við útvalinn aðila fyrir miklu hærri fjárhæð og halda því síðan fram að tjón hafi myndast. Stefnandi hafi brotið gegn lögum nr. 84/2007 með því að ganga til sammingskaupa. Þá leið hafi hann ekki verið nauðbeygður að fara og vísar stefndi í því sambandi til sjónarmiða sem hann hafi reifað í aðalsök máls þessa og úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá 5. mars 2012 í máli nr. 39/2011.

Stefnandi hafi ekki gripið til ráðstafana sem með sanngirni megi ætlast til af honum til að draga úr tjóni sínu. Tjón verði ekki bætt að því leyti sem rekja megi til vanrækslu að þessu leyti, sbr. 70. gr. laga nr. 50/2000 um lausafjárkaup. Þá geti bótaskylda fallið niður eða bætur lækkaðar í hlutfalli við sök, hafi kröfuhafi sjálfur með saknæmum hætti stuðlað að því að tjón varð eða varð meira en ella. Þá gildi hér einnig ákvæði 29.-33. gr. laga nr. 7/1936, um vitneskju kröfuhafa um ágalla á loforði.

Skaðabótakrafa stefnanda sé með öllu ósönnuð og órökstudd. Sönnunarbyrði um tilvist tjóns og fjárhæð hvíli á stefnanda í máli þessu. Hann hafi hins vegar ekki lagt fram neinn rökstuðning, gögn eða aðrar sannanir máli sínu til stuðnings. Þá hafi hann engar líkur leitt að því að hann hafi orðið fyrir tjóni, heldur þvert á móti. Einnig verði stefnandi að bera ábyrgð á því að hann hafi ekki gripið til ráðstafana til að takamarka eigið tjón.

Dráttarvaxtakröfu stefnanda mótmælir gagnstefndi enda fæli hún í sér ólögmeata auðgun.

Um lagarök vísar stefndi til almennra meginreglna samninga-, kröfu- og fjármunaréttar. Þá vísar stefndi til almennra meginreglna skaðabóta-, verktaka- og útboðsréttar sem og laga 84/2007, einkum 1.,14.,31.,32.,33.,45.,53.,58.,60.,64.,71.,72.,73.,76. og 100. gr., sem og eldri laga nr. 94/2001 um sama efni. Stefndi vísar einnig til laga nr. 50/2000 um lausafjárkaup, laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Krafa um málskostnað styðjist við 128.-131. gr. laga nr. 19/1991.

Niðurstaða

Við aðalmeðferð málsins gáfu skýrslu Óskar Stefánsson, framkvæmdastjóri stefnanda og Hafliði Richard Jónsson, ráðgjafi hjá VSÓ Ráðgjöf og ráðgjafi stefnda við útboðið.

Aðalsök

Stefnandi krefur stefnda um skaðabætur vegna brota stefnda á lögnum nr. 84/2007, um opinber innkaup, við útboð á almenningssamgöngum fyrir Samtök Sunnlenska sveitarfélaga á Suður- og Suðausturlandi. Stefnandi byggir kröfur sínar á því að stefndi hafi brotið gegn lögnum, annars vegar hafi stefndi brotið gegn 71. og 72. gr. laga nr. 84/2007 með því að taka ekki lögsta gilda tilboði stefnanda í útboðinu og hins vegar að stefndi hafi brotið gegn lögnum með því að ganga til samningskaupa við Hópbíla hf., á grundvelli c. liðar 1. mgr. 33. gr. laga nr. 84/2007. Með því að samningur hafi ekki verið gerður við stefnanda hafi stefnandi orðið fyrir tjóni sem nemi þeim hagnaði sem hlotist hefði með gagnkvæmum efdum samnings.

Fyrir liggur að stefnandi átti lögsta tilboð í útboðinu, þ.e. tilboð í verkhluta 1 og 2 að fjárhæð 119.835.203 krónur, þegar tilboð voru opnuð þann 24. október 2011. Þá átti stefnandi einnig næst lögsta tilboðið í verkið, þ.e. aðskilin tilboð í verkhluta 1 og verkhluta 2, samtals að fjárhæð 143.419.229 krónur. Samkvæmt gögnum málsins barst umsjónaraðila útboðsins, Innkaupastofnun Reykjavíkurborgar, tölvubréf frá framkvæmdastjóra stefnanda síðdegis daginn eftir opunarfundinn þar sem tilkynnt var um mistök við tilboðsgerðina og að stefnandi væri að kanna hvort mögulegt væri fyrir fyrirtækið að standa við tilboðið. Þá tilkynnti lögmaður stefnanda umsjónaraðilanum, í bréfi dagsettu þann 27. október 2011 um afturköllun tilboðs stefnanda í verkhluta 1 og 2.

Fyrirsvarsmaður stefnanda, Óskar Stefánsson framkvæmdastjóri, sem vann að tilboðsgerð ásamt öðrum starfsmanni stefnanda, var viðstaddur opunarfundinn þann 24. október 2011. Staðfesti vitnið fyrir dómi að hafa ekki gert athugasemdir varðandi umrætt tilboð á fundinum og er það í samræmi við endurrit af fundargerð opunarfundarins. Það kom einnig fram í skýrslugjöf vitnisins að hann hafi ekki vitað af ætluðum mistökum fyrr en eftir lok fundarins.

Stefnandi heldur því fram að stefnda hafi verið óheimilt að taka tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2. Í fyrsta lagi byggir stefnandi á því að tilboðið hafi verið haldið slíkum annmörkum að það hafi talist ógilt í skilningi 72. gr. laga nr. 84/2007. Vísar stefnandi í þessu sambandi til augljósra mistaka við tilboðsgerðina sem hafi falist í því að einingarverð í tilboðslið 3 hafi fallið niður og fyrir mistök hafi verið sett inn talan 0.

Vitnið Óskar Stefánsson, sem hefur reynslu af tilboðsgerð, sagði það hafa verið yfirsjón að ekki hefði verið slegin inn viðeigandi tala í umræddan tilboðslið. Vitnið Hafliði Richard Jónsson, sem samdi útboðsgögn og veitti stefnda ráðgjöf í útboðsferlinu allt þar til verksamningur var undirritaður, fullyrta að excelskjál það

sem fylgdi útboðsgögnum hafi verið þannig stillt að ef bjóðendur hefðu ætlað að slá inn tölunni 0 hefði það kallað á sérstaka aðgerð af þeirra hálfu. Fram kom hjá vitninu að farið hafi verið sérstaklega yfir tilboð stefnanda í tilefni athugasemda hans um að tilboðið væri ekki gilt. Fram hafi farið svokallaðar skýringaviðræður milli aðila þar sem stefnanda hafi verið gefið tækifæri til að rökstyðja staðhæfingar sínar um ógildi tilboðsins. Í gögnum málsins kemur fram að þann 31. október 2011 mættu fulltrúar stefnanda á fund með fulltrúum umsjónaraðila útboðsins, borgarlögmans og VSÓ Ráðgjöf. Á þeim fundi hafi stefnanda verið gefinn frestur til 1. nóvember sama ár til að leggja fram frekari gögn máli sínu til stuðnings. Þessum viðræðum lauk með svokölluð endurmati á tilboðinu sem vitnið Hafliði staðfesti að hafa gert, og dagsett er þann 3. nóvember 2011, sama dag og stjórn stefnda samþykkti að ganga að tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2. Í áður nefndu endurmati vitnisins Hafliða er þeirri fullyrðingu stefnanda að mistök hafi verið gerð við tilboðsgerðina hafnað.

Stefnandi vann tilboð sitt á svokallað tilboðsblað sem taldist til útboðsgagna samkvæmt kafla A.3.1 í útboðslýsingu. Á tilboðsblaði stefnanda í verkhluta 1 og 2 er tilgreint einingarverð fyrir tilboðsliði 1 og 2. Hins vegar er einingarverðið 0 fært inn á tveimur stöðum á tilboðsblaðið. Annars vegar þar sem gerð er grein fyrir einingarverði hvers tilboðsliðar, en þeir voru þrír. Hins vegar þar sem fram kemur útreiknað heildarverð tilboðsliðanna þriggja á ári. Niðurstaða tilboðsliðar 3 var því 0 krónur en samtala tilboðsliðar 1 og 2 samtals 119.835.203 krónur.

Stefndi heldur því fram að ekkert hafi skort á skýrleika í útboðsgögnum hvað varðar mikilvægi þess að bjóðandi tilgreindi einingarverð á tilboðsblaði og einnig hverjar afleiðingar það hefði í för með sér ef svo væri ekki gert. Í útboðsgögnum er á nokkrum stöðum fjallað um framangreinda þætti og er á tilboðsblaðinu sjálfu vísað til kafla A.4.1 í útboðsgögnum og kafla B.1.5 sem fjallar um greiðslur fyrir tilboðsliðina þrjá, þ.e. verð tengt vagnstjóra í tilboðslið 1, verð tengt öðrum breytilegum kostnaði í tilboðslið 2 og verð tengt kostnaði við vagna í tilboðsliði 3. Í kafla A.1.5 í útboðsgögnum segir: „*Einingaverð í tilboðsskrá er bindandi.*“ Í kafla A.4.1, sem fjallar um gerð og frágang tilboðs, er fjallað um útreikning heildarverðs tilboðsliða á tilboðsblaði. Heildarupphæð tilboðs sé síðan fundin sem summa hinna þriggja tilboðsliða. Fyrir liggur að excelskjál fylgdi útboðsgögnum með ofangreindum reiknireglum. Segir í framangreindum kafla útboðsgagna að skrá þessi sé ætluð til hagræðis fyrir bjóðendur við tilboðsgerðina en að verkkaupi ábyrgist ekki áreiðanleika hennar og er bjóðendum bent á að bera innihald excel skrárinnar“og tilboðsskrár/tilboðsblaðs í útboðsgöngum rækilega saman og sé um misræmi að ræða gildi tilboðsskrár/tilboðsblað. Orðrétt segir síðan: „*Bjóðandi skal ganga úr skugga um að tilboð hans sé rétt.*“ Í kafla A.4.1 kemur einnig fram að bjóðendur skuli reikna með þeim magntölum sem gefnar séu upp í heftunum „*Vagnferlar, akstursleiðir og tímatöflur*“, og fylgdu útboðsgögnum, en einingarverð skuli vera í heilum tölum. Þá segir orðrétt: „*Fylli bjóðandi ekki út einingaverð allra tilboðsliða á tilboðsblaði er litið á óútfyllta liði sem ákvörðun bjóðanda um að innifela kostnað við þá í öðrum liðum.*“ Í kafla A.4.5, meðferð tilboða, segir að við meðferð og mat á tilboðum meti verkkaupi hvort bjóðandi uppfylli kröfur í grein A.1.4. Þá segir orðrétt: „*Ef margföldunar- og/eða samlagningarskekkjur finnast á tilboðsblöðum skal gera viðeigandi leiðréttingar á niðurstöðutölum tilboðs, en einingarverð er bindandi fyrir bjóðendur.*“ Þá segir um yfirferð verkkaupa á tilboðum: „*Við yfirferð tilboða er einingarverð bjóðenda sett inn í tilboðsblöð útboðsgagna. Hafi bjóðandi breytt magni, fellt niður línur eða bætt línur kemur*

Það ekki fram við yfirferð, enda er slíkt óheimilt. Verkkaupi áskilur sér engu að síður rétt til að líta á slík tilboð sem gild, enda gildi þá ákvæði greinar A.4.1. Gerð og frágangur tilboðs, um að óútfylltir liðir teljist innifaldir í öðrum liðum. Verkkaupi áskilur sér rétt til að láta minni háttar vöntun eða formannmarka á fylgigögnum með tilboði ekki hafa áhrif á gildi tilboða, enda hafi vöntunin eða annmarkinn að mati verkkaupa ekki áhrif á tölulega niðurstöðu tilboðs, jafnræði bjóðenda sé ekki raskað og ógildi tilboðs fæli í sér strangari ákvörðun en nauðsynlegt væri vegna eðlis og umfangs annmarkans.“

Að framansögðu virtu er það mat dómsins að útboðsgögn hafi að þessu leyti uppfyllt þá kröfu sem gera verður til verkkaupa um skýrleika og gagnsæi útboðsgagna enda kom skýrlega fram í útboðsgögnum hverju það varðaði ef bjóðandi tilgreindi ekki einingarverð í einhverjum tilboðslið í tilboði sínu og áréttuð var ábyrgð bjóðanda á gerð tilboðs, sbr. c-lið 1. mgr. 38. gr. laga nr. 84/2007, en þar segir að útboðsgögn skuli innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til að bjóðanda sé unnt að gera tilboð. Tilboð er viljayfirlýsing sem felur í sér að samþykki viðtakanda nægir til að samningur teljist kominn á. Með sama hætti og það er á ábyrgð bjóðanda að tilboð komist í réttar hendur fyrir opnun tilboðs, sbr. 2. mgr. 66. gr. laga nr. 84/2007, er gerð og frágangur tilboðs á ábyrgð bjóðanda. Sú ætlaða yfirsjón sem framkvæmdastjóri stefnda, Óskar Stefánsson, lýsti fyrir dómi að hefði átt sér stað við útboðsgerðin, var því alfarið á ábyrgð stefnanda.

Tilgangi laganna um opinber innkaup nr. 84/2007 er lýst í 1. gr. laganna en þar segir að hann sé að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu. Þá segir í 1. mgr. 14. gr. laganna að gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup og óheimilt sé að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða af öðrum sambærilegum ástæðum. Með vísan til tilgangs laganna er bjóðendum óheimilt að auka við eða bæta tilboð eftir opnun þess. Þá er kaupanda einnig óheimilt að leyfa slíkt enda gæti það raskað framangreindum megin tilgangi laganna nr. 84/2007 um að jafnræði og gagnsæi skuli ríkja milli bjóðenda auk þess sem slíkt myndi fela í sér hættu á mismunun bjóðenda. Samkvæmt 71. gr. laga nr. 84/2007 skal við ákvörðun kaupanda um gerð samnings eingöngu litið til gilda tilboða sem fullnægi kröfum um fjárhagslega stöðu og faglega og tæknilega getu og önnur atriði, sbr. 49.-54. gr. laganna.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið og þar sem ágreiningslaust er að stefnandi uppfyllti skilyrði 47. og 48. gr. laga nr. 84/2007, sbr. og 49. – 54. gr. laganna, er ekki fallist á það með stefnanda að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 hafi verið ógilt af þeim ástæðum sem hann tilgreinir.

Í öðru lagi byggir stefnandi á því að stefnda hafi verið óheimilt að taka tilboði stefnanda í verkhluta 1 og 2 þar sem tilboðið hafi verið óeðlilega lágt í skilningi 73. gr. laga nr. 84/2007 og stefndi því átt að hafna því. Þá heldur stefnandi því fram að kostnaðaráætlun stefnda hafi verið of lág og því röng. Máli sínu til stuðnings vísar stefnandi til þess að kostnaðaráætlun stefnda hafi verið byggð á verkum sem ekki hafi verið sambærileg útboði því sem hér um ræðir, opunarfjárhæða þeirra tilboða sem bárust í verkið, og loks samnings stefnda við Hópbíla hf., sem stefnandi fullyrðir að hafi verið töluvert minna/ódyrara verk en útboðið gerði ráð fyrir og því ljóst að fjármögnun verkefnis hafi ekki verið fyrirstaða. Stefndi hafnar öllum framangreindum málsástæðum stefnanda.

Eins og áður er rakið fóru fram viðræður milli aðila eftir opnun tilboða fram til þess að stefndi tilkynnti um val á tilboði stefnanda þann 4. nóvember 2011. Í framhaldi af þessum viðræðum gaf ráðgjafi stefnda, vitnið Hafliði Richard Jónsson, skriflegt álit á gildi tilboðs stefnanda, m.a. á því hvort tilboð stefnanda teldist óeðlilega lágt í skilningi 73. gr. laga nr. 80/2007, sem vitnið hafnaði. Álit þetta var dagsett 3. nóvember 2011. Fyrir liggur að upplýst var um kostnaðaráætlun stefnda á opnunarfundinum. Þá lagði stefnandi, meðan á viðræðum aðila stóð, fram ódagsett skjal sem bar heitið „kostnaðarútreikningur“ máli sínu til stuðnings.

Í 73. gr. laga 84/2007 um opinber innkaup er lögð sú skylda á kaupanda að óska skriflega eftir upplýsingum og eftir atvikum gögnum frá bjóðanda þegar tilboð virðist óeðlilega lágt með hliðsjón af vöru, verki eða þjónustu sem kaupa á. Á grundvelli gagna og viðræðna skal kaupandi síðan leggja mat á forsendur og grundvöll tilboðsins. Framangreint ákvæði þjónar þeim tilgangi m.a. að koma í veg fyrir óeðlilega lág og óraunhæf tilboð sem gætu leitt til þess að bjóðandi gæti ekki staðið við boð sitt og sinnt umræddu verki. Tilgangur 73. gr. laga nr. 84/2007 er þó ekki síst sá að koma í veg fyrir að bjóðandi geti nýtt sér óeðlilegt forskot fram yfir aðra bjóðendur, t.d. ef um það er að ræða að bjóðandi njóti ríkisstyrkja eða annarrar opinberrar fyrirgreiðslu sem skeykir samkeppnisstöðu bjóðenda, sbr. 3. mgr. 73. gr. laga 84/2007 og meginreglur 1. og 14. gr. áðurnefndra laga um jafnræði bjóðenda, gagnsæi við opinber innkaup milli bjóðenda og virka samkeppni. Í athugasemdum við frumvarp að lögum nr. 84/2007 kemur fram að við framangreint mat sé óheimilt að notast við fastan mælikvarða enda útiloki slík aðferð í raun að bjóðandi geti fært rök fyrir tilboðsfjárhæðinni. Þannig sé t.d. óheimilt, án frekari skoðunar, að telja öll tilboð sem óeðlilega lág tilboð sem víkja meira en 10% frá meðaltalsverði allra framkominna tilboða. Af þessu er ljóst að meta verður hvert og eitt tilboð sérstaklega að þessu leyti og gefa bjóðendum kost á að útskýra mál sitt.

Gögn málsins bera með sér að stefnandi hafi fyrst haldið framangreindri málsástæðu fram í bréfi lögmanns stefnanda til umsjónarmanns útboðsins dagsettu 27. október 2011. Þrátt fyrir það bera tölvupóstur og önnur gögn sem liggja frammi í málinu með sér að viðræður aðila hafi fyrst og fremst snúist um ógildi tilboðsins vegna ætlaðra mistaka stefnanda við tilboðsgerðina sem hafnað var hér að framan. Hins vegar vísaði stefnandi til 73. gr. laga nr. 84/2007 undir rekstri kærumsálsins hjá kærunefnd útboðsmála í janúar 2012. Tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2, sem var lægsta tilboð í verkið, var tæplega 14% hærra en kostnaðaráætlun stefnda sem var eins og áður segir 105.000.000 krónur. Þrátt fyrir það gaf stefndi stefnanda kost á að leggja fram nánari upplýsingar um grundvöll tilboðsins. Í kjölfarið mat vitnið Hafliði, ráðgjafi stefnda, tilboðið sérstaklega hvað þetta varðar eftir svokallaðrar skýringaviðræður sem vitnið Hafliði greindi frá að farið hefðu fram áður en stefndi tilkynnti um samþykki tilboðs stefnanda þann 3. nóvember 2011 eins og áður er rakið. Stefnandi virðist ekki hafa gert athugasemdir við hvernig staðið var að upplýsingaöfluninni, sbr. 73. gr. laga nr. 84/2007, og verður að byggja á því að stefnandi hafi ekki, þrátt fyrir áskoranir stefnda, lagt fram önnur gögn eða upplýsingar en skjal það sem hann kvað vera kostnaðarútreikninga vegna tilboðsgerðarinnar.

Kostnaðaráætlun verkkaupa er nokkurskonar mælikvarði á umfang verksins auk þess að marka kaupanda, sem fer með opinbera fjármuni, heimildar til kaupa á verki. Gera verður kröfu til að kostnaðaráætlun sé raunsæ og í samræmi við

fyrirliggjandi upplýsingar um verðlag og raunverulegan kostnað. Vitnið Hafliði benti á að ákvæðin hagræðing væri því samfara að sinna báðum verkhlutunum og því eðlilegt að tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 væru lægri en tilboð hans í verkhluta 1 einan og sér. Vitnið, sem vann að gerð kostnaðaráætlunar stefnda, sagði hana hafa verið reista á reynslutölum úr öðrum útboðum að viðbættum verðbótum. Um hafi verið að ræða sambærileg verk, þ.e. akstur milli Reykjavíkur og Selfoss, akstur almenningsvagna á höfuðborgarsvæðinu og akstur milli Reykjavíkur og Akraness á árunum 2008 eða 2009. Þykir stefnandi því ekki hafa sýnt fram á að kostnaðaráætlun hafi ekki verið byggð á sambærilegum verkum. Þá verður ekki fram hjá því litið að stefnandi hafði sinnt sérleyfisakstri á hluta þeirra leiða sem tilboðið tók til og bjó því yfir þekkingu á verkinu sem ætla má að hafi nýst honum í tilboðsgerðinni og því skiljanlegt að hann ætti lægsta og næst lægst tilboðið í verkið.

Stefnandi heldur því fram að samningur sá sem stefndi gerði við Hópbíla hf. sanni að kostnaðaráætlun stefnda hafi verið röng og gefi ekki rétta mynd af fjárheimildum stefnda. Jafnhliða heldur stefnandi því fram að framangreindur samningur víki í veigamiklum atriðum frá útboðsskilmálum og tengist verðfyrirspurn, tilraunaverki 11240. Fyrir þessari staðhæfingu hefur stefnandi ekki fært haldbær rök.

Að öllu framansögðu virtu er ekki fallist á það með stefnanda að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 hafi verið óeðlilega lágt tilboð í skilningi 73. gr. laga nr. 84/2007, sem stefndi hafi af þeim sökum átt að hafna.

Samkvæmt 7. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, var stefnandi bundinn við tilboð sitt í verkhluta 1 og 2 eftir að það kom til vitundar stefnanda á opunarfundinum. Áðurgreindur tölvupóstur og bréf lögmanns stefnanda breyti þar engu um enda ekki uppfyllt skilyrði til afturköllunar tilboðs, sbr. og 64. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup og 5. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða. Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er því hvorki fallist á það með stefnanda að stefndi hafi brotið gegn 71. eða 73. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007, með því að meta tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 sem gilt tilboð, né að stefndi hafi brotið gegn 72. gr. með því að meta tilboðið, sem var lægsta tilboðið sem barst í útboðinu, sem hagkvæmasta tilboðið.

Eins og áður er rakið byggir stefnandi skaðabótakröfu sína á hendur stefnda einnig á því að stefndi hafi brotið gegn ákvæðum laga nr. 84/2007 með því að stefndi gekk til samningskaupa við Hópbíla hf., samkvæmt c-lið 33. gr. laganna.

Eins og að framan er rakið komst á bindandi samningur milli aðila þann 4. nóvember 2011 þegar tilkynnt var um að stefndi hefði samþykkt tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2. Þá tilkynnti stefndi um endanlegt samþykki tilboðsins þann 14. nóvember 2011. Af gögnum málsins má ráða að eftir þann tíma hafi farið fram viðræður milli aðila um verksamninginn, m.a. á fundi þann 17. nóvember 2011. Í málinu liggja einnig frammi tölvupóstar um samskipti milli aðila á tímabilinu 14. – 22. nóvember 2011. Af þeim og framburði vitnanna Óskar Stefánssonar, framkvæmdastjóra stefnanda, og Hafliða, ráðgjafa stefnda, er ljóst að aðilar ræddu um nánari útfærslu á samningi aðila, m.a. vegna aukaverka sem vitnið Hafliði sagði að hefði rúmast innan útboðsins og hefðu hækkað tekjur stefnanda af samningnum. Aðilar náðu hins vegar ekki saman og má ráða af framangreindum

tölvupóstsamskiptum að út af hafi staðið ágreiningur um 14.800.000 krónur sem stefnandi taldi sig þurfa að fá til geta tekið að sér verkið. Í framhaldi af því rifti stefndi samningi aðila eins og áður er rakið.

Dómurinn hefur hér að framan komist að þeirri niðurstöðu að tilboð stefnanda í verkhluta 1 og 2 hafi verið gilt tilboð sem stefnda hafi verið skylt að taka þar sem það hafi verið lægsta tilboðið sem barst í verkið. Með því var kominn á bindandi samningur milli aðila og fól því sú háttsemi stefnanda að standa ekki við tilboð sitt í sér ólöglegt rof á samningsskyldum hans. Vanefnd stefnanda var veruleg og stefnda því heimilt að rifta samningi aðila. Tjón það sem stefnandi telur sig hafa orðið fyrir má því alfarið rekja til sammingsbrota stefnanda sjálfs.

Með því að dómurinn hefur hvorki fallist á aðal- eða varamálsástæður stefnanda ber því að sýkna aðalstefnda af öllum kröfum aðalstefnanda í aðalsök.

Gagnsök.

Gagnstefnandi gerir kröfu um skaðabætur úr hendi gagnstefnda og byggir á því að gagnstefndi hafi með saknæmum og ólöglegum hætti vanefnt samning aðila. Gagnstefnandi, sem í kjölfarið hafi staðið uppi sammingslaus, hafi því þurft að nýta sér heimild c-liðar 33. gr. laga nr. 84/2007, og gengið til sammingskaupa við fyrirtækið Hópbíla ehf., fyrir mun hærri fjárhæð en samningur hans við gagnstefnda hljóðaði upp á. Í því felist tjón gagnstefnanda sem gagnstefndi beri ábyrgð á samkvæmt reglum um skaðabótaábyrgð innan samninga.

Þessu hafnar gagnstefndi og vísar til sömu málsástæðna og í aðalsök. Í fyrsta lagi vísar gagnstefndi til þess að tilboð hans í verkhluta 1 og 2 hafi verið ógilt. Í öðru lagi hafi gagnstefnandi ekki takmarkað tjón sitt, sem ósannað sé að hafi hlotist af vanefnd gagnstefnda, og í þriðja lagi að tjón gagnstefnanda sé ósannað.

Gagnstefnandi, Samtök sunnlenskra sveitarfélaga, eru samtök sveitarfélaga á Suður- og Suðausturlandi, og taka því ákvæði laganna nr. 84/2007 um opinber innkaup til gagnstefnanda, sbr. 1. og 2. mgr. 3. gr. laga nr. 84/2007. Verk það sem mál þetta varðar, almenningssamgöngur á Suður- og Suðausturlandi, féll undir 4. gr. laga 84/2007, sbr. og 20. gr. laganna. Samkvæmt þessu var gagnstefnandi bundinn af ákvæði 1. mgr. 30. gr. laga nr. 84/2007 sem kveður á um að skylt sé að standa að innkaupum yfir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 20. gr., á grundvelli almenns eða lokaðs útboðs, nema heimild sé til að beita einhverju öðru innkaupaferli, sbr. ákvæði 31. -33. gr. laganna, en þau innkaupaferli eru aðeins heimil að tilteknum skilyrðum fullnægðum.

Gagnstefnandi krefur gagnstefnda um skaðabætur innan samninga. Í aðalsök málsins hefur verið fallist á það með gagnstefnanda að gagnstefndi hafi með ólöglegum hætti vanefnt samning aðila. Vanefndin var veruleg og var því uppfyllt skilyrði riftunar. Gagnstefnandi heldur því fram að vegna vanefnda gagnstefnda og þar sem rétt um mánuður hafi verið þar til gagnstefnanda hafi verið skylt að bjóða upp á almenningssamgöngur á Suður- og Suðausturlandi, hafi gagnstefnandi neyðst til að gera mun óhagstæðari samning um verkið við Hópbíla hf., en leitt hefði af samningi hans við gagnstefnda á grundvelli hins lægsta tilboðs. Fyrir þessari staðhæfingu um orsakasamband og sennilega afleiðingu hefur gagnstefnandi sönnunarbyrðina. Kemur því til skoðunar hvort uppfyllt hafi verið skilyrði c-lið 33.

gr. laga nr. 84/2007, um samningskaup án undangenginnar útboðsauglýsingar, þegar gagnstefnandi gekk til samninga við Hópbíla ehf.

Fallist er á það með gagnstefnanda að þar sem tilboði gagnstefnda í verkhluta 1 og 2 hafði verið tekið og samningur komist á hafi aðrir bjóðendur ekki lengur verið bundnir af tilboðum sínum. Fyrir liggur að gagnstefnandi hafði skuldbundið sig gagnvart Vegagerð ríkisins að sjá um um almenningssamgöngur á Suður- og Suðausturlandi frá og með 2. janúar 2012 en samningur þess efnis var undirritaður 26. júlí 2011. Þá liggur einnig fyrir að þegar gagnstefnandi rifti samningi sínum við gagnstefnda þann 25. nóvember 2011 voru rúmar fimm vikur þar til akstur á vegum gagnstefnanda átti að hefjast. Byggir gagnstefnandi á því að á þessu tímamarki hafi verið útilokað að ná samningi á öðrum grundvelli en samkvæmt samningskaupa ákvæði c. liðar 1. mgr. 33. gr. laga nr. 84/2007. Þessu mótmælir gagnstefndi og heldur því fram að með því hafi gagnstefnandi brotið gegn lögum nr. 84/2007.

Gagnstefnandi vísar til þess í aðalsök að fram hafi farið ítarlegri könnun á þeim möguleikum sem honum hafi staðið til boða í kjölfar riftunar samningsins við gagnstefnda. Þar hafnaði gagnstefnandi því í fyrsta lagi að hægt hefði verið að framlengja gildandi samninga um almenningssamgöngur á svæðinu, þ.e. annars vegar samning sveitarfélaganna Árborgar og Hveragerðis um akstur milli Reykjavíkur og Selfossi við SBA-Norðurleið og hins vegar samningum gagnstefnda við Vegagerðina um annan akstur á svæðinu. Gagnstefnandi lagði hins vegar engin gögn fram þessari fullyrðingu sinni til staðfestingar. Þá kom fram í vitnisburði Oskars Stefánssonar, framkvæmdastjóra gagnstefnda, fyrir dómi að fyrirtækið hefði verið tilbúið til sinna akstrinum tímabundið áfram.

Í öðru lagi kvaðst gagnstefnandi hafa skoðað að láta fara fram nýtt útboð en það hafi reynst óhagsætt, tekið að lágmarki um fimm mánuði og þá hefði umtalsverður kostnaður hlotist af því. Á þetta er ekki fallist með gagnstefnanda og vísast í því sambandi til heimildar 60. gr. laga nr. 84/2007, sem heimilar að víkja frá fresti 58. gr. laganna, þó aldrei skemmri en sjö almanaksdaga frá birtingu auglýsingar. Þá er rökum sem lúta að kostnaði samfara opinberu útboði alfarið hafnað sem ómálefnalegum.

Í þriðja lagi kvaðst gagnstefnandi hafa látið fara fram mat á því hvort unnt væri að ganga til samningskaupa á grundvelli 32. gr. laga nr. 84/2007 enda hafi verið fullnægt því skilyrði greinarinnar að öll tilboð hafi verið of há og því óaðgengileg. Vísar gagnstefnandi til þess að þessi leið hafi ekki verið fær þar sem hún hefði tekið um fjóra mánuði. Á þetta er ekki fallist með gagnstefnanda og vísast í því sambandi til heimildar 60. gr. laga nr. 84/2007, sem heimilar að víkja frá fresti 59. gr. laganna, þó aldrei skemmri en sjö almanaksdaga frá birtingu auglýsingar.

Af gögnum málsins og meðferð málsins fyrir dómi er ljóst að gagnstefnandi lagði vinnu í að kanna tilboð gagnstefnda sérstaklega og voru bæði haldnir fundir, höfð samskipti með tölvupósti og gagnstefnda gefinn kostur á að leggja fram gögn máli sínu til stuðnings og fram fór sérstakt mat á tilboði gagnstefnda í verkhluta 1 og 2, eins og rakið hefur verið hér að framan. Að mati dómsins gaf gagnstefnandi þessum viðræðum nokkuð langan tíma eða tíu daga í ljósi afdráttarlausra yfirlýsinga gagnstefnda um að hann ætlaði ekki að standa við lægsta tilboð sitt. Að liðnum tíu daga fresti samkvæmt 1. mgr. 76. gr. laga 84/2007, var síðan tilkynnt um endanlegt samþykki tilboðsins þann 14. nóvember 2011, sbr. 2. mgr. 76. gr. áður nefndra laga.

Fyrir liggur að eftir það fóru fram samningaviðræður milli aðila. Mikið ber á milli aðila um efni viðræðnanna en fram kom í skýrslu vitnisins Óskars, framkvæmdastjóra gagnstefnda, fyrir dómi að hann hafi mætt til viðræðna við gagnstefnanda til að ræða næst lægsta tilboð gagnstefnda en ekki hið samþykkt tilboð. Vitnið Hafliði, sem tók þátt í viðræðunum f.h. gagnstefnanda, bar fyrir dómi að viðræðurnar hafi hins vegar hafa snúist um hið samþykkt tilboð að viðbættum einhverjum aukaverkum og frávikum frá útboðsgögnum. Frá því tilkynnt var um endanlegt samþykki tilboðsins þann 14. nóvember 2011 þar til gagnstefnandi rifti samningi aðila liðu hins vegar ellefu dagar. Í framburði vitnisins Hafliða kom fram að eftir viðræður við gagnstefnanda um verksamninginn, þ.á m. um tiltekin frávik frá útboðsskilmálum og kröfu gagnstefnda um hærri samning, hefði vitninu verið ljóst að miklir erfiðleikar væru framundan. Samkvæmt framlögðum tölvupósti kom þessi afstaða gagnstefnda fram í tölvupósti Estherar Önnu Jóhannsdóttur, starfsmanns gagnstefnda, til vitnisins Hafliða að kvöldi 20. nóvember 2011. Í símskeyti gagnstefnanda til gagnstefnda að morgni 21. nóvember það sama ár, kom hins vegar fram að í símtali milli vitnanna Óskars og Hafliða þann 18. nóvember 2011 hafi gagnstefndi lýst því yfir að tillögur til lausnar sem aðilar höfðu rætt kæmu ekki til greina af hálfu stjórnar gagnstefnda. Þrátt fyrir það og þann þrönga tímaramma sem gagnstefnandi vísar til rifti gagnstefnandi ekki samningi aðila fyrr en þann 25. nóvember 2011, eða viku síðar.

Samkvæmt 30. gr. laga nr. 84/2007 er það meginregla að innkaup yfir viðmiðunarfrárhæðum skuli fara fram á grundvelli almenns útboðs eða lokaðs útboðs. Heimild til samningskaupa samkvæmt 31.-33. gr. laganna fela í sér undantekningu frá þeirri meginreglu og kemur fram í athugasemdum við V. kafla greinargerðar með frumvarpi til laga nr. 84/2007 að þessar heimildir skuli alla jafna skýra þrengjandi. Samkvæmt c-lið 33. gr. laga nr. 84/2007 eru samningskaup án undangenginnar útboðsauglýsingar heimil þegar innkaup eru algerlega nauðsynleg vegna aðkallandi neyðarástands sem stafar af ófyrirsjáanlegum atburðum og ekki er unnt að standa við fresti í almennu útboði, lokuðu útboði eða samningskaupum að undangenginni útboðsauglýsingu, skv. 32. gr. Þá segir að þær aðstæður sem vísað er til sem aðkallandi neyðarástands mega ekki undir neinum kringumstæðum vera á ábyrgð kaupanda. Samningskaup sem þessi fela í sér veigamikla undantekningu frá meginreglu laganna nr. 84/2007 um almennt eða lokað útboð enda staðan sú að verkkaupi getur sjálfur valið til hvaða fyrirtækis eða fyrirtækja hann leitar vegna samningargerðar um tiltekið verk og önnur fyrirtæki eru ekki upplýst um málið með auglýsingu. Í athugasemdum við 33. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 84/2007 er vísað til athugasemda við frumvarp það sem varð að lögum nr. 94/2001. Þar kemur fram í athugasemdum við 19. gr., sem fjallaði um samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu og 20. gr., sem fjallaði um samningskaup án undangenginnar útboðsauglýsingu, að ákvæðin heimili frávik frá meginreglu um almennt eða lokað útboð. Síðan segir að þessi frávik séu tæmandi talin í greinum og ber því að skýra heimildir til samningskaupa þrengjandi í samræmi við almennar reglur. Sérstaklega eigi þetta við um heimildir til samningskaupa án undangenginnar auglýsingar samkvæmt 20. gr., nú 33. gr. laga nr. 84/2007.

Eins og áður er rakið var gagnstefnandi bundinn af fyrirmælum laga nr. 84/2007 við þjónustukaupin enda tilgangur laganna að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vöru, verkum og þjónustu eins og segir í 1. gr. laganna. Á tilgangi laga nr. 84/2007 er síðan hnykkt í 14. gr.

Þar sem opinberir aðilar eru skyldaðir til að gæta jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup auk þess sem óheimilt er að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða af öðrum sambærilegum ástæðum. Þá leiðir það af lögmætisreglunni að opinberir aðilar sem falla undir gildissvið laganna nr. 84/2007 skulu haga innkaupum sínum í samræmi við löginn. Þar sem um var að ræða opinbert innkaupaferli þar gagnstefnanda að fara í einu og öllu að lögum nr. 84/2007 við verkkaupin eftir að hann rifti samningi við gagnstefnda og aðrir bjóðendur í útboði voru ekki lengur bundnir af tilboðunum sínum. Með vísan til alls þess sem rakið er hér að framan er það mat dómsins að gagnstefnandi hafi ekki sýnt fram á að skilyrði c-liðar 33. gr. laga nr. 84/2007 um samningskaup án undangenginnar útboðsauglýsingar hafi verið uppfyllt og gagnstefnanda hafi því verið óheimilt að viðhafa samningskaup við Hópbíla hf. Af því leiðir að ósannað er að stefndi hafi með vanefnd sinni á samningi aðila valdið gagnstefnanda tjóni því sem skaðabótakrafa gagnstefnanda er byggð á. Ber því þegar af ofangreindum ástæðum að sýkna gagnstefnda af öllum kröfum gagnstefnanda í gagnsök.

Eftir framangreindum úrslitum í aðalsök og gagnsök þykir rétt að ákveða að hvor aðili beri sinn kostnað af málinu og málskostnaður falli því niður bæði í aðalsök og gagnsök.

D Ó M S O R Ð:

Aðalstefndi, Samtök Sunnlenskra sveitarfélaga, er sýkn af kröfum aðalstefnanda, Bíla og fólks ehf.

Gagnstefndi, Bílar og fólk ehf., er sýkn af kröfum gagnstefnanda, Samtökum Sunnlenskra sveitarfélaga.

Málskostnaður fellur niður í aðalsök og gagnsök.

Ragnheiður Thorlacius

