

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

Fyrir er tekið málið nr. E-61/2017.

EKO eignir ehf.

*(Jóhannes Karl Sveinsson lögmaður)*

gegn

Sveitarfélaginu Árborg

*(Torfi Ragnar Sigurðsson lögmaður)*

Í málinu er kveðinn upp svofelldur

### **d ó m u r:**

Mál þetta, sem var þingfest þann 15. mars 2017, er höfðað með stefnu birtri þann 28. febrúar 2017 af Gámaþjónustunni hf., á hendur stefnda Sveitarfélaginu Árborg. Þann 29. júní 2017 framseldi Gámaþjónustan hf., kröfu sín gagnvart stefnda til EKO eigna ehf., sem tekið hefur við aðild málsins.

Stefnandi í máli þessu er því EKO eignir ehf.

Stefnda er Sveitarfélagið Árborg.

Dómkröfur stefnanda eru þær að stefnda verði dæmt til að greiða stefnanda 48.498.215 krónur ásamt vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 985.971 krónum frá 31. janúar 2013 til 28. febrúar 2013, en af 2.003.067 krónum frá þeim degi til 31. mars 2013, en af 2.999.383 krónum frá þeim degi til 30. apríl 2013, en af 3.985.553 krónum frá þeim degi til 31. maí 2013, en af 4.968.039 krónum frá þeim degi til 30. júní 2013, en af 5.957.962 krónum frá þeim degi til 31. júlí 2013, en af 6.953.242 krónum frá þeim degi til 31. ágúst 2013, en af 7.948.953 krónum frá þeim degi til 30. september 2013, en af 8.946.883 krónum frá þeim degi til 31. október 2013, en af 9.940.905 krónum frá þeim degi til 30. nóvember 2013, en af 10.952.009 krónum frá þeim degi til 31. desember 2013, en af 11.966.890 krónum frá þeim degi til 31. janúar 2014, en af 12.979.757 krónum frá þeim degi til 28. febrúar 2014, en af 13.999.963 krónum frá þeim degi til 31. mars 2014, en af 15.019.114 krónum frá þeim degi til 30. apríl 2014, en af 16.047.695 krónum frá þeim degi til 31. maí 2014, en af 17.078.539 krónum frá þeim degi til 30. júní 2014, en af 18.115.369 krónum frá þeim degi til 31. júlí 2014, en af 19.154.385 krónum frá þeim degi til 31. ágúst 2014, en af 20.191.419 krónum frá þeim degi til 30. september 2014, en af 21.230.115 krónum frá þeim degi til 31. október 2014, en af 22.262.357 krónum frá þeim degi til 30.

nóvember 2014, en af 23.288.901 krónum frá þeim degi til 31. desember 2014, en af 24.309.454 krónum frá þeim degi til 31. janúar 2015, en af 25.305.702 krónum frá þeim degi til 28. febrúar 2015, en af 26.311.162 krónum frá þeim degi til 31. mars 2015, en af 27.374.583 krónum frá þeim degi til 30. apríl 2015, en af 28.440.788 krónum frá þeim degi til 31. maí 2015, en af 29.514.747 frá þeim degi til 30. júní 2015, en af 30.606.530 krónum frá þeim degi til 31. júlí 2015, en af 31.703.142 krónum frá þeim degi til 31. ágúst 2015, en af 32.793.058 krónum frá þeim degi til 30. september 2015, en af 33.876.558 krónum frá þeim degi til 31. október 2015, en af 34.959.130 krónum frá þeim degi til 30. nóvember 2015, en af 36.067.436 krónum frá þeim degi til 31. desember 2015, en af 37.177.020 krónum frá þeim degi til 31. janúar 2016, en af 38.120.453 krónum frá þeim degi til 29. febrúar 2016, en af 39.063.886 krónum frá þeim degi til 31. mars 2016, en af 40.007.319 krónum frá þeim degi til 30. apríl 2016, en af 40.950.752 krónum frá þeim degi til 31. maí 2016, en af 41.894.185 krónum frá þeim degi til 30. júní 2016, en af 42.837.618 krónum frá þeim degi til 31. júlí 2016, en af 43.781.051 krónum frá þeim degi til 31. ágúst 2016, en af 44.724.484 krónum frá þeim degi til 30. september 2016, en af 45.667.917 krónum frá þeim degi til 31. október 2016, en af 46.611.350 krónum frá þeim degi til 30. nóvember 2016, en af 47.554.783 krónum frá þeim degi til 31. desember 2016, en af allri stefnufjárhæð frá þeim degi til 31. janúar 2017, en með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af allri stefnufjárhæðinni frá þeim degi til greiðsludags. Jafnframt er þess krafist að stefnda verði dæmt til að greiða stefnanda málskostnað að skaðlausu.

Stefnda krefst aðallega sýknu en til vara að dómkröfur stefnanda verði lækkaðar. Þá krefst stefnda málskostnaðar úr hendi stefnanda vegna allra dómkrafna að mati dómsins í samræmi við hagsmuni málsins, vinnu málflytjanda og annan kostnað af málinu, sbr. málskostnaðarreikning sem lagður verður fram undir rekstri málsins eða við aðalmeðferð.

### ***Meðferð máls fyrir dómi***

Fyrsta fyrirtaka málsins eftir úthlutun var 3. október 2018. Þá gerði stefnda kröfu um 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. Af hálfu stefnanda var kröfunni mótmælt. Aðilum var gefinn kostur á að tjá sig um álitaeefnið, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994. Fór málflytningur fram í áðurgreindu þinghaldi og var krafan tekið til úrskurðar að honum loknum. Með úrskurði dómsins 17. október sl., var kröfunni hafnað.

Milli aðila máls þessa er einnig rekið fyrir dómnum málið nr. E-147/2013, sem var vísað til meðferðar heim í hérað með dómi Hæstaréttar, uppkveðnum 26. apríl 2018, sbr. mál réttarins nr. 287/2017. Samkomulag var með aðilum að aðalmeðferðir máls þessa og máls nr. E-147/2013 færu fram samtímis, þ.e. skýrslutökur af aðilum og vitnunum. 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***

Með dómi Hæstaréttar Íslands í málinu nr. 287/2017, uppkveðnum 27. apríl 2018, var dómur Héraðsdóms Suðurlands í málinu nr. E-147/2013 ómerktur og málinu vísað heim í hérað til aðalmeðferðar og dómsálagningar að nýju þar sem héraðsdómara hefði borið að kveða til sérfróða menn til dómstarfa samkvæmt 2. mgr. 2. gr. laga nr. 91/1991. 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*“.

Í máli þessu fer stefnandi fram á greiðslu skaðabóta vegna hinna fjögurra eftirstandandi ára verksins, þ.e. áranna 2013 til 2016. Byggir stefnandi á matsgerðum sem aflað var undir rekstri málsins nr. E-147/2013 hvað varðar sönnun fjárkröfu sinnar.

Í dómi þessum verður rætt um stefnanda þó verið sé að vísa til fyrrum stefnanda í máli þessu, Gámaþjónustunnar hf., sem var tilboðsgjafi í útboði því sem stefnda efndi til haustið 2011 og mál þetta á rætur sínar að rekja til.

Stefnda stóð fyrir útboði á sorphirðu í sveitarfélaginu í októbermánuði 2011, sem bar heitið „*Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámastöð 2012-2016*.“ Skiptast útboðsgögn í útboðslýsingu (kafli 0.1 til 0.12), verklýsingu (kafli 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, Stökkseyri, 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. Samkvæmt fundargerð opnunarfundar skiluðu tveir bjóðendur tilboðum í verkið, annars vegar Gámapjónustan hf., sem var lægstbjóðandi, og hins vegar Íslenska gámafélagið ehf. Frestur stefnda til að taka tilboði var sex vikur frá opnun tilboða. Efla verkfræðistofa sinnti starfi ráðgjafa stefnda við útboðið.

Í grein 0.4.6 í útboðsskilmálum, sem ber heitið „*Meðferð og mat á tilboðum*“ segir að við val á tilboðum verður einungis litið til gildra tilboða frá bjóðendum sem uppfylla kröfur í kafla 0.1.3 og aðrar kröfur sem gerðar eru í útboðsgögnum. Þá segir að hagstæðasta tilboði, að mati verkkaupa, verði tekið og að við mat tilboða gildi eftirfarandi:

·	„ <i>Tilboðsupphæð</i> “	80%
·	<i>Gæðastjórnunarkerfi</i>	5%
·	<i>Umhverfisstjórnunarkerfi</i>	5%
·	<i>Söfnunarbílar uppfylla Euro IV</i>	5%
·	<i>Söfnunarbílar uppfylla Euro V eða metan</i>	5%“

Fram kemur að gefin verði einkunn (0-10) fyrir hvern lið og gerð grein fyrir formúlu lokaeykunnar sem ráði vali á verktaka. Þá er gerð grein fyrir valforsendum sem hér segir:

„**Tilboðsupphæð:**  $Einkunn(verð) = (lægsta$

$tilboðsupphæð) / (tilboðsupphæð) \times 10$

**Gæðastjórnunarkerfi:** *Bjóðandi sem hefur vottað gæðastjórnunarkerfi samkvæmt ISO 9001:2000 staðli fær einkunnina 10. Bjóðandi sem ekki hefur slíkt kerfi vottað fær einkunnina 0*

**Umhverfisstjórnunarkerfi:** *Bjóðandi sem hefur vottað umhverfisstjórnunarkerfi samkvæmt ISO 14001:2004 staðli eða sambærilegt kerfi fær einkunnina 10. Bjóðandi sem ekki hefur slíkt*

*kerfi vottað fær einkunnina 0.*

**Söfnunarbifreið EURO IV:** *Bjóðandi sem hefur yfir að ráða söfnunarbifreið sem notuð verður við sorpsöfnun í Árborg og stenst kröfur EURO IV staðals fær einkunnina 10. Bjóðandi sem ekki hefur bifreiðar sem uppfyllir [sic] þessa kröfu fær einkunnina 0.*

#### **Söfnunarbifreið EURO V**

**eða metan:**

*Bjóðandi sem hefur yfir að ráða söfnunarbifreið sem notuð verður við sorpsöfnun í Árborg og stenst kröfur EURO V staðals (eða bifreið með minna mengandi útblæstrit.d. metan) fær einkunnina 10. Bjóðandi sem ekki hefur bifreiðar sem uppfyllir [sic] þessa kröfu fær einkunnina 0. Litið er svo á að bjóði bjóðandi bifreið sem uppfylla [sic] EURO V staðal uppfylli hann einnig EURO IV og fái þar full stig. Sjá einnig kröfur til bifreiða í kafla 8.10“*

Í grein 0.8.10 kom fram verktaki skyldi eftir 1. janúar 2014 nota söfnunarbifreið sem uppfyllti EURO V mengunarkröfur eða notaði umhverfisvænan orkugjafa. Þá skyldu bifreiðar sem sinntu flutningi úrgangs frá umhleðslustöðu frá byrjun árs 2013 uppfylla EURO V kröfur.

Í útboðslýsingu grein 0.4.2, sem ber heitið „Fylgigögn með tilboði“ segir: „Bjóðandi þarf einungis að skila inn útfylltri tilboðsskrá og tilboðsblaði.“ Í grein 0.1.3, sem ber heitið „Upplýsingar um bjóðendur“, og fjallar um rétt verkkaupa til að kalla eftir frekari upplýsingum frá bjóðendum sem eftir opnun og yfirferð tilboða koma til álita sem viðsemjendur. Þar segir: „Þeir bjóðendur sem eftir opnun og yfirferð tilboða koma til álita sem viðsemjendur skulu, sé þess óskað, láta í té innan viku eftirtalдар upplýsingar. Farið verður með þessar upplýsingar sem trúnaðarmál, ef þær eru þess eðlis. Verði dráttur á afhendingu umbedinna upplýsinga áskilur verkkaupi sér rétt til að líta svo á að bjóðandi hafi fallið frá tilboðinu og taka þá gildi ákvæði í kafla 0.4.4 Tilboðstrygging- Gildistími tilboðs um tilboðstryggingu.“ Upplýsingarnar eru tilgreindar í tólf stafliðum, m.a. ýmis gögn er varða fjárhag bjóðenda. Þá er í h-lið vísað til upplýsinga um tæki og búnað sem fyrirhugað væri að nota við verkið, þ.e. skrá um framangreint og í k-lið er vísað til upplýsinga um gæða- og umhverfisstjórnunarkerfi sem starfað yrði eftir og fengnar vottanir á þeim, þ.e. lýsingu á framangreindu.

Fyrir liggur að fjórum dögum eftir opnun tilboða, nánar tiltekið þann 14. nóvember 2011, kallaði starfsmaður Eflu verkfræðistofu, sem eins og áður segir sinnti starfi ráðgjafa stefnda við útboðið, eftir gögnum frá báðum bjóðendum. Í

tölvupósti starfsmannsins til forsvarsmanna beggja bjóðenda segir: „*Vegna tilboðs í verkið „Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónustu við gámastöð“er Gámaþjónustan og Íslenska Gámafélagið beðin um að skila inn upplýsingum um bjóðendur sbr. kafla 0.1.3 og upplýsingum sbr. kafla 0.4.6 um gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi og söfnunarbíla sem boðnir verða frá upphafi verks, eins fljótt og auðið er en a.m.k. innan viku.*“ Við þessum tölvupósti brugðust báðir bjóðendur og liggja frammi í málinu gögn þar að lútandi. Annars vegar tækjalisti frá Gámaþjónustunni hf. Þar er tilgreindur búnaður til nota við sorphirðu, gámastöð og varatæki fyrir árið 2012. Í umræddu bréfi kemur fram að fyrirtækið ætli að nota bifreið til sorphirðu með mengunarstaðli EURO IV og aðra er noti metan. Þá sé bifreið til sorphirðu með mengunarstaðli EURO V væntanlegur til landsins í júní 2012. Ætlunin sé að nota bifreið með mengunarstaðli EURO IV við gámastöð og til standi að fjárfesta í nýjum krókbíl á árinu 2012. Þá eru tilgreind tvö varatæki fyrir árið 2012, báðar bifreiðar með mengunarstaðli IV. Hins vegar liggur frammi í málinu bréf BSi Management Systems til Íslenska gámafélagsins ehf., dags. 18. nóvember 2011, þar sem fram kemur að síðarnefnda félagið muni ljúka vottunarferli hjá erlendum aðila samkvæmt stöðlunum ISO 14001:2004 umhverfisstjórnunarkerfi og ISO 9001:2008 gæðastjórnunarkerfi í desember 2011.

Þá segir í 2. mgr. greinar 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 tölulíðum. Í 6. tölulíð er fjallað um tækni- og faglega getu og í 8. tölulíð er vísað til gæða- eða umhverfisstjórnunarkerfis.

Meðal gagna málsins er tölvupóstur frá 3. desember 2011 sem forsvarsmaður Íslenska gámafélagsins ehf., sendi bæjarstjórn stefnda. Þar var þess krafist, í ljósi alvarlegra galla á útboðinu sem nánar voru raktir í bréfinu, að öllum tilboðum í verkið yrði hafnað og verkið boðið út að nýju. Á fundi bæjarráðs stefnda þann 15. desember 2011 samþykkti ráðið að hafna öllum tilboðum sem bárust í verkið þar sem færa mætti rök fyrir því að gallar kunni að hafa verið á framkvæmd útboðsins eins og segir orðrétt í fundargerð bæjarráðs. Í framhaldinu var framkvæmdastjóra stefnda falið að leita samninga við þáverandi sorphirðuaðila um framlengingu samnings til 1. júlí 2012 og tækni- og veitustjóra stefnda að vinna að nýju útboði. Í fundargerð bæjarráðs stefnda frá 15. desember 2011 kemur fram í bókun minnihluta bæjarráðs að fyrir liggi einkunnargjöf fagaðila vegna tilboðanna og að samkvæmt henni hafi lægstbjóðandi, þ.e. Gámaþjónustan hf., skorað hærra.

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. Ákvörðun um höfnun framkominna tilboða rökstuddi stefnda með bréfi til stefnanda, dags. 19. 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.

#### *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 megingintilboðsliði (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 magntölum 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 útbóðið 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 rikari 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. Útbóðið [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 lítið 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 lítið 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, Gámabjónustuna 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 master í fjármálum 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>Gámahjónustan</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</b> [sic]

**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 váttryggingar. 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 söfnunarbílsins þar sem stefnda hafi talið að afkastageta 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 afkastageta 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 yfirmatspoli 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 yfirmatspola 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 sérstökum 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 hægur 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 þjónustuvers 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 sviði til Árborgar hvað landlegu varðar, en þar sé yfirmatsþoli með þriggja tunnu kerfi, 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 lögbylí. 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 lögbylí þar, enda eru aðstæður í Ölfusi og Eyjafjarðarsveit 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 tók á að kanna aðstæður á heimreiðum lögbylí 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 fjölbylíshús 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 Helligsheiði 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 fjölbylishús. 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 fjölbylishús 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 fjölbylishús 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 oftar 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 öikumenn eða hlaupara, ásamt rekstri og viðhaldi sorpsöfnunarbíls, 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 innifalin [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**

Stefnandi byggir kröfur sínar á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna brota stefnda á lagareglum um útboð. Höfnun stefnda á öllum boðum í verkið „Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerðar og þjónustu við gámastöð 2012-2015“, hafi verið ólögmat ákvörðun sem leitt hafi til bótaskyldu gagnvart stefnanda enda hafi hann átt hagstæðasta boðið og engar málefnalegar ástæður hafi verið fyrir höfnuninni. Kröfum sínum til stuðnings vísar stefnandi einkum til 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup en einnig til hinna almennu skaðabótareglna.

Stefnandi sækir í máli þessu bætur vegna tjóns árin 2013-2016 en samkvæmt útboðsgögnum hafi átt að gera verksamning til fimm ára með möguleika á þriggja ára framlengingu. Í stefnu er vísað til þess að dómur Héraðsdóms Suðurlands í málinu nr. E-147/2013, þ.e. hinn ómerkti dómur, hafi fullt sönnunargildi um atvik að baki málinu. Umfjöllun um þann dóm í stefnu verður eðli málsins samkvæmt ekki rakin hér.

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

Stefnandi byggir á því að höfnun stefnda á tilboði hans hafi verið í andstöðu við ákvæði laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Hafi bæjarstjórn stefnda tekið ákvörðun um höfnun allra tilboða að fenginni athugasemd um útboðið frá hinum bjóðanda í verkið, Íslensku gámaþjónustunni hf., en þær athugasemdir hafi komið fram eftir að allir tímafrestrir til andmæla á ákvæðum útboðsgagna um skil á tilboði og gögnum voru liðnir, sbr. 1. mgr. 94. gr. laga nr. 84/2007. Stefnandi hafi engar upplýsingar haft um framangreindar athugasemdir fyrr en við gagnaframlagningu í

hinu fyrra dómsmáli milli aðila. Kveður stefnandi að tölvupósturinn, sem sendur hafi verið til eins bæjarfulltrúa stefnda, hafi borið með sér að umræddur bjóðandi hafi haft upplýsingar um niðurstöðu einkunnargjafar og að hann yrði því af verkinu. Stefnandi hafi hins vegar ekki fengið sambærilegan aðgang að niðurstöðunum. Með þessu telur stefnandi að stefnda hafi brotið reglur stjórnsýslulaga, þ.e. með því að taka kvörtun hins bjóðandans ekki til meðferðar og gefa ekki stefnanda kost á að tjá sig um málið. Þá hafi stefnda borið að gæta að öðrum meginreglum stjórnsýsluréttar, svo sem rannsóknar- og andmælareglu. Þess í stað hafi verið tekin ákvörðun á bæjarstjórnarfundi, að því er virðist á grundvelli óljóss lögfræðialits, að hafna öllum tilboðum í verkið.

Þá vísar stefnandi til þess að með tilkynningu um höfnun allra tilboða í bréfi dags. 16. desember 2011 hafi enginn rökstuðningur fylgt, sem þó hafi verið skylt, sbr. 1. mgr. 75. gr. laga nr. 84/2007. Ástæður sem stefnda hafi tilgreint í bréfi dags. 19. sama mánaðar, hafi ekki verið málefnalegar og sem slíkar ekki getað verið grundvöllur fyrir ákvörðun um höfnun allra tilboða. Auk hinna ætluðu annmarka á útboðinu, hafi meirihluti bæjarstjórnar vísað til fleiri ástæðna á áðurnefndum fundi, sem að mati stefnanda hafi enga skoðun staðist og ekki hafi verið vísað til þeirra í bréfi til stefnanda. Vísar stefnandi til þess að í útboðsgögnum hafi skýrlega verið rakið hvaða forsendur kæmu til skoðunar við val á bjóðendum. Skýrlega hafi verið kveðið á um hvaða gögnum, er vörðuðu einnig hæfi stefnda, væri hægt að kalla eftir og tímaramma hvað það varðar. Stefnda hafi haft það í hendi sér að hve miklu leyti kallað yrði eftir gögnum og niðurstaðan verið sú að eingöngu hafi verið þörf á að kalla eftir gögnum sem höfðu áhrif á einkunnargjöf, þ.e. gæðastjórnarkerfi, umhverfisstjórnarkerfi og söfnunarbifreiðar sem til boða stæðu frá upphafi verks. Til þessa hafi báðir bjóðendur haft viku tíma. Í kjölfarið hafi farið fram einkunnagjöf Eflu. Því hafi aðilar verið jafnsettir, stigamatið hafi verið gagnsætt og hlutlaust, þar sem bjóðendur hafi fengið annað hvort fullt hús stiga eða engin stig. Höfnun stefnda hafi því verið ólögmat enda engar málefnalegar ástæður fyrir henni. Telur stefnandi að höfnun tilboðs stefnanda hafi verið fyrirsjáttur af hálfu stefnda, en slíkt sé óheimilt samkvæmt 2. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007. Svo hafi virst sem það hafi ávallt verið ætlun stefnda að semja við Íslenska gámafélagið ehf., og hafi stefnda, sama dag og hann hafnaði boði stefnanda, samið við áðurnefnt félag um framlengingu verksamnings. Þá hafi, eftir síðara útboð stefnda, tilboði nefnds félags verið tekið aðeins 14 dögum eftir opnun tilboða, en verkið hafi verið boðið út að nýju í apríl 2012.

Einnig hafi stefnda brotið gegn formreglum við töku ákvörðunar um að hafna öllum tilboðum vegna útboðsins enda hafi Gunnar Egilsson verið meðal þeirra sem tók þá ákvörðun á fundi bæjarstjórnar. Bróðir hans, Guðjón, hafi annast sorphirðu

fyrir stefnda í mörg ár auk þess að vera rekstarstjóri Íslenska gámafélagsins ehf., á Suðurlandi og einn stærsti hluthafi félagsins. Hafi nefndur Guðjón komið fram fyrir hönd félagsins á fundi þegar tilboð hafi verið opnuð. Samkvæmt 2., 3., 5. og 6. tölulið 3. gr. stjórnáskilulaga hafi Gunnari Egilssyni verið óheimilt að taka þátt í undirbúningi, meðferð eða ákvarðanatöku í málinu.

#### *Hagkvæmasta tilboðið*

Stefnandi byggir á því að hann hafi átt hagkvæmasta tilboð í verkið, sbr. 1. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007, og ef til hinnar ólögmætu ákvörðunar hefði ekki komið, hefði verið samið við hann um verkið. Hafi boð stefnanda í báðar leiðir útboðsgagna verið umtalsvert lægra í krónum talið en boð hins bjóðandans. Þá hafi stefnandi fengið 10 stig vegna annarra þátta en hinn bjóðandinn 20 stig. Þrátt fyrir það hafi tilboð stefnanda verið hagstæðara, sbr. stigamat Eflu, ráðgjafa stefnda. Þá hafi tilboð stefnanda verið töluvert undir kostnaðaráætlun stefnda. Tilboð stefnanda hafi því fullnægt þörfum stefnda best miðað við þær forsendur sem gefnar hafi verið, sbr. enn fremur 45. gr. laga nr. 84/2007.

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.

#### *Stefnufjárhæð*

Við ákvörðun á umfangi tjóns vegna hinnar ólögmætu ákvörðunar stefnda, byggir stefnandi á að hér eigi við almennar reglur um sönnun almenns 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 mannaráðningar til að annast yfirstjórn, verkstjórn eða bókhald né annars konar fjárfestingar til að geta sinnt hinu nýja verkefni aðrar en þær sem fram komi í kostnaðarútreikningum vegna sorphirðubifreiða.

Í máli þessu gerir stefnandi kröfu til tjóns sem fallið hafi til á árunum 2013-2016. Hinn tapaði hagnaður hafi fallið til mánaðarlega. Undir rekstri fyrra málsins milli aðila, þ.e. E-147/2013, hafi stefnandi aflað matsgerðar og stefnda yfirmatsgerðar en matsgerðirnar lutu að öllum samningstímanum. Hafi þær því sönnunargildi sem slíkar í þessu máli og dómkröfur stefnanda settar fram í samræmi við niðurstöðu yfirmatsmanna, sem séu í góðu samræmi við niðurstöður undirmats og eigin hagnaðarútreiknings stefnanda.

Samkvæmt yfirmati hafi verið lagt til grundvallar að tjón stefnanda vegna missis hagnaðar af verkinu hafi samsvarað þeirri framlegð sem það hefði skilað til reksturs stefnanda, þ.e. sem nemur mismuni á verklaunum annars vegar og breytilegum kostnaði við framkvæmd verksins hins vegar. Því skyldi ekki taka fastan kostnað inn í jöfnuna. Hafi yfirmatsmenn komist að þeirri niðurstöðu að framlegð verksins fyrir árið 2012 hafi verið 17.768.295 krónur en 63.053.074 krónur fyrir allt tímabilið. Mismunur á þessu tvennu sé 45.284.779 krónur, sem sé þá framlegð áranna 2013-2016. Samkvæmt kafla 0.5.6 í útboðsgögnum stefnda verðbættast greiðslur samkvæmt samningum miðað við 50% launavísitölu og 50% vísitölu 072 reksturs ökutækja. Hafi yfirmatsmenn uppreiknað fjárhæðirnar í samræmi við það, sbr. niðurstöðutölur á bls. 26-27 í yfirmatsgerð. Stefnufjárhæð taki mið af því, þannig að verðbætt framlegð verksins fyrir árin 2013-2016 nemi 48.498.215 krónum. Hvað varðar nánari sundurliðun framlegðarútreiknings vísar stefnandi til yfirmatsgerðar.

#### *Undirmats- og yfirmatsgerð*

Stefnandi vísar til kafla 2.2. í yfirmatsgerð sem ber heitið forsendur og gögn. Þar lýsa yfirmatsmenn því að lykilatriði við útreikning á tapaðri framlegð stefnanda séu meðhöndlun kostnaðar og áætluð afköst í sorpsöfnuninni. Þá hafi yfirmatsmenn fengið upplýsingar um forsendur kostnaðaráætlunar sem Efla verkfræðistofa hafi gert fyrir stefnda og birt hafi verið við opnun tilboða. Í yfirmatsgerð komi fram að kostnaðaráætlun Eflu falli vel að niðurstöðum undirmatsmanns þar sem kostnaðarmat verkfræðistofunnar hafi verið hærra í flutningsliðum en lægra í söfnunarliðum. Hafi yfirmatsmenn vísað til þess að við gerð kostnaðarmats hafi einkum þrír þættir myndað hið endanlega mat, eða tilboð verktaka, þ.e. verkkostnaður, ófyrirséður kostnaður (áhætta) og hagnaðarkrafa verktaka. Hafi yfirmatsmenn talið verkkostnað rétt skilgreindan í undirmati en þar hafi verið stuðst

við kostnað eins og hann hafi komið fram í bókhaldi stefnanda. Hafi yfirmatsmenn talið að áætla hafi mátt ófyrirséðan kostnað sem hluta af raunkostnaðartölum verktaka, sem ættu uppruna sinn í kostnaðarbókhaldi hans, og því hafi verið gert ráð fyrir viðbótarkostnaði vegna þess í yfirmati. Þá hafi yfirmatsmenn hvorki gert athugasemdir við rökfærslu né útreikninga matsmanns og lýst sig sammála niðurstöðu hans um að ekki væri ástæða til að áætla að söfnunarbifreiðar hefðu verið flöskuháls, en því hafi stefnda haldið fram. Í yfirmatsgerðinni sé einnig fjallað um einstakar athugasemdir stefnda við undirmatsgerðina. Hafi ekki verið talin þörf á að bæta við kostnaðarliðum vegna þeirra athugasemda, s.s. kostnaði vegna verkfunda, vinnuklæðnaðar, aðgangs að gæðamoltu og kostnaði við rekstur þjónustuvers fyrir íbúa sveitarfélagsins, eins og stefnda hafi haldið fram.

Þá vísar stefnandi til þess að málsaðilum hafi gefist kostur á að koma með athugasemdir og gæta hagsmuna sinna á fundum sem bæði undir- og yfirmatsmenn hafi haldið. Þá hafi sérstaklega verið tekið fram í greinargerð yfirmatsmanna 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.

Stefnandi vísar til 2. mgr. 101. gr. laga um opinber innkaup kröfum sínum til stuðnings, en sú regla vísi til almennra reglna bótaréttar. Viðurkennt sé í dómaframkvæmd að brot gegn bjóðanda, sem leiði til þess að hann verði af verki, skapi honum rétt til bóta fyrir missi hagnaðar. Byggi ákvörðun tjónsfjárhæðar á reglum bótaréttar um almennt fjártjón, er hafi bein tengsl við reglur samninga- og kröfuréttar um efnabætur. Að öðru leyti vísi stefnandi til 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 verktímanum, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001. Dráttarvaxtakrafa sé byggð á 9. gr. sömu laga, sbr. 1. mgr. 6. gr. Upphafsdagur dráttarvaxta miðist við lok verktímans en þá hafi legið fyrir allar upplýsingar sem þörf hefði verið á til að meta tjónsatvik og fjárhæð bóta. Bendir stefnandi m.a. á að yfirmatgerð sé dagsett 10. október 2016, en hún hafi metið tjón stefnanda vegna verktímans 2012-2016. Krafa um málskostnað sé reist á 1. mgr. 129. gr. og 1. og 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991.

Samkvæmt ákvæðum útboðsgagna hafi átt að gera mánaðarlega reikninga vegna verksins og sé kröfugerð til samræmis við það. Kostnaður vegna reksturs samnings sé dreginn frá kröfugerðinni mánuð fyrir mánuð og fáiast þannig mánaðarleg framlegð verksins, þ.e. sá hagnaður sem verkefnið hefði skilað til reksturs stefnanda.

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

Stefnda krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda í máli þessu. Helstu málsástæður og lagarök stefnda eru eftirfarandi.

### *Fyrning*

Stefnda byggir sýknukröfu sína á því að meint skaðabótakrafa stefnanda sé fyrnd. Telur stefnda að upphafstími fyrningar í máli þessu sé sá dagur þegar stefnda tilkynnti stefnanda um höfnun allra tilboða í verkið, þ.e. 16. desember 2011, en í síðasta lagi sé upphafstími fyrningar 19. sama mánaðar þegar veittur hafi verið skriflegur rökstuðningur fyrir ákvörðun stefnda. Með vísan til þessa og 1. mgr. 9. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda, hafi krafa stefnanda í heild sinni verið fyrnd við höfðun máls þessa þann 28. febrúar 2017.

Verði ekki fallist á framangreint og teljist skaðabótakrafa stefnanda vera krafa innan samninga, vísar stefnda til þess að eina mögulega tímamarkið um meinta vanefnd samkvæmt 2. mgr. 2. gr. laga nr. 150/2007, sé sama tímasetning og áður greinir, þ.e. við höfnun tilboða í verkið 16. desember 2011, enda leiði meint skaðabótakrafa stefnanda af þeirri ákvörðun. Samkvæmt þessu hafi krafa stefnanda verið fyrnd við höfðun máls þessa þann 28. febrúar 2017.

Loks vísar stefnda til þess að verði ekki fallist á framangreint þá teljist dómkröfur stefnanda á fyrstu þremur gjaldþögum ársins 2013 fyrndar við höfðun málsins, samtals að fjárhæð 2.999.383 krónur, samkvæmt almennri fyrningarreglu 3. gr. laga nr. 150/2007.

Þá vísar stefnda til þess að ekki hafi verið leyst úr bótaskyldu stefnda fyrir kærunefnd útboðsmála, sbr. úrskurð nefndarinnar frá 5. mars 2012, enda hafi nefndin ekki ákvörðunarvald í því tilliti. Því geti fyrningu ekki talist hafa verið slitið í skilningi 16. gr. laga nr. 150/2007 með áðurnefndri kæru.

### *Ákvörðun stefnda um að hafna öllum tilboðum*

Stefnda byggir sýknukröfu sína á því að stefnda hafi verið heimilt og í reynd skylt að hafna öllum tilboðum í verkið og bjóða það út að nýju líkt og gert hafi verið. Stefnda telur það vera óumdeilda staðreynd að kaupanda í opinberum útboðum sé heimilt að hafna öllum framkomnum boðum svo lengi sem málefnalegar ástæður búi þar að baki sem og að þær málefnalegu ástæður séu grundvallaðar á valforsendum útboðsins eða þá að almennar forsendur fyrir útboðinu hafi brostið.

Að mati stefnda hafi útboðsskilmálar hins umdeilda útboðs verið ógagnsæir og þá hafi valforsendur útboðsins verið settar þannig fram að þær hafi raskað jafnræði bjóðenda. Þeir gallar hafi verið á framkvæmd útboðsins að ekki hafi verið gert ráð fyrir að bjóðendur skiluðu með verðtilboðum sínum fyrir opnun tilboða

upplýsingum er vörðuðu 20% af valforsendum útboðsins. Stefnda hafi ekki orðið þessi mistök ljós fyrir en komið hafi verið að því að leggja mat á framkomin tilboð. Í útboðsgögnum hafi eingöngu verið gerður áskilnaður um að bjóðendur skilðu inn fyrir opnum tilboða, tilboðsfjárhæð sem hafi verið 80% af valforsendum útboðsins, en ekki gerð krafa um skil á áður nefndum 20% sem hafi varðað gæðastjórnunarkerfi, umhverfisstjórnunarkerfi og upplýsingar um söfnunarbifreiðar, þ.e. Euro 4 og 5.

Jafnframt hafi láðst að tilgreina það tímamark er þessum gögnum skyldi skilað inn og þá enn fremur að skilgreina það tímamark er bjóðendur hafi átt að búa yfir þeirri tæknilegu getu sem legið hafi að baki umræddum 20% af heildareinkunn valforsenda kaupanda. Nánar tiltekið á hvaða tímamarki bjóðendur raunverlega hefðu til reiðu vottanir á umhverfis- og gæðastjórnarkerfinu og yfirráð yfir framangreindum söfnunarbifreiðum. Á þessum tíma hafi ekki verið venja að hafa þennan hátt á í útboðsskilmálum.

Kveður stefnda að á einhverjum tímapunkti hafi þeim aðila sem veittu stefnda ráðgjöf vegna útboðsins orðið ljós framangreind mistök. Hafi þá verið reynt að bæta úr því með því að senda tölvupóst 14. nóvember 2011. Þar hafi engin nákvæm tímamörk verið sett en búin til tvö afar óljós tímamörk sem hafi hvorki fallið að því sem tilgreint hafi verið í útboðsgögnum né þágildandi lögum um opinber innkaup. Vísar stefnda til þess að fram að þessum tíma í útboðsferlinu hafi engin tímasetning verið gefin á því hvenær 20% valforsenda skyldi skilað inn né á hvaða tímamarki bjóðendur skyldu hafa vottanir og söfnunarbifreiðar til reiðu. Framangreind mistök stefnda hafi verið brot á jafnræðis- og gagnsæisreglu útboðsréttar, sbr. 1. gr. og 14. laga nr. 84/2007. Vísar stefnda í þessu sambandi til grundvallarreglu stjórnslu- og stjórnskipunarréttar, tilskipunar Evrópuþingsins nr. 2004/18 um innkaup ríkis og sveitarfélaga, umfjöllunar fræðimanna og dóma EFTA-dómstólsins. Þegar af þessum ástæðum hafi stefnda haft málefnalegar ástæður til þess að hafna öllum framkomnum tilboðum og bjóða út að nýju.

Fallist héraðsdómur ekki á framangreind mistök verði dómurinn að leggja mat á þau gögn sem skilað hafi verið innan þess viku tímamarks sem ráðgjafi stefnda hafi sett í framangreindum tölvupósti. Jafnframt verði dómurinn að leggja mat á þau gögn með hliðsjón af meginreglum um jafnræði og gagnsæi. Vísar stefnda til þess að það sé verulegum vafa undirorpið hvernig eigi að túlka gildi þeirra. Þá eru í greinargerð stefnda rakin sjónarmið stefnda er varðar tímasetningar o.fl., og varða umrædd viðbótargögn og settar fram skoðanir stefnda á þeim, m.a. í formi útreikninga í þeim tilgangi að sýna mismunandi niðurstöður stigagjafar eftir því hvort gögn þau sem stefnandi og Íslenska gámafélagið ehf., sem einnig bauð í verkið, séu tekin með í útreikninginn. Vísar stefnda í þessu sambandi til

útboðsskilmála og 76. gr. laga nr. 84/2007. Hafi framkvæmd útboðsins leitt til þess að menn hafi ekki haft jafna möguleika til þátttöku og hafi ekki gengið í upphafi jafnt til leiks.

Það sé meginregla í opinberum innkaupum að ekki megi heimila bjóðendum að auka við eða breyta tilboðum sínum eftir að þau hafi verið opnuð enda gæti slíkt raskað jafnræði bjóðenda. Stefnda vísar til 53. gr. laga nr. 84/2007 sem feli í sér undantekningu frá framangreindri meginreglu, en framangreint ákvæði samsvari 51. gr. tilskipunar nr. 2004/18EB. Þessi undantekningarregla taki eingöngu til gagna er varði hæfi bjóðanda. Hvergi í lögum eða fræðilegri umfjöllun sé að finna heimild til að víkja frá þessari meginreglu þegar um sé að ræða gögn er varði valforsendur tilboða.

### *Hæfi bæjarráðsmanns*

Stefnda hafnar því að brotið hafi verið gegn formreglu þar sem Gunnari Egilssyni hafi verið óheimilt að taka þátt í umræddri ákvörðun vegna tengsla sinna við Guðjón Egilsson sem sé, eins og upplýst hafi verið, bróðir Gunnars, en Guðjón sé starfsmaður Íslenska gámafélagsins ehf., sem verið hafi einn bjóðenda í verkið. Í 3. gr. stjórnáskilulaga nr. 37/1993. sbr. 103. gr. þágildandi laga nr. 84/2007, séu tilteknaðar vanhæfisástæður þegar ákvarðanir séu teknar er varða opinber innkaup. Kveður stefnda óumdeilt virðast að Gunnar hafi ekki verið vanhæfur á grundvelli 1. og 4. töluliðar 1. mgr. 3. gr. laga nr. 37/1993.

Koma þá til skoðunar aðrir töluliðir 3. gr. laga nr. 37/1993. 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 Íslenska gámafélagsins ehf. Guðjón gegni stöðu rekstrarstjóra á starfsstöð fyrirtækisins á Selfossi. Þá hafi komið í ljós að samkvæmt skipuriti félagsins hafi Jón Þórir Frantzson verið forstjóri félagsins en undir hans stjórn hafi starfað sjö framkvæmdastjórar, hver á sínu sviði, og heyri Guðjón Egilsson undir einn þeirra. 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 falið í sér að hann hafi fyrirvar eða komi fram í umboði félagsins, enda hafi nefndur Jón Þórir komið fram fyrir hönd Íslenska 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 sérstakra eða verulegra 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.

#### *Skilyrði sakarreglunnar*

Stefnda byggja sýknukröfu sína á því að skilyrði sakarreglunnar hafi ekki verið uppfyllt. Stefnda vísar til þess að svo virðist sem stefnandi byggja málatilbúnað sinn að meginstefnu til á almennum reglum skaðabótareglunnar, en sönnunarbyrði um að skilyrði sakarreglunnar séu uppfyllt hvíli alfarið á stefnanda. Í máli þessu hafi stefnda ekki tekist sú sönnun.

Í fyrsta lagi skorti alla sönnun fyrir því að stefnda hafi viðhaft nokkra þá háttsemi sem talist geti hafa verið saknæm og ólögmat. Ekkert réttarbrot hafi verið um að ræða og hafi stefnandi ekki fært fram sönnur fyrir að svo hafi verið. Í stefnu og málatilbúnaði stefnanda sé aðeins vísað til meintra brota á formreglu/hæfisreglu stjórnisyluréttar. Stefndandi hafi ekki sýnt fram á, líkt og gerður sé áskilnaður um, að hið meinta réttarbrot hafi haft „efnislega þýðingu“ fyrir stefnanda. Brot á hæfisreglu/formreglu hafi ekki slíka efnislega þýðingu fyrir stefnanda þar sem slíkt brot leiði aðeins til ógildingu þeirrar ákvörðunar sem tekin hafi verið í málinu en yfirfæri ekki önnur efnislega réttindi yfir til stefnanda sem geti orðið grundvöllur skaðabóta.

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 uppi í máli þessu sem færa nokkra sönnun fyrir því að með réttu hefði átt að taka tilboði stefnanda. Stefnanda hafi hætt við umrætt útboð og tilkynnt bjóðendum um það í desember 2011 enda hafi málefnalegar ástæður legið þeirri ákvörðun til grundvallar og hafi ákvörðunin þar með verið í samræmi við lög og meginreglur um opinber innkaup.

Í ljósi framangreinds telur stefnda ófært að komast að þeirri niðurstöðu að honum hafi með réttu borið að taka tilboði stefnanda. Verulegur vafi leiki á því hvaða tilboð hafi verið hagkvæmast og allt eins sé hægt að færa gild rök fyrir því að semja hefði átt við næst lægsta bjóðanda, þ.e. Íslenska gámafélagið ehf.

### *Tjón ósannað*

Þá byggir stefnda sýknukröfu sína á því að allar sönnur skorti fyrir því að stefnandi hafi orðið fyrir nokkru tjóni enda ekkert samræmi milli kostnaðaráætlunar stefnda, kröfugerðar stefnanda og niðurstöðu matsmanna. Þá hafi gögn að baki útreikningum matsmanna ekki verið lögð fram í málinu, þ.e. gögn sem geti staðreynt þær forsendur sem liggja að baki niðurstöðu matsmanna. Af kostnaðaráætlun stefnda á bls. 6 í yfirmatsgerð megi glögggt greina að verulegur munur sé á nokkrum tilboðsliðum stefnanda og kostnaðaráætlun. Allur meintur hagnaður af verkinu felist í einum tilboðslið, þ.e. flutnings úrgangs til Sorpu, en engin gögn hafi verið lögð fram af hálfu stefnanda sem fært geti rök fyrir fjárhæðum þeim sem liggja að baki þessum lið í kröfugerð stefnanda. Engar reynslutölur séu til fyrir sambærilegan flutningi, enda hafi stefnandi gert ráð fyrir að framkvæma þennan hluta verksins á bifreið sem stefndi hafi ekki átt og hafi aldrei fest kaup á. Um mikilvægi þess að samræmi sé milli kröfugerðar stefnanda, kostnaðaráætlunar, framlagðra gagna og niðurstaðna matsmanna vísar stefnda til dóms Hæstaréttar í Héðinsfjarðargangnamálinu, þ.e. nr. 416/2011.

### *Vararkrafa um lækkun dómkrafna*

Varðandi varakröfu stefnda, um verulega 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 er að hefði fallið til á verk tíma. Í fjórða lagi hafi stefnandi ekki lagt fram gögn er rökstyðji fjárhæðir sem liggja að baki meintum hagnaði í kröfugerð stefnanda. Samkvæmt matsgerðum

byggjast niðurstöður þeirra m.a. á reynslutölum úr bókhaldi en stefnandi hafi engin gögn lagt fram því til staðfestu. Allan halla af þessu verði stefnandi að bera og sönnunarbyrði um annað verði ekki felld á stefnda.

Að auki vísar stefnda til þess að í málatilbúnaði stefnanda hafi ekki verið tekið tillit 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 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. Í sjötta lagi 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 efndabætur en samkvæmt meginreglu skaðabótaréttarins verður ekki bæði krafist efndabóta 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 meginreglna skaðabótaréttar, einkum sakarreglunnar, skráðra og óskráðra meginreglna stjórnisýslu- og stjórnskipunarréttar, einkum jafnræðis- og gagnsæisreglunnar, laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993, laga um opinber innkaup nr. 84/2007, laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001, og varðandi málskostnaðarkröfu er sérstaklega vísað til 129., 130. og 131. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

### ***Forsendur og niðurstaða***

Við aðalmeðferð málsins gaf fyrirvarsmaður stefnanda og fyrirverandi fyrirvarsmaður Gámaþjónustunnar hf., Sveinn Smári Hannesson, skýrslu fyrir dómi. Einnig gáfu skýrslu fyrir dómi vitnið og undirmatsmaðurinn Axel Hall, master í stærðfræðilegri hagfræði og tölfræði, doktor í hagfræði og lektor við Háskólann í Reykjavík, og vitnin og yfirmatsmennirnir Ásmundur Magnússon, byggingartækni-fræðingur og Jón Árni Árnason 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.

### *Fyrning*

Stefnandi gerir kröfu vegna tjóns sem fallið hafi til á árunum 2013-2016 og vísar til þess að hin tapaða framlegð hafi fallið til mánaðarlega sem og verðbætur, sbr. grein 0.5.6 í útboðsgögnum.

Stefnda telur kröfur stefnanda í máli þessu fyrndar þar sem miða eigi upphaf fyrningarfrests við 16. desember 2011, en þann dag hafi stefnda tilkynnt stefnanda um höfnun allra tilboða í verkið, en í síðasta lagi eigi að miða upphafstíma fyrningar við 19. sama mánaðar þegar veittur hafi verið skriflegur rökstuðningur fyrir framangreindri ákvörðun stefnda. Vísar stefnda í þessu sambandi til 1. mgr. 9. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda.

Í munnlegum málflutningi vísaði stefnandi til þess að um fyrningu skaðabótakröfu hans færi samkvæmt áðurnefndri 9. gr. fyrningalaga. Hins vegar hafnaði stefnandi túlkun stefnda á áðurnefndri lagagrein. Tjón það sem stefnandi hafi orðið fyrir af því að ekki hafi verið við hann samið um verkið, hafi samkvæmt útboðsskilmálum fallið til mánuð fyrir mánuð út samningstímann. Það hafi því ekki verið fyrr en á því tímamarki sem mánaðarlegar tekjur af verkinu féllu til sem hann hafi haft nauðsynlegar upplýsingar um tjónið. Vísaði stefnandi í þessu sambandi til útboðsgagna, greinar 0.5.6, þar sem kveðið hafi verið á um að mánaðarlegar greiðslur fyrir verkið skyldu verðbætast samkvæmt þar til greindri vísitölu. Þar sem umrædd vísitala sé gefin út mánaðarlega, en ekki mörg ár fram í tímann, leiði það af útboðsgögnum að ekki hafi fengist yfirsýn yfir heildarfjárhæð tjónsins fyrr en að samningstíma loknum, þ.e. í lok árs 2016.

Aðilar máls vísa báðir til 9. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda en greinir á um túlkun greinarinnar. Samkvæmt þeirri grein fynast á fjórum árum kröfur um bætur fyrir fjárhagstjón, annað en líkamstjón, sem ekki eigi rót að rekja til sammings. Samkvæmt lagagreininni miðast upphafstími fyrningar slíkra krafna við það tímamark þegar tjónþoli fékk „*nauðsynlegar upplýsingar um tjónið og þann sem ábyrgð ber á því eða bar að afla sér slíkra upplýsinga*“. Þegar bæði framangreind skilyrði eru uppfyllt byrjar fyrningarfrestur kröfu að líða. Í máli þessu er ekki ágreiningur um síðara skilyrðið, þ.e. þann sem bar ábyrgð á tjóninu. Varðandi fyrra skilyrðið má ráða af dómafordæmum, sbr. dóma Hæstaréttar 1. mars 2018 í málum nr. 200/2017 og 201/2017 og dóm Hæstaréttar 14. apríl 2016 í máli nr. 549/2015, og skrifum fræðimanna, að þegar tjónþoli má gera ráð fyrir að hann verði fyrir tjóni geti fyrningarfrestur hafist áður en fjárhæð bóta liggur endanlega fyrir, þ.e.a.s. ekki er nauðsynlegt að staðreyna endanlega fjárhæð tjónsins.

Í máli þessu hagar þannig til að stefnandi gerði tilboð í verk á vegum stefnda. Við gerð tilboðsins þurfti stefnandi að skila inn við opnun tilboða upplýsingum um einingarverð hvers vinnuliðar út samningstímamann. Eðli málsins samkvæmt reiknaði stefnandi við gerð tilboðs í verkið út þann kostnað/gjöld sem hann taldi sig verða fyrir við framkvæmd verksins og þar með hver heildarhagnaður yrði af verkinu. Ýmis gögn liggja frammi í málinu sem bera með sér að þegar stefnandi lagði fram tilboð sitt hafi hann búið yfir framangreindum upplýsingum, þar með upplýsingum um tapaða framlegð, yrði ekki gengið til samninga við hann um verkið. Meðal þeirra gagna er skjal frá forsvarsmanni stefnanda en þar segir að við gerð tilboðsins hafi stefnandi reiknaði þann kostnað sem félli til við verkið, t.d. kostnað við mannalaun, tæki og önnur aðföng, eins og segir orðrétt í umræddu skjali. Með því skjali fylgdi útreikningur á framlegð ársins 2012 uppfærður á verðlagi hvers mánaðar. Þá fylgdi með matsbeiðni stefnanda sem lögð var fram í dómi 16. apríl 2014 samantekt stefnanda um tekjur, gjöld og framlegð alls samningstímans, þ.e. 2012-2016. Einnig kom fram í framburði undirmatsmannsins Axels Halls fyrir dómi að hann hafi byggt útreikninga sína m.a. á upplýsingum úr bókhaldi stefnanda.

Að öllu framansögðu virtu er það mat dómsins að stefnandi hafi búið yfir upplýsingum um grundvöll kröfunnar á því tímamarki þegar stefndi tók ákvörðun um að hafna öllum tilboðum í verkið. Yrði fallist á málsástæður og röksemdir stefnanda hvað varðar upphaf fyrningarfrests í máli þessu gæti það leitt til þess að kaupandi í útboðsmálum, sem talinn yrði hafa brotið gegn lögum um opinber innkaup með þeim afleiðingum að bjóðandi yrði af verki, gæti átt yfir höfði sér kröfur um skaðabætur um ótiltekinn árafjölda allt eftir lengd verktíma samkvæmt útboðsgögnum. Þó svo ákvæði 2. mgr. 101. gr. laga nr. 84/2007 hafi verið túlkað á

Þann veg sem að ofan greinir, þ.e. eins konar efndabætur vegna missis hagnaðar þess bjóðanda sem ekki hafi verið gerður samningur við, verður ekki fallist á það með stefnanda að túlka beri 9. gr. fyrningarlaga þannig að miða skuli upphafstíma fyrningar við það tímamark sem sá sem samið hefði verið við, hefði fyrst getað átt rétt til efnda að teknu tilliti til verðbóta. Þá þykir ákvæði 10. gr. laga nr. 150/2007 um viðbótarfresti ekki eiga við í máli þess með vísan til þess sem að framan er rakið um þær upplýsingar sem stefnandi bjó yfir um tjónið og þarf því ekki að fjalla sérstaklega um rannsóknarskyldu sem lögð er á tjónþola í 9. gr. og 10. gr. laga nr. 150/2007. Þá er ekki fallist á það með stefnanda að kæra til úrskurðarnefndar útboðsmála hafi slitið fyrningu í máli þessu, enda gat það málskot ekki rofið fyrningarfrest samkvæmt 16. gr. laga nr. 150/2007, þar sem kærunefndinni er eingöngu ætlað að gefa álit sitt á skaðabótaskyldu kæranda, álit sem ekki er bindandi fyrir kærða, sbr. 2. mgr. 97. gr. laga nr. 84/2007. Stefnanda stóðu til boða úrræði til að tryggja kröfu sína, s.s. með höfðun viðurkenningarmáls, með því að áætla sjálfur verðbætur á mánaðarlega framlegð/hagnað, eða með því að gera ekki kröfu um verðbætur á mánaðarlegar greiðslur eins og háttar til í máli þessu varðandi síðasta ár verktímans. Mál þetta var sem fyrr segir höfðað 28. febrúar 2017 og var þá fjögurra ára fyrningarfrestur kröfu stefnanda samkvæmt 9. gr. laga nr. 150/2007 liðinn og hún því fallin niður fyrir fyrningu, sbr. 24. gr. sömu laga. Því ber að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda í máli þessu.

Þrátt fyrir framangreinda niðurstöðu verður fjallað sérstaklega um aðrar málsástæður að baki sýknukröfu stefnda.

#### *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. Stefnanda 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 lögmannsstofu, 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 sorpmagn en margt bendir til að það kunni að aukast á tímabilinu með tilheyrandi viðbótarkostnaði.“

Gögn málsins bera með sér að lögmaður stefnda hafi sent fyrirvarsmanni 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 fyrirvarsmanns 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 staflaðum. 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 gámastöð” er Gámaþjónustan 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 söfnunarbíla 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 lögum 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 lutu 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 forsenda 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 lutu 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. Þjóðendur 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 þjóðendurnir 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 þjóðendur 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 þjóðandans 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 lokamálsgrein 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 tölvupóstis 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 lögætær ástæður til að hafna öllum tilboðum sem bárust í útboð í verkið „*Söfnun og flutningur úrgangs, moltugerð og þjónusta við gámastöð 2012-2016*“ sem fram fór í nóvember 2011. Var því hin umdeilda ákvörðun stefnda að hafna öllum tilboð andstæð fyriræælum laga nr. 84/2007 og þannig ólögæt.

#### *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. stjórnsýslulaga 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 stefnda*

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 ólögæt. Stefnandi telur sig hafa orðið fyrir tjóni vegna hinnar ólögætætu 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 áður nefndu 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 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. 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 verktökum en ekkert orðið ágengt í þeim efnum. 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 matsgerðum. Að mati dómsins liggur því fyrir að kostnaður við söfnun og losun íláta sé að þessu leyti verulega vanáætlaður.

Þá 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 umkrafín 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.

Með vísan til meginreglu 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, verður stefnandi dæmdur til að greiða stefnda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 8.559.745 krónur að teknu til virðisaukaskatts og kostnaðar vegna vinnu yfirmatsmanna að fjárhæð 3.989.725 krónur.

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.

Stefnandi greiði stefnda, Sveitarfélaginu Árborg, 8.559.745 krónur í málskostnað.

Ragnheiður Thorlacius  
Finnur Sturluson  
Arnar Már Jóhannesson