

Nr. 1 lagt fram í héraðsdómi  
Reykjaness 27. apríl 2016

## Stefna

**Sólvellir ses., kt. 660810-1370, Traðarbergi 19, 221 Hafnarfirði**

**gerir kunnugt:** Að félagið þurfi að höfða mál fyrir héraðsdómi Reykjaness á hendur Hafnarfjarðarkaupstað, kt. 590169-7579, Ráðhúsi Hafnarfjarðar, Strandgötu 6, 220 Hafnarfirði.

### Dómkröfur.

Stefnandi krefst þess aðallega að viðurkenndur verði réttur hans til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar vegna þeirrar ákvörðunar bæjarráðs stefnda frá 6. september 2012, sem staðfest var af bæjarstjórn stefnda þann 12. september 2012, að falla frá því forvaldsferli um hjúkrunarheimili á Völlum 7 sem hófst með fundi starfshóps 9. febrúar 2010.

Stefnandi krefst þess til vara að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda kr. 12.274.661 auk dráttarvaxta skv. 1. mgr. 6. gr. vaxtalaga nr. 38/2001 af þeirri fjárhæð frá 12. september 2012 til greiðsludags.

Til þrautavara krefst stefnandi þess að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda kr. 2.605.000 auk dráttarvaxta skv. 1. mgr. 6. gr. vaxtalaga nr. 38/2001 af þeirri fjárhæð frá 12. september 2012 til greiðsludags.

Þess er jafnframt krafist að dæmt verði að stefndi skuli greiða stefnanda málskostnað samkvæmt mati dómsins eða síðar framlögðum málskostnaðarreikningi.

### Málflutningsumboð og fyrirsvar.

Undirritaður lögmaður, Hilmar Gunnlaugsson hrl., Sókn - lögmannsstofu, Kaupvangi 2, Egilsstöðum, rekur mál þetta f.h. stefnanda.

Fyrirsvarsmaður stefnanda er Erna Friða Berg, kt. 020938-3749, Eyrarholti 6, 220 Hafnarfirði, stjórnarformaður.

Fyrirsvarsmaður stefnda er Haraldur Líndal Haraldsson, kt. 170859-3469, bæjarstjóri stefnda.

### Málsatvik.

Stefnandi og aðstandendur stefnanda hafa um langt skeið unnið að málefnum nýs hjúkrunarheimilis í Hafnarfirði. Mikil og metnaðarfull vinna hefur verið lögð í þróun og útfærslu nýrrar hugmyndarfræði, sem kölluð hefur verið Silkistefnan – íslensk öldrunarstefna og kynnt var fyrst 2010, sbr. dskj. 23 – en hafði verið í vinnslu um nokkurt skeið, sbr. t.d. dskj. 5. Með stofnun stefnanda var auk tilskilins fjárframlags lögð inn í félagið vinna aðstandenda auk þess sem aðstandendur félagsins hafa lánað félaginu fjármuni til að standa undir áföllnum kostnaði.

Aðdraganda máls þessa má rekja aftur til ársins 2005, þegar samstarfshópurinn Hnjúkabeyr ritaði Fjölskylduráði Hafnarfjarðar bréf dags. 10. desember og óskaði eftir fundi með ráðinu vegna málefna aldraðra í Hafnarfirði, sbr. dskj. 3. Að samstarfshópnum stóðu félag eldri borgara í Hafnarfirði og Helgi Númason auk fleiri áhugasamra aðila. Árið 2006 kynnti þáverandi heilbrigðisráðherra, Jón

www.sokn.is

Kristjánsson, niðurstöðu nefndar um uppbyggingu heilðrænnar öldrunarþjónustu í Hafnarfirði, sem tók mið af markmiðum laga um málefni aldra og íslenskrar heilbrigðisáætlunar til ársins 2010. Niðurstaða nefndarinnar var í fimm liðum, sbr. dskj. 4. Meðal niðurstaðna var að miðstöð öldrunarþjónustu yrði í Hafnarfirði og horft var til hjúkrunarheimilisins Sólvangs í Hafnarfirði í því skyni. Á grundvelli þessarar niðurstöðu hófst vinna hóps er tengdist Sólvangi, þ.e. þeirra Sigprúðar Ingimundardóttur sem starfaði lengi sem hjúkrunarforstjóri Sólvangs, Ernu Friðu Berg, forstjóra Sólvangs sem varð stjórnarformaður stefnanda við stofnun auk þess að vera stjórnarmaður félags eldri borgara í Hafnarfirði og Helgi Númason sem hafði verið endurskoðandi Sólvangs til fjölda ára. Þessi hópur fékk Alark arkitektarþjónustu til samstarfs og á dskj. 5 gefur að líta kynningu frá mars 2007 á hugmyndum samstarfshópsins. Eins og sést þar þá átti sér stað afar mikil hönnunarvinna. Kostnaður við vinnu Alarks var greiddur af félaginu Eignarhaldsfélag Birkibólshöfðingja ehf., eins aðstandenda stefnanda, en reikningar Alarks á tímabilinu 15. febrúar 2007 til 3. október 2008 eru á dskj. 9. Aðstandendur stefnanda lögðu út fyrir þessari vinnu og hún var órjúfanlegur hluti af vinnu í tengslum við útboð stefnda árið 2010. Þessi vinna var undanfari og í raun hluti Silkistefnunar.

Á árinu 2007 unnu Guðbjörn Ólafsson og Helgi Númason samantekt fyrir Hafnarfjarðarbæ um samskipti sveitarfélagsins og ríkisins varðandi eignarhald og rekstur Sólvangs, sbr. dskj. 7. Á dskj. 72 gefur að líta umfjöllun um gang málsins og mun stefnandi fylla upp í þá lýsingu með aðila- og vitnaskýrslum við aðalmeðferð málsins, komi til hennar. Þá mun einnig verða gefin yfirsýn yfir þá miklu vinnu sem innt var af hendi af aðstandendum stefnanda og lögð var inn í stefnanda árið 2010 þegar stefnandi var stofnaður og tilboðsferli hófst.

Þann 3. maí 2010 var skrifað undir samning um byggingu 60 rýma hjúkrunarheimilis á Völlum í Hafnarfirði af Árna Páli Árnasyni þáverandi félags- og tryggingarmálaráðherra og Lúðvíki Geirssyni þáverandi bæjarstjóra stefnda, sbr. dskj. 17. Í framhaldi af því hófst forvaldsferli vegna hjúkrunarheimilis, sem auglýst var á Evrópska efnahagssvæðinu. Í forvalsgögnum sagði m.a., sbr. dskj. 21: „Fyrir þátttöku í útboði í framhaldi af forvaldi þessu mun hver bjóðandi um sig fá greiddar kr. 1.255.000 svo fremi viðkomandi skili inn fullgildu tilboði.“ Í forvalsgögnum kom einnig fram sú krafa stefnda, að bjóðandi væri sjálfseignarstofnun eða félag með staðfesta skipulagsskrá og að samstarfsaðilar þess kæmu fram í tilboði, þ.e. verktaki, arkitektar, verkfræðingar og landslagsarkitektar. Tilboðið skyldi vera í verkið að sjá um hönnun, byggingu og rekstur hjúkrunarheimilis á Völlum 7. Nánar tiltekið segir í kafla 2 í forvalsgögnum:

*Hér er leitað að rekstraraðila sem sér um rekstur hjúkrunarheimilis til 40 ára, jafnframt á rekstraraðilinn að fá með sér hönnuði og verktaka til að hanna og byggja húsnæðið og hanna og ljúka lóðarframkvæmdum. Um er að ræða 60 hjúkrunarrými og er áætlað að bygging verði brúttó 4500 fermetrar að stærð á einni hæð samkvæmt deiliskipulagi. Lóð undir hjúkrunarheimilið er 26.931 fermetrar og eiga bjóðendur að koma með tillögu að hönnun lóðarinnar, einnig eiga þeir að gera ráð fyrir að koma megi fyrir allt að 60 hjúkrunarrýmum til viðbótar á lóðinni (sbr. gildandi deiliskipulag). Bjóðandi á aðeins að framkvæma á hluta lóðarinnar. Afhending hjúkrunarheimilisins er í desember 2012.*

Skilafrestur var til 24. ágúst, en hann var síðar framlengdur fram í september. Í forvaldsferli var stefndi sérstaklega spurður hvort nauðsynlegt væri að stofna sjálfseignarstofnun á meðan óvissa væri um það hvort bjóðandi fengi verkið. Svarið var að það væri nauðsynlegt, sbr. dskj. 26. Þann 25. ágúst var því sótt um skráningu og úthlutun kennitölu fyrir stefnanda, sbr. dskj. 31. Þann 24. september 2010 tilkynnti stefndi að stefnandi uppfyllti kröfur forvalsgagna, sbr. dskj. 34.

Það var síðan þann 27. október 2010 sem stefndi boðaði stefnanda og fulltrúa Umönnunar ses. á fund. Á þeim fundi kom í ljós að af fjórum aðilum sem skiluðu inn gögnum í forvali höfðu einungis þessir tveir aðilar metnir hæfir. Jafnframt kom fram að Umönnun ses. hafði tengsl við aðalráðgjafa stefnda. Upplýst var á þessum fundi að útboðsgögn væru nánast tilbúin (sagt að þau væru 95% tilbúin og enginn verkfræðipáttur eftir). Óskaði stefndi þar eftir því að stefnandi lýsti því yfir að hann myndi ekki

www.sokn.is

gera athugasemdir við hæfi Umönnunar ses. þrátt fyrir þá yfirburðarstöðu að einn aðstandenda Umönnunar ses. átti fyrirtæki það sem var aðalráðgjafi stefnda. Vísað er til dskj. 38 um það sem fram fór á þessum fundi, en þar veltu fyrirvarsmenn stefnda upp kostum í stöðunni. Enginn þeirra kosta sem upp voru taldir urðu að veruleika, heldur ákvað stefndi síðar að fara aðra leið.

Vegna kærufrestar útboðslaga hafði stefnandi ekki kost á að biða niðurstöðu útboðs með að kæra þá ákvörðun stefnda að meta Umönnun ses. sem hæfan aðila. Með kæru dagsettri 23. nóvember 2010 var sú ákvörðun því kærð til kærunefndar útboðsmála, sem féllst á kærana með úrskurði þann 14. febrúar 2011. Úrskurðarorð var svohljóðandi, sbr. dskj. 46:

*Felld er úr gildi sú ákvörðun kærða um að telja tilboð Umönnunar ses. fullnægjandi í forvalinu „Hjúkrunarheimili á Völlum 7“. Kærði, Hafnarfjarðarbær, greiði kæranda, Sólvöllum ses., 350.000 krónur vegna kostnaðar við að hafa kærana uppi.*

Í framhaldi af úrskurðinum áttu sér stað óformleg samskipti þáverandi bæjarstjóra við fyrirvarsmann stefnanda, en með bréfi lögmanns stefnanda, dags. 16. mars 2011 var farið fram á fund til að ræða framhald málsins, en bent var á að nú stæði stefnandi eftir sem eini löglegi þátttakandi í þessu vandaða ferli, sbr. dskj. 47. Ekkert svar barst frá stefnda, en töluvert var um óformleg samskipti á milli aðila, sbr. t.d. dskj. 48.

Af hálfu stefnanda var mikill vilji til að ná farsælli lausn í málið. Var því reynt eftir megni að ræða við stjórnendur stefnda. Málið þokaðist ekkert áfram og því ritaði lögmaður stefnanda nýtt bréf þann 10. október 2012, sbr. dskj. 52. Þá hafði stefnandi ekki fengið tilkynningu um ákvörðun bæjarráðs og bæjarstjórnar stefnda, þann 6. og 12. september 2012, sbr. dskj. 50 og 51. Móttökustaðfesting barst frá stefnda, með bréfi dagsettu 19. október 2012, sbr. dskj. 53 og svar með bréfi dagsettu 29. október 2012, sbr. dskj. 54. Áfram urðu nokkur samskipti fyrirvarsmanna stefnanda við fyrirvarsmenn stefnda, sbr. tölvupóstsamskipti á dskj. 55 - 61. Hafði stefnandi þá ekki verið tilkynnt um ákvörðun bæjarráðs frá 6. september 2012.

Á fundi sínum þann 11. febrúar 2013 ályktaði einn aðstandenda stefnanda, félag eldri borgara í Hafnarfirði, um vinnubrögð stefnda í máli þessu, sbr. dskj. 62. Í ályktuninni segir m.a.:

*Þrátt fyrir ítrekaðar tilraunir til að fá bæjaryfirvöld til að ræða við eina löglega aðilann, Sólvelli ses., þá hefur það ekki tekist. Þess vegna lýsum við furðu okkar á þessum vinnubrögðum og áskiljum okkur allan rétt til að verja réttarstöðu okkar.*

Greinargerð fylgdi ályktuninni, sjá dskj. 63, og þar segir m.a.:

*Sólvellir eru einfaldlega gagnert stofnaðir í þeim eina tilgangi að reisa og reka hjúkrunarheimilið að Völlum 7. Stofnendur voru þess vel meðvitadír að ef annar hæfari kæmi fram þá yrðu stofnendur Sólvalla að sætta sig við það. En svo hefur alls ekki verið....*

*Um greiðslur. Skipting greiðslna varðandi hjúkrunarheimilið eru miklu einfaldari heldur en menn vilja vera láta. Þeim er skipt í tvennt. Annars vegar er það hinn daglegi rekstur, þ.e. umönnunin sjálf. Ríkið greiðir þann rekstur að fullu. Hafnarfjarðarbær kemur þar hvergi nærri. ...*

*Hins vegar er það greiðslan fyrir bygginguna sjálfa. Þar hefur þegar verið valin svokölluð leiguleið. Það þýðir að ríkið og Hafnarfjarðarbær greiða leigu í 40 ár en eftir það eignast Hafnarfjarðarbær bygginguna. hlutföllin eru þau að ríkið borgar 85% en Hafnarfjarðarbær aðeins 15% þótt hann eignist bygginguna að 40 árum liðnum. Fyrir nýja heimilið má ætla að leigan sé um 10 milljónir á mánuði. Skiptingin er sú að ríkið greiðir mánaðarlega 8,5 milljónir og Hafnarfjarðarbær um 1,5 milljón. Þetta er sú fjárskuldbinding sem Hafnarfjarðarbær þarf að leggja út fyrir. Þannig að allt tal um verulegar fjárskuldbindingar fyrir Hafnarfjarðarbæ í þessu máli eru ekki réttar, sé horft til þess hve mikið fæst fyrir þessa fjármuni fyrir samfélagið í Hafnarfirði og sveitarfélagið sjálft. Ætlar Hafnarfjarðarbær þá að leggja út í nýtt kostnaðarsamt ferli einungis út af þessum hagsmunum sínum? Og það án þess svo mikið sem að reyna samninga við Sólvelli. Hver er rökstuðningurinn fyrir slíku?*

Á fundi bæjarráðs stefnda, þann 21. febrúar 2013, var samþykkt tillaga starfshóps um byggingu hjúkrunarheimilis á Völlum, sbr. dskj. 64 og 65 og þann 23. apríl 2013 undirrituðu bæjarstjóri stefnda

www.sokn.is

og þáverandi velferðarráðherra viljayfirlýsingu um uppbyggingu heilðrænnar þjónustu við aldraða í Hafnarfirði, sbr. dskj. 68. Skýrt kemur fram að þar er byggt á sameiginlegri stefnumótun frá 2006 sem áður var nefnd. Einnig kemur þar skýrt fram hjá bæjarstjóra stefnda að sú vinna sem hófst árið 2006 verði nýtt í þessu verkefni.

Í ágúst 2013 voru opnuð tilboð af hálfu stefnda vegna hönnunar og ráðgjafar hjúkrunarheimilis í Hafnarfirði að sömu stærð og það hjúkrunarheimili sem átti að byggja samkvæmt útboðsferlinu árið 2010, sbr. dskj. 69 – 71.

Með bréfi lögmanns stefnanda, dags. 18. september 2013, sbr. var sett fram sundurliðuð krafa á hendur stefnda, auk þess sem málið var rakið, fylgiskjöl send og ítrekuð sú krafa stefnanda og aðstandenda að þessir aðilar teldu sig eiga kröfu um efndabætur, sbr. dskj. 72. Þá var sett þar fram krafa um upplýsingar vegna nýs útboðs. Ekkert svar barst og var því sent ítrekunarbref þann 17. október 2013, sbr. dskj. 73. Stefnandi svaraði með bréfi dagsettu 1. nóvember 2013, sbr. dskj. 75. Stefnandi ítrekaði ósk sína um upplýsingar með bréfi dags. 13. nóvember 2013, sbr. dskj. 76, sem stefnandi svaraði með bréfi dagsettu 29. nóvember 2013, sbr. dskj. 77, og sendi þá hluta umbeðinna fylgiskjala.

Stefnandi gerir aðallega kröfu um viðurkenningu á því að hann eigi rétt til efndabóta, en til vara gerir hann kröfu um greiðslu skaðabóta vegna tjóns hans sem rakið verður beint til ákvörðunar stefnda frá 6. og 12. september 2012 um að hætta því útboðsferli sem þá hafði verið í gangi frá 2010.

Fjárfrafan sundurliðast svo:

Stofnfé sjálfseignarstofnunarinnar	kr.	1.000.000
Vinna starfshóps um hugmyndafræði	kr.	3.157.000
Útlagður kostnaður vegna vinnu arkitekta	kr.	6.512.661
Tildæmdur málskostnaður	kr.	350.000
Loforð í útboðsgögnum um greiðslu	kr.	1.255.000
Samtals	kr.	12.274.661

Nánari grein er gerð fyrir hverjum kröfuflið um sig í umfjöllun um málsástæður, en einnig er vísað til dskj. 72.

Um efndabótakröfu er vísað til umfjöllunar í málsástæðnafla, en stefnandi hefur alla tíð haldið slíkri kröfu til haga og þráfaldlega boðið stefnda upp á viðræður um lausn málsins án þess að slíkri málaleitan hafi verið svarað.

Eins og framanritað ber með sér eru sættir ekki mögulegar og málshöfðun þessi því óhjákvæmileg.

## Málsástæður og lagarök.

Stefnandi byggir kröfur sínar á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna ólögmetrar háttsemi stefnda.

### A. Aðalkrafa um efndabætur.

Krafa stefnanda er skaðabótakrafa og samkvæmt almennum meginreglum á því sviði ber að gera tjónþola eins settan og hin bótaskylda athöfn hefði ekki átt sér stað. Tjón stefnanda felst í því að vænlegur samningur hafi ekki fengist gerður og stefnandi þannig orðið af hagnaði. Aðalkrafa, sem er krafa um viðurkenningu á bótarétti vegna tapaðs hagnaðar af ákvörðun stefnda byggir á 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, en verði fallist á þessa kröfu stefnanda megi búast við að leitað verði samninga um greiðslu bóta. Takist það ekki þurfi stefnandi að leita mats dómkvaddis matsmanns af ætluðum hagnaði af verkinu. Byggt er á því að samkvæmt íslenskri dómaframkvæmd sé hugtakið „missir hagnaðar“ nægjanlega afmarkað að íslenskum rétti svo leggja megi dóm á viðurkenningarkröfu um rétt til slíkra bóta.

Fyrir liggur í málinu, sjá dskj. 35, drög að útboðsgögnum frá október 2010 og samkvæmt þeim er ljóst að til stóð að hafa ákveðið fjárhagslegt hámark sem leiddi til ógildingar tilboða, þ.e. ef verð væri hærra en ákveðina tala á brúttó fermetra, þá yrði það ekki metið gilt. Á blaðsíðu 10 í skjalinu kemur m.a. fram fjárhæðin 320.000 kr./fermetra. Í áætlun sem send var bæjarstjórum fjölmargra sveitarfélaga veturinn 2009-2010 var talið að viðmiðunarkostnaður væri 347.300 kr./fermetra, án alls búnaðar og fjármagnskostnaðar á byggingartíma, sbr. dskj. 14. Með fjármagnskostnaði væri byggingarkostnaður 361.192 kr./fermetra. Í dskj. 13 kemur fram að viðmiðunarverð ráðuneytisins almennt séð væri 340 – 370 þús. kr. á fermetra. Telur stefnandi einsýnt að hámarkstala í útboði hefði aldrei getað orðið lægri en þessi síðastnefnda viðmiðunartala. Lá þannig fyrir að í útboði var fyrst og fremst verið að leitast eftir hæfasta aðilanum hvað varðaði hönnunarlausnir innan þessa fjárhagsramma og rekstrarlegar lausnir í framhaldi af því, innan þess ramma sem daggjaldgreiðslur ríkisins væru, enda stóð til að leggja mat á tilboð eftir svofelldri mælistiku:

Viðhorf og hugmyndafræði	35%.
Skipulag þjónustu og fagleg þekking	35%.
Húsnæði og lóð	30%.

Er um matslíkanið vísað til bls. 16 og áfram á dskj. 35.

Samkvæmt drögum að útboðsgögnum var miðað við að daggjald fyrir árið 2010 miðað við þyngdarstuðul 1,04 væri kr. 20.935, sbr. bls. 11 í dskj. 35. Gert var ráð fyrir því að um greiðslur daggjalds færi samkvæmt reglugerð félags- og tryggingarmálaráðherra á hverjum tíma, sem þá voru reglugerðir nr. 1080/2009 og 1091/2009.

Greiðslur vegna byggingar hjúkrunarheimilisins skyldu fara fram í samræmi við tilboðsskrá og miðast við framvindu verksins á byggingarstað, sbr. bls. 24 í dskj. 35.

Stefnandi byggir á því að hann hafi með því að vera metinn hæfur í forvalinu fullnægt þeim kröfum sem gerðar væru til viðhorfs og hugmyndafræði annars vegar og skipulags þjónustu og faglegrar þekkingar hins vegar.

Af minnisblaði því sem sent var bæjarstjórum um forsendur væntanlegra samninga um byggingu hjúkrunarheimila samkvæmt svokallaðri leiguleið, sbr. dskj. 12 og 13, er ljóst að forsendur stefnda og þar með fjárhagsáætlun, gátu ekki verið aðrar en þær að reikna með heildarkostnaði á hvern fermetra allt að 370 þúsund krónur án búnaðar og leigugjaldi frá íslenska ríkinu að fjárhæð 2.100 til 2.300 kr. á fermetra (verðtryggt). Þá virðist það einnig hafa verið forsenda þessa verkefnis, að tekið yrði 100% lán fyrir framkvæmdinni, með 4,6% verðtryggðum vöxtum til 40 ára. Telur stefnandi því að það sé rangt hjá stefnda, þegar hann fullyrðir í bréfi sínu dags. 29. nóvember 2013 að engin kostnaðaráætlun hafi verið gerð. Rétt er að hafa í huga að miðað við forsendur þessar, þá hefði stefndi ekkert eigið fé lagt í verkefnið í upphafi – utan lóðarinnar – og síðan 15% af leigugjaldi, en orðið 100% eigandi fasteignarinnar sem ætti að vera skuldlaus eftir 40 ár.

Að loknu forvali og úrskurði kærunefndar útboðsmála lá fyrir að einn hæfur aðili var til staðar. Með gagnályktun af 32. gr. laga 84/2007, er augljóst að sé einu lögætu tilboði til að dreifa, þá skuli taka því, þó með þeim eðlilega fyrirvara að verð sé innan hæfilegs ramma miðað við kostnaðaráætlun / viðmiðunarverð. Því bar að klára ferlið og byggir stefnandi á því að augljóst sé að ekki var löglegt að semja við neinn annan aðila en stefnanda. Er byggt á því að eftir niðurstöðu forvals hafi skapast skylda fyrir stefnda til að klára útboðsferlið og – að því gefnu að tilboð væru um eða undir kostnaðaráætlun – taka boði stefnanda og gera við hann samninga um byggingu hjúkrunarheimilisins og rekstur þess. Byggt er á því að viðurkennt sé í dómaframkvæmd að hvorki 20. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða né 101. gr. laga 84/2007 um opinber innkaup (áður 84. gr. laga 94/2001) takmarki rétt til að krefjast efnabóta vegna réttarbrota við framkvæmd útboða hins opinbera. Þannig sé vísun 2. mgr. 101. gr. laga 84/2007 til almennra skaðabótareglna skýrð þannig að réttur til efnabóta geti stofnast ef almennum sönnunarkröfum hefur verið fullnægt. Er vísað til lögskýringargagna þessu til stuðnings.

Um lokað útboðsferli hafi verið að ræða, eftir að forvali lauk, og telur stefnandi það óumdeilt að ef ferlið hefði verið klárað og hin ólögsmæta ákvörðun um að hætta því hefði ekki komið til, þá hefði verið samið um verkið við stefnanda. Stefnandi – og þeir aðilar sem að honum stóðu – hafi verið samþykktir í forvalinu og því hafi verið fræðilega útilokað að nokkur annar yrði fyrir valinu en stefnandi sem viðsemjandi að útboðsferli loknu.

Hafi því öll skilyrði hinna almennu skaðabótareglna um huglæga afstöðu, orsakatengsl og sennilega afleiðingu verið ljós þeim sem tekið hafi hina umdeildu ákvörðun. Stefndi hafi tekið saknæma og ólögsmæta ákvörðun sem hafi orðið stefnanda til fjártjóns og séu því öll skilyrði efndabóta uppfyllt. Hin tilgreinda ástæða fyrir niðurfellingu ferilsins hafi verið að stefndi stæði einn eftir að forvali loknu og það hafi verið ólögsmæt ástæða.

Stefnandi byggir á því að þó forvalið hafi farið fram á hinu evrópska efnahagssvæði og útboðið sé af þeirri stærðargráðu að það eigi undir tilskipanir ESB um framkvæmd opinberra útboða, þá sé ljóst að ESB og EES réttur eftirláti landsrétti það alfarið að móta reglur um skaðabætur vegna brota á útboðsreglum. Þó er á því byggt að þróunin sé í þá átt að viðurkenna ríkari rétt til efndabóta vegna brota á reglum um útboð.

Stefnandi byggir á því að ákvörðun stefnda um afturköllun eða ógildingu útboðsferilsins hafi verið óheimil. Slíka ákvörðun megi ekki taka nema sértækar og málefnalegar ástæður séu fyrir hendi sem varði tilboðin í útboðinu sjálfu. Er vísað til meginreglna útboðs – og verktakaréttar sem og laga 84/2007. Þrátt fyrir hugsanlegan áskilnað um að hafna öllum tilboðum og ákvæða 74. gr. laga 84/2007 sem geti leitt til höfnunar á öllum tilboðum, sé það grundvallarregla í útboðsrétti að slík höfnun verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum og tilboðin á einhvern hátt að vera ófullnægjandi. Slík staða er ekki uppi í þessu tilviki. Stefnda hafi því borið að klára þann feril sem hafinn var, þar sem til staðar var hæfur aðili að forvali loknu, með sama hætti og stefnda hefði borið að taka tilboði stefnanda á grundvelli 30. gr. laga 84/2007, jafnvel þó einungis einu löglegu tilboði væri til að dreifa.

Stefnandi byggir á því að jafna megi stöðunni við það, ef í ljós kemur í útboði að einungis einn aðili fær útboðsgögn. Þrátt fyrir að þá liggi fyrir að ekki verði um samkeppni að ræða, þá geti verkkaupi að meginstefnu til ekki hætt við útboð áður en tilboð eru opnuð.

Með því að klára ekki ferilinn hafi stefndi bakað sér skaðabótaskyldu. Enga heimild hafi verið að finna í forvalsgögnum til að hætta við ferlið þegar forvali væri lokið og enginn áskilnaður hafi verið um lágmarksfjölda þeirra sem kæmist í gegn um forvalið, eins og þó er gert ráð fyrir að sé unnt, sbr. 3. mgr. 56. gr. laga 84/2007. Hins vegar var gert ráð fyrir hámarksfjölda, fjórum aðilum. Af lögum er ljóst að útboðsferli er lögsmætt þó einungis eitt löglegt tilboð berist, sbr. ákvæði 1. ml. 1. mgr. 32. gr. laga 84/2007. Bar stefnda því að halda samningsferlinu áfram og hafði hann ekki lögsmæta ástæðu til að hætta því.

Stefnandi byggir á því að sönnunarbyrði verði að færast á stefnda fyrir því að ekki hefði verið samið við stefnanda ef af verkinu hefði orðið, sbr. dómafordæmi þar um.

Að stefnanda stóðu öflugir aðilar, bæði á sviði mannvirkjagerðar og rekstri hjúkrunarheimilis, enda hafði stefnandi verið samþykktur í forvalinu, á meðan aðili eins og Eykt (sem var á þessum tíma mjög öflugt verktakafyrirtæki) uppfyllti ekki kröfur forvalsins. Verður því að leggja til grundvallar að stefnandi hafi getað byggt hjúkrunarheimilið á áður nefndu viðmiðunarverði per fermetra og fengið eðlilegan ávinning úr þeirri framkvæmd, enda hljóti í slíkri áætlanagerð að vera gengið út frá því að væntanlegur byggingaraðili hefði einhvern hagnað af framkvæmd verksins, sbr. ummæli í dómi Hæstaréttar í máli nr. 182/2005. Sé því nægjanlega leitt í ljós að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni vegna þess þáttar, þó nákvæmt umfang tjónsins verði ekki leitt í ljós nema að fenginni matsgerð sem til stendur að afla þegar niðurstaða í þessum þætti málsins liggur fyrir. Þessu til stuðnings er einnig vísað til kostnaðaráætlunar stefnanda á dskj. 24 og skilamats vegna hjúkrunarheimilisins Mörk, sjá dskj. 78. Í kostnaðaráætlun stefnanda var byggt á því að kostnaður án búnaðar og virðisaukaskatts yrði 261.280 kr./fermetra á verðlagi ársins 2010 (ríflega 280 þús. krónur með virðisaukaskatti). Til samanburðar

www.sokn.is

varð raunkostnaður hjúkrunarheimilisins Markar kr. 307.413 án búnaðar á verðlagi ársins 2010, sbr. dskj. 78, en þá hafði verið tekið tillit til verðbreytinga á verktímanum. Báðar þessar tölur eru töluvert undir áætluðum byggingarkostnaði stefnda, sbr. dskj. 12, 13 og 14.

Að sama skapi telur stefnandi liggja fyrir að hann var hæfur til að standa að rekstrinum innan þeirra marka sem daggjöld sköpuðu honum á hverjum tíma, með eðlilegri ávöxtun á eigið fé sem bundið væri í þeim rekstri. Hugmyndafræði stefnanda, Silkistefnan, hafi verið mótuð á löngum tíma og verið blanda af hönnun hjúkrunarrýmis og starfsemi hjúkrunarheimilis, þannig að hönnunin skapaði grundvöll fyrir enn hagkvæmari rekstur en aðrar stefnur. Áskilur stefnandi sér einnig rétt til að afla matsgerðar til að sanna umfang þess tjóns, en telur hér hafa verið sýnt fram á að skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga 91/1991 séu til staðar.

Verði ekki fallist á að stefnda hafi verið skylt að láta útboðið fara fram og að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að ekki hefði verið samið við stefnanda ef útboð hefði farið fram, þá byggir stefnandi til vara á því að á stefnda hafi hvílt sú skylda að fara að öðrum ákvæðum laga 84/2007 um opinber innkaup. Þannig hefðu samningskaup verið heimil samkvæmt ákvæðum 32. eða 33. gr. laga 84/2007, sjá einnig 30. og 31. gr. tilskipunar 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga, og því lögmaður og málefnalegur valkostur fyrir stefnda. Ber stefndi sönnunarbyrði fyrir því að slík samningskaup hefðu ekki náðst. Sérstaklega er vísað til tilviks sem talið er upp í b lið 1. mgr. 33. gr. laganna, þegar aðeins eitt fyrirtæki kemur til greina af tæknilegum ástæðum. Orðalag greinarinnar um að samningskaup hafi verið heimil leiðir til þess að mati stefnanda að stefnda bar skylda til að neyta þeirrar heimildar, eða annarrar leiðar sem var heimil. Afturköllun útboðsferilsins var ekki heimil samkvæmt lögum, án þess að baka stefnda bótaskyldu. Því bar að velja leið sem var heimil samkvæmt lögum. Er þessu til stuðnings byggt á lögmaðisreglu stjórnsýsluréttar.

Ofangreindu til fyllingar og sem sjálfstæðri málsástæðu, byggir stefnandi á því að stefndi hafi á grundvelli 36. gr. laga 84/2007, sjá einnig 34. gr. tilskipunar 2004/18/EB, getað haldið áfram samningsferli því sem hófst með forvalinu og samið við stefnanda.

Þegar stefndi óskaði eftir því að stefnandi lýsti því yfir að hann gerði engar athugasemdir við hæfi Umönnunar ses., þá hafði stefnandi ástæðu til að ætla að ómálefnaleg sjónarmið réðu för. Þetta var að mati stefnanda staðfest þegar stefndi ákvað endanlega haustið 2012 að hætta fyrri útboðsferli og hefja nýtt, án þess að láta reyna á hvort samningar tækjust við stefnanda, eða yfir höfuð ræða við stefnanda þrátt fyrir beiðni þar um. Þetta gerði stefndi vitandi að stefnandi hafði lagt út í mikinn kostnað vegna verkefnisins. Er á því byggt að sú ákvörðun stefnda sem tekin var 6. september 2012 af bæjarráði og staðfest af bæjarstjórn 12. september 2012 hafi bakað stefnda skaðabótaábyrgð á tjóni stefnanda. Telur stefnandi að með þessu hafi í raun verið brotið gegn banni útboðsréttar við mismunun og almennum meginreglum íslensks stjórnsýsluréttar, s.s. meðalhöfsreglunni, jafnræðisreglunni og reglunni um bann við valdmiðslu, sjá t.d. 11. og 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Stefnandi telur rétt að taka fram að honum hafi aldrei verið tilkynnt um niðurstöðu forvalsins, eins og skylt var skv. 5. lið forvalsgagna, sjá dskj. nr. 21 og góðum stjórnsýsluháttum, sjá t.d. ákvæði 75. gr. laga 84/2007 um opinber innkaup, sbr. og 79. gr. sömu laga og 20. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þá er ljóst að slík ákvörðun var ekki tekin fyrr en í fyrsta lagi haustið 2012, sbr. fundargerð bæjarráðs nr. 3326, dags. 6. september 2012, dskj. 50, sem virðist hafa verið tekin fyrir á fundi bæjarstjórnar þann 12. september 2012, sbr. dskj. 51. Stefnandi vissi reyndar ekki af þessari ákvörðun og var fyrirvarmaður hans í töluverðum samskiptum við fyrirvarsmenn stefnda um málið í lok árs 2012 og snemma árs 2013.

Stefnandi byggir á því að stefndi hafi án nokkurrar málefnalegrar ástæðu hætt við útboðsferli þegar fyrir lá að einungis einn þeirra aðila sem tóku þátt í forvali fullnægði þeim kröfum sem gerðar voru.

[www.sokn.is](http://www.sokn.is)



Stefnandi byggir á því að stefnda hafi borið að kanna til þrautar aðrar færar leiðir samkvæmt lögum um opinber innkaup, þar á meðal sammingskaup. Ekkert ákvæði hafi verið í forvalsgögnum um lágmarksfjölda þeirra sem metnir yrðu hæfir. Er þar vísað til lögmætisreglu stjórnsluréttar og rannsóknarreglunnar, sbr. 10. gr. laga 37/1993, auk ákvæða laga 84/2007 um opinber innkaup.

Af hálfu stefnda hefur því verið lýst yfir að 95% af útboðsgögnum hafi verið tilbúin í október 2010, sbr. dskj. 38 og 42. Þrátt fyrir þetta staðhæfir stefndi í bréfi sínu frá 29. nóvember 2013, sjá dskj. 77, að engin kostnaðaráætlun hafi verið unnin samhliða gerð útboðsgagna 2010. Telur stefnandi að það sé rangt og kostnaðaráætlun liggja fyrir í gögnum málsins, sbr. t.d. dskj. 12 – 15.

Stefnandi byggir á því að öldungis megi jafna stöðu hans við stöðu aðila sem eigi hagstæðasta tilboð í útboði. Ljóst sé, að tilboð stefnanda hefði verið hagstæðast, þar sem engu öðru gildu tilboði gat verið til að dreifa, eftir undanfarandi forvalsferli. Byggt er á grunnsjónarmiðum 71. – 74. gr. laga 84/2007 um opinber innkaup. Stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því, að ekki hefðu náðst samningar milli aðila á kjörum sem rúmuðust innan viðmiða / fjárhagsáætlunar stefnda.

### Um tjón stefnanda vegna missi hagnaðar.

Hér að framan hefur verið vikið að því að aðalkrafa stefnanda byggir á 2. mgr. 25. gr. laga 91/1991 um meðferð einkamála og er viðurkenningarkrafa. Í slíkum málum er talið að stefnandi þurfi að sýna fram á ákveðin líkindi fyrir tjóni sínu. Hér að framan hefur verið rakið að stefndi ákvað að fara svokallaða leiguleið við byggingu hjúkrunarheimilisins í því útboðsferli sem málið snýst um. Fyrir liggur að samkvæmt tölum frá íslenska ríkinu, sem stefndi byggði alla sína vinnu á, þá var leigugjald það sem ríkið myndi greiða 85% af ætlað að standa undir verðtryggðu láni til 40 ára með 4,6% fasta vexti, ætlað að standa undir byggingarkostnaði á bilinu 340 – 370 þúsund kr. á fermetrann á þeim tíma. Þá liggur fyrir að áætlun stefnanda gerði ráð fyrir byggingarkostnaði á bilinu 260 – 280 þúsund kr. á fermetrann eftir því hvort virðisaukaskattur var inni í þeirri tölu eður ei. Blasir því að mati stefnanda við að hann varð fyrir umtalsverðu tjóni í formi missis hagnaðar af byggingarframkvæmdinni einni og sér og telur hann sig hafa sýnt fram á nægileg líkindi fyrir slíku tjóni. Er hér vísað til áður nefndra dskj. 12 – 15.

Í efnabótakröfu stefnanda felst einnig krafa um greiðslu bóta fyrir misstan hagnað vegna þeirrar starfsemi að reka hjúkrunarheimilið í 40 ár gegn greiðslu daggjalda eins og þau væru á hverjum tíma enda hefði verið gerður þjónustusamningur við ríkið eins og forsenda er fyrir slíkum rekstri, sbr. rekstur í Sóltúni, Reykjavík. Leggja verður til grundvallar að við ákvörðun daggjalda geri íslenska ríkið ráð fyrir eðlilegri ávöxtun á þá fjárfestingu sem óhjákvæmilega fylgir slíkri starfsemi og því sé þegar af þeirri ástæðu búið að sýna fram á líkindi fyrir slíku tjóni, þó endanlegt umfang þess verði ekki sannað nema með matsgerð. Því séu skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga 91/1991 uppfyllt.

### B. Varakrafa um skaðabætur.

Verði ekki fallist á aðalkröfu um efnabætur er á því byggt að stefnda beri að greiða stefnanda bætur vegna þess kostnaðar sem hann hefur lagt í vegna málsins. Er það vísað til 2. mgr. 20. gr. laga 65/1993 og 101. gr. laga 84/2007. Með vísan til framanritaðs er á því byggt að stefnandi hafi átt raunhæfa möguleika á að verða fyrir valinu sem verktaki ef ferlinu hefði verið fram haldið.

Varakrafa hljóðar upp á kr. 12.274.661 og er vísað til sundurliðunar í málavaxtalýsingu og dskj. 72, en krafan byggist á fimm liðum:

1. Stofnfé sjálfseignarstofnunarinnar, kr. 1.000.000. Í forvalsgögnum var gerð sú krafa að þeir sem tækju þátt í forvalinu væru búnir að stofna sjálfseignarstofnun með 1.000.000 kr. í eigið fé. Sérstaklega var um það spurt áður en forvalsferli lauk, hvort heimilt væri að bíða með þessa bindingu á fjármagni þar til ljóst væri hvort aðilar yrðu metnir hæfir í forvali. Svar stefnda var að svo væri ekki, sbr. dskj. 26. Var aðstandendum stefnanda þannig nauðsynlegt að leggja inn

www.sokni.is



- kr. 1.000.000 sem er óafturkræft, sbr. 10. gr. laga 33/1999. Er á því byggt að eðlilegt sé að stefndi bæti stefnanda þennan kostnað, enda hafi kostnaður stefnanda við stofnun og umsýslu þegar numið að minnsta kosti þessari fjárhæð.
2. Vinna starfshóps um hugmyndafræði, kr. 3.157.000. Um er að ræða vinnuframlag aðstandenda stefnanda til stefnanda við gerð þeirrar hugmyndafræði sem grundvallaði vinnu og tilboð stefnanda. Þessi vinna var sannanlega unnin vegna útboðsins. Krafa stefnanda er um sanngjarnt endurgjald fyrir þann tíma sem í vinnuna fór og er á því byggt að það sé hæfilegt. Um 451 klst. vinnu var að ræða, þar af unnu Helgi Númason og Sigbrúður Ingimundardóttir 420 klst. en aðrir sem komu að þessari vinnu voru Erna Friða Berg, Jón Kr. Óskarsson, Unnar Hjaltason og Þráinn Hauksson. Krafa um tímagjald að fjárhæð kr. 7.000 sé mjög sanngjarnt og því nýtur krafan lögverndar samkvæmt meginreglum íslensks kröfuréttar og skaðabótareglna. Nægir þar að vísa til sjónarmið sem gilda um þjónustukaup, sbr. 28. gr. laga 42/2000, þó lögin eigi ekki við um réttarsamband aðila. Vísað er til dskj. 25 og 72.
  3. Útlagður kostnaður vegna vinnu arkitekta, 6.512.661 kr. Vísað er til dskj. 9 þessum kostnaði til stuðnings. Nauðsynlegt var í tengslum við vinnu að hugmyndafræði að fá hönnun á húsakosti og umhverfi hjúkrunarheimilisins, enda hagkvæmt samspil þjónustu og aðstöðu það sem hugmyndafræðinni er ætlað að ná. Var því um óhjákvæmilegan kostnað að ræða.
  4. Tildæmdur málskostnaður, 350.000 kr. Vísað er til úrskurðar kærunefndar útboðsmála, sjá dskj. 46. Stefndi hefur reyndar margsinnis lýst því yfir að þetta eigi að greiða en aldrei greitt þennan kostnað.
  5. Loforð í útboðsgögnum um greiðslu, 1.255.000 kr. Vísa er til dskj. 21, en þar kemur skýrt fram að allir þeir sem metnir verða hæfir í forvali og taka þátt í útboði skuli fá greiddar kr. 1.255.000. Stefndi byggir á því að greiðsluskylda á þessari fjárhæð sé ótvíræð, þó stefndi hafi ákveðið með ólögmatum hætti að viðhafa ekki útboðið. Það hafi ekki á nokkurn hátt verið á ábyrgð stefnanda og því hafi stefndi að öllu leyti fullnægt þeim skilyrðum sem sett voru fyrir þessari greiðslu.

Verði talið að gögn málsins styðji ekki við einstaka kröfufliði með nægjanlegum hætti, þá er á því byggt til vara að dómari geti dæmt bætur að álitum vegna þeirra þátta, innan kröfugerðar stefnanda. Þá skuli litið til þeirrar vinnu sem unnin var og er á því byggt að stefnda beri að sýna fram á að hún hafi verið óþarflega mikil eða kostnaðarsöm.

Krafist er dráttarvaxta frá þeim degi sem stefndi ákvað að hætta útboðsferlinu, eða þann 12. september 2012. Þá var hin bótaskylda ákvörðun tekin og krefst stefndi dráttarvaxta skv. 6. gr. vaxtalaga 38/2001 frá því tímamarki.

### **C. Þrautavarakrafa um skaðabætur.**

Stefndi krefst í þrautavarakröfu sinni greiðslu úr hendi stefnda 2.605.000. Rúmast sú krafa algerlega innan varakröfu, en byggt er á þremur liðum hennar hér, kröfu samkvæmt málskostnaðarákvörðun kærunefndar útboðsmála, sbr. dskj. 46, kröfu samkvæmt loforði í útboðsgögnum um greiðslu á kr. 1.255.000 að tilteknum skilyrðum fullnægðum, sbr. dskj. 21 og kröfu um bætur fyrir þá fjárbindingu og kostnað sem fólst í því að stofna sjálfseignarstofnun, sem síðan nýtist ekki í öðrum tilgangi, sbr. lög 33/1999 og dskj. 26. Er að öðru leyti vísað til umfjöllunar um varakröfu.

Kröfur sínar byggir stefndi á meginreglum útboðsréttar, fjármunaréttar og skaðabótaréttar sem og ákvæðum laga um framkvæmd útboða nr. 65/1993, laga um opinber innkaup nr. 84/2007 og tilskipun Evrópusambandsins nr. 18/2004 sem innleidd hafi verið með lögum nr. 84/2007. Einnig er byggt á hinni almennu skaðabótareglu og meginreglum kröfuréttar, lögum um sjálfseignarstofnanir í atvinnurekstri nr. 33/1999 o.fl.

## Varnarþing.

Vísað er til 1. mgr. 32. gr. laga 91/1991 um varnarþing.

## Málskostnaðarkrafa

Um málskostnaðarkröfu stefnanda vísast til 130. gr. og annarra ákvæða XXI. kafla laga nr. 91/1991.

## Sönnunargögn

Við þingfestingu málsins hyggst stefnandi m.a. leggja fram eftirfarandi gögn:

1. Stefnu þessa áritaða um birtingu.
2. Skrá yfir framlögð skjöl, ásamt þar tilgreindum skjölum, númeruð frá 3 til 81.

## Skýrslutökur fyrir dómi.

Stefnandi áskilur sér rétt til að útbúa lista yfir aðila sem hann hyggst kalla fyrir dóm við aðalmeðferð málsins, komi til hennar.

## Almennur áskilnaður.

Stefnandi áskilur sér rétt til að leggja fram fleiri sönnunargögn og til að koma fram með frekari kröfur, málsástæður, mótmæli og lagarök á síðari stigum málsins, þ. á m. við munnlegan málflutning þess. Sérstaklega er hafður uppi áskilnaður til að leggja fram frekari gögn til stuðnings málatilbúnaði stefnanda þegar greinargerð stefnda hefur verið lögð fram.

## Fyrirkall.

Fyrir því stefnist hér með Haraldi Línal Haraldssyni, kt. 170859-3469, f.h. Hafnarfjarðarkaupstaðar, kt. 590169-7579 til þess að mæta á dómþing héraðsdóms Reykjaness sem háð verður í dómsal 102 í dómhúsinu að Fjarðargötu 9, Hafnarfirði, miðvikudaginn 27. apríl 2016 kl. 9.00, er mál þetta verður þingfest til þess þar og þá, ef ekki verður sátt í málinu, að sjá skjöl og skilríki í dóm lögð, á sókn sakar og dómkröfur að hlýða, til sakar að svara og til að leggja fram gögn af sinni hálfu. Ef ekki verður mætt af hálfu stefnda við þingfestingu málsins má búast við því að útivistardómur gangi í málinu.

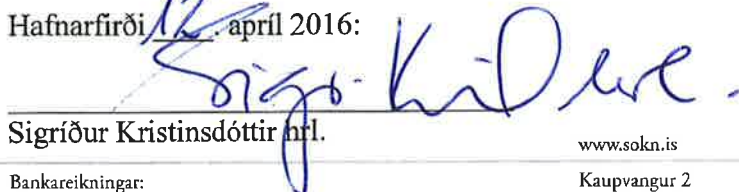
Egilsstöðum 30. mars 2016.



Hilmar Gunnlaugsson hrl.

Undirrituð Sigríður Kristinsdóttir hrl. hefur tekið að sér að annast hagsmunagæslu fyrir stefnda í máli þessu, m.a. með því að sækja þing við þingfestingu málsins. Árita ég því stefnu þessa um birtingu fyrir hönd stefnda þar sem samrit stefnunnar hefur verið afhent mér. Fallið er frá stefnufresti.

Hafnarfirði, 12. apríl 2016:



Sigríður Kristinsdóttir hrl.

www.sokn.is