

Ár 2019, mánudaginn 15. júlí, er á dómþingi Héraðsdóms Reykjaness, sem háð er að Fjarðargötu 9, Hafnarfirði, kveðinn upp í máli nr. E-19/2018:

**Hornsteinar arkitektar ehf.**

*(Víðir Smári Petersen lögmaður)*

**gegn**

**Hafnarfjarðarbæ**

*(Unnur L. Hermannsdóttir lögmaður)*

svofelldur

#### **d ó m u r :**

Mál þetta, sem þingfest var 10. janúar 2018 og dómtekið 25. júní sl., var höfðað með stefnu birtri 28. desember 2017.

Stefnandi er Hornsteinar arkitektar ehf., kt. 470798-2699, Ingólfsstræti 5, Reykjavík. Stefndi er Hafnarfjarðarbær, kt. 590169-7479, Strandgötu 6, Hafnarfirði. Dómkröfur stefnanda eru þær að viðurkennd verði með dómi skaðabótaskylda stefnda vegna missis á hagnaði, sem stefnandi hefði notið hefði ekki komið til ákvörðunar stefnda um að ganga ekki til samninga við stefnanda um hönnun og ráðgjöf fyrir Hamranesskóla. Þá er krafist málskostnaðar úr hendi stefnda.

Stefndi krefst sýknu af dómkröfum stefnanda auk málskostnaðar úr hendi hans.

Munnlegur málflutningur um kröfu stefnda um frávísun málsins frá dómi fór fram þann 5. maí 2018. Var þeirri kröfu hafnað þann 20. júní 2018. Undir rekstri málsins aflaði stefnandi matsgerðar dómkvaddis og var málinu frestað ótiltekið. Þann 14. mars 2019 var matsgerð lögð fram í málinu.

Aðalmeðferð hófst þann 6. júní sl. og framhald aðalmeðferðar fór fram þann 31. maí sl. og var málið dómtekið að málflutningi loknum.

#### **Málsatvik:**

Í apríl 2008 efndi Fasteignafélag Hafnarfjarðar til lokaðs útboðs um hönnun og ráðgjöf fyrir Hamranesskóla í Hafnarfirði. Óskað var eftir verðtilboðum í alla hönnun og alla ráðgjöf vegna fyrirhugaðrar byggingar á grunnskóla, leikfimi húsi, tónlistarskóla og leikskóla við Hamranes. Gert var ráð fyrir því að bjóðendur fengju til liðs við sig

landslagsarkitekta og verkfræðistofu sem hefðu „marktæka reynslu af hönnun húsbygginga og lóða“ og að a.m.k. þrjú fyrirtæki stæðu að tilboði hvers bjóðanda, sbr. t.d. grein 1.1.1 í útboðsskilmálum vegna fyrra þreps útboðsins. Um var að ræða tveggja þrepa lokað útboð. Útboðsgögn vegna fyrra þreps voru auglýst 10. apríl 2008 og útboðsgögn vegna síðara þreps hinn 12. júní sama ár. Þeim arkitektastofum sem tóku þátt í störfum „Vinnuhóps um undirbúning byggingar grunnskóla og tónlistaskóla í Hafnarfirði“ vorið 2007 var boðið að taka þátt í útboðinu, sbr. grein 1.1.1 í útboðsskilmálum vegna fyrra þreps útboðsins. Stefnandi var þar á meðal og bauðst því þátttaka í útboðinu.

Í fyrra þrepinu áttu bjóðendur að gera verðtilboð í verkefnið og á þeim grundvelli yrði þeim þremur bjóðendum sem ættu hagstæðustu tilboðin boðin þátttaka í síðara þrepinu, að því gefnu að nánar tilgreind skilyrði væru uppfyllt, sbr. grein 1.4.5 í útboðsgögnum vegna fyrra þreps útboðsins. Í útboðsgögnum var nánar útskýrt að í síðara þrepinu myndi verkkaupi leggja fram frekari gögn og óska eftir tillögum frá bjóðendum að húsbyggingum og lóðafrágangi, sbr. grein 1.1.2 í útboðsgögnum þar sem meðal annars sagði orðrétt: „Þegar tillögur bjóðenda liggja fyrir mun matsnefnd sem verkkaupi skipar meta tillögurnar. Verkkaupi/matsnefnd mun kalla til, sér til aðstoðar viðurkennda verkfræðistofu til að meta áætlaðan verktakakostnað og árlegan viðhaldskostnað vegna húsbygginga og lóða og munu niðurstöður hafa áhrif á heildarmat tillagna. Á grundvelli matsniðurstaðna mun verkkaupi gera ráðgjafasamning við þann bjóðanda, sem verður með hagstæðustu lausnina.“

Stefnandi skilaði tilboði 6. maí 2008. Tilboðið nam í heild sinni 299.838.977 krónum með virðisaukaskatti, en þar af var hluti arkitekta stefnanda 140.381.039 krónur og landslagsarkitekta stefnanda 12.352.838 krónur. Hlutur verkfræðinga var þar skýrt aðgreindur og nam 147.150.000 krónum. Verðtilboð stefnanda var meðal þriggja hagstæðustu tilboðanna og öðlaðist hann ásamt tveimur öðrum bjóðendum rétt til að taka þátt í öðru þrepi útboðsins, sbr. útboðsgögn vegna annars þreps frá 12. júní 2008. Stefnandi skilaði ítarlegri lausn vegna verksins í samræmi við grein 1.10 í útboðsgögnum vegna síðara þreps og fylgdu henni meðal annars teikningar, húsnæðis- og lóðarlýsing, efnislýsingar og myndir.

Gerð var nánari grein fyrir matsnefnd þeirri sem meta átti lausnir bjóðenda í grein 1.11 í útboðsgögnum. Fram kom að þriggja til fimm manna matsnefnd sem verkkaupi tilnefndi myndi meta lausnir einstakra bjóðenda, veita skriflega umsögn og einkunn. Útskýrt var að hæst gæti einkunn bjóðenda orðið 100 stig og var nánar tilgreint hvernig

Þau stig skiptust í greininni, svo sem í stig fyrir frumleika, framsýni og sköpunargleði bygginga, hvort innra fyrirkomulag bygginga hæfði starfseminni og hvort framkvæmdakostnaður bygginga og lóða teldist ásættanlegur. Fram kom í lok greinarinnar að sá bjóðandi sem fengi hæsta einkunn væri með: „hagstæðustu lausnina og þar með hagstæðasta tilboðið og mun verkkaupi gera ráðgjafasamning við þann aðila á grundvelli lausnarinnar, verðtilboðs hans og útboðsgagna.“

Niðurstaða matshóps var kynnt 11. febrúar 2010 og var lausn stefnanda talin hagstæðust. Af þessu tilefni var stefnandi ásamt öðrum boðaður til fundar með tölvupósti þann 18. febrúar 2010 þar sem framkvæmdasvið sveitarfélagsins hugðist sýna tillögurnar og gera grein fyrir niðurstöðu matsnefndarinnar. Í tölvupóstinum kom jafnframt fram að málið hefði verið tekið fyrir á fundi framkvæmdaráðs stefnda og hefði ráðið tekið undir „niðurstöðu starfshóps með hliðsjón af samkeppnisgögnum, að tillaga Hornsteina sé með samanlagða besta einkunn“. Á fundinum 18. febrúar var farið yfir tillögu stefnanda og boðið upp á léttar veitingar.

Samkvæmt stefnanda leitaði hann í kjölfarið eftir því að gengið yrði formlega frá samningi um verkefnið og hafi hann átt ýmis samskipti, einkum símleiðis, við starfsmenn stefnda af þessum sökum. Þau svör hafi borist að fjárhagslegar ástæður hefðu leitt til tafa og að gengið yrði frá samningi um leið og hagur sveitarfélagsins vænkaðist. Stefnandi hafi talið eðlilegt að veita sveitarfélaginu svigrúm, enda hafi legið fyrir að lausn hans hafði verið valin og að stefndi væri skuldbundinn til að ganga frá samningi við hann. Stefnandi hafi frá þessum tíma verið í reglulegum samskiptum við sveitarfélagið og hafi þau aðallega verið munnleg. Samskipti stefnanda við sveitarfélagið voru einkum við Sigurð Haraldsson sem hafði meðal annars verið forstöðumaður fasteignafélags Hafnarfjarðarbæjar og var ráðinn sviðsstjóri umhverfis og framkvæmda hjá sveitarfélaginu í byrjun október 2013.

Þann 24. febrúar 2016 sendi stefnandi tölvupóst til Sigurðar Haraldssonar, sviðsstjóra stefnda, og spurði hvort ekki væri rétt að hittast sem fyrst vegna verkefnisins. Í svari sviðsstjórans var tekið vel í fund og var stefnandi boðaður á fund 7. mars sama ár.

Stefnandi leitaði á ný svara um stöðu mála með tölvupósti 10. mars 2016. Degi síðar var þess óskað að stefnandi héldi kynningu fyrir hinn sérstaka stýrihóp, sem var þá að störfum vegna skóla í Skarðshlíð, í bæjarráðssal stefnda þann 15. mars 2016. Stefnandi varð við því og fór kynning fram á fundi með stýrihópnum sem starfaði undir forystu Rósu Guðbjartsdóttur.

Með tölvupósti 5. apríl 2016 leitaði stefnandi fréttu og barst svar um að enn hefði ekkert verið ákveðið. Væri verið að vinna málið „mjög hægt enn sem komið er“ eins og það var orðað, en boðað að meiri vitneskja myndi liggja fyrir í lok næstu viku. Stefnandi sendi sviðsstjóranum enn á ný tölvupóst 18. júlí 2016 og tók fram að „þögnin orðin ansi löng“ og var óskað fréttu. Þessu var svarað með þeim hætti að von væri á „einhverri ákvörðun í ágúst/september.“

Í byrjun febrúar 2017 sendi stefnandi almenna fyrirspurn um stöðu málsins með tölvupósti sem ekki var svarað. Í sama mánuði eða 18. febrúar 2017 auglýsti sveitarfélagið alútboð vegna Skarðshlíðarskóla, þ.e. í hönnun og byggingu skólans.

Stefnandi sendi stefnda í kjölfarið bréf, dags. 2. mars 2017. Þar var vísað til þess að samkvæmt útboðsgögnum hefði verið skylt að ganga til samninga við þann bjóðanda sem væri með hagstæðustu lausnina, en verkefnið hefði dregist af ástæðum sem vörðuðu verkkaupa. Hefði stefnandi verið í reglulegum samskiptum við sviðsstjóra stefnda og ekkert í þeim samskiptum gefið ástæðu til að ætla annað en að stefnandi myndi sjá um hönnun og ráðgjöf vegna nýs skóla á svæðinu þegar ráðist yrði í verkefnið. Tekið var fram að með tilkomu alútboðsins væri ljóst að bygging og hönnun skólans yrði falin öðrum með tilheyrandi fjárhagslegu tjóni fyrir stefnanda. Áréttað var að stefndi bæri ábyrgð á því tjóni og var allur réttur áskilinn í þeim efnum. Sams konar bréf var sent sviðsstjóra stefnda með tölvupósti 2. mars 2017. Í kjölfarið fundaði stefnandi með bæjarstjóra stefnda og bæjarlögmanni þann 28. mars 2017. Þar var boðað að skýringar yrðu sendar í svarbréfi, en það gekk ekki eftir. Stefnandi átti af þessu tilefni í frekari tölvupóstsamskiptum við stefnda í apríl og maí 2017, en líkt og áður bárust ekki skýringar.

Stefnandi sendi stefnda annað bréf 29. september 2017. Þar var vísað til fyrri samskipta og lögð áhersla á að stefndi hefði skuldbundið sig til að semja við stefnanda um verkefnið. Vegna auglýsingar alútboðs um Skarðshlíðarskóla væri ljóst að verkefnið yrði falið öðrum með tilheyrandi fjárhagslegu tjóni fyrir stefnanda sem stefndi bæri bótaábyrgð á. Boðað var að stefnandi hygðist leita réttar síns og var óskað viðbragða stefnda við erindinu. Stefndi hefur ekki brugðist við bréfi þessu né bréfi sem stefnandi sendi í byrjun mars 2017.

#### **Málsástæður og lagarök stefnanda.**

Stefnandi byggir á því að stefnda hafi að réttu lagi borið að fela honum vinnu við það verkefni sem útboð um hönnun og ráðgjöf vegna Hamranesskóla laut að. Nú liggi fyrir að stefndi muni ekki verða við því með tilheyrandi tjóni fyrir stefnanda. Beri að líta á

Þetta sem vanefnd í kröfuréttarlegu tilliti sem skapi stefnanda rétt til efndabóta í samræmi við meginreglur kröfuréttar. Sé ekki fallist á framangreint, þ.e. að um bótagrundvöllinn fari eftir skaðabótarétti innan samninga, telur stefnandi að hann eigi rétt á skaðabótum úr hendi stefnda í samræmi við almennu skaðabótaregluna. Hvort heldur sem bótaábyrgð sé studd við reglur innan eða utan samninga sé tjón stefnanda hið sama, þ.e. sá hagnaður sem hann hafi farið á mis við vegna athafna og/eða athafnaleysis stefnda.

Stefndi hafi sjálfur tekið ákvörðun um að auglýsa eftir tilboðum í verkefnið „Hönnun og Ráðgjöf fyrir Hamranesskóla“ í apríl 2008. Samkvæmt útboðinu hafi verið gert ráð fyrir því að skólinn samanstæði af grunnskóla, leikfimi húsi, tónlistarskóla og leikskóla, sbr. grein 1.1.1 í útboðsgögnum vegna beggja þrepa. Útboðsgögn hafi verið ítarleg og verkframkvæmdin útskýrð, sem og inntak þeirrar ráðgjafar og hönnunar sem óskað var tilboða í.

Um hafi verið að ræða lokað útboð sem sé ferli til að afla bindandi tilboða í tiltekið verk frá nánar tilgreindum aðilum í því skyni að ganga til samninga við einn aðila, sbr. til hliðsjónar 2. gr. laga nr. 65/1993 og 9. tl. 2. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Líkt og rakið sé í málsatvikalýsingu hafi verið um að ræða tveggja þrepa ferli, þar sem bjóðendur hafi skilað fyrst verðtilboðum og þeir þrír bjóðendur sem hafi átt hagstæðustu tilboðin hafi öðlast rétt til þátttöku í síðara þrepinu. Í útboðsgögnum vegna síðara þrepsins hafi verið gerð ítarleg grein fyrir því hvernig einkunnagjöf sérstaklega skipaðrar matsnefndar skyldi háttáð, sbr. grein 1.11.2.

Það sé grundvallaratriði að samkvæmt útboðsgögnum skuldbatt stefndi sig til að fela þeim bjóðanda verkefnið sem væri með hagstæðasta tilboðið samkvæmt mati matsnefndar stefnda. Um hafi verið að ræða ótvíræða skyldu til þess að fela þeim bjóðanda verkefnið og ganga frá formlegum samningi við hann. Þetta megi glögglega sjá af grein 1.1.2 í útboðsgögnum vegna fyrra þreps þar sem meðal annars segi: „Þegar tillögur bjóðenda liggja fyrir mun matsnefnd sem verkkaupi skipar meta tillögurnar. Verkkaupi/matsnefnd mun kalla til, sér til aðstoðar viðurkennda verkfræðistofu til að meta áætlaðan verktakakostnað og árlegan viðhaldskostnað vegna húsbygginga og lóða og munu niðurstöður hafa áhrif á heildarmat tillagna. Á grundvelli matsniðurstaðna mun verkkaupi gera ráðgjafasamning við þann bjóðanda, sem verður með hagstæðustu lausnina.“ Þá komi fram í grein 1.11.2 í útboðsgögnum vegna síðara þrepsins: „Sá bjóðandi sem fær hæsta einkunn (flesta stig samanlagt) er með hagstæðustu lausnina og þar með hagstæðasta tilboðið og mun verkkaupi gera ráðgjafasamning við þann aðila á grundvelli lausnarinnar, verðtilboðs hans og útboðsgagna.“

Form að samningi um verkefnið hafi fylgt útboðsgögnum vegna fyrra þrepsins og hafi verkefnið verið skilgreint með þeim hætti að ráðgjafi taki að sér „að annast alla hönnun og alla ráðgjöf vegna verkefnisins í samræmi við samningsgögn.“ Í forminu hafi samningsgögn verið skilgreind, gerð grein fyrir þóknun og fleiri atriðum. Jafnframt hafi verið áform um hvenær ráðgjafarsamningur skyldi kominn á í útboðsgögnum, en miðað hafi verið við 3. október 2008 í gögnum vegna fyrra þreps og 31. október 2008 í gögnum vegna síðara þrepsins.

Allt horfi þetta í sömu átt og sýni að stefndi hafi skuldbundið sig til að fela stefnanda verkefnið, enda óumdeilt að hann hafi skilað hagstæðustu lausninni samkvæmt niðurstöðu þeirrar matsnefndar sem sveitarfélagið hafi tilnefnt. Ekki hafi verið gerðir fyrirvarar við þá skyldu, svo sem með vísan til fjárhagslegrar stöðu sveitarfélagsins eða annarra atriða. Þar sem stefnandi hafi verið með hagstæðasta tilboðið hafi hann gert ráð fyrir því að vinna verkefnið með tilheyrandi hagnaði.

Í kjölfar þess að tillaga stefnanda hafi verið metin hagkvæmust og stefnandi valinn til að vinna verkefnið hafi næsta skrefið verið að ganga frá formlegum samningi á milli aðila. Vegna fjárhagserfiðleika stefnda hafi stefnanda verið tilkynnt munnlega að verkefninu yrði frestað tímabundið, en að gengið yrði formlega frá samningi og verkið hafið um leið og hagur sveitarfélagsins vænkaðist. Líkt og rakið hafi verið hafi stefnandi sýnt þessu skilning og verið í reglulegum samskiptum við starfsmenn stefnda frá þessum tíma vegna stöðu verkefnisins og hafi samskiptin aðallega verið munnleg. Á þeim tíma hafi stefnandi verið hvattur til að sýna þolinmæði og aldrei annað gefið til kynna en að stefndi myndi standa við skuldbindingar sínar gagnvart stefnanda. Stefnanda hafi meðal annars verið kynnt að verkefnið kynni að verða flutt á annan stað innan sveitarfélagsins, þ.e. í Skarðshlíð, og hafi stefnandi verið fenginn til að kynna tillögu sína á fundi sérstaks stýrihóps stefnda sem var við störf vegna þessa. Aldrei hafi komið til tals að öðrum aðila yrði falið verkefnið.

Í kjölfar kynningar tillögunnar á fundi stýrihóps stefnda vegna byggingar skóla í Skarðshlíð 15. mars 2016 taldi stefnandi að tafir á því að verkið gæti hafist væru á enda. Fyrirspurnum stefnanda í kjölfarið hafi verið svarað þannig að verið væri að „vinna málið mjög hægt enn sem komið er“ og þó boðað að ákvörðun myndi liggja fyrir á næstunni, sbr. t.d. tölvupóst frá 5. apríl og 18. júlí 2016.

Það hafi því komið stefnanda í á óvart þegar hann varð þess var í febrúar 2017 að stefndi hefði auglýst alútboð vegna Skarðshlíðarskóla í Hafnarfirði. Hafi þar verið gert ráð fyrir samningi um hönnun og byggingu á nýjum skóla sem skyldi samanstanda af

grunnskóla, tónlistarskóla, leikskóla og íþróttahúsi. Var augljóslega um að ræða útboð sem tók m.a. til þess verkefnis sem stefnandi hafði verið valinn til að vinna af stefnda, sbr. fyrri umfjöllun. Stefnanda varð þá fyrst ljóst að stefndi myndi ekki efna skyldur sínar gagnvart honum og að verkefnið yrði bersýnilega falið öðrum aðila, enda hluti af alútboði sem tók til mannvirkjanna. Hafi stefnanda þá jafnframt orðið ljóst að hann kynni að eiga rétt til skaðabóta vegna missis hagnaðar úr hendi sveitarfélagsins.

Stefnandi hafi strax brugðist við með bréfi, dags. 2. mars 2017, þar sem skyldur stefnda hafi verið áréttáðar, bent á bótarétt stefnanda og allur réttur áskilinn. Í kjölfarið hafi verið fundað með forsvarsmönnum stefnda, en svar og skýringar á þessari háttsemi stefnda hafi ekki borist þrátt fyrir loforð um það. Það sé til marks um algert skeytingarleysi stefnda að hann hafi ekki heldur haft fyrir því að svara bréfi stefnanda frá 29. september 2017 þar sem bent hafi verið á skyldur stefnda samkvæmt útboðinu og óskað viðbragða hans.

Stefnandi byggir á því að stefndi hafi ekki formlega tekið fram að stefnandi mundi ekki vinna það verkefni sem hann hafi átt hagstæðasta tilboðið í. Hafi stefndi þannig til að mynda ekki lýst því yfir að öllum tilboðum í verkefnið hefði verið hafnað eða að hann teldi sig af einhverjum sökum ekki skuldbundinn gagnvart stefnanda. Raunar hafi stefndi þrátt fyrir ítrekaðar fyrirspurnir um stöðu mála ekki gert annað en að óska þess að stefnandi sýndi biðlund og vísað til þess að tafir væru á því að verkefnið gæti hafist.

Stefnandi telji aftur á móti einsýnt að stefndi hafi sýnt í verki að hann muni ekki virða skuldbindingar sínar gagnvart honum. Í kjölfar fyrrgreinds alútboðs hafi stefndi nú samið við annan aðila um hönnun og byggingu sams konar mannvirkja, þ.e. grunnskóla, leikskóla, leikfímihúss og tónlistarskóla. Stefnandi tekur fram að ýmsir hlutar útboðsgagna vegna hins nýja alútboðs séu samhljóða útboðsgögnum þess útboðs þar sem stefnandi hafi átt hagstæðasta tilboðið, enda um sams konar byggingar að ræða. Þá þurfi ekki að orðlengja það að sveitarfélagið hyggst ekki reisa tvö sett af þessum mannvirkjum.

Með háttsemi sinni, þar með talið athafnaleysi, hafi stefndi jafnframt brotið gegn 18. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða. Þar komi fram að hafi útboð farið fram sé kaupanda óheimilt að efna til útboðs að nýju eða semja um framkvæmd þess eftir öðrum leiðum en útboðsgögn kveða á um fyrr en öllum þátttakendum hafi skriflega verið greint ítarlega frá ástæðum þess að öllum tilboðum hafi verið hafnað. Auglýsing stefnda á alútboði vegna Skarðshlíðarskóla feli bersýnilega í sér brot á þessu ákvæði og undirstriki ólögmæti háttsemi stefnda.

Þá byggir stefnandi á því að háttsemi stefnda virðist fela í sér að ákveðið hafi verið að „hætta við“ það verkefni sem stefnandi hafði verið valinn til að vinna í kjölfar útboðs stefnda. Svipi því til þess að öllum tilboðum sé hafnað, enda þótt ákvörðun um slíkt hafi ekki verið tekin af stefnda. Verði að líta svo á að stefndi hafi fyrst í verki ákveðið að hafna öllum tilboðum þegar hann hafi auglýst hið nýja útboð 18. febrúar 2017. Staðfest hafi verið í dómaframkvæmd að réttur verkkaupa til að hafna öllum tilboðum sem berist í útboði sé háður því skilyrði að málefnalegar og rökstuddar ástæður liggi slíkri ákvörðun að baki. Sé því ekki unnt að hætta við verkefni, sem boðið hafi verið út, án þess að verkkaupi eigi á hættu að baka sér bótaábyrgð. Þetta eigi við enda þótt ákvæði 13. og 14. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og 74. og 75. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup feli í sér almenna ráðagerð um slíka heimild. Skipti þar engu þótt verkkaupi hafi með almennum hætti áskilið sér rétt til að hafna öllum tilboðum í útboðsgögnum, en slíkir fyrirvarar hafi ekki verið gerðir í þeim útboðsgögnum sem hér séu til skoðunar.

Sú sérstaka staða sé uppi í málinu að stefndi hafi ekki fengist til að gera grein fyrir því hvers vegna hann telji sér heimilt að standa ekki við skuldbindingar sínar gagnvart stefnanda sem hafi átt hagkvæmasta tilboðið í útboðinu. Á fyrri stigum málsins hafi stefndi einkum vísað til slæmrar fjárhagslegrar stöðu sveitarfélagsins og að sýna yrði biðlund þar til hagur sveitarfélagsins vænkaðist. Stefnandi hafi fallist á að slíkar röksemdir gætu réttlætt tafir á því að verkið hæfist. Hins vegar sé byggt á því að slíkar röksemdir geti ekki með nokkru móti réttlætt háttsemi stefnda, þ.e. að standa ekki við skuldbindingar sínar og fela í reynd öðrum að vinna það verkefni sem stefnandi hafði verið valinn til að vinna í kjölfar útboðsins. Þegar efnt sé til lokaðs útboðs með þeim hætti sem stefndi gerði hljóti bjóðendur að mega ganga út frá því að tekin hafi verið ákvörðun um að ráðast í verkefnið og að fjármagn sé til staðar, sbr. til hliðsjónar reglur um fjármál sveitarfélaga í sveitarstjórnarlögum nr. 138/2011. Það sé ekki með nokkurri sanngirni unnt að játa stefnda, sem sveitarfélagi, rétt til að hverfa frá skyldu til samningsgerðar samkvæmt útboði sem hann hafi kosið að efna til vegna almennra sjónarmiða um fjárhagslega stöðu sveitarfélagsins.

Sé litið til útboðs um ráðgjöf og hönnun Hamranesskóla sé ljóst að það hafi engin ástæða verið fyrir stefnanda eða aðra bjóðendur til að ætla að fjárhagsstaða stefnda kynni að vera eða verða svo slæm að ekki yrði af verkefninu. Áréttað sé að útboðsgögn geri ekki fyrirvara í þeim efnum, hvorki almenna né sértæka, og mætti raunar efast um gildi slíkra fyrirvara hefðu þeir á annað borð verið gerðir.



Samkvæmt þessu telji stefnandi að röksemdir um fjárhagsstöðu sveitarfélagsins, sem sé eina ástæðan sem stefndi hefur gefið upp fram til þessa fyrir töfum verkefnisins, geti ekki talist málefnalegar eða réttlætt háttsemi stefnda. Í öllu falli sé ljóst að rökin standist ekki þar sem stefndi hafi nú sjálfur efnt til alútboðs og meðal annars samið við fyrirtæki um hönnun sams konar bygginga og stefnanda hafði verið falið að hanna. Gera verði ráð fyrir því að fjárhagur stefnda bjóði upp á slíkar framkvæmdir. Virðist þannig hafa ræst úr þeirri fyrirstöðu sem stefndi sagði tefja að stefnandi gæti hafið vinnu við verkefnið. Það skjóti skökku við að sú breyting á aðstæðum stefnda leiði til þess að hann ákveði að vanefna skyldur sínar gagnvart stefnanda og semja við annan aðila um verkefnið. Hafi þetta verið gert án þess að upplýsa stefnanda sem hafi þó verið í beinum samskiptum við sveitarfélagið á þessum tíma um verkefnið. Þetta auki á alvarleika hinnar ólögmætu háttsemi stefnda og hljóti að vera um einsdæmi að ræða.

Þá hafi stefndi ekki haldið því fram að forsendur fyrir útboðinu hafi brostið, en hann hafi haft ýmis tækifæri til að gera grein fyrir slíku gæti það á annað borð átt við. Megi ljóst vera að fjárhagslegar forsendur geti í öllu falli ekki átt við, enda núna ætlunin að ráðast í sams konar framkvæmd þótt staðsetningin sé önnur. Sjónarmið um brostnar forsendur geti því ekki átt við, auk þess sem almenn skilyrði samningaréttar um slíkt séu ekki uppfyllt.

Stefnandi telji ljóst að samkvæmt þessu hafi stefndi sýnt af sér saknæma og ólögmæta háttsemi. Hann hafi brotið gegn skyldum sínum samkvæmt meginreglum samningaréttar, sem og gegn ákvæðum laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og meginreglum útboðsréttar og sínum eigin útboðsgögnum.

Stefnandi hefði unnið við verkefnið ef ekki fyrir óréttmætar athafnir og/eða athafnaleysi stefnda, enda hafi tilboð hans verið hagkvæmast að mati hinnar sérstaklega skipuðu matsnefndar og hafi verið skylt að ganga frá formlegum samningi við hann. Bein orsakatengsl séu því á milli háttsemi stefnda og tjóns stefnanda sem felist í missi hagnaðar af umræddu verkefni. Á því tjóni beri stefndi ábyrgð samkvæmt almennum skaðabótaeignum, hvort heldur sem sé innan eða utan samninga.

Gerð sé krafa um viðurkenningu á bótaskyldu, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Stefnandi telji skilyrði til slíkrar kröfugerðar uppfyllt, enda liggja fyrir gögn sem sýni að hann gerði ráð fyrir hagnaði af verkefninu. Fyrir liggja sundurliðun á tilboði stefnanda, en líkt og áður greinir sé þáttur stefnanda sem samanstóð annars vegar af vinnu arkitekta og hins vegar vinnu landslagsarkitekta skýrt aðgreindur frá hlut verkfræðinga. Á dóm skjali 18 sé að finna útreikninga stefnanda á tjóni sínu þar sem tekið

sé mið af forsendum sem fram komi í ársreikningi hans frá árinu 2008, sem sé það ár sem tilboðið hafi verið lagt fram, og þær heimfærðar á tilboðsfjárhæðina í umræddu útboði. Samkvæmt ársreikningi 2008 hafi rekstrargjöld stefnanda numið 61,78% af rekstrargjöldum hans. Gjöldin hafi skipst í laun og launatengd gjöld (39,7%) og annan rekstrarkostnað (22,08%). Rekstrarhagnaður hafi því verið 38,22%. Eins og áður sé rakið hafi tilboð stefnanda, sem bæði tók til vinnu arkitekta og landslagsarkitekta, numið 152.733.877 krónum með virðisaukaskatti, eða 122.677.813 krónum án virðisaukaskatts. Ef gert sé ráð fyrir sömu hagnaðarforsendum og í umræddum ársreikningi hefði hann átt að njóta 38,22% hagnaðar af verkinu, ef tekið yrði tillit til alls rekstrarkostnaðar. Hagnaður stefnanda hefði, miðað við þessar forsendur, orðið 46.883.678 krónur. Í umræddu dómskjali sé einnig gert ráð fyrir tveimur öðrum sviðsmyndum, annars vegar þar sem aðeins 50% af „öðrum rekstrarkostnaði“ sé tekinn með í reikninginn og hins vegar þar sem ekki sé gert ráð fyrir neinum slíkum kostnaði. Miðað við þær forsendur sem gert sé ráð fyrir í sviðsmyndum 1-3 sé tjón stefnanda á bilinu 46.883.678 krónur til 73.975.278 krónur.

Samkvæmt þessu hafa verið leiddar nægilegar líkur að því að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni sem stefndi beri bótaábyrgð á. Þess utan áskilur stefnandi sér rétt til að afla matsgerðar dómkvaddra matsmanna til að meta nánar það fjárhagslega tjón sem um ræðir.

Um lagarök vísar stefnandi til meginreglna kröfu- og samningaréttar, þar með talið um réttar efndir fjárskuldbindinga, vanefndir og vanefndaúrræði. Jafnframt vísist til reglna útboðsréttar, laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Enn fremur sé byggt á almennum reglum kröfuréttar um bótaábyrgð vegna vanefndar. Þá sé byggt á almennum reglum skaðabótaréttar, einkum sakarreglunni. Um heimild til að krefjast viðurkenningar á bótaskyldu vísast til 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991. Málskostnaðarkrafa styðst við 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991.

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

Stefndi krefst þess aðallega að kröfum stefnanda verði vísað frá dómi. Til vara krefst stefndi þess að verða sýknaður af öllum kröfum stefnanda. Þá krefst stefndi málskostnaðar úr hendi stefnanda. Var frávísunarkröfunni hafnað með úrskurði þann 5. júní 2018.

Varakrafa stefnda felur í sér að stefndi verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda, fari svo að kröfum stefnanda verði ekki vísað frá dómi. Byggir stefndi á því að aldrei hafi komist á samningur milli aðila en stefnandi hafi gert stefnda tilboð sem var hafnað. Það

leiði því af almennum reglum samningaréttar að réttarsamband aðila geti ekki verið á grundvelli kröfuréttar eða reglna um skaðabætur innan samninga.

Sýknukrafa stefnda sé í fyrsta lagi byggð á því að meintar kröfur stefnanda vegna útboðs í hönnun og ráðgjöf byggingar Hamranesskóla séu fyrndar.

Í stefnu kemur fram að kröfur stefnanda séu reistar á reglum skaðabótaréttar innan og utan samninga. Í báðum tilvikum fari um fyrningu þeirra samkvæmt 1. ml. 1. mgr. 9. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda. Fyrnast því kröfurnar „á fjórum árum frá þeim degi er tjónþoli fékk nauðsynlegar upplýsingar um tjónið og þann sem ábyrgð ber á því eða bar að afla sér slíkra upplýsinga.“

Gildistími tilboða í verkið hafi verið ákvarðaður átta vikur frá því að þeim var skilað inn. Öllum tilboðum bar að skila inn í síðasta lagi 18. september 2008. Tilboð það sem stefnandi tók þátt í hafi því fallið niður átta vikum síðar, eða þann 13. nóvember 2008.

Þann dag teljist stefndi hafa hafnað tilboðinu, sbr. 1. mgr. 74. gr. þágildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Eftir þann dag hafi stefnda verið óheimilt að taka tilboðinu eða öðrum tilboðum sem bárust í verkið og hefði verið skylt að bjóða verkið út aftur, hefði stefndi eftir sem áður haft hug á að ráðast í framkvæmdina. Af þessari ástæðu séu einnig haldlausar röksemdir í stefnu um að stefndi hafi ekki formlega tilkynnt að stefnandi mundi ekki vinna umrætt verkefni og að höfnun tilboðsins hafi fyrst komið fram við auglýsingu alútboðs Skarðshlíðarskóla 18. febrúar 2017.

Þann dag sem tilboði stefnanda í verkið hafi verið hafnað, þann 13. nóvember 2008, hafi stefnanda mátt vera ljóst að ekki kæmist á samningur við stefnda um verkið á grundvelli tilboðsins. Þá hafi stefnandi haft allar upplýsingar um að hann kynni að hafa orðið fyrir tjóni af þeim sökum, sem og hver bæri ábyrgð á því. Fyrningarfrestur hafi því hafist þann dag og allar kröfur fyrndar þann 13. nóvember 2012. Þar sem fyrning kröfunnar hafi ekki verið rofin fyrr en með birtingu stefnu 28. desember 2017 séu kröfur stefnanda fyrndar.

Í öðru lagi sé vert að benda á að stefndi greiddi stefnanda 5.000.000 króna greiðslu á grundvelli greinar 1.10.5 í síðari útboðsskilmálum þann 20. febrúar 2009 eftir að stefnandi hafði gefið út reikning fyrir þóknuninni þann 13. janúar 2009. Í nefndu ákvæði útboðsskilmálanna segi að verkkaupi greiði bjóðendum með tækar lausnir þessa fjárhæð vegna þátttöku í síðara þrepi útboðsins og skuli greiðslan skoðast sem „upphafsgreiðsla“ hjá þeim bjóðanda sem verkkaupi gerir ráðgjafarsamning við.

Útgáfa stefnanda á reikningnum gefi honum, með augljósum hætti, tilefni til að meta hvort hann telji sig falla undir þann hluta ákvæðisins sem mæli fyrir um að greiðslan teljist „upphafsgreiðsla“ og þar með hvort hann eigi rétt á frekari greiðslum á grundvelli réttarsambands síns við stefnda. Þann dag hafi stefnandi mátt gera sér grein fyrir hvort hann hefði orðið fyrir tjóni vegna háttsemi stefnda. Fyrningarfrestur krafna hans hafi því hafist þann dag og runnið út 9. janúar 2013.

Jafnvel þótt talið verði af einhverjum ástæðum að stefnandi hafi ekki þann dag sem tilboðinu var hafnað, eða þegar stefnandi gaf út reikning vegna þátttöku í útboðinu, haft fullnægjandi upplýsingar um tjón sitt og þann sem ábyrgð á því bar, sé útilokað annað en að slík vitneskja hafi í síðasta lagi verið til staðar 11. febrúar 2010. Þann dag hafi verið tilkynnt formlega að tilboðið sem stefnandi hafi staðið að hefði verið metið með samanlagða bestu einkunn þeirra tilboða sem bárust í verkið á sínum tíma. Þrátt fyrir það væri ekki til staðar heimild til samninga um tilboðið og verkið væri þar að auki ekki á fjárhagsáætlun. Hafi stefnandi mátt í síðasta lagi þá gera sér grein fyrir að ekkert yrði af samningum við stefnda að óbreyttu á grundvelli tilboðsins. Krafa stefnanda hafi því fyrnst í síðasta lagi 11. febrúar 2014.

Engin önnur tímamörk komi til greina sem upphaf fyrningarfrests kröfu stefnanda. Í stefnu sé látið að því liggja að stefnanda hafi fyrst orðið ljóst í febrúar 2017 að ekki yrði samið við hann um hönnun og ráðgjöf Hamranesskóla, þegar auglýst var alútboð vegna byggingar Skarðshlíðarskóla. Sú röksemd standist ekki.

Það sé öllum ljóst að Hamranesskóli og Skarðshlíðarskóli sé ekki sama verkið, jafnvel þótt tilgangurinn með báðum verkefnum sé að leysa þörf fyrir skólahúsnaði í Hafnarfirði. Skarðshlíðarskóli sé á öðrum stað en Hamranesskóli, sé að öllu leyti mun minni og ódýrari framkvæmd og sé byggður áratug síðar en til hafi staðið að reisa Hamranesskóla. Þá séu aðferðir við útboð bygginganna gjörólíkar, en Skarðshlíðarskóli hafi verið boðinn út í alútboði. Þetta hafi forsvarsmönnum stefnanda verið ljóst frá því að fyrstu tillögur um byggingu Skarðshlíðarskóla hafi komið fram, enda séu þeir sérfræðingar á umræddu sviði. Sjáist einnig af samskiptum aðila í fyrirbyggjandi gögnum að fyrirvarsmenn stefnanda hafi vitað að Skarðshlíðarskóli væri annað verkefni en Hamranesskóli og að tilboð það sem stefnandi hafi staðið að á árinu 2008 í hönnun Hamranesskóla hafi aldrei getað orðið grundvöllur fyrir hönnun og ráðgjöf við byggingu Skarðshlíðarskóla.

Saknæma háttsemin, sem byggt sé á í stefnu að stefndi hafi sýnt af sér, sé að semja ekki við stefnanda um hönnun Hamranesskóla; ekki Skarðshlíðarskóla.

Upphafstími fyrningarfrests sé því ekki það tímamark þegar stefnanda hafi mátt vera ljóst að hann fengi ekki vinnu við að reisa Skarðshlíðarskóla, eins og byggt sé á í stefnu, heldur þegar honum hafi mátt vera ljóst að tilboði hans í Hamranesskóla yrði ekki tekið. Það sé tímamarkið þegar stefnanda hafi mátt vera ljóst að „stefndi myndi ekki efna skyldur sínar gagnvart honum“ eins og segi í stefnu, og marki þar með upphaf fyrningarfrestsins. Sé augljóst að það tímamark er þegar tilboð stefnanda féll úr gildi og hafi þar með verið hafnað, og í síðasta lagi þegar stefndi hafi lýst því berum orðum yfir að tilboð stefnanda gæfi ekki beina heimild til samninga um verkið. Stefnandi hafi aldrei getað haft réttmætar væntingar til þess að stefndi myndi „efna skyldur sínar gagnvart honum“ með því að fela honum að vinna annað og ótengt verkefni 10 árum síðar. Þar af leiðandi sé rangt að stefnanda hafi fyrst orðið ljóst að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna tilboðsins í Hamranesskóla þegar það gekk ekki eftir að hann fengi vinnu við gerð Skarðshlíðarskóla.

Af framangreindum ástæðum sé jafnframt hafnað ásökunum í stefnu um að stefndi hafi brotið gegn 18. gr. laga nr. 65/1993.

Sýknukrafa stefnda sé í öðru lagi byggð á sjónarmiðum um tómlæti. Sé almennt viðurkennt í réttarframkvæmd að hugi aðili ekki að því tímanlega að halda uppi réttindum sínum, svo sem með sannanlegum og skýrum tilkynningum til gagnaðila um kröfur sínar, leiði það til brottfalls réttindanna jafnvel þótt fyrningartími krafna sé ekki liðinn. Sá tími sem aðilum sé ætlaður til að halda uppi kröfum sínum hafi verið talinn í vikum eða örfáum mánuðum og gerðar strangar kröfur þar að lútandi til sérfræðinga. Tómlætisáhrifa gæti í raun með ferns konar hætti í málinu, en hvert og eitt tímabil tómlætis leiði sjálfstætt til sýknu að mati stefnda.

Í fyrsta lagi hafi stefnandi sýnt af sér verulegt tómlæti í kjölfar þess að tilboði hans hafi verið hafnað þann 13. nóvember 2008. Ekki verði séð að stefnandi hafi brugðist með nokkrum hætti við höfnun tilboðsins og engin vísbending um að stefnandi hafi talið sig hlunnfarinn eða hann ætti kröfur á hendur stefnda vegna þessa. Hafi þá þegar komið fram tilefni fyrir stefnanda til að kanna rétt sinn og bregðast við, teldi hann á sér brotið.

Í öðru lagi hafi stefnandi sýnt af sér verulegt tómlæti eftir að hann gaf út reikning vegna kostnaðar af þátttöku í útboðinu á grundvelli ákvæðis 1.10.5 í síðari útboðsskilmálum.

Í þriðja lagi gæti verulegra tómlætisáhrifa í kjölfar yfirlýsingar stefnda um að a) tilboð það sem stefnandi stóð að væri með samanlagða besta einkunn þeirra þriggja sem skilað var, en b) það gæfi ekki heimild til samninga við aðilana sem stóðu að tilboðinu og

c) verkið væri ekki á fjárhagsáætlun. Hafi þetta verið tilkynnt 11. febrúar 2010. Stefnandi virðist ekkert hafa aðhafst í því skyni að gæta réttar síns eða tilkynna stefnda um að hann teldi brotið á réttindum sínum næstu sex árin hið minnsta.

Í fjórða lagi virðist stefnandi ekki hafa brugðist við gagnvart stefnda þegar í síðasta lagi varð ljóst að ekki yrði af byggingu Hamranesskóla. Af samskiptum frá 24. febrúar 2016 verði ekki annað ráðið en að stefnandi geri sér þá þegar grein fyrir að ekki verði af byggingu Hamranesskóla, heldur standi til að reisa annars konar skóla á öðrum stað og þá á grundvelli annarra hönnunargagna en stefnandi hafi staðið að í tilboðinu um Hamranesskóla. Stefndi hafi ekki hreyft við málinu aftur fyrr en ári síðar.

Stefndi hafni því að auglýsing hans um alútboð Skarðshlíðarskóla hafi nokkur áhrif við mat á tómlætisáhrifum. Stefnanda hafi borið að bregðast við og gæta réttar síns þegar honum hafi orðið ljóst að tilboði í hönnun á Hamranesskóla hafi ekki verið tekið, ekki þegar honum hafi orðið ljóst að til stæði bygging Skarðshlíðarskóla. Stefnandi hafi ekki brugðist við með neinum hætti þegar fyrrnefndu tímamörkunum hafi verið náð og leiði það til sýknu stefnda á grundvelli tómlætis stefnanda.

Það sé óumdeilt að verkkaupa sé almennt heimilt að hafna öllum tilboðum í verk ef fyrir því eru málefnalegar og rökstuddar ástæður. Byggist það á 13. og 14. gr. laga nr. 65/1993 og 74. og 75. gr. þágildandi laga nr. 84/2007. Hafi í því sambandi verið litið annars vegar til sjónarmiða sem greini í þágildandi 26. gr. laga nr. 94/2001, sem hafi verið tekin efnislega óbreytt upp í 72. gr. þágildandi laga nr. 84/2007, og hins vegar til sjónarmiða um brostnar forsendur. Stefndi telji augljóst að fjármálahrúnið, sem hafi skolið á nánast á sama tíma og tilboðum í hönnun og ráðgjöf við byggingu Hamranesskóla hafi verið skilað, teljist til málefnalegra og rökstuddra ástæðna fyrir höfnun allra tilboða og teljist auk þess til brostinna forsendna fyrir framkvæmdinni. Í því sambandi telji stefndi að horfa verði til eftirfarandi sjónarmiða:

Efnahagshrunið í október 2008 sé með öllu fordæmalaust í íslenskri efnahags- og réttarsögu. Á fyrstu dögum þess hafi verið miklar viðsjár í þjóðfélaginu og með öllu óljóst hversu alvarlegar og djúpstæðar afleiðingar þessar efnahagslegu hamfarir myndu hafa. Allir þrír viðskiptabankar landsins hafi farið í slitameðferð á sama tíma. Á tímabili hafi verið óvíst um greiðslumiðlun í landinu og utanríkisverslun. Helsta viðskiptaland Íslands hafi beitt hryðjuverkalögum á verslun við Ísland og Íslendinga. Gengi íslensku krónunnar hafi hrúnið með tilheyrandi hækkun á aðföngum og þar með byggingarkostnaði.

Stefndi hafi farið verulega illa út úr efnahagshruninu. Skuldabyrði stefnda hafi aukist gríðarlega strax í kjölfar hrunsins og hafi hann verið ógjaldfær fyrstu misserin eftir

hrun, sem aftur hafi leitt til þess að eftirlitsnefnd með fjármálum sveitarfélaga hafi tekið yfir fjármálastjórn stefnda og lögbundnar hömlur hafi átt við um fjárskuldbindingar. Griðarleg óvissa hafi ríkt um skuldir stefnda, þ.m.t. um fjárhæð þeirra og afstöðu kröfuhafa. Mörg ár hafi tekið að leysa úr skuldastöðu stefnda og koma rekstri bæjarfélagsins í sjálfbært horf. Um einn mánuður hafi liðið frá upphafi hrunsins þar til tilboð í hönnun og ráðgjöf við byggingu Hamranesskóla hafi fallið úr gildi og var þar með hafnað. Ómögulegt hafi verið fyrir forsvarsmenn stefnda að sjá efnahagshrunið fyrir.

Við mat á því hvort efnahagshrunið teljist til brostinna forsendna áréttar stefndi að einungis beri að líta til ástandsins fram að 13. nóvember 2008, þ.e. til þess tíma sem tilboð stefnanda hafi fallið úr gildi og taldist þar með hafa verið hafnað samkvæmt þágildandi 2. mgr. 74. gr. laga nr. 84/2007. Það beri því eingöngu að taka afstöðu til þess hvort stefndi hafi á þessum tíma haft málefnalegar og rökstuddar ástæður til að hætta við byggingu Hamranesskóla. Atvik eftir það tímabil skipta ekki máli.

Það megi vera augljóst að það hafi verið útilokað fyrir forsvarsmenn stefnda að skuldbinda bæjarfélagið til að ráðast í margra milljarða króna byggingarframkvæmdir örfáum dögum eftir efnahagshrunið. Raunar megi telja að slík ákvörðun hafi verið með öllu óforsvaranleg. Frá efnahagshruninu og fram til 13. nóvember 2008 hafi eingöngu verið ein rökrétt, málefnaleg og forsvaranleg ákvörðun í boði; að hafna öllum tilboðum í verkið.

Við mat á ákvörðunum undir þessum kringumstæðum megi m.a. hafa hliðsjón af meginreglu 2. mgr. 64. gr. laga nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., um persónulega ábyrgð forsvarsmanna á ákvarðanatöku eftir að ljóst var að aðilinn hafi ekki getað staðið í fullum skilum við lánardrottna sína þegar kröfur þeirra falla í gjalddaga og ekki verði talið sennilegt að greiðsluörðugleikar hans muni líða hjá innan skamms tíma. Fyrirsvarsmenn stefnda hafi hæglega getað orðið persónulega ábyrgir kæmi síðar í ljós að stefndi hefði ekki bolmagn til að standa við skuldbindingar í tengslum við framkvæmdina. Framangreind afstaða stefnda byggist jafnframt á meginreglum um fjárstjórnarvald sveitarfélaga. Aðstæðurnar hafi réttlætt breytingar á fjárhagsáætlun stefnda, sbr. 1. mgr. 62. gr. þágildandi sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998. Stefndi telur að aðstæður sem réttlæti breytingu á fjárhagsáætlun falli jafnframt undir flokk brostinna forsendna í skilningi fjármunaréttar. Þá verði stefndi ekki bundinn af samningum sem ekki séu á fjárhagsáætlun, sbr. til hliðsjónar meginreglur þær sem dómur Hæstaréttar í málinu nr. 343/2003 sé reistur á. Það sé óumdeilt að þetta séu þær orsakir sem hafi valdið því að öllum tilboðum í verkið hafi verið hafnað á sínum tíma. Jafnframt séu þetta orsakir

Þess að bygging Hamranesskóla hafi aldrei komist á fjárhagsáætlun stefnda og leitt á endanum til þess að ráðist hafi verið í annað, umfangsminna og ódýrara verkefni. Stefndi telji augljóst að ef efnahagslegar, fjárhagslegar og þjóðfélagslegar aðstæður teljist yfirleitt til forsendna fyrir ákvarðanatöku og samningsgerð, sé með öllu ótvírætt að þær forsendur hafi brostið í tilviki Hamranesskóla. Stefnda hafi því verið heimilt að hafna öllum tilboðum í verkið. Því beri að sýkna stefnda.

Í stefnu sé því haldið fram að á grundvelli ákvæða í útboðslýsingu hefði átt að komast á samningur um verkið milli stefnda og þeirra aðila sem stóðu að tilboði stefnanda. Stefndi er ósammála þessu. Jafnvel þótt fallist verði á sjónarmið stefnanda um að stefndi hafi sýnt af sér saknæma og ólögsmæta háttsemi við höfnun tilboðsins, sé ekki orsakasamband til staðar. Í útboðslýsingu sé ráðagerð um að samið verði við þann bjóðanda sem að mati matsnefndar skili hagstæðustu lausninni. Sú samningsgerð sé þó ekki skilyrðislaus eins og lýst sé í málavaxtalýsingu. Þannig sé bæði gert ráð fyrir að aðilar nái fyrst saman um verk- og hönnunaráætlun, sbr. grein 1.1.5 í síðari útboðslýsingu, og kostnaðarviðmið fyrir húsbyggingar og lóðir, sem ekki skulu vera hærri en gengur og gerist á höfuðborgarsvæðinu, sbr. grein 1.1.6.

Stefndi telur ósannað að samkomulag hefði náðst milli aðila um framangreind atriði, jafnvel þótt tilboð stefnanda hefði verið samþykkt. Sé þá sérstaklega byggt á því að við þær aðstæður sem hafi skapast í október 2008 hafi í raun verið ómögulegt að ná samkomulagi um kostnaðarviðmið fyrir húsbyggingar og lóðir, enda hafi sá kostnaður rokið upp úr öllu valdi við efnahagshrunið. Er áréttað að tekið sé fram í útboðslýsingu að fjárhagsáætlanir stefnda munu byggjast á þessum kostnaðarviðmiðum. Stefndi hafi því í raun verið að semja um stærðir í komandi fjárhagsáætlunum sínum.

Eins og áður sé lýst hafi stefnda verið ókleift á þessum tíma að takast á hendur skuldbindingar sem þessar. Aðilar hefðu því aldrei getað náð saman um ásættanleg kostnaðarviðmið, en það hafi verið samkvæmt útboðsgögnum skilyrði fyrir því að gengið yrði til samninga á grundvelli tilboðsins. Þar af leiðandi sé ósannað að orsakasamband sé á milli höfnunar stefnda á tilboðinu og þess að ekki komst á samningur milli stefnda og þeirra sem stóðu að tilboði stefnanda.

Stefndi vísar til rökstuðnings að framan fyrir því að tjón stefnanda sé ósannað í málinu. Leiði sú málsástæða ekki til frávísunar er byggt á henni sem sýknuástæðu, sbr. meðal annars dóma Hæstaréttar í málum nr. 591 og 592/2017.

Stefndi byggir málskostnaðarkröfu á 129.-131. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 og um lagarök fyrir sýknukröfu vísar hann til umfjöllunar um málsástæður en



Þar sé bæði byggt á almennum reglum í útboðsrétti og þeim reglum sem í almennum fjármunarétti gilda um þýðingu tilboðs, tilboðsfrest, skort á samþykki og brostnar forsendur.

### **Skýrslur fyrir dómi.**

Við aðalmeðferð málsins gáfu skýrslu Ögmundur Skarphéðinsson, fyrirsvarsmaður stefnanda, Ólafur Hersisson, Andrés Narfi Andrésson, Gunnar Svavarsson, Sigurður Haraldsson og Lúðvík Geirsson. Verður vitnað til framburðar þeirra við úrlausn málsins eftir því sem þörf þykir.

### **Forsendur og niðurstaða.**

Stefndi krefst sýknu í fyrsta lagi vegna þess að krafa stefnanda sé fyrnd.

Óumdeilt er í máli þessu að stefnandi tók þátt í tveggja þrepa lokuðu útboði sem stefndi efndi til um hönnun og ráðgjöf fyrir Hamranesskóla í Hafnarfirði. Í fyrra þrepinu voru níu þátttakendur og stefnandi einn þeirra. Var tillaga stefnanda ein þriggja efstu tilboða. Í seinna þrepinu fengu þrír aðilar þátttökurétt og fékk tillaga stefnanda hæstu einkunn. Í útboðsskilmálum kom fram að sá bjóðandi fengi hæstu einkunn sem væri með hagstæðustu lausnina og þar með hagstæðasta tilboðið og muni verkkaupi gera ráðgjafarsamning við þann aðila á grundvelli lausnarinnar, verðtilboðs hans og útboðsgagna. Var skilafrestur vegna seinna þrepsins 18. september 2008 samkvæmt útboðsgögnum. Samkvæmt grein 1.10.3 í síðari þrepinu var gildistími tillögunnar átta vikur frá því að skila átti í síðasta lagi eða þann 18. september 2008. Skiladegi hafði verið frestað fjórum sinnum af verkkaupa en stefnandi skilaði tillögu sinni í febrúar 2009. Var áætlað að niðurstaða matsnefndar yrði kynnt þremur vikum síðar eða um miðjan október 2008. Í ljósi efnahagshrunsins í október 2008 var ekki gengið frá ráðgjafarsamningi við stefnanda eins og gert var ráð fyrir í útboðsskilmálum um síðara þrepið.

Þann 11. febrúar 2010 var tillaga stefnanda kynnt af matshópi á vegum stefnda og tillagan talin hagstæðust og átti þar með að fá verkið samkvæmt útboðsskilmálum.

Þá ber til þess að líta að í fundargerð framkvæmdaráðs stefnanda þann 1. febrúar 2010 var niðurstaða starfshóps vegna Hamranesskóla lögð fram ásamt umsögnum umsagnaraðila. Kemur fram að búið væri að kynna málið í fræðsluráði, skipulags- og byggingarráði og umhverfisnefnd. Framkvæmdaráð tók undir niðurstöður starfshópsins og með hliðsjón af samkeppnisgögnum að tillaga stefnanda væri með samanlagða bestu einkunn. Framkvæmdaráð lagði áherslu á að vinningstillagan gæfi ekki beina heimild til samninga og verkið væri ekki á fjárhagsáætlun 2010. Var þessi fundargerð kynnt á bæjarráðsfundi stefnda þann 11. febrúar 2010.

Var stefnandi ásamt öðrum boðaður til fundar hjá stefnda þann 18. febrúar 2010 þar sem framkvæmdasvið stefnda hugðist sýna tillögurnar og gera grein fyrir niðurstöðum matsnefndarinnar. Í þeirri boðun til stefnanda var tekið fram að málið hefði verið tekið fyrir á fundi framkvæmdaráðs stefnda og hefði ráðið tekið undir niðurstöðu starfshóps með hliðsjón af samkeppnisgögnum og að tillaga stefnanda væri með samanlagða bestu einkunn. Var þetta tæpu einu og hálfu ári eftir að stefndi kveður að tillögur stefnanda hafi runnið út samkvæmt útboðsgögnum. Á þessum tíma var stefnandi í sambandi við forstöðumann fasteignafélags Hafnafjarðarbæjar en dráttur hafði orðið á framvindu hugmynda og samningsgerðar við stefnanda vegna afleiðinga efnahagshrunsins í október 2008. Samkvæmt framburði Ögmundar hafi stefndi haft samband og tilkynnt að málið væri enn í vinnslu en niðurstaða hafi ekki legið fyrir fyrr en fjórutíu og átta vikum síðar en áætlað var. Þá var ljóst að verkið myndi ekki fara á fulla ferð og hafi stefnandi verið sáttur við það. Fjárhagsstaða bæjarins hafi þá staðið í vegi fyrir því að hægt væri að fara af stað. Á tímabilinu 2010 til 2016 hafi eigendur stefnanda verið í reglulegu sambandi við tengilið stefnda, Sigurð Haraldsson, og hafi hann ætíð sagt að verkið færi af stað þegar betur áraði í fjárhag bæjarins. Aldrei hafi verið tekið fram að tilboði stefnanda væri hafnað eða það væri runnið út. Vitnið Ögmundur kvaðst hafa haft samband við Sigurð þar sem hann hafði fengið upplýsingar um að verkið ætti að fara af stað. Í byrjun mars 2016 hafi vitnið og Sigurður átt fund um verkið og þá komið fram að sú lóð sem byggja átti Hamranesskóla á væri ekki byggingarhæf og því yrði að færa skólann á aðra lóð. Á þeim fundi hafi ekki verið neinn vafi í huga vitnisins að stefnandi myndi yfirfæra verkefnið yfir á nýja lóð. Hafi afstaða Sigurðar verið alveg skýr með það, þannig að niðurstöður útboðsins frá 2008 væru að stefnandi myndi hanna skólann á nýrri lóð. Í mars 2016 hafi stefnandi verið fenginn til að kynna verkefnið fyrir stýrihóp á vegum stefnda. Var þetta í annað sinn sem verkefnið var kynnt fyrir stýrihóp á vegum stefnda. Samkvæmt vitninu var aldrei á þeim tíma nefnt að ekki ætti að vinna áfram með tillögur stefnanda. Hafi vitnið vitað að stefndi hafi verið að undirbúa að verkið gæti hafist, t.d. með því að gera lóðina byggingarhæfa og einnig varðandi flutning á svokallaðri Hamraneslínu. Kvað vitnið fordæmi vera fyrir því að verkefni tefðust, s.s. Hús íslenskra fræða og viðbygging við Alþingishúsið. Í tölvupósti frá stefnanda til starfsmanns stefnda þann 5. apríl 2016 spurði stefnandi hvort eitthvað væri að fréttu og sama dag svaraði Sigurður Haraldsson að enn hafi ekkert verið ákveðið, verið sé að vinna þetta mál mjög hægt enn sem komið er. Kvaðst hann vita meira í lok næstu viku. Hinn 18. júlí 2016 gerði stefnandi enn

fyrirspurn og svaraði Sigurður Haraldsson að ekki væri enn neitt að fréttu en von væri á einhverri ákvörðun í ágúst/september. Á þessum tíma og af samskiptum aðila verður ekki ráðið að stefndi hafi litið svo á að tillaga stefnanda hefði runnið út átta vikum eftir skiladag.

Stefndi auglýsti alútboð/forval vegna hönnunar og byggingar á skóla í Skarðshlíð í Hafnarfirði í byrjun mars 2017 og átti að opna tilboð 3. mars 2017. Þann 2. mars 2017 sendi stefnandi stefnda bréf með fyrirspurn um breytta afstöðu stefnda vegna Hamranesskóla. Í tölvupósti þann 7. apríl 2017 átti stefnandi í samskiptum við starfsmenn stefnda vegna funda sem þau hafi átt. Var stefnanda svarað að þetta mál væri hjá bæjarlögmanni og yrði hann í samskiptum við stefnanda varðandi málið. Þann 7. apríl 2017 kvað starfsmaður stefnda að verið væri að vinna í málinu og stefnandi myndi fá svar frá stefnda eftir páska. Þann 12. maí 2017 ítrekaði stefnandi að fá svör frá stefnda. Þann 29. september 2017 sendi stefnandi stefnda bréf vegna málsins.

Þrátt fyrir að vitnið Sigurður Haraldsson hafi ekki kannast neitt sérstaklega við að hafa verið í reglulegum samskiptum við stefnanda á árunum 2010 til 2016, telur dómurinn framburð Sigurðar ótrúverðugan þar sem minni hans var skýrt varðandi einstök atvik en ekki varðandi innihald samskipta aðila. Þá kvaðst vitnið Sigurður ekki hafa haft neitt umboð fyrir hönd stefnda til að taka ákvarðanir þar sem verkefnið hafi ekki verið komið á fjárhagsáætlun stefnda en vitnið kvaðst aðspurt ekki hafa upplýst stefnanda um að vitnið væri ekki réttur aðili til að ræða framvindu verksins við.

Vitnið Andrés Narfi kvað fyrir dóminum að hann hafi frá árinu 2010 til 2016 verið í reglulegum samskiptum við Sigurð Haraldsson þar sem stefnandi hafi orðið að gera ráðstafanir á starfsemi sinni þegar verkið færi af stað en um stórt verkefni væri að ræða sem kallaði á skipulag inn í tímaáætlanir stefnanda.

Vitnið Sigurður Haraldsson var forstöðumaður fasteignafélags Hafnarfjarðar og kom fram fyrir hönd stefnda. Eins og fram kemur í gögnum málsins og í skýrslum fyrir dómi er það fyrst nú fyrir dóminum sem vitnið Sigurður kveðst ekki hafa verið réttur aðili til að svara fyrir framgang verksins á vegum stefnda né gefa nokkur vilyrði. Stefndi hafi frekar átt að vera í samskiptum við bæjarstjóra vegna þessa máls en vitnið hafi ekki bent stefnanda á það. Vitnið kvaðst ekki geta svarað fyrir um samtöl Andrésar Narfa á árunum 2010 til 2016, sennilega hafi starfsmaðurinn verið að ræða verkefnið en vitnið kvaðst ekki geta munað sérstaklega eftir efnisinnihaldi símtalanna eða hvort þau hafi snúist um verkefnið um Hamranesskóla.

Bréf stefnanda og tölvupóstur til Umhverfis- og skipulagsþjónustu og vitnisins Sigurðar þann 2. mars 2017 var borið undir vitnið. Í bréfinu er vísað til tillagna stefnanda frá 2008 vegna Hamranesskóla og að stefndi væri bótaskyldur vegna þess að hætt hafi verið við verkið. Kvaðst vitnið hafa áframsent bréfið til bæjarstjóra og ekki svarað stefnanda þar sem hann hafi fengið þau fyrirmæli að svara bréfinu ekki.

Kemst dómurinn að þeirri niðurstöðu, þar sem vitnið benti stefnanda aldrei á annan aðila sem ætti að svara fyrir verkið, þvert á móti setið fundi og með stefnanda og svarað tölvupósti, að hann hafi verið réttur aðili til að svara fyrir verkið fyrir hönd stefnda á þessum tíma.

Undir lið 1.11.2 í útboðsgögnum vegna þreps tvö kemur fram að sá bjóðandi sem fær hæstu einkunn sé með hagstæðustu lausnina og þar með hagstæðasta tilboðið og muni verkkaupi gera ráðgjafarsamning við þann aðila á grundvelli lausnarinnar, verðtilboðs hans og útboðsgagna. Í lið 1.10.5 segir að verkkaupi greiði bjóðendum sem komi með tækar og gildar lausnir 5.000.000 króna. Hjá þeim bjóðanda sem verkkaupi gerir ráðgjafarsamning við skoðist greiðsla þessi sem upphafsgreiðsla vegna hönnunar- og ráðgjafarkostnaðar í samræmi við fyrirliggjandi verðtilboð bjóðanda. Þann 14. janúar 2009 greiddi stefndi stefnanda reikning að fjárhæð 5.000.000 króna.

Telur dómurinn stefnanda hafa sýnt nægjanlega fram á að hann hafi, í samráði við starfsmann stefnda, verið í góðri trú um að stefndi myndi gera bindandi samning um hönnun og ráðgjöf nýs skóla fyrir stefnda. Stefna var birt stefna 28. desember 2018. Telur dómurinn að samningssamband stefnda og stefnanda hafi ekki rofnað á þessum tíma, þrátt fyrir að skriflegur samningur milli aðila hafi ekki verið gerður, og krafa stefnanda því ekki fyrnd. Er þeirri málsástæðu stefnda því hafnað.

Í gögnum málsins liggur fyrir matsgerð sem stefnandi aflaði undir rekstri málsins. Er í matsgerðinni gerður samanburður á tilboði stefnanda og annarra aðila sem gerðu einnig kostnaðartilboð í fyrsta þrepi útboðsins. Þá er gerð kostnaðargreining og samanburður á samandregnum rekstri stefnanda og síðast hagnaður stefnanda af verkinu. Þessari matsgerð hefur ekki verið hnekkt né yfirmat fengið. Hefur stefnandi með matsgerðinni sýnt fram á að hann hafi lögvarða hagsmuni af því að fá úrlausn í máli þessu.

Stefndi byggir sýknukröfu sína á því að forsendur hafi brostið fyrir því að gera samning við stefnanda þar sem stefndi hafi verið mjög skuldsettur eftir efnahagshrunið.

Ljóst er að efnahagshrunið haustið 2008 hafði gífurleg áhrif á fyrirtæki, sveitarfélög og landsmenn alla. Þrátt fyrir það er ekki að finna neins staðar í gögnum málsins að stefndi hafi nokkurn tímann borið það fyrir sig utan að bygging skólans var

ekki sett á fjárhagsáætlun. Þrátt fyrir það heldur stefndi samskiptum við stefnanda áfram allt til ársins 2016 en þá hefur undirbúningsvinna vegna Skarðshlíðarskóla verið komin í vinnslu, samanber útboð sem auglýst var í upphafi árs 2017. Telur dómurinn að stefnda hafi borið að tilkynna stefnanda með einhverjum hætti að hætt yrði við verkið í ljósi aðstæðna. Þess þá heldur fær stefndi stefnanda til að vera með kynningu á árinu 2010 fyrir starfshóp á vegum stefnda. Á því ári er verið að kynna tillögur stefnanda fyrir nefndum og bæjarráði stefnda. Af þessu má ráða að frá því að efnahagshrunið varð og til ársins 2010 taldi stefndi ekki vera brostnar forsendur fyrir áframhaldandi samvinnu við stefnanda vegna tillagna hans. Verður þessari málsástæðu stefnda því hafnað.

Samkvæmt þessu er skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 uppfyllt. Telur dómurinn að stefnandi hafi sýnt nægjanlega fram á að hann hafi borið tjón af vegna athafnaleysis stefnda. Verða dómkröfur stefnanda því teknar til greina og viðurkennd skaðabótaskylda stefnda vegna missis hagnaðar sem stefnandi hefði notið, hefði ekki komið til ákvörðunar stefnda um að ganga ekki til samninga við stefnanda um hönnun og ráðgjöf fyrir Hamranesskóla.

Að þessari niðurstöðu fenginni og með vísan til 1. mgr. 130. gr. einkamálalaga nr. 91/1991 verður stefndi dæmdur til að greiða stefnanda 5.000.000 króna í málskostnað.

Ástríður Grímsdóttir héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

### **Dómsorð.**

Viðurkennt er að stefndi, Hafnarfjarðarbær, beri skaðabótaábyrgð á því fjártjóni sem stefnandi, Hornsteinar ehf., kann að hafa beðið vegna missis hagnaðar, sem stefnandi hefði notið hefði ekki komið til ákvörðunar stefnda um að ganga ekki til samninga við stefnanda um hönnun og ráðgjöf fyrir Hamranesskóla.

Stefndi greiði stefnanda 5.000.000 í málskostnað.

Rétt endurrit staðfest

í Héraðsdómi Reykjaness 15.07.2019



Ástríður Grímsdóttir