

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 28. janúar 2010 í máli nr. E-3982/2009:

Ísaga ehf.

(Eiríkur Elís Þorláksson hrl.)

gegn

Íslenska ríkinu

(Óskar Thorarensen hrl.)

I

Mál þetta, sem var tekið úrskurðar 9. desember sl., er höfðað 26. mars sl. af Ísögu ehf., Breiðhófða 11, Reykjavík á hendur íslenska ríkinu, með stefnu áritaðri um viðtöku. Heilbrigðisráðherra er stefnt fyrir hönd ríkisins. Undirritaður dómari tók við meðferð málsins 1. september sl.

Dómkröfur stefnanda eru að viðurkenndur verði réttur stefnanda til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar sökum ákvörðunar Ríkiskaupa um að ganga ekki til samninga við stefnanda þegar fyrir lá að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s uppfylltu ekki ákvæði 1.2.7 í útboðslýsingu vegna rammasamningsútboðs nr. 14378 auðkenndu “Lyfjasúrefni, glaðloft og fleira fyrir heilbrigðisstofnanir”. Þá krefst stefnandi málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnda.

Dómkröfur stefnda eru aðallega að málinu verði vísað frá dómi og að stefnanda verði gert að greiða stefnda málskostnað að mati réttarins. Til vara er þess krafist að stefndi verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda og að stefnandi verði dæmdur til að greiða stefnda málskostnað að mati réttarins.

Þann 9. desember 2009 fór fram munnlegur málflutningur um frávísunarkröfu stefnda í samræmi við 2. mgr. 100. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Dómkröfur stefnanda í þessum þætti eru þær að frávísunarkröfunni verði hafnað og að stefnda verði gert að greiða honum málskostnað vegna þessa þáttar málsins. Stefndi krafðist enn fremur málskostnaðar að skaðlausu fyrir þennan þátt málsins.

II

Í stefnu kemur fram að málið sé málið sé tilkomið vegna rammisamningsútboðs nr. 14378 sem Ríkiskaup hélt í október 2007. Með útboðslýsingu 1. október 2007 hafi Ríkiskaup, f.h. tiltekinna heilbrigðisstofnana, óskað eftir tilboðum í lyfjasúrefni í hylkjum, fljótandi lyfjasúrefni, glaðloft og leigu og rekstur á hylkjum og tönkum fyrir lyfjasúrefni. Samkvæmt útboðslýsingu skyldi samningstími vera tvö ár með möguleika á að framlengja samninginn tvisvar sinnum um eitt ár í senn. Í ákvæði 1.2.7 í útboðslýsingu komi skýrt fram að seljandi ábyrgist að aflað verði íslensks markaðsleyfis fyrir lofttegundirnar eigi síðar en 220 dögum eftir að niðurstaða um val á samningsaðila lægi fyrir. Ákvæði 1. mgr. 1.2.7 hljóðar svo: *Afhending lofttegunda skal hefjast svo fljótt sem auðið er eftir að samningar taka gildi. Með afhendingu er átt við að lofttegundir í hylkjum séu komnar til kaupanda. Vanti tilskilið íslenskt markaðsleyfi fyrir lyfjasúrefni á hylkjum, fljótandi lyfjasúrefni og glaðloft, skal seljandi ábyrgjast að þess verði aflað áður en til afhendingar kemur, þó eigi síðar en 220 dögum eftir að niðurstaða um val á samningsaðila liggur fyrir. Vanti tilskilið íslenskt innflutnings- eða heildsöluleyfi lyfja, sbr. reglugerð nr. 699/1966 um innflutning og heildsöluþreifingu lyfja, skal seljandi afla sér tilskilins leyfis eða framvísa samningi við aðila með tilskilið leyfi áður en samningur á að taka gildi.*

Stefnandi kveðst hafa skilaði inn tilboði í útboðinu. Fastus ehf. og Strandmöllen a/s hafi einnig skilað inn tilboði. Með tölvubréfi, dags. 7. desember 2007, hafi Ríkiskaup tilkynnt að ákveðið hefði verið að velja tilboð frá Fastus ehf. og Strandmöllen a/s, þar sem það hefði verið metið hagstæðast.

Stefnandi kærði ákvörðun Ríkiskaupa um að ganga til samninga við Fastus ehf. og Strandmöllen a/s til kærunefndar útboðsmála sem hafnaði kröfum stefnanda með úrskurði 3. mars 2008. Nefndin vísaði til þess að kominn væri á bindandi samningur sem ekki væri unnt að fella úr gildi eða breyta.

Stefnanda kveðst hafa verið kunnugt um að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s höfðu ekki aflað íslensks markaðsleyfis þegar 220 daga frestur samkvæmt lið 1.2.7. í útboðslýsingu var liðinn. Þar sem ljóst hafi verið að félögin hefðu ekki staðið við skilmála útboðslýsingar kveðst stefnandi hafa sent stefnanda Ríkiskaupum bréf 14. júlí 2008 þar sem óskað hafi verið eftir afstöðu Ríkiskaupa til þess hvort gengið yrði í framhaldinu til samninga við hann sem „næstbjóðanda“ eða útboðið endurtekið. Með bréfi 16. júlí 2008 hafi Ríkiskaup haldið því fram að umræddur 220 daga frestur hæfist ekki fyrr en eftir að Lyfjastofnun hefði tekið umsóknir um markaðsleyfi til efnislegrar meðferðar. Lögmaður stefnanda hafi með bréfi 21. júlí 2008 óskað eftir frekari rökstuðningi fyrir þessum skilningi Ríkiskaupa. Með bréfi Ríkiskaupa 2. september 2008 hafi að nokkru leyti gerð grein fyrir sjónarmiðum stofnunarinnar, en svo virðist sem ástæða hafi verið talin til að víkja frá þessu skýra skilyrði útboðsgagna vegna afstöðu Lyfjastofnunar.

Stefnandi kveðst hafa mótmælt rökstuðningi Ríkiskaupa með bréfi 3. nóvember 2008 og krafist þess að útboðsferlið yrði sett í lögmeitt horf og gengið til samninga við stefnanda þar sem Fastus ehf. og Strandmöllen a/s hefðu ekki staðið við skilmála útboðsins. Því hafi verið hafnað af hálfu Ríkiskaupa með bréfi frá 18. nóvember 2008 með vísan til fyrri bréfaskipta og niðurstöðu kærunefndar

útboðsmála. Þá hafi verið tekið fram að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s hefðu nú öðlast tilskilin leyfi frá Lyfjastofnun. Stefnandi hafi ítrekað afstöðu sína með bréfi dagsettu 24. nóvember 2008 og óskað eftir upplýsingum frá Ríkiskaupum um hvernig áskilnaður í útboðsgögnum um að bjóðandi „skuli“ fara að kröfum samkvæmt útboðslýsingu hefði verið túlkaður hingað til. Í bréfi Ríkiskaupa frá 11. desember 2008 hafi þessari fyrirspurn ekki verið svarað. Með bréfi frá 21. desember 2008 hafi stefnandi ítrekað fyrirspurnina en ekkert svar borist. Vegna afstöðu Ríkiskaupa f.h. stefnda sé stefnanda nauðugur sá kostur að höfða mál þetta og setja fram viðurkenningarkröfu um skaðabótaskyldu úr hendi stefnda.

Stefnandi segir að ágreiningur aðila snúist fyrst og fremst um túlkun á ákvæði 1.2.7. í útboðslýsingu. Stefnandi telur að samkvæmt ákvæði 1.2.7. útboðslýsingarinnar hvíli sú ófrávíkjanlega skylda á tilboðsgjafa í hinum opinberu innkaupum að afla sér tilskilins markaðsleyfis fyrir lofttegundir eigi síðar en 220 dögum eftir að niðurstaða um val á samningsaðila lá fyrir. Óumdeilt sé að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s hafi ekki aflað tilskilins markaðsleyfis innan frestsins og því ljóst að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s hafi ekki staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt útboðsskilmálum. Vegna þessa hafi stefnda og Ríkiskaupum, sem stóð að útboðinu, borið að falla frá samningi við Fastus ehf. og Strandmöllen a/s og ganga til samninga við stefnanda þar sem hann hafi verið eini annar bjóðandinn. Því verði að fallast á viðurkenningarkröfu hans í málinu.

Stefnandi byggir á því að ómögulegt sé að túlka ákvæði 1.2.7. á annan hátt en að um fortakslausan frest hafi verið að ræða. Ríkiskaupum hafi þegar við lok frestsins verið rétt að lýsa því yfir við Fastus ehf. og Strandmöllen a/s að þeir uppfylltu ekki skilyrði útboðsskilmála og að gengið yrði til samninga við stefnanda án nokkurs dráttar. Hvergi í fyrirleggjandi útboðsgögnum hafi verið veitt heimild til að víkja frá tilgreindum 220 daga fresti. Stefnandi telur að Ríkiskaup hafi, með því að veita einum bjóðanda frekari frest til að fullnægja fortakslausum skilyrðum útboðslýsingarinnar, brotið gegn IX. kafla, einkum 72. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup við framkvæmd útboðsins. Stefnandi byggir á því að kaupanda í opinberum innkaupum sé skylt að fara í einu og öllu eftir þeim skilmálum sem lagðir eru fram í útboðslýsingu. Þá telur stefnandi að með því að slaka á kröfum gagnvart einum bjóðanda, hafi Ríkiskaup við framkvæmd útboðsins brotið gegn grundvallarreglu opinberra innkaupa um að gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup, sbr. 14. gr. laga um opinber innkaup. Vegna þessa telur stefnandi að sú framkvæmd Ríkiskaupa að veita Fastus ehf. og Strandmöllen a/s rýmri frest til að öðlast tilskilin markaðsleyfi en heimilt er samkvæmt útboðsgögnum sé ólöglegt. Enn fremur hafi ekki verið sýnt fram á að sú tímalengd sem leyfisveitingin tók hafi ekki verið á ábyrgð leyfisbeiðanda. Jafnvel þó slíkt lægi fyrir hefði það engin áhrif þar sem augljóslega var brotið gegn grundvallarákvæðum laga um opinber innkaup við framkvæmd útboðsins og skiptir afstaða þriðja aðila á borð við Lyfjastofnun engu máli í því sambandi.

Með því að semja ekki við stefnanda þegar fyrir hafi legið að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s gátu ekki staðið við útboðsskilmála og fyrrgreindur frestur var liðinn hafi verið brotið gegn lögum um opinber innkaup og meginreglum útboðsréttar. Stefnandi hafi borið að falla frá samningi við Fastus og Strandmöllen a/s enda óheimilt að viðhalda samningi við aðila sem ekki uppfylli skilyrði útboðslýsingar. Í kjölfarið hafi stefndu borið að semja við stefnanda, enda hafi tilboð hans verið eina gilda tilboðið að loknum þeim fresti sem veittur var í ákvæði 1.2.7.

í útboðslýsingu.

Stefnandi telur sig hafa orðið fyrir verulegu fjárhagslegu tjón þar sem ekki hafi verið samið við hann þegar ljóst hafi verið að Fastus og Strandmöllen a/s uppfylltu ekki skilyrði útboðsskilmála. Stefnandi krefst viðurkenningu á bótaskyldu. Fyrir liggur að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni en umfang þess liggja ekki endanlega fyrir. Um þá staðreynd að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni er vísað til yfirlýsingar löggilts endurskoðanda félagsins, dags. 25. mars 2009, sem lögð var fram við þingfestingu málsins. Hún hljóðar svo: *Undirrituð er endurskoðandi ÍSAGA ehf., ... en félagið tók þátt í rammasamningsútboði Ríkiskaupa nr. 14378 auðkenndu „Lyffjasúrefni, glaðloft og fleira fyrir heilbrigðisstofnanir“. Hér með staðfestir undirrituð að ÍSAGA ehf. hafi orðið fyrir fjárhagslegu tjóni vegna missis hagnaðar sem félagið hefði notið við hefði ekki komið til þeirrar ákvörðunar Ríkiskaupa að hafna ekki tilboði Fastus ehf. og Stradmöllen a/s og taka upp samninga við ÍSAGA ehf. þegar ljóst var að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s uppfyllti ekki skilmála útboðsins.“*

Um lagarök er vísað til laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, einkum IX kafla og 14. gr. laganna, meginreglna útboðsréttarins og meginreglna samningaréttar. Viðurkenningarkrafa er reist á 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og krafan um málskostnað styðst við 1. mgr. 130. gr. sömu laga.

Íslenska ríkinu sé stefnt til varna í máli þessu en Ríkiskaup hafi annast hið umdeilda útboð fyrir hönd tiltekinnna heilbrigðisstofnana sem séu undir ábyrgð heilbrigðisráðherra. Ráðherranum sé því stefnt sem fyrirvarsmanni.

Frávísunarkrafa stefnda er byggð á því ekki sé að sjá að nein slík ákvörðun liggja fyrir sem vísað er til í dómkröfum. Því beri m.a. með vísan til 1. mgr. 26. gr. laga nr. 91/1991 að vísa málinu frá dómi. Kominn hafi verið á bindandi samningur á grundvelli útboðslýsingar og tilboðs Fastus ehf. og Strandmöllen a/s. Stefnandi hafi ekki lögvarða hagsmuni af því að skipta sér af efndum á samningi milli óskyldra aðila en réttaráhrif tilboðs stefnanda hafi verið fallin niður á því tímamarki sem stefnandi virðist miða dómkröfur sínar við. Dómkröfurnar séu ekki nægilega skýrar til að dómur verði lagður á sakarefnið sbr. d. og e. liði 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991. Þá telur stefndi að í þeim felist lögspurning sem andstæð sé 1. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991.

Stefndi telur enn fremur að fyrirvar í málinu sé ekki fullnægjandi og fyrirvarið vanreifað. Stefnanda hafi a.m.k. borið að stefna Ríkiskaupum og/eða fjármálaráðuneyti f.h. íslenska ríkisins, sem Ríkiskaup heyra undir, sbr. 5. mgr. 17. gr. laga nr. 91/1991. Vanreifað sé hvers vegna látið sé nægja að stefna heilbrigðisráðherra fyrir hönd íslenska ríkisins. Þegar stefnandi hafi kært útboðið til kærunefndar útboðsmála hafi Ríkiskaup verið varnaraðili. Dómkrafan beinist að meintri ákvörðun Ríkiskaupa.

Þá telur stefndi að ekki sé fullnægt skilyrðum 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 til að krefjast megi viðurkenningar á rétti til skaðabóta. Ekki hafi verið sýnt sé fram á tjón eða missi hagnaðar með neinum hætti. Bótakrafan sé vanreifuð. Yfirlýsing endurskoðanda félagsins veiti enga slíka sönnun enda sé yfirlýsingin gjörsamlega órökstudd. Ekki sé nægilegt í þessu sambandi að tilboði stefnanda hafi ekki verið tekið. Lagagrundvöllur skaðabótakröfu stefnanda sé algerlega vanreifaður og stefnan ekki í samræmi við 1. mgr. 80. gr. f. lið laga nr. 91/1991.

Í munnlegum flutningi um frávísunarkröfu stefnda var m.a. á því byggt af hálfu stefnanda að vegna þess að stefnandi hafi verið þáttakandi í opinberu útboði sem brotið hafi í bága við skilmála þess og lög eigi hann lögvarða hagsmuni. Um sé að ræða kröfu um viðurkenningu á rétti til skaðabóta vegna brota á reglum. Varðandi fyrirsvarið þá sé eðlilegt að stefna heilbrigðisráðherra fyrir hönd ríkisins þar verkkaupar í útboðinu hafi verið heilbrigðisstofnanir og heilbrigðisráðherra sé æðsti yfirmaður heilbrigðismála. Hann hafi ákvörðunarvaldið um hagsmunina sem varði sakarefnið, sbr. 5. mgr. 17. gr. laga nr. 91/1991. Þá hafnaði stefnandi því að dómkröfurnar væru vanreifaðar. Samkvæmt dómaframkvæmd Hæstaréttar væri ekki nauðsynleg að tilgreina umfang tjóns nákvæmlega til að höfða megi viðurkenningarmál á grundvelli 25. gr. laga nr. 91/1991. Fyrir lægi yfirlýsing endurskoðanda um að þar sem ekki hefði verið gengið til samninga við stefnanda hefði hann orðið af hagnaði.

III

Í máli þessu leitar stefnandi viðurkenningardóms um að hann eigi rétt til skaðabótabóta úr hendi stefnda. Skilyrði þess að unnt sé að leita viðurkenningardóms, samkvæmt 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, er að sá sem gerir kröfuna hafi lögvarða hagsmuni af því að skorið sé úr um tilvist eða efni réttinda eða réttarsambands og að hann leiði að minnsta kosti líkur að því að hann kunni að hafa orðið fyrir tjóni vegna þess atburðar sem krafan beinist að.

Í málatilbúnaði stefnanda er ekki gerð viðhlítandi grein fyrir þeim lagalegum forsendum, sem staðið gætu til þess að viðurkennt yrði, að stefnandi eigi rétt til skaðabóta úr hendi stefnda vegna missis hagnaðar sökum ákvörðunar Ríkiskaupa um að ganga ekki til samninga við stefnanda þegar fyrir hafi legið að Fastus ehf. og Strandmöllen a/s uppfylltu ekki ákvæði 1.2.7. umræddrar útboðslýsingar, eins og dómkrafa stefnanda tekur til. Skortir þannig verulega á að stefnandi hafi gert grein fyrir því hvernig hann getur talist hafa lögvarða hagsmuni af niðurstöðu dóms þar sem óhjákvæmilega yrði tekin afstaða til réttarsambands stefnda og annarra aðila, þ.e. Fastus ehf. og Strandmöllen a/s, sem ekki eiga aðild að málinu. Þá hefur stefnandi heldur ekki lýst því nægilega í hverju tjón hans felist en fyrrgreind yfirlýsing endurskoðanda hans er svo almenns eðlis og lítt rökstudd að ekki verður fallist á að stefnandi hafi með framlagningu hennar leitt nægar líkur að því að hann kunni að hafa orðið fyrir tjóni

Málatilbúnaður stefnanda um ætlaða lögvarða hagsmuni og önnur atriði sem lúta að skýringu á kröfu hans um viðurkenningu á skaðabótaskyldu og heimild til að höfða viðurkenningarmál fullnægir því ekki skilyrðum 1. og 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 og samræmist heldur ekki d- og e-lið 80. gr. sömu laga. Málinu er því vísað frá dómi.

Samkvæmt 2. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála er stefnanda gert að greiða stefnanda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 100.000 krónur.

Áslaug Björgvinsdóttir, settur héraðsdómari, kveður upp úrskurðinn.

ÚRSKURÐARORÐ

Máli þessu er vísað frá dómi. Stefnandi, Ísaga ehf., greiði stefnda, íslenska ríkinu, 100.000 krónur í málskostnað.

Áslaug Björgvinsdóttir.

Rétt endurrit staðfestir,

Héraðsdómi Reykjavíkur, 28. janúar 2010.

Gjald 1.500,-

Greitt: