

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 7. júní 2013 í máli nr. E-528/2013:

Hýsir ehf.

(Sjálfur ólöglærður)

gegn

Ríkissjóði Íslands o.fl.

Mál þetta, sem var tekið til úrskurðar 30. maí 2013 sl., er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur af Hýsi ehf., Barónsstíg 3, Reykjavík á hendur fjármála- og efnahagsráðuneytinu, íslenska ríkinu, ríkissjóði, kærunefnd útboðsmála og Ríkiskaupum með stefnu birtri 6. febrúar 2013.

Dómkröfur stefnanda eru eftirfarandi:

1. Að með dómi verði viðurkennt að stefndu beri, sameiginlega (in solidum), bótaábyrgð gagnvart stefnanda á tjóni og missi hagnaðar, sem stefnandi varð fyrir sökum þess að með tveimur úrskurðum, í kærumálum nr. 32/2002 og 36/2002, báðir uppkveðnir 13. febrúar 2003, felldi kærunefnd útboðsmála niður tvö rammasamningsútboð á vegum Ríkiskaupa, útboð nr. 13128, auðkennt „Lyf fyrir sjúkrahús“ og útboð nr. 13174, auðkennt „Lyf fyrir sjúkrahús — Blóðstorkuþáttur VIII“, ásamt því að kærunefndin ógildi rammasamningsútboð nr. 13249, auðkennt „Lyf fyrir sjúkrahús — Blóðstorkuþáttur VIII“ með því að fyrirskipa Ríkiskaupum í úrskurði kærumáls nr. 21/2003 að bjóða út að nýju lyf sem boðin voru út í þessu útboði (nr. 13249) og öll fóru fram fyrir hönd Sjúkrahúsapóteks.
2. Að með dómi verði viðurkennt að stefndu beri, sameiginlega (in solidum), bótaábyrgð gagnvart stefnanda er nemi kostnaði, vinnu og öðru tjóni sem hann varð fyrir og þurfti að leggja í vegna þátttöku í rammasamningsútboðum nr. 13128, nr. 13174, nr. 13249 og samningskaupaútboði nr. 13356, á vegum Ríkiskaupa og nánar eru tilgreind í stefnunni, sbr. og í kröfulið nr. 1 að ofan.
3. Til vara með kröfu nr. 1, að með dómi verði viðurkennt að stefndu beri, sameiginlega (in solidum), bótaábyrgð gagnvart stefnanda, á tjóni og missi hagnaðar, sem stefnandi varð fyrir sökum þess að Ríkiskaup endurtóku ekki útboð sem tilgreind eru í dómkröfu nr. 1, þannig að óskað væri tilboða í sömu lyf og í sama magni og gert var í þeim útboðum, í framhaldi þess að kærunefnd útboðsmála felldi útboðin tvö úr gildi og ógildi það þriðja.
4. Jafnframt er krafist að í sama dómi verði viðurkennt að stefndu beri, sameiginlega (in solidum), bótaskyldu á tjóni sem stefnandi hefur orðið fyrir og nemur vöxtum að því hámarki sem lög heimila, frá 1. júlí 2003 og til greiðsludags,

af bótafjárhæð sem stefnandi síðar kann að fá sér dæmda á grundvelli viðurkenningardóms, sem mál þetta er höfðað til, og m.a. vísað þar um til laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

5. Stefnandi krefst í öllum tilvikum málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefndu.

Dómkröfur stefndu eru eftirfarandi

1. Að málinu verði vísað frá dómi. Verði ekki fallist á kröfu um frávísun málsins í heild krefjast stefndu, fjármála- og efnahagsráðuneytið, ríkissjóður, kærunefnd útboðsmála og Ríkiskaup, þess að kröfum á hendur þeim verði vísað frá dómi.
2. Til vara krefjast þau þess að stefndu verði sýknuð af öllum kröfum stefnanda.
3. Í öllum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Í þessum þætti málsins er krafa stefndu um frávísun málsins tekin til úrskurðar. Stefnandi hafnar frávísunarkröfu stefndu og krefst málskostnaðar.

I

Í stefnu málsins kemur fram að á árinu 2002 hafi stefnandi tekið þátt í þeim lyfjaútboðum á vegum Ríkiskaupa sem tilgreind séu í dómkröfuflið nr. 1, rammasamningsútboðum nr. 13128 og nr. 13174, en það síðarnefnda hafi farið í framhaldsútboð nr. 13249 og sé þriðja útboðið sem getið sé um í 1. lið dómkröfu. Um sé að ræða tvö útboðsferli, annars vegar útboðið nr. 13128 og hins vegar útboð nr. 13174 og nr. 13249. Stefnandi kveðst hafa keypt útboðsgögnin, sem hafi verið á íslensku, af Ríkiskaupum en hafi þurft að þýða þau á ensku í þeim tilgangi að leita undirtilboða. Eftir að stefnandi hafði aflað undirtilboða skilaði hann inn tilboðum í þessum útboðum.

Fjöldi lyfjategunda í útboði nr. 13128 hafi verið u.þ.b. 170 talsins og viðmiðunarfjárhæð þess 1.500.000.000 kr. miðað við tveggja ára samning, auk heimildar til framlengingar um önnur tvö ár og viðmiðið þá þrjár milljarðar króna. Miðað við eins árs viðmið, frá árinu 2001 á notkun sömu lyfja hjá kaupanda, hafi stefnandi verið með tilboð í lyfjamagn sem nam 2.427.561 evru (208.770.246 krónum af viðmiðunarverði). Þar af hafi stefnandi einn verið með tilboð í 627.671 evru (53.979.706 krónur af sömu viðmiðun). Miðað við fjögurra ára samningstíma þetta gert 835 milljónir króna og stefnandi einn verið með 216 milljónir króna. Gengi evru á tilboðstíma hafi verið 86 kr. en tilboð stefnanda hafi verið gengistryggð miðað við þann gjaldmiðil.

Í útboði nr. 13249, (framhald útboðs nr. 13174), hafi viðmiðunarfjárhæð verið 420 milljónir króna miðað við tveggja ára samning, auk heimildar til framlengingar um önnur tvö ár og viðmiðið þá 840.000.000 kr. Stefnandi kveðst hafa boðið í allt útboðsmagnið. Tilboð stefnanda hafi einnig verið gengistryggt miðað við evru. Í útboðunum hafi kaupandi jafnframt gert ráð fyrir að þörfin yrði eitthvað meiri en uppgefin viðmið sögðu til um.

Stefnandi heldur því fram að hann hafi boðið lægstu verðin í öllum þeim tilboðum sem hann sendi inn vegna umræddra útboða og að Ríkiskaupum hafi borið að taka þeim tilboðum. Við opnun tilboða hafi Ríkiskaup ekki lesið upp boðin verð eins og skylt sé skv. lögum og verði Ríkiskaup að upplýsa um verðmun milli tilboða stefnanda og annarra bjóðenda. Stefnandi skorar á stefndu að leggja fram upplýsingar og gögn varðandi síðastgreint, ásamt að leggja fram hlutaðeigandi gögn til sönnunar þeim tilboðsverðum sem hér um ræðir. Stefnandi muni svo eftir atvikum leggja fram upplýsingar um innkaupsverðin sem honum stóðu til boða.

Stefnandi kveðst á árunum 2003-2004 hafa sent Ríkiskaupum, fjármálaráðherra og heilbrigðisráðherra nokkur bréf og greinargerðir ásamt málgögnum, þar sem stefnandi hafi meðal annars gert grein fyrir málavöxtum og lýst ítrekað yfir að hann áskildi sér rétt til skaðabóta. Stefnandi kveðst hafa sent fjármálaráðherra sérstakt kröfubréf, dags. 27. desember 2007 og meðal annars ítrekað skaðabótakröfu. Samhliða hafi hann sent fjármálaráðherra ítarlega skýrslu, dags. 12. desember 2007, þar sem hann ítrekar einnig skaðabótakröfu. Um frekari málavexti, málsástæður og rök kveðst stefnandi vísa til skýrslunnar. Með bréfi hinn 9. júlí 2008 hafi ráðuneytið hafnað skaðabótaskyldu. Eftir það hafi stefnandi skrifað fjármálaráðherra bréf, dags. 29. desember 2009, þar sem hann ítrekar bótakröfur enn frekar. Stefnandi kveður að stefndu hafi þannig verið haldið upplýstum um málið allt frá upphafi, m.a. um tjónsatvik og mögulega fjárhæð bóta og þá á m.a. bótafjárhæð einnig að beri vexti frá upphafi mála.

Í stefnu tekur stefnandi fram að hann hafi kært öll útboðin til kærunefndar útboðsmála. Það fyrsta (útboð 13128) hafi hann kært hinn 21. nóvember 2002 (áður en kom að opnun tilboða, er fram fór 26. s.m.) og þau síðari með kæru dags. 19. desember 2002 (útboð 13174) og kæru dags. 10. júlí 2003 (útboð 13249) og þá eftir opnun tilboða. Þetta séu kærumál nr. 32/2002, 36/2002 og 21/2003.

Í 2. lið aðalkröfu í kærumálum nr. 32/2002 og 36/2002 segir: „Kærandi krefst þess að opnun tilboða verði ekki leyfð fyrr en bætt hefur verið úr þeim atriðum sem kæran byggir á“. Stefnandi tekur fram að engin krafa eða ósk hafi komið fram frá kæruaðilum, þess efnis að útboðin yrðu felld úr gildi, hvorki frá stefnanda né Ríkiskaupum (kæranda né kærða). Í kæru á útboði nr. 21/2003 hafi aðalkrafan verið sú „að úrvinnsla tilboða yrði aftur hafin á grundvelli tilboða er bárust í útboði nr. 13249“.

Stefnandi kveðst hafa krafist þess að fyrri tvö útboðin yrðu þegar í stað stöðvuð, þannig að opnun tilboða færi ekki fram fyrr en útskýrt hefði verið að jafnræði og jafnir möguleikar væri með bjóðendum. Þrátt fyrir kröfu um stöðvun útboðs nr. 13128, sem Ríkiskaup hafi vitað um hinn 22. nóv. 2002, sbr. það sem fram komi í bréfi Ríkiskaupa til kærunefndar, dags. 28. des. s.á., þá opnaði Ríkiskaup engu að síður tilboð í því útboði hinn 26. nóv. s.á. og einnig þrátt fyrir

bókuð rökstudd mótmæli lögmanns stefnanda á opnunarfundinum gegn því að tilboð yrðu opnuð, m.a. með vísan til 43. gr. þágildandi laga um opinber innkaup nr. 94/2001, sbr. þá einnig fundargerð frá þeim fundi. Kærunefnd útboðsmála hafi síðan stöðvað þetta útboð þrem dögum síðar með ákvörðun dags. 29. nóv. 2002, þar til leyst hefði verið úr kærumálinu. Ríkiskaup hafi lesið upp heiti boðinna lyfja á þessum opnunarfundi þrátt fyrir að ákvæði 47. gr. laganna heimilaði ekki slíkt. Fjárhæðir tilboða hafi hins vegar ekki verið lesnar upp eins og skylt sé skv. sömu lagagrein, og skv. 8. gr. laga nr. 65/1993 um framkvæmd útboða. Stefnandi telur að bjóðendur eigi rétt á því að fá strax að vita verðmun milli tilboða og hafi Ríkiskaupum því verið óheimilt að leyna þessu fyrir bjóðendum. Að stöðva útboðið eftir opnun tilboða og eftir að uppljóstrað var um boðin lyfjaheiti samrýmdist hins vega á engan hátt kærinni og var jafnframt með þessu hvoru tveggja brotið á saknæman hátt gegn stefnanda.

Stefnandi bendir á að Ríkiskaup hafi í þrígang ákveðið að fresta upphafsútboðinu um blóðstorkuþátt VIII (nr. 13174) til 25. febrúar 2003, í stað þess að fresta því ótímabundið þar til kærumáli væri lokið. Þegar komið var að opnun tilboða í því útboðsferli og þá í útboði nr. 13249, hafi Ríkiskaup jafnframt brotið áðurgreint lagaákvæði með því að lesa ekki heldur upp tilboðsverðin.

Stefnandi bendir á að með tveimur úrskurðum, dags. 13. febrúar 2003, hafi kærunefnd útboðsmála felld útboðin, nr. 13128 og nr. 13174, úr gildi, þrátt fyrir að stefnandi hafi ekki gert slíka kröfu í þeim kærumálum.

Kærumálskrafa nr. 1,1 í máli nr. 32/2002, vegna útboðs nr. 13128 sé svohljóðandi: „Kærandi krefst þess að ofangreint útboð verði þegar stöðvað þannig að opnun tilboða fari ekki fram á fyrirhuguðum tíma þann 26. nóvember 2002, kl. 11:00. Kærandi krefst þess einnig að opnun tilboða verði ekki leyfð fyrr en bætt hefur verið úr þeim atriðum sem kæran byggir á.“ Í úrskurði fari kærunefnd útboðsmála hins vegar ekki rétt með hvað varði þennan kröfufilið kærunnar og telur stefnandi að það geti hér einnig skipt máli. Nefndin segir aðeins í úrskurði um þetta: „útboðið stöðvað um stundarsakir að kröfu kæranda.“ Sami misbrestur sé einnig á túlkun nefndarinnar í úrskurði í máli nr. 36/2002, vegna blóðstorkuþátta. Þannig breyti nefndin kröfugerð frá því sem er í kærnum, að því er virðist til að auðvelda sér þá röngu niðurstöðu að fella útboðin úr gildi. Stefnandi telur að nefndinni hafi m.a. einnig verið þetta óheimilt.

Stefnandi kveðst mótmæla því að kærunefnd útboðsmála hafi mátt skilja kærumálskröfur, í kærnum stefnanda á útboðum þessum, þannig að þar væri krafa um að útboðin yrðu felld úr gildi. Svo sé ekki. Byggir stefnandi á að nefndinni hafi verið þetta óheimilt og að hún hafi með niðurfellingu útboðanna valdið stefnanda saknæmu tjóni, ásamt með því að ógilda framhaldsútboð nr. 13249, í stað þessa að leggja fyrir Ríkiskaup að úrvinnsla tilboða yrði aftur hafin á grundvelli tilboða er bærust í því útboði, eins og gerð var krafa um í kærnu. Þá sé byggt á því að nefndinni hafi einnig verið óheimilt að fella niður útboðin eða ógilda í ljósi þess að opnun tilboða hafði farið fram. (Og þá einnig búið að upplýsa viðskiptaleyndarmál). Kærun til kærunefndar útboðsmála séu úræði bjóðenda til verndar hagsmunum þeirra en ekki öfugt.

Í II í úrskurði máls nr. 32/2002, vegna kærnu á útboði 13128, komi auk þess fram hjá kærunefndinni að athugasemdir við þau útboðsgögn séu of seint fram komnar og

Því verði ekki tekin til þeirra efnisleg afstaða.

Hvað varði varakröfuna þá bar Ríkiskaupum, í framhaldi þess að kærunefnd útboðsmála felldi útboðin tvö úr gildi og ógilti það þriðja, að bjóða lyfin, sem þar um ræddi, aftur út með sama hætti og áður, þannig að óskað væri tilboða í sömu lyf og í sama magni og gert var í þeim útboðum, sbr. þá einnig svohljóðandi úrskurðarorð í úrskurði kærumáls nr. 21/2003: „Lagt er fyrir Ríkiskaup að bjóða út að nýju þau innkaup sem boðin voru út í rammasamningsútboði nr. 13249, auðkennt „Lyf fyrir sjúkrahús — Blóðstorkuþáttur VIII“.“ Eigi þetta jafnframt við um lyfin í útboði nr. 13128.

Með því að sleppa þessu, en brytja lyfjamagn útboðs nr. 13128 þess í stað niður í fjöldamörg smáútboð, dreifð á langan tíma, ásamt því að útiloka lyfin sem stefnandi bauð, í útboði nr. 13249, við framhaldsútboð nr. 13414 auk þess að stytta þann samningstíma í eitt ár, kom Ríkiskaup í veg fyrir að stefnandi gæti haft hagsmuni af því að senda inn frekari tilboð vegna þeirra lyfjaútboða sem um ræddi. Með þessu hafi Ríkiskaup eyðilagt grundvöllinn fyrir frekari þátttöku stefnanda og með því hafi Ríkiskaup einnig valdið honum saknæmu tjóni. Stefnandi byggir auk þess á því að tilgangur Ríkiskaupa með þessum breytingum í framhaldsútboðum hafi verið sá að útiloka hann frá þátttöku og að ekki kæmust aðrir í þetta en þeir sem á þeim tíma voru að selja ríkinu (Sjúkrahúsapóteki) lyf.

Í úrskurði kærumáls nr. 38/2003, vegna kæru stefnanda á útboði nr. 13414, svaraði svo kærunefnd útboðsmála ekki meginmálsástæðu þeirrar kæru, að Ríkiskaupum hafi verið skylt í því útboði að endurtaka útboð nr. 13249, með sama hætti og þá hafi verið gert, hvað varðaði vöru og samningsmagn, auk þess sem nefndin tók þá ekki a) lið varakröfu þeirrar kæru til skoðunar, þ.e. sniðgekk þá kröfu sem mestu máli skipti fyrir stefnanda. Á því er byggt að hér sé einnig um saknæm brot gegn stefnanda að ræða.

Stefnandi telur að tjónið felist meðal annars í því að stefnandi hafði, áður en útboðin (13128 og 13174) voru felld niður og útboð nr. 13249 ógilt, skilað inn svo hagstæðum tilboðum í báðum útboðsferlunum að ekki hafi verið um annað að ræða en að Ríkiskaup tækju þeim tilboðum og að stefnandi fengi þannig samning um verulega mikil lyfjaviðskipti og áframhaldandi viðskipti, er hefðu tryggt honum verulegan hagnað og greitt kostnað af því að koma upp tilskilinni aðstöðu. Þessum sömu tilboðum hefði hann einnig skilað inn aftur ef Ríkiskaup hefðu ekki, eftir niðurfellingu útboðs nr. 13128, farið að með ofangreindum hætti, þ.e.a.s. að skipta þeim lyfjum í framhaldinu niður í fjölda smáútboða, sem dreifð voru á langan tíma, ásamt því að útiloka í framhaldsútboðið nr. 13414 ákveðin lyf sem áður var leyfilegt að bjóða í útboðum nr. 13174 og 13249 og varð til þess að lyfin, sem stefnandi hafði áður boðið í þeim útboðum, hafi verið útilokuð í framhaldsútboðinu nr. 13414, auk þess sem samningstími hafi verið stytur úr tveimur árum í eitt.

Þá felist tjónið að auki í því að aðstöðu, lyfjaheildsölu, sem stefnandi hefði komið upp ef framangreint saknæmi hefði ekki komið til, hefði hann samhliða nýtt til frekari innflutnings og sölu á lyfjum og annarri vöru sem til gat fallið og að það hefði einnig skilað honum hagnaði og eignamyndun. Þá hefði stefnandi auk þess getað selt slíka starfsemi og þannig hagnast.

Stefnandi kveður að á viðkomandi tíma hafi hann haft húsnæði fyrir tilskilda aðstöðu, lyfjaheildsölu, og hefði ekki þurft nema mjög skamman tíma til að fullbúa hana, sbr. og teikningar af aðstöðu í því húsnæði sem þegar lágu fyrir hjá Lyfjastofnun og að búið var að sækja um tilskilin leyfi fyrir starfsemi sem um ræddi og til þurfti. Þá hefði fjármálastofnun lýst því yfir að stefnandi hefði aðgang að því fé og þeim tryggingum sem með þurfti. Samhliða því að stefnandi sendi inn tilboðin hefði hann gert Ríkiskaupum grein fyrir þessum atriðum. Það kom einnig fram, neðarlega á bls. 4 í greinargerð Ríkiskaupa til kæruneftndar dags. 12. desember 2002, að stefnandi hefði auk þess getað fengið annan aðila, sem hafði leyfi til innflutnings og dreifingar á lyfjum, til að annast þann þátt fyrir sig og er einnig á þessu byggt.

Stefnandi bendir á að á miðri bls. 4 í greinargerð Ríkiskaupa til kæruneftndar, dags. 21. janúar 2003 (í máli nr. 36/2002), staðfesti Ríkiskaup að venjan hafi verið að hliðra til afhendingartíma þegar aflu þyrfti markaðsleyfa hérlendis fyrir boðin lyf, auk þess sem fá mætti undanþágu varðandi öflun markaðsleyfa þegar og ef þannig stæði á, sbr. svo einnig niðurlag sömu greinar, en þar segðu Ríkiskaup m.a.: „Hins vegar er ekkert sem liggur fyrir sem hindrar bjóðendur í því að gera tilboð án þess að markaðsleyfi liggi fyrir.“ Þetta sé einnig staðfest í greinargerð Ríkiskaupa til kæruneftndar, frá 12. des. 2002.

Bréf og fyrirspurnarsvör Ríkiskaupa leiddu til óvissu hjá stefnanda um hvernig staðið yrði að samningum við þá bjóðendur sem samið yrði við á grundvelli tilboða, og um tímamörk til að aflu boðnum lyfjum markaðsleyfa hérlendis. Með kærunum vildi stefnandi eyða þessari óvissu ásamt því að fyrirbyggja mögulega mismunun milli hans, sem ekki hafði áður selt kaupanda lyfin, og þeirra bjóðenda sem höfðu þá sérstöðu að vera á þessum tíma að þjónusta kaupanda með lyfin sem umræddi.

Með upplýsingum Ríkiskaupa, meðal annars í bréfum og framangreindum greinargerðum til kæruneftndar útboðsmála, var þessari óvissu eytt og eftir það enn og síður hægt að réttlæta það að fella útboðin úr gildi. Þar að auki geti kæruneftnd útboðsmála ekki af sjálfsdáðum fellt niður útboð eins og hér um ræðir.

Í hagkvæmnismati á tilboðum átti lægsta boðna verð að gilda 70% en önnur atriði 30. Byggt sé á því að stefnandi og tilboð hans hafi uppfyllt öll skilyrði útboðsgagna.

Í stað þess að leggja fyrir að ákveðin óviss atriði yrðu upplýst ef enn skorti á að mati kæruneftndar þá felldi hún úr gildi útboðin nr. 13128 og 13174 og í stað þess að leggja fyrir Ríkiskaup að aftur yrði hafin úrvinnsla tilboða í útboði nr. 13249, þá ógilti nefndin það útboð og fyrirskipaði nýtt útboð á þeim innkaupum, er leiddi til þess að Ríkiskaup gerðu í framhaldi þess frekari þátttöku fyrir stefnanda ómögulega, eins og áður sé vikið að. Þetta samrýmdist ekki kærurkröfur stefnanda og breytir þar engu þó að nefndin hafi haldið slíku ranglega fram í úrskurðarniðurstöðum. Stefnandi heldur því fram að nefndin hafi með þessu einnig brotið á hagsmunum og rétti hans.

Útboðin hafi auk þess verið felld úr gildi á grundvelli atriða sem voru eldri í tíma en nam kærufresti. Mál þetta lýtur þá einnig að því hvort kæruneftnd útboðsmála

geti fellt bindandi úrskurð um atriði sem ekki hafa verið kærð eða um atriði sem hún hefur vísað frá sem of seint fram komnum og/eða hvort nefndin megi með úrskurði sínum ganga í berhögg við kröfugerð aðila. Ásamt um atriði þegar svo háttar að þau séu augljós og tilkomin fyrir upphafsdag á kærufresti. Fyrir hvað væru þá t.d. aðrir bjóðendur að gjalda ef ofangreint viðgengist samhliða kærur? Að Landspítali - háskólasjúkrahús standi svo af þessum sökum langtímum saman samningslaust um lyf sé jafnframt meira en lítið óábyrgt af þeim opinberu starfsmönnum sem trúað sé fyrir hlutaðeigandi málum.

Í XIII. kafla „Kærunefnd útboðsmála“ laga um opinber innkaup nr. 94/2001, komi fram að kærunefnd skuli kveða upp úrskurð um kæru. Kröfugerð í kærur hafi hins vegar verið sniðgengin í þeim kærurálmum sem hér um ræðir og stoðlaus niðurstaða látin koma í staðinn. Kærunefndin megi ekki af sjálfsdáðum gefa sér eða ákveða kröfugerð þeirra kæranda sem kæra til hennar útboðsframkvæmd.

Út frá niðurlagsorðum úrskurðar 13. febrúar 2003 í kæruráli nr. 36/2002, geti stefnandi ekki varist þeirri hugsun, að kærunefnd útboðsmála hafi sýnt andúð á þátttöku stefnanda í útboðunum og einnig verið hlutdræg með þeim sem þá einokuðu innflutning og sölu lyfja og að nefndin hafi vísitandi fellt útboðin niður í þeim tilgangi að bregða fæti fyrir stefnanda í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að hann fengi samning um sölu lyfja á grundvelli gerðra tilboða. Fallist dómarrinn á þetta sé á því byggt að nefndin hafi í þessum efnun einnig brotið gangvart stefnanda á saknæman hátt.

Stefnandi byggir á því að 1. júlí 2003 sé upphafsdagur vaxta í stefnukröfu og styðjist við að samningur um afhendingu lyfja hefði á þeim tíma örugglega verið í höfn og afhending hafin, þ.e. stefnandi þá byrjaður að afhenda kaupanda lyfin, hefði útboðsframkvæmd gengið rétt og eðlilega fyrir sig af hálfu Ríkiskaupa. Byggt sé á því að eðlilega megi líta til þess að stefnandi hafi jafnframt orðið fyrir saknæmu tjóni vegna tapaðra fjarmagnstekna, að lágmarki til jafns við vaxtakröfu í stefnukröfum.

Ekki þurfi svo að tíunda að stefnandi hafi haft kostnað af þátttöku í útboðunum, auk þess sem hann megi gera grein fyrir þeim kostnaði á síðari stigum málsins. Í eðli máls felst að bjóðendur hafa vinnu og kostnað af því að taka þátt í útboðum, eins og hér um ræðir.

Byggt sé á því að stefndu beri skaðabótaskyldu gagnvart stefnanda sem nemi því tjóni sem honum var bakað með því sem í stefnunni er vísað til og þar er byggt á. Jafnframt sé vísað til þess í málgögnum sem sé hagstætt stefnanda. Auk þess sé byggt á fleiri rökum og málsástæðum hér óupptöldum og áskilinn réttur til að víkja að því síðar, þ. á m. í málflutningi.

II

Stefndu byggja á því að ákvæði 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einamála, hafi verið skýrt þannig að sá sem höfðar mál til viðurkenningar á skaðabótaskyldu verði að leiða nægar líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni og gera grein fyrir því í hverju tjón hans felist og hver tengsl þess séu við ætlað

skaðaverk. Stefnu halda því fram að í stefnu og fylgiskjölum séu ekki leiddar líkur að því, hvað þá sýnt fram á með sannanlegum hætti, að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni. Þá sé heldur ekki hægt að ráða í það í hverju ætlað tjón stefnanda hafi falist. Ekki sé gerð grein fyrir orsakatengslum hins ætlaða tjóns og ætlaðrar saknæmrar háttsemi en jafnvel þótt talið yrði að svo væri þá sé hið ætlaða tjón verulega fjarlæg og ósennileg afleiðing af þeirri háttsemi sem stefnandi telur saknæma. Eigi þetta við um allar kröfur stefnanda.

Verði fallist á hluta dómkrafa byggja stefnu á því að engu að síður beri að hafna öðrum hlutum hennar. Þannig sé vaxtakrafan t.d. ódómtæk enda vanreifðu og ekki tilgreindir þeir vextir sem stefnandi krefst að verði viðurkenndir. Þá geri stefnandi kröfu um tvær tegundir skaðabóta sem ekki sé hægt að dæma saman í einu lagi, þ.e. bæði vangildis- og efndabætur. Þátttakandi í útboði geti ekki ætlast til þess að verða bæði jafn settur og hefði hann gert samning og haft af honum hagnað en um leið jafn settur og hefði hann ekki lagt út í samningsgerð.

Auk þess sé ekki í stefnunni að finna nægilega haldgóða umfjöllun um grundvöll bótakröfunnar að öðru leyti. Við það bætist að málsgrundvöllur stefnanda sé í heild mjög óljós. Kröfugerðin sé því hvorki í samræmi við ákvæði 2. mgr. 25. gr. né 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 og verði því að vísa málinu frá dómi.

Verði ekki fallist á frávísun krafa með vísan til framangreinds beri þó a.m.k. að vísa frá öllum kröfum á hendur fjármála- og efnahagsráðuneytinu, ríkissjóði, kærunefnd útboðsmála og Ríkiskaupum enda hafi framangreind stjórnvöld ekki aðildarhæfi.

III

Stefnandi hafnar rökum stefnda fyrir frávísun málsins og telur að málatilbúnaður hans fullnægi skilyrðum 2. mgr. 25. gr. laga um meðferð einkamála.

Stefnandi telur að við mat á því hvort hann eigi rétt til skaðabóta verði að líta til 84. gr. laga um opinber innkaup nr. 94/2001 þar sem kveðið sé á um að bjóðandi þurfi einungis að sanna að hann hafi átt raunhæfa möguleika á að vera valinn af kaupanda og að möguleikar hans hafi skerst við lögbrotið. Þá bendir stefnandi á að hann hafi skorað á stefnda að upplýsa um verðmun á milli tilboða hans og annarra bjóðenda. Að því fengnu muni hann síðan leggja fram sín gögn. Þá telur stefnandi að með því að stefnandi hafi ekki lagt fram gögnin og sýnt fram á gegnsæi útboðsins verði að meta það svo að nægar líkur séu að því leiddar að hann hafi orðið fyrir bótaskyldum missi á hagnaði. Stefnandi hafnar því að ekki megi bæði byggja á vangildisbótum og efndabótum.

Þá telur stefnandi að líta eigi til 2. ml. 2. mgr. 100. gr. laga um meðferð einkamála, að ekki eigi að vísa málinu frá dómi.

IV

Stefnandi kveðst hafa tekið þátt í þremur lyfjaútboðum á vegum Ríkiskaupa. Í hnotskurn virðist málatilbúnaðar stefnanda byggjast á því að ef tilboðum hans hefði verið tekið hefði hann hagnast verulega. Í málinu er gerð viðurkenningarkrafa, samanber 2. mgr. 25. gr. laga um meðferð einkamála.

Áskilnaður 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um lögvarða hagsmuni hefur í fjölmörgum dómum Hæstaréttar verið skýrður á þann veg að sá er höfðar mál til viðurkenningar á skaðabótaskyldu verði að leiða nægar líkur að því að hann hafi orðið fyrir tjóni og gera grein fyrir því í hverju tjón hans sé fólgið og hver tengsl þess séu við atvik máls, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 57/2011. Tilvísun stefnanda til 84. gr. laga um opinber útboð á ekki við í þessum þætti málsins.

Hvorki er í stefnu gerð viðhlítandi grein fyrir ætluðu fjártjóni stefnanda né er þar að finna næga umfjöllun um grundvöll bótakröfunnar að öðru leyti. Verulega skortir á að gerð sé grein fyrir orsakatengslum hins ætlaða tjóns við hina ætluðu saknæmu athöfn.

Ekki dugar, án frekari rökstuðnings eða gagna, að halda því fram að tilboð stefnanda hafi verið hagstæðust og ekki um annað að ræða hjá Ríkiskaupum en að taka þeim. Þannig fengi stefnandi samning um verulega mikil lyfjaviðskipti og áframhaldandi viðskipti sem hefðu tryggt honum verulegan hagnað og greitt kostnað af því að koma upp tilskilinni aðstöðu. Með því að tilboðunum hafi ekki verið tekið hafi það leitt til tjóns fyrir hann. Eða þá eins og segir í stefnu, að ef tilboðum hans hefði verið tekið, þá hefði hann getað nýtt þá aðstöðu við lyfjasöluna sem hann hefði komið upp, til frekari innflutnings og sölu á lyfjum og annarri vöru sem með gat fallið og það hefði skilað honum hagnaði og eignamyndun og síðar meir hefði hann getað selt reksturinn. Með þessum einhliða fullyrðingum eru ekki nægar líkur leiddar að því að hann hafi orðið fyrir tjóni. Hér dugar heldur ekki að skora á gagnaðila að leggja fram gögn málsins og ætla svo að leggja fram sönnun fyrir kröfum sínum. Þá liggja engar upplýsingar fyrir um ætlaðan rekstrarkostnað stefnanda en ætla verður að stefnandi hefði slíkan kostnað ef tilboði hans hefði verið tekið og hann séð sjúkrahúsapótekunum fyrir lyfjum.

Málsgrundvöllurinn byggist á væntingum stefnanda til þess að fá hagnað af lyfjasölnunni en verulega skortir á að stefnandi hafi gert grein fyrir orsakasamhengi milli hins ætlaða tjóns og hinnar saknæmu háttsemi og einnig hvort stefnandi sé að krefjast vangildisbóta eða efndabóta. Með því er bótagrundvöllurinn óskýr.

Samkvæmt 80. gr. laga nr. 90/1991 um meðferð einkamála er kveðið á um þau atriði sem eiga að vera í stefnu og að greina skuli þau svo glögg sem verða má. Í málinu er gerð viðurkenningarkrafa en verulega skortir á að hún sé skýr og glögg. Stefnandi blandar inn í kröfugerðina málsástæðum þeim sem krafan byggist á. Þá skortir einnig verulega á að fullnægt sé skilyrðum e-liðar ákvæðisins, um að málsástæður þær sem byggt er á í málinu, svo og önnur atvik sem þarf að greina til þess að samhengi málsástæðna sé ljóst, séu gagnorðar og svo skýrar að ekki fari á milli mála hvert sakarefnið sé.

Meginreglan er skv. 2. mgr. 100. gr. laga nr. 91/1991 að komi fram frávísunarkrafa beri að taka hana fyrst til úrlausnar áður en fjallað er um efni máls, svo sem gert er í þessu máli. Að mati dómsins á 2. ml. 2. mgr. 100. gr. laga nr.

91/1991 ekki við í máli þessu.

Með vísan til þess sem að framan greinir er það niðurstaða málsins að kröfugerð stefnanda sé ekki í samræmi við skilyrði 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991, eins og ákvæðið hefur verið skýrt, sbr. e-lið 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991. Verður viðurkenningarkröfu stefnanda því vísað frá dómi.

Með vísan til 2. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 verður stefnanda gert að greiða stefndu málskostnað að fjárhæð 244.725 krónur.

Sigrún Guðmundsdóttir héraðsdómari kvað upp úrskurð þennan.

ÚRSKURÐARORÐ

Málinu er vísað frá dómi.

Stefnandi, Hýsir ehf., greiði stefndu, 244.725 krónur.

Sigrún Guðmundsdóttir

Rétt endurrit staðfestir:

Héraðsdómi Reykjavík 7. júní 2013.

Gjald 1250 kr. Greitt.