

S T E F N A

Og fjarskipti ehf.
Kt. 470905-1740,
Skútuvogi 2, Reykjavík

Gjöra kunnugt:

Að félagið þurfi að höfða mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur, á hendur Fjarskiptasjóði, kt. 530306–0110, Hafnarhúsinu við Tryggvagötu, Reykjavík og Símanum hf., kt. 500269-6779, Ármúla 25, Reykjavík, til réttargæslu. Með fyrirvar fyrir stefnda fer Gunnar Svavarsson, formaður stjórnar, og með fyrirvar fyrir réttargæslustefnda fer Brynjólfur Bjarnason, stjórnarformaður félagsins.

Dómkröfur:

Krafist er að viðurkennt verði með dómi að samningur Fjarskiptasjóðs og Símans hf. nr. 2345 um háhraðanettengingar til allra landsmanna við Símans hf. sé ólögmætur. Þá er krafist viðurkenningar með dómi á því að stefndi Fjarskiptasjóður beri skaðabótaábyrgð gagnvart stefnanda vegna hins ólögmæta samnings.

Krafist er málskostnaðar samkvæmt málskostnaðarreikningi sem áskilinn er réttur til að leggja fram við aðalmeðferð ef til hennar kemur eða að mati réttarins.

Málflutningsumboð:

Dóra Sif Tynes, hdl., Vík lögmannsstofu, Túngötu 6, Reykjavík, rekur mál þetta fyrir hönd stefnanda.

Málavextir:

Málavextir eru þeir að í febrúar 2008 birtu Ríkiskaup fyrir hönd stefnda Fjarskiptasjóðs útboðsgögn vegna verkefnisins „háhraðanettengingar til allra landsmanna“. Um var að ræða útboð á uppbyggingu háhraðanets á tilteknum stöðum á landinu þar sem markaðsbrestur var talinn vera fyrir hendi þannig að engar líkur væru á því að fjarskiptafyrirtæki myndu byggja upp háhraðanet á markaðslegum forsendum.

Fjarskiptasjóður var stofnaður með lögum nr. 132/2005. Hlutverk sjóðsins er að úthluta fjármagni til verkefna sem miða að uppbyggingu stofnkerfa fjarskipta. Sjóðurinn er í eigu íslenska ríkisins en varsla hans og dagleg umsýsla heyrir undir samgöngu- og sveitastjórnarráðuneyti.

Stefnandi, sem rekur alhliða fjarskiptafyrirtæki hér á landi í samkeppni við réttargæslustefnda Símann hf., lýsti yfir áhuga á þátttöku í útboðinu ásamt réttargæslustefnda og fleiri fjarskiptafyrirtækjum.

Í kjölfar birtingar auglýsingar Ríkiskaupa voru all mikil samskipti á milli áhugasamra bjóðanda og Ríkiskaupa allt fram í lok ágúst 2008. Á þessu tímabili tilkynntu Ríkiskaup jafnframt um lengri skilafrest tilboða á þessum tíma eða til 4. september 2008. Við opnun tilboða reyndist réttargæslustefndi Síminn eiga lægsta boðið í verkið upp á 378 m.kr. en jafnframt það hæsta upp á um 5 milljarða króna. Verulegur munur var á tilboðum fjarskiptafyrirtækja vegna mismunandi tæknilausna sem boðnar voru og verktíma. Gengið var til viðræðna við réttargæslustefnda á grundvelli lægsta tilboðs.

Á tímabilinu október 2008 til febrúar 2009 áttu stefndi og réttargæslustefndi alls 14 fundi. Samkvæmt fundargerð stjórnar stefnda, dags. 20. október 2008 á dskj. nr. 4, setti réttargæslustefndi ákveðin skilyrði fyrir áframhaldi verksins, þ.e. að tilboð félagsins yrði gengis- og verðtryggt, verkáætlun endurskoðuð miðað við lengri uppbyggingartíma, aðgangur annarra fjarskiptafyrirtækja yrði á grundvelli endursölu en ekki heildsölu og að stöðum þar sem greitt væri fyrir uppbyggingu háhraðanets af hálfu Fjarskiptasjóðs yrði fjölgað.

Ríkiskaup auglýstu í kjölfarið f.h. Fjarskiptasjóðs eftir markaðsáformum fyrirtækja á viðbótarstöðunum hinn 23. janúar 2009, sbr. dskj. nr. 5. Auglýsingin birtist á föstudegi í flokki raðauglýsinga á lítt áberandi stað í Morgunblaðinu og var gefinn 14 daga svarfrestur. Hér var því brugðið verulega frá fyrri framkvæmd í útboðsferlinu þar sem haft var samband við bjóðendur beint til að afla upplýsinga s.s. á tímabilinu febrúar til ágúst 2008.

Samingur stefnda og réttargæslustefnda var undirritaður 25. febrúar 2009, sbr. dskj. nr. 3. Í samningnum var fallist á öll framangreind skilyrði Símans hf. og felur hann því í sér verulegar breytingar frá því sem tilgreint var í útboðsgögnum.

Stöðum sem samningnum er ætlað að ná til var fjölgað í 1788 í stað 1118 sem tilgreindir voru í útboðsgögnum. Samningsfjárhæð var hækkuð úr 378 m.kr. í kr. 606.128.801 auk þess sem samningsfjárhæðin var gengistryggð miðað við skráð sölugengi danskrar krónu hjá Seðlabanka Íslands þann 3. september 2008, þrátt fyrir að skýrt væri kveðið á um í útboðsgögnum að engar verðbætur yrðu greiddar út samingstímann. Verktími var lengdur úr 12 í 18 mánuði og ákvæðum um tafabætur breytt þannig að þær greiðist ekki fyrr en 2 árum eftir upphaf verks.

Í útboðsgögnum var mælt fyrr um í gr. 2.2.10 að heimilt væri að veita háhraðafarnetsþjónustu, þ.e. stafræna farsímaþjónustu s.s. UMTS, yfir kerfið og jafnframt tilgreint að fyrir það væru gefin aukastig í valmódeli. Áskilið var að kerfið sem þjónustan byggði á skyldi vera opið (reikivöð) fyrir áskrifendur annarra farsímafélaga á markaði. Í gr. 2.2.13 var svo mælt fyrir um að kerfið sem samingurinn næði til skyldi vera þannig uppbyggt að hægt væri að veita öðrum aðgang að því í heildsölu. Aðrir sem þess óskuðu skyldu geta keypt grunnþjónustu af seljanda á heildsöluverði, veitt þjónustu yfir kerfið og selt áskrifendum þá þjónustu í smásölu. Í samningi stefnda og réttargæslustefnda er umræddum skilmálum hins

vegar breytt á þá lund að eingöngu er gert að skilyrði að endursöluaðgangur skuli vera í boði vegna UMTS þannig að öðrum fjarskiptafyrirtækjum væri eingöngu heimilt að endurselja þjónustu réttargæslustefnda í stað þess að bjóða fram eigin þjónustu.

Stefnandi óskaði þess með beiðni dags. 10. mars 2009 að fá aðgang að gögnum er vörðuðu samning stefnda og réttargæslustefnda. Stjórn stefnda hafnaði beiðninni með ákvörðun dags. 22. júní 2009. Hinn 16. júlí s.á. kærði stefnandi ákvörðun stjórnar stefnda til úrskurðarnefndar um upplýsingamál og krafist afhendingar gagnanna. Með úrskurði sínum dags. 23. nóvember 2009, sbr. dskj. nr. 7, féllst úrskurðarnefndin á kæru stefnanda að hluta.

Samkvæmt upplýsingum stefnda Fjarskiptasjóðs sem birtar eru á heimasíðu sjóðsins, sbr. dskj. nr. 6, er nú þegar búið að framkvæma 8 áfanga samkvæmt framangreindum samningi og ráðgert að ljúka áföngum 9 til 11 á tímabilinu júní til ágúst 2010.

Stefnandi hefur ítrekað óskað þess við réttargæslustefnda Símann hf. að fá aðgang að þeim stöðum þar sem háhraðanet hefur verið byggt upp fyrir almannafé á sömu kjörum og skilmálum og réttargæslustefndi, meðal annars með vísan til útboðsgagna. Réttargæslustefni hefur í engu svarað umleitunum stefnanda. Er stefnanda því nauðsynlegt að höfða mál þetta til fá skorið úr um lögmæti samningsins og skaðabótaskyldu stefnda.

Málsástæður og lagarök:

Lögvarðir hagsmunir:

Stefnandi byggir á því að hann hafi lögvarða hagsmuni af því að fá skorið úr um lögmæti samnings stefnda og réttargæslustefnda og skaðabótaskyldu stefnda. Stefnandi rekur ahliða fjarskiptafyrirtæki í samkeppni við réttargæslustefnda Símann hf. Öll úthlutun á almannafé sem er til þess fallin að raska samkeppni á markaði hefur þannig bein áhrif á starfsemi stefnanda. Þá byggir stefnandi lögvarða hagsmuni sína einnig á því að hann hafi verið einn af bjóðendum í framangreint verk stefnda og hljóti því sem slíkur að eiga lögvarða hagsmuni af því að skorið verði úr um lögmæti samningsins. Samningurinn sé til þess fallin að valda stefnanda tjóni og eigi hann því lögvarða hagsmuni að fá úr því skorið hvort ólögmæti samningsins baki stefnda skaðabótaskyldu.

Ríkisaðstoð – formreglur:

Stefnandi byggir mál sitt á því að í Samningnum um Evópska Efnahagssvæðið (EES samningurinn) séu skýr fyrirmæli um að alla ríkisaðstoð beri að tilkynna til Eftirlitsstofnunar EFTA til að úrskurðað verði um lögmæti hennar. Þannig segir í 61. gr. EES samningsins að hvers kyns aðstoð sem samningsaðili veitir eða hefur veitt af ríkisfjármunum og raskar eða er til þess fallin að raska samkeppni með því að ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu ákveðna vara sé ósamrýmanleg framkvæmd samningsins. Í 3.mgr. 1. gr. I. hluta bókunar 3 við Samninginn um Eftirlitsstofnun og dómstól segir enn fremur að tilkynna beri alla ríkisaðstoð til Eftirlitsstofnunar EFTA áður en hún komi til framkvæmdar.

Framangreind regla er innleidd í íslensk lög með ákvæðum 30. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þar segir, að hafi ríkisaðstoð, sem 61. gr. EES samningsins tekur til, verið tilkynnt til Eftirlitsstofnunar EFTA geti íslensk stjórnvöld ekki úrskurðað um hvort aðstoðin sé í samræmi við leyfilegan opinberan fjárstuðning fyrir en Eftirlitsstofnunin hafi tilkynnt um álit sitt í málinu.

Stefnandi byggir mál sitt á því að skýra beri 30. gr. samkeppnislaga til samræmis við ákvæði EES samningsins um ríkisaðstoð, sbr. 3. gr. laga um evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993. Samkvæmt 30. gr. samkeppnislaga beri því að tilkynna alla ríkisaðstoð til Eftirlitsstofnunar EFTA og leita álots stofnunarinnar til þess að slík aðstoð geti talist lögmæt. Stefndi hefur ekki tilkynnt Eftirlitsstofnun EFTA um samning stefnda og réttargæslustefnda um háhraðanettengingar. Þegar af þeirri ástæðu er sú ívilnun sem felst í samningi stefnda og réttargæslustefnda ólögmæt samkvæmt fortakslausri reglu EES samningsins um að tilkynna beri alla ríkisaðstoð til Eftirlitsstofnunar EFTA.

Í 4. málsgrein aðfararorða EES samningsins segir að samningsaðilar hafi í huga það markmið að mynda öflugt og einsleitt evrópskt efnahagssvæði er grundvallist á sameiginlegum reglum og sömu samkeppnisskilyrðum, tryggri framkvæmd, meðal annars fyrir dómstólum, og jafnrétti, gagnkvæmni og heildarjafnvægi hagsbóta, réttinda og skyldna samningsaðila. Jafnframt segir í 8. málsgrein aðfararorðanna að samningsaðilar séu sannfærðir um að að einstaklingar muni gegna mikilvægu hlutverki á Evrópska efnahagssvæðinu vegna beitingar þeirra réttinda sem þeir öðlast með samningi þessum og þeirrar verndar dómstóla sem þessi réttindi njóta.

Í 3. gr. samningsins er kveðið á um að samningsaðilar skuli gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiði. Þeir skuli varast ráðstafanir sem teflt geta því í tvísýnu að markmiðum samnings þessa verði náð. Þá segir í 3. gr. laga um evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993 að skýra beri lög og reglur að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Ákvæðinu er ætla að innleiða þá reglu sem fram kemur í bókun 35 við EES samninginn þar sem segir að vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra laga, skuldbinda EFTA ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES reglur gildi í þeim tilvikum.

Stefnandi byggir á því að það felist í 30. gr. samkeppnislaga og ákvæðum EES samningsins um ríkisaðstoð að hann geti leitað til innlendra dómstóla láti opinber aðili hjá líða að tilkynna ríkisaðstoð þrátt fyrir skýr fyrirmæli framangreindra réttarreglna. Í leiðbeiningareglum Eftirlitsstofnunar EFTA um ríkisaðstoð er þannig vísað til þess að innlendir dómstólar hafi mikilvægu hlutverki að gegna við framkvæmd reglna um ríkisaðstoð með því að standa vörð um réttindi þeirra sem hin ólögmæta aðstoð hefur áhrif á. Beri innlendum dómstólum þannig að beita öllum tiltækum úrræðum landslaga til að tryggja að farið sé að fortakslausri skyldu EES samningsins um að alla ríkisaðstoð beri að tilkynna til Eftirlitsstofnunar EFTA.

Ríkisaðstoð – efnisreglur:

Stefnandi byggir mál sitt enn fremur á því að í ljósi þess hversu verulegar breytingar urðu á umræddu verkefni stefnda eftir að tilboð voru opnuð og þar til samið var við réttargæslustefnda bæði að því er varðar verð, umfang og tímalengd, auk þess sem vikið var frá því grundvallarsjónarmiði að tryggður yrði aðgangur að dreifikerfinu á jafnræðisgrundvelli, sé samningur stefnda og réttargæslustefnda til þess fallin að raska samkeppni á markaði.

Ljóst er að réttargæslustefndi hefur í krafti samningsins verulegt forskot á önnur fjarskiptafyrirtæki að því er varðar sölu á þjónustu á þeim svæðum sem samningurinn nær til. Með afléttingu kvaðar um heildsöluaðgang, eftir atvikum reikiaðgang, af UMTS hluta samningsins öðlast réttargæslustefndi verulegt samkeppnislegt forskot sem brýtur í bága við ákvæði 61.gr. EES samningsins. Að mati stefnanda felur samningur stefnda og réttargæslustefnda í sér ríkisaðstoð er brýtur í bága við skuldbindingar íslenska ríkisins að EES rétti.

Skaðabótaskylda:

Stefnandi byggir mál sitt á því að hinn ólögmati samningur stefnda og réttargæslustefnda sé til þess fallin að valda stefnanda fjárhagslegu tjóni. Þar sem stefndi hafi látið hjá líða að tilkynna umrædda ríkisaðstoð til Eftirlitsstofnunar EFTA, til þess að fá úr því skorið hvort aðstoðin teljist samrýmanleg ákvæðum EES samningsins um ríkisaðstoð, beri stefndi skaðabótaábyrgð á því tjóni sem samningurinn kann að valda stefnanda.

Stefnandi byggir á því að það leiði af ákvæðum laga nr. 2/1993 sem og meginreglum og markmiðum EES samningsins að brot gegn fortakslausri skyldu samningsins um að alla ríkisaðstoð beri að tilkynna til Eftirlitsstofnunar EFTA baki stefnda skaðabótaábyrgð á því tjóni sem samningur stefnda og réttargæslustefnda kann að valda stefnanda. Um er að ræða lagareglu sem er skýr og óskilyrt og til þess fallin að veita einstaklingum og lögaðilum ákveðin réttindi. Vanræksla á tilkynningarskyldu ríkisaðstoðar telst enn fremur vera veruleg vanræksla á skyldum ríkisins samkvæmt EES samningnum. Þá byggir stefnandi á því að orsakasamband vanrækslunnar sé á milli vanrækslunnar og þess tjóns sem stefnandi hefur eða kann að verða fyrir. Málið er hins vegar eingöngu höfðað til viðurkenningar á skaðabótaskyldu á þessu stigi.

Krafa um málskostnað styðst við 130. gr. laga nr. 91/1991.

Sönnunargögn: Við þingfestingu málsins mun stefnandi leggja fram:

- Nr. 1. Stefnu þessa.
- Nr. 2. Skrá.
- Nr. 3. Samningur nr. 2345 dags. 25. febrúar 2009, ásamt fylgiskjölum.
- Nr. 4. Fundargerð stjórnar Fjarskiptasjóðs, dags. 8. október 2008.
- Nr. 5. Auglýsing Ríkiskaupa f.h. Fjarskiptasjóðs þann 23. janúar 2009.
- Nr. 6. Tímaáætlun Fjarskiptasjóðs á excelskjali.
- Nr. 7. Úrskurður Úrskurðarnefndar um upplýsingamál dags. 23. nóvember 2009.

Gerður er áskilnaður af hálfu stefnanda um framlagningu frekari skjala eftir þingfestingu málsins, auk þess að leiða vitni og bera fram nýjar málsástæður allt eftir því sem tilefni gefst til.

Fyrirkall: Fyrir því stefnist hér með Gunnari Svavarssyni f.h. Fjarskiptasjóðs og til réttargæslu Brynjólfi Bjarnasyni, f.h. Símans hf. til að mæta á dómþingi Héraðsdóms Reykjavíkur þann 22. júní 2010 kl. 10 í dómsal 102 er mál þetta verður þingfest til þess þar og þá, ef ekki verður sátt í málinu, að sjá skjöl og skilríki í dóm lögð, á sókn sakar og dómkröfur að hlýða, til sakar að svara og dóm að þola í ofangreinda átt. Verði ekki mætt af hálfu stefndu má búast við að útivistardómur gangi í málinu.

Stefnufrestur ákveðst þrír sólarhringar.

Reykjavík 18. júní 2010

Dóra Sif Tynes, hdl.

Reykjavík, _____ 2010

Mér nægjanlega birt fyrir hönd stefnda sem hefur
Falið mér að sækja þing við þingfestingu máls þessa.
Fallið er frá stefnufresti.

F.h. samgöngu- og sveitarstjórnaráðuneytis
Vera Sveinbjörnsdóttir

Reykjavík, _____ 2010.
Mér nægjanlega birt f.h. réttargæslustefnda sem
hefur falið mér að sækja þing við þingfestingu
máls þessa. Fallið er frá stefnufresti.

Andri Árnason, hrl.