



## SAMBAND ÍSLENSKRA SVEITARFÉLAGA

Fjármálaráðuneytið  
b.t. Þórhallur Arason  
Arnarhvoli  
150 REYKJAVÍK

Reykjavík 31. ágúst 2010

1008013SA GB  
Málalykill: 090

### Efni: Umsögn um drög að frv. um opinber innkaup

Vísað er til bréfs ráðuneytisins, dags. 16. júlí 2010, þar sem óskað er eftir umsögn Sambands íslenskra sveitarfélaga um ofangreint frumvarp, sem felur í sér breytingar á lögum um opinber innkaup. Fram kemur í bréfinu að tilgangur frumvarpsins er að innleiða tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2007/66/EB (sk. Remedies Directive), sem kveður á um skyldu aðildarríkja til að koma á fót skilvirkri og skjótri kærumsálsmeðferð á sviði opinberra innkaupa og tryggja jafnræði bjóðenda.

Samband íslenskra sveitarfélaga styður heilshugar það megin markmið frumvarpsins að tryggja að ákvæði laga um opinber innkaup verði virt og koma í veg fyrir að farið sé á svig við innkaupareglur og góða stjórnsýsluhætti við framkvæmd innkaupa. Sambandið telur hins vegar að tillögur um þessi atriði í fyrirbyggjandi frumvarpi gangi mjög langt og í sumum tilvikum langt umfram það sem krafist er af aðildarríkjum í áður nefndri tilskipun.

Að áliti sambandsins hefur megin vandamálið við framkvæmd laga um opinber innkaup hér á landi verið að viðurlög hefur skort við því að samið er við tiltekinn aðila án útboðs. Á því vandamáli er tekið í frumvarpinu á afgerandi hátt. Ýmis önnur ákvæði frumvarpsins eru hins vegar til þess fallin að lengja hið eiginlega opinbera innkaupaferli með tilheyrandi tölum, réttaróvissu og óþörfum kostnaði fyrir málsaðila. Þá telur sambandið gagnrýnivert að í mörgum tilvikum virðast breytingartillögur vera settar fram án nokkurrar skírskotunar til þess hvort dómar eða úrskurðir kærunefndar gefi tilefni til þess að herða gildandi reglur.

Sambandið gerir einkum athugasemdir við eftirfarandi atriði en áskilur sér rétt til þess að koma að frekari athugasemdum á síðari stigum. Frekari grein er gerð fyrir athugasemdunum í meðfylgjandi áliti sviðsstjóra lögfræði- og velferðarsviðs sambandsins:

- Sambandið minnir á að þeir aðilar sem heyra undir lög um opinber innkaup eru í nánast öllum tilvikum í almenningsseigu, þ.e. ríkis eða sveitarfélaga. Við setningu laga um opinber innkaup hljóta því sjónarmið um almannahagsmunir, framkvæmdahraða og hagkvæmni við framkvæmd útboða að vega þungt. Þetta á enn frekar við á þeim erfiðu tímum sem nú er við að glíma í kjölfar efnahagshruns. Mikilvægt er því að fyrirhugaðar breytingar á lögum um opinber innkaup valdi opinberum aðilum ekki óþörfum kostnaði eða tölum vegna réttaróvissu og lengri málsmeðferðar ef hægt er að ná sömu markmiðum eftir vægari leiðum.



- Sérstaklega bendir sambandið á að við setningu nýrra heildarlaga um opinber innkaup, nr. 84/2007, var tekið verulegt tillit til þeirra breytinga sem leiða af tilskipun 2007/66/EB, m.a. með því að setja í lögín ákvæði um biðtíma áður en samningur er gerður. Þá var sett í lögín ákvæði sem skyldar öll sveitarfélög til þess að setja innkaupareglur. Þótt skammur tími sé liðinn frá setningu laganna telur sambandið óhætt að fullyrða að framangreindar breytingar hafi falið í sér aukið gagnsæi og jafnræði og leitt til vandaðri málsmeðferðar við framkvæmd útboða. Ekki verður því séð að reynslan af gildandi lögum sé slík að þörf sé á mjög róttækum aðgerðum til þess að auka virkni laganna.
- Einnig telur sambandið ástæðu til að gagnrýna það sérstaklega að í frumvarpinu er að finna strangari reglur en í tilskipun 2007/66/EB. Þannig verður ekki séð að ákvæði tilskipunarinnar skyldi aðildarríki EES-samningsins til þess að ákveða að kæra leiði sjálfkrafa til stöðvunar samningsgerðar, sbr. 7. gr. frv. og leggur sambandið til þá breytingu á frumvarpinu að fallið verði frá þessum áformum. Ef ætlunin er að fara þessa leið, sem er á engan hátt sjálfsögð, telur sambandið mikilvægt að jafnframt verði tekin afstaða til þess hvort stytta megj kærufrest skv. gildandi lögum. Þannig myndi liggja fyrir innan t.d. 10-15 daga hvort innkaupaferlið er kært. Eðlilegra væri þó að stöðvun samningsferlis verði í hverju máli áfram háð sérstakri ákvörðun kærunefndar, líkt og gildir skv. dönskum lögum, með sama skilyrði og er í gildandi lögum, þ.e. að verulegar líkur séu taldar á því að lög hafi verið brotin. Verður ekki séð að úrskurðaframkvæmd hér á landi kalli á breytingar hvað þetta varðar.
- Sambandið telur ríka ástæðu til þess að kalla eftir ítarlegum rökstuðningi frá ráðuneytinu um ástæður þess að ekki er gerður neinn greinarmunur í frumvarpinu á því hvort innkaup eru á innanlandsmarkaði eða útboðsskyld á EES-svæðinu. Í því samhengi er sérstaklega óskað eftir áliti ráðuneytisins á því hver áhrif frumvarpsins verða fyrir útboðsmál sveitarfélaga.
- Sambandið leggur til að ákvæði 15. gr. frumvarpsdraganna um að kærunefnd skuli leggja stjórnvaldssekt á kaupanda verði endurskoðað. Flestir varnaraðilar fyrir kærunefnd útboðsmála eru reknir fyrir opinbert fé og eru því engan veginn í sömu stöðu og þau einkafyrirtæki sem hafa verið úrskurðuð til greiðslu sambærilegra stjórnvaldssekta á grundvelli samkeppnislaga. Ef ekki er fallist á þessa breytingu er lagt til að stjórnvaldssekt samkvæmt ákvæðinu geti að hámarki numið 2% af ætluðu virði samnings. Miðað við þann þrönga fjárhagsramma sem opinberum kaupendum er almennt sniðinn væri slíkt hámark verulega íþyngjandi og fæli því í sér næg varnaðaráhrif. Þá telur sambandið fyrirsjáanlegt að þetta nýja verkefni kærunefndar útboðsmála muni lengja málsmeðferð hennar til muna, enda verður að gera ríkar kröfur til nefndarinnar um að virða andmælarétt og að



mál sé fullrannsakað áður en ákvörðun er tekin um beitingu slíkra viðurlaga.

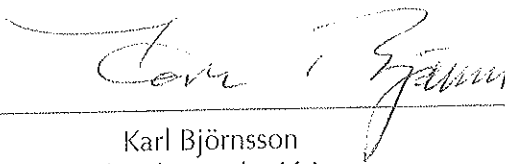
- Með frumvarpinu er staða hinna opinberu kaupenda í útboðsferlinu veikt langt umfram það sem eðlilegt getur talist og án þess að séð verði að það leiði til meira réttaröryggis eða aukins jafnræðis. Ljóst virðist að ef frumvarpið verður óbreytt að lögum getur það leitt til verulegra tafa á opinberum framkvæmdum og haft í för með sér mikinn kostnaðarauka og óhagræði fyrir ríki og sveitarfélög vegna þeirrar miklu réttaróvissu sem stafar af einstökum ákvæðum frumvarpsins. Ástæða er því til að velta upp þeirri spurningu hvort ákvæði frumvarpsins vinni gegn því meginmarkmiði laganna að stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu

Með vísan til framangreindra athugasemda telur sambandið nauðsynlegt að helstu hagsmunaaðilar verði boðaðir til samráðs um efni frumvarpsins áður en ákvörðun verður tekin um framlagningu þess. Þess er jafnframt óskað að kallað verði eftir afstöðu samgöngu- og sveitarstjórnarráðuneytisins til málsins enda snertir málið öll sveitarfélög í landinu og fyrirtæki sveitarfélaga.

Einnig er gerð krafa um að frumvarpið verði kostnaðarmetið gagnvart sveitarfélögum í samræmi við samkomulag frá 30. desember 2005.

Virðingarfyllt

SAMBAND ÍSLENSKRA SVEITARFÉLAGA



---

Karl Björnsson  
framkvæmdastjóri

Afrit:

Kristján L. Möller, samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra



## Fylgiskjal með umsögn Sambands íslenskra sveitarfélaga

### Helstu athugasemdir við frumvarp til laga um opinber innkaup

#### 1. Almennt um frumvarpið

Undirritaður hefur kynnt sér efni frumvarps til laga um breytingar á lögum um opinber innkaup, sbr. bréf fjármálaráðuneytisins dags. 16. júlí 2010. Að áliti undirritaðs er nauðsynlegt að gerðar verði veigamiklar breytingar á frumvarpinu í samráði við helstu hagsmunaaðila, enda verður ekki annað séð en að í frumvarpinu sé gengið mjög langt í þá átt að veikja stöðu opinberra aðila við framkvæmd útboða. Hafa ber í huga að gildissvið laga um opinber innkaup er bundið við innkaup ríkis og sveitarfélaga og stofnana og fyrirtækja í opinberri eigu og verður almennt að gera ráð fyrir því að þessir aðilar hagi innkaupamálum sínum í samræmi við ákvæði laga þótt í gegnum tíðina hafi e.t.v. skort nokkuð á almenna þekkingu á innkaupareglum hjá ríki og sveitarfélögum.

Rétt er að taka fram í upphafi að sambandið getur ekki annað en stutt heilshugar það meginmarkmið frumvarpsins að tryggja að ákvæði laga um opinber innkaup verði virt og koma í veg fyrir að farið sé á svig við innkaupareglur og góða stjórnsýsluhætti við framkvæmd innkaupa. Megin vandamálið við framkvæmd laga um opinber innkaup hér á landi hefur verið að viðurlög hefur skort við því að samið er við tiltekinn aðila án útboðs. Á því vandamáli er tekið í frumvarpinu á afgerandi hátt en að áliti undirritaðs eru ýmis ákvæði frumvarpsins hins vegar til þess fallin að lengja hið eiginlega innkaupaferli og jafnvel leiða til þess að bjóðendur stofni til tilefnislítils ágreinings sem veldur því að niðurstaða útboða er sett í uppnám vegna réttaróvissu og hættu á löngum málarekstri.

Ákvæði frumvarpsins um sterkari kærurétt bjóðenda, sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar þar til leyst er úr kærumáli, sbr. 7. gr., og alvarlegri viðurlög en áður geta þannig sett opinberar framkvæmdir í mikið uppnám og valdið kaupendum verulegum vanda og auknum kostnaði. Virðist augljóst að hvati bjóðenda til þess að kæra útboðsferli mun stóraukast ef frumvarpið verður óbreytt að lögum og má vænta þess að hótanir um kæru geti haft áhrif á ákvarðanir kaupenda. Þess má einnig vænta að frumvarpið letji opinbera kaupendum frá því að brydda upp á nýbreytni í útboðsskilmálum og nýjum lausnum í innkaupum vegna hættu á því að samningsgerð tefjist vegna kærumála. Undirrituðum er því spurn hvort frumvarpið vinni gegn því markmiði laganna, sbr. 1. gr. þeirra, að „stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu“.

#### 2. Sérstaða sveitarfélaga skv. lögum um opinber innkaup

Samkvæmt gildandi lögum hafa innkaup sveitarfélaga umtalsverða sérstöðu, sbr. 19. gr. laganna, sem undanþiggur sveitarfélögin frá ákvæðum 2. þáttar laganna. Þá hafa innkaup sveitarfélaga sem eru undir EES-



viðmiðunarfjárhæðum ekki verið talin sæta kærur til kærunefndar útboðsmála.

Þessi sérstaða sveitarfélaga endurspeglast þó hvergi í frumvarpinu og vekja sum ákvæði því miklar spurningar um gildissvið þeirra gagnvart sveitarfélögum, sbr. einkum 6., 8. og 13. gr. Hjá þessu vandamáli væri væntanlega hægt að komast með því að gera skýran greinarmun í frumvarpinu á útboðum sem eru undir EES-viðmiðum og þeim sem eru þar yfir. Önnur leið væri að undanskilja innkaup sveitarfélaga frá gildissviði einstakra ákvæða frumvarpsins, eftir því sem við á.

Rétt er að benda á að við setningu laga nr. 84/2007 um opinber innkaup var tekið verulegt tillit til ákvæða tilskipunarinnar, m.a. með ákvæðum um biðtíma. Í lögum bættist einnig nýmæli í 19. gr. sem skyldar sveitarfélög til að setja innkaupareglur. Þótt skammur tími sé liðinn frá gildistöku laganna er óhætt að fullyrða að framangreindar breytingar hafi falið í sér verulegar breytingar og leitt til vandaðri málsmeðferðar við framkvæmd útboða. Ekki verður því séð að reynslan af gildandi lögum sé slík að þörf sé á mjög róttækum aðgerðum til þess að auka virkni laganna.

### 3. Meiri kröfur en samkvæmt tilskipun nr. 2007/66/EB

Að álitum undirritaðs ganga tillögur frumvarpshöfunda mun lengra en leiðir af tilskipun nr. 2007/66/EB sem frumvarpinu er ætlað að innleiða án þess að sú stefnumörkun sé rökstudd sérstaklega í frumvarpinu. Þetta birtist m.a. í því að í frumvarpinu er enginn greinarmunur gerður á innkaupum yfir EES-viðmiðunarfjárhæðum og öðrum innkaupum, hvað varðar kærurétt, málsmeðferð og viðurlög. Ákvæði um sjálfvirka stöðvun samningsgerðar byggist ekki heldur á ákvæðum tilskipunarinnar því ekki verður annað séð en að ákvæði tilskipunarinnar um biðtíma, sem þegar hefur verið leitt í lög, sé algerlega fullnægjandi. Þá virðist einnig skorta á að í frumvarpinu sé tekin afstaða til leiða sem aðildarríkjum standa til boða samkvæmt tilskipuninni, t.d. um frá hvaða tíma ákvörðun um óvirkni samnings skuli taka gildi. Telur undirritaður ástæðu til að vara eindregið við því að slík ákvörðun geti haft afturvirk áhrif á efni samninga.

Frekari rökstuðning vantar fyrir ýmsum mikilvægum breytingum á gildandi lögum, t.d. í 9. gr., þar sem gerðar eru vægari sönnunarkröfur en áður til kæranda. Verður ekki séð að sú breyting sé nauðsynleg vegna áðurnefndrar tilskipunar. Samkvæmt 96. gr. gildandi laga er það skilyrði fyrir úrskurði um stöðvun innkaupaferlis að verulegar líkur séu á því að lög hafi verið brotin en í frumvarpinu er gerð krafa um nægilegar líkur. Samhliða nýmæli í 7. gr. um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar vegna kærur veikir þessi breyting stöðu hinna opinberu kaupenda langt umfram það sem ásættanlegt getur talist og getur það leitt til stórfelldra tafa á opinberum framkvæmdum og mikils kostnaðarauka fyrir ríki og sveitarfélög.

Jafnframt telur undirritaður ákvæði frumvarpsins og skýringar með ákvæðum um afgreiðslu kærunefndar á beiðni um stöðvun innkaupaferlis og heimild til þess að aflétta banni við samningsgerð afar óljós og raunar misvísandi. Þannig virðist t.d. gert ráð fyrir því í athugasemdum við 7. gr. að kærunefnd



geti aðeins í undantekningartilvikum fallist á beiðni um að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar, svo sem ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða ætlað brot er smávægilegt. Í athugasemdum við sömu grein segir þó einnig að í frumvarpinu sé gengið út frá því að mat kærunefndar eigi að grundvallast á sömu sjónarmiðum og mat á stöðvun samningsgerðar um stundarsakir, sbr. 96. gr. gildandi laga. Þar sem hér er um mikilvægt lögskýringaratriði að ræða er nauðsynlegt að leiðrétta athugasemdir við greinina og skýra frekar hvað átt er við.

Ákvæði um óvirkni samninga og röksemdafærsla fyrir því að þeir skuli samt gilda áfram gagnvart samningsaðila virka einnig nokkuð loðin og stangast líklega á við einstök frumvarpsákvæði sem beinlínis heimila breytingar á efni gerðra samninga, sbr. einkum 12. og 15. gr. Má vænta þess að beiting þessara reglna verði afar vandasöm í framkvæmd og að mikil réttaróvissa kunni að skapast vegna þeirra. Um nánari greiningu á þessu atriði vísast að öðru leyti til umsagnar Reykjavíkurborgar um frumvarpið.

Þá gerir undirritaður verulega athugasemd við að frumvarpshöfundum virðist hafa láðst að taka afstöðu til þess hvort það úrræði að úrskurða samning óvirkan skuli gilda afturvirkir eða aðeins frá þeim tíma sem ákvörðun er kærð eða þegar úrskurður er kveðinn upp en þetta atriði er augljóslega afar mikilvægt. Við innleiðingu tilskipunarinnar í Englandi var m.a. litið til þess sjónarmiðs hagsmunaaðila að hætta væri á að framkvæmdir hæfust síðar en ella ef möguleiki væri á að lýsa samning óvirkan aftur í tímann. Var því farin sú leið að einungis er hægt að lýsa samning óvirkan frá þeim tíma þegar ákvörðun um óvirkni liggur fyrir og virðast sömu rök hljóta að eiga við hér á landi.

#### 4. Stjórnvaldssektir

Í 15. gr. frv. er kveðið á um heimild kærunefndar til þess að ákveða stjórnvaldssekt fyrir brot gegn tilteknum ákvæðum laganna. Ákvæðið er nýmæli og er augljóst að hámarkssekt, sem getur numið allt að 10% af ætluðu virði samnings, getur reynst afar íþyngjandi fyrir kaupanda. Rétt er að taka fram að í tilskipuninni er ekki kveðið á um fjárhæð sekta. Óhjákvæmilegt er því að áhrif þessa frumvarpsákvæðis verði kostnaðarmetin gagnvart ríki og sveitarfélögum.

Rétt er að ítreka að flestir varnaraðilar fyrir kærunefnd útboðsmála eru reknir fyrir opinbert fé og eru því engan veginn í sömu stöðu og þau einkafyrirtæki sem hafa verið úrskurðuð til greiðslu sambærilegra stjórnvaldssekta á grundvelli samkeppnislaga. Undirritaður telur því rétt að leggja til þá breytingu að hámarkssekt skv. ákvæðinu verði ekki hærri en 2% af ætluðu virði samnings. Miðað við þann þrönga fjárhagsramma sem opinberum kaupendum er almennt sniðinn væri slíkt sektahámark verulega íþyngjandi og fæli því í sér næg varnaðaráhrif til að uppfylla kröfur tilskipunarinnar.

#### 5. Aðrar athugasemdir

Undirritaður telur ýmis fleiri ákvæði frumvarpsins gefa tilefni til athugasemda en tímans vegna eru athugasemdir þessar ekki tæmandi. Einkum væri ástæða til að gera athugasemdir við 8. gr., um heimild kærunefndar til þess að óska



eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins, án nokkurrar takmörkunar með tilliti til þess hvort samningsfjárhæð er yfir EES-viðmiðunarfjárhæð.

Einnig er ástæða til að gera athugasemd við að í 5. gr. frv. er ákvæði sem heimilur Ríkiskaupum að kæra meint brot gegn lögunum, án tillits til þess hvort stofnunin á hagsmuna að gæta. Þessi tillaga er órökstudd og í engu samræmi við lögbundið hlutverk Ríkiskaupa, sbr. XIII. kafla laganna.

Þá virðist breyting sem lögð er til í 2. gr. frv., um þrengingu á heimild til þess að óska eftir framlengingu á gildistíma tilboða, heldur ekki eiga sér stoð í umræddri tilskipun. Nokkuð óljóst er hvaða vanda þeirri breytingu er ætlað að leysa en hún skerðir hins vegar forræði samningsaðila frá því sem gildir nú.

Í ljósi þess hve íþyngjandi mörg ákvæði frumvarpsins eru fyrir þá opinberu aðila sem málið varðar telur undirritaður nauðsynlegt að skoða hvort ekki sé rétt að stytta kærufrestinn frekar en að lengja hann, eins og lagt er til í frumvarpinu, til að minnka óvissu aðila um það hvenær samningur telst gildur og hvenær óhætt er að hefja efndir hans.

#### 6. Lokaorð

Að áliti undirritaðs er það galli á frumvarpinu hve lítil greinarmunur er gerður á alvarlegum brotum, á borð við samningsgerð án útboðs, og minniháttar ágreiningsmálum á borð við túlkun útboðsskilmála. Einnig er ljóst að í frumvarpinu er heimilað mikið inngríp í samninga, sem ekki á sér fordæmi í öðrum lögum.

Loks er lögð áhersla á að skýra þarf gildissvið nokkurra ákvæða frumvarpsins gagnvart innkaupum sveitarfélaga sem eru undir EES-viðmiðunarfjárhæðum og enn fremur þarf að kostnaðarmeta frumvarpið gagnvart sveitarfélögum.

Virðingarfyllt

SAMBAND ÍSLENSKRA SVEITARFÉLAGA

Guðjón Bragason  
sviðsstjóri lögfrædisviðs

