

Nefndasvið Alþingis
b.t. fjárlaganefndar
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 20. maí 2016

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um opinber innkaup, 665. mál.

Vísað er til frumvarps til laga um opinber innkaup sem lagt var fram á Alþingi þann 4. apríl 2016, sbr. þingskjal nr. 1093. Félag atvinnurekenda (FA) sendi ítarlega umsögn um drög frumvarpsins til fjármálaráðuneytisins auk þess sem félagið hefur jafnan sent umsögn þegar breytingar hafa verið gerðar á núgildandi lögum. Þá hefur félagið látið sig málaflokkinn varða með ýmsum hætti og verið ötult við að benda á vankanta við framkvæmd opinberra innkaupa hér á landi. Af vef Alþingis má ráða að umrætt frumvarp hafi verið sent út til umsagnar til nokkurs hóps umsagnaraðila. FA er ekki á meðal þeirra sem þar voru beðnir um að veita umsögn. FA átelur að ekki hafi verið send umsagnarbeiðni á félagið. FA hefur lagt sig fram um að vinna að þeim málaflokki sem um ræðir með margvíslegum hætti. Félagið hefur gefið út efni, haldið fundi, staðið fyrir margvíslegri umræðu og verið framvörður heilbrigðra viðskiptahátta. FA lýsir furðu sinni á þessum vinnubrögðum.

Að mati FA er frumvarpið til bóta að mörgu leyti, til að mynda með innleiðingu nýrra innkaupaferla, nýjum reglum um hæfisyfirlýsingu bjóðanda sem felur í sér mikla einföldun við framkvæmd útboða og þeim breytingum sem gerðar eru á gildissviði almennu innkaupareglanna undir erlendum viðmiðunarfjárhæðum fyrir Evrópska efnahagssvæðið þannig að þær nái til sveitarfélaga jafnt og ríkis og stofnana á þeirra vegum. Það er gríðarlegt hagsmuna- og réttlætismál að lög þessi nái að fullu yfir sveitarfélög og stofnanir þeirra. Er það ótækt að mati FA að háttsemi sem alla jafna væri lögbrot af hendi ríkisstofnunar sé það ekki af hendi sveitarfélags. Að gera minni kröfur til ráðstöfunar sveitarfélaga á opinberu fé er auk þess ekki bara siðferðislega vafasamt heldur vinnur að gegn almennum sjónarmiðum um ráðdeild og vandaða stjórnsýslu.

Þann 23. desember 2015 óskaði fjármálaráðuneytið eftir umsögn FA um drög að frumvarpi til laga um opinber innkaup og sendi FA ráðuneytinu umsögn sína þann 29. janúar 2016.¹ FA benti á að borið hefði á því að útboð sem fram færu á Evrópska efnahagssvæðinu væru auglýst ytra á tilsettum tíma en auglýsing vegna útboðsins birt síðar hér á landi. Brýnt væri að allir sitji við sama borð að þessu leyti og því afar mikilvægt að samspil ákvæða frumvarpsins um auglýsingu útboða væru skýrð nánar í athugasemdum þannig að jafnræði bjóðenda og gegnsæi sé tryggt. Í fyrirbyggjandi frumvarpi hefur verið brugðist við þessum athugasemdum og kemur nú skýrt fram í athugasemdum við 55. gr. um auglýsingu útboða að innkaup opinberra aðila sem eru yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum og

¹ Umsögn Félags atvinnurekenda, dags. 29. janúar 2016: <http://www.atvinnurekendur.is/media/Ums%C3%B6gn-FA-29.01.2016.pdf>

viðmiðunarfjárhæðum fyrir Evrópska efnahagssvæðið skuli auglýsa á einum sameiginlegum stað til aukins hagræðis fyrir bjóðendur.

Hins vegar hefur ekki verið tekið tillit til annarra athugasemda sem FA gerði við frumvarpsdrögin og eru þær því ítrekaðar í umsögn þessari.

1. Innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins.

Núgildandi ákvæði um innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins er að finna í 18. gr. a laga nr. 84/2007 en þar segir:

■ [18. gr. a. *Innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins.*

□ [Ráðherra]¹⁾ getur heimilað miðlægri innkaupastofnun að bjóða út innkaup, sem falla undir lög þessi, í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins, hvort sem er í samstarfi við erlenda kaupendur, samtök þeirra eða fulltrúa, og/eða miðlæggar innkaupastofnanir eða sér. Heimildin skal veitt fyrir hvert útboð fyrir sig að undangenginni rökstuddri beiðni stofnunarinnar. Heimildin skal því aðeins veitt að fyrir liggja að reglur Evrópska efnahagssvæðisins um opinber innkaup hafi verið leiddar í lög í viðkomandi ríki og ástæða sé til að ætla að innkaup í ríkinu muni þjóna hagkvæmni eða virkri samkeppni og öðrum lögmætum sjónarmiðum við opinber innkaup. Um innkaup sem fram fara á grundvelli heimildar sem veitt er samkvæmt þessari grein gilda reglur viðkomandi ríkis, þar á meðal um kærur, gildi innkaupsáskvarðana og skaðabætur. Í rökstuðningi fyrir beiðni innkaupastofnunar skal liggja fyrir sérstakt samkeppnismat. Við móttöku beiðni innkaupastofnunar skal [ráðuneytið]¹⁾ leita eftir staðfestingu Samkeppniseftirlitsins á samkeppnismati innkaupastofnunar. Staðfesti Samkeppniseftirlitið ekki samkeppnismat innkaupastofnunar fara innkaup ekki fram samkvæmt ákvæði þessu.]²⁾

Ákvæðið mælir fyrir um tiltekin skilyrði sem uppfylla þarf svo heimilt sé að bjóða út innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins. Heimild til slíks skal veitt fyrir hvert útboð fyrir sig að undangenginni rökstuddri beiðni stofnunarinnar sem í hlut á. Reglur EES um opinber innkaup verða að hafa verið leiddar í lög í viðkomandi ríki og ástæða þarf að vera til að ætla að innkaup í ríkinu myndu þjóna hagkvæmni eða virkri samkeppni og öðrum lögmætum sjónarmiðum við opinber innkaup. Þá er það skilyrði sett fyrir beitingu þessarar heimildar að í beiðni innkaupastofnunar fyrir notkun heimildarinnar liggja fyrir sérstakt samkeppnismat. Við móttöku beiðni innkaupastofnunar skal ráðuneytið leita eftir staðfestingu Samkeppniseftirlitsins á fyrirbyggjandi samkeppnismati. Staðfesti Samkeppniseftirlitið ekki samkeppnismat innkaupastofnunarinnar fara innkaup ekki fram samkvæmt ákvæðinu. Markmið þessa er að standa vörð um samkeppni.

Ákvæði frumvarpsins er að finna í 20. gr.:

20. gr.

Innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins.

Kaupanda er heimilt að nota miðstýrða innkaupastarfsemi í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins til að bjóða út innkaup á vöru eða þjónustu sem falla undir lög þessi. Ríkiskaupum er einnig heimilt að bjóða út innkaup, sem falla undir lög þessi, í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins, í samstarfi við erlenda kaupendur, samtök þeirra eða fulltrúa, eða miðlæggar innkaupastofnanir.

Samkeppniseftirlitinu skal tilkynnt um fyrirhuguð innkaup ásamt rökstuðningi fyrir beitingu heimildar skv. 1. mgr. Afhenda skal afrit af samningi í kjölfar útboðs sé óskað eftir því.

Um innkaup sem fara fram á grundvelli þessa ákvæðis gilda reglur viðkomandi ríkis, þar á meðal um kærur, gildi innkaupsáskvarðana og skaðabætur.

Ákvæðið er lítillega breytt frá drögum ráðuneytisins en þar var eftirfarandi skilyrði í stað skilyrðis um tilkynningu til Samkeppniseftirlitsins:

„Skilyrði er að kaupandi tilkynni ráðuneytinu um fyrirhuguð innkaup eða láti í té afrit af samningi sé þess óskað.“

Um töluverða breytingu er að ræða frá núgildandi 18. gr. a laga nr. 84/2007 en þar ber hæst afnám skilyrðis um sérstakt samkeppnismat.

Í 39. gr. tilskipunar 2014/24/ESB sem innleidd er með frumvarpi þessu, kemur fram að aðildarríki sé óheimilt að meina samningsyfirvöldum sínum að nota sér miðstýrða innkaupastarfsemi miðlægrar innkaupastofnunar sem staðsett er í öðru aðildarríki. Ákvæðið í heild sinni hljóðar svo:

39. gr.

Innkaup samningsyfirvalda frá mismunandi aðildarríkjum

1. Með fyrirvara um 12. gr. geta samningsyfirvöld frá mismunandi aðildarríkjum gert sameiginlega opinbera samninga með einhverri af þeim aðferðum sem kveðið er á um í þessari grein.

Samningsyfirvöld skulu ekki nota þær aðferðir, sem kveðið er á um í þessari grein, til að komast hjá beitingu ófrávikjanlegra ákvæða opinbers réttar, sem eru í samræmi við lög Sambandsins og sem þau heyra undir í aðildarríki sínu.

2. Aðildarríki skal ekki meina samningsyfirvöldum sínum að nota sér miðstýrða innkaupastarfsemi miðlægrar innkaupastofnunar sem staðsett er í öðru aðildarríki.

Að því er varðar miðstýrða innkaupastarfsemi miðlægrar innkaupastofnunar, sem staðsett er í öðru aðildarríki en samningsyfirvaldið, geta aðildarríkin þó kosið að kveða á um að samningsyfirvöld þeirra megi einungis nota sér miðstýrða innkaupastarfsemi eins og hún er skilgreind annað hvort í a-lið eða b-lið 14. liðar 1. mgr. 2. gr.

3. Miðstýrð innkaupastarfsemi miðlægrar innkaupastofnunar, sem er staðsett í öðru aðildarríki, skal fara fram í samræmi við landsákvæði aðildarríkisins þar sem miðlæga innkaupastofnunin er staðsett.

Landsákvæði aðildarríkisins, þar sem miðlæga innkaupastofnunin er staðsett, skulu einnig gilda um eftirfarandi:

- gerð samnings innan ramma gagnvirks innkaupakerfis,
- nýja samkeppni innan rammamarknaðar,
- ákvæðanatöku, skv. a- eða b-lið 4. mgr. 33. gr., um það hver rekstraraðila, sem eiga aðild að rammamarknaði, skuli framkvæma tiltekið verkefni.

4. Fleiri en einu samningsyfirvaldi frá mismunandi aðildarríkjum er heimilt að gera sameiginlega opinberan samning, rammamarknað eða starfrækja sameiginlega gagnvirkt innkaupakerfi. Þau mega einnig, að því marki sem fram kemur í annarri undirgrein 2. mgr. 33. gr., gera samninga á grundvelli rammamarknaðar eða gagnvirka innkaupakerfisins. Ef ekki er kveðið á um nauðsynleg atriði í alþjóðsamningi milli þeirra aðildarríkja sem í hlut eiga skulu samningsyfirvöldin, sem taka þátt, gera með sér samning þar sem eftirfarandi er ákvarðað:

- ábyrgðarsvið aðilanna og viðeigandi gild landsákvæði,
- innra skipulag innkaupaferlisins, þ.m.t. stjórnun ferlisins, skipting verka, vara eða þjónustu sem kaupa á og samningagerð.

Samningsyfirvald, sem tekur þátt, uppfyllir skyldur sínar samkvæmt þessari tilskipun ef það kaupir verk, vörur eða þjónustu af samningsyfirvaldinu sem ber ábyrgð á innkaupaferlinu. Þegar ákvörðuð eru ábyrgðarsvið og gildandi landsákvæði, eins og um getur í a-lið, geta samningsyfirvöld, sem taka þátt, skipt með sér sérstökum ábyrgðarsviðum og ákvarðað gildandi ákvæði landslaga í hverju og einu aðildarríkja sinna. Skipting ábyrgðarsviða og gildandi landslög skulu koma fram í útboðsgögnum fyrir opinbera samninga sem gerðir eru sameiginlega.

5. Þegar fleiri en eitt samningsyfirvald frá mismunandi aðildarríkjum hafa sett á fót sameiginlega einingu, þ.m.t. Evrópuhóp um svæðisamvinnu samkvæmt reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 1082/2006 (30) eða aðrar einingar sem stofnaðir eru að lögum Sambandsins, skulu samningsyfirvöldin sem taka þátt, með ákvörðun þar til bærs aðila hinnar sameiginlegu einingar, komast að samkomulagi um að landsreglur um innkaup í einu af eftirfarandi aðildarríkjum gildi:

- landsákvæði þess aðildarríkis þar sem hin sameiginlega eining hefur skráða skrifstofu,

(30) Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 1082/2006 frá 5. júlí 2006 um Evrópuhóp um svæðasamvinnu (Stjtið. L 210, 31.7.2006, bls. 19).

b) landsákvæði þess aðildarríkis þar sem hin sameiginlega eining stundar starfsemi sína.

Samkomulagið sem um getur í fyrstu undirgrein getur annað hvort gilt um óákveðinn tíma, ef það er ákveðið í stofnskrá sameiginlegu einingarinnar, eða takmarkast við tiltekið tímabil, tilteknar tegundir samninga eða gerð eins eða fleiri stakra samninga.

Í þessum efnum er rétt að halda því til haga að flest innkaup opinberra aðila fara fram á Evrópska efnahagssvæðinu. Þeir erlendu aðilar sem áhuga hafa á því að eiga viðskipta við íslenska opinbera aðila hafa tækifæri til þess nú þegar.

Í athugasemdum við 20. gr. frumvarpsins kemur fram að tilskipunin mæli fyrir um að óheimilt sé að meina kaupanda að nýta sér miðlæga innkaupastofnun sem staðsett sé í öðru ríki. Af þessum sökum sé nauðsynlegt að breyta núgildandi ákvæði sem hafi ekki reynst vel í framkvæmd. Í núverandi lögum er hvergi lagt bann við því að innkaup séu boðin út gegnum miðlæga innkaupstofnun í öðru ríki, þvert á móti er gert ráð fyrir slíkum útboðum í 18. gr. a. að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Lögð er áhersla á að tilskipunin kveður ekki á um ótakmarkaða heimild aðildarríkja til að fara með innkaup sín til annars ríkis, einungis segir að aðildarríki skuli ekki „*meina samningsyfirvöldum sínum að nota sér miðstýrða innkaupastarfsemi miðlægrar innkaupastofnunar sem staðsett er í öðru aðildarríki.*“ Að mati FA er ekki að sjá að tilskipunin standi í veg fyrir því að núverandi ákvæði 18. gr. a haldi gildi sínu. Telur FA að skilyrði ákvæðisins um sérstakt samkeppnismat rúmist fyllilega innan nefndrar tilskipunar en tilvist þess ákvæðis byggist hvað mest á sérstöðu Íslands í stærðarlegu tilliti samanborðið við önnur ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins.

Verði á hinn bóginn talið nauðsynlegt að fella það úr lögum að innkaup megi ekki fara fram nema Samkeppniseftirlitið staðfesti samkeppnismatið þá er grundvallaratriði að ákvæðið um sérstakt samkeppnismat haldist í lögnum. Ítarlegt samkeppnismat verði framkvæmt af innkaupastofnun og verði það mat rýnt af Samkeppniseftirlitinu hverju sinni sem gefi í kjölfarið út álit sitt á því. Ákvæði frumvarpsins mælir fyrir um að Samkeppniseftirlitinu sé tilkynnt um fyrirhuguð innkaup ásamt rökstuðningi fyrir beitingu heimildar skv. 1. mgr. Í athugasemdum við greinina kemur fram að hluti af slíkum rökstuðningi sé „*Almennt eða einfalt mat um áhrif á innlendan markað [...].*“ Að mati FA er slíkt almennt eða einfalt mat allsendis ófullnægjandi. Heildarinnkaup ríkisins eru rúmlega 140 milljarðar króna á ári og þar með stór hluti af heildarumsvifum hagkerfisins. Morgunljóst er að tilfærsla hins opinbera á innkaupum sínum til annarra ríkja mun hafa gríðarleg áhrif á fyrirtæki hér á landi enda er ríkið jafnan stærsti viðskiptavinur fyrirtækja og í sumum tilfellum sá eini. Nauðsynlegt er að það liggi fyrir með skýrum hætti hvaða samkeppnislegu áhrif leiði af því að innkaup séu færð út fyrir landsteinana áður en í slíkt er farið.

Skilyrði 18. gr. a um sérstakt samkeppnismat er komið til vegna athugasemda Samkeppniseftirlitsins við frumvarp til laga nr. 56/2011 en með þeim lögum var 18. gr. a bætt við lögin. Í umsögn sinni dags. 14. janúar 2011 rakti Samkeppniseftirlitið m.a. það álit sitt að heimild til opinberra innkaupa í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins gæti nýst í þágu virkrar samkeppni hérlandis í sérstökum undantekningartilvikum. Hins vegar gæti hún í öðrum tilvikum verið til þess fallin að raska samkeppni hér á landi.² Þá sagði:

²Umsögn Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. janúar 2011. <http://www.althingi.is/alttext/erindi/139/139-1150.pdf>

„Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að heimild fjármálaráðherra til miðlægrar innkaupastofnunar til að bjóða út innkaup erlendis verði settar mun þrengri skorður en gert er ráð fyrir í frumvarpinu og henni verði einungis beitt í sérstökum undantekningartilvikum að undangengnu ítarlegu mati á samkeppni og hagræði af innkaupum. Í því sambandi verði tekið tillit til alls kostnaðar við innkaup, geymslu og dreifingu. Ráðherra veiti því aðeins heimild eftir að hin miðlæga innkaupastofnun hafi framkvæmt fyrrnefnt samkeppnismat, birt það opinberlega og líkur séu á að útboð samkvæmt núgildandi lögum og reglum skili ekki þeim árangri sem að sé stefnt vegna samkeppnislegra aðstæðna á innlendum markaði.“

Nefndar athugasemdir Samkeppniseftirlitsins eiga við fullum fetum í dag og tekur FA heils hugar undir þær. Sérstök áhersla er lögð á að nauðsynlegt er að taka alla þætti inn í mat á hagkvæmni í innkaupum. Innkaupsverðið eitt og sér segir aðeins hálfá söguna. Að ýmsu þarf að hyggja, t.d. gengisbreytingum, almennum greiðslufresti birgða, vaxtamun og vísitöluhækkunum. Skoða þarf hvernig fara á með utanumhald vörunnar, flutning, gæðaeftirlit, fræðslu, lagerhald, dreifingu, kvartanir, vöruskil, viðgerðir o.fl. Slíkt utanumhald og umsýsla er ekki ókeypis en óljóst getur verið hver á að sjá um hana og bera þann kostnað þegar skipt er við fyrirtæki sem verða hlutskörpust í útboðum opinberra innkaupastofnana í öðrum ríkjum.

Ákvæði 20. gr. frumvarpsins gerir ráð fyrir því að íslenskir opinberir aðilar geti farið með innkaup sín til annarra ríkja á Evrópska efnahagssvæðinu. Það þýðir í raun að ef að íslenskt fyrirtæki vill bjóða í verk, þjónustu eða vöru fyrir íslenskan opinberan aðila þarf fyrirtækið jafnframt að vera í stakk búíð að útvega ótilgreindum fjölda erlendra opinberra aðila sama verk, þjónustu eða vöru. Sem dæmi má taka lítið fyrirtæki í prentþjónustu sem vill selja opinberri stofnun hér á landi ljósritunarpappír. Fyrirtækið þarf þá að vera reiðubúíð að selja margfalt stærri og fleiri stofnunum í öðru ríki pappír. Ljóst er að fá ef einhver fyrirtæki hér á landi geta staðið undir slíkri kröfu enda eru íslensk fyrirtæki alla jafna smærri en erlend fyrirtæki og afkastageta þeirra minni. Hafa verður í huga að Ísland er fámenn og strjálbýl eyja langt úti í Atlantshafi. Af því leiðir að kostnaður við innflutning og útflutning er mun hærri en í flestum löndum á Evrópska efnahagssvæðinu. Þá eiga þeir sem stunda viðskipti á Íslandi jafnan mikið undir því að selja vöru sína og þjónustu til hins opinbera enda er ríkið stór viðskiptavinur og í sumum tilvikum sá eini. Við þau viðskipti verður oft til stærðarhagræðing á innanlandsmarkaði sem neytendur í heild njóta góðs af. Verði hinu opinbera veitt ótakmörkuð heimild til að færa viðskipti sín til útlanda er ljóst að mörg lítil og meðalstór fyrirtæki sem tekið hafa þátt í opinberum útboðum munu eiga mjög erfitt uppdráttar. Samkeppniseftirlitið kom sérstaklega inn á þetta atriði í áður nefndri umsögn sinni: „Þátttaka hins erlenda innkaupaaðila getur t.d. leitt til svo umfangsmikilla viðskipta að íslenskir aðilar hafi ekki bolmagn til að taka þátt.“ Það fyrirkomulag sem lagt er til í 20. gr. frumvarpsins útilokar í raun þátttöku íslenskra aðila þar sem þeir gætu fæstir annað svo stórum markaði.

Af stofnunum ríkisins hefur það aðallega verið Landspítalinn sem þrýst hefur á að umrædd breyting verði gerð á 18. gr. a laga um opinber innkaup. Hefur spítalinn gengið svo langt að halda því fram að núgildandi lög hamli því að Íslendingar geti tekið þátt í lyfjaútboðum með öðrum þjóðum.³

³ Frétt í Fréttablaðinu og á visir.is þann 18. janúar 2016. <http://www.visir.is/log-um-opinber-innkaup-kosta-hundur-milljona-vid-lyfjakaup/article/2016160118968>

FA hafnar því alfarið að nágildandi ákvæði komi í veg fyrir slíkt og vísar til orða forstjóra Ríkiskaupa í frétt Fréttablaðsins dags. 18. janúar síðastliðinn þar sem hann tók fram að umrætt ákvæði laganna væri ekki eins hamlandi og það liti út fyrir í fyrstu. Þá hefðu Ríkiskaup aðstoðað ríkisstofnanir við að fara í sameiginlegt útboð með innkaupastofnunum annarra ríkja og hafi það gengið ágætlega. Þá kemur fram í máli hans að mikilvægt sé að ríkisstofnanir láti reyna á ákvæði laganna áður en þær ákveði að þetta skilyrði hamli þeim í að spara fjármagn hins opinbera með útboðum.⁴ Forstjóri Ríkiskaupa verður að teljast sá einstaklingur innan stjórnarsýslunnar sem hvað mesta þekkingu hefur á þessum málaflokki. Landspítalinn lýsir því þó sérstaklega yfir að spítalinn taki ekki undir þessa skoðun forstjórans með yfirlýsingu á vef sínum þann 18. maí 2016. Í yfirlýsingunni segir að oftast en einu sinni hafi verið falast eftir samvinnu annarra þjóða um útboð. „Hingað til hefur ekki náðst samkomulag um slíkt þar sem hinir erlendu aðilar hafa talið 18. greinina vekja vafa um raunverulega heimild til slíks samstarfsog litið svo á að sú samkeppnishindrun sem felst í íslensku lögunum geti skaðað þeirra eigin samkeppnisstöðu,“ segir í yfirlýsingu spítalans.⁵

Eftir að yfirlýsing Landspítalans birtist benti forstjóri Ríkiskaupa á það í samtali við mbl.is að spítalinn hefði aldrei óskað eftir því við Ríkiskaup að gert yrði samkeppnismat. Hann sagði þar að misskilnings gætti hjá spítalanum. Samkeppnismatið, sem væri fyrir íslenskan markað, þyrfti ekki að framkvæma í samstarfi við aðrar þjóðir. Það sem ætti að gera væri að hafa samband við Ríkiskaup sem framkvæmdu matið í samstarfi við Samkeppniseftirlitið. Taldi Halldór Sigurðsson þetta fremur einfalda aðgerð. Benti hann á að verkferlum fyrir slíkt mat hefði verið komið upp og Ríkiskaup og Samkeppniseftirlitið hefðu verið í góðu samstarfi um það. Í umræddri frétt bendir forstjóri Ríkiskaupa á að lyfjaútboð í samstarfi við erlenda spítala séu flókin. Lyfjakaup Landspítalans þurfi t.d. að falla alveg að lyfjakaupum erlenda spítalans, m.a. hvað tíma varðar, og þannig geti skapast vandamál. Það komi samkeppnismatinu hins vegar ekki við.⁶

FA telur málflutning Landspítalans í þessu máli með nokkrum ólíkindum, sérstaklega þar sem stofnunin hefur aldrei látið á samkeppnismatið reyna. Félagið leggur til að fjárlaganefnd kalli eftir skriflegum gögnum frá spítalanum um þau útboð sem spítalinn telur að ekki hafi verið hægt að fara í vegna 18. greinar laganna og rök hinna meintu erlendu samstarfsaðila fyrir því að íslensk lög hamli samstarfi.

FA tekur hins vegar undir þau orð Landspítalans í nefndri yfirlýsingu að lyfjakaup lúta mjög ströngu regluverki. Þar má t.d. nefna kröfu laga um markaðsleyfi. Markaðsleyfi eru ekki alþjóðleg og verður þar með að sækja um markaðsleyfi í hverju landi fyrir sig til þess að mega flytja inn lyf, selja eða afhenda þau í viðkomandi landi. Af þessu leiðir að íslenskir birgjar á lyfjamarkaði verða að hafa markaðsleyfi fyrir umrætt lyf í því landi þar sem útboð á lyfjum fer fram til þess að geta gert tilboð. Umsókn um markaðsleyfi er gríðarlega tímafrekt og kostnaðarsamt ferli.

Gera má ráð fyrir að Landspítalinn vilji bjóða út dýr og kostnaðarsöm lyf. Krafa um fræðslu með slíkum lyfjum er mikil og ber markaðsleyfishafa að gefa út og kynna fræðslufni fyrir læknum áður en

⁴ <http://www.visir.is/log-um-opinber-innkaup-kosta-hundur-milljona-vid-lyfjakaup/article/2016160118968>

⁵ Yfirlýsing frá Landspítala um útboðsmál, dags. 18. maí 2016. <http://www.landspitali.is/um-landspitala/frettir-og-vidburdir/frett/2016/05/18/Yfirlýsing-fra-Landspitala-um-utbodsmal/>

⁶ <http://www.mbl.is/vidskipti/frettir/2016/05/20/aldrei-bedid-um-samkeppnismat/>

markaðssetning hefst. Við þátttöku í erlendu útboði yrði að vera tryggt að hinn erlendi markaðsleyfishafi væri reiðubúinn til að ráðast í gerð slíks efnis fyrir íslenskan markað. Lyfjafyrirtækjum ber ennfremur lögum samkvæmt að afhenda allar pakkningar með íslenskum fylgiseðli, annars telst pakkningin að íslenskum lögum gölluð, eins og Hæstiréttur hefur staðfest með dómi í máli 380/2004.

FA telur ástæðu til að ítreka að við lyfjaútboð er ekki eingöngu hægt að horfa til tilboðs í verð/afslátt, heldur einnig birgðaskyldu, gengisáhrif, fjárbindingu, afhendingu daglega og neyðarþjónustu alla dagsa ársins, skráningu lyfsins, fræðslu, flutning, tryggingu, öryggiseftirlit, þjálfun starfsfólks, skaðsemisábyrgð og fleiri þætti.

Vegna ofangreindra atriða geta útboð Ríkiskaupa á lyfjakaupum í erlendu ríki leitt til þess að íslenskir birgjar verði í raun útilokaðir frá því að gera tilboð í útboði. Samkeppniseftirlitið kom sérstaklega inn á þetta í áður nefndri umsögn sinni dags. 14. janúar 2011. Með hliðsjón af þessu og því sem að framan var rakið er þeim orðum Landspítala í títtnefndri yfirlýsingu að „með útboðum í samvinnu í við erlendar innkaupamiðstöðvar [sé] á engan hátt verið að útiloka íslensk fyrirtæki frá þátttöku. Þessi fyrirtæki [eigi] alla möguleika á að taka þátt í útboðum erlendis“ harðlega mótmælt. Íslensku fyrirtækin eru vissulega ekki útilokuð í orði en eru það sannarlega á borði.

Að lokum ber að nefna að samkvæmt 3. mgr. 20. gr. frumvarpsins gilda reglur viðkomandi ríkis um innkaup sem fara fram á grundvelli ákvæðisins, þar á meðal um kærur, gildi innkaupsákvæðana og skaðabætur. Af þessu leiðir að um viðskipti ríkisins sem fara fram samkvæmt heimild 20. gr. fer samkvæmt erlendum réttarreglum. Í athugasemdum frumvarpsins er vikið að þessu mjög stuttlega en þar segir að þetta fyrirkomulag „ætti almennt séð ekki að vera vandkvæðum bundið enda eru reglur á Evrópska efnahagssvæðinu um opinber innkaup í verulegum mæli samræmdar“. Það kann að vera rétt að því gefnu að ríkin gæti þess að innleiða ákvæði tilskipunarinnar með sem minnst íþyngjandi hætti. Hins vegar er margvísleg önnur löggjöf sem getur komið til álita þegar kemur að opinberum innkaupum. Þar má nefna upplýsingalög, stjórnýslulög, lausafjárkaupalög, skaðabótalög og almennar reglur kröfuréttar. Ljóst er að mikil óvissa getur skapast að þessu leyti enda flókið og kostnaðarsamt fyrir fyrirtæki að setja sig inn í löggjöf annars ríkis til þess að átta sig á réttarstöðu sinni. Að mati FA væri rétt að taki kaupandi eða Ríkiskaup ákvörðun um að nýta sér heimild 20. gr. beri þeim skylda til þess að tryggja aðgengi að greinargóðum upplýsingum um hvaða lög og reglur gildi í viðkomandi ríki að þessu leyti.

Með vísan til framangreindra athugasemda geldur FA varhug við því að skilyrði núgildandi laga um svokallað samkeppnismat verði afnumið.

2. Viðmiðunarfjárhæðir

Í 23. gr. er að finna viðmiðunarfjárhæðir laganna en þær ákvarða hvenær opinberir aðilar eru útboðsskyldir í samræmi við innkaupareglur frumvarpsins. Samkvæmt 1. mgr. 23. gr. skal bjóða út öll innkaup opinberra aðila á vörum og þjónustu yfir 15.500.000 kr. og verkum yfir 49.000.000 kr. Ráðherra skal birta viðmiðunarfjárhæðir fyrir opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu í reglugerð skv. 4. mgr. 23. gr.

Með ákvæði 23. gr. er gerð sú jákvæða breyting að innlendu viðmiðunarfjárhæðirnar taka til sveitarfélaga til jafns við ríki og stofnanir á þeirra vegum. FA fagnar þessari breytingu enda mikilvægt að sömu reglur gildi hvort sem fyrirtæki eiga í viðskiptum við ríki eða sveitarfélög. Ríki og sveitarfélög fara bæði með skattfé og ber að tryggja að því sé ráðstafað með sem hagkvæmustum hætti.

Athygli vekur þó að fjárhæðirnar eru hækkaðar verulega frá fjárhæðum 20. gr. núgildandi laga. Þannig fer útboðsskylda á vörum úr 12 milljónum króna í 15,5 milljónir og útboðsskylda á verkframkvæmdum úr 29 milljónum í 49 milljónir króna. Útboðsskylda vegna þjónustukaupa verður óbreytt í 15,5 milljónum kr. Í athugasemdum við 23. gr. frumvarpsins kemur fram að þessi hækkun sé gerð til þess að koma til móts við sveitarfélögin. Telur FA gengið of langt með nefndum hækkunum og vísar sérstaklega til tilgangs laganna skv. 1. gr. frumvarpsins sem kveður m.a. á um að hann sé að mæla fyrir reglum um opinber innkaup til að tryggja jafnræði fyrirtækja og stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni. Ef viðmiðunarfjárhæðir eru hækkaðar úr hófi er ljóst að það markmið laganna næst ekki þar sem telja má að stór hluti innkaupa sveitarfélaga nái ekki þeim fjárhæðum. Það er fyrirtækjum sem og hinu opinbera til hagsbóta að viðmiðunarfjárhæðir séu lægri þannig að sem flest innkaup hins opinbera fari í útboð enda er það til þess fallið að fleiri fái tækifæri til að koma með tilboð og þar með tryggja hinu opinbera hagstæðustu kjörin. Með hliðsjón af framangreindu leggur FA til að nefndar hækkunar viðmiðunarfjárhæða verði felldar brott.

3. Kæruaðild

Engar breytingar eru lagðar til á núgildandi XIV. kafla laganna um kærunefnd útboðsmála. Að mati FA eru ríkar ástæður til slíkrar endurskoðunar og þá sérstaklega hvað varðar núgildandi 93. gr. um málskotsrétt en ákvæðið er svohljóðandi:

■ **93. gr. Málskotsréttur.**

- Heimild til að skjóta málum til nefndarinnar hafa þau fyrirtæki sem njóta réttinda samkvæmt lögum þessum og hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn máls.
- [Þegar um er að ræða ætlað brot gegn skyldu til að nota lögákveðið innkaupaferli eða auglýsa innkaup eru lögvarðir hagsmunir þó ekki skilyrði kæru. Ráðherra er einnig heimil kæra vegna slíkra brota án tillits til lögvarinna hagsmuna.]¹⁾
- Heimilt er kæranda að framselja kæruheimild sína til félags eða samtaka sem gæta hagsmuna hans.

Eins og sést af ákvæðinu eru það aðallega fyrirtæki sem geta verið kæruaðilar, þ.e. að því gefnu að þau hafi lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Undantekningu er svo að finna í 2. mgr. þar sem ekki er gerð krafa um lögvarða hagsmuni þegar um er að ræða ætlað brot gegn skyldu til að nota lögákveðið innkaupaferli eða auglýsa innkaup. Þá er ráðherra heimilt að kæra slík brot án tillits til lögvarinna hagsmuna. Í 3. mgr. er að finna heimild kæranda til að framselja kæruheimild sína til félags eða samtaka sem gæta hagsmuna kæranda.

Í framkvæmd er það svo að fyrirtæki veigra sér við að kæra brot á lögum um opinber innkaup þar sem það óttast mögulegar afleiðingar slíkrar kæru, þ.e. að viðkomandi fyrirtæki fái ekki samning í þeim opinberu innkaupum sem á eftir fara. Forstjóri Ríkiskaupa minntist sérstaklega á þessa hræðslu fyrirtækja við að leita réttar síns í þætti Kastljóss þann 9. mars síðastliðinn en þar kom eftirfarandi fram í máli hans: „Þeir þora ekki að koma fram en við heyrum af því þegar þeir hafa samband við okkur. Og

Það er oft leitt að heyra að þeir hafi ekki verið rétt meðhöndlaðir af stofnunum sem eru ekki að fara þessar réttu eða formlegu leiðir.⁷ Mikilvægt er að vinna bug á þessu meini og tryggja að eftirlit með framkvæmd laganna sé virkt og skili árangri. Sjálfstæð heimild samtaka og félaga til að kæra ætlað brot væri þar öflugt tæki.

Fyrirmynd slíkrar heimildar er að finna í dönskum lögum nr. 492/2010 *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.*, nánar tiltekið í 6. gr.⁸:

§ 6. Klage til Klagenævnet for Udbud kan indgives af:

- 1) Enhver, der har en retlig interesse heri.
- 2) Konkurrencestyrelsen.
- 3) De organisationer og offentlige myndigheder, som økonomi- og erhvervsministeren tillægger klageadgang.
- 4) Organisationer i andre medlemsstater i Den Europæiske Union og Den Europæiske Frihandelssammenslutning, som svarer til de organisationer, der er udpeget i henhold til nr. 3.

Stk. 2. Klagenævnet for Udbud kan tillade en tredjemand, for hvem sagen har væsentlig betydning, at indtræde i sagen til fordel for ordregiveren eller klageren.

Stk. 3. Senest samtidig med at en klage indgives til Klagenævnet for Udbud, skal klageren skriftligt underrette ordregiveren om, at klage indgives til Klagenævnet for Udbud, og om, hvorvidt klagen er indgivet i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1. I tilfælde, hvor klagen ikke er indgivet i standstill-perioden, skal klageren tillige angive, hvorvidt der begæres opsættende virkning af klagen, jf. § 12, stk. 1.

Stk. 4. I de tilfælde, hvor der nedlægges påstand om, at en kontrakt skal erklæres for uden virkning, eller om anvendelse af en alternativ sanktion, jf. § 18, stk. 3, skal Klagenævnet for Udbud hurtigst muligt efter modtagelse af klagen meddele ordregiverens kontraktpart, at det inden en fastsat frist er muligt at intervenere i sagen.

Samkvæmt 3. lið 1. mgr. 6. gr. hafa þau fyrirtæki og stjórnvöld sem viðskipta- og atvinnuvegaráðherra tilnefnið heimild til að leggja fram kæru til kærunefndar útboðsmála. Þessi heimild ráðherra er útfærð í reglugerð nr. 887/2011⁹. Í 4. gr. kemur fram að þau fyrirtæki og stjórnvöld sem hafa kærueimild skv. 3. lið 1. mgr. 6. gr. laganna séu talin upp í fylgiskjali reglugerðarinnar. Þar eru talin upp rúmlega 60 samtök og stofnanir sem hafa slíka kærueimild. Kærueimild þeirra er þannig opin þar sem hún er ekki bundin við lögvarða hagsmuni líkt og heimild 1. liðar 1. mgr. 6. gr. Ein af þeim samtökum sem getið er í nefndu fylgiskjali eru *Dansk Arbejdsgiverforening* sem þýðist sem Danska vinnuveitendasambandið.

Sérstaklega er vísað til þess að sambærilega heimild samtaka og félaga er að finna í 3. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála en ákvæði 25. gr. hljóðar svo:

25. gr. 1. Dómstólar verða ekki krafðir álits um lögfræðileg efni eða hvort tiltekið atvik hafi gerst nema að því leyti sem er nauðsynlegt til úrlausnar um ákveðna kröfu í dómsmáli.
2. Nú hefur sóknaraðili lögvarða hagsmuni af því að skorið sé úr um tilvist eða efni réttinda eða réttarsambands, og getur

⁷ Kastljós, dags. 10. mars 2016. <http://www.ruv.is/frett/dyrt-ad-hafa-200-innkaupastjora>

⁸ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=131726>

⁹ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=138265#B1>

hann þá leitað viðurkenningardóms um kröfur sínar í þeim efnum. Gildir þetta án tillits til þess hvort honum væri þess í stað unnt að leita dóms sem mætti fullnægja með aðför.

3. Félag eða samtök manna geta í eigin nafni rekið mál til viðurkenningar á tilteknum réttindum félagsmanna eða lausnar undan tilteknum skyldum þeirra, enda samrýmist það tilgangi félagsins eða samtakanna að gæta þeirra hagsmuna sem dómkrafan tekur til.

Félag eða samtök manna hefur skv. 3. mgr. 25. gr. laganna heimild til þess að reka mál í eigin nafni fyrir dómstólum og er sú heimild ekki bundin við lögvarða hagsmuna félagsins sjálfs af málinu. Telur FA sterk rök hníga að því að opna á sambærilega heimild á stjórnarsýslustigi m.a. með vísan til þess sem áður er rakið.

Mælist FA til þess að ákvæði laganna um málskotsrétt verði endurskoðuð með tilliti til framangreinds og leggur til að eftirfarandi málsgrein verði bætt við 1. mgr. 93. gr. :

„sem og félag eða samtök fyrirtækja enda samræmist það tilgangi þeirra að gæta slíkra hagsmuna.“

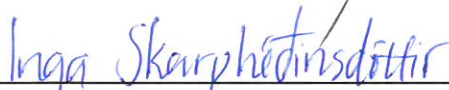
4. Að lokum

Félag atvinnurekenda mælir með því að umrætt frumvarp verði að lögum að teknu tillit til þeirra athugasemda sem félagið hefur rakið hér að framan. FA áskilur sér rétt til að koma frekari athugasemdum á framfæri á síðari stigum. Þá lýsir FA sig jafnframt reiðubúið að funda um efnið sé þess óskað.

Virðingarfyllst,



Ólafur Stephensen, framkvæmdastjóri FA



Inga Skarphéðinsdóttir, lögfræðingur FA