

Fjármálaráðuneytið

Arnarhvoli

150 Reykjavík

Reykjavík, 29. janúar 2016

Efni: Umsögn Félags atvinnurekenda um drög að frumvarpi til nýrra laga um opinber innkaup

Þann 23. desember 2015 óskaði fjármálaráðuneytið eftir umsögn Félags atvinnurekenda (FA) um drög að frumvarpi til nýrra laga um opinber innkaup.

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 viðmiðunarþjárhæðum fyrir Evrópska efnahagssvæðið þannig að þær nái til sveitarfélaga jafnt og ríkis og stofnana á þeirra vegum.

Hins vegar eru nokkrir ágallar á frumvarpinu sem nauðsynlegt er að bæta úr. Þar ber helst að nefna þá tillögu frumvarpsins að innlendum opinberum kaupendum verði heimilt án takmarkana að nota erlend stjórnvöld til að hafa milligöngu um kaup á vörum og þjónustu. Athugasemdir FA við það ákvæði sem og aðrar athugasemdir verða reifaðar hér að neðan.

1. Innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins

Með lögum nr. 56/2011 var eftirfarandi ákvæði bætt inn í lög nr. 84/2007 um opinber innkaup:

- [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 miðlægar innkaupastofnanir eða sér. Heimildin skal veitt fyrir hvert útboð fyrir sig að undangenginni rökstuddri beiðni stofnunarinnar. Heimildin skal því aðeins veitt að fyrir liggi 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 innkaupsákvárdana og skaðabætur. Í rökstuðningi fyrir beiðni innkaupastofnunar skal liggja fyrir sérstakt samkeppnismat. Við móttoku beiðni innkaupastofnunar skal [ráðuneytið]¹⁾ leita eftir staðfestingu Samkeppniseftirlitsins á samkeppnismati innkaupastofnunar. Staðfesti Samkeppniseftirlitið ekki samkeppnismat innkaupastofnunar fara innkaup ekki fram samkvæmt ákvæði þessu.

Samkvæmt ákvæðinu eru nánar tiltekin skilyrði sett fyrir því að heimilt sé að bjóða út innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins. Þannig skal heimildin 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 sé 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 liggi fyrir sérstakt samkeppnismat. Við móttöku beiðni innkaupstofnunar skal ráðuneytið leita eftir staðfestingu Samkeppniseftirlitsins á fyrilliggjandi samkeppnismati. Staðfesti Samkeppniseftirlitið ekki samkeppnismat innkaupastofnunarinnar fara innkaup ekki fram samkvæmt ákvæðinu. Markmið ákvæðisins er að standa vörð um samkeppni.

Ákvæði 20. gr. frumvarpsins er eftirfarandi:

Kaupanda er heimilt að nota þjónustu miðlægrar innkaupastofnunar í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins til að bjóða út innkaup á vörur, þjónustu eða verki, sem falla undir lög þessi. Skilyrði er að kaupandi tilkynni ráðuneytinu um fyrirhuguð innkaup eða láti í té afrit af samningi sé þess óskað.

Ríkskaupum 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, og/eða miðlægar innkaupastofnanir.

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

Ljóst er af texta ákvæðisins að um er að ræða töluverða breytingu frá nágildandi 18. gr. a. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup en þar ber hæst afnám skilyrðis um svokallað samkeppnismat.

Í athugasemdum við frumvarpið kemur fram að greinin svari til 39. gr. tilskipunarinnar og feli hún í sér breytingar á 18. gr. a. í nágildandi lögum. Texti 39. gr. tilskipunarinnar er svohljóðandi:

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 ófrávirkjanlegra 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 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:

a) gerð samnings innan ramma gagnvirks innkaupakerfis,

b) nýja samkeppni innan rammasamnings,

c) ákváðanatöku, skv. a- eða b-lið 4. mgr. 33. gr., um það hver rekstraraðila, sem eiga aðild að rammasamningi, skuli framkvæma tiltekið verkefni.

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

a) ábyrgðarsvið aðilanna og viðeigandi gild landsákvæði,

b) 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 svæðasamvinnu 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:

a) 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 (Stjtíð. 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 undирgrein 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.

Þegar texti 39. gr. tilskipunarinnar er borinn saman við 20. gr. frumvarpsins er ljóst að mikið ber á milli. Ákvæði 39. gr. er ítarlegt en þar er að finna meginreglur um beitingu heimildarinnar, samspil ákvæða auk þess sem heimildinni eru settar ákveðnar skorður. Ákvæði 20. gr. er hins vegar stuttaralegt og tekur ekki nándar nærri á öllum þeim atriðum sem koma fram í nefndri grein tilskipunarinnar. Einungis er opnað á heimild án frekari afmörkunar. Því er ekki er hægt að fallast á áðurnefnd orð athugasemda frumvarpsins við 20. gr. að greinin svari til 39. gr. tilskipunarinnar.

Bent er á að flest innkaup opinberra aðila fara fram á Evrópska efnahagssvæðinu. Þeir erlendu aðilar sem áhuga hafa á því að eiga viðskipti 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 nágildandi 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 haldu 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.

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 lögini. 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 virkar samkeppni hérlendis í sérstökum undantekningartilvikum. Hins vegar gæti hún í öðrum tilvikum verið til þess fallin að raska samkeppni hér á landi.¹ Þá sagði:

¹Umsögn Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. janúar 2011. <http://www.althingi.is/altext/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 þengri 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 fyrnefnt 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 hálfu söguna. Að ýmsu þarf að hyggja, t.d. gengisbreytingum, almennum greiðslufresti birgða, vaxtamun og vísítöluhækkunum. 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 búið 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 reiðubúið 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: „*Pátttaka 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 þáttöku íslenskra aðila þar sem þeir gætu fæstir annað svo stórum markaði.

Í athugasemdum frumvarpsins er ekki tilgreind ástæða þess að skilyrði 18. gr. a um samkeppnismat er fellt út en líklegt er þar að baki liggi það sjónarmið að samkeppnismatið hamli því að stofnanir nýti sér miðlægar innkaupastofnanir í öðrum ríkjum. FA hafnar því alfarið að núgildandi ákvæði komi í veg fyrir slíkt og vísar til orða forstjóra Ríkiskaupa í frétt Fréttablaðsins dags. 18. janúar 2016 þar sem hann tók fram að Ríkiskaup hafi 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.²

Þá 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 innkaupsákvarðana og skaðabætur. Af þessu leiðir að um viðskipti ríkisins sem fara fram samkvæmt heimild 20. gr. fer samkvæmt erlendum réttarreglum. Í athugasemdu 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 árita þegar kemur að opinberum innkaupum. Þar má nefna upplýsingalög, stjórnsýslulög, 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 nágildandi 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. nágildandi 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 athugasemdu við 23. gr. frumvarpsins kemur fram að þessi hækjun sé gerð til þess að koma til móts við sveitarfélögin. Telur FA gengið of langt með nefndum hækjunum 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

² <http://www.visir.is/log-um-opinber-innkaup-kosta-hundrud-milljona-vid-lyfjakaup/article/2016160118968>

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. Leggur FA til að nefndar hækkanir viðmiðunarfjárhæða verði feldar brott.

3. Auglýsing útboðs og frestir

Reglur um fresti er að finna í 34. – 36. gr. frumvarpsins. Ákvæði 34. gr. hefur að geyma meginreglur um fresti og 35. gr. og 36. gr. reglur um lágmarksfresti. Tilboðsfrestir vegna útboða yfir viðmiðunarfjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu eru lengri en frestir þegar um er að ræða útboð yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum. Þannig er frestur í almennu útboði yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum minnst 15 almanaksdagar, sbr. 2. mgr. 35. gr. en minnst 35 dagar sé útboðið yfir viðmiðunarfjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 3. mgr. 35. gr. Ákvæðin mæla svo fyrir um tilteknar heimildir til að stytta frestina í ákveðnum tilvikum.

Samkvæmt 1. másl. 56. gr. frumvarpsins skulu öll innkaup opinberra aðila á vörum, þjónustu og verki yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 23. gr. auglýst rafrænt á sameiginlegum vettvangi sem ráðherra mælir fyrir um í reglugerð. Ákvæði 57. gr. hefur að geyma reglur um birtingu og efni auglýsinga og tilkynninga vegna innkaupa yfir viðmiðunarfjárhæðum EES. Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. skuli slíkar auglýsingar og tilkynningar birtar í samræmi við VIII. viðauka sem skal birtur í reglugerð. Þá er tekið fram í 2. mgr. 57. gr. að ekki skuli birta auglýsingar og tilkynningar á innlendum vettvangi áður en þær hafa verið birtar á erlendum vettvangi skv. 1. mgr.

Í athugasemdum við 56. gr. kemur fram að greinin sé nýmæli um að öllum opinberum aðilum skv. frumvarpinu verði skyld að auglýsa innkaup sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 23. gr. á sameiginlegum vettvangi, utbodsvefur.is. Á þeim vef verði hægt að nálgast öll útboð á einum og sama stað. Af þessu orðalagi má leiða að útboð á EES-svæðinu eigi einnig að auglýsa skv. 56. gr. þannig að bjóðendur geti nálgast upplýsingar um innlend útboð jafnt sem útboð á EES-svæðinu á sama stað. Ákvæði 2. mgr. 57. gr. styður þessa túlkun þar sem gert er ráð fyrir því að auglýsing sé birt innanlands.

Borið hefur á því að útboð sem fara fram á Evrópska efnahagssvæðinu séu auglýst ytra á tilsettum tíma en auglýsing vegna útboðsins sé birt síðar hér á landi og hafi því innlendir birgjar styrtí tíma en þeir erlendu til að skila inn tilboði og vinna nauðsynleg gögn þar að lútandi. Brýnt er að allir sitji við sama borð að þessu leyti og því afar mikilvægt að samspil ákvæða 56. og 57. gr. sé skýrt nánar í athugasemdum þannig að jafnræði bjóðenda og gegnsæi sé tryggt.

4. Kæruaðild

Engar breytingar eru lagðar til á nágildandi XIV. kafla laganna um kærunefnd útboðsmála. Að mati FA eru ríkar ástæður til slíkrar endurskoðunar og þá sérstaklega hvað varðar nágildandi 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

hagsmunu.]¹⁾

Heimilt er kæranda að framselja kæruheimild sína til félags eða samtaka sem gæta hagsmunu hans.

Eins og sést af ákvæðinu eru það aðallega fyrirtæki sem geta verið kæruaðilar, þ.e. að því gefnu að þau hafi lögvarinna hagsmunu 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 hagsmunu. Í 3. mgr. er að finna heimild kæranda til að framselja kæruheimild sína til félags eða samtaka sem gæta hagsmunu 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. 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.

Fyrirmynnd slíkrar heimildar er að finna í dönskum lögum nr. 492/2010 *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.*, nánar tiltekið í 6. gr.³:

§ 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 begøres 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 tilnefnir heimild til að leggja fram kæru til kærunefndar útboðsmála. Þessi heimild ráðherra er útfærð í reglugerð nr. 887 /2011⁴. Í 4. gr. kemur fram að þau fyrirtæki og stjórnvöld sem hafa kæruheimild skv. 3. lið 1. mgr. 6. gr. laganna séu talin upp í fylgiskjali reglugerðarinnar. Þar eru talin upp rúmlega 60

³ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=131726>

⁴ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=138265#B1>

samtök og stofnanir sem hafa slíka kæruheimild. Kæruheimild 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.

Mælist FA til þess að ákvæði laganna um málskotsrétt verði endurskoðuð með tilliti til framangreinds og leggur til að ákvæði um sjálfstæða kæruheimild hagsmunafélaga og -samtaka verði bætt við lögini.

5. Viðurlög við brotum á ákvæðum laganna

Engar breytingar eru lagðar til á ákvæðum laganna um viðurlög við brotum. Það er reynsla margra fyrirtækja að stofnanir reyna að komast hjá því að fara í útboð með innkaup sín auk þess sem tölувart ber á því að skilmálar útboðs séu þannig úr garði gerðir að telja má að stefnt sé að því að versla við ákveðið fyrirtæki.

Í því ljósi telur FA efni til þess að ákvæði laganna um viðurlög verði endurskoðuð með tilliti til þess hvort herða þurfi á þeim með það að markmiði að tryggja að farið sé að lögum. Samkvæmt XV. kafla laganna getur kærunefnd útboðsmála lýst samning óvirkan, lagt á stjórnavaldssektir og stytt gildistíma samnings. Bent er á að áðurnefnd dönsk lög eru mun ítarlegri þegar kemur að mögulegum viðbrögðum kærunefndar og viðurlögum en um það vísast til 5. kafla laganna. Sérstaklega er bent á að þar er gert ráð fyrir sektum auk stjórnavaldssekta.

6. Að lokum

Félag atvinnurekenda leggur til að frumvarpsrögin verði endurskoðuð með tilliti til ofangreindra athugasemda. Félag atvinnurekenda áskilur sér rétt til að koma að frekari athugasemdum við frumvarpið á framfæri á síðari stigum. Félagið lýsir sig jafnframt reiðubúið til að funda um efnið sé þess óskað.

Virðingarfyllst,

Inga Skarphéðinsdóttir
Inga Skarphéðinsdóttir lögfræðingur