

Nefndasvið Alþingis
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 4. desember 2012

Efni: Umsögn Félags atvinnurekenda um frumvarp til laga um breytingar á lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, 288. mál

Vísað er til erindis efnahags- og viðskiptanefndar þar sem óskað er umsagnar Félags atvinnurekenda um frumvarp til laga um breytingar á lögum um opinber innkaup nr. 84/2007. Félag atvinnurekenda telur að umrætt frumvarp sé til mikilla bóta. Félagið vill hins vegar gera nokkrar athugasemdir og tillögur sem það telur til þess fallnar að bæta frumvarpið.

I. Ábendingar

Ekki verður hjá því komist að benda á að frumvarpið er einstaklega faglega unnið og vandað í alla staði. Félag atvinnurekenda vill gera tillögur að breytingum sem ekki eru að finna í frumvarpinu en nauðsynlegt er að gera.

Aðrar ábendingar

Mjög óheppilega villu er að finna í 1. mgr. 7. gr. (sbr. 2. mgr.) laganna sem vert er að leiðrétta. Það virðist hafa verið ætlun löggjafans að skilja á milli annars vegar laga um opinber innkaup og hins vegar veitutilskipunar Evrópusambandsins, en vegna orðaruglings er efni ákvæðisins nokkuð óskýrt. Félagið hvetur til þess að við breytingar á lögnum verði þessi villa leiðrétt enda hefur hún þegar valdið nokkrum ágreiningi m.a. í nýlegum dómi héraðsdóms Reykjavíkur í máli E-7966/2008 sem staðfestur var með dómi Hæstaréttar í máli nr. 714/2009. Í kjölfar þess dóms reyndi Alþingi að bæta úr þessum meinbug á umræddu lagaákvæði með lagabreytingu sem fram kom í l. 56/2011. Sú breyting virðist hins vegar hafa mistekist þar sem orðalagið er í raun enn rangt þar sem það er í raun í andstöðu við markmið ákvæðisins. Hið rétta er að lögin eiga að ná til alls þess sem tilskipun 2004/18/EB gerir auk sem að kaflar laganna um úrræði og kæruleiðir eiga einnig að taka til innkaupa skv. tilskipun 2004/17/EB (veitutilskipuninni). Þá á veitutilskipunin að vera réttilega innleidd í íslenskan rétt með lögnum.

Viðmiðunarmörk

Lög um opinber innkaup nr. 84/2007 eiga almennt ekki við um innkaup sem eru undir ákveðnum viðmiðunarfjárhæðum. Hvað opinbera aðila varðar eru þau viðmiðunarmörk nokkuð hófleg og tryggir það að markmið laganna um hagkvæmni og réttaröryggi gilda um innkaup slíkra aðila. Hins vegar eru innkaup sveitarfélaga og stofnana þeirra háð viðmiðunum sem eru töluvert hærrí og í raun þau sömu og eiga við um útboð á hinu Evrópska efnahagssvæði. Eins og lögin eru í dag geta sveitarfélög og stofnanir þeirra keypt vörur og þjónustu fyrir tugi milljóna án þess að um kaupin gildi lög um opinber innkaup. Þá geta þessir sömu aðilar farið í verkframkvæmdir fyrir hundraði milljóna án þess að lögin gildi. Þetta hefur jafnframt í för með sér að brot á grundvallarreglum útboðsréttar við framkvæmd slíkra innkaupa eiga ekki undir kærunefnd útboðsmála. Þar með hafa bjóðendur engin tæk úrræði þegar á þeim er brotið önnur en þau að leita til dómstóla. Slíkt úrræði býður hins vegar almennt ekki uppá að leiðrétta ólögmetta háttsemi kaupanda með sama hætti og lög um opinber innkaup gera, en úrræði dómstóla er að mestu bundið við að bæta það tjón sem af hefur hlotist. Að mati Félags atvinnurekenda er engin ástæða fyrir því að hafa viðmiðanir um

sveitarfélög og stofnanir þeirra önnur en gildir um opinbera aðila almennt. Þvert á móti væri slíkt til þess fallið að tryggja betur markmið laga um opinber innkaup hvað varðar hagkvæmni, jafnræði, samkeppni og nýsköpun.

Valdsvið kærunefndar útboðsmála

Samkvæmt 2. mgr. 91. laga um opinber innkaup er það hlutverk kærunefndar útboðsmála að leysa með skjóttum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögnum, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunarinnar sem vísað er til í lögnum, og reglum settum samkvæmt þeim. Kærunefnd útboðsmála hefur túlkað þetta ákvæði mjög þröngt. Samkvæmt úrskuðum nefndarinnar, m.a. nr. 17/2009, telur nefndin að valdsvið hennar eigi einungis við á meðan á útboðsferli stendur auk þess sem nefndin geti tekið á því hvort skylt hafi verið að viðhafa útboð í tiltekið sinn. Þessi lögskýring nefndarinnar er nokkuð óheppileg. Brot á lögum um opinber innkaup geta átt sér stað á mismunandi tímum og oft eftir að útboðsferli lýkur. Dæmi um það er t.d. þegar samningum er breytt eftir að útboði lýkur þannig að tilboðsgjafi sem átti lægsta gilda tilboð fái kaupauka sem gerir það að verkum að raunvirði tilboðs hans er hærra en annarra bjóðenda. Annað dæmi er þegar lægst bjóðandi verður gjaldþrota eða getur ekki lokið verki og kaupandi afhendir nýjum aðila verkið án þess að framkvæma nýtt útboð. Það að kærunefnd útboðsmála taki ekki á þessum skýru brotum á lögnum er mjög óheppilegt auk þess sem slíkt er í andstöðu við skuldbindingar okkar skv. EES m.a. tilskipunum 89/665/EEC og 92/13/EEC. Í því samhengi telur Félág atvinnurekenda rétt að benda á niðurstöðu Evrópudómstólsins í máli C-26/03, Stadt Halle, þar sem fram kemur:

„Article 1(1) of Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, as amended by Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, itself amended by European Parliament and Council Directive 97/52/EC of 13 October 1997, must be interpreted as meaning that the obligation of the Member States to ensure that effective and rapid remedies are available against decisions taken by contracting authorities extends also to decisions taken outside a formal award procedure and decisions prior to a formal call for tenders, in particular the decision on whether a particular contract falls within the personal and material scope of Directive 92/50, as amended. That possibility of review is available to any person having or having had an interest in obtaining the contract in question who has been or risks being harmed by an alleged infringement, from the time when the contracting authority has expressed its will in a manner capable of producing legal effects. The Member States are not therefore authorised to make the possibility of review subject to the fact that the public procurement procedure in question has formally reached a particular stage“

Af framangreindu er ljóst að það er fortakslaus skylda aðildarríkjanna að sjá til þess að til staðar séu raunhæf úrræði og einskoðast sú skylda ekki við útboðsferilinn sem slíkan. Þessu til frekari stuðnings má geta þess að víða í tilskipunum og reglum Evrópusambandsins um opinber innkaup er að finna tilvísanir í atvik á samningstíma sem jafngilda broti á tilskipunum. Má þar sem dæmi nefna ákvæði laga um opinber innkaup um að einstök kaup innan rammamanna skuli rúmast innan ákvæða rammamanna. Þetta ákvæði hefur verið skýrt á þann veg að einstök innkaup á grundvelli rammamanna geti verið kærleg á grundvelli tilskipunar 89/665/EEC ef þau eru yfir viðmiðunarfjárhæðum. Einnig má nefna dóma Evrópudómstólsins í máli C-121/06, Passetext, en þar kemur skýrt fram að breytingar á samningum eftir gildistöku þeirra geta falið í sér röskun á jafnræði og gagnsæi sem brýtur gegn umræddum tilskipunum. Slík tilfelli eiga að heyra undir réttarúrræði eins og þau sem sett eru á grundvelli tilskipunar 89/665/EEC.

Í ljósi þessa telur Félág atvinnurekenda rétt að Alþingi kveði á um það með skýrum hætti að valdsvið kærunefndar útboðsmála takmarkist við efni laga um opinber innkaup og tengdra réttarheimilda óháð því hvort meint brot eigi sér stað á útboðstíma eður ei. Þar til kærunefnd

útboðsmála fer að úrskurða með þeim hætti er ljóst að Ísland hefur ekki uppfyllt þjóðréttarlegar skuldbindingar sínar skv. EES.

Skaðabætur

Ekkert ákvæði er í lögum um skaðabætur vegna tjóns sem aðilar verða fyrir vegna brota á lögum um opinber innkaup. Fer í slíkum tilfellum eftir almennum reglum. Slíkt er hins vegar í mörgum tilfellum mjög óheppilegt því eðli málsins samkvæmt er það vankvæðum háð að sanna umfang þess tjóns sem viðkomandi aðilar hafa orðið fyrir. Það er hins vegar óæskilegt að slíkt eigi að leiða til þess að tjón aðila verði ekki bætt af þeim aðila sem því veldur. Félag atvinnurekenda leggur því til að tjón vegna brota á lögum um opinber innkaup verði lögfest. Leggur félagið til að skaðabætur verði 10% af tilboði viðkomandi tjónþola í þeim tilfellum sem hann hefur gert slíkt tilboð. Í öðrum tilfellum leggur félagið til að skaðabætur verði 10% af lægsta tilboði svo framarlega sem að slíkt tilboð er ekki óeðlilega lágt í skilningi 55. gr. laganna. Þessu til viðbótar telur félagið rétt að um tjón umfram hið lögákveðna mark gildi almennar reglur. Með þessu móti er tekið skref í þá átt að bæta aðilum, að minnsta kosti að hluta til, það tjón sem þeir verða fyrir vegna brota á lögum um opinber innkaup. Eins og málum er háttáð í dag heyrir það til undantekninga að slíkt tjón sé bætt.

Kærunefnd útboðsmála og skaðabætur

Eins og staða mála er í dag gefur kærunefnd útboðsmála aðeins álit sitt á því hvort að skaðabótaskylda er til staðar en tjáir sig ekki um fjárhæð skaðabóta. Þessu fyrirkomulagi er ætlað að vera grundvöllur sáttta milli aðila. Reyndin í þessum málum hefur hins vegar verið sú að það heyrir til algera undantekninga að skaðabótaskyldir aðilar greiði bætur. Er það því ljóst að ákvæðið, með þeim hætti sem það er í dag, nær ekki markmiði sínu. Félag atvinnurekenda leggur því til að lögum um opinber innkaup verði breytt á þann hátt að kærunefnd útboðsmála tjái sig um fjárhæð skaðabóta með bindandi hætti fyrir aðila máls. Þetta fyrirkomulag er þekkt m.a. frá Danmörku þar sem það hefur gefist mjög vel.

II. Annað

Að lokum áskilur Félag atvinnurekenda sér rétt til að koma frekari athugasemdum á framfæri á síðari stigum. Félagið lýsir sig jafnframt reiðubúið til að funda um efnið sé þess óskað.

Virðingarfyllst,



Almar Guðmundsson
Framkvæmdastjóri Félags atvinnurekenda