



Fjármála- og efnahagsráðuneytið
Málefnasvið: Skatta- eigna- og fjármálaumsýsla
Skrifstofa stjórnunar og umbóta
Arnarhvoli við Lindargötu,
101 Reykjavík
fjr@fjr.is

Sent á Samráðsgátt

Reykjavík, 18. mars 2024

Efni: Umsögn um drög að frumvarpi um breytingar á lögum um opinber innkaup, mál nr. S-81/2024

Samtök iðnaðarins, Samtök atvinnulífsins og Samtök verslunar og þjónustu (hér eftir „samtökin“) hafa tekið til umsagnar drög að frumvarpi um breytingar á lögum um opinber innkaup nr. 120/2016 (hér eftir „OIL“), mál nr. S-81/2024 (hér eftir „frumvarpsdrögin“ eða „drögin“). Áform til lagabreytinganna voru birt í samráðsgátt stjórnvalda 21. febrúar 2024 og skiluðu samtökin umsögn um málið 6. mars 2024. Með frumvarpsdrögunum er stefnt að því að gera tiltekin ákvæði í nágildandi lögum um opinber innkaup markvissari í framkvæmd og um leið tryggja að ekki sé dregið úr sveigjanleika laganna, gerðar eru ýmsar lagatæknilegar breytingar og eru önnur ákvæði færð nær orðalagi samsvarandi ákvæðum sem koma fram í þeirri tilskipun sem löggin byggja á til að tryggja betra samræmi milli innlendra reglna og EES-réttar.

Samtökin gera athugasemd við fyrirkomulag samráðs við kynningu frumvarpsdraganna þar sem veittur frestur til athugasemda var ekki í samræmi við samþykkt ríkisstjórnarinnar um undirbúning og frágang stjórnarfrumvarpa og þingsályktunartillagna, sbr. 10. gr. reglna um starfshætti ríkisstjórnar, nr. 791/2018, frá 24. febrúar 2023. Í 9. gr. samþykktarinnar er lögð áhersla á að drög að lagafrumvörpum ríkisstjórnarinnar skuli kynnt almenningi og hagsmunaaðilum í opnu samráði þar sem gefin er kostur til umsagna eða ábendinga. Þá er hæfilegur frestur metinn að minnsta kosti tvær til fjórar vikur. Líkt og að framan greinir var frestur til skila á umsögnum um áform frumvarpsins til 6. mars sl., frumvarpsdrögin voru birt 11. mars s.m. og frestur til umsagnar á frumvarpsdrögum veittur til og með sunnudagsins 17. mars s.m. Sá stutti frestur frá því að áform um lagabreytingu voru kynnt og drög að frumvarpi voru lögð fram gefur til kynna að ekki hafi gefist tími né ráð til að taka afstöðu til framkominna umsagna í málinu. Þá fer veittur frestur á frumvarpsdrögum þvert gegn framangreindri 9. gr. samþykktar ríkisstjórnarinnar ásamt leiðbeiningum sem fram koma um undirbúning og framlagningu frumvarpa. Að mati samtakanna er nauðsynlegt að vandað sé til verka við breytingu laganna enda miklir hagsmunir í húfi og leggja áherslu á mikilvægi þess að hagaðilum sé gefinn kostur, í samræmi við reglur, á að koma á framfæri athugasemdum í jafn mikilvægu máli og þessu.

Að því sögðu vilja samtökin áréttta efnistöð fyrri umsagnar frá 6. mars sl. ásamt frekari efnislegum viðbótum og koma á framfæri eftirfarandi athugasemdum:

Skylda til rafrænna opunarfundu tilboða

Samtökin hafa á undanförunum árum talað fyrir aukinni skilvirkni í opinberum innkaupum og bent á tækifæri til umbóta m.a. með bættum undirbúningi útboða, aukinni samræmingu gagna og notkun rafrænna lausna.¹ Frumvarpsdrögin leggja til breytingar á 65. gr. OIL til að mæta þeirri þróun sem hefur átt sér stað við rafræna framkvæmd útboða og opnun tilboða. Samtökin fagna væntanlegum breytingum en vilja ítreka fyrri ábendingar sínar, sem fram komu í umsögn samtakanna um áform lagasetningarinnar, um mikilvægi þess að verkkaupum verði gert skylt að tryggja bjóðendum þann möguleika að vera viðstadda opnun tilboða hvort sem tilboð eru lögð fram með rafrænum aðferðum eða með öðrum hætti. Grundvallarreglu opinberra innkaupa um jafnræði bjóðenda og gagnsæi þarf að tryggja til að viðhalda trausti á útboðsferlinu. Að því þarf sérstaklega að gæta þegar rafrænar lausnir eru notaðar við opnun tilboða og þarf að tryggja gagnsæi við slíkar opnanir, þar sem bjóðendum er veitt tækifæri á að vera viðstöddum. Með rafrænni framkvæmd útboða hefur borið á því að undanförunum misserum að verkkaupar hafa ekki talið sér skylt að tryggja bjóðendum möguleika á því að vera viðstadda opnun tilboða en slíkt elur á tortryggni bjóðenda gagnvart útboðsferlinu. Með því að tryggja bjóðendum möguleika á að vera viðstadda opnun tilboða, hvort sem útboð hafa verið framkvæmd með rafrænum hætti eða ekki, má auka gagnsæi og traust á útboðsferlinu. Einfalt er að tryggja slíka möguleika til viðveru með tæknilausnum á borð við Teams eða Zoom.

Samtökin vilja sömuleiðis ítreka fyrri ábendingar sínar sem fram komu í framangreindri umsögn þar sem félagsmenn samtakanna hafa gert athugasemdir við skort á upplýsingagjöf einstakra opinberra verkkaupa í kjölfar opnun tilboða þeirra þar sem niðurstöður útboða eru birtar seint eða alls ekki. Að mati samtakanna er um auðleyst vandamál að ræða þar sem opinberum verkkaupum verður gert að birta eða auglýsa niðurstöður útboða á þeirra vegum samhliða eða strax í kjölfar opnun tilboða með einföldum hætti. Tækar leiðir til slíkra auglýsinga væri t.a.m. upplýsingagjöf í gegnum heimasíðu viðkomandi eða með tölvupósti til allra tilboðsgjafa um niðurstöður útboða. Líkt og á við um rafræna opnun tilboða sem að framan greinir myndi slík upplýsingagjöf auka á gagnsæi útboðsferlisins og um leið traust tilboðsgjafa á því.

Breytingar á 88. gr. a. um keðjuábyrgð

Samtökin fögnuðu upphaflega áformum um breytingu á ákvæðum 88. gr. a. OIL um keðjuábyrgð en hafa nú, þegar frekari upplýsingar liggja fyrir, verulegar áhyggjur af fyrirhuguðum breytingum. Vert er að fara yfir forsögu innleiðingar á keðjuábyrgð og þeim áhyggjum sem þá voru uppi því til hliðsjónar. Að mati samtakanna er endurskoðun lagaákvæðisins mikilvæg í þeirri viðleitni að tryggja betri framkvæmd en þörf er á frekari samráði og undirbúningi við þá endurskoðun.

Samtökin skiluðu á sínum tíma umsögn um frumvarp til breytinga á lögum um opinber innkaup (markviss innkaup, keðjuábyrgð o.fl.), 442. mál, 21. febrúar 2019, þar sem samtökin gerðu ýmsar athugasemdir við innleiðingu keðjuábyrgðar í OIL. Á þeim tíma var ljóst að með innleiðingunni var gerð tilraun til að gullhúða heimildir tilskipunarinnar með því að innleiða ákvæði hennar en tengja heimildina auk þess við launagreiðslur.² Skal það áréttað að í

¹ Samtök iðnaðarins, *Stöðugt, hagkvæmt og skilvirkt starfsumhverfi*, bls. 27. Sjá:

https://www.si.is/media/_eplica-uppsetning/SI-starfsumhverfi-skyrsla-opnur-fin.pdf

²https://www.si.is/media/_eplica-uppsetning/Umsogn-SA-SI-og-SVTh-um-frumvarp-til-breytinga-a-logum-um-opinber-innkaup-mal-nr.-442-21.pdf

tilskipuninni er ekki gert ráð fyrir heimild til keðjuábyrgðar í opinberum innkaupum og var því gengið lengra en tilskipunin gerði ráð fyrir. Bentu samtökin á sínum tíma á að ákvæðið væri illa útfært og ekki nægilega vel ígrundað.

Í 3. mgr. 7. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB er að finna svohljóðandi ákvæði:

„Aðildarríki geta kveðið á um að samningsyfirvald skuli millifæra greiðslur, sem inna ber af hendi, beint til undirverktaka fyrir þjónustu, vöru eða verk sem hann lætur rekstraraðila, sem opinber samningur hefur verið gerður við (aðalverktaka), í té, fari undirverktaki fram á það og heimili eðli samningsins það. Slíkar ráðstafanir geta tekið til viðeigandi aðferða til að gera aðalverktaka kleift að andmæla óréttmætum greiðslum. Tilhögun slíks greiðslumáta skal útlistuð í útboðsgögnum“

Ljóst er að ákvæði tilskipunarinnar tekur ekki til svokallaðrar keðjuábyrgðar heldur er í henni aðeins um að ræða heimild kaupanda til að greiða beint til undirverktaka greiðslur fyrir þjónustu, vöru eða verk, eða svokallaðar verktakagreiðslur. Gert er ráð fyrir ákveðinni málsmeðferð í því samhengi, þ.e. að veita aðalverktaka andmælarétt. Þess ber að geta að ákvæðið tekur ekki á þeim tilvikum þegar um vangoldnar launagreiðslur er að ræða hjá undirverktaka eða aðalverktaka (þ.e. keðjuábyrgð).

Eftir innleiðingu ákvæðisins um keðjuábyrgð hafa þær áhyggjur sem að samtökin höfðu af ákvæðinu raungerst. Í 15. gr. frumvarpsins er því lagt upp með að tryggja heimild aðalverktaka til gagnaöflunar til að kalla eftir launaseðlum, tímaskýrslum, og yfirliti yfir gildandi sjúkra- og slysatryggingar frá undirverktaka og starfsmannaleigum, svo kaupanda verði fært að greiða vangoldnar verktakagreiðslur til *undirverktaka og annarra starfsmanna*, sem svara til launatengdra greiðslna, á kostnað *aðalverktaka* standi hann ekki í skilum með slíkar greiðslur. Með slíkri lagasetningu yrði aðalverktaka veittur ótvíræður réttur til viðkvæmra persónulegra upplýsinga undirverktaka sem oft á tíðum eru jafnframt samkeppnisaðilar.

Í greinargerð frumvarpsins er þess getið að viðbótinni sé ætlað til tryggingar því að unnt sé að efna þau réttindi sem kveðið er á um í ákvæðinu um keðjuábyrgð. Þá segir: „Þar sem um er að ræða upplýsingar sem háðar eru persónuverndarlögum er þörf á að kveða á um ótvíræða lagaheimild til að afla þessara upplýsinga en annars er hætta á að aðalverktaki geti ekki uppfyllt þær skyldur sem koma fram í 88. gr. a. í núgildandi lögum.“ Í þessu samhengi er rétt að geta þess að í 3. mgr. 88. gr. a. laganna er kveðið á um að það sé skilyrði þess að kaupanda sé heimilt að greiða vangoldnar verktakagreiðslur til undirverktaka og annarra starfsmanna að heimild þar að lútandi sé tilgreind í útboðsgögnum, að verk sé í nánu og eðlilegu samhengi við opinberan samning sem undirverktaka er ætlað að framkvæma fyrir aðalverktaka og að kröfum sé beint til verkkaupa innan fjögurra mánaða frá því að þær gjaldféllu. Skilja verður samhengið þannig að viðbót 15. gr. frumvarpsins sé ætlað að tryggja að aðalverktaki standi skil á skyldum skv. 1. mgr. 88. gr. laganna, þ.e. að hann tryggi og beri ábyrgð á að allir starfsmenn, þ.e. starfsmenn hans, undirverktaka eða starfsmannaleiga, fái laun, starfskjör, sjúkra- og slysatryggingar og önnur réttindi í samræmi við gildandi kjarasamninga og lög hverju sinni.

Í framkvæmd hefur ekki verið vilji hjá undirverktökum að afhenda aðalverktaka þær upplýsingar sem hér er fjallað um og hafa aðalverktakar einnig verið móttfallnir því að safna slíkum gögnum. Ástæðan er augljós enda er aðalverktaka gert skylt að kalla eftir bæði nákvæmum og viðkvæmum viðskiptaupplýsingum sem hann getur svo t.d. nýtt sér við

framsetningu tilboða þar sem hann þarf að keppast við undirverktaka. Auðsætt er að aðalverktaki sem hefur nýtt sér þjónustu undirverktaka getur verið í yfirburðarstöðu gagnvart undirverktakanum þar sem hann hefur jafnvel nýlegar upplýsingar um kjör starfsmanna undirverktakans þegar þeir keppast um nýtt verk. Fyrir vikið er hætt við að keðjuábyrgðarákvæði 88. gr. a. laganna hafi snúist svo harkalega í höndum manna að komi niður á markmiðum 1. gr. laganna, þ.e. jafnræði fyrirtækja verði skert og dregið verði úr hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni.

Ákvæði 15. gr. fela því ekki aðeins í sér áframhaldandi gullhúðun á heimildum tilskipunarinnar heldur frekari innleiðingu á keðjuábyrgð sem kann í eðli sínu að vinna gegn grundvallarmarkmiðum OIL.

Eftirlit með opinberum innkaupum og valdsvið kærunefndar útboðsmála

Samtökin hafa talað fyrir bættu eftirliti með opinberum innkaupum. Ekkert stjórnvald hefur eftirlit með eftirfylgni laganna og er markaðnum því falið eftirlit í formi kæra til kærunefndar útboðsmála. Styrkja þarf kæruehimildir bjóðenda og auka möguleika til upplýsingaöflunar hjá kaupendum. Samhliða því þarf að tryggja að innan stjórnkerfisins sé aðili til þess bær að hafa eftirlit með opinberum kaupendum þá sérstaklega í ljósi aðstöðumunar, líkt og gildir hjá nágrannaríkjum. Í Svíþjóð, Finnlandi og Danmörku hefur samkeppniseftirlitinu verið falið sérstakt hlutverk í tengslum við framkvæmd opinberra innkaupa, þ.m.t. með því að gefa út leiðbeiningar um túlkun og framkvæmd útboðsreglna.

Í frumvarpsdrögum er lögð fram tillaga um viðbætur á 103. gr. laganna sem fjallar um hlutverk og skipan kærunefndar útboðsmála þar sem kveðið er skýrar á um að málsmeðferð kærunefndarinnar takmarkist við það kæruefni sem lagt er fyrir hana. Samtökin taka undir sjónarmið um mikilvægi þess að kærunefndin leysi úr kærum með skjóttum og óhlutdrægum hætti. Samtökin vilja þó árétta að kærunefnd útboðsmála er stjórnábyrgð starfar eftir stjórnábyrgð nr. 37/1993 og ber að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin sbr. 10. gr. stjórnábyrgð nr. 37/1993. Í því samhengi er umhugsunarvert að kærunefndinni séu settar jafn þröngar skorður og að framan greinir, þ.e. að valdsvið kærunefndar miðist einungis við efni kæru og því dregin sú ályktun að verið sé að lögfesta útlökunarreglu. Í ljósi skamms kærufrests og takmarkaðs aðgengis kæranda að gögnum verður að tryggja eðlilegt mótvægi og að skilningur ríki fyrir grundvelli ákvörðunar hverju sinni.

Samstarfsvettvangur opinberra verkkaupa.

Samtökin fagna markmiðum um aukna skilvirkni við opinber innkaup og telja markmið frumvarpsdraganna um sameiningu verkefna Ríkiskaupa við Fjársýslu ríkisins gott skref í þá átt. Samtökin vilja hins vegar á sama tíma ítreka ákall sitt um að komið verði á fót samstarfsvettvangi opinberra verkkaupa.³ Með samstarfsvettvangi opinberra verkkaupa væri unnt að einfalda samtalið um bætt starfsumhverfi og innleiðingu góðra útboðsvenja til að tryggja samræmt verklag. Slíkir samstarfsvettvangar þekkjast víða í nágrannaríkjum okkar og hafa reynst vel með framangreind markmið í huga.

³ Góðar útboðsvenjur og samstarfsvettvangur opinberra verkkaupa - https://www.visir.is/g/20242522371d/godar-utbodsvenjur-geta-laekkad-kostnad?fbclid=IwAR3O61xqlsx6l1r5icK9dzPHDp28N4TYxq8VpByT6fhkLuYiyKZdVyg_as4

Er framangreindum ábendingum og athugasemdum hér með komið á framfæri við fjármála- og efnahagsráðuneytið með fyrirvara um frekari athugasemdir á síðari stigum þess, t.a.m. er frumvarp til breytinga á framgreindum lögum eru lögð fyrir Alþingi.

Virðingarfyllst,

f.h. Samtaka iðnaðarins



Lilja Björk Guðmundsdóttir
Yfirlögfræðingur

f.h. Samtaka atvinnulífsins



Sigurður Helgason,
lögmaður

f.h. SVP – Samtaka verslunar og þjónustu



Benedikt S. Benediksson
lögfræðingur SVP