



Nefndasvið Alþingis
b.t. fjárlaganefndar
nefndasvid@althingi.is

Reykjavík, 23. maí 2016

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

Vísast til frumvarps til laga um opinber innkaup, þskj. 1093 þar sem markmiðið er að innleiða evróputilskipanir á sviði opinberra innkaupa. Samtök iðnaðarins fagna frumvarpinu og telja að sá sveigjanleiki sem það býður upp á muni bæta til muna umhverfi opinberra innkaupa á Íslandi. Aukin útvistun hins opinbera á verkefnum til einkaaðila er mikilvæg og mun leiða til aukinnar hagkvæmni í opinberum rekstri.

Þrátt fyrir að margt í frumvarpinu sé fagnaðarefni, til að mynda aukinn sveigjanleiki í innkaupaferlum og möguleikar opinberra aðila til að vinna með markaðnum í þróun nýrra lausna, gera samtökin nokkrar athugasemdir við efnistökin frumvarpsins.

I. Vistferill

Í 31. tl. 2. gr. frumvarpsins er að finna skilgreiningu á hugtakinu vistferill sem á að vera sambærilegt ákvæði útboðstilskipunar 2014/24/ESB. Í frumvarpinu er orðalagið „eyðing“ notað til þýðingar á hugtakinu „disposal.“ Í athugasemdum við 80. gr. frumvarpsins, sem fjallar um útreikning vistferilskostnaðar, er hinsvegar talað um förgun.

Samtökin telja þá hugtakanotkun vera réttari og leggja því til að í stað hugtaksins „eyðing“ sé notast við hugtakið „förgun.“

II. Of rúm skilgreining – innanhússamningar

Samtök iðnaðarins hafa lengi talað fyrir aukinni útvistun á vegum hins opinbera enda fjárhagslegur ávinningur útboða mikill. Samtökin fagna því að ákvæði sé sett í lögina þar sem svokallaðir „innanhússamningar“ milli opinberra aðila eru skilgreindir og hvaða skilyrði slíkir samningar þurfi að uppfylla svo þeir falli utan gildissviðs laganna, sbr. 13. gr. frumvarpsins.

Eins og fram kemur í athugasemdum við ákvæðið þá kemur það til vegna óvissu innan Evrópusambandsins um það að hve miklu leyti samningar á milli aðila innan opinbera geirans falla undir reglur um opinber innkaup. Ákvæðið á að svara til 12. gr. útboðstilskipunar en virðist þó ákvæði frumvarpsins vera öllu rýmra.

Samtökin gera athugasemd við skilgreiningu 2. mgr. 13. gr. á lögaðila sem telst lúta stjórn opinbers aðila skv. a-lið 1. mgr., sem er eitt af skilyrðum þess að umrædd undanþága frá lögunum eigi við. Samtökin telja að afmarka eigi hugtaksskilgreiningu með þrengri hætti, til samræmis við ákvæði tilskipunar og frumvarpsdraga ráðuneytisins enda er það til þess fallið að auka vægi og beitingu laganna. Í frumvarpsdrögum og áður nefndu ákvæði tilskipunar er vísað til þess að áhrif hins opinbers aðila á viðkomandi lögaðila sé sambærilegt því sem gildir um undirdeildir viðkomandi aðila. Þessi tilvísun til undirdeildar virðist þó hafa fallið út við frekari meðferð frumvarpsins án nokkurra skýringa. *Leggja SI því til að umrædd tilvísun til undirdeildar haldi sér.*



III. Trúnaðarskylda

Í 17. gr. frumvarpsins er lögð til breyting á reglum um trúnaðarskyldu bæði þátttakenda í útboðum og opinbers aðila. Samtök iðnaðarins fagna þeirri breytingu á ákvæðinu sem fram kemur í 4. mgr. þar sem skýrt er betur afmörkun á milli upplýsingalaga og laga um opinber innkaup.

Staðan hefur verið sú að úrskurðarnefnd um upplýsingamál hefur fallist á að veita þátttakendum í útboði aðgang að viðkvæmum viðskiptaupplýsingum samkeppnisaðila síns, þar á meðal einingarverði í útboðum. Skaðar þessi framkvæmd samkeppni á markaði enda geta samkeppnisaðilar nálgast einingaverð hvers annars með þátttöku í útboðum. Hafa Samtök iðnaðarins gagnrýnt þessa framkvæmd harðlega.

Telja Samtök iðnaðarins brýnt að þessi breyting á orðalagi trúnaðarskyldu ákvæðis laganna nái fram að ganga.

IV. Samkeppnismat

Í núgildandi 18. gr. a laga um opinber innkaup er kveðið á um að undangengnu útboði okkar miðlægu innkaupastofnunar í samstarfi við erlenda kaupendur þá þarf að fara fram sérstakt samkeppnismat og þarf staðfestingu frá samkeppniseftirlitinu á því mati. Umrætt ákvæði var sett með lögum nr. 56/2011 og átti að endurskoða það innan 5 ára frá gildistöku þeirra. Reglan um samkeppnismatið kom inn í frumvarpið undir meðförum þingsins enda hafði Samkeppniseftirlitið mælt með því að slíkt samkeppnismat yrði sett inn.

Samtök iðnaðarins fagna því að fallið er frá þeirri tillögu í frumvarpsdrögum að fella umrætt samkeppnismat út. Í frumvarpinu, sbr. 20. gr., er þó dregið verulega úr vægi samkeppnismats og þarf nú einungis að tilkynna Samkeppniseftirlitinu um innkaupin og rökstyðja beitingu þessarar heimildar. Samkeppniseftirlitið hefur síðan ekki heimildir til að koma í veg fyrir eða stöðva innkaup telji það innkaupin til að mynda ganga gegn virkri samkeppni.

Samtök iðnaðarins telja mikilvægt að stjórnvöld ígrundi vel kosti þess og galla að framkvæma innkaup í samstarfi við erlenda kaupendur. Sú tilkynningarskylda sem stjórnvöld hafa til Samkeppniseftirlitsins er mikilvæg en ennfremur er brýnt að stofnanir taki upplýsta ákvörðun um slík innkaup og aðhafist ekki fyrr en eftirlitið hefur gefið sína umsögn.

Leggja því samtökin til að umsögn Samkeppniseftirlitsins þurfi hið minnsta að liggja fyrir áður en kaupanda er heimilt að framkvæma innkaup með þessum hætti.

V. Viðmiðunarfjárhæðir

Samtök iðnaðarins fagna því að sveitarfélög séu felld undir innlendu viðmiðunarfjárhæðirnar, sbr. 23. gr. og þar með sé aukið vægi réttarreglna um opinber innkaup. Samtökin hafa lengi talað fyrir þessari breytingu og telja mikilvægt að hún nái fram að ganga. Afleiðing þessa er þó sú að viðmiðunarfjárhæðirnar eru hækkaðar en ráðherra þó veitt heimild til að ákveða lægri viðmiðunarfjárhæðir fyrir stofnanir ríkisins.

Samtök iðnaðarins hvetja ráðherra til að beita þessari heimild og færa viðmiðunarfjárhæðir fyrir stofnanir ríkisins til þess sem gildir í dag.



VI. Hönnunarsamkeppni

Í 44. gr. frumvarpsins er fjallað um hönnunarsamkeppni og er ákvæðið efnislega sambærilegt gildandi ákvæði laganna og á að svara til 78. - 82. gr. tilskipunarinnar. Vert er að benda á að nokkur orðalagsmunur er á ákvæði frumvarpsins og 2. ml. 81. gr. tilskipunarinnar.

Tilskipunin hljóðar svo: „Where a particular *professional qualification* is required from participants in a contest, at least a third of the members of the jury shall have that qualification or an equivalent qualification.“ Í frumvarpinu er ákvæðið hinsvegar orðað svo: „Þar sem *tiltekinnar menntunar eða starfshæfni* er krafist af þátttakendum skal a.m.k. einn þriðji hluti dómnefndarmanna hafa þá menntun eða sambærilega starfshæfni.“ Hér þarf að gæta samræmis.

Samtök iðnaðarins leggja til að notast sé við orðalagið í íslensku þýðingunni á tilskipuninni sem hljóðar svo: „Ef tiltekinnar, faglegrar menntunar og hæfis er krafist af þátttakendum í samkeppni skal a.m.k. einn þriðji hluti dómnefndarmanna hafa þá sömu eða sambærilega menntun og hæfi.“

VII. Merki

Í 50. gr. er fjallað um möguleika kaupanda til að gera kröfur til sérstaks merkis til sönnunar um að ákveðnum kröfum, til dæmis um umhverfis- eða félagslega eiginleika vöru, verks eða þjónustu, sé fullnægt. Dæmi um slíkt merki er Svansvottun sem íslenska ríkið annast og rekur.

Nú er það svo að þegar til að mynda Svansvottun er veitt á vottunaraðili, í þessu tilviki Umhverfisstofnun, samtal við þau fyrirtæki sem um ræðir og hafa fyrirtækin alltaf einhvern möguleika á að hafa áhrif á þær kröfur sem liggja til grundvallar merkinu í það skiptið. Ákvæði tilskipunarinnar, sbr. 43. gr., tekur mið af þessu en orðalag frumvarpsins í e-lið 1. mgr. 50. gr. gerir það ekki. Í frumvarpinu er að finna orðalagið „...getur ekki haft áhrif á“ en í tilskipuninni er orðalagið „... getur ekki haft **afgerandi** áhrif á.“ Er því gert ráð fyrir því í tilskipuninni að hægt sé að hafa áhrif á þær kröfur sem liggja til grundvallar merkinu en þau áhrif mega ekki vera afgerandi. Fyrirliggjandi frumvarp gengur því lengra en tilskipunin að þessu leyti.

Samtökin leggja til að hér sé gætt samræmis og ekki sé þrengt um of við beitingu á merkjum hérlendis. Lagt er til að hugtakinu „afgerandi“ verði því bætt við.

VIII. Heimild til að hafna gerð samnings

Í 66. gr. er að finna nýtt ákvæði sem heimilar kaupanda að hafna því að gera samning við lægstbjóðanda (eða með fjárhagslega hagkvæmasta tilboðið) ef hægt er að sýna fram á að tilboðið uppfyllir ekki „kjarasamninga, löggjöf um umhverfisvernd eða félagsleg réttindi.“

Samtök iðnaðarins benda á að hér er um mjög opið ákvæði að ræða og viðbúið að upp komi ágreiningur við beitingu þess. Heimild kaupanda til að beita þessu ákvæði þarf að vera afmörkuð og gefa þarf bjóðanda kost á andmælum.

IX. Útilokun þátttakanda eða bjóðanda vegna persónulegra aðstæðna

Í 6. mgr. 68. gr. frumvarpsins er kaupanda veitt heimild til að útiloka frá þátttöku í innkaupaferli bú fyrirtækis sem er í gjaldprotaskiptum eða félagi sem hefur verið slitið, sem hefur fengið heimild til nauðasamninga eða greiðslustöðvunar (b-liður) og fyrirtæki sem óskað hefur verið eftir gjaldprotaskiptum eða slitum á o.s.frv.



Síðan er í 8. mgr. veitt heimild til að veita umræddu búi eða fyrirtæki þátttöku ef fyrirtækið getur sýnt fram á að það geti staðið við samninginn. Í athugasemdum við ákvæðið er vísað til útboðstilskipunar í þessu samhengi, sbr. 4. mgr. 57. gr. Þar er einungis að finna heimild fyrir aðildarríki til að veita slíka undanþágu en það alls ekki gert að skyldu.

Samtök iðnaðarins telja óeðlilegt að slík undanþáguheimild sé fyrir hendi og enn fremur vandséð með hvaða hætti fyrirtæki, sem svo háttar um, geti staðið við samning sem boðinn er út á grundvelli laga um opinber innkaup.

Samtökin leggja til að 8. mgr. 68. gr. verði felld út.

X. Óeðlilega lág tilboð

Í 89. gr. er að finna efnislega sambærilegt ákvæði og það sem áður hefur verið. Hins vegar er tekið út í lok ákvæðisins eftirfarandi setningu, án skýringa: „Upplýsingar sem kaupandi fær samkvæmt þessari grein skal fara með sem trúnaðarmál.“

Á grundvelli 89. gr. getur kaupandi óskað eftir viðbótarupplýsingum um grundvöll tilboðs bjóðanda sem mikilvægt er að leynt fari. Þrátt fyrir almennt trúnaðarákvæði 17. gr. þá telja samtökin að árétting um að þau gögn sem afhent eru á grundvelli 89. gr. skuli fara með sem trúnaðarmál sé mikilvæg enda til þess fallið að tryggja betur rétt bjóðenda.

Samtökin leggja því til að framangreindri setningu verði bætt við 89. gr., í samræmi við núgildandi ákvæði.

XI. Höfnun tilboðs (83. gr.)

Ákvæðið er að mestu efnislega óbreytt frá núgildandi lögum fyrir utan það að 2. mgr. er felld út, sbr. „Kaupanda er óheimilt að nýta hugmyndir eða tilboð bjóðanda á nokkurn hátt eftir að því hefur verið hafnað.“ Það er enginn rökstuðningur í athugasemdum við ákvæði fyrir því að þessi málsgrein er felld út en mikilvægi þess að kaupandi nýti sér ekki hugmyndir eða tilboð bjóðanda sem hefur verið hafnað, til dæmis með því að fá annan aðila sinna verkinu á grundvelli tilboðsins, er augljóst.

Samtökin telja óljóst hvaða áhrif það hefði að framangreint ákvæði verði tekið út en telja að hið minnsta muni það veikja stöðu bjóðenda í útboðum og því leggjum við til að þetta ákvæði haldist inni.

XII. Biðtími samningsgerðar

Í 86. gr. frumvarpsins er lagt til að biðtími samningsgerðar verði stytur vegna innkaupa yfir innlendu viðmiðunarfjárhæðum niður í 5 daga, úr 10 dögum. Ástæðan er einfaldlega sú að verið er að koma til móts við sveitarfélögin sem felld eru undir innlendu viðmiðunarfjárhæðirnar.

Samtökin telja að þetta muni takmarka verulega möguleika þátttakenda í útboðum til að láta reyna á rétt sinn fyrir kærufélag útboðsmála og telja að hér sé verið að koma til móts við sveitarfélögin á kostnað fyrirtækjanna. Í framkvæmd er það einfaldlega svo að það getur tekið tíma fyrir fyrirtækin til að átta sig á því hvort tilefni sé til að kæra val á tilboði og biðtíminn því mikilvægur svo það réttarræði sé virkt.

Samtökin leggja því til að biðtími verði 10 dagar, bæði fyrir innkaup yfir innlendu og EES-viðmiðunarfjárhæðunum.



XIII. Undirverktakar

Í 88. gr. er að finna nýtt ákvæði sem heimilar kaupanda, enda sé þess getið í útboðsgögnum, að greiða vangoldnar launagreiðslur til undirverktaka á kostnað aðalverktaka standi hann ekki í skilum með launatengdar greiðslur.

Í athugasemdum við frumvarpið er tiltekið að ákvæðið feli í sér innleiðingu á ákvæðum útboðstilskipunar sem veitir heimild fyrir slíkum greiðslum. Að mati Samtaka iðnaðarins er umrætt ákvæði þó of opið og matskennt og með öllu óljóst hvernig eigi að beita því, þ.e. hver sé undanfari slíkrar greiðslu til undirverktaka, hvernig skuli fara með þau tilvik þar sem ágreiningur er á meðal undirverktaka og aðalverktaka um greiðslur og hver sé réttarstaða aðalverktaka þegar svo háttar að verkkaupi greiðir til undirverktaka, á grundvelli ólögætrar kröfu.

Ennfremur er óljóst hvað átt sé við með *launagreiðslur* í þessu samhengi enda tíðkast alla jafna að greiðslur á milli aðalverktaka og undirverktaka byggist á verktakagreiðslum. Sé það ætlun löggjafans að tryggja betur rétt launþega undirverktaka, t.d. með svokallaðri keðjuábyrgð, þá nær þetta ákvæði ekki til þess.

Með vísan til framangreinds leggja samtökin til að ákvæðið verði fellt út úr frumvarpinu eða hið minnsta markaður mun skýrari rammi utan um beitingu þessa úrræðis.

XIV. Umsýsluþóknun

Samkvæmt 89. gr. núgildandi laga nr. 84/2007 um opinber innkaup selja Ríkiskaup ríkisstofnunar og ríkisfyrirtækjum þjónustu sína skv. gjaldskrá sem ráðherra setur, að fengnum tillögum forstjóra Ríkiskaupa. Eru því kaupendur umræddrar þjónustu skv. skýru orðalagi ákvæðisins ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki. Gjaldskráin skal miðast við að tekjur standi undir rekstri stofnunarinnar. Ekki stendur til að breyta þessu ákvæði í fyrirliggjandi frumvarpi, sbr. 101. gr.

Í gjaldskrá fyrir þjónustu Ríkiskaupa er heimild í 3. gr. fyrir Ríkiskaup til að innheimta þóknun vegna rammisamninga allt að 2% af heildarfjárhæð viðskipta. Af orðalagi 89. gr. laganna, sbr. 101. gr. frumvarpsins, má skýrt leiða að umsýsluþóknun Ríkiskaupa felur í sér innheimtu þjónustugjalds. Í ljósi þess að um þjónustugjald er að ræða þá þarf að liggja fyrir skýr lagaheimild og má gjaldið ekki vera hærra en sá kostnaður sem almennt hlýst af því að veita umrædda þjónustu.

Það liggur hins vegar fyrir að Ríkiskaup hefur útfært innheimtu umsýsluþóknunar svo að á grundvelli samnings er *seljendum* sendur reikningur sem byggir á veltutölum sem þeir skila inn, og á þeim grundvelli eru seljendur innheimtir um allt að 2% þóknun af heildarveltu án vsk. Er þetta fyrirkomulag í ósamræmi við ákvæði laganna og gjaldskrárinnar enda eru kaupendur af þjónustu Ríkiskaupa ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki en einkaaðilar sem selja vöru sína, þjónustu eða verk á grundvelli rammisamningsútboðs.

Samtök iðnaðarins leggja til að við meðferð frumvarpsins hjá nefndinni sé áréttuð sú skylda Ríkiskaupa til að innheimta umrædda umsýsluþóknun af þjónustuaðilum sínum, þ.e. ríkisstofnunar og ríkisfyrirtækjum og það tryggt að Ríkiskaup innheimti ekki umrædda umsýsluþóknun af fyrirtækjunum sem taka þátt í útboðum Ríkiskaupa heldur þeim sem njóta í raun þjónustu Ríkiskaupa, þ.e. ríkisfyrirtækja og – stofnana. Óeðlilegt er að velta þeim kostnaði yfir á fyrirtækin í landinu.



Samtök iðnaðarins áskilja sér rétt til að koma fram með frekari sjónarmið á síðari stigum og lýsa sig reiðubúin til að funda um efni umsagnarinnar, sé eftir því óskað.

Virðingarfyllst,

A handwritten signature in black ink that reads "Björg Á. Þórðardóttir".

Björg Ásta Þórðardóttir,
lögfræðingur SI