

Reykjavík, 10. mars 2017

Efni: Drög að reglugerð um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu.

Þann 10. febrúar síðastliðinn, birtust á vefsíðu Fjármála- og efnahagsráðuneytisins drög að reglugerð um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu (hér eftir „**reglugerðin**“). Reglugerðinni er ætlað að innleiða Evróputilskipun nr. 2014/25/EB frá 26. febrúar 2014 (hér eftir „**tilskipunin**“). Samtök iðnaðarins (hér eftir „**SI**“) gera eftirfarandi athugasemdir við reglugerðina.

I. Opinber fyrirtæki og aðrir aðilar sem starfa á grundvelli sérstakra réttinda eða einkaréttar – 4. gr.

Í 2. mgr. 4. gr. reglugerðarinnar er opinbert fyrirtæki skilgreint sem „hversá aðili sem opinberir aðilar hafa ráðandi áhrif á vegna eignarhalds, fjárhagslegrar þátttöku eða reglna sem um það gilda.“ Skilgreining á opinberu fyrirtæki samkvæmt 1. mgr. 2. undirgreinar 4. gr. tilskipunarinnar er eftirfarandi:

*'Public undertaking' means any undertaking over which the contracting authorities **may exercise directly or indirectly** a dominant influence by virtue of their ownership of it, their financial participation therein, or the rules which govern it (leturbr. mín).*

Þannig er hugtakið skilgreint sem lögaðili sem opinber aðili *getur* haft, *beint eða óbeint*, ráðandi áhrif á vegna þeirra atriða sem nefnd eru að ofan. Samkvæmt orðalagi reglugerðarinnar þarf opinber aðili sannanlega að *hafa* ráðandi áhrif á viðkomandi fyrirtæki, til að það teljist opinbert. Þá er nánar skilgreint í tilskipuninni hvenær ráðandi áhrif teljast vera fyrir hendi, líkt og gert er í 3. mgr. 4. gr. reglugerðarinnar, en tilskipunin gerir ráð fyrir að slík áhrif séu fyrir hendi þegar þau atriði sem nefnd eru í a til c-lið 3. mgr. 4. gr. reglugerðarinnar eiga *beint eða óbeint* við um hinn opinbera aðila.

SI telja mikilvægt að 2. og 3. mgr. 4. gr. reglugerðarinnar verði breytt til samræmis við orðalag tilskipunarinnar enda er ljóst að ella falla færri fyrirtæki undir skilgreininguna „opinbert fyrirtæki“, og þar með gildissvið reglugerðarinnar. Sem dæmi má nefna að ráðandi áhrif, samkvæmt reglugerðinni, teljast vera fyrir hendi þegar opinberir aðilar eiga meirihluta skráðs hlutafjár í fyrirtæki, sbr. a-lið 3. mgr. 4. gr. reglugerðarinnar. Samkvæmt tilskipuninni eru ráðandi áhrif einnig fyrir hendi þegar opinber aðili á óbeint slíkan eignarhlut í fyrirtæki. Þannig væru ráðandi áhrif t.d. fyrir hendi samkvæmt tilskipuninni, ef opinber aðili ætti að fullu félag, sem síðan ætti meiri hluta skráðs hlutafjár í viðkomandi fyrirtæki. Reglugerðin nær hins vegar ekki yfir slík tilvik, sem og ýmis önnur tilvik sem tilskipunin nær yfir, og því þarf að breyta að mati SI.

II. Vatn – 10. gr.

SI vekja athygli á því að í 2. mgr. 10. gr. reglugerðarinnar skortir tilgreiningu í hönnunarsamkeppnir. SI leggja til að orðalaginu „sem eru gerðir eða



hönnunarsamkeppnir“ verði bætt inn í ákvæðið, á eftir orðinu „samninga“ og á undan „sem eru skipulagðar“. Þannig verði 2. mgr. 10. gr. svohljóðandi:

Reglugerð þessi gildir einnig um samninga sem eru gerðir eða hönnunarsamkeppnir sem eru skipulagðar af kaupanda sem hefur með höndum starfsemi sem um getur í 1. mgr. sem varða eitt af eftirfarandi:

III. Flutningaþjónusta – 11. gr.

Ákvæði 2. mgr. 11. gr. reglugerðarinnar kveður á um að í flutningaþjónustu teljist vera um kerfi að ræða þegar þjónusta er veitt samkvæmt rekstrarskilyrðum sem yfirvöld setja, þ.e. varðandi þær leiðir sem þjónustan er veitt á, sætaframboð og ferðatíðni. SI vekja athygli á því að tilskipunin telur framangreind atriði upp í dæmaskyni með orðunum „such as“ fyrir framan. Orðalag reglugerðarinnar er til þess fallið að fækka þeim tilvikum sem kerfi teljast vera til staðar og telja SI því mikilvægt að orðalagið sé til samræmis við tilskipunina og að „þ.e.“ í 2. mgr. 11. gr. reglugerðarinnar verði skipt út fyrir „svo sem“.

IV. Útreikningur virðis samninga – 17. gr.

SI gera athugasemd við orðalag 3. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar sem er svohljóðandi: „Óheimilt er að skipta upp verki, innkaupum á vöru og þjónustu í því skyni að innkaup verði undir viðmiðunarfrjárhæðum, nema slíkt sé réttlætanlegt á grundvelli hlutlægra ástæðna.“

SI telja mikilvægt að orðalagið verði á sömu leið og í 4. mgr. 25. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016 enda má ráða af orðalagi 3. mgr. 17. gr. reglugerðarinnar, eins og það er núna, að óheimilt sé að skipta upp **i)** verki, **ii)** innkaupum á vöru og **iii)** þjónustu. Til samræmis við lög um opinber innkaup leggja SI til að 3. mgr. 17. gr. verði orðuð með eftirfarandi hætti:

Óheimilt er að skipta upp verki eða innkaupum á vöru og/eða þjónustu í því skyni að innkaup verði undir viðmiðunarfrjárhæðum, nema slíkt sé réttlætanlegt á grundvelli hlutlægra ástæðna.

V. Innkaup sem skipt er upp – 21. gr.

SI telja mikilvægt að skýra betur ákvæði 2. mgr. 21. gr. til samræmis við tilskipunina svo enginn vafi leiki á því að viðkomandi samningshluti megi ekki fara yfir ákveðna frjárhæð, auk þess sem verðmæti viðkomandi samningshluta megi ekki fara yfir 20% af samanlögðu verðmæti allra samningshlutanna. SI leggja til að ákvæðið verði orðað með eftirfarandi hætti:

Þrátt fyrir að heildarvirði samninga sem greinir í 1. mgr. sé yfir viðmiðunarfrjárhæðum er heimilt að gera einstaka samninga án útboðs fyrir allt að 20% af samanlagðri heildarfrjárhæð allra samningshluta ef áætlað verðmæti viðkomandi samningshluta, án virðisaukaskatts, er lægra en 12.332.800 kr. vegna vöru eða þjónustu og 154.160.000 kr. vegna verks.

VI. Samningar sem gerðir eru við fyrirtæki um sameiginlegt verkefni eða kaupanda sem á hlut að fyrirtæki um sameiginlegt verkefni – 36. gr.

Með a og b-lið 36. gr. er ætlunin að tilgreina þá aðila hverra samninga reglugerðin gildir ekki um í tilteknum tilvikum, sbr. undanfarinn „... gildir reglugerð þessi ekki um samninga sem eftirfarandi aðilar gera;“. Hins vegar hljómar a-liður ákvæðisins á eftirfarandi leið: „**þegar nokkrir kaupendur** stofna eða mynda fyrirtæki um sameiginlegt verkefni, eingöngu í því augnamiði að stunda viðskipti sem falla undir 8.-14. gr., við einn af þessum kaupendum [...]“ (leturbr. mín).

Með vísan til ofangreinds, og orðalags tilskipunarinnar, sbr. a-lið 30. gr., leggja SI til að a-liður 36. gr. reglugerðarinnar verði orðaður með eftirfarandi hætti:



fyrirtæki um sameiginlegt verkefni, sem nokkrir kaupendur stofna eða mynda eingöngu í því augnamiði að stunda viðskipti sem falla undir 8.-14. gr., við einn af þessum kaupendum, eða.

VII. Samningar bundnir við ákvæðna hópa – 43. gr.

SI er óljóst hvers vegna 2. másl. 3. mgr. 43. gr. reglugerðarinnar er skeytt aftan við ákvæðið, þar sem hvorki virðist kveðið á um slíka heimild í tilskipuninni né lögum um opinber innkaup. Þá er óljóst hvaða skilyrði um ræðir, sbr. orðalagið „að öðrum skilyrðum uppfylltum“. Auk þess má spyrja sig hver sé tilgangurinn með umræddum málslið, þar sem reglugerðin gildir almennt ekki um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum. Leggja SI til að 2. másl. 3. mgr. 43. gr. reglugerðarinnar verði felldur út úr reglugerðinni.

VIII. Reglur um samskipti og framlagningu gagna – 47. gr.

SI vekja athygli á óheppilegri málfars-/innsláttarvillu í 2. mgr. 47. gr. reglugerðarinnar þar sem segir: „Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. er kaupanda ekki skylt að krefjast þess að notaðar séu rafrænar aðferðir við framlagningu gagna við eftirfarandi aðstæður ef:“, og svo fylgir upptalning. Rétt væri, og í samræmi við orðalag í tilskipuninni, að taka annað hvort út orðin „við eftirfarandi aðstæður“ eða „ef“. Ef kosið yrði að taka út „ef“ yrði að bæta því orði fyrir framan hverja og eina upptalningu í a til e-lið 2. mgr. 47. gr.

IX. Almennar reglur um val á bjóðanda og tilboði – 80. gr.

Í 6. mgr. 80. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um heimild kaupanda til að hafna gerð samnings við þann bjóðanda sem boðið hefur fjárhagslega hagkvæmasta tilboðið ef hægt er að sýna fram á að það uppfyllir ekki kjarasamninga, löggjöf um umhverfisvernd eða félagsleg réttindi. Líkt og SI bentu á í umsögn sinni við frumvarp til laga um opinber innkaup nr. 120/2016, er hér 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 að koma að andmælum, áður en ákvæðinu er beitt.

Virðingarfyllst,

F.h. Samtaka iðnaðarins

Eyrún Arnarsdóttir

Eyrún Arnarsdóttir, lögfræðingur