

UMSÖGN

Áform um breytingu á lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup

Á samráðsgátt stjórnvalda hafa verið birt áform um breytingar á lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup og er veittur frestur til umsagnar til og með 6. mars 2024. Reykjavíkurborg fagnar þeim áformum og tekur undir það mat fjármála- og efnahagsráðuneytisins að nauðsynlegt sé að gera ýmsar breytingar á lögum um opinber innkaup.

Eftirfarandi eru þau atriði sem Reykjavíkurborg telur að eigi að leggja áherslu á við breytingar á lögum um opinber innkaup.

I. Atriði er varða innleiðingu EES-reglna um opinber innkaup:

- Í lögum um opinber innkaup er mælt fyrir um tvíþætta útboðsskyldu opinberra aðila. Annars vegar útboðsskyldu á Evrópska efnahagssvæðinu (EES) og hins vegar útboðsskyldu innanlands, sbr. 23. gr. laganna. Af þessum tvennum skyldum opinberra aðila þá er það eingöngu útboðsskylda á EES sem leiðir af skyldum Íslands samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið (EES) og er Íslandi hvorki skylt að mæla fyrir um útboðsskyldu þeirra né fella samninga sem eingöngu eru útboðsskyldir innanlands undir valdsvið kærunefndar útboðsmála. Þá hefur gengis- og verðlagsþróun haft í för með sér að lítil munur er á milli viðmiðunarfjárhæða um útboðsskyldi innanlands og á EES varðandi vöru- og þjónustukaup. Að mati Reykjavíkurborgar ætti útboðsskylda samninga eingöngu að miðast við viðmiðunarfjárhæðir á EES og því tengt heimild til málskots til kærunefndar útboðsmála. Þess í stað væri hægt að mæla fyrir um skyldu opinberra aðila til að setja sér innkaupareglur fyrir innkaup af ákveðnum fjárhæðum sem eru undir viðmiðunarfjárhæðum um útboðsskyldu innan EES.
- Þá er víða við innleiðingu í landslög vikið frá orðalagi einstakra ákvæða tilskipana á sviði opinberra innkaupa. Sem dæmi má nefna orðalagið „with effect from the day following the date on which [...]“ sem finna má í tilskipunum en það hefur ýmsum tilvikum ekki verið innleitt í íslensk lög með þeim hætti að samræmi sé á milli íslenskra laga og tilskipunarinnar. Það hefur m.a. haft í för með sér að frestur er í ákveðnum tilvikum rýmri á Íslandi.
- Í því samhengi þarf í lögum um opinber innkaup að fjalla um útreikning á frestum með skýrari hætti og í því samhengi leiða í landslög með ótvíræðum hætti þá Evrópulöggjöf sem á að gilda um opinber innkaup á Íslandi. Þannig var í úrskurði kærunefndar útboðsmála frá 2. maí 2022 í máli nr. 45/2021 byggt á því að ef lokadag biðtíma samningsgerðar beri upp á almennan frídag þá framlengist hann sjálfkrafa. Sú niðurstaða kærunefndar var þvert á fyrri framkvæmd og túlkun nefndarinnar, en í máli nr. 45/2021 byggði nefndin á reglugerð ráðsins (EBE, KBE) frá 3. júní 1971 nr. 1182/71¹ sem og litið var til stjórnslulaga nr. 37/1993. Ekki verður skýrlega ráðið af

¹ Reglugerð ráðsins (EBE, KBE) nr. 1182/71 frá 3. júní 1971 sem setur reglur um hvernig beri að reikna tímabil, dagsetningar og fresti. Vísað er til reglugerðarinnar m.a. í aðfararorðum tilskipana á sviði opinberra útboða; 2014/24/ESB (sjá 106. mgr. aðfararorða) og tilskipunar 2014/25/ESB (sjá 112. mgr. aðfararorða), sem og í fleiri EES-gerðum sem Ísland er bundið af og hefur innleitt í landsrétt. Gerðin tók því gildi hvað Ísland varðar við gildistöku EES-samningsins þann 1. janúar 1994. Birting gerðarinnar er að öllum líkindum í sértili EES-viðbættis við Stjórnartíðindi EB sem gefið var út árið 1994 sem jafngildir birtingu í C-deild Stjórnartíðinda (s.s. sem þjóðréttarsamningur). Ekki hefur reynst unnt að staðreyna að frekari innleiðing gerðarinnar hafi átt sér stað í landsrétt.



lagaheimildum að tilvitnuð reglugerð ráðsins hafi verið leidd í lög á Íslandi. Þá er sérstaklega tekið fram í 121. gr. laga um opinber innkaup að stjórnssýslulög eigi ekki við í opinberum innkaupum.

- Aðildarríkjum er samkvæmt 4. mgr. 28. gr. tilskipunar 2014/24/ESB um opinber innkaup m.a. heimilt að kveða á um að öll samningsyfirvöld sem ekki eru á vegum ríkisins megi setja frest í gagnvirku innkaupakerfi til að taka við tilboðum með gagnkvæmu samkomulagi á milli samningsyfirvaldsins og valinna umsækjenda, að því tilskildu að allir valdir umsækjendur hafi sama tíma til að semja og leggja fram tilboð sín. Reykjavíkurborg telur rétt að Ísland notfæri sér það svigrúm og heimili a.m.k. sveitarfélögum að semja við bjóðendur um skemmri frest en tíu daga ófrávíkjanlegur lögbundinn tilboðsfrestur er að mati Reykjavíkurborgar verulega íþyngjandi þar sem í gagnvirku innkaupakerfi er oftast en ekki verið að bjóða út samninga sem eru smáir að umfangi og ætlað að ganga hratt fyrir sig.

II. Atriði er varða fresti:

- Samkvæmt 2. mgr. 56. gr. laga um opinber innkaup þá skal ekki birta auglýsingar og tilkynningar innan lands áður en þær hafa verið birtar á EES. Þó má birting fara fram innanlands hafi kaupanda ekki verið tilkynnt um birtingu innan tveggja daga frá staðfestingu á móttöku tilkynningar frá útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins. Í framkvæmd hefur komið fyrir að hafnað hafi verið birtingu auglýsingar á EES að liðnum tveimur dögum og hafði þá verið birt auglýsing innanlands á útboðsvef (utbodsvefur.is). Í lögum um opinber innkaup er ekki fjallað um hvaða áhrif slík birting hafi, t.d. á fresti.
- Í úrskurðaframkvæmd kærunefndar útboðsmála er að finna misvísandi úrlausnir um upphaf kærufrests. Sem dæmi má nefna að í úrskurði kærunefndar frá 22. desember 2023 í máli nr. 24/2023 var talið að kærufrestur hafi hafist við birtingu útboðsgagna en í úrskurði kærunefndar frá 5. desember 2022 í máli nr. 13/2022 var ekki miðað við sama upphaf heldur mjög óljóst tímamark. Að mati Reykjavíkurborgar þarf að kveða skýrar á um í lögum um opinber innkaup að kærufrestur hefjist við grandsemi viðkomandi, t.d. varðandi ágreining um ákvæði útboðsgagna að kærufrestur byrji að líða við birtingu þeirra þannig tryggt sé að kærunefnd útboðsmála taki ekki til efnismeðferðar mál sem fyrirtæki hafði vitneskju um eða mátti hafa vitneskju um lengri tíma.

III. Inntak 13. gr. laga um opinber innkaup:

- Í úrskurðum kærunefndar útboðsmála nr. 1/2020 og 17/2020 frá 19. maí 2021 er b. liður 1. mgr. 13. gr. laga um opinber innkaup túlkaður með þeim hætti að ef meira en 20% af rekstrartekjum lögaðila komi frá öðrum en hinum opinbera aðila sem fer með stjórn lögaðilans þá taki lög um opinber innkaup til samninga þeirra á milli. Sú niðurstaða kærunefndarinnar verður þó ekki skýrlega ráðin af orðalagi ákvæðis b. liðar 1. mgr. 13. gr. laga um opinber innkaup en það mælir einungis fyrir um að 80% af starfsemi lögaðila skuli vera innt af hendi við framkvæmd verkefna sem honum eru falin af hinum opinbera aðila til þess að samningar fyrrnefndra aðila falli ekki undir lög um opinber innkaup. Að mati Reykjavíkurborgar þarf í ljósi umræddra úrskurða kærunefndar útboðsmála að skýra betur inntak ákvæðis 13. gr. laga um opinber innkaup.

IV. Atriði er varða sönnun:

- Eigi 88. gr. a. laga um opinber innkaup að ná markmiði sínu þarf að mati Reykjavíkurborgar að mæla fyrir um sönnunarbyrði aðalverktaka í 2. mgr. 88. gr. a., þ.e. að ef undirverktaki krefjist þess að kaupandi greiði vangoldnar verktakagreiðslur til sín að við það beri aðalverktaka að sýna fram á að hann hafi greitt launatengdar greiðslur til undirverktaka eða hafi hann ekki greitt umræddar greiðslur að honum sé rétt að halda greiðslu sökum vanefnda undirverktaka. Í því samhengi væri unnt mæla



fyrir um að fenginni áskorun frá kaupanda beri aðalverktaka að innan tiltekins frests að sýna fram á að ekki sé um vanefnd af hans hálfu að ræða. Að þeim fresti liðnum gæti þá kaupandi greitt vangoldnar launatengdar greiðslur til undirverktaka hafi aðalverktaki ekki sýnt fram á efndir eða réttmæti halds á greiðslu en að óbreyttum lögum er örðugt fyrir undirverktaka og kaupanda að sýna fram á vanefnd aðalverktaka gegn neitun hans.

- Varðandi hæfislýsingu bjóðenda þá þarf með lögum að tryggja að íslensk skattayfirvöld og lífeyrissjóðir veiti bjóðendum afturvirkir þær staðfestingar sem útboðsgögn áskilja, þ.e. um skil opinberra gjalda og lífeyrissjóðsiðgjalda. Að öðrum kosti er hætt við að íslenskir bjóðendur vilji síður styðjast við hæfislýsingu þar sem borið hefur á því að það hafi reynst þeim örðugt að afla afturvirkir fyrrnefndra staðfestinga.

V. **Atriði er varða hæfi kærunefndar, kæru, kærumálgjald og aðild að dómsmálum:**

- Samkvæmt 1. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup skulu tveir nefndarmanna kærunefndar útboðsmála og varamenn þeirra fullnægja skilyrðum laga til að gegna embætti héraðsdómara og skal annar þeirra vera formaður nefndarinnar. Þá skulu þriðji nefndarmaður og varamaður hans hafa alhliða reynslu og þekkingu á viðskiptum. Aftur á móti er engin krafa gerð um að nefndarmenn hafi þekkingu eða reynslu af opinberum innkaupum en að mati Reykjavíkurborgar er eðlilegt að gera kröfu um a.m.k. einn nefndarmanna hafi til að bera slíka þekkingu og/eða reynslu.
- Reykjavíkurborg tekur undir nauðsyn þeirra áforma að breyta aðild kærunefndar útboðsmála að dómsmálum til ógildingar úrskurða eða ákvarðana hennar. Samkvæmt 2. mgr. 112. gr. laga um opinber innkaup skal ekki stefna kærunefnd útboðsmála til varnar ef mál er höfðað til ógildingar á úrskurði hennar. Með lögum nr. 58/2013 sem breyttu eldri lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup voru kærunefnd útboðsmála m.a. fengnar í hendur heimildir til þess að sekta opinbera aðila og óvirkja samninga þeirra. Þrátt fyrir umrædda lagabreytingu þá var ekki samhliða gerð breyting á fyrrnefndu aðildarákvæði kærunefndar fyrir dómstólum og var ákvæði um aðild kærunefndar óbreytt í lögum nr. 120/2016. Það skapar þá ankannalegu stöðu að kærandi máls þarf að taka til varna fyrir dómi vegna verulega íþyngjandi stjórnvaldsáklarðanir kærunefndar útboðsmála og á kærunefndin sjálf eða íslenska ríkið þar enga aðkomu. Að mati Reykjavíkurborgar þarf að mæla fyrir um aðild kærunefndar útboðsmála að dómsmálum þar sem krafist er ógildingar ákvarðana hennar. A.m.k. hvað ákvörðunum um óvirkni samninga og eða álagningu stjórnvaldssekta áhrærir.
- Að mati Reykjavíkurborgar þá er kærumálgjald til kærunefndar útboðsmála of lágt og þyrfti að vera ívið hærra. Þau mál sem rata til kærunefndar varða eingöngu opinbera samninga við fyrirtæki sem nema umtalsverðum fjárhæðum. Sakarefni fyrir kærunefnd útboðsmála varða því ekki persónubundin réttindi heldur eingöngu fjárhagslega hagsmuni fyrirtækja sem afmarkast við samninga við opinbera aðila og er tilvist kærunefndar útboðsmála fyrst og fremst verulegt hagræði fyrir fyrirtæki landsins. Að mati Reykjavíkurborgar er því eðlilegt að fjárhæð kærumálgjalds taki mið af því enda mikilvægt að kærur til kærunefndar útboðsmála varði raunverulega hagsmuni þar sem kærur hafa oftast en ekki sjálfkrafa í för með sér verulega íþyngjandi úrræði gagnvart opinberum aðilum, t.d. sjálfkrafa stöðvun innkaupaferils sem varir þar til kærunefnd útboðsmála hefur tekið afstöðu til sakarefnisins. M.ö.o. þá geta opinber verkefni ekki hafist fyrr en að fenginni afstöðu kærunefndar útboðsmála sama hvort kæra fyrirtækis sé réttmæt eða ekki. Innkaup opinberra aðila samkvæmt lögum um opinber innkaup varða samfélagsleg verkefni, líkt og byggingu leikskóla og grunnskóla, sem mikilvægt er að ekki sé tafið að ófyrirsynju í ljósi þess samfélagslega kostnaðar sem tafir á þannig verkefnum hefur í för með sér. Í þessu samhengi er rétt að hafa í huga að Íslandi er



ekki skylt að koma á fót kærunefnd útboðsmála á grundvelli skuldbindinga sem leiða af EES-samningnum. Tilvist kærunefndar útboðsmála er umfram þær skyldur Íslands sem leiða af EES-samningnum og gætu verkefni hennar allt eins verið verkefni íslenskra dómstóla.

- Reykjavíkurborg telur að í lögum um opinber innkaup þurfi að koma skýrar fram að kærunefnd útboðsmála sé eingöngu ætlað að taka afstöðu til kæruefnis í þeim málum sem skotið er til nefndarinnar. Borið hefur á því að kærunefnd útboðsmála byggji niðurstöður sínar að verulegu leyti á atriðum sem enginn málsaðila hefur teft fram í máli og látið þau ráða úrslitum máls og þá oft eftir að mál hafi verið til meðferðar í marga mánuði hjá nefndinni án þess að málsaðilum hafi verið kynnt hin nýju atriði sem væru til skoðunar, sbr. t.d. fyrrnefndan úrskurð kærunefndar í máli nr. 13/2022. Jafnframt hefur þessi málsmeðferð nefndarinnar haft verulegar tafir í för með sér sem og leitt til þess að til nefndarinnar hafi ratað kæruefni sem að mati Reykjavíkurborgar eigi lítinn rétt á sér en kærandi máls engu að síður freisti þess að kæra niðurstöður útboðs með rýrum rökstuðningi í því skyni að kærunefnd útboðsmála finni ágalla í málinu. Þörf fyrir þannig rannsóknarvinnu var ekki tilgangur þess að kærunefnd útboðsmála var komið á laggir enda er henni ætlað að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja, sbr. 2. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup. Í því samhengi væri rétt að mæla fyrir um í lögum takmörkun á gagnaframlagningu aðila fyrir nefndinni, þ.e. að hún takmarkist við kæruefni. Það myndi stytta málsmeðferðartíma nefndarinnar við úrlausn mála sem og tíma opinberra aðila við að undirbúa athugasemdir til kærunefndar. Það skal áréttað að málsmeðferð kærunefndar útboðsmála á ekki að vera með þessum hætti, líkt og fram kemur í dómi Landsréttar frá 24. júní 2022 í máli nr. 745/2021, en í ljósi framkvæmdar nefndarinnar þarf að mæla skýrar fyrir um vald- og verksvið hennar og að það sé eingöngu bundið við kæruefni, þ.e. þau málsatvik, kröfur, málsástæður og gögn er aðilar tefla fram fyrir nefndinni.
- Í samhengi við framangreinda umfjöllun þá þarf að tryggja hraðari málsmeðferð fyrir kærunefnd útboðsmála. Eins og fyrr greinir þá kemst á sjálfkrafa stöðvun innkaupaferils við það eitt að fyrirtæki kæri, t.d. ákvörðun opinbers aðila um val á tilboði, sem hefur í för með sér tafir á því að samfélagslega mikilvæg verkefni raungerist óháð réttmæti málatilbúnaðar kæranda. Samkvæmt 6. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup skal kærunefnd kveða upp úrskurð um kæru eins fljótt og auðið er og eigi síðar en einum mánuði eftir að henni hafa borist athugasemdir kæranda. Þennan lögbundna frest hefur kærunefndin sjaldan virt en í sjálfu sér hefur Reykjavíkurborg látið það átölulaust þegar ekki liggur á að fá fram afstöðu nefndarinnar. Á hinn bóginn er það afar brýnt að nefndin virði umræddan frest þegar t.d. innkaup stöðvast sjálfkrafa eða kærandi fer fram á stöðvun samningsgerðar. Að öðrum kosti er hætta á því að samfélagslega mikilvæg verkefni verði að ósekju ekki að veruleika þar sem framkvæmdatími verkefna er oft skammur á Íslandi auk þess sem verðlagsþróun er ör og erfitt að fá bjóðendur til þess að standa við tilboð til lengri tíma. Tryggja þarf því betur hraða málsmeðferð kærunefndar útboðsmála þegar svo háttar til að brýnt er að fá skjóta úrlausn nefndarinnar. Til upplýsinga þá hefur það tekið kærunefnd útboðsmála síðastliðin þrjú ár að meðaltali tæpar sex vikur að taka ákvörðun í málum sem Reykjavíkurborg á aðild að. Frá upphafi árs 2023 og til dagsins í dag hefur bið eftir ákvörðun nefndarinnar í málum sem Reykjavíkurborg á aðild að lengst í að meðaltali tæpar níu vikur. Á fyrrnefndu tímabili hefur Reykjavíkurborg lengst beðið í rúmar 12 vikur eftir ákvörðun frá kærunefnd útboðsmála. Úrskurðir kærunefndarinnar eru að meðaltali síðastliðin fjögur ár kveðnir upp sex mánuðum liðnum, en þó lengst rúmu ári eftir að kæra barst. Það skal tekið fram að innan tilvitnaðs málsmeðferðartíma kærunefndar útboðsmála er talinn með sá tími sem Reykjavíkurborg, kærandi og aðrir varnaraðilar hafa fengið til



þess að koma að athugasemdum og gögnum. Engu að síður að þeim tíma frádregnum þá er málsmeðferðartími kærunefndar umfram lögbundinn tímafrest.

VI. Málskostnaður:

- Mæla þarf fyrir um í lögum um opinber innkaup að kærunefnd útboðsmála úrskurði málskostnað til handa opinberum aðila fallist hún ekki á kröfur kæranda. Í 3. mgr. 111. gr. laga um opinber innkaup er eingöngu mælt fyrir um að ef kæra er bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra innkaupa geti nefndin úrskurðað kæranda til að greiða málskostnað sem renni í ríkissjóð. Ekki allir opinberir aðilar eru háðir framlögum úr ríkissjóði eða tilheyra íslenska ríkinu. Fjöldinn allur af opinberum aðilum hefur sjálfstæðan fjárhag, fjárstjórn og rekstur sem ekki er fjármagnaður með fjárlögum úr ríkissjóði, t.d. sveitarfélög og félög í eigu þeirra. Af þeim sökum er ekki rétt að láta allan úrskurðaðan málskostnað renna í ríkissjóð. Þá með vísan til þess sem áður er rakið um þau sakarefni sem rata til nefndarinnar er rétt að málskostnaður sé ekki einvörðungu bundinn við bersýnilega tilefnislausar kærur. Það kostar opinbera aðila umtalsverða vinnu og fjármuni að taka til varna fyrir kærunefnd útboðsmála og því rétt að þeir geti átt möguleika á því að endurheimta þann kostnað verði fallist á málatilbúnað þeirra, líkt og fyrirtæki sem kæra mál til nefndarinnar.

VII. Stjórnvaldssektir og endurupptaka úrskurða:

- Í ljósi þess að kærunefnd útboðsmála hefur með á höndum heimildir til að leggja stjórnvaldssektir á opinbera aðila og óvirkja samninga þeirra er eðlilegt að mæla fyrir um ríkar heimildir opinbera aðila til að óska eftir endurupptöku í lögum um opinber innkaup sem og skyldu kærunefndar útboðsmála til endurupptöku mála að fyrri bragði í ákveðnum tilvikum, t.d. leiði dómafrankvæmd í ljós ólögsmæti úrskurða nefndarinnar.

Eðli máls samkvæmt liggur útfærsla á fyrirhugaðri lagabreytingu ekki fyrir og mun Reykjavíkurborg veita umsögn að nýju þegar nánari tillaga að útfærslu hefur litið dagsins ljós. Því er ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum er Reykjavíkurborg kann að telja rétt að breyta í lögum um opinber innkaup.

Undirrituð eru reiðubúin til þess að funda og/eða veita frekari upplýsingar um afstöðu Reykjavíkurborgar til breytinga á lögum um opinber innkaup sem og veita alla þá aðstoð og liðsinni er fjármála- og efnahagsráðuneytið óskar við vinnslu málsins.

Fyrir hönd Reykjavíkurborgar

Margrét Lilja Gunnarsdóttir

Lögfræðingur innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar

Theodór Kjartansson

lögmaður