

Alþingi
Erindi nr. P 141/1101
komudagur 14.12.2012



Nefndasvið Alþingis, efnhags- og
viðskiptanefnd
Sigrún Helga Sigurðardóttir
Austurstræti 8-10
150 REYKJAVÍK

Reykjavík, 14. desember 2012
Tilvísun: 2012110040
SE/BH
Tölvupóstur dags. 20.11.2012.

Efni: Umsögn Vegagerðarinnar um frumvarp til laga um opinber innkaup, 288. mál.

Með tölvubréfi dags. 20. nóvember sl. fékk Vegagerðin til umsagnar frumvarp til laga um breyting á lögum um opinber innkaup nr. 84/2007, 288. mál. Var þess óskað að umsögn bærisk í síðasta lagi 4. desember sl. Því miður var ekki unnt að verða við þeim tímamörkum vegna annríkis og er beðist velvirðingar á því.

Vegagerðinni gafst kostur á að fjalla um málið á vinnslustigi hjá fjármálaráðuneytinu. Gerði Vegagerðin og aðrir aðilar ýmsar athugasemdir við þær tillögur sem lágu fyrir af hálfu ráðuneytisins og hefur verið tekið tillit til þeirra að nokkru leyti.

Vegagerðin gerir einkum athugasemdir við 12. gr. frumvarpsins þar sem kveðið er á um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar þegar ákvörðun um val tilboðs hefur verið kærð sem ekki verður aflétt nema að undangengnum málflutningi aðila. Vegagerði telur þetta fyrirkomulag og breytingar á málsmeðferð muni leiða til tafa á framkvæmd útboða án teljandi ávinnings hvað varðar réttarvernd bjóðenda. Vegagerðin bendir á að núverandi fyrirkomulag hefur reynst vel eftir því sem best verður séð, tryggt réttarstöðu bjóðenda með eins litlum töfum á framkvæmd útboðs og unnt er, og liggur ekki annað fyrir en að það fyrirkomulag samræmist ákvæðum tilskipunar 2007/66/EB.

Við skoðun á ákvæðum tilskipunar 2007/66/EB verður ekki séð að mælt sé fyrir um það sem almenna reglu að kæra leiði til sjálfkrafa stöðvunar samningsgerðar meðan að leyst er efnislega úr kæru. Ákvæði 5. mgr. 1. gr. hennar kveður á um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar í tilvikum sem ekki verður séð að hafi þýðingu við það fyrirkomulag sem er á kærumeðferð hér á landi. Þar er kveðið á um að fari ríki þá leið að fyrst beri að kæra meint brot til samningsyfirvalds (þ.e. kaupanda) þá eigi kæra að leiða til tímabundinnar stöðvunar samnings þegar í stað. Annars er ekki lögð sú skylda á aðildarríki að innleiða reglu þessa efnis og hefur það vafalaust komið til skoðunar þegar regla núgildandi laga um biðtíma samningsgerðar var sett með lögum nr. 84/2007.

Vegagerðin gerir auk þess athugasemdir við ákvæði 5. gr. b frumvarpsins er varðar takmarkanir á heimild til framlengingar tilboðs sem ekki verður séð að eigi sér neina stoð í tilskipun 2007/66/EB.

Eftirfarandi eru nánari skýringar á afstöðu Vegagerðarinnar auk þess sem gerð er grein fyrir breytingatillögum við þessi ákvæði frumvarpsins:

Athugasemdir og breytingatillaga við 5. gr. b. lið frumvarpsins:

Í 5. gr. b. lið frumvarpsins er lagt til að við 2. mgr. 76. gr., sem verður 3. mgr. greinarinnar, bætist fjórir nýjir málslíðir þar sem settar eru þröngar takmarkanir á heimild kaupanda til að óska eftir framlengingu á gildistíma tilboða. Kaupanda verði þegar honum er ekki unnt að taka afstöðu til tilboða innan tilboðsfrests heimilt að óska eftir því að bjóðendur framlengi tilboð sín í „stuttan“ tíma. Þetta megi hann gera einu sinni og að frestun sé háð því skilyrði að annað hvort allir bjóðendur samþykki það eða að málefnalegar ástæður réttlæti framlengingu, og er í skýringum í greinargerð nefnt að slíkar ástæður megi ekki rekja til kaupanda. Í athugasemdum með frumvarpsdrögnum segir að í reglunni felist lögfesting á þeirri framkvæmd sem viðhöfð hefur verið hér á landi. Ekki er vísað til fordæma kærunefndar útboðsmála eða dómstóla þar að lútandi. Þessi tillaga frumvarpsins er heldur ekki studd rökum sem varða innleiðingu tilskipunar 2007/66 EB.

Rétt er að taka fram að ekki er eðlilegt að kaupandi fresti án gildrar ástæðu því að taka afstöðu til tilboðs. Ýmsar ástæður geta hins vegar verið fyrir því að framlengja þurfi gildistíma tilboða, sem mögulega má rekja til kaupanda, en samt sem áður getur talist eðlilegt að þær heimili framlengingu tilboðs. Þar má nefna tafir á framkvæmd útboðs vegna meðferðar og úrlausnar á kærumálum. Einnig geta komið upp óvænt atvik á útboðstímanum sem kalla á rýmri frest til að taka afstöðu til tilboðs en upphaflega var ákveðið. Raunar er ekki vitað til þess að vandamál hafi skapast í framkvæmd vegna framlengingar tilboða, sem taka þurfi á með því að þrengja þá heimild sem ótvírætt er fyrir hendi skv. almennum reglum til að óska eftir framlengingu tilboðs, sbr. í því sambandi orðalag 1. mgr. 74. gr. gildandi laga um opinber innkaup.

Ýmsir ókostir fylgja tillögu frumvarpsins um að takmarka heimild til framlengingar. Hún leiðir t.d. til þess að tilboð falla úr gildi neiti einn bjóðenda að samþykkja framlengingu og ástæður framlengingar má rekja til mistaka kaupanda. Bjóðandi sem bíður lægri hlut í útboði gæti þá komið í veg fyrir að sá sem hefur betur fái samninginn með því að neita að samþykkja framlengingu. Að mati Vegagerðarinnar yrði það óeðlileg niðurstaða og ekki til þess fallin að verja almannahagsmuni né styrkja réttaröryggi bjóðenda.

Þar sem ekki er vitað til þess að nauðsynlegt sé að takmarka heimildir til framlengingar tilboða og engin þekkt vandamál því tengd í framkvæmd er lagt til að ekki verði settar skorður við því hve oft bjóðendur megi óska eftir framlengingu tilboðs svo framarlega að sýna megi fram á nauðsyn þess að framlengja tilboð. Ennfremur er lagt til að ekki verði gert að skilyrði að ástæður framlengingar megi ekki rekja til kaupanda enda ekki hægt að útiloka að það leiði til óeðlilegrar niðurstöðu eins og að framan er rakið. Að mati Vegagerðarinnar er einnig nauðsynlegt að taka skýrt fram í athugasemdum við greinina í greinargerð með frumvarpinu að heimilt geti verið að framlengja tilboð oftari en einu sinni ef það er nauðsynlegt til að unnt sé að taka afstöðu til tilboða.

Með vísan til framangreinds er gerð eftirfarandi breytingatillaga á 5. gr. b. lið frumvarpsins:

5. gr. b. liður frumvarpsins orðist svo: *"Við 2. mgr., sem verður 3. mgr., bætast við fjórir málsliðir svohljóðandi: "Þegar kaupanda er ekki unnt að taka afstöðu til tilboða innan tilboðsfrests er heimilt að óska eftir því að bjóðendur framlengi tilboð sín þann tíma sem nauðsynlegur er til að kaupandi geti tekið afstöðu til tilboða. Kaupanda er heimilt að óska eftir því, eftir að tilboðsfrestur hefur runnið út, að bjóðendur lýsi því yfir að tilboð þeirra séu að nýju gild, þó aðeins í þann tíma sem nauðsynlegur er til að taka afstöðu til tilboða. Bjóðandi getur krafist rökstuðnings fyrir ósk um framlengingu tilboðs. Þegar samningur hefur verið lýstur óvirkur samkvæmt ákvæðum XV. kafla er heimilt að samþykkja það tilboð sem hefði með réttu átt að velja án tillits til tilboðsfrests."*

Greinargerð með breytingatillögu: Lagt er til að kaupandi í opinberu útboði geti óskað eftir framlengingu tilboðsfrests ef honum er ekki unnt að taka afstöðu til tilboða innan tilboðsfrests. Framlenging má þó ekki vara lengur en nauðsynlegt er kaupanda til að taka afstöðu til tilboða. Sem dæmi má nefna þá aðstöðu að val tilboðs hefur verið kært til kærunefndar útboðsmála. Þá mætti kaupandi ekki óska eftir framlengingu gildistíma tilboða lengur en þar til úrlausn hefði fengist og unnt væri að taka afstöðu til tilboða. Kaupandi yrði þannig að áætla hve langan tíma sú tálmun á að unnt sé að taka afstöðu til tilboða kunni að vara en sá tími getur verið mismunandi eftir aðstæðum í hverju máli. Dragist lengur en kaupandi ætlar að fá úrlausn í máli yrði samkvæmt þessu ákvæði heimilt að óska að nýju framlengingar gildistíma tilboða svo lengi sem nauðsynlegt er. Lagt er til að bjóðandi geti óskað eftir rökstuðningi frá kaupanda óski hann eftir því að framlengja gildistíma tilboða. Telji bjóðandi rökstuðning kaupanda ekki fullnægjandi og að unnt sé að taka afstöðu til tilboða gæti bjóðandi kært þá háttsemi kaupanda til kærunefndar útboðsmála.

Athugasemdir við 12. gr. frumvarpsins:

Í 12. gr. frumvarpsins er gerð tillaga að nýrri grein, 94. a, sem kveður á um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar þegar ákvörðun um val tilboðs hefur verið kærð. Stöðvun taki gildi þegar kaupanda má vera kunnugt um kærana. Innkaupafjerlið að öðru leyti geti haldið áfram nema að það hafi verið stöðvað með ákvörðun kærunefndar. Kærunefnd geti aflétt stöðvun samningsgerðar ef þau atriði sem lögð eru til að komi fram í 96. gr. laganna eigi við.

Í athugasemdum í greinargerð með 12. gr. segir að þessi breyting styðjist við 3. tl. 2. gr. tilskipunarinnar og 4. mgr. 2. gr. auk 12 liðar í aðfararorðum hennar. Við þær fullyrðingar er óhjákvæmilegt að gera athugasemdir. Í 12. lið aðfararorða tilskipunarinnar segir beinlínis að aðildarríki hafi val um það hvort stöðvun samningsgerðar miðist við lok kærumsáls eða sérstaka ákvörðun um bráðabirgðastöðvun. Samkvæmt 3. tl. 2. gr. tilskipunarinnar skal tímabundin stöðvun samningsgerðar í meginatriðum miðast við 10 / 15 daga biðtíma en þarf ekki nauðsynlega að standa allt til þess að leyst er úr kæru. Tilgangur þess að stöðva samningsgerð er að koma í veg fyrir að á komist bindandi samningur áður en bjóðanda gefst ráðrúm til að bera lögmati ákvörðunar kaupanda undir óháðan aðila. Samkvæmt tilskipuninni á að gefa bjóðanda 10 / 15 daga til þess að leggja fram kæru.

Til þess að koma í veg fyrir tafir á opinberum innkaupum vegna kæra sem fram eru settar án viðeigandi tilefnis er lagt til í 15. gr. frumvarpsins að áfram verði við það miðað að kærandi þurfi að leiða verulegum líkum að broti af hálfu kaupanda til þess að ná fram stöðvun samningsgerðar.

Ekki er gert að skilyrði að kærandi sanni brotið, verulegar líkur nægja til að heimila kærunefnd að stöðva innkaupaferli. 12. gr. frumvarpsins leiðir hins vegar til þess að tilefnislítill kæra getur stöðvað samningsgerð í útboði um nokkurra vikna skeið. Kæra gæti komið fram að liðnum 10/15 dögum frá því að tilkynnt er um val tilboðs. Kaupandi yrði þá að leggja fram rökstuðning fyrir afléttingu stöðvunar sem gæti tekið 1 - 2 vikur að lágmarki. Kæranda gefst þá kostur á að andmæla afléttingu stöðvunar og má gera ráð fyrir að fá frest til þess. Loks þarf kærunefnd að taka afstöðu til þess hvort aflétta eigi stöðvun. Miðað við þetta má ætla að tilefnislitlar kærur geti tafið framgang innkaupaferlis um a.m.k. 1-2 mánuði umfram biðtíma samningsgerðar. Rétt er að benda á að í harðri samkeppni er freistingin sterk að nýta kæruræðið sem tæki til að freista þess að ná til sín eftirsóknarverðum samningi.

Samkvæmt 96. gr. gildandi laga um opinber innkaup nr. 84/2007 getur kærunefnd stöðvað innkaupaferli að kröfu kæranda. Getur kærunefnd gefið kaupanda skamman frest til að tjá sig um kröfuna en tekur að því búnu ákvörðun. Þetta ferli hefur tekið mun skemmri tíma en það sem lagt er upp með í frumvarpinu, og gjarnan að hámarki 2-3 vikur. Nægi biðtími samningsgerðar ekki hefur kærunefnd útboðsmála óskað yfirlýsingar kaupanda þar sem hann skuldbindur sig til að gera ekki bindandi samning meðan á umfjöllun um stöðvunarkröfu stendur. Regla núgildandi laga hefur í framkvæmd tryggt bjóðendum tækifæri á að bera ákvarðanir kaupanda undir kærunefnd og koma í veg fyrir samningsgerð sem talin er andstæð lögnum. Ekki liggur fyrir opinberlega gagnrýni á þetta fyrirkomulag og ekki liggur heldur fyrir að það sé í andstöðu við tilskipun 2007/66/EB hvað snertir rétt bjóðenda til að fá ákvarðanir kaupanda endurskoðaðar. Vegagerðin telur ekki sýnt fram á þörf á breytingum í frumvarpinu en hins vegar mætti styrkja það fyrirkomulag sem mótast hefur í framkvæmd og hefur reynst vel. Í stað þess að kærunefnd þurfi að óska yfirlýsingar kaupanda um stöðvun samningsgerðar mætti mæla fyrir um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar meðan á umfjöllun um stöðvunarkröfu stendur. Þar með yrði tryggt að kærunefnd gæti lokið umfjöllun um stöðvunarkröfuna og tekið afstöðu til þess innan stutts frests hvort verulegar líkur séu á að brot hafi verið framið.

Með vísan til framangreinds er lögð til eftirfarandi breyting á 12. gr. frumvarpsins:

"Á eftir 94. gr. laganna kemur ný grein, 94. gr. a, ásamt fyrirsögn, svohljóðandi:

Nú er ákvörðun um val tilboðs kærð innan lögboðins biðtíma skv. 76. gr., og er þá gerð samnings óheimil á meðan á lögboðnum biðtíma stendur. Hafi kærandi krafist stöðvunar innkaupaferlis skv. 96. gr. er kaupanda óheimilt að gera samning þar til kærunefnd hefur leyst úr kröfu um stöðvun samningsgerðar. Stöðvun samningsgerðar tekur gildi þegar kaupanda má vera kunnugt um að krafa hafi verið lögð fram, hvort heldur er vegna tilkynningar kæranda skv. 2. mgr. 94. gr. eða tilkynningar kærunefndar skv. 1. mgr. 95. gr.

Þegar kærunefnd tekur afstöðu til kröfu um stöðvun innkaupaferlis skv. 96. gr. tekur nefndin jafnframt afstöðu til þess hvort aflétta eigi banni við samningsgerð. Við slíka ákvörðun gilda ákvæði 96. gr. eftir því sem við á. Ákvörðun kærunefndar um að aflétta banni við samningsgerð tekur aldrei gildi fyrr en að loknum biðtíma samningsgerðar skv. 76. gr.

Að öðru leyti en leiðir af 1. mgr. hefur kæra ekki í för með sér sjálfkrafa stöðvun innkaupaferlis."

Greinargerð: Lagt er til að kæra hafi þau réttaráhrif að hafi kærandi krafist stöðvunar samningsgerðar megi kaupandi ekki gera bindandi samning á grundvelli útboðsins fyrr en fyrir liggur ákvörðun kærunefndar útboðsmála þar sem tekin er afstaða til kröfunnar. Með því er lagt til að lögfest verði sú framkvæmd sem tíðkast hefur við meðferð mála hjá nefndinni. Í stað þess að nefndin þurfi að ganga eftir yfirlýsingu kaupanda þar að lútandi er lagt til að afdráttarlaust verði lögfest að kaupanda sé við þessar aðstæður óheimilt að gera samning þar til niðurstaða fæst. Með því ættu vera tryggðir hagsmunir kæranda af því að geta borið meint brot á lögum um opinber innkaup undir óháðan úrskurðaraðila áður en bindandi samningur er gerður og þar með möguleikar kæranda af því að hljóta samninginn.

Framangreint eru athugasemdir Vegagerðarinnar við frumvarpið og er þess farið á leit að tekið verði tillit til þeirra við meðferð málsins á þingi. Vegagerðin er fús til að senda fulltrúa sína á fund efnahags- og viðskiptanefndar til að skýra ofangreind atriði nánar.

Virðingarfyllst,



Hreinn Haraldsson, vegamálastjóri.