



– fyrir íslenska verslun

Alþingi
Erindi nr. P 133/343
komudagur 27.11.2006

Alþingi
Nefndasvið
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 24.11.2006
EÖD

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um opinber innkaup

Vísað er til erindis Efnahags- og viðskiptanefndar Alþingis, dags. 9. nóvember 2006 þar sem óskað er umsagnar Félags íslenskra stórkaupmanna um frumvarp til laga um opinber innkaup, 277. mál, heildarlög, EES- reglur. Félag íslenskra stórkaupmanna hefur á síðastliðnum árum komið að fjölda mála fyrir hönd aðildarfyrirtækja sinna. Reynsla félagsins af útboðsmálum er orðin talsverð, einkum á sviði lyfja- og hjúkrunarvöruútboða Ríkiskaupa fyrir hönd Landspítala-háskólasjúkrahúss og annarra heilbrigðisstofnana.

FÍSt tekur undir þá skoðun að tilkoma kæruneftndar útboðsmála hafi verið til góðs. Auðveldara og fljótlegra reynist að fá úr deilumálum skorið fyrir nefndinni en dómstólum og einnig hefur kæruneftndin með úrskurðum sínum skýrt lagaákvæði laga nr. 94/2001 um opinber innkaup nánar.

Athugasemdir FÍSt við einstaka greinar frumvarpsins

Félagið fagnar frumvarpinu í heild en gerir þó eftirfarandi athugasemdir.

Um 2., 3. og 13. gr.

Í tilskipuninni er hugtakið „samningsaðili“ (e. Contracting Authority) notað um þá sem skuldbundnir eru til að kaupa inn samkvæmt reglum tilskipunarinnar. Í 3. gr. frumvarpsins er nánar tilgreint hverjir teljist slíkir aðilar. FÍSt bendir á að þrátt fyrir skýrt orðalag 3. gr. gildandi laga um opinber innkaup hefur framkvæmdavaldinu hingað til mistekist að fá alla aðila sem teljast skuldbundnir til þess að kaupa inn samkvæmt lögnum til að hlíta þeim boðum. Skýrt orðalag gildandi laga virðist hingað til ekki hafa haft réttarverkan samkvæmt orðanna hjóðan á framkvæmdavaldið, þar sem mörg dæmi eru um að starfsmenn ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja virði ekki þá samninga sem gerðir hafa verið á grundvelli opinberra útboða.

FÍS fagnar skýru orðalagi í ákvæðum 2. 3. og 13. gr. frumvarpsins og að löggjafinn reyni með ákvæðunum að skýra enn frekar hverjir eru skuldbundnir til þess að kaupa inn samkvæmt reglum laganna. Sé það raunveruleg ætlun löggjafans að skylda þá sem tilgreindir eru í 3. gr. frumvarpsins til þess að kaupa inn samkvæmt útboðssamningum telur FÍS að taka verði af allan vafa um slíka skyldu með beinum og skýrum hætti í frumvarpinu og/ eða lögskýringargögnum svo að framkvæmdavaldið komi sér ekki hjá lögboðnum skyldum sínum frá og með gildistöku laganna.

Um 34. gr. Rammasamningar

Verð og magn og skylda að kaupa samkvæmt rammamningi

Fjölmörg aðildarfyrirtækja FÍS gera rammamninga við Ríkiskaup sem gera samninga fyrir hönd ríkisfyrirtækja og ríkistofnana. Við gerð slíkra rammamninga tilgreina útboðsgögn, ef mögulegt er, ætlað magn hverrar vöru á samningstímanum þar sem byggt er á upplýsingum frá væntanlegum kaupendum.

FÍS tekur undir með orðalagi frumvarpsins þar sem segir að í samræmi við meginreglur íslensks samningaréttar hefur verið litið svo á að aðilar rammamnings ættu ekki sjálfðæmi um hvort þeir keyptu inn samkvæmt rammamningi. Þeir opinberu aðilar sem á annað borð eru aðilar að rammamningi verða samkvæmt þessu skuldbundnir til að kaupa inn á grundvelli rammamnings.

FÍS bendir á að tilboðsverð bjóðenda í útboði tekur alltaf beint eða óbeint mið af magntölum í útboðsgögnum enda augljóst að fastur kostnaður lækkar hlutfallslega í samræmi við stærri viðskipti. Af því tilefni bendir FÍS á að ekki er vænlegt til árangurs að ríkisfyrirtæki og ríkisstofnanir, sem ættu samkvæmt lögum um opinber innkaup að vera skuldbundnar til að kaupa inn samkvæmt rammamningi, kaupí vörur utan samninga. Með því verklagi verða rammamningshafar af mikium viðskiptum sem þeir beint eða óbeint gerðu ráð fyrir að fá við gerð tilboða sinna og höfðu áætlað að yrðu hluti viðskiptanna við verðákvörðun. Afleiðingar athafna ríkisvaldsins hljóta á einhverjum tíma að hafa þau áhrif að bjóðendur hætta að gera ráð fyrir að magntölur útboðsgagna standist sem með tímanum leiðir til þess að bjóðendur hætta að bjóða bestu verð í tilboðum sínum.

Rammamningar um innkaup lyfja í ákveðnum hlutföllum

FÍS bendir á að rammamningar um lyf eru oft á tíðum gerðir í ákveðnum hlutföllum. Er þá gerður rammamningur um kaup á 80% af ætluðu magni tiltekins lyfs á samningstímanum við einn rammamningshafa og 20% af ætluðu magni sama lyfs við annan rammamningshafa.

Ef rammamningur um lyf gerir ráð fyrir því að 80% af tilteknu lyfi verði keypt af einum rammamningshafa og 20% verði keypt af öðrum rammamningshafa geta rammamningshafarnir áætlað, út frá útboðsgögnum og forsendum sem þar koma fram, hve mikið magn af lyfinu þurfi að kaupa til

landsins og eiga á lager á hverjum tíma, að því gefnu að forsendur breytist ekki verulega.

Við tilboðsgerð gefa bjóðendur besta verð að því tilskyldu að þeir fái rammamning um 100% af væntanlegum kaupum tiltekins lyfs, aðeins hærra verð að því tilskyldu að þeir fái rammamning um 80% af væntanlegum kaupum tiltekins lyfs og enn hærra ef þeir fá rammamning um aðeins 20% af væntanlegum lyfjakaupum.

Samningshafi sem hefur rammamning upp á 80% sölu á tilteknu lyfi við kaupanda hefur í lok samningstímans engar upplýsingar um það hvort að kaupandi hafi staðið við samninginn og keypt af honum 80% af tilteknu lyfi eða hvort að kaupandi hafi keypt stóran hluta af lyfinu af rammamningshafa með 20% samning eða jafnvel af aðila utan rammamnings.

Ekkert eftirlit er með því hvort að það magn sem tiltekið er í samningum að keypt verði af hverjum og einum rammamningshafa eða hvort að kaupendur kaupir tiltekin lyf almennt af rammamningshafa eða af öðrum seljendum lyfsins eða sambærilegs lyf utan rammamninga.

Um 45. gr. Forsendur fyrir vali tilboðs og 72. gr. Mat á hagkvæmasta boði

Í frumvarpinu er tilgreint að orðalagi tilskipunar sé fylgt eftir og að um leyfilegar forsendur að þessu leyti liggja fyrir talsverð dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem geti verið til leiðbeiningar. Af orðalagi frumvarpsins telur FÍS að kærunefnd útboðsmála og íslenskir dómstólar komist hér eftir sem hingað til ekki hjá því að fara í niðurstöðum sínum eftir dómafordæmi Evrópudómstólsins.

Vandamál sem aðildarfyrirtæki FÍS hafa staðið frammi fyrir þegar niðurstaða útboðs er kunn, snúa að því að þegar tilboði eins bjóðanda er tekið og annarra bjóðanda þar með hafnað sbr. 52. gr. gildandi laga um opinber innkaup, er að ekki er ljóst hvernig mat á hagkvæmasta tilboði fór fram og hvaða forsendur voru fyrir vali tilboðs. Þrátt fyrir ítarlegan lagatexta gildandi laga og oft á tíðum rökstuðning kaupanda á niðurstöðu sinni sbr. 53. gr. hafa tilboðsgjafar ekki fengið viðunandi skýringu á niðurstöðu kaupanda. Þetta á sérstaklega við þegar að samningshafi fær einum eða örfáum af hundraði hærri einkunn en sá bjóðandi sem ekki hlaut samning.

Nefna má dæmi þar sem heildarfjöldi stiga við mat tilboðs er upp á 100 stig, þar sem verð er mögulega mest metið 50 stig og báðir bjóðendurnir fá sömu einkunn fyrir verð, þjónusta er mögulega mest metin 20 og báðir aðilar fá sömu einkunn fyrir þjónustu en gæði eru mögulega mest metin 30 stig og annar bjóðandinn fær 27 stig af 30 en hinn bjóðandinn fær 28 stig af 30 og fær þar með samninginn. Alltoft oft hefur bjóðandi sem ekki fær samning fengið rökstuðning sbr. 53. gr. sem ekki skýrir hvað það var við vörur hans eða tilboð sem gáfu tilboði hans einum lægri einkunn en boði hins bjóðandans sem samninginn hlaut.

Um 76. gr. Samþykki tilboðs

10 daga regla er mikil réttarbót

FÍS telur að ákvæði 76. gr. frumvarpsins um að tíu dagar skulu líða frá því að ákvörðun um val tilboðs er tilkynnt þar til tilboð er endanlega samþykkt, vera einu bestu réttarbót sem aðildarfyrirtæki félagsins geta fengið. Samkvæmt almennum reglum samningaréttar er samningur kominn á þegar samþykki hefur borist þjóðandanum og er óheimilt að fella samninginn úr gildi. Þá hafa gildandi skaðabótareglur haft letjandi áhrif á aðildarfyrirtæki FÍS til að leita réttar síns vegna þess mikla tíma og kostnaðar sem kærur hafa í för með sér. FÍS tekur því undir það sem segir í frumvarpinu að 76. gr. frumvarpsins felur í sér raunhæft úrræði til að fá ákvörðun kaupanda endurskoðaða.

Um tímafresti 75. gr. og 76. gr.

Vísað er til hinnar nýju reglu 76. gr. frumvarpsins um 10 daga bið frá því að ákvörðun um val tilboðs er tilkynnt þar til tilboð er endanlega samþykkt og 15 daga tímafrests í 75. gr. sem kaupandi hefur til þess að rökstyðja ákvörðun sína um val á kaupanda og um leið höfnun tilboðs. Í ljósi þeirrar reynslu aðildarfyrirtækja FÍS að rökstuðningur berist ekki fyrr en í lok tímafrestsins bendir félagið á að þegar kærandi sem krefst stöðvunar á samningsgerð á grundvelli 76. gr. frumvarpsins sendir kærunefnd útboðsmála kæru þess efnis, hefur rökstuðningur fyrir höfnun tilboðs hans á grundvelli 75. gr. frumvarpsins ekki endilega borist.

Í þeim tilfellum geta kærendur sem krefjast stöðvunar einungis sent inn kæru með stöðvunarkröfu innan 10 daga frestsins og vísað til þess að rökstuðningur fyrir stöðvunarkröfu verði sendur kærunefndinni um leið og kærandi hefur fengið í hendur rökstuðning kærða fyrir höfnun tilboðs hans. FÍS telur því mikilvægt að kærendum verði heimilt að senda inn kæru með stöðvunarkröfu þar sem tiltekið er að rökstuðningur fyrir stöðvunarkröfu berist þegar rökstuðningur fyrir höfnun tilboðs kæranda hefur borist honum.

Um áhrif kærugjalds 94. gr.

Skattheimta framkvæmdavaldsins á þá sem leita réttar síns gegn stjórnvöldum

Í frumvarpinu segir að með þeim breytingum sem hér eru lagðar til sé leitast við að finna eðlilegt jafnvægi milli annars vegar hagsmuna hins opinbera og viðsemjanda þess af því að unnt sé að hrinda samningi í framkvæmd og hins vegar hagsmuna þjóðanda af því að á hann sé ekki hallað við val tilboðs.

Eins og fram kemur í athugasemdum við frumvarpið varð sú stefnumótun með lögum um opinber innkaup nr. 94/2001, að sambærilegar efnisreglur gilda að meginefni um innkaup innanlands og á Evrópska efnahagssvæðinu. Með því urðu reglur um opinber innkaup talsvert flóknari að framsetningu en áður hafði tíðkast

og telur FÍS af þeim sökum eðlilegt að málum hafi fjölgað fyrir nefndinni þar sem kærendur hafi leitað nánari túlkunar á ákvæðum laganna. Samkvæmt frumvarpinu náði fjöldi mála fyrir kærunefnd útboðsmála hámarki árið 2004 (49 mál) og virðast málum fyrir nefndinni fara fækkandi.

FÍS tekur undir það sem segir í frumvarpinu að reynslan af kærunefnd útboðsmála hefur almennt verið góð. Þá vísar félagið til þess sem segir í frumvarpinu að það meginmarmið að skapa fyrirtækjum skilvirkt réttarræði á sviði opinberra innkaupa, án óhóflegs kostnaðar fyrir fyrirtæki eða hið opinbera, virðist því hafa náðst með nefndinni. Það veldur félaginu því miklum vonbrigðum að í frumvarpinu sé kveðið á um kærugjald sem að mati félagsins fer gegn meginmarkmiði um skilvirkt réttarræði.

Félag íslenskra stórkaupmann leggst alfarið gegn upptöku kærugjalds og hefur fyrir því eftirfarandi röksemdir:

1) Engin málefnaleg rök eru í frumvarpinu fyrir kærugjaldi. Þvert á móti er í frumvarpinu (á bls 159) fjallað um góða reynslu af gildandi lögum og kærunefnd útboðsmála. Einu rökin sem tiltekin eru í frumvarpinu fyrir kærugjaldi eru þau að tilefnislausar kærur hafi verið lagðar fram. FÍS telur þau rök ekki standast nánari skoðun og bendir á að með þeirri stefnubreytingu sem varð með gildandi lögum sé eðlilegt að aðilar (kærendur) vilji leita skýringa á gildandi lögum. FÍS vísar til þess að heimild er í 3. mgr. 97. gr. frumvarpsins til þess að krefja kæranda um málskostnað sem rennur til ríkissjóðs ef kæra er bersýnilega tilefnislaus. FÍS bendir á að með 3. mgr. 97. gr. megi koma í veg fyrir tilefnislausar kærur séu þær svo íþyngjandi fyrir nefndina.

2) Málum fyrir kærunefnd útboðsmála fjölgaði á árunum 2001 til 2004 en virðist nú fara fækkandi. Má ráða af frumvarpinu að málsaðilar sætti sig við niðurstöðu nefndarinnar og leiti sjaldan til dómstóla. Af því dregur FÍS þá ályktun að mikið hagræði sé fyrir alla aðila máls að núverandi málsmeðferð verði ekki gerð torveldari fyrir málsaðila með sérstöku kærugjaldi.

3) FÍS telur að með kærunefnd útboðsmála hafi orðið til skilvirkt réttarræði á sviði opinberra innkaupa, án óhóflegs kostnaðar fyrir fyrirtæki eða hið opinbera. Með niðurstöðum þeirra mála sem fyrir nefndina hafa verið lögð hafa reglur skýrst á tiltölulega stuttum tíma meðal annars vegna auðveldra kæruleiða. FÍS telur að kærugjald, jafnvel þó hóflegt teljist, geti leitt til þess að draga úr því að málsaðilar leiti réttar síns. FÍS telur einnig að kærugjaldi geti leitt til þess að kærendur sjái hag sínum betur borgið með því að leita beint til dómstóla og með því hægist á réttarþróun á sviði opinberra innkaupa.

4) FÍS minnir á að kæruférlíð er mjög tímafrekt og kostnaður við að hafa kærana uppi er alltaf umtalsverður. Alþingi ber að hafa í huga að brot eða ætluð brot sem hér um ræðir eru brot ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja á lögum settum af lagasetningavaldinu. Er því einstaklingar og fyrirtæki í landinu að leita réttar síns vegna brota ríkisins og stofnana þess.

5) Gjald, jafnvel þó að hóflegt teljist er einungis til þess að draga úr einstaklingum og fyrirtækjum að leita réttar síns gegn ægivaldi ríkisins. FÍS telur að allir verði að hafa jafna möguleika á að leita réttar síns óháð fjárhagslegri

stöðu. FÍS bendir á að sú fjárhæð sem nefnd er í frumvarpinu sé ef til vill hófleg í augum sumra en talsverð í augum annarra.

Félagið telur að kærugjald sé í raun einungis enn ein skattheimta framkvæmdavaldsins á þá sem vilja verja lögbundin réttindi sín gagnvart stjórnvöldum. FÍS leggst því alfarið gegn upptöku kærugjalds.

Almennar athugasemdir FÍS við framkvæmd laga um opinber innkaup

FÍS hefur fyrir hönd aðildarfyrirtækja sinna komið að miklum fjölda kærumála fyrir kærunefnd útboðsmála og af því tilefni hefur félagið safnað saman nokkrum álitamálum og ábendingum sem rétt er að koma á framfæri. Á undanförunum misserum hefur FÍS fyrir hönd aðildarfyrirtækja sinna gert athugasemdir við fjölmörg atriði sem varða opinber innkaup og hafa mörg þessara mála þegar verið send stjórn opinberra innkaupa án merkjanlegra viðbragða. FÍS vill því tilgreina nokkur þessara álita- og ágreiningsmála sem til umfjöllunar hafa verið á vettvangi félagsins.

Efndir ríkisvaldsins

Ekkert eftirlit er með því að ríkisvaldið, fyrirtæki þess eða stofnanir, standi við gerða samninga á grundvelli útboðs. Samkvæmt gildandi lögum um opinber innkaup hafa hvorki Ríkiskaup né aðrir opinberir aðilar þann starfa að fylgjast með því að opinberir aðilar sbr. 3. gr. laganna kaupí inn samkvæmt útboðssamningum ríkisins eða samkvæmt rammasamningum.

FÍS hefur oft og ítrekað bent Ríkiskaupum og stjórn opinberra innkaupa á að aðilar sem teljast skuldbundnir til að kaupa inn samkvæmt útboðum Ríkiskaupa samkvæmt 3. gr. laga nr. 94/2001 komist upp með að kaupa af aðilum utan samninga. Virðast persónulegir hagsmunir ákveðinna starfsmanna ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja í vissum tilfellum ganga framar ákvæðum laga um opinber innkaup.

Forsenda þess að rammasamningskerfið virki eins og til er ætlast og skili þeim árangri sem að er stefnt er að opinberir aðilar beini viðskiptum sínum til þeirra fyrirtækja sem rammasamningar eru gerðir við hverju sinni. FÍS hefur ekki tekið saman upplýsingar um hvað aðildarfyrirtæki félagsins hafa orðið af miklum viðskiptum vegna brota ríkisfyrirtækja og stofnana á 3. gr. laga nr. 94/2001, en ljóst er að fjárhæðin er umtalsverð. FÍS bendir á að lítið gagn er að því að vörur eða þjónusta sé útboðsskyld ef ríkisfyrirtæki og stofnanir beina viðskiptum sínum fram hjá samningunum sem eru gerðir eða komist hjá því að vera skuldbundnir aðilar að útboðssamningum á grundvelli óútskýrðra hagsmuna sem ekki þola dagsljósið.

FÍS telur mjög mikilvægt að frumvarp til nýrra laga um opinber innkaup skuldbindi með óvíræðum hætti stjórnvöld, ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki sem

ekki eiga undir undantekningarákvæði frumvarpsins, tilara að lögnum og að opinberir aðilar sem samkvæmt 3. gr. frumvarpsins eru skuldbundnir til að kaupa inn samkvæmt útboðum Ríkiskaupa kaupi inn samkvæmt þeim. Verði ekki ráðin bót á vinnubrögðum ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja sér FÍS ekki annan kost í stöðunni en að gera Ríkisendurskoðun viðvart þegar útboðssamningar eru ekki virtir.

Tilboð afturkölluð eftir að samningur er kominn á

Í gildandi lögum um opinber innkaup er ekki fjallað um hvað kaupanda beri að gera ef bjóðandi tilkynnir kaupanda að hann geti ekki staðið við tilboð sitt eftir að samningur er kominn á. Spurningar vakna um hvað kaupandi skuli gera ef tilboð er afturkallað eftir að samningur hefur komst á. Ættu kaupendur til dæmis að framlengja gildandi samning og hefja hraðútboð þegar í stað eða ætti kaupandi að geta samið við hvern sem er þar sem útboðið telst ónýtt?

Bjóðandi getur ekki staðið við tilboð sitt

Vakin er athygli á því að eins og dæmin sanna hafa bjóðendur sem bjóða hagstæðustu boð í tiltekin lyf sent kaupanda tilkynningu, þess efnis að ekki verði staðið við tilboðið, eftir að tilboði þeirra er tekið. Þrátt fyrir ákvæði 42. gr. gildandi laga virðast slíkar afturkallanir ekki hafa afleiðingar í för með sér fyrir bjóðendur né hafa áhrif kaupendur til lengri tíma jafnvel þó háttsemin sé ítrekuð.

Bjóðandi velur þá samninga sem teljast hagstæðastir og stendur við þá

Þá eru nokkur dæmi þess að bjóðendur bjóði í öll lyf í lyfjaútboði án tillits til þess hvort möguleiki sé á efndum og eftir að hafa fengið samninga við kaupanda um fjölmörg lyf eru hagstæðustu samningarnir valdir og tilkynning send kaupanda um hvaða tilboð verður staðið við. Engar afleiðingar eru af þessu háttalagi nema fyrir aðra bjóðendur sem telja samkeppnisstöðu sinni ógnað.

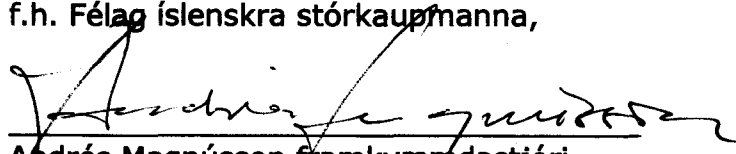
Kaupendur grandvísir um að bjóðendur geta ekki staðið við tilboð sitt

FÍS telur mikilvægt að upplýsa að bjóðendur geta frá upphafi verið grandvísir um að tilteknum bjóðendum sé ómögulegt að standa við tilboð sitt. Vísar FÍS til úrskurðar kærunefndar útboðsmála frá 10. janúar 2005 í máli nr. 37/2004 sem að mati FÍS er skýrasta dæmið um hvernig ekki eigi að standa að útboði. Í málinu tóku tvö fyrirtæki þátt í útboði á lyfi og bauð annar bjóðandinn eldra lyfjaform lyfsins en hinn bjóðandinn það lyfjaform sem á þeim tíma var að leysa hið eldra lyfjaform af hólmi. Sérstök tilkynning var send kaupanda þess efnis að hætt væri framleiðslu hins eldra lyfjaforms og að þeim sökum nýja lyfjaformið boðið, þ.e. frávikstilboð. Tilboði bjóðandans sem bauð eldra lyfjaformið var tekið og þegar á reyndi var samningshafanum ómögulegt að standa við tilboð sitt þar sem eldra lyfjaformið var ófáanlegt. Ríkiskaup tilkynnti bjóðendum í framhaldinu að þar sem bjóðandinn gæti ekki staðið við tilboð sitt yrði enginn samningur

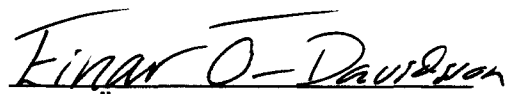
gerður og lyfið að öllum líkindum boðið út að nýju. Engu að síður gerði kaupandinn samning án útboðs við þann sama aðila sem ekki gat staðið við tilboð sitt um kaup á lyfjum í nýja lyfjaforminu. Kærunefnd útboðsmála taldi sig ekki hafa vald til að fjalla um málið þar sem það varðaði atriði sem ekki féllu undir útboðið sjálf. FÍS bendir af því tilefni á að auðvelt virðist vera fyrir kaupendur að fara í útboð og uppfylla með því útboðsskyldu, taka tilboðið bjóðanda sem frá upphafi er vitað að geti ekki staðið við tilboð sitt, heimila honum að falla frá tilboði sínu án afleiðinga og gera svo samning við þann sama aðila á mun hærri verðum en aðrir bjóðendur buðu.

Svo sem sjá má eru athugasemdir og ábendingar FÍS við frumvarpið nokkuð miklar að vöxtum. Það endurspeglar mikilvægi málaflokksins fyrir fjölmörg aðildarfyrirtæki félagsins.

Virðingarfyllt
f.h. Félag Íslenskra Stórkaupmanna,



Andrés Magnússon framkvæmdastjóri.



Einar Örn Davíðsson, hdl.