

Nefndasvið Alþingis
Fjárlaganefnd
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 20. maí 2016.

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

Frumtök skiluðu umsögn um það frumvarp sem hér um ræðir til Fjármála- og efnahagsráðuneytisins, þegar það var þar í vinnslu. Var þá að takmörkuðu leyti tekið tillit til þeirra ábendinga sem gerðar voru. Markmið frumvarpsins og þær breytingar sem boðaðar eru, eru til bóta og almennt til þess fallnar að stuðla að aukinni hagkvæmni í opinberum innkaupum. Á frumvarpinu eru aftur á móti ágallar sem vinna þvert gegn markmiði frumvarpsins. Það er skoðun okkar frumvarpið, verði það að lögum í óbreyttri mynd, muni hafa skaðleg áhrif á samkeppni á innanlandsmarkaði. Ber þar helst að nefna þá ætlan að heimila án takmarkana innlendum opinberum kaupendum að nota erlend stjórnvöld til að hafa milligöngu um kaup á vörum og þjónustu, t.d. til að eiga hlutdeild í kaupum erlendra aðila á lyfjum. Meðal þeirra sem hafa sett spurningamerki við þessa ráðagerð eru Samkeppniseftirlitið, Ríkiskaup og fjöldi samtaka í atvinnulífinu.

Ákvæði um samkeppnismat

Árið 2009 stóð til að ákveðin lyf yrðu keypt í gegnum miðlægt innkaupakerfi í Noregi, þrátt fyrir að engin lagaheimild væri á þeim tíma fyrir slíku og að í gildi væri innlendum rammSAMningur um kaup á þessum sömu lyfjum. Hefði þessi fyrirætlun náð fram að ganga hefði það í raun orðið til þess að skapa tjón og kostnaðarauka í stað hins yfirlýsta markmiðs. Árið 2011 var svo lögfest heimild fjármálaráðherra til að heimila miðlægri innkaupastofnun að bjóða út innkaup, sem falla undir lög um opinber innkaup, í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins, hvort sem er í samstarfi við erlenda kaupendur, samtök þeirra eða fulltrúa, og/eða miðlægar innkaupastofnanir eða sér. Kemur þessi breyting nú fram í 18. gr. a í lögunum. Það var skilyrði þessarar breytingar að heimildin skyldi veitt fyrir hvert útboð fyrir sig og að undangenginni rökstuddri beiðni stofnunarinnar sem í hlut ætti. Það var einnig skilyrði að reglur EES um opinber innkaup hefðu verið leiddar í lög í viðkomandi ríki og ástæða væri til að ætla að innkaup í ríkinu myndu þjóna hagkvæmni eða virkri samkeppni og öðrum lögmætum sjónarmiðum við opinber innkaup. Samkvæmt þessari lagaheimild er það svo að um innkaupin sem fram fara á grundvelli hennar gilda reglur viðkomandi ríkis, þar á meðal um kærur, gildi innkaupsáskvarðana og skaðabætur. Skilyrði var sett fyrir beitingu þessarar heimildar að í beiðni innkaupastofnunar fyrir notkun heimildarinnar skyldi liggja fyrir sérstakt samkeppnismat. Þá skyldi fjármálaráðuneytið, við móttöku beiðni innkaupastofnunar, leita eftir staðfestingu Samkeppniseftirlitsins á samkeppnismati innkaupastofnunar. Staðfesti Samkeppniseftirlitið ekki samkeppnismat innkaupastofnunar fara innkaup ekki fram samkvæmt ákvæðinu. Markmið þessa er að standa vörð um samkeppni.

Ákvæði þessu hefur aldrei verið beitt, mögulega vegna þeirrar staðreyndar sem kemur fram í viðtali Fréttablaðsins þann 18. janúar sl. við Halldór Ó. Sigurðsson, forstjóra Ríkiskaupa, sem sagði þessa grein laganna ekki vera eins hamlandi og hún líti út fyrir að vera í fyrstu. Jafnframt er haft eftir honum:

„Við höfum aðstoðað aðrar ríkisstofnanir við að fara í sameiginlegt útboð með öðrum þjóðum og það hefur gengið ágætlega. Það er mikilvægt að stofnanir láti reyna á þetta áður en þær ákveða að þetta hamli þeim í að spara fjármagn hins opinbera,“¹

Að stunda opinber innkaup með þessum hætti getur verið snúið og það er margt sem hafa ber í huga við mat á því hvort sparnaður hljótist af nýtingu þess. Flutningskostnaður, tryggingar, birgðahald, íslenskar merkingar, bótaréttur, aðgengi að viðhaldsþjónustu og fjölmargt annað þarf þar að taka til skoðunar. Það samkeppnismat sem hér um ræðir er sett til að tryggja virka og raunverulega samkeppni og til að sjá til þess að nýting þessarar heimildar muni í raun skila þeim ábata sem stefnt er að. Það getur því ekki verið nokkrum vafa undirorpið að þetta samkeppnismat er sérstaklega þýðingarmikið.

Afnám samkeppnismats

Í frumvarpinu er að finna tillögu að nýrri lagagrein, 20. gr., um þetta sama viðfangsefni. Er hún svohljóðandi:

Kaupanda er heimilt að nota miðstýrða innkaupastarfsemi í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins til að bjóða út innkaup á vöru eða þjónustu sem falla undir lög þessi. Ríkiskaupum er einnig heimilt að bjóða út innkaup, sem falla undir lög þessi, í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins, í samstarfi við erlenda kaupendur, samtök þeirra eða fulltrúa, eða miðlægar innkaupastofnanir.

Samkeppniseftirlitinu skal tilkynnt um fyrirhuguð innkaup ásamt rökstuðningi fyrir beitingu heimildar skv. 1. mgr. Afhenda skal afrit af samningi í kjölfar útboðs sé óskað eftir því.

Um innkaup sem fara fram á grundvelli þessa ákvæðis gilda reglur viðkomandi ríkis, þar á meðal um kærur, gildi innkaupsákvæðana og skaðabætur.

Þarna hefur verið gerð sú afdrifaríka breyting að sú skylda, sem í gildi er í dag, að láta fara fram samkeppnismat hefur verið afnumin og þau sjónarmið sem rakin voru að framan ýtt til hliðar. Þess í stað er lagt fyrir aðila að tilkynna beitingu þessarar heimildar og senda rökstuðning til Samkeppniseftirlitsins. Þessi tilkynningarskylda hefur enga efnislega þýðingu og ekkert vægi.

Í skýringum með greininni kemur fram að með þessari grein sé ætlunin að innleiða 39. gr. tilskipunarinnar og feli hún í sér breytingar á 18. gr. a í gildandi lögum. Rétt er að halda til haga að flest innkaup opinberra aðila fara nú þegar fram á evrópska efnahagssvæðinu. Það er því ljóst að þeir erlendu aðilar sem hafa áhuga á að eiga viðskipti við íslenska opinbera aðila hafa öll tækifæri til þess. Í frumvarpinu er í raun lögð til breyting á lögum um opinber innkaup þannig að erlendum aðilum er falið að framkvæma innkaup fyrir hönd opinberra aðila á Íslandi

¹ Sbr. umfjöllun í Fréttablaðinu á eftirfarandi slóð: <http://www.visir.is/log-um-opinber-innkaup-kosta-hundrud-milliona-vid-lvfiakaup/article/2016160118968>

án sérstakra takmarkana. Það er vissulega athyglisvert, í ljósi þeirra takmarkana sem finna má í frumtextanum og hafa ekki skilað sér í frumvarpið.

Um samkeppnismat

Ekki er að sjá á texta núverandi ákvæðis um samkeppnismat að það rúmist ekki innan umræddrar tilskipunar. Þvert á móti. Á það sér í lagi við um það samkeppnismat sem þar er kveðið á um. Byggist tilvist þess ákvæðis ekki síst á sérstöðu Íslands í stærðarlegu tilliti samanborðið við aðrar þjóðir innan EES.

Ákvæðið um samkeppnismat er m.a. tilkomið vegna ábendinga Samkeppniseftirlitsins sem taldi að óheft vald til framsals á innkauparáðstöfunum gæti haft verulegar og neikvæðar afleiðingar á stöðu samkeppnismála á Íslandi. Sagði Samkeppniseftirlitið þar sérstaklega að

“Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að heimild fjármálaráðherra til miðlægrar innkaupastofnunar til að bjóða út innkaup erlendis verði settar mun þrengri skorður en gert er ráð fyrir í frumvarpinu og henni verði einungis beitt í sérstökum undantekningartilvikum að undangengnu ítarlegu mati á samkeppni og hagræði af innkaupum. Í því sambandi verði tekið tillit til alls kostnaðar við innkaup, geymslu og dreifingu.”²

Engar breytingar hafi orðið hvað þetta varðar og á þetta sjónarmið við í dag jafnt og áður. Hafa verður í huga að Ísland er smátt land og fámennt. Þeir sem stunda viðskipti á Íslandi eiga margir mikið undir því að geta selt vöru sína og þjónustu til opinberra aðila. Við þau viðskipti verður svo oft til ákveðin stærðarhagkvæmni á innanlandsmarkaði sem neytendur í heild njóta góðs af. Um þetta segir Samkeppniseftirlitið:

“Þátttaka hins erlenda innkaupaaðila getur t.d. leitt til svo umfangsmikilla viðskipta að íslenskir aðilar hafi ekki bolmagn til að taka þátt.”

Það þýðir í raun að smærri aðilar, sér í lagi lítil og meðalstór fyrirtæki, munu vera útilokaðir frá viðskiptum við hið opinbera. Erfitt er að sjá hvernig það getur samrýmst markmiði laganna og viðteknum viðhorfum í samkeppnisrétti sem og ákvæðum samkeppnislaga sem fela í sér takmörkun á heimildum hins opinbera til að raska samkeppni.

Óvenjulegt framsal valds

Framsál valds líkt og lagt er til í frumvarpinu er óvenjulegt og vekur upp fjölda spurninga. Í frumvarpinu er lagt til að íslenskir opinberir aðilar fái að „fljóta með“ í stærri útboðum erlendis. Af því leiðir að ef íslenskt fyrirtæki vill veita íslenskum opinberum aðila verk, vöru eða þjónustu þá verður sá hinn sami jafnframt að útvega ótilgreindum fjölda erlendra opinberra aðila sama verk, vöru eða þjónustu. Varðandi útboð á lyfjum má til dæmis sýna fram á hve óraunhæfur sá möguleiki er að innlend fyrirtæki muni geta tekið þátt í erlendu útboðum þar sem innanlandsmarkaður væri í besta falli með kannski 3-5% af magninu í útboðinu. Að líkindum er ekkert fyrirtæki á Íslandi sem gæti tekið þátt í því útboði. Hafa verður þar í huga að íslensk fyrirtæki eru alla jafna smærri en erlend og afkastageta þeirra minni. Krafan er því

² Sjá nánar umsögn Samkeppniseftirlitsins á eftirfarandi slóð:
<http://www.althingi.is/altext/erindi/139/139-1150.pdf>

augljóslega óhófleg í garð íslenskra fyrirtækja og erfitt er að sjá að slík krafa væri í samræmi við hefðbundin sjónarmið um meðalhóf.

Snubbóttur texti um flókið efni

Texti tilskipunarinnar sem heimildin í frumvarpinu byggir á og fjallar um þetta viðfangsefni er mjög ítarlegur. Þar eru raktar meginreglur, samspil ákvæða og heimildinni settar ákvæðnar skorður. Aftur á móti er texti frumvarpsins, sem á að vera sama efnis, bæði snubbóttur og rýr. Þar er ekki tekið á þeim atriðum sem rakin eru í tilskipuninni. Þess í stað er látið við það sitja að opna á heimild sem hvorki eru sett mörk eða skorður.

Samspil við aðra löggjöf

Í frumvarpinu er lagt til ákveðið fyrirkomulag þar sem erlend lög skuli gilda um ákvæðnar athafnir íslenskra stjórnvalda. Líklega er þetta einsdæmi. Afrakstur þess kann að verða sá að innlend fyrirtæki verða réttláus í viðskiptum sínum við hið opinbera og á sama tíma fara viðskipti þess fram í samræmi við erlendar réttarreglur.

Stjórnarskrá

Í 2. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um þrískiptingu ríkisvaldsins og setur ákvæðið valdheimildum framkvæmdavaldsins mikilvægar skorður. Stjórnvöld sækja valdheimildir sínar í þau lög sem þingið setur og ákvarðanir stjórnvalda mega ekki ganga í berhögg við stjórnarskrá, lög eða reglugerðir. Almennt er það svo þannig að á Íslandi gilda íslensk lög og stjórnast athafnir íslenskra stjórnvalda því af íslenskum lögum. Hér virðist standa til að úthýsa lögmætisreglunni með þeim hætti að tilteknum þætti í starfsemi hins opinbera verði komið undir erlenda réttarreglu og í raun falið erlendum aðila.

Stjórnsýslulög

Fyrir liggur að í opinberum innkaupum gilda meginreglur stjórnsýsluréttar að því er varðar m.a. meðalhóf, andmælarétt og rétt til rökstuðnings. Þetta hefur m.a. komið fram í álitum umboðsmanns Alþingis sem og í úrskurðum kærunefndar útboðsmála. Þegar íslenskt stjórnvald leggur vald sitt í hendur erlends aðila er óljóst með hvaða hætti reglur íslensks stjórnsýsluréttar haldi gildi sínu. Má því ætla að í mörgum tilfellum verði réttur aðila í samskiptum þeirra við stjórnvöld fyrir borð borinn. Ljóst má vera að þessar reglur muni ekki eiga við um þessi innkaup samkvæmt fyrirhuguðu heimildarákvæði.

Upplýsingalög

Upplýsingalög nr. 50/1996 gilda um opinber innkaup stjórnvalds, sem er því bundið af ákvæðum upplýsingalaga þegar það framkvæmir eða gerir samninga á sviði opinberra innkaupa. Upplýsingalögin íslensku eru hins vegar ekki skuldbindandi fyrir erlend stjórnvöld. Því er með öllu óljóst með hvaða hætti aðilar geti byggt rétt á upplýsingalögum vegna ákvarðana sem teknar eru við framkvæmd sem framseld hefur verið til erlends aðila.

Lög um útboð

Lög um framkvæmd útboða nr. 65/1993 gilda þegar útboði er beitt til þess að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu. Lögin gera ekki ráð fyrir því að komast megi hjá gildissviði þeirra þrátt fyrir að tilboða sé aflað í gegnum þriðja aðila

sem staðsettur er erlendis. Óljóst er hvernig beita skuli ákvæðum laganna við jafn óvenjulegar aðstæður og lagt er til í frumvarpinu. Ólíklegt verður að teljast að erlendir aðilar muni gefa íslenskri löggjöf mikinn gaum. Ákvæði umræddra laga yrðu því að öllum líkindum sniðgengin ef framkvæmd útboðs fer fram erlendis.

Lög um viðskipti almennt

Við þetta bætist svo að önnur ákvæði innlendra laga á sviði viðskipta ættu ekki við. Má þar nefna reglur á sviði skaðabótaréttar og um skaðsemisábyrgð, lausafjárkaupalög og almennar reglur kröfuréttar. Þá ættu sérlög um hið keypta hverju sinni ekki við. Það þýðir í raun að ef upp kemur ágreiningur, óhapp eða annað í þeim dúr fari ekki um rétt ríkisins eftir þeim lögum sem það sjálft hefur sett sér fyrir tilstuðlan löggjafans. Þess í stað ættu erlendir réttarreglur við um slíkt og hefðu þar erlendir dómstólar lögsögu. Slíkt framsal á starfsemi og valdi ríkisins á sér vart hliðstæðu.

Áhersla á þátttöku lítilla og meðalstórra fyrirtækja

Í greinargerð með frumvarpinu kemur fram að markmið 53. gr. sé að auka samkeppni með því að hvetja kaupendur til að skipta niður stórum samningum þannig að stærð samninga henti betur getu lítilla og meðalstórra fyrirtækja. Þannig megiliðka fyrir þátttöku lítilla og meðalstórra fyrirtækja í opinberum innkaupum. Þess má geta að veflest íslensk fyrirtæki eru samkvæmt skilgreiningu lítil og meðalstór. Spyrja má hvernig þetta ákvæði rímar við ákvæði 20. gr. frumvarpsins. Í framkvæmd er erfitt fyrir íslensk fyrirtæki að keppa við mun stærri erlenda aðila í útboðum á EES-svæðinu en það er einmitt markmið slíkra útboða að ná fram stærðarhagkvæmni. Færa má fyrir því rök að þessar sérstöku aðstæður sem við búum við hér á landi kalli á að innkaupaaðferðum líkt og þeim sem 20. gr. kveður á um sé beitt varlega, til dæmis með þeim hætti að framkvæmt sé samkeppnismat í slíkum tilfellum, líkt og lögin kveða á um nú.

Mikilvægustu birgjar íslenska heilbrigðiskerfisins

Hér er jafnframt rétt að varpa fram þeirri spurningu hvort raunverulega hafi verið íhugað hverjar afleiðingar þessa gætu verið fyrir íslenskan markað og íslensk fyrirtæki? Í þessu sambandi er ekki hægt að heimila eitt en banna annað. Ef litlum (í evrópska samhenginu) íslenskum fyrirtækjum verður gert að keppa við stór erlend fyrirtæki í erlendum útboðum þá hlýtur það að kalla á algjöra endurskilgreiningu á þeim markaði sem íslensku fyrirtækin eru að vinna á með vísan til samkeppnislaga. Markaðshlutdeild innlendra fyrirtækja yrði þá ekki lengur metin út frá íslenska markaðinum, heldur þeim markaði eða mörkuðum þar sem þátttakendur í þessum erlendu útboðum (nýjir keppinautar) starfa og yrðu þar með hvorki lítil né meðalstór fyrirtæki heldur fullkomin örfyrirtæki. Íslensk samkeppnisyfirvöld hlytu þar með að endurskilgreina markaðsstöðu allra þeirra íslensku fyrirtækja sem verða fyrir áhrifum af þessari lagabreytingu og erlendri samkeppni. Ekkert yrði því til fyrirstöðu að öll innlend fyrirtæki sem þjónusta íslenska heilbrigðiskerfið sameinuðust og næðu með því að teljast með kannski 1,5% hlutdeild á nýjum markaði. Mögulega yrði afleiðingin því veruleg, ef ekki algjör samþjöppun á íslenska markaðinum og minni samkeppni fyrir utan hin erlendu útboð sem er enn og aftur þvert á markmið 53. gr. frumvarpsins.

Önnur afleiðing yrði sú að þjónusta við innlenda kaupendur myndi mjög líklega minnka verulega og jafnvel leggjast af í einhverjum tilfellum. Aðildarfyrirtæki Frumtaka koma í dag á mikilvægan hátt að endurmenntun heilbrigðisstarfsfólks, bæði í tengslum við komu erlendra fyrirlesara til landsins og stuðning við þátttöku heilbrigðisstarfsfólks á alþjóðlegum ráðstefnum erlendis. Hvað lyf varðar þá hefur innlendir lyfjamarkaður, og þá sérstaklega LSH, getað treyst á innlend þjónustufyrirtæki hvað varðar alla almenna þjónustu varðandi lyfjakaup og eftirfylgni með þeim, s.s. lyfjagát, fræðslu til heilbrigðisstarfsfólks, leiðbeiningar um notkun lyfja, meðferðarhaldni, svörun fyrirspurna, undanþágur, aukaverkanir og neyðarsendingar. Verulegar líkur eru á að við bein innkaup LSH erlendis frá muni þessi þjónusta leggjast af hér innanlands og fjöldi starfa vel menntaðs starfsfólks vera í uppnámi.

Samantekið

Innleiðing þess ákvæðis tilskipunarinnar sem fjallað er um hér að ofan gengur lengra en nauðsyn krefur. Ekkert er því til fyrirstöðu að ákvæði um samkeppnismat haldi sér í umræddu ákvæði, líkt og er í gildandi lögum og því tillaga okkar að svo verði áfram. Fyrirhugað heimildarákvæði sem 20. gr. mun í framkvæmd fela í sér framsal á allsherjarétti og frávik frá lögætisreglu íslensks réttar. Fyrirliggjandi frumvarp veur jafnframt upp efasemdir um þá lagalegu umgjörð sem muni gilda um tiltekin innkaup opinberra aðila sem kunna að fara fram í samræmi við heimildina sem lögð er til.

Niðurstaðan er því sú að gera athugasemd við þá breytingu frá núgildandi lögum sem kveðið er á um í 20. gr. frumvarpsins og felur í sér afnám samkeppnismats við framkvæmd útboða í samvinnu við innkaupastofnanir í öðrum ríkjum. Sú tilkynningaskylda sem lögð er til ásamt rökstuðningi fyrir beitingu heimildarinnar, eins og frumvarpið gerir ráð fyrir, skiptir í raun engu og á engan hátt er tilgreint hvernig sá rökstuðningur skuli fram settur. Við leggjum því til að horfið verði frá því að leggja samkeppnismatið af, líkt og frumvarpið gerir ráð fyrir, eða í það minnsta að heimildin verði einungis veitt að fengnu samþykki Samkeppniseftirlitsins á rökstuðningnum.

Virðingarfyllt,

f.h. Frumtaka,



Jakob Falur Garðarsson,
framkvæmdastjóri.