

Alþingi
Fjárlaganefnd
101 Reykjavík

Reykjavík, 15. febrúar 2019

Efni: Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á lögum um opinber innkaup nr. 120/2016. Þingskjal 630 – 442. mál.

Undirritaður lögmaður vill koma á framfæri eftirfarandi athugasemdum við 7. gr. frumvarpsins, þ.e. fyrirhugaða breytingu á 83. gr. laga um opinber innkaup, einkum ummæli í greinargerð með ákvæðinu.

Með ákvæðinu er gert ráð fyrir að kaupanda verði heimilt að hafna öllum tilboðum standi málefnalegar ástæður til þess eða hafi forsendur brostið, og þá ákvörðun skal rökstyðja. Ekki er ástæða til að gera athugasemdir við að ákvæði sem þetta sé tekið upp í lög eða orðalag ákvæðisins sjálfs. Hins vegar er ástæða til að gera athugasemdir við athugasemdir í greinargerð með ákvæðinu en þar segir m.a.:

„Sú meginregla hefur verið fyrir hendi um langt skeið í útboðsrétti að kaupanda sé heimilt að hafna öllum framkomnum boðum standi málefnalegar ástæður til þess og sé sú ákvörðun rökstudd. Mikilvægt er að þessi heimild komi skýrt fram í lögum um opinber innkaup til að fyrirbyggja allan vafa. Telja verður að þessi heimild sé m.a. til staðar þegar aðeins berast tilboð sem eru yfir fjárhagsáætlun kaupanda, sem liqgur [fyrir] áður en tilboð eru opnuð, enda hafi sú áætlun verið unnin á raunhæfan og réttmætan hátt.“
[leturbr. og undirstrikanir eru bréfitara].

Af þessu verður ráðið að ætlunin sé að festa í lög gildandi framkvæmd og túlkun á lögum um opinber innkaup hvað varðar höfnun allra tilboða. Í greinargerðinni er hins vegar látið að því liggja að framkvæmdin sé sú að það sé heimilt að hafna öllum tilboðum þegar aðeins berast tilboð sem eru yfir fjárhagsáætlun kaupanda. Þetta er ekki rétt. Í framkvæmd dómstóla og kærunefndar útboðsmála hefur verið miðað við að kaupendum sé heimilt að hafna öllum tilboðum þegar þau eru *verulega* umfram *kostnaðaráætlun* kaupanda. Um þetta má m.a. vísa til ákvörðunar kærunefndar útboðsmála í máli nr. 14/2005, úrskurðar sömu nefndar í máli nr. 10/2008 sem og dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 758/2015, en í þessum dómi var talið að það væri ekki málefnalegt að hafna tilboði sem var 4,7% umfram kostnaðaráætlun verkkaupa.

Þannig hefur verið miðað við í framkvæmd að ekki sé heimilt að hafna öllum tilboðum ef öll tilboð eru umfram kostnaðaráætlun eins og greinargerðin með frumvarpinu virðist ganga út frá, heldur verða tilboðin að vera *verulega* umfram kostnaðaráætlun. Ég hygg að rökin fyrir þessu séu helst þau að kostnaðaráætlanir eru ekki nákvæm vísindi enda er um að ræða spá um markaðsverð í fyrirhugðum

framkvæmdum, oftast byggð á gömlum upplýsingum og fyrri reynslu. Kaupendur geta ekki búist við því að fá tilboð sem samsvara nákvæmlega væntingum þeirra skv. kostnaðaráætlun, jafnvel þó að slík áætlun sé vönduð í alla staði. Þeir verða gera ráð fyrir því að það kunni að fara svo að öll tilboð verði yfir kostnaðaráætlun. Ég hygg jafnframt að með þessari framkvæmd sé verið að reyna að koma í veg fyrir að kaupendur hafi það í hendi sér hvort eitthvert tilboð verði fyrir valinu, t.d. með því að vanáætla verkkostnað vísitandi í kostnaðaráætlun og hafa þannig meira svigrúm til höfnunar allra tilboða ef þeim líst svo á, t.d. ef aðili sem er þeim ekki þóknanlegur er lægstbjóðandi.

Þá hefur í framkvæmd ávalt verið miðað við *kostnaðaráætlun* kaupanda við mat á því hvort tilboð séu umfram það sem kaupandi mátti búast við, en ekki *fjárhagsáætlun*, eins og fram kemur í texta greinargerðarinnar. Mikilvægt er að ákvörðun um höfnun allra tilboða á grundvelli kostnaðar séu byggðar á eins nákvæmum og vönduðum kostnaðarútreikningi og vöð er á, þ.e. fremur kostnaðaráætlunum en fjárhagsáætlunum.

Með hliðsjón af framangreindu tel ég mikilvægt að tilgreindur texti í greinargerðinni verði ekki lagður til grundvallar samþykki laganna. Þó að umæli í greinargerð hafi ekki lagagildi hafa þau áhrif við túlkun laga. Að mínu mati er því varhugavert, og ekki í samræmi við fyrirliggjandi framkvæmd, að tilgreina í greinargerð að heimilt sé að hafna tilboðum sem eru umfram fjárhagdáætlanir kaupanda, sama hversu mikið. Betra væri að leggja eftirfarandi til grundvallar, sem gæti þá mögulega komið fram í nefndaráliti eða annarri umfjöllun nefndarinnar, eða yrði jafnvel tekið beint upp í lagatextann sjálfan:

„Telja verður að þessi heimild sé m.a. til staðar þegar aðeins berast tilboð sem eru verulega yfir kostnaðaráætlun kaupanda, sem liggur fyrir áður en tilboð eru opnuð, enda hafi sú áætlun verið unnin á raunhæfan og réttmætan hátt.“

Það verði síðan í höndum úrskurðaraðila að túlka og meta í hvert sinn, í samræmi við aðstæður allar, hvort og hvenær tilboð teljast *verulega* umfram kostnaðaráætlun kaupana. Hér má t.d. nefna úrskurð kæruneftndar útboðsmála í máli nr. 2/2018 þar sem tilboð sem var 8,4% umfram kostnaðaráætlun var talið vera verulega umfram kostnaðaráætlun sem talin var vera raunhæf. Því var talið heimilt að hafna öllum tilboðum í útboðinu.

Í þessu sambandi er einnig rétt að hafa í huga fyrirhugaðar breytingar á 82. gr. laganna með 6. gr. frumvarpsins. Þar kemur m.a. eftirfarandi fram:

„Þá telst tilboð einnig óaðgengilegt ef bjóðandi býður hærra verð en fyrir fram ákveðin fjárhagsáætlun kaupanda gerir ráð fyrir, nema kaupandi hafi áskilið sér rétt til að taka slíku tilboði.“

Ef ákvæði þetta verður að lögum óbreytt getur kaupandi metið öll tilboð óaðgengileg í almennum eða lokuðu útboði, sama hversu lítið þau eru yfir hans eigin fjárhagsáætlun, með þeim réttarverkunum að hann getur farið í samkeppnisútboð eða samkeppnisviðræður skv. 33. gr., eins og til stendur að breyta því ákvæði með 3. gr. frumvarpsins. Þessi innkaupaferli, samkeppnisútboð og samkeppnisviðræður, bjóða upp á mun meiri sveigjanleika en almenn eða lokuð útboð, og þar með gæti kaupandi sem viðhaft hefur almennt eða lokað útboð en aðeins mótttekið tilboð umfram hans

eigin áætlanir, reynt að semja við lögstjóðanda um breytingar á verkinu og þar með lægri verkkostnað sem rúmaðist innan heimilda. Þetta úrræði ætti að duga kaupendum, þ.e. þeir ættu ekki að hafa heimild til að hafna öllum tilboðum sem eru umfram þeirra áætlanir, nema þau séu verulega hærri, heldur ætti þeim að duga að freista þess að hefja samkeppnisútbóð eða samkeppnisviðræður, og reyna í slíku innkaupaferli að semja við lögstjóðanda um breytingar á verki og þar með lægri verkkostnað.

Virðingafyllst,


Sigurður Snædal Júlísson, lögmaður