

Fjármálaráðuneytið
Fjárreiðu- og eignaskrifstofa

8. mars 2010.

Minnisblað

Efni: Frumvarp til laga um opinber innkaup

Til: Viðskiptanefndar Alþingis
Frá: Fjárreiðu- og eignaskrifstofu

Inngangur

Vísað er til fundar í viðskiptanefnd hinn 21. febrúar sl., þar sem fulltrúar fjármálaráðuneytisins mættu vegna frumvarps um breytingar á lögum nr. 84/2007, um opinber innkaup, á þskj. 206 – 189. mál.

Í lok fundarins voru fulltrúar ráðuneytisins beðnir um skriflega afstöðu ráðuneytisins til þeirra fjölmörgu athugasemda sem borist höfðu nefndinni vegna máls þessa.

Forsaga frumvarpsins var áhugi velferðarráðuneytisins og Landspítalans til að kanna þá möguleika sem gætu falist í sameiginlegum útboðum með systurstofnunum á Norðurlöndunum. Þrátt fyrir að mikill árangur hafi almennt náðst í hinum innlendu lyfjaútboð telur spítalinn að í einhverjum tilvikum hafi það verið sem boðist hafi í slíkum útboðum verið allsendis óviðunandi. Um það vísast til umsagnar Landspítala um mál þetta.

Lög um opinber innkaup hafa torveldað slík sameiginleg innkaup, þá helst reglur laganna um málskot til hinnar íslensku kærunefndar útboðsmála og hins vegar vegna þess að 69. gr. laganna mælir fyrir um að bjóðendum skuli heimilt að vera viðstaddir opnun tilboða og eigi rétt á að fá tilteknar upplýsingar lesnar upp eftir því sem þær koma fram í tilboðum.

Nokkuð mismunandi er milli landa hvernig staðið er að framkvæmd þessara mála í innkaupalögum grannþjóðanna. Þar er jafnvel ekki um sérstakan opnunarfund að ræða eins og almennt tíðkast á Íslandi heldur eru tilboð opnuð og birt tilboðsgjöfum í framhaldinu með mismunandi hætti eftir ríkjum. Slík opnun samræmist því ekki hinum íslensku lögum enda er berlega mælt fyrir um þennan rétt bjóðanda í núgildandi lögum um opinber innkaup.

Eftir skoðun á þessu máli taldi ráðuneytið eðlilegt að opnað yrði að einhverju marki á slík útboð í þeim undantekningartilvikum þegar ljóst er að erfiðlega muni reynast að fá samkeppnishæf verð s.s. vegna fákeppni eða skort á samkeppni eða jafnvel vegna þess að íslenski markaðurinn þyki svo lítil að ekki fást viðunandi boð, jafnvel þótt auglýst sé á Evrópska efnahagssvæðinu.

Séu helstu athugasemdir við frumvarpið skoðaðar út frá umsögnum hagsmunaaðila má að mati ráðuneytisins flokka þær gróflega niður:

1. Frumvarpið brjótí gegn innlendri réttarskipan eða innlendum lögum.
2. Frumvarpið brjótí gegn reglum Evrópusambandsins
3. Frumvarpið sé of viðtækt og geti leitt til þess að slík innkaup verði of algeng og hafi því skaðleg áhrif á íslenskt atvinnulíf
4. Frumvarpið taki ekki nægilegt mið af innlenda lyfjamarkaðnum

Hér að neðan er gerð tilhæun til að svara helstu álitæfnum eins og þau horfa við ráðuneytinu út frá slíkri flokkun athugasemda.

1. Frumvarpið brjótí gegn innlendri réttarskipan eða innlendum lögum.

Í hluta af þeim umsögnum sem Alþingi bærust í tengslum við meðferð málsins má finna þau rök að frumvarpið í núverandi mynd standist ekki innlenda réttarskipan eða sé beinlínis í andstöðu við íslensk lög.

Ljóst er að það þjónar ekki hagsmunum ráðuneytisins að lögfest verði frumvarp til laga um opinber innkaup sem stríðir gegn íslenskri réttarskipun. Þrátt fyrir að lögfræðingar ráðuneytisins hafi skoðað frumvarpið ítarlega fyrir framlagningu þess taldi fjármálaráðuneytið rétt með hliðsjón af athugasemdum hagsmunaaðila að leita til utanaðkomandi óháðs aðila til að yfirfara frumvarpið og bera það saman við íslenskan rétt og réttarskipan.

Leitað var til Hafsteins Þórs Haukssonar, lektors við Háskóla Íslands og hann beðinn að yfirfara frumvarpið og gefa ráðuneytinu að því búnu álit eða umsögn á því hvort hann teldi það samrýmast ákvæðum íslenskra laga. Leitað var til Hafsteins þar sem hann er óháður fræðimaður við HÍ og hefur auk þess mikla reynslu á þessu sviði enda starfaði hann lengi sem lögfræðingur og skrifstofustjóri hjá Umboðsmanni Alþingis.

Meginniðurstaða Hafsteins Þórs var að ekki yrði séð að þau sjónarmið sem rakin eru í þeim umsögnum sem bærust Alþingi leiði til þeirrar niðurstöðu að efni frumvarpsins brjótí gegn íslenskri réttarskipan.

Er sú niðurstaða að fullu í samræmi við álit ráðuneytisins.

Umrætt minnisblað, dags. 9. febrúar sl. fylgir með minnisblaði þessu.

2. Frumvarpið brjótí gegn reglum Evrópusambandsins

Frumvarp það sem liggur fyrir Alþingi var samið af Skúla Magnússyni, lögfræðingi og ritara EFTA dómstólsins. Ástæðan fyrir því að leitað var til Skúla var að hann samdi frumvarp það sem nú er í gildi sem lög nr. 84/2007, um opinber innkaup, auk þess sem hann samdi einnig frumvarp að fyrri lögum um sama efni nr. 94/2001. Skúli gjörþekkir því íslenska lagarammann um opinber innkaup auk þeirra Evrópsku tilskipana sem íslensk lög byggja á.

Varðandi það sjónarmið að frumvarpið brjótí gegn reglum Evrópusambandsins þá skal á það bent að tilskipun nr. 2004/18/EB, sem vísað er til í lögum um opinber innkaup, felur í sér

samræmingu á reglum aðildarríkjanna með það fyrir augum að tryggja að við opinber innkaup séu meginreglur innri markaðarins virtar. Af þessu leiða kröfur um jafnræði og gagnsæi (auglýsingar, upplýsingar, o.s.frv.) og samræming á tæknilegum viðmiðum. Að baki þessum kröfum býr sú hugsun að aðstæður á mörkuðum aðildarríkjanna eigi að vera sem sambærilegastar, þ.e. að markaðir aðildarríkjanna eigi í raun að renna saman í einn innri markað með tilheyrandi hagræðingu og hagkvæmni.

Ekki þarf að taka fram að innlendir aðilar munu eiga greiðan aðgang að innkaupum sem boðin eru út í öðru ríki EES. Sú aðferð að kaupendur í fleiri ríkjum sameinist um innkaup, opni markaði sína og liðki fyrir tilboðum erlendra aðila, er í fullkomnu samræmi við umrædd markmið tilskipunar nr. 2004/18/EB og grunnreglur EES.

Slíkt er einnig í samræmi við 1. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið sem er að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum með það fyrir augum að mynda eitt einsleitt Evrópskt efnahagssvæði.

Tilskipun nr. 2004/18/EB kveður á um ákveðnar lágmarkskröfur sem ríki þurfa að fullnægja. Samkvæmt frumvarpinu er það ótvírætt að miðlægri innkaupastofnun (Ríkiskaupum) verður aðeins veitt heimild til útboðs í öðru ríki EES að fyrir liggi að reglur EES um opinber innkaup hafi verið leiddar í lög í viðkomandi ríki. Gert er ráð fyrir því að þetta sé sérstaklega rökstudd í beiðni um heimild til innkaupa en af því leiðir einnig ákveðin rannsóknarskylda fjármálaráðuneytisins.

Í athugasemdum við frumvarpið kemur skýrt fram að heimildin sé ekki ætluð til þess að komast fram hjá íslenskum reglum um opinber innkaup heldur til þess að stuðla að hagkvæmni og virkri samkeppni. Ekki er því um það að ræða að íslenska ríkið ætli ekki að virða þær reglur sem fram koma í tilskipun nr. 2004/18/EB að því er varðar innkaup á þess vegum.

Telji seljandi vöru að fjármálaráðuneytið hafi heimilað miðlægri innkaupastofnun (Ríkiskaupum) innkaup í öðrum ríki þannig að ekki samrýmist skuldbindingum ríkisins samkvæmt EES, getur slíkur aðili leitað réttar síns fyrir íslenskum dómstólum eða borið fram kvörtun við Eftirlitsstofnun EFTA. Raunar á það sama við um þá lagasetningu í heild sem hér er gerð tillaga um.

Ekkert bendir hins vegar til þess að ESA eða annar þar til bær aðili muni komast að þeirri niðurstöðu að umrædd lagasetning sé í ósamræmi við skuldbindingar Íslands samkvæmt EES-samningnum.

3. Frumvarpið sé of víðtækt og geti leitt til þess að slík innkaup verði of algeng og hafi því skaðleg áhrif á íslenskt atvinnulíf

Í nokkrum af framangreindum umsögnum virðist gert ráð fyrir því að þessi tiltekna heimild verði ofnotuð þannig að of stór hluti af innkaupum ríkisins muni við hugsanlega lögfestingu fara fram á grundvelli hennar.

Ráðuneytið vill í þessu sambandi leggja áherslu á að ef breytingin yrði lögfest þá yrði litið á hana af hálfu fjármálaráðuneytisins sem heimild sem einungis yrði virkjuð í undantekningartilvikum.

Þau tilvik sem sérstaklega er verið að horfa til eru þegar fyrir liggur að markaðaðstæður séu með þeim hætti að eðlileg samkeppni hafi ekki náðst að myndast um tiltekna vöru eða vöruflokk af völdum einhvers konar markaðsbrests.

Hér getur t.d. verið um að ræða aðstæður þar sem fyrir liggur að einungis einn seljandi hérlendis komi til með að gera tilboð í vörukaupin og því sé ekki að vænta eðlilegs markaðsverðs fyrir hana. Einnig er hægt að hugsa sér aðstæður þar sem enginn bjóði í vöruna hérlendis, t.d. vegna þess að ekki sé til staðar íslenskir aðilar sem geti boðið umrædda vöru og erlendir aðilar telji íslenska markaðinn einfaldlega of lítinn til að þeim finnist taka því að gera tilboð. Í slíkum tilvikum yrði hægt að taka þátt í útboði með aðilum á stærra markaðssvæði og nýta sér þá jafnframt stærðarhagkvæmni þeirra.

Gera má ráð fyrir því að þegar óskað verði eftir heimild til sameiginlegs útboðs til ráðuneytisins verði rökin oft byggð á þeirri staðreynd að fyrst hafi verið látið á það reyna í hefðbundnu útboði innanlands án þess að það hafi skilað viðunandi árangri.

Vegna þeirra áhrifa sem slík innkaup á erlendri grund gætu hugsanlega haft á hinn innlenda markað var talið rétt að fjármálaráðherra, sem fer með yfirstjórn málaflokksins, taki endanlega ákvörðun um notkun hennar að fengnum rökstuðningi þeirrar stofnunar sem fer með framkvæmd þessara mála fyrir ríkið. Með slíku fyrirkomulagi var talið tryggt að heimildin yrði ekki ofnotuð eða misnotuð með einhverjum hætti. Ráðuneytið gerir sér því fulla grein fyrir þeirri ábyrgð sem hvílir á herðum þess varðandi ofnotkun á slíkri heimild og áhrif þess á atvinnulífið hérlendis.

Til að tryggja að málefnalegar og rökstuddar ástæður liggja að baki hverri og einni slíkri beiðni er í frumvarpinu gert ráð fyrir því að þrjú ríkisaðilar þurfi að vera sammála um að beita heimildinni áður en hún kemur til álita. Í fyrsta lagi þarf kaupandinn sjálfur að vera sannfærður um nauðsyn þess að slík leið sé hagkvæm og nauðsynleg vegna umræddra innkaupa. Í öðru lagi þarf Ríkiskaup að vera sammála mati kaupandans og vera reiðubúin að rökstyðja það gagnvart fjármálaráðuneytinu. Í þriðja lagi þarf fjármálaráðuneytið sem heimildina veitir að vera sammála mati kaupandans og Ríkiskaupa um nauðsyn þess að nýta heimildina til umræddra innkaupa áður en það veitir heimildina. Ráðuneytið telur að þetta veiti tryggingu fyrir því að ekki sé farið af stað í slíka vegferð nema að vel ígrunduðu máli og vegna tiltekinna brýnna og málefnalegra ástæðna.

Þar sem frumvarpið hefur ekki verið lögfest liggur ekki fyrir hvernig hvað slíkar beiðnir muni verða margar, á hvaða sviðum helst verði óskað eftir undanþágum, né hvernig þær verði afgreiddar af hálfu ráðuneytisins. Ljóst er þó af frumvarpinu að rökstuðningurinn sem þarf að liggja fyrir til að unnt sé að óska eftir heimildinni þarf að vera á grundvelli 1) hagkvæmnissjónarmiða, 2) samkeppnissjónarmiða eða 3) annarra lögmætra sjónarmiða við opinber innkaup. Telja verður að ráðuneytið myndi við slíka ákvörðun horfa til þess að rökstuðningur fyrir undanþágunni sé skýr, ótvíræður og þungvægur fyrir slíkum innkaupum á erlendri grund.

Ljóst er af framangreindu að ekki þarf að óttast að verulegur hluti opinberra innkaupa fari eftir þessari undanþágu verði hún lögfest eins og skilja má af sumum þeim umsögnum sem bárust vegna málsins.

Sá skilningur ráðuneytisins er í samræmi við umsögn Landspítalans sem er sá aðili sem helst hefur kallað eftir umræddum breytingum. Í henni er sérstaklega tekið fram að spítalinn myndi

væntanlega einungis nýta sér slíka heimild í undantekningartilvikum enda skili innlend útboð í flestum tilvikum góðum árangri.

Lögfesting frumvarpsins leiðir því að mati ráðuneytisins ekki til þess að það hafi skaðleg áhrif á íslenskt atvinnulíf heldur ætti það þvert á móti að getað stuðlað að enn virkari samkeppni við opinber innkaup og þar með stuðla að heilbrigðara viðskiptaumhverfi.

Þrátt fyrir að ráðuneytið telji að heimildinni séu settar mjög þröngar skorður í frumvarpinu eins og rakið er hér að framan hefur það eftir sem áður vissan skilning á þeim áhyggjum sem þetta hefur valdið markaðsaðilum hérlandis. Ráðuneytið mun því ekki setja sig upp á móti því að ákvæðið yrði e.t.v þrengt eitthvað standi vilji Viðskiptanefndar Alþingis til þess. Í því sambandi mætti e.t.v. horfa til þess að leggja áherslu á að samkeppnisþátturinn fái aukið vægi við beitingu heimildarinnar.

4. Frumvarpið taki ekki nægilegt mið af innlenda lyfjamarkaðnum

Þrátt fyrir að forsaga máls þessa hafi verið áhugi Landspítala og velferðarráðuneytis á sameiginlegum útboðum á erlendri grundu vegna þarfa spítalans þá er hins vegar rétt að haft sé í huga að með frumvarpinu er fjármálaráðuneytið að óska eftir að lögfest verði almenn heimild til sameiginlegra innkaupa.

Ef slík heimild yrði lögfest gæti hún því átt við um hvers kyns önnur innkaup og af allt öðrum toga að öðrum skilyrðum uppfylltum.

Frumvarpið snýr því ekki einungis að lyfjaheildsölum, lyfjaframleiðendum eða framleiðendum hjúkrunarvara eins og virðist mega lesa úr sumum umsögnum sem bárust um málið og umræðum um frumvarpið. Telja verður hæpið m.a. út frá jafnræðissjónarmiðum að slík almenn lagasetning taki sérstakt mið af einni tiltekinni vörutegund umfram aðra.

Af framangreindum ástæðum er ekki að finna neins konar sérákvæði í frumvarpinu um lyfjaöryggi eða lyfjadreifingu. Slík lagaákvæði eiga tæplega heima í lögum um opinber inkaup. Innkaupaaðilar vöru munu eftir sem áður vitaskuld þurfa að uppfylla lög og reglur um meðhöndum og dreifingu vörunnar óháð því hver innkaupaaðferðin er. Slík atriði og lausn á þeim munu eflaust verða einn af þeim þáttum sem rökstyðja þarf í tengslum við beiðni um nýtingu slíkrar heimildar.

Einnig er í nokkrum af þeim umsögnum sem bárust um málið dregnar þær ályktanir að innkaup á lyfjum með þessum hætti muni verða dýrari þegar upp er staðið samanborið við hefðbundin innkaup eins og þau tíðkast um þessar mundir. Ráðuneytið telur nokkuð augljóst að ef það verður raunin þá muni slík innkaup ekki verða langlíf enda er það engum til hagsbóta að fara í flókið innkaupaferli á erlendri grund ef það reynist síðan dýrara leið fyrir kaupandann en hin hefðbundnu innkaup hérlandis.

10. FEB. 2011

Bl. 001-1

EJR 10100031

Minnisblað

Efni: Frumvarp til laga um breytingu á lögum um opinber innkaup, nr. 84/2007, sbr. 189. mál á 139. löggjafarþingi (þingskj. 206)

1. Afmörkun athugunar

Frumvarp til laga um breytingu á lögum um opinber innkaup, nr. 84/2007, sbr. þingskj. 206, varðar helmild Íslenskra stjórnvalda til þess að bjóða út opinber innkaup í öðru Evrópuríki. Í kjölfar fyrstu umræðu á Alþingi var frumvarpinu vísað til viðskiptanefndar þingsins þar sem það er nú til skoðunar.

Hinn 7. febrúar 2011 óskaði fjármálaráðuneytið eftir því við undirritaðan að hann skoðaði og gæfi álit sitt á gagnrýnum athugasemdum í umsögnum sem þinginu hafa borist. Var undirrituðum í því sambandi sendar umsagnir og ábendingar eftirfarandi aðila:

- Félag atvinnurekenda, dags. 6. desember 2010
- Fjárlagaskrifstofu fjármálaráðuneytisins
- Frumtaka, dags. 6. desember 2010
- Landspítala – háskólasjúkrahúss, dags. 6. desember 2010
- Lyfjastofnunar, dags. 28. desember 2010
- Lyfjafræðingafélags Íslands, dags. 6. desember 2010
- Ríkiskaupa, dags. 30. nóvember 2010
- Ríkisendurskoðunar, dags. 3. desember 2010
- Samtaka atvinnulífsins og Samtaka iðnaðarins, dags. 6. desember 2010
- Samtaka verslunar og þjónustu, dags. 6. desember 2010
- Samkeppniiseftirlitsins, dags. 14. janúar 2011
- Seðlabanka Íslands, dags. 7. desember 2010
- Tollstjóra, dags. 26. nóvember 2010
- Vegagerðarinnar, dags. 26. nóvember 2010
- Viðskiptaráðs Íslands, dags. 6. desember 2010

Í umsögnum framangreindra aðila er ýmist að finna athugasemdir til stuðnings frumvarpinu eða gegn því auk þess sem einhverjir umsagnaraðilanna hafa engar athugasemdir fram að færa.

Skipta má þeirri gagnrýni sem fram kemur í umsögnunum gróflega í þrjá flokka. Í fyrsta lagi er um að ræða gagnrýni sem beinist að því að efni frumvarpsins brjóti með einhverjum hætti í bága við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslenska ríkisins, einkum á sviði EES-réttar. Í öðru lagi lýtur gagnrýnin að ósamrýmanleika frumvarpsins við Íslenska réttarskipan, bæði stjórnskipunarleg sem og önnur lög. Í þriðja lagi er frumvarpið gagnrýnt út frá pólitískum forsendum, þ.e. rök sett fram fyrir því að um sé að ræða slæma stefnumörkun Alþingis hvað svo sem lögmæti ákvæða frumvarpsins líður.

Það skal tekið skýrt fram að í þessu minnisblaði verður aðeins tekin til skoðunar sú gagnrýni sem beinist að samræmi frumvarpsins við landsrétt. Athugasemdir um að

frumvarpið brjóti gegn þjóðréttarlegum skuldbindingum eða feli í sér ranga pólitíska stefnumörkun verða því ekki teknar til skoðunar.

Hér á eftir verður fyrst vikið í stuttu máli að meginatriðunum í þeirri gagnrýni sem sett hefur verið fram á frumvarpið. Því næst mun undirritaður koma eigin athugasemdum og tillögum á framfæri.

2. Samrýmist frumvarpið íslenskum grundvallarlögum?

Við setningu almennra laga er löggjafinn að sjálfsögðu bundinn af ákvæðum stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 sem og þeim óskráðu grundvallarlögum sem njóta stöðu stjórnskipunarлага.

Í umsögn félags Félags atvinnurekenda er því haldið fram að frumvarpið sem hér er til skoðunar sé í andstöðu við grunnréttarskipan á Íslandi. Er í þessu sambandi sérstaklega vitnað til 2. gr. stjórnarskrárinnar, er kveður á um þrískiptingu ríkisvaldsins, og þeirrar meginreglu íslensks réttar að stjórnvöld sæki valdheimildir sínar í þau lög sem þingi setji. Er vísað til svonefndrar lögmætisreglu í þessu sambandi en samkvæmt henni mega ákvarðanir stjórnvalda annars vegar ekki ganga í berhöggi við stjórnarskrá, lög eða reglugerðir og hins vegar skulu ákvarðanir þeirra eiga sér stoð í lögum. Í umsögn félagsins segir að almennt sé það „svo að á Íslandi gilda íslensk lög og stjórnast athafnir íslenskra stjórnvalda því af íslenskum lögum“.

Undirritaður fær ekki séð að í umsögn Félags atvinnurekenda sé færður nánari rökstuðningur fyrir því hvernig efnisákvæði frumvarpsins brjóti í bága við ákvæði íslensku stjórnarskrárinnar eða önnur grundvallarlög. Af þeim sökum er svolítið erfitt að bregðast við fullyrðingunni um ósamrýmanleika frumvarpsins við íslenska stjórnskipun. Í þessu sambandi er þó rétt að áréttta eftirfarandi:

Hvað sem samþykkt frumvarpsins líður munu íslenskar stofnanir, þ. á m. Ríkiskaup, eftir sem áður lúta íslenskum lögum. Hin íslenska innkaupastofnun sem tæki þátt í útboði erlendis yrði að gera það í samræmi við heimild í íslenskum lögum. Það er einmitt sú heimild sem frumvarpið kveður á um. Innkaupastofnunin mætti því ekki taka þátt í slíku útboði nema skilyrði lagagreinarinnar, um samþykkt ráðherra o.s.frv., hefðu verið uppfyllt.

Íslensk lagaákvæði um skipulag og stjórnun íslenskra stofnana, þ. á m. Ríkiskaupa, myndu að sjálfsögðu gilda áfram.

Íslenskar stofnanir yrðu áfram bundnar við þær fjárheimildir sem þeim eru veittar skv. íslenskum lögum. Rétt er að minna á í þessu sambandi að samkvæmt stjórnarskránni fer Alþingi með fjárstjórnarvaldið, sbr. 40. og 41. gr. stjórnarskrárinnar. Sjá hér einni lög nr. 88/1997, um fjárreiður ríkisins. Samkvæmt þessu yrði að mati undirritaðs að tryggja í framkvæmd að hinn íslenski kaupandi gæti ákveðið að ganga ekki að tilboðum sem bærust og ekki rúmuðust innan fjárheimilda.

Í frumvarpinu er fjármálaráðherra veitt leyfi, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, til þess að heimila þátttöku í útboði í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins. Í síðasta málslið 1. gr. frumvarpsins er hnykkt á þeirri lagaskilareglu að um það samningsferli sem á sér stað í kjölfarið, gildi reglur viðkomandi ríkis. Undirritaður fær ekki annað séð en að sú regla sé í samræmi við almennar lagaskilareglur þjóðaréttar.

Samkvæmt framangræindu verður ekki séð að þau sjónarmið sem sett hafa verið fram í umsögnum leiði til þess að efni frumvarpsins brjóti í bága við íslenska stjórnskipun.

3. Samræmi við önnur lög

Almennt

Í umsögnum Félags atvinnurekenda og Samtökum verslunar og þjónustu segir að frumvarpið gangi í berhögg við ýms almenn lög á Íslandi, svo sem stjórnsýslulög nr. 37/1993 og upplýsingalög nr. 50/1996. Þá er í nokkrum umsagnanna vikið að samkeppnisréttarlegum sjónarmiðum.

Áður en lengra er haldið er rétt að áréttta að Alþingi er í löggjafarstarfi sínu að sjálfsögðu ekki bundið af fyrri löggjöf heldur getur þingið ákveðið að setja lög sem eru að hluta eða öllu leyti í andstöðu við fyrri löggjöf, að því gefnu að hin nýja löggjöf standist stjórnskipunarlög. Sé nýja löggjöfin í andstöðu við áðurgildandi lagaákvæði koma til sögunnar svokallaðar forgangsreglur lögskýringarfræðinnar. Þannig ganga sérlagaákvæði fyrir almennum ákvæðum og ný lög ganga framir eldri lögum. Þetta þarf auðvitað að hafa í huga þegar frumvarp til laga er gagnrýnt út frá þeirri forsendu að það þrjóti í bága við gildandi lög.

Af frumvarpinu og athugasemdunum sem fylgdu þeim verður skýrlega ráðið að sú heimild sem þar er kveðið á um sé ekki til þess ætluð að koma íslenskum stjórnvöldum undan þeim kröfum sem gerðar eru til vandaðrar málsmeðferðar við opinber innkaup. Af þeim sökum er til að mynda kveðið á um að heimildin skuli því aðeins veitt að fyrir liggi að reglur Evrópska efnahagssvæðisins um opinber innkaup hafi verið leiddar í lög í viðkomandi ríki.

Stjórnsýslulög

Að því er varðar tilvísun til stjórnsýslulaganna sérstaklega er í upphafi rétt að benda á að í 103. gr. laga nr. 84/1997, um opinber innkaup, er sérstök regla um afstöðu laganna til stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þar segir: „Ákvæði II. kafla stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, um hæfi gilda um ákvarðanir sem teknar eru samkvæmt lögum þessum. Að öðru leyti gilda stjórnsýslulög ekki um ákvarðanir sem teknar eru samkvæmt lögum þessum.“ Samkvæmt þessu gilda stjórnsýslulögin að meginstefnu til ekki um hin opinberu innkaup, jafnvel þótt þau fari fram á Íslandi.

Í sérstökum athugasemdum er fylgdu 103. gr. í frumvarpi því er síðar varð að lögum nr. 37/1993 segir m.a.:

„Sú óvissa sem hefur skapast um samband stjórnsýslulaga og laga um opinber innkaup er óæskileg. Rekast hér á reglur sem eru sérniðnar að framkvæmd opinberra innkaupa og þeim hagsmunum sem þar eru í húfi og almennar reglur stjórnsýslulaga um rannsóknarskyldu stjórnvalds, andmælarétt, leiðbeiningarskyldu o.s.frv.

Með starlegum ákvæðum tilskipunarinnar og reglum eftirlitstilskipana EB má segja að kveðið sé með svo tæmandi hætti á um réttindi fyrirtækja gagnvart kaupanda á sviði opinberra innkaupa að ekkert rúm sé fyrir almennar reglur stjórnsýslulaga. Þykir því engin ástæða til þess að almenn stjórnsýslulög gildi um það svið sem hér er um að ræða með þeirri óvissu og töfum á málsmeðferð sem það kann að valda. Á þetta við þótt við skýrningu reglna um opinber innkaup kunní m.a. að verða litið til stjórnsýslulaga og ólögfestra reglna stjórnsýsluréttar að því leyti er vafi kann að koma upp um efni þessara reglna. Þá verður að telja eðlilegt að ólögfestum meginreglum stjórnsýsluréttar (eftir atvikum, eins og ályktað verður um þær með vísan til ákvæða stjórnsýslulaga) verði beitt við þær aðstæður að reglur um opinber innkaup taka ekki til álitaefnis. Þetta breytir þó ekki þeirri meginniðurstöðu að æskilegt er að taka af tvímæll um samband stjórnsýslulaga og reglna um opinber innkaup svo sem lagt er til í

greininni. Er lögð áhersla á að með ákvæðinu er umfram allt stefnt að því að skýra reglur um opinber innkaup en ekki skerða réttindi fyrirtækja gagnvart kaupendum frá því sem verið hefur." (Alþt. 2006-2007, A-deild, bls. 1609-1610.)

Af athugasemdunum verður ráðið að löggjafinn hafi metið það svo að stjórnsluréttarleg réttindi borgaranna væru nægjanlega tryggð með þeim ákvæðum sem tekin væru upp í landsrétt á grundvelli útboðstilskipunarinnar og reglum eftirlitstilskipana EB. Fyrir liggur að frumvarpið gerir ráð fyrir því að aðeins sé veitt heimild til útboðs erlendis þegar sýnt hefur verið fram á að einmitt það regluverk hafi verið tekið upp í viðkomandi ríki.

Eins og rakið er í tilvitnuðum athugasemdum er hins vegar ekki útilokað að ákvæði stjórnslulaga og óskráðar reglur íslensks stjórnsluréttar hafi áhrif, svo sem við túlkun laga um opinber innkaup. Í ljósi þessa er ekki hægt að útiloka að bjóðendur njóti í einhverju lakari réttar þegar opinber innkaup færu fram samkvæmt heimildinni í frumvarpinu heldur en þegar útboð fer fram hérlendis.

Upplýsingalög

Í umsögn Félags íslenskra atvinnurekenda er einnig bent á upplýsingalög nr. 50/1996 og þess réttilega getið að þau lög gildi um innkaup sem fram fara samkvæmt lögum nr. 84/1997, um opinber innkaup. Segir í umsögninni að það sé með öllu óljóst með hvaða hætti aðilar gætu byggt rétt á upplýsingalögum vegna ákvarðana sem teknar væru við útboð sem fram færi samkvæmt frumvarpinu.

Undirritaður telur ekki að ákvæði upplýsingalaga yrðu marklaus í þeim tilfellum sem farið væri í útboð erlendis á grundvelli heimildarinnar sem kveðið er á um í frumvarpinu. Er þá haft í huga að við útboðsferlið og samningsgerð kunna að verða til gögn í fórum íslenskra stofnana sem upplýsingalögin taka eftir sem áður til.

Hvað sem framangreindu lýður er það umhugsunarefni hvort tilefni sé til að bæta við frumvarpið því skilyrði fyrir veitingu heimildarinnar að sýnt sé fram á að viðkomandi Evrópuríki tryggi í meginatriðum sambærilegan rétt við opinber innkaup líkt og gerist hér á landi með tilliti til upplýsingalaga. Undirritaður bendir á í þessu sambandi að í athugasemdum við frumvarpið er sérstaklega horft til samstarfs Norðurlandanna en réttindi borgaranna þar gagnvart stjórnslunni eru í meginatriðum sambærileg við það sem gengur og gerist á Íslandi. Þannig voru t.d. íslensku upplýsingalögin samin að norrænni fyrirmynd.

Samkeppnissjónarmið

Í nokkrum umsagnanna er vikið að hugsanlegum áhrifum frumvarpsins á samkeppnisaðstæður hér á landi.

Samkvæmt frumvarpinu skal heimild til útboðs erlendis vera veitt fyrir hvert útboð fyrir sig að rökstuddri beiðni hinnar miðlægu innkaupastofnunar. Segir svo m.a. að heimildin skuli aðeins veitt ef ástæða sé til að ætla að innkaup í ríkinu muni þjóna hagkvæmni, virkri samkeppni eða öðrum lögmætum sjónarmiðum við opinber innkaup. Í athugasemdum greinargerðarinnar segir m.a. um þetta:

„Gert er ráð fyrir að stofnunin rökstyðji að innkaupareglur EES hafi verið innleiddar í viðkomandi ríki og innkaup erlendis þjóni með einhverjum hætti markmiðum opinberra innkaupa (t.d. hagkvæmni og/eða virkri samkeppni [...]) eða öðrum lögmætum sjónarmiðum.“

Samkvæmt texta ákvæðisins og skýringum í athugasemdum verður ráðið að það sé ekki ófrávikjanlegt skilyrði að beiðni um heimild til þess að taka þátt í útboði sé reist á samkeppnissjónarmiðum, heldur geta þar önnur lögmæt sjónarmið komið til.

Í umsögn samkeppniseftirlitsins um frumvarpið er rakið hvernig beiting heimildarinnar geti í undantekningartilvikum nýst í þágu virkrar samkeppni hérlendis. Jafnframt er rakið hvernig heimildin geti verið til þess fallin að raska samkeppni. Í umsögninni eru því næst settar fram tillögur að ítarlegri fyrirmælum í þágu samkeppni hérlendis. Undirritaður hefur ekki haft tækifæri til að kynna sér þær tillögur í þaula auk þess sem hér er í raun komið að pólitískri stefnumótun. Hins vegar verður ekki annað séð en að tiltölulega auðvelt væri, án mikilla málalenginga, að setja ákvæði í frumvarpið sem afmarkaði heimild til útboða erlendis nánar með tilliti til samkeppnissjónarmiða.

4. Frekari ábendingar og lokaorð

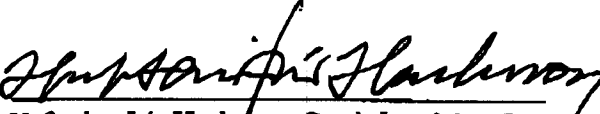
Eftir að hafa skoðað frumvarpið og athugasemdirnar við það telur undirritaður tilefni til þess að koma eftirfarandi ábendingum á framfæri:

- Í fyrsta málslið 1. gr. frumvarpsins segir að fjármálaráðherra geti heimilað miðlægrri innkaupastofnun að bjóða út innkaup, sem falla undir lög nr. 84/2007, í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins, hvort sem er í samstarfi við erlenda kaupendur og/eða miðlægar innkaupastofnanir „eða sér“. Undirritaður veltir fyrir sér hvort það að heimildin taki einnig til þess að hin íslenska innkaupastofnun bjóði út erlendis ein og sér, þ.e. án samstarfs við erlendan aðila, hafi einhverja raunhæfa þýðingu.
- Samkvæmt 1. gr. frumvarpsins skal heimildin því aðeins veitt að fyrir liggi að reglur Evrópska efnahagssvæðisins um opinber innkaup hafi verið leiddar í lög í viðkomandi ríki. Undirritaður veltir fyrir sér hvort hér væri nákvæmara að taka fram að einnig þurfi að sýna fram á að þeim reglum verði jafnframt beitt í umræddu útboði. Hefur undirritaður þá í huga þær hugsanlegu aðstæður þegar útboð sem fyrirhugað væri að taka þátt í erlendis væri undir viðmiðunarfjárhæðum EES.
- Eins og rakið er hér að framan telur undirritaður alveg ljóst af texta frumvarpsins og athugasemdunum við það að hugsunin með heimildinni er ekki sú að skjóta íslenskum stjórnvöldum undan lagaákvæðum sem sett eru til að tryggja réttindi borgaranna eða

tryggja virka samkeppni hér á landi. Til þess að þessi sjónarmið skili sér enn frekar í texta 1. gr. frumvarpsins mætti, líkt og vikið er að hér að framan, hugsanlega bæta við lagagreinina tveimur stuttum ákvæðum. Annars vegar ákvæði er afmarkaði með nánari hætti vægi samkeppnissjónarmiða við ákvörðun ráðherra um að veita heimild til þess að taka þátt í útboði erlendis. Hins vegar ákvæði sem tryggði að ekki væri farið í útboð í Evrópuríki þar sem réttarreglur veittu aimenningi verulega skertari aðgang að upplýsingum um ráðstafanir á opinberum hagsmunum en gert er hér á landi með upplýsingalögum nr. 50/1996.

Í þeim umsögnum sem undirritaður hefur haft til skoðunar er komið víða við og mörg álitafni reifuð. Ómögulegt er að fjalla starlega um þau öll í stuttu minnisblaði. Hér hefur sú leið því verið farin að stikla á stóru og reifa megin sjónarmið. Að lokum er rétt að áréttta þá meginniðurstöðu undirritaðs að ekki verði séð að þau sjónarmið sem rakin eru í umsögnum um frumvarpið leiði til þeirrar ályktunar að efni þess brjóti gegn íslenskri réttarskipan.

Lögbergi, 9. febrúar 2011.


Hafsteinn Þór Hauksson, Cand. Jur., Mag. Jur.