

## Frumvarp til laga

### um breytingar á lögum nr. 84/2007, um opinber innkaup (aukin skilvirkni í meðferð kærumála).

(Lagt fyrir Alþingi á 141. löggjafarþingi 2012–2013.)

#### 1. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 20. gr. laganna:

a. 1. mgr. orðast svo:

Öll innkaup á vörum yfir 6.800.000 kr. og kaup á þjónustu yfir 13.600.000 kr. og verkum yfir 28.000.000 kr. skal bjóða út eða gera í samræmi við þau innkaupaferli sem nánar er kveðið á um í V. kafla.

b. Í stað ártalsins „2009“ í 1. másl. 2. mgr. kemur: 2013.

#### 2. gr.

42. gr. laganna orðast svo:

Skylt er að krefjast þess í útboðsgögnum að bjóðandi upplýsi hvaða hluta samnings hann hyggst láta þriðja aðila framkvæma sem undirverktaka. Bjóðandi skal jafnframt upplýsa verkkaupa um hvaða undirverktaka hann hyggst nota og leita samþykkis verkkaupa áður en undirverktaki hefur störf. Upplýsingar bjóðanda um undirverktaka skulu ekki hafa áhrif á ábyrgð bjóðanda gagnvart kaupanda. Undirverktaka skal í öllum tilvikum byggjast á skriflegum verksamningi.

#### 3. gr.

73. gr. laganna orðast svo:

Þegar tilboð virðist óeðlilega lágt með hliðsjón af vöru, verki eða þjónustu sem kaupa á skal kaupandi, áður en hann getur vísað þessu tilboði frá, óska eftir nákvæmri, skriflegri lýsingu á þeim efnisþáttum tilboðsins sem hann telur skipta máli. Þessar upplýsingar geta einkum varðað:

- hagkvæmni byggingaraðferðar, framleiðsluferlis eða þjónustu,
- tæknilegar lausnir, sem hafa verið valdar, og/eða hvers konar óvenjulega hagstæðar aðstæður bjóðanda við framkvæmd verks, afhendingu vöru eða veitingu þjónustu,
- frumleika í tillögum bjóðanda varðandi verk, vöru eða þjónustu,
- samræmi við gildandi ákvæði um vinnuvernd og vinnuskilyrði á staðnum þar sem framkvæmd verks, afhending vöru eða veiting þjónustu fer fram,
- laun, önnur starfskjör og aðbúnað starfsfólks,
- möguleika bjóðanda á því að fá ríkisaðstoð.

Kaupandi skal sannreyna efnisþætti tilboðs með viðræðum við bjóðanda, að teknu tilliti til þeirra gagna sem hafa verið lögð fram.

Komist kaupandi að þeirri niðurstöðu að tilboð sé óeðlilega lágt vegna þess að bjóðandi hafi hlotið ríkisaðstoð verður boði hans því aðeins hafnað að bjóðanda hafi ekki tekist, innan hæfilegs frests sem ákveðinn var eftir að bjóðanda var gefinn kostur á að tjá sig, að sýna fram á að ríkisstyrkur hafi verið löglega veittur. Ef kaupandi vísar tilboði frá við þessar aðstæður skal hann tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA um þá ákvörðun.

Kaupanda er skylt að rökstyðja ákvörðun um að hafna tilboði á þeim grundvelli að það sé óeðlilega lágt. Upplýsingar sem kaupandi fær samkvæmt þessari grein skal fara með sem trúnaðarmál.

#### 4. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 75. gr. laganna:

- a. 3. másl. 1. mgr. fellur brott.
- b. Á eftir 1. mgr. kemur ný málsgrein, svohljóðandi:  
Í tilkynningu um ákvörðun um val tilboðs skv. 1. mgr. skal koma fram nafn þess bjóðanda sem var valinn og upplýsingar um eiginleika og kosti þess tilboðs sem kaupandi valdi með hliðsjón af valforsendum útboðsgagna. Í slíkri tilkynningu skal einnig koma fram yfirlýsing um nákvæman biðtíma samningsgerðar skv. 76. gr.
- c. Í stað tilvísunarinnar „2. mgr.“ í 3. mgr., sem verður 4. mgr., kemur: 3. mgr.
- d. Við bætist ný málsgrein, svohljóðandi:  
Tilkynningu skv. 1. og 2. mgr. skal senda öllum fyrirtækjum sem ekki hefur verið hafnað eða vísað frá innkaupaferli með endanlegri ákvörðun. Ákvörðun um útilokun telst ekki endanleg fyrr en hún hefur verið tilkynnt bjóðanda og frestir til að bera hana undir kærunefnd útboðsmála eru runnir út eða hún hefur verið staðfest af nefndinni.

#### 5. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 76. gr. laganna:

- a. Í stað 1. mgr. koma tvær nýjar málsgreinar, svohljóðandi:  
Óheimilt er að gera samning í kjölfar ákvörðunar um val tilboðs fyrr en að liðnum tíu daga biðtíma frá deginum eftir að tilkynning skv. 1. og 2. mgr. 75. mgr. telst birt. Biðtíma telst þó ætíð lokið þegar liðnir eru fimmtán dagar frá deginum eftir sendingu tilkynningar að telja. Um birtingu rafrænna tilkynninga, þar á meðal tilkynninga með símbréfi, fer eftir fyrirmælum 39. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, sbr. 6. gr. laga nr. 51/2003.  
Biðtími skv. 1. mgr. gildir ekki í eftirfarandi tilvikum:
  1. Við gerð samnings sem heimilt er að gera án undangenginnar útboðsauglýsingar.
  2. Við gerð samnings þar sem endanlega liggur fyrir að aðeins einn bjóðandi eða þátttakandi er fyrir hendi.
  3. Við gerð samnings á grundvelli gagnvirks innkaupakerfis skv. 35. gr. eða ramma-samnings skv. 34. gr.
- b. Við 2. mgr., sem verður 3. mgr., bætast fjórir nýir málslíðir, svohljóðandi: Þegar kaupanda er ekki unnt að taka afstöðu til tilboða innan tilboðsfrests er heimilt að óska eftir því að bjóðendur framlengi tilboð sín í stuttan tíma. Skilyrði er að fyrir liggi samþykki allra þátttakenda eða málefnalegar ástæður réttlæti framlengingu. Með sama skilyrði 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 mjög stuttan tíma. 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.

c. Fyrirsögn greinarinnar verður: *Biðtími samningsgerðar og samþykkt tilboðs.*

#### 6. gr.

Við 77. gr. laganna bætist nýr málslíður sem verður 1. másl., svohljóðandi: Ráðningar-samband milli aðila er meginregla í samskiptum starfsmanna og atvinnurekenda.

#### 7. gr.

83. gr. laganna orðast svo:

Eftirlitsstofnun EFTA er heimilt að grípa til þeirrar málsmeðferðar sem kveðið er á um í 2.–4. mgr. ef stofnunin telur, áður en samningur hefur verið gerður, að við framkvæmd innkaupaferlis sem fellur undir tilskipunina eða tilskipun 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, eins og þessar tilskipanir hafa verið teknar upp í EES-samninginn, hafi verið framið alvarlegt brot gegn reglum EES-samningsins um opinber innkaup. Ráðherra skal vera í fyrirsvari fyrir íslenska ríkið við þessa málsmeðferð. Í þágu þessarar málsmeðferðar er ráðherra heimilt að stöðva um stundarsakir útboð eða annað innkaupaferli eftir að tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA hefur borist.

Eftirlitsstofnun EFTA tilkynnir íslenska ríkinu um ástæður fyrir því að stofnunin telur að alvarlegt brot hafi verið framið og fer fram á að það verði leiðrétt með viðeigandi hætti. Eigi síðar en 21 degi eftir að tilkynningin berst skal ráðuneytið senda eftirlitsstofnuninni staðfestingu á því að bætt hafi verið úr brotinu, rökstudda greinargerð um ástæður þess að engar úrbætur hafi verið gerðar eða tilkynningu um að innkaupaferli og gerð samnings hafi verið stöðvuð um stundarsakir, hvort heldur er fyrir atbeina ráðherra eða kærunefndar útboðsmála.

Greinargerð um ástæður þess að engar úrbætur hafi verið gerðar getur grundvallast á því að brot sé þegar til umfjöllunar hjá kærunefnd útboðsmála eða dómstólum eða þá að úrlausn kærunefndar hafi verið borin undir dómstóla. Við þessar aðstæður skal ráðuneytið tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA um niðurstöðu slíks máls um leið og hún verður kunn.

Þegar tilkynnt hefur verið um stöðvun innkaupaferlis um stundarsakir, sbr. 2. mgr., skal ráðuneytið tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA um það þegar stöðvun er aflétt eða innkaupaferli vegna sömu innkaupa, að hluta eða í heild, er hafið á ný. Í þessari tilkynningu skal greint frá því að úrbætur hafi verið gerðar eða færðar fram ástæður fyrir því hvers vegna það hefur ekki verið gert.

#### 8. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 91. gr. laganna:

a. 1. mgr. orðast svo:

Í kærunefnd útboðsmála sitja þrír menn og jafnmargir til vara skipaðir af ráðherra eftir tilnefningu Hæstaréttar til fjögurra ára í senn. Tveir nefndarmanna, og varamenn þeirra, skulu fullnægja skilyrðum laga til að gegna embætti héraðsdómara og skal annar þeirra vera formaður nefndarinnar. Þriðji nefndarmaður og varamaður hans skulu hafa alhliða reynslu og þekkingu á viðskiptum. Nefndarmenn skulu vera óháðir hagsmunum ríkis og annarra opinberra aðila.

b. Við greinina bætist ný málsgrein, svohljóðandi:

Kærunefnd útboðsmála fjallar aðeins um lögmati innkaupa sveitarfélaga að því marki sem þau falla undir 3. þátt laganna. Þetta á þó ekki við ef sveitarfélag ákveður að beita reglum 2. þáttar um innkaupin, hvort sem er almennt eða í einstökum innkaupum.

9. gr.

92. gr. laganna orðast svo, ásamt fyrirsögn:

*Skipan kærunefndar í einstökum málum og sérfræðileg ráðgjöf.*

Í málum sem varða verulega hagsmuni eða teljast að öðru leyti mikilvæg frá sjónarhóli almannahagsmuna getur formaður ákveðið að nefndin sé skipuð tveimur mönnum til viðbótar við fasta nefndarmenn. Skal a.m.k. annar þeirra fullnægja skilyrðum laga til að gegna embætti héraðsdómara og skulu þeir settir til að fara með málið eftir tilnefningu Hæstaréttar Íslands.

Formaður getur ákveðið að kalla til ráðgjafar og aðstoðar nefndinni sérfróða aðila. Skulu þeir starfa með nefndinni eftir nánari ákvörðun formanns sem jafnframt ákveður þeim þóknun.

10. gr.

Á eftir 1. mgr. 93. gr. laganna kemur ný málsgrein, svohljóðandi:

Þegar um er að ræða ætlað brot gegn skyldu til að nota lögákveðið innkaupaferli eða auglýsa innkaup eru lögvarðir hagsmunir þó ekki skilyrði kæru. Ráðherra er einnig heimil kæra vegna slíkra brota án tillits til lögvarðra hagsmuna.

11. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 94. gr. laganna:

a. 1. mgr. orðast svo:

Kæra skal borin skriflega undir kærunefnd útboðsmála innan 20 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum. Kröfu um óvirkni samnings er þó heimilt að bera undir nefndina innan 30 daga frá framangreindu tímamarki. Þó verður krafa um óvirkni samnings ekki höfð uppi þegar sex mánuðir eru liðnir frá gerð hans. Við nánari ákvörðun frestsins gildir eftirfarandi:

1. Þegar kærð er ákvörðun um val tilboðs eða aðrar ákvarðanir sem um ræðir í 1. og 2. mgr. 75. gr. skal miða upphaf frests við birtingu þeirra tilkynninga sem þar greinir, enda hafi þær að geyma tilskildar upplýsingar.

2. Þegar höfð er uppi krafa um óvirkni samnings sem gerður hefur verið án undanfarandi útboðsauglýsingar skal miða upphaf frests við eftirfarandi birtingu tilkynningar um gerð samningsins í Stjórnartíðindum Evrópusambandsins, enda komi þar fram rökstuðningur ákvörðunar kaupanda um að auglýsa ekki innkaup.

b. Í stað lokamálsliðar 2. mgr. koma tveir nýir málsliðir, svohljóðandi: Kröfugerð kæranda skal lúta að úrræðum nefndarinnar samkvæmt lögum þessum. Kærandi skal tilkynna kaupanda um kæru eins skjótt og mögulegt er.

c. Við greinina bætist ný málsgrein, svohljóðandi:

Fyrir hverja kæru skal greiða kærugjald að fjárhæð 150.000 kr.

## 12. gr.

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

*Réttaráhrif kæru.*

Nú er ákvörðun um val tilboðs kærð innan lögboðins biðtíma skv. 76. gr., og er þá gerð sannings óheimil þar til kærufnd útboðsmála hefur endanlega leyst úr kærinni. Sjálfkrafa stöðvun sanningsgerðar vegna kæru tekur gildi þegar kaupanda má vera kunnugt um kærana, hvort heldur er vegna tilkynningar kæranda skv. 2. mgr. 94. gr. eða tilkynningar kærufndar skv. 1. mgr. 95. gr.

Kærufnd getur, hvort heldur er að kröfu varnaraðila eða að eigin frumkvæði, ákveðið að aflétta banni við sanningsgerð. Við slíka ákvörðun gilda ákvæði 96. gr. eftir því sem við á. Ákvörðun kærufndar um að aflétta banni við sanningsgerð tekur aldrei gildi fyrr en að loknum biðtíma sanningsgerðar skv. 76. gr.

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

## 13. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 95. gr. laganna:

- a. 2. másl. 1. mgr. og 2. mgr. falla brott.
- b. Við 4. mgr. bætast tveir nýir máslíðir, svohljóðandi: Nú er mál rekið fyrir kærufnd útboðsmála þar sem taka þarf afstöðu til skýringar á samningnum um Evrópska efna-  
hagssvæðið, bókunum með honum, viðaukum við hann eða gerðum sem í viðaukunum er getið og getur þá nefndin í samræmi við 34. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls kveðið upp úrskurð um að leitað verði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu á því atriði málsins áður en málinu er ráðið til lykta. Hvort sem aðili máls krefst að slíks álits verði leitað eða nefndin telur þess þörf án kröfu skal gefa aðilum kost á að tjá sig áður en úrskurður er kveðinn upp.

## 14. gr.

Á eftir 95. gr. laganna kemur ný grein, 95. gr. a, ásamt fyrirsögn, svohljóðandi:

*Varnaraðild.*

Varnaraðili máls skal vera kaupandi eða fleiri kaupendur sameiginlega, ef þeim er að skipta. Ef Ríkiskaup eða önnur miðlæg innkaupastofnun í skilningi laga þessara hefur annast innkaup telst sú stofnun einnig varnaraðili máls fyrir nefndinni. Heimilt er kaupanda að fela miðlægri innkaupastofnun fyrirsvar vegna reksturs máls fyrir kærufnd útboðsmála.

Nú hefur annað fyrirtæki, svo sem annar bjóðandi í útboði eða þátttakandi í forvali vegna lokaðs útboðs, í samkeppnisviðræðum eða í samningskaupum, lögvarinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls hjá nefndinni og skal það þá einnig talið aðili til varnar.

## 15. gr.

96. gr. laganna orðast svo:

Að kröfu kæranda er kærufnd útboðsmála heimilt að stöðva innkaupaferli um stundarsakir, þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru, enda hafi verulegar líkur verið leiddar að broti gegn lögum þessum við tiltekin innkaup sem leitt getur til ógildingar ákvörðunar eða annarra athafna varnaraðila. Sama á við um brot gegn ákvæðum tilskipunarinnar sem vísað er til í lögnum eða brot gegn reglum settum samkvæmt lögnum. Við mat á því hvort stöðva ber sanningsgerð um stundarsakir er heimilt að líta til þeirra einka- og almannahagsmuna

sem í húfi eru og hafna kröfu ef þessir hagsmunir eru taldir meiri en hagsmunir fyrirtækis af því að fá kröfunni framgengt.

Um kröfu kæranda gilda ákvæði 94. og 95. gr. eftir því sem við á. Frestur varnaraðila til að tjá sig um kröfu kæranda skal þó vera skammur og er heimilt að víkja alfarið frá honum ef um er að ræða skýrt og augljóst brot. Aðili máls getur krafist þess að nefndin rökstyðji ákvörðun samkvæmt þessari grein skriflega hafi slíkur rökstuðningur ekki fylgt ákvörðuninni þegar hún var tilkynnt.

Kærunefnd er heimilt að ákveða í starfsreglum sínum skv. 99. gr. að formaður nefndarinnar taki einn ákvarðanir samkvæmt þessari grein.

Synjun kröfu um stöðvun um stundarsakir hefur ekki áhrif á aðrar kröfur sem kærandi kann að hafa uppi vegna innkaupa.

#### 16. gr.

Eftirfarandi breytingar verða á 97. gr. laganna:

- a. 1. másl. 1. mgr. orðast svo: Nefndin getur með úrskurði fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa, að hluta eða í heild, lýst samning óvirkkan samkvæmt nánari ákvæðum 100. gr. a – 100. gr. c og/eða kveðið á um önnur viðurlög skv. 100. gr. d.
- b. Við bætist ný málsgrein, svohljóðandi:  
Ákvæði 2. mgr. 24. gr. laga nr. 31/1990, um kyrrsetningu, lögbann o.fl., skal ekki vera því til fyrirstöðu að lagt sé lögbann við athöfn sem brjóta mundi gegn úrskurði kærunefndar útboðsmála.

#### 17. gr.

100. gr. laganna orðast svo, ásamt fyrirsögn:

##### *Gildi samninga.*

Eftir að bindandi samningur samkvæmt lögum þessum hefur komist á verður hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögmat.

Um gildi samninga, sem stofnað er til samkvæmt lögum þessum, fer að öðru leyti eftir almennum reglum fjármunaréttar.

Ákvæðum þessa kafla um óvirkni samninga verður beitt án tillits til gildis skv. 2. mgr.

#### 18. gr.

Við lögina bætast fjórar nýjar greinar, 100. gr. a – 100. gr. d, ásamt fyrirsögnum, svohljóðandi:

- a. (100. gr. a.)

##### *Óvirkni samninga.*

Kærunefnd útboðsmála getur lýst samning óvirkkan samkvæmt ákvæðum þessarar greinar en þó aðeins samning sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 78. gr. Úrskurður um óvirkni samnings hefur þau áhrif að réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings falla niður. Óvirkni samnings skal takmörkuð við þær greiðslur sem enn hafa ekki farið fram. Að því er varðar greiðslur sem þegar hafa farið fram skal kærunefnd kveða á um önnur viðurlög skv. 100. gr. d. Kærunefnd skal tilgreina frá hvaða tímamarki samningur er lýstur óvirkur og/eða hvaða nánari hlutar samnings eru óvirkir.

Kærunefnd útboðsmála skal lýsa samning óvirkan í eftirfarandi tilvikum:

- a. Þegar samningur, þar á meðal samningur sem fellur undir reglur XI. kafla um gerð sérleyfissamninga um verk og hönnunarsamkeppni, hefur verið gerður heimildarlaust án auglýsingar í andstöðu við lög þessi eða reglur settar samkvæmt þeim.
- b. Þegar samningur hefur verið gerður á biðtíma samningsgerðar skv. 76. gr. eða meðan á stöðvun samningsgerðar skv. 94. gr. a stendur þannig að
  1. kæranda hefur verið fyrirmanað að leita réttar síns með kæru áður en samningur var gerður,
  2. fyrir liggur brot á lögum þessum og/eða reglum settum samkvæmt þeim og
  3. brotið var til þess fallið að hafa áhrif á möguleika kæranda til að hljóta samning.
- c. Þegar samningur, yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 78. gr., hefur verið gerður á grundvelli rammasamnings í andstöðu við ákvæði 6. mgr. 34. gr. eða innan gagnvirks innkaupakerfis skv. 5. og 6. mgr. 35. gr.
- d. Þegar samningur hefur verið gerður þótt innkaupaferli, útboð eða samningsgerð hafi verið stöðvuð um stundarsakir af kærunefnd útboðsmála skv. 96. gr.

b. (100. gr. b.)

*Undantekningar frá óvirkni samninga eftir tilkynningu án skyldu.*

Samningur skal ekki lýstur óvirkur ef öllum eftirfarandi skilyrðum er fullnægt:

- a. Innkaup eru talin heimil án undangenginnar birtingar útboðstilkynningar.
- b. Kaupandi hefur birt tilkynningu skv. 3. mgr. þess efnis að hann hyggist gera samning um innkaup.
- c. Samningur hefur verið gerður að loknum biðtíma sem er að lágmarki tíu dagar frá opinberri birtingu tilkynningar.

Samningur sem gerður hefur verið á grundvelli rammasamnings eða virks innkaupakerfis skal ekki lýstur óvirkur ef öllum eftirfarandi skilyrðum er fullnægt:

- a. Talið er að fullnægt hafi verið ákvæðum 6. mgr. 34. gr. og 5. og 6. mgr. 35. gr.
- b. Kaupandi hefur sent tilkynningu um val tilboðs skv. 75. gr. til þeirra bjóðenda sem hagsmuna eiga að gæta.
- c. Samningur hefur verið gerður að loknum biðtíma skv. 76. gr.

Í tilkynningu kaupanda um að hann hyggist gera samning um innkaup, sbr. b-lið 1. mgr., skal gera grein fyrir kaupanda, efni samnings, fyrirhuguðum viðsemjanda og ástæðum þess að talið er heimilt að gera samning án undangenginnar útboðsauglýsingar. Auk þess skulu koma fram aðrar viðeigandi upplýsingar ef þeim er að skipta. Við birtingu tilkynninga skal fylgja reglum um birtingu almennra útboðsauglýsinga, sbr. 55. og 79. gr., eftir því sem við á.

c. (100. gr. c.)

*Almenn heimild til að vikja frá óvirkni samninga.*

Nú telur kærunefnd útboðsmála að brýnir almannahagsmunir geri áframhaldandi framkvæmd samningsins nauðsynlega og er henni þá heimilt að hafna óvirkni þótt skilyrðum 100. gr. b sé fullnægt. Kærunefnd getur m.a. heimilað áframhaldandi framkvæmd samnings um tiltekið skeið sem tekur mið af því að kaupanda hafi gefist færi á að ljúka nýju innkaupaferli vegna sömu innkaupa innan ákveðins tíma. Nýti kærunefnd þessa heimild skal hún kveða á um önnur viðurlög skv. 100. gr. d.

Fjárhagslegir hagsmunir af því að samningur sé framkvæmdur skulu aðeins teljast brýnir í undantekningartilvikum þegar afleiðingar óvirkni samnings yrðu úr hófi. Fjárhagslegir

hagsmunir sem tengjast samningnum sjálfum teljast ekki brýnir almannahagsmunir, t.d. kostnaður vegna tafa á framkvæmd efnis samnings, kostnaður vegna nýs innkaupaferlis, kostnaður vegna nýs viðsemjanda eða kostnaður vegna lagalegra afleiðinga óvirkni samnings.

Kærunefnd útboðsmála skal senda Eftirlitsstofnun EFTA árlega endurrit allra úrskurða þar sem heimild 1. mgr. hefur verið beitt.

d. (100. gr. d.)

*Önnur viðurlög: Stjórnvaldssektir og stytting samnings.*

Kærunefnd útboðsmála skal leggja stjórnvaldssektir á kaupanda vegna samnings sem er yfir viðmiðunarfráhæðum skv. 78. gr., í eftirgreindum tilvikum:

- a. Þegar samningur hefur verið gerður á biðtíma samningsgerðar skv. 76. gr. eða meðan á stöðvun samningsgerðar stóð skv. 1. mgr. 94. gr. a eða 96. gr., en skilyrðum fyrir óvirkni er ekki fullnægt.
- b. Þegar samningur er ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta, sbr. 1. mgr. 100. gr. a.
- c. Þegar óvirkni er hafnað, að hluta eða í heild, með vísan til brýnna almannahagsmuna, sbr. 100. gr. c.

Þegar fleiri kaupendur standa að innkaupum sameiginlega skal ákveða sekt fyrir hvern og einn kaupanda. Sama á við ef Ríkiskaup eða önnur miðlæg innkaupastofnun hefur annast innkaup. Stjórnvaldssekt skal nema allt að 10% af ætluðu virði samnings. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hefur verið látinn halda virkni sinni.

Tollstjóri annast innheimtu stjórnvaldssekta sem renna til ríkissjóðs. Sektirnar eru gjaldkræfar einum mánuði frá uppkvaðningu úrskurðar. Gera má aðför, án undangengins dóms, til fullnustu úrskurðar um stjórnvaldssekt. Kærunefnd útboðsmála skal tilkynna tollstjóra um uppkvaðningu úrskurðar um stjórnvaldssekt.

Í stað stjórnvaldssektar, að hluta eða í heild, er kærunefnd heimilt að stytta gildistíma samnings ef talið er að slík ákvörðun sé í samræmi við eðli brotsins og hafi í för með sér nægileg varnaðaráhrif.

19. gr.

Fyrirsögn XV. kafla laganna verður: **Gildi samninga, óvirkni, önnur viðurlög og skaðabætur.**

20. gr.

Lög þessi fela í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB um breytingu á tilskipunum ráðsins 89/665/EBE og 92/13/EB að því er varðar aukna skilvirkni í meðferð kærumála vegna gerðar opinberra samninga, eins og hún var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 83/2011 sem birt var 6. október 2011 í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 54/2011.



## 21. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

Um innkaup sem hafa verið auglýst fyrir gildistöku laga þessara fer eftir þágildandi ákvæðum laga nr. 84/2007. Miða skal við opinbera birtingu útboðsauglýsingar eða áætlaða móttöku þátttakenda á tilkynningu ef um er að ræða innkaupaferli þar sem útboðsauglýsingar eru ekki birtar opinberlega.

Breytingar sem lög þessi hafa í för með sér á málsmeðferðarreglum kærunefndar útboðsmála gilda um meðferð kærunefndar útboðsmála á kærur um útboð sem auglýst eru eftir gildistöku laga þessara.

### Ákvæði til bráðabirgða.

Einum mánuði eftir gildistöku laga þessara skal ráðherra skipa nýja kærunefnd útboðsmála skv. 8. gr. og fellur þá niður skipun núverandi kærunefndar útboðsmála.

Athugasemdir við lagafrumvarp þetta.

#### I. Inngangur.

Í frumvarpi þessu, sem einnig var lagt fram á 140. löggjafarþingi, eru lagðar til breytingar á ákvæðum laga um opinber innkaup sem ætlað er að fela í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB um breytingu á tilskipun ráðsins og 89/665/EBE og 92/13/EB að því er varðar aukna skilvirkni í meðferð kærumála vegna gerðar opinberra samninga (tilskipun 89/665/EBE verður hér eftir nefnd „eftirlitstilskipunin“, tilskipanir 89/665/EBE og 92/13/EB sameiginlega nefndar „eftirlitstilskipanirnar“ og tilskipun 2007/66/EB nefnd „tilskipunin“). Það athugast að í frumvarpinu er þó einnig að finna nokkrar breytingar sem ætlað er að styrkja réttarvörslu við opinber innkaup í samræmi við markmið tilskipunarinnar án þess um sé að ræða beina innleiðingu tiltekinna ákvæða. Tilskipunin var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið án efnislegra breytinga með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 83/2011, frá 1. júlí 2011. Þá er í frumvarpinu að finna tillögur um breytingar á tilteknum ákvæðum laganna með það að markmiði að skýra fyrirliggjandi framkvæmd betur. Loks er lögð til breyting á innlendum viðmiðunarfjárhæðum við verklegar framkvæmdir til hækkunar. Frumvarpið hefur verið samið af fjármála- og efnahagsráðuneytinu á grundvelli draga sem Skúli Magnússon lögfræðingur vann fyrir ráðuneytið. Drög að frumvarpinu hafa verið kynnt hagsmunaaðilum með skriflegri álitsumleitan auk þess sem frumvarpið hefur verið kynnt almenningi á vefsíðu ráðuneytisins. Athugasemdir bárust frá níu aðilum og hefur ráðuneytið yfirfarið þær og gert breytingar eftir því sem ástæða hefur þótt til.

#### II. Yfirlit yfir meginefni tilskipunar 2007/66/EB.

Samkvæmt gildandi reglum EES-samningsins fer um eftirlit, viðurlög og fullnustu reglna á sviði opinberra innkaupa samkvæmt eftirlitstilskipuninum og almennum reglum, sbr. einkum 3. gr. EES-samningsins. Þótt eftirlitstilskipanirnar hafi að geyma almenn ákvæði um hvernig beri að tryggja fyrirtækjum fullnægjandi réttarræði á sviði opinberra innkaupa er forræði varðandi réttaráhrif brota í öllum verulegum atriðum í höndum aðildarríkjanna samkvæmt þessum tilskipunum. Tilskipun 2007/66/EB (tilskipunin) felur í sér grundvallar-breytingu hvað þetta varðar, a.m.k. þegar um er að ræða alvarleg brot gegn reglum um opinber innkaup.

Eftirlitstilskipanirnar, sem breytt er með tilskipun 2007/66/EB, kveða m.a. á um skyldur aðildarríkjanna til að koma á fót málsmeðferð sem gerir fyrirtækjum kleift að skjóta málum vegna ætlaðra brota til viðeigandi úrskurðaraðila. Hins vegar verður ráðið af tilskipununum að slíkt málskot þurfi ekki að leiða til sjálfkrafa stöðvunar innkaupsferlis. Þá kemur einnig fram í tilskipununum að heimilt sé að takmarka úrræði úrskurðaraðila við skaðabætur eftir að tekin hefur verið ákvörðun um val tilboðs. Í framkvæmd hefur þetta þýtt að víðast hvar er miklum erfiðleikum bundið fyrir fyrirtæki að fá hnekktt ólögumætri ákvörðun um innkaup og hljóta þann samning sem þeim bar samkvæmt lögum. Að íslenskum rétti hefur gilt sú afdráttarlausu regla, sbr. nú 100. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, að samningur verði ekki felldur úr gildi eftir að hann hefur verið gerður, jafnvel þótt ákvörðun kaupanda um gerð sammingsins hafi brotið gegn reglum um opinber innkaup. Að baki þessari reglu liggur það viðhorf að opinberir og einkahagsmunir mæltu almennt gegn því að samningar væru felldir úr gildi við þessar aðstæður og hagsmunir brotþola væru nægilega tryggðir með skaðabótum, sbr. nú 101. gr. laga nr. 84/2007. Með tilskipuninni verður gagnger áherslu-breyting að þessu leyti. Tilskipunin byggist þannig á því grunnviðhorfi að fyrirtæki eigi þess kost að fá skorið úr um lögmæti innkaupsákvæðana áður en þær koma til framkvæmda með þeim afleiðingum að mögulegt verður að fá þær felldar úr gildi.

Fyrsta meginatriði tilskipunarinnar má þannig telja ákvæði hennar um biðtíma við gerð samninga og reglur um *sjálfkrafa stöðvun sammingsgerðar* vegna kæru. Nokkur tímamót urðu reyndar, hvað þetta varðar, þegar með dómi Evrópudómstólsins í Alcatel (dómur 28. október 1999 í máli nr. C-81/98) þar sem eftirlitstilskipunin var talin fela það í sér að kaupanda væri skylt að láta ákveðinn tíma líða á milli vals tilboðs og gerðar eiginlegs sammings. Með þessum dómi var mörkuð sú stefna að brot kaupanda gegn reglum um opinber innkaup ætti ekki að svipta fyrirtæki möguleika á því að hljóta samning. Hagsmunir fyrirtækis eigi þannig að vera tryggðir, ekki einungis með skaðabótum, heldur einnig með raunhæfum möguleika á að hljóta þannig samning sem það hefur unnið til með hagkvæmasta boði. Í samræmi við þetta viðhorf grundvallast tilskipunin á því meginviðhorfi að ekki skuli gera samning fyrr en fyrirtæki hefur átt þess kost að fá skorið úr um lögmæti ákvörðunar kaupanda, líkt og áður greinir. Ákvæði tilskipunarinnar um biðtíma eru hins vegar mun ítarlegri en hinn dómvenjuskapaði réttur. Skyldar meginreglunni um biðtíma eru reglur sem gera ráð fyrir sjálfkrafa stöðvun sammingsgerðar í kjölfar kæru, enda eiga þessar reglur að gera fyrirtæki kleift að fá skorið úr um lögmæti ákvæðana kaupanda áður en samningur er gerður með þeim afleiðingum að ekki verður aftur snúið.

Annað meginatriði tilskipunarinnar eru ákvæði hennar um *óvirkni*. Segja má að reglum um óvirkni sé ætlað að styðja við reglur um biðtíma svo og reglur um stöðvun innkaupaferlis í kjölfar kæru. Samningur sem gerður er með því að virða að vettugi rétt fyrirtækja til þess að láta reyna á lögmæti ákvörðunar kaupanda verður þannig óvirkur með þeirri meginafleiðingu að endurtaka verður valákvörðun. Markmið reglna um óvirkni er í annan stað að skapa úrræði vegna samninga sem gerðir eru heimildarlaust án útboðsauglýsingar (e. direct contract awards). Sé samningur þannig gerður án auglýsingar leiðir það til óvirkni með þeirri meginafleiðingu að endurtaka þarf innkaupaferli.

Þriðja meginatriði tilskipunarinnar eru reglur um „*önnur viðurlög*“ sem beint er gegn alvarlegum brotum þar sem óvirkni kemur af einhverjum ástæðum ekki til greina, að hluta eða í heild, t.d. vegna opinberra hagsmuna eða af því að fyrirtæki hefur tekist að leiða líkum að því að brot á biðtímareglu hafi haft raunveruleg áhrif á möguleika þess til að hljóta samning. Tilskipunin felur í sér þá meginreglu að við þessar aðstæður sé skylt að beita „öðrum viður-

lögum“ sem geta annaðhvort verið stjórnvaldssektir eða stytting samnings. Grunnrök tilskipunarinnar eru þannig þau að alvarleg brot á reglum um opinber innkaup eiga að leiða til verulega neikvæðra afleiðinga fyrir kaupanda, ef ekki með óvirkni samnings þá með öðrum viðurlögum sem hafa viðhlítandi varnaðaráhrif. Þetta markmið tilskipunarinnar er nauðsynlegt að hafa í huga við innleiðingu ákvæða hennar, einkum ákvæða um önnur viðurlög.

Loks hefur tilskipunin að geyma ýmsar reglur, einkum málsmeðferðarreglur, til stuðnings eða fyllingar framangreindum atriðum, t.d. reglur um fresti og tilkynningar. Í þessu sambandi ber sérstaklega að nefna ákvæði tilskipunarinnar sem heimila kaupanda að auglýsa, án skyldu, fyrirætlun um að gera samning án útboðs, virða biðtíma og tryggja sig með þeim hætti gegn mögulegri óvirkni samningsins.

Eins og síðar greinir hafa ákvæði um biðtíma þegar verið innleidd í lög um opinber innkaup. Hugtakið „óvirkni“ (e. ineffectiveness, fr. absence d'effets) er hins vegar nýtt á sviði opinberra innkaupa og á sér raunar fáar eða engar hliðstæður í íslenskri löggjöf. Um það er rætt sérstaklega síðar.

Ákvæði tilskipunarinnar fela í sér meginreglur heildstæðs réttarvörslukerfis sem segja má að byggist á eftirfarandi grunnviðhorfum: (a) kaupandi sem kaupir inn án útboðs má búast við því að samningur hans verði lýstur óvirkur með þeim afleiðingum að hann verði að endurtaka innkaup með löglegum hætti; (b) kaupandi sem gerir samning án þess að bjóðendum gefist færi á að fá skorið úr lögmati ákvörðunar hans má búast við því að samningur hans verði lýstur óvirkur með sömu afleiðingum; (c) kaupandi sem brýtur gegn reglum með þeim hætti sem lýst er í a- eða b-lið án þess að skilyrðum sé fullnægt til að lýsa samning óvirknan, má búast við álagningu stjórnvaldssekta og/eða styttingu samnings. Skilaboð tilskipunarinnar til kaupenda eru því einfaldlega þau að brot gegn reglum um opinber innkaup borga sig ekki.

### III. Yfirlit yfir gildandi löggjöf.

Lög nr. 84/2007 hafa þegar að geyma almennar reglu um biðtíma, sbr. 76. gr. laganna. Þannig má segja að í íslenskri löggjöf hafi þegar verið brugðist við því vandamáli sem felst í því að yfirlétt er samtímis tilkynnt um val og samþykki tilboðs (og þar með gerð samnings) með þeim afleiðingum að aðrir bjóðendur eiga þess ekki lengur kost að hljóta samning, jafnvel þótt þeim takist síðar að sýna fram á réttarbrot. Ákvæði 100. gr. núgildandi laga gerir ráð fyrir því að samningur sem gerður er á biðtíma kunni að verða felldur úr gildi. Samkvæmt þessu má segja að lög nr. 84/2007 séu að verulegu leyti þegar í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar, þ.e. að því er varðar reglur um biðtíma og afleiðingar þess að brjóta gegn þeim reglum.

Að því er varðar innkaup, sem gerð eru alfarið án útboðsauglýsingar og viðeigandi innkaupaferlis, eru núgildandi lög fáorð. Af ákvæðum laganna leiðir líklega að slíkir samningar verða ekki felldir úr gildi eftir að þeir hafa verið gerðir, enda þótt hugsanlega megi halda fram annarri túlkun með hliðsjón af fyrirmælum 76. gr. laganna. Hver sem niðurstaðan um það atriði yrði er engu síður ljóst að ekki er um að ræða neina skyldu til að fella slíka samninga úr gildi. Við þetta bætist að fyrirtækjum kann að reynast erfitt að sýna fram á að skilyrðum til skaðabóta sé fullnægt. Jafnvel kann að reynast erfitt að sýna fram á nægilega hagsmuni til að kærvaðild sé viðurkennd. Að þessu leyti er réttarvörslukerfi laga nr. 84/2007 verulega ábótavant með hliðsjón af ákvæðum tilskipunarinnar.

#### IV. Norræn löggjöf.

Við samningu frumvarpsins hefur verið litið til norrænar lagasetningar og undirbúningsvinnu vegna innleiðingar á tilskipuninni. Einkum hefur verið litið til danskra laga (lög nr. 492/2010 om håndhævelse av udbudsreglerne m.v.) sem og tillagna norskrar sérfræðinganeftndar (NOU 2010:2). Líkt og nánar er vikið að síðar eru það Danmörk og Ísland ein Norðurlanda sem byggja eftirlitskerfi sitt á sjálfstæðri úrskurðarnefnd og eiga því danskir reglur á þessu sviði að mörgu leyti betur við en reglur annarra Norðurlanda. Hins vegar er sá meginmunur á dönskum og íslenskum reglum á sviði opinberra innkaupa að danskir reglur takmarkast að meginstefnu við viðmiðunarfjárhæðir EES. Þá er sá meginmunur á lögtækni- legri útfærslu að útboðstilskipunin (tilskipun 2004/18/EB) er innleidd með tilvísun (e. incorporation) í dönskum rétti. Er vikið að norrænum reglum og tillögum í tengslum við einstök efnisatriði eða í athugasemdum við einstakar greinar, eftir því sem ástæða þykir til.

#### V. Íslensk stefnumörkun innan ramma tilskipunar 2007/66/EB.

EES-réttur grundvallast á meginreglunni um *réttarfarslegt sjálfsforræði aðildarríkjanna* (e. procedural autonomy). Í þessari meginreglu, sem m.a. byggist á ítrekuðum fordæmum Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins, felst að EES-réttur felur fyrst og fremst í sér efnisreglur en eftirlætur aðildarríkjunum að ákveða hvernig þessum reglum er nánar framfylgt, t.d. hvaða stofnanir eiga í hlut, eftir hvaða málsmeðferðarreglum þær starfa og hvernig þær eru skipaðar. Frá þessari meginreglu finnast fjölmargar undantekningar sem byggjast á settum réttarreglum. Við meginregluna um réttarfarslegt sjálfsforræði verður einnig að gera þann fyrirvara að aðildarríkjunum ber almenn skylda til að tryggja viðhlítandi virkni EES-reglna og eins ber þeim að tryggja að eftirlit og fullnusta sé sambærileg við innlendar reglur. Vísast hér einkum til 3. gr. EES-samningsins um svokallaða hollustuskyldu aðildarríkjanna þó að raunar feli fleiri grunnreglur, sem ekki verða raktar hér, í sér takmörkun á réttarfarslegu sjálfsforræði. Af síðargreinda sjónarmiðinu leiðir að eðlilegt er að horfa til reglna stjórn- sýsluréttar um ýmis atriði sem lúta að málsmeðferð við úrskurði um kærur.

Samkvæmt framangreindu er það á forræði íslenska ríkisins að kveða á um réttarvörslu á sviði opinberra innkaupa að því marki sem ekki er að finna sérstakar EES-reglur um þetta efni. Þrátt fyrir viðamiklar breytingar á tilskipun nr. 89/665/EBE og tilskipun nr. 92/13/EBE með tilskipuninni gefa þessar tilskipanir aðildarríkjunum eftir sem áður ýmislegt svigrúm við innleiðingu. Við mat á því hvernig þetta svigrúm ber að nýta verður þó ávallt að hafa í huga grunnregluna um að reglur EES-réttar hafi viðhlítandi virkni og að fullnustu þeirra sé ekki gert lægra undir höfði en þegar um er að ræða innlendar reglur. Engu síður er íslenska ríkinu heimilt (og raunar skylt) að taka nánari afstöðu til ýmissa veigamikilla réttarpólítískra atriða sem nú greinir nánar.

##### 1. Kæruneftndarleiðin.

Þeirri lagastefnu sem liggur til grundvallar frumvarpinu má í hnotskurn lýsa á þá leið að það réttarvörslukerfi, sem þegar hefur verið komið á fót, sé þróað áfram og styrkt með hliðsjón af ákvæðum tilskipunarinnar. Í þessu felst einkum að réttarvarsla á sviði opinberra innkaupa mun áfram verða í höndum sjálfstæðrar stjórn-sýslunefndar, *kæruneftndar útboðsmála*, þó þannig að almennir dómstólar gegna veigamiklu hlutverki. Hin nýju úrræði sem tilskipunin mælir fyrir um, þ.e. óvirkni og önnur viðurlög, verða í höndum kæruneftndar.

Verkefnaskipting milli kæruneftndar útboðsmála og dómstóla verður sú sem verið hefur, þ.e. að kæruneftnd fjallar um lögmati og gildi ákvarðana á sviði opinberra innkaupa en *dóm-*

*stólar dæma um skaðabótakröfur* vegna brota á reglum um opinber innkaup. Gera verður þó ráð fyrir að álit kærunefndar um skaðabótaskyldu (en ekki fjárhæð bóta) verði áfram mikilvægur grundvöllur sátta á sviði opinberra innkaupa og dragi úr líkum á dómsmálum. Þá verða úrskurðir kærunefndar bornir undir dómstóla sem eiga með þeim hætti síðasta orðið um túlkun réttarreglna um opinber innkaup.

Kærunefndarleiðin hefur fjölmarga kosti umfram dómstólaleiðina, þ.e. að fela almennum dómstólum það hlutverk við réttarvörslu sem tilskipunin fjallar um. Fyrst ber að nefna að með þessari leið er einfalt að sérsníða málsmeðferðarreglur að umhverfi opinberra innkaupa og tryggja skjóta, ódýra og sérhæfða úrlausn kærumála. Að ýmsu leyti á hefðbundið einkamálaréttarfar illa við í málum vegna opinberra innkaupa og þyrfti að setja margvíslegar sérreglur um meðferð þessara mála fyrir dómstólum, ef ætlunin væri að selja þessi mál undir almenna lögsögu dómstóla. Í ákveðnum tilvikum fellur meginregla einkamálaréttarfars um forræði aðila á sakarefninu einnig illa að opinberum hagsmunum fyrir réttarvörslu á þessu sviði.

Gera yrði ráð fyrir því að heildarmálsmeðferðartími fyrir dómstólum yrði mun lengri en er fyrir kærunefnd. Þótt héraðsdómara væri heimilt að kalla til sérfróða meðdómsmenn væru tæplega sömu möguleikar fyrir hendi til að byggja upp varanlega sérþekkingu á sviði laga-reglna um opinber innkaup og þegar um er að ræða fasta kærunefnd. Þá verður að telja líklegt að kostnaður af kærumálum yrði mun meiri, bæði fyrir málsaðila og fyrir ríkið.

Hvað sem skoðunum manna á einstökum úrlausnum kærunefndar útboðsmála líður verður að telja að nefndin hafi almennt náð því markmiði að vera virkur og aðgengilegur úrskurðaraðili á sviði opinberra innkaupa. Fjöldi dómsmála þar sem krafist er, beint eða óbeint, endurskoðunar á úrskurðum nefndarinnar er þannig hverfandi. Með núgildandi lögum voru tekin af tvímæli um að kaupendum væri heimilt að krefjast ógildingar úrskurða nefndarinnar. Þessi heimild hefur ekki leitt til fjölgunar dómsmála.

Á Norðurlöndum er kærunefndarleiðin einnig farin í Danmörku en ekki í öðrum löndum. Það ber þó að athuga að bæði í Svíþjóð og Finnlandi eru kærumál vegna opinberra innkaupa hjá stjórnarsýsludómstólum eða öðrum sérhæfðum dómstólum. Norðmenn hafa haft ráðgefandi kærunefnd (KOFA) sem hefur haft mun veigaminna hlutverk en íslenska kærunefndin en þó vald til að úrskurða um sektir. Með nýlegum lögum sem innleiddu tilskipunina í Noregi er horfið aftur til þess að KOFA sé ráðgefandi álitsnefnd fremur en bindandi úrskurðaraðili. Þær auknu heimildir sem felast í innleiðingu tilskipunar 66/2007 (óvirkni og stjórnvaldssektir) eru á hendi almennra dómstóla í Noregi. Athuga ber að samkvæmt dönskum lögum úrskurðar kærunefnd útboðsmála um skaðabætur og þá einnig um fjárhæð bóta. Mat á fjárhæðum þykir hins vegar kalla á málsmeðferð sem best á heima hjá almennum dómstólum hér á landi og eru dönsk lög ekki höfð til fyrirmyndar að þessu leyti. Sjá nánar um þetta athugasemdir við frumvarp sem varð að lögum nr. 84/2007.

## 2. Styrking kærunefndar útboðsmála.

Sú áherslubreyting við réttarvörslu á sviði opinberra innkaupa, sem tilskipunin felur í sér, og þau nýju úrræði sem hún kveður á um munu leiða til þess að úrskurðir kærunefndar útboðsmála munu hafa mun meiri áhrif á hagsmuni fyrirtækja og kaupenda, sem og hins opinbera almennt, en verið hefur. Þessi auknu áhrif á hagsmuni munu vafalaust leiða til þess að þrýstingur á nefndina eykst m.a. með aukinni opinberri umræðu og málatilbúnaður mun aukast að umfangi. Þá verður að hafa í huga að hinar nýju reglur kalla í mörgum tilvikum á

vandasamt mat kærunefndar í einstökum tilvikum. Gera má ráð fyrir því að þau mál sem koma fyrir nefndina verði í sumum tilvikum stærri og vandasamari en nú.

Hugsanlegt er að auknir möguleikar fyrirtækja til að fá hnekktt ákvörðunum á sviði opinberra innkaupa muni leiða til fjölgunar á kærum, a.m.k. fyrst í stað. Aukinn fjöldi kærumála kann einnig að leiða af rýmkun málshöfðunarréttar. Við þetta bætist að meira mun mæða á nefndinni að því er lýtur að ákvörðunum um bráðabirgðastöðvun innkaupaferlis eða samningsgerðar. Þá leiða breyttar reglur um varnaraðild einnig til þess að málsmeðferð mun þyngjast.

Allt framangreint gerir það að verkum að mikilvægt er að styrkja málsmeðferð og starfsemi kærunefndar útboðsmála eftir föngum. Í frumvarpinu er sú breyting lögð til að tveir nefndarmanna skuli uppfylla hæfisskilyrði héraðsdómara en í dag er hún skipuð einum sem uppfyllir þau skilyrði og tveimur sérfræðingum með alhliða viðskiptaþekkingu. Þær breytingar sem felast í þessu frumvarpi auka valdheimildir kærunefndarinnar og mun nefndin, verði frumvarpið að lögum, hafa heimildir til að kveða á um sektir og óvirkni samninga. Umfjöllun og úrskurður um sektir og óvirkni samninga eru flókin lögfræðileg úrlausnarefni og í ljósi þess er talið æskilegt að meiri hluti nefndarinnar sé skipaður sérfræðingum sem uppfylla hæfisskilyrði héraðsdómara. Í frumvarpinu er einnig leitast við að ná þessu markmiði með heimildum til að skipa kærunefnd fimm mönnum í sérlega mikilvægum málum og með heimild til að afla ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. Rýmkað er um málshöfðunarrétt með það fyrir augum að nefndin fjalli um brot á sviði opinberra innkaupa þegar beinir og einstaklingslegir hagsmunir einstakra fyrirtækja eru óljósir. Ljóst er að þær breytingar sem felast í frumvarpi þessu kunna að kalla á styrkingu á starfsemi kærunefndarinnar með bættum aðbúnaði og starfsaðstöðu en sem dæmi má nefna að nefndin hefur hingað til aðeins haft lög-lærða ritara í hlutastarfi.

### 3. Aðgangur að kærunefnd útboðsmála og eftirlit á sviði opinberra innkaupa.

Við samningu frumvarpsins hefur verið á því byggt að aðgangur að kærunefnd útboðsmála eigi að vera greiður, m.a. þannig að það eigi ekki að vera skilyrði kæru að kaupandi taki fyrst afstöðu til kvörtunar. Málsmeðferð eigi að vera skjót og frestir sanngjarnir með tilliti til þess sem tíðkast að íslenskum rétti. Eru sumar heimildir tilskipunarinnar, einkum hvað varðar lágmarksfresti, hvað þessi atriði varðar því ekki nýttar til fullnustu. Vísast um það nánar til athugasemda við einstakar greinar.

Á Íslandi er ekki til stofnun sem sinnir reglubundnu opinberu eftirliti með opinberum innkaupum. Það eftirlit sem felst í almennum valdheimildum ráðherra sem og eftirliti Ríkisendurskoðunar er fremur takmarkað og dugar af ýmsum sökum skammt. Því má segja að samkvæmt núgildandi lögum sé eftirlit og aðhald með opinberum innkaupum að meginstefnu í höndum einkaaðila. Þótt í frumvarpinu sé ekki lögð til meginbreyting að þessu leyti felur frumvarpið í sér það nýmæli að gert er ráð fyrir að ráðherra eigi kærurétt vegna alvarlegra brota á reglum um opinber innkaup. Er hér að nokkru fylgt danskri fyrirmynd. Þannig er ráðuneytinu gert kleift að bregðast við réttarbrotum á þessu sviði ef ástæða er talin til.

### 4. Sveigjanlegt eða lögbundið mat kærunefndar útboðsmála?

Í ýmsum tilvikum felur tilskipunin í sér svigrúm til mats, t.d. á því hvort samningur er lýstur óvirkur frá upphafi eða síðara tímamarki eða hvort hafnað er óvirkni með vísan til almannahagsmuna. Í frumvarpinu er fylgt þeirri stefnu að veita kærunefndinni svigrúm til mats á því frá hvaða tímamarki óvirkni skal teljast en þó ber ekki að beita úrræðinu afturvirk.

Þessi afstaða grundvallast á því viðhorfi að þau tilvik sem skera þarf úr um séu svo fjölbreytt og ófyrirsjáanleg að best verði tekin afstaða til þeirra í framkvæmd þegar þau hafa verið upplýst. Ljóst er að með þessu er kærunefnd útboðsmála falin mikil ábyrgð þar sem umrætt mat getur lotið að miklum hagsmunum.

##### 5. „Óvirkni“ í stað ógildis.

Með tilskipuninni er kynnt til sögunnar nýtt réttarræði, „óvirkni“, sem að verulegu leyti svarar til þess að samningur sé felldur úr gildi. Um er að ræða nýtt úrræði sem er sérsniðið að opinberum innkaupum og er ætlað að hafa sambærileg áhrif og ógilding samnings enda þótt samningur haldi formlega gildi sínu. Við þetta bætist að fræðilega er umdeilanlegt hvort brot á reglum um opinber innkaup, sem heyra til opinbers réttar, geti leitt til ógildis samninga að einkarétti og þá að hvaða skilyrðum fullnægðum. Er það og mjög sjaldgæft í framkvæmd, ef ekki óþekkt, að samningur sé felldur úr gildi að kröfu þriðja aðila á þessum grundvelli. Það athugast að heimildir kærunefndar útboðsmála standa eingöngu til þess að ákvörðun um val tilboðs sé felld úr gildi en lúta hins vegar ekki beint að gildi samnings sem gerður er á grundvelli slíkrar ákvörðunar. Í samræmi við þetta felur frumvarpið í sér ráðagerð um að ekki muni verða lengur um að ræða kröfur og úrskurði um ógildi samninga vegna brota á reglum um opinber innkaup en þess í stað muni hagsmunir fyrirtækja að þessu leyti verða tryggðir með heimildum til að fá samning lýstan óvirkan. Um hugtakið „óvirkni“ er rætt nánar hér síðar.

##### 6. Bótaréttur viðsemjanda kaupanda.

Við það að samningur er lýstur óvirkur rís upp spurningin hvort og að hvaða marki viðsemjandi kaupanda geti átt bótarétt. Samkvæmt almennum reglum er ekki hægt að útiloka að viðsemjandi kaupanda geti átt rétt á efnabótum, enda hefur hann gert samning sem er formlega gildur án tillits til óvirkni hans. Þótt vera kunni að viðsemjandi sé grandlaus um ástæður óvirkni þykja samningar sem þessir vera þess eðlis að þeim beri ekki að veita réttarvernd á við gilda samninga að þessu leyti. Er lagt til í frumvarpinu að lögfest verði sú regla að viðsemjandi kaupanda verði skaðlaus af samningi, með tilliti til undirbúnings og framkvæmdar samnings að því marki sem hún hefur farið fram, en eigi hins vegar ekki rétt á bótum fyrir missi hagnaðar.

##### 7. Innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES o.fl.

Allt frá setningu laga nr. 94/2001 um opinber innkaup (og raunar lengur) hefur þeirri stefnu verið fylgt að sömu reglur giltu í meginráttum um innkaup yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum og viðmiðunarfjárhæðum EES (að frátöldum reglum um auglýsingar, tilkynningar o.s.frv.). Í samræmi við þessa stefnumörkun gerir frumvarpið ráð fyrir því að reglur tilskipunarinnar er varða biðtíma og sjálfvirka stöðvun við kærni gildi um öll innkaup, án tillits til fjárhæðar, sbr. I. kafla laga nr. 84/2007. Hins vegar er ekki gert ráð fyrir að reglur tilskipunarinnar um óvirkni og önnur úrræði við brotum á reglum um opinber innkaup gildi um innkaup undir EES viðmiðunarfjárhæðum. Með þessu er vikið frá fyrri stefnumörkun að hafa eitt einsleitt regluverk sem ekki gerir upp á milli innkaupa innan lands og á Evrópska efnahagssvæðinu. Vísast nánar um þessa stefnumörkun til athugasemda við frumvarp sem varð að lögum nr. 84/2007. Með þessu er ljóst að úrræði gagnvart brotum vegna samninga undir viðmiðunarfjárhæðum EES eru takmarkaðri en úrræði gagnvart brotum yfir EES-við-

miðunarfjárhæðum. Komið var til móts við athugasemdir sem fram komu við vinnslu frumvarpsins.

Í frumvarpinu er ekki að finna sérreglur um þjónustu samkvæmt viðauka I B eða önnur innkaup sem ekki er skylt að bjóða út samkvæmt núgildandi reglum. Á það er bent að ef reglugerðarheimildir eru nýttar á þá leið að skylt verður að bjóða þessi innkaup út munu þau sjálfkrafa falla undir hinar nýju reglur um biðtíma, óvirkni o.s.frv., eftir því sem við á.

Svo sem nánar er rætt í athugasemdum við einstakar greinar gilda ákvæði frumvarpsins um biðtíma ekki um samninga sem eru gerðir á grundvelli hönnunarsamkeppni eða um sérleyfi fyrir verk. Reglur um óvirkni gilda hins vegar um þessa samninga ef skylda til auglýsingar er vanrækt.

#### 8. *Stefnumörkun varðandi veitustofnanir.*

Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. núgildandi laga taka ákvæði XIV. og XV. kafla laganna til innkaupa sem falla undir svonefnda veitutilskipun (tilskipun nr. 2004/17/EB sem nánar er tilgreind í 7. gr. laganna). Samkvæmt þessu er gert ráð fyrir því að reglur frumvarpsins muni taka til þessara innkaupa að því marki sem þær fela í sér breytingar á þessum köflum. Að því marki sem frumvarpið felur í sér breytingar á öðrum köflum laganna er gert ráð fyrir því að reglugerð um innkaup veitustofnana verði endurskoðuð, eftir því sem þörf er á. Ekki er gert ráð fyrir efnislegum breytingum á reglugerðinni, þ.e. því fyrirkomulagi að um þessi innkaup gildi aðeins reglur að því marki sem það er nauðsynlegt vegna skuldbindinga íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum.

### VI. Meginefni frumvarpsins.

#### 1. *Biðtími.*

Með frumvarpinu eru ákvæði tilskipunarinnar um biðtíma við gerð samninga leidd í íslensk lög. Eins og áður segir hafa núgildandi lög þegar að geyma ákvæði um biðtíma sem að meginstefnu svara til ákvæða tilskipunarinnar og er því hér um að ræða mjög óverulegar efnislegar breytingar.

#### 2. *Óvirkni og ógildi.*

Reglur um skilyrði og réttaráhrif ógildis samninga eru meðal hefðbundinna viðfangsefni samningaréttar og eru þau sem slík vel könnuð að íslenskum rétti (sjá einkum Pál Sigurðsson, *Samningaréttur*, Reykjavík 1987, bls. 221 o.áfr., og Þorgeir Örlygsson, *Kröfuréttur I – Efnidir kröfu*, Reykjavík 2009, bls. 190 o.áfr).

Ógilding samninga er fyrst og fremst grundvölluð á ógildingarreglum III. kafla laga nr. 7/1936, um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga, með síðari breytingum, en getur þó bæði stuðst við önnur lög eða óskráðar réttarheimildir. Ógilding samninga vegna brota á reglum um opinber innkaup vekur upp ýmis álitamál. Í fyrsta lagi heyra reglur um opinber innkaup til opinbers réttar. Þótt ekki verði dregnar viðurhlutamiklar ályktanir af þessari fræðilegu flokkun regnanna gefur þetta þó almennt tilefni til vafa um hvort brot á reglunum leiði til einkaréttarlegs ógildis. Ógildi á slíkum grundvelli er þó vissulega ekki án fordæma, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar 1989, bls. 239 (dráttarvél). Í annan stað er það venjulega aðeins aðili samnings sem getur gert kröfu um ógilding, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 153/2000 (Kauphóll). Frá sjónarhóli samningaréttar verður því að teljast erfiðleikum bundið að viðurkenna rétt þriðja manns til þess að fá samning felldan úr gildi á þeim forsendum t.d. að borið hafi að semja við hann á grundvelli reglna opinbers réttar. Að lokum er ógilding samn-



inga ekki meðal beinna úrræða kærunefndar útboðsmála, sbr. 97. gr. laga nr. 84/2007, enda þótt nefndin geti fellt úr gildi ákvörðun um að ganga til samninga við ákveðinn aðila, þ.e. ákvörðun kaupanda að baki samningnum. Sé ákvörðun um val tilboðs felld úr gildi má vissulega leiða að því líkur að forsenda samnings sé brostin og hann ógildur en endanleg niðurstaða fer þó eftir aðstæðum hverju sinni. Til samanburðar má nefna að 20. gr. laga nr. 65/1993, um framkvæmd útboða, kveður á um að brot á lögnum leiði til bótaábyrgðar samkvæmt almennum reglum, jafnframt því sem útboð sé í heild sinni lýst ógilt. Lögin láta hins vegar ósagt um gildi samningsins sjálfs.

Af 100. gr. núgildandi laga verður ályktað að gengið sé út frá því að brot á reglum um opinber innkaup geti fræðilega leitt til ógildis samnings að einkarétti. Þar sem ákvæðið kveður á um að samningur verði ekki felldur úr gildi eftir að hann hefur verið gerður er niðurstaðan í framkvæmd þó sú að gerðir samningar eru ekki felldir úr gildi og reynir því lítt á hin fræðilegu vandkvæði sem áður er lýst. Í framkvæmd er þannig algengast að þess sé krafist að ákvörðun kaupanda um val tilboðs sé felld úr gildi, en ef samningur er kominn á verður fyrirtæki að láta sitja við að krefjast skaðabóta skv. 101. gr. núgildandi laga.

Andstætt hugtakið „óvirkni samnings“ (e. ineffectiveness, fr. absence d'effets) nýtt og e.t.v. nokkuð framandi í íslenskum rétti. Hugtakið felur í sér það að *samningur heldur formlega gildi* sínu en áhrif samkvæmt efni hans (efndir in natura) falla niður að meira eða minna leyti. Með því að samningurinn er formlega gildur getur hann hins vegar haft ýmis önnur áhrif, t.d. með tilliti til ýmissa aukaskyldna, svo og bótaskyldu. Að því er varðar skilgreiningu á óvirkni samninga á sviði opinberra innkaupa felur tilskipunin í sér nokkra leiðbeiningu (sjá einkum 21. lið aðfaraorða) en vísar að öðru leyti til landsréttar, sbr. 2. tölul. 2. gr. d tilskipunarinnar. Af aðfaraorðum tilskipunarinnar er m.a. ljóst að sá meginmunur er á óvirkni og ógildi að ekki er litið svo á að samningur verði óvirkur fyrr en ákvörðun um það hefur verið tekin og þá með þeim nánari hætti sem ákvörðunin kveður á um. Þegar um ógildi samninga er að ræða er hins vegar litið svo á að dómur staðfesti ógildi samnings sem verið hefur fyrir hendi frá upphafi. Af þessum sökum eru réttaráhrif óvirkni mun sveigjanlegri en réttaráhrif ógildis.

Með hliðsjón af því að óvirkni samninga er ekki skilgreint hugtak að íslenskum rétti þykir rétt að skilgreina það nánar í frumvarpinu, enda þótt hér sé ekki við norrænar fyrirmyndir að styðjast. Við þessa skilgreiningu þykir, í fyrsta lagi, rétt að miða við að óvirkni leiðir ekki til þess að öll réttaráhrif samnings falla niður heldur fyrst og fremst réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samnings (þ.e. efndir in natura). Í annan stað er óvirkni afmörkuð við að ekki er hægt að lýsa samning óvirkan afturvirk. Ekki er farin sú leið að setja kærunefndinni ófrávikjanlegar skorður í þessu sambandi og á það fyrirkomulag sér nokkra fyrirmynd í dönskum lögum.

Með hliðsjón af ákvæðum frumvarpsins um óvirkni þykir tilvísun núgildandi 2. mgr. 100. gr. laga til ógildis samninga mega falla niður. Í þessu felst sú ráðagerð að ógildi samninga vegna brota á reglum um opinber innkaup komi almennt ekki til greina. Fræðilega séð er auðvitað ekki útilokað að unnt sé að krefjast ógildis samninga samkvæmt almennum reglum samningaréttar og hreyfir frumvarpið ekki við þeim reglum sem gilda um þessa samninga með sama hætti og samninga almennt.

### 3. Önnur viðurlög.

Í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar felur frumvarpið í sér þá meginreglu að samningar sem gerðir eru heimildarlaust án útboðsauglýsingar, meðan á biðtíma stendur eða stöðvun

samningsgerðar vegna meðferðar hjá kærunefnd, eru annaðhvort lýstir óvirkir eða lögð eru „önnur viðurlög“ á kaupanda. Að því marki sem vikið er frá algerrí óvirkni samnings, t.d. að því er varðar efnidir samnings sem þegar hafa farið fram, ber að beita öðrum viðurlögum að tiltölu. Tilskipunin gefur vísbendingu um að „önnur viðurlög“ geti m.a. verið stytting samnings. Auk þess er tekið fram í tilskipuninni að skaðabætur til fyrirtækis séu ekki önnur viðurlög. Að öðru leyti er það á forræði aðildarríkjanna að kveða á um nánara inntak viðurlaga, þó þannig að önnur viðurlög verða að ná því markmiði tilskipunarinnar að hafa viðhlítandi einstök og almenn varnaðaráhrif.

Frumvarpið gerir ráð fyrir að kærunefnd útboðsmála geti lagt á stjórnvaldssektir sem nemi allt að 10% af verðmæti samnings. Kærunefnd er falið að meta hvort og hvernig mismunandi úrræðum er beitt sameiginlega, þ.e. óvirkni, stjórnvaldssektum og styttingu samnings. Þá er kærunefnd einnig falið að meta hvernig stjórnvaldssektum er beitt þegar í hlut eiga fleiri kaupendur. Gert er ráð fyrir því að tollstjóri annist innheimtu stjórnvaldssekta. Um þetta vísast nánar til athugasemda við einstakar greinar frumvarpsins.

#### 4. Málsmeðferðarreglur.

Frumvarpið felur í sér breytingar á málsmeðferðarreglum, einkum þá að kæra til kærunefndar útboðsmála hefur sjálfvirka stöðvun samningsgerðar í för með sér. Er þetta í samræmi við þá stefnu laganna að kaupandi skuli ekki gera samning fyrr en fyrirtæki hefur átt þess kost að fá skorið úr lögum ákvörðunar kaupanda. Í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar felur frumvarpið einnig í sér breytingar á frestum auk þess sem tiltekin hugtök eru skilgreind með nánari hætti. Vísast um þessi atriði til athugasemda við einstakar greinar.

Vegna þeirra grundvallarbreytinga á réttarvörslukerfi opinberra innkaupa sem tilskipunin felur í sér þykir nauðsynlegt að breyta reglum viðvíkjandi málsmeðferð og fullnustu úrskurða kærunefndar í nokkrum atriðum sem tilskipunin fjallar ekki um með beinum hætti. Þessi atriði eru eftirfarandi:

- a. Veitt er heimild til að skipa kærunefnd fimm mönnum í sérlega mikilvægum málum, formanni eru veittar heimildir til að taka ákvarðanir um bráðabirgðastöðvun og tekin eru af tvímæli um að kærunefnd sé heimilt að óska eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins.
- b. Lagt er til að lögvarðir hagsmunir séu ekki skilyrði þegar *fyrirtæki* kærir innkaup sem gerð eru heimildarlaust án útboðsauglýsingar. Við þessar aðstæður getur verið miklum erfiðleikum bundið að sýna fram á lögvarða hagsmuni sem aftur á móti getur leitt til þess að enginn hafi möguleika til þess að hnekkja ákvörðun kaupanda. Þar sem slík staða mundi ganga þvert gegn markmiði tilskipunarinnar þykir rétt að slakað sé á kröfum um lögvarða hagsmuni í þessum tilvikum. Einnig er gert ráð fyrir því að ráðherra geti skotið slíkum málum til kærunefndar án tillits til lögvarinna hagsmuna.
- c. Með hliðsjón af því að löggin heimila að lagðar séu stjórnvaldssektir á kaupendur þykir nauðsynlegt að allir hlutaðeigandi kaupendur, þ.m.t. miðlægar innkaupastofnanir, séu formlegir aðilar kærumáls. Sú tilhögun að miðlæg innkaupastofnun, þ.e. fyrst og fremst Ríkiskaup, sé ein í forsvari fyrir kaupendur er því afnumin.
- d. Með hliðsjón af þeim vafa sem ríkir um stjórnsýslulegt eðli ákvarðana á sviði opinberra innkaupa (sjá einkum álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2003 í máli nr. 3712/2003 og 8. júlí 2005 í máli nr. 4095/2004) þykir rétt að taka fram að heimilt sé að leggja lögban við ákvörðunum kaupanda sem ganga gegn úrlausnum kærunefndar útboðs-

- mála. Í þessu felst að jafnvel þótt ákvarðanir á sviði opinberra innkaupa séu taldar eiginlegar stjórnvaldsákvarðanir eru lög ekki því til fyrirstöðu að við þeim sé lagt lögbann.
- e. Heimild kærunefndar útboðsmála til stöðvunar innkaupaferlis um stundarsakir er rýmkuð. Vegna ákvæða um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar hefur þessi heimild fyrst og fremst þýðingu við aðrar ákvarðanir kaupanda en ákvarðanir um val tilboðs, t.d. við forval. Eins og áður er gert ráð fyrir að fyrirtæki sýni fram á verulegar líkur fyrir broti. Heimild tilskipunarinnar til að heimila kærunefnd að hafna kröfu um stöðvun um stundarsakir á grundvelli hagsmunamats er einnig áfram nýtt.
  - f. Þegar um er að ræða kæru vegna ákvörðunar um val tilboðs er gert ráð fyrir því að samningsgerð stöðvist sjálfkrafa nema kærunefnd aflétti stöðvun. Er þannig ekki gert ráð fyrir að í þessum tilvikum sé stöðvun aflétt sjálfkrafa nema fram hafi komið beiðni um áframhaldandi stöðvun, en sú leið er hins vegar farin í dönskum lögum. Í frumvarpinu er þess í stað málsmeðferð vegna bráðabirgðastöðvunar einfölduð (formaður getur einn tekið ákvörðun) og kærunefnd heimilað að taka ákvörðun um að aflétta stöðvun að eigin frumkvæði. Rétt þykir að sömu viðmið gildi um ákvörðun um að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar og almennt um ákvörðun um bráðabirgðastöðvun innkaupaferlis.

## VII. Samráð við hagsmunaaðila.

Drög að frumvarpinu hafa verið kynnt hagsmunaaðilum með skriflegri álitsumleitan auk þess sem frumvarpið hefur verið kynnt almenningi á vefsíðu ráðuneytisins. Meðal athugasemda hagsmunaaðila má nefna ábendingu um að frumvarpið gerir ráð fyrir víðtækari innleiðingu á tilskipuninni en skylt er samkvæmt EES-samningnum. Jafnframt var bent á að regluverk um opinber innkaup ætti almennt að vera einfaldara þegar innkaup væru undir EES-viðmiðunum. Þá kom fram við vinnslu frumvarpsins gagnrýni á þá tilhögun sem lagt var upp með í upphaflegum drögum að frumvarpinu að heimilt yrði að beita óvirkni með afturvirkum hætti. Komið var til móts við þessa athugasemd við frekari vinnslu frumvarpsins. Af öðrum athugasemdum við frumvarpið má nefna að 30 daga kærufrestur var af ýmsum talinn of langur þar sem lágmarksfrestur samkvæmt tilskipuninni væri tíu dagar. Var við því brugðist með því að stytta almennan kærufrest í 20 daga. Þá komu fram sjónarmið um stöðu kærunefndar útboðsmála og spurt hvort rétt væri að fela kærunefndinni þau íþyngjandi úrræði sem í frumvarpinu felast. Eru breytingar á tilhögun kærunefndar m.a. tilkomnar til þess að styrkja kærunefndina í þessu nýja hlutverki. Um svör við einstökum athugasemdum vísast til umfjöllunar um einstakar greinar frumvarpsins.

## VIII. Mat á áhrifum.

Efnahagslegar og stjórnsýslulegar afleiðingar innleiðingar tilskipunar nr. 2007/66/EB felast einkum í því að réttarvernd vegna brota er aukin og því mikilvægt fyrir þá sem sjá um innkaup fyrir opinbera aðila að vanda til verks. Gera má ráð fyrir því að þær áherslubreytingar við réttarvörslu á sviði opinberra innkaupa og þau nýju úrræði sem frumvarpið ber með sér muni leiða til þess að úrskurðir kærunefndar útboðsmála hafi meiri áhrif á hagsmuni fyrirtækja og kaupanda en nú er raunin. Þessi auknu áhrif munu líklega leiða til þess að mála-tilbúnaður fyrir kærunefndinni muni aukast að umfangi.

*Athugasemdir við einstakar greinar frumvarpsins.*

## Um 1. gr.

Með greininni er lagt til að viðmiðunarfjárhæð vegna verklegra framkvæmda hækki úr 13.600.000 kr. í 28.000.000 kr. Tillaga að þessari hækkun er gerð þar sem mun flóknara og tímafrekara er að skilgreina og útbúa útboðsgögn vegna verklegra framkvæmda en staðlaðra vörukaupa og þjónustukaupa. Ekki er talin þörf á því að lítil verk feli í sér sömu kröfur um formfestu og undirbúningskostnað og stærri verk. Jafnframt er lögð til sú breyting að innlendar viðmiðunarfjárhæðir, sbr. 2. þátt laganna, hækki næst 1. janúar 2013 enda ef frumvarp þetta verður að lögum hafa fjárhæðirnar í frumvarpinu verið hækkaðar í samræmi við breytingar á vísitölu neysliverðs miðað við 1. janúar 2011.

## Um 2. gr.

Með greininni er lagt til að kveðið verði á um í 42. gr. laganna að skylt verði að krefjast þess í útboðsgögnum að bjóðandi upplýsi hvaða hluta samnings hann hyggst láta undirverktaka framkvæma. Með þessari breytingu er heimildarákvæði breytt í skyldu. Í greininni kemur einnig fram að aðalverktaki skal upplýsa hvaða undirverktaka hann hyggst nota og leita samþykkis verkkaupa á honum áður en undirverktaki hefur störf. Jafnframt er bætt við ákvæði sem ætlað er að tryggja að skriflegur samningur sé ávallt gerður við undirverktaka.

## Um 3. gr.

Með greininni er lagt til að í stað núverandi texta 73. gr. verði tekinn upp texti 55. gr. tilskipunar nr. 2004/18/EB um opinber innkaup lítilla breyttur, auk þess sem bætt er við nýjum staflið, þ.e. „e-lið“, sem hljómar svo „laun, önnur starfskjör og aðbúnað starfsfólks“. Ástæða breytingarinnar er einkum sú að orðalag núgildandi ákvæðis þótti ekki nægilega afgerandi, auk þess sem viðbótarákvæðinu er ætlað að tryggja að við mat á forsendum óeðlilegra lágra tilboða sé horft til launa, annarra starfskjara og aðbúnaðar starfsmanna. Lokamálsgrein greinarinnar er sú sama og áður, að kaupanda er gert skylt að rökstyðja sjálfkrafa þá ákvörðun að hafna tilboði með vísan til þess að það sé óeðlilega lágt.

## Um 4. gr.

Hin nýja 2. mgr. 75. gr. felur í sér innleiðingu á lokamálslið 2. tölul. 2. gr. a tilskipunarinnar. Samkvæmt gildandi lögum er skylt að færa fram stuttan rökstuðning fyrir vali tilboðs þegar í tilkynningu um val tilboðs. Þetta á þó aðeins við þegar val tilboðs grundvallast á öðrum atriðum en verði. Samkvæmt fyrri undirlið lokamálsliðar 2. tölul. 2. gr. a tilskipunarinnar verður nú skylt að færa fram stuttan rökstuðning fyrir öllum ákvörðunum um val tilboðs. Í framkvæmd hefur þessi breyting mjög óveruleg áhrif þar sem rökstuðningur ákvörðunar um val tilboðs, þegar valið byggir á lágsta verði, er mjög einfaldur. Skylda er til að tilgreina nákvæman biðtíma í tilkynningu, sbr. nánar almennar athugasemdir, svo og athugasemdir við 5. gr. frumvarpsins.

Hin nýja 5. mgr. greinarinnar tekur mið af öðrum og þriðja undirlið 2. tölul. 2. gr. a tilskipunarinnar. Ákvæðunum er ætlað að taka af tvímæli um það til hverra senda ber tilkynningu skv. 76. gr., m.a. með tilliti til þeirra þátttakenda í innkaupaferli sem ekki hefur verið gefinn kostur á að leggja fram tilboð enda þótt þeim hafi ekki verið tilkynnt formlega um útilokun frá ferlinu. Þótt hér sé vart um efnisbreytingar að ræða frá núgildandi lögum þykir rétt að færa orðalag laganna til samræmis við tilskipunina.

## Um 5. gr.

1. mgr. felur í sér innleiðingu á upphafsmálslið 2. tölul. 2. gr. a tilskipunarinnar, en 2. mgr. svarar til 2. gr. b tilskipunarinnar. Reglan um tíu daga biðtíma samnings kemur þegar fram í núgildandi 1. mgr. 76. gr. laganna. Tilskipunin hefur hins vegar að geyma ítarlegri reglur um útreikning biðtímans svo og reglu um 15 daga hámarksbiðtíma sem nauðsynlegt er að festa í lög. Í frumvarpinu er sú leið farin að miða biðtíma við tíu daga frá deginum eftir birtingu tilkynningar (þ.e. frá því að tilkynning er komin til eða móttækin af viðkomandi). Fresturinn byrjar því daginn eftir birtingu. Er því ákvæði tilskipunarinnar sem heimilar að miða sé við tíu daga frá deginum eftir sendingu þegar um er að ræða símbref og aðra rafræna miðla ekki nýtt. Ástæða þess að heimild tilskipunarinnar er ekki nýtt til hins ýtrasta að þessu leyti er sú að þessar tilkynningar teljast venjulega birtar nánast umsvifalaust og fer birtingartími og sendingartími því jafnan saman. Þegar um er að ræða rafrænar tilkynningar teljast þær birtar þegar aðili á þess kost að kynna sér efni þeirra, sbr. 39. gr. stjórnsýslulaga. Ef skylda til að tilgreina nákvæman biðtíma í tilkynningu um val tilboðs er vanrækt ætti það jafnan að leiða til þess að biðtíma sé ekki lokið fyrr en að loknum 15 dögum frá sendingu tilkynningar.

Með hliðsjón af þeim sérreglum sem gilda um hönnunarsamkeppni og veitingu sérleyfa fyrir verk er lítið svo á að biðtími samningsgerðar gildi ekki við ákvörðun um veitingu þessara samninga. Um þessa samninga gilda hins vegar ákvæði frumvarpsins um óvirkni og önnur viðurlög. Eins og nánar greinir í athugasemdum við síðari greinar frumvarpsins gefst kaupendum kostur á að tryggja sig gagnvart mögulegri óvirkni samnings og/eða öðrum viðurlögum með því að viðhafa, án skyldu, biðtíma.

Undantekningar sem fram koma í 2. mgr. svara til heimilda tilskipunarinnar. Önnur Norðurlönd hafa valið þá leið að leiða þessar undantekningar að fullu í lög sín og er sú leið einnig valin í frumvarpinu. Þjónusta sem fellur undir viðauka I B er því t.d. undanþegin biðtíma. Sama á við um innkaup undir innlendum viðmiðunarfjárhæðum eða samninga sem gerðir eru „innan húss“. Í b-lið málsgreinarinnar felst að ef aðeins einn aðili er fyrir hendi í innkaupaferli gildir reglan um biðtíma ekki. Slík aðstaða getur bæði komið þegar aðeins eitt fyrirtæki hefur verið þátttakandi í innkaupaferli frá upphafi eða þegar öllum öðrum fyrirtækjum hefur verið hafnað eða vísað frá innkaupaferli, enda sé um að ræða endanlega ákvörðun, sbr. 5. mgr. 75. gr. Að því er varðar c-lið málsgreinarinnar er skylt að kveða á um óvirkni og/eða önnur viðurlög vegna ákveðinna brota á reglum um rammamarkmiðun og gagnvirk innkaupskerfi þegar um er að ræða gerð sérstakra samninga yfir viðmiðunarfjárhæðum. Hjá þessu er hins vegar hægt að komast með því að viðhafa biðtíma án skyldu. Þegar um er að ræða samninga fyrir verulegar fjárhæðir ætti þessi möguleiki, þ.e. að viðhafa biðtíma án skyldu, jafnan að koma til skoðunar.

Hin nýja 3. mgr. felur í sér reglu sem fylgt hefur verið hér á landi í framkvæmd. Þegar tilboðsfrestur hefur runnið út mætti halda því fram að kaupanda beri að hefja nýtt innkaupaferli frá grunni. Þegar dregist hefur að taka afstöðu til tilboðs, eða slíkur dráttur er fyrirsjáanlegur, þykja slíkar afleiðingar smávægilegs dráttar of viðurlutamiklar ef samþykki allra tilboðsgjafa liggur fyrir eða málefnalegar ástæður eru fyrir hendi. Er því lagt til að réttarstaðan verði skýrð að þessu leyti til samræmis við þær reglur sem fylgt hefur verið í framkvæmd. Með málefnalegum ástæðum er hér átt við haldbærar ástæður sem kaupanda verður ekki um kennt, til að mynda þegar afsakanlegt er að dregist hefur að taka afstöðu til tilboðs eða slíkur dráttur er fyrirsjáanlegur. Rétt er að taka fram að í framkvæmd hefur aðeins tíðkast að óska eftir framlengingu tilboða, eða að þau gildi að nýju, í eitt skipti og þá aðeins í stuttan tíma.

Í lokamálslið hinnar nýju 3. mgr. er heimilað, eftir að samningur hefur verið lýstur óvirkur, að samþykkja það tilboð sem með réttu hefði átt að velja, enda þótt tilboðsfrestur sé liðinn.

Um 6. gr.

Breytingin felur í sér að nýjum málslið er bætt framan við greinina. Breytingin er gerð til að leggja áherslu á mikilvægi þess að óheimilt sé að gera samning um undirverktöku við einstaka starfsmenn eða hópa þar sem ráðningarsamband sé til staðar.

Um 7. gr.

Greinin felur í sér innleiðingu á 3. gr. tilskipunarinnar og þarfnast ekki skýringa.

Um 8. gr.

Lagðar eru til breytingar á skipan kærunefndar útboðsmála sem felast í því að Hæstiréttur tilnefni nefndarmenn en í dag er skipan í nefndina að fullu á forræði ráðherra. Í 10. gr. frumvarpsins er ráðherra veitt heimild til að bera fram kæru til kærunefndar útboðsmála í tilteknum tilvikum. Í ljósi þess hve skipunartími nefndarinnar er langur þykir það ekki orka tvímælis að ráðherra leggi fram kæru til stjórnáslunefndar sem hann skipar. Lagt er til í frumvarpinu að ráðherra skipi í nefndina að fengnum tilnefningum frá Hæstarétti. Jafnframt er sú breyting lögð til að tveir nefndarmanna uppfylli hæfisskilyrði héraðsdómara en í dag er hún skipuð einum sem uppfyllir þau skilyrði og tveimur sérfræðingum með allhliða viðskiptaþekkingu. Þær breytingar sem felast í þessu frumvarpi auka valdheimildir kærunefndarinnar og mun nefndin, verði frumvarpið að lögum, hafa heimildir að kveða á um sektir og óvirkni samninga. Umfjöllun og úrskurður um sektir og óvirkni samninga eru flókin lögfræðilega úrlausnarefni og í ljósi þess er talið æskilegt að meiri hluti nefndarinnar sé skipaður sérfræðingum sem uppfylla hæfisskilyrði héraðsdómara.

Með b-lið greinarinnar er lagt til að kveðið verði á um að kærunefnd útboðsmála beri ekki að úrskurða um innkaup sveitarfélaga undir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins í ljósi þess að ákvæði 2. þáttar í lögnum taka ekki til innkaupa sveitarfélaga. Þetta hefur valdið nokkrum vandkvæðum í framkvæmd og þykir því rétt að taka af vafa hvað þetta varðar. Annað gildi þó þegar þessir aðilar nýta heimild 2. þáttar í heild eða að hluta við innkaup sín.

Rétt er að benda á í þessu sambandi að sveitarfélögum ber að setja sér innkaupareglur, en kærunefnd útboðsmála hefur slegið því föstu að hún úrskurði ekki í málum á grundvelli innkaupareglna sem sveitarfélögin hafa sjálf sett sér.

Um 9. gr.

Lögð er til sú breyting á 92. gr. laganna að formaður kærunefndar geti ákveðið að nefndin verði skipuð fimm mönnum í sérlega mikilvægum málum. Eðlilegt þykir að a.m.k. annar þeirra fullnægi hæfiskilyrðum héraðsdómara. Í 2. mgr. er áréttað að formaður geti ákveðið að kalla til sérfróða aðila til aðstoðar nefndinni. Rétt þykir að þessi heimild verði áfram til staðar.

Um 10. gr.

Sú breyting er lögð til á 93. gr. að þegar um er að ræða innkaup þar sem skylda til útboðs-  
auglýsingar og notkunar videigandi innkaupaferlis hefur verið virt að vettugi sé fyrirtæki

ekki nauðsynlegt að sýna fram á beina og einstaklingslega hagsmuni til þess að njóta málskotsréttar. Í þessum tilvikum getur verið afar erfitt fyrir fyrirtæki að sýna fram á lögvarða hagsmuni en frá réttarvörslusjónarmiði skiptir miklu að innkaup sem þessi séu kærð. Athuga ber að málskotsréttur er eftir sem áður bundinn við fyrirtæki, sbr. orðskýringu 6. tölul. 2. gr. laganna, og jafnframt koma aðeins til greina fyrirtæki sem njóta réttar samkvæmt lögnum, sbr. 15. gr. þeirra. Hér er því ekki um almennan málskotsrétt að ræða heldur rýmkaðan rétt til þeirra sem starfa á markaði opinberra innkaupa og hafa sérstaka hagsmuni af því að reglur um opinber innkaup séu virtar. Rétt þykir að ráðherra hafi sambærilega heimild þannig að ætíð sé unnt að koma fram viðurlögum við brotum gegn útboðsskyldu án tillits til frumkvæðis einkaaðila.

#### Um 11. gr.

Tilskipunin heimilar að settir séu mjög stuttir kærufrestir (allt að tíu dögum) en hefur að geyma sérstök ákvæði um fresti vegna kröfu um óvirkni sem kveða að meginstefnu á um 30 daga frest (sjá 2. gr. c og 2. gr. f tilskipunar). Að baki þessum frestum liggur sú hugsun að kæra berist áður en heimilt er að gera samning þegar biðtími er liðinn en frestir til kæru vegna kröfu um óvirkni séu rými. Hér á landi hefur fjögurra vikna kærufrestur tíðkast án teljandi vandkvæða. Hins vegar þykir óhætt að stytta almennan kærufrest niður í 20 daga, samhliða því að breytingar verða á réttaráhrifum kæru. Hér er m.a. litið til þess að miðlun upplýsinga varðandi stöðu og ákvarðanir tengdar útboðum er almennt skilvirk. Hins vegar getur það augljóslega haft áhrif á efnislega úrlausn máls ef samningur hefur verið gerður eftir að biðtíma hefur lokið, þ.e. slíkum samningi verður almennt ekki haggð og úrræði kæranda eru takmörkuð við bætur. Almennum kærufresti er hér breytt þannig að fullnægir bæði 2. gr. f og 2. gr. c tilskipunarinnar. Þá er settur hámarksfrestur til kæru vegna óvirkni. Að lokum eru tekin af tvímæli um upphaf kærufrests í samræmi við 2. gr. f en ekki verður talið að hér sé um að ræða efnislega breytingu frá gildandi reglum.

Í b-lið greinarinnar er lögð til sú breyting að kærandi tilkynni kaupanda um kæru eins skjótt og mögulegt er. Þessi breyting er einkum nauðsynleg vegna þeirra aðstæðna sem upp geta komið við lok biðtíma samnings. Eftir tilkynningu um kæru er kaupandi ekki lengur grandlaus um kærana. Ef kæra hefur verið tilkynnt áður en biðtími er á enda og samningur er gerður þrátt fyrir það leiðir það til óvirkni og/eða annarra viðurlaga.

Reglur um upphaf kærufresta hafa verið skýrðar í úrskurðum nefndarinnar, þ.e. hvenær kærandi veit eða má vita af því atviki sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum samkvæmt lögnum.

Loks er í c-lið greinarinnar lagt til að ákvæði um gjald vegna kæru verði fært í síðustu málsgrein greinarinnar og að gjaldið vegna kæru til kærunefndar útboðsmála verði hækkað í 150.000 kr., en það er í dag 50.000 kr. skv. 1. mgr. 94. gr. Hækkunin er m.a. lögð til í ljósi þess að núverandi gjald hefur verið óbreytt frá því það var sett á árinu 2007, en hafa ber í huga að ef greiðandi kærumáls ynni málið yrði honum úrskurðaður málskostnaður skv. 97. gr. gildandi laga sem m.a. ætti að gera hann skaðlausan af þessum kostnaði.

#### Um 12. gr.

Samkvæmt 3. tölul. 2. gr. tilskipunarinnar skal tryggja að ekki sé mögulegt að gera samning fyrir en málskotsaðili (þ.e. kærunefnd útboðsmála) hefur tekið afstöðu til kæru, annaðhvort kröfu um stöðvun um stundarsakir eða kærunnar í heild. Sá skilningur að ákvæðið feli í sér að réttáhrif kæru séu sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar styðst einnig við orðalag 4. mgr.

2. gr. og 12. lið aðfaraorða tilskipunarinnar. Hér er því um að ræða andstæða reglu miðað við það sem gilt hefur að íslenskum rétti frá því að núverandi kærufnd útboðsmála var stofnuð með lögum nr. 94/2001. Hafa ber í huga að sjálfkrafa stöðvun lýtur aðeins að samningsgerð en ekki að öðrum þáttum innkaupaferlis, t.d. ákvörðun um val á þátttakendum í forvali. Til að þessir síðastgreindu þættir innkaupaferlis verði stöðvaðir þarf sérstaka ákvörðun kærufndar, sbr. 96. gr. laganna (15. gr. frumvarpsins).

Af framangreindum ákvæðum tilskipunarinnar verður einnig ályktað að heimilt sé að fela kærufnd útboðsmála vald til að binda enda á sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar sem hefst við framlagningu kæru. Í frumvarpinu er sú leið farin að veita kærufnd rúmar heimildir til að binda enda á sjálfkrafa stöðvun auk þess sem málsmeðferð við slíka ákvörðun er einfölduð (sjá athugasemdir við 15. gr. frumvarpsins um breytingar á 96. gr.). Er því ekki sú leið farin að leggja þá skyldu á kæranda að hafa uppi sérstaka kröfu um bráðabirgðastöðvun líkt og gert er í dönskum lögum.

Sú takmörkun er sett í lokamálslið 3. tölul. 2. gr. tilskipunarinnar að ákvörðun kærufndar má ekki skerða biðtíma samningsgerðar, en að öðru leyti hefur tilskipunin ekki að geyma sérstakar reglur um þetta atriði. Engu síður verður að hafa í huga almennar reglur EES-samningsins og almennar reglur tilskipunarinnar sem gera kröfu til þess að ákvarðanir á sviði opinberra innkaupa verði endurskoðaðar á skjóttan og skilvirkan hátt, sbr. einkum 1. tölul. 1. gr. tilskipunarinnar. Frumvarpið gengur út frá því að mat kærufndar á því hvort binda skuli enda á sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar eigi að grundvallast á sambærilegum sjónarmiðum og mat á stöðvun samningsgerðar um stundarsakir að kröfu kæranda, sbr. 96. gr. laga nr. 84/2007. Er þessi afstaða m.a. í samræmi við dönsk lög. Í anda þeirra áherslubreytinga sem tilskipunin felur í sér (þ.e. aukinnar áherslu á að fyrirtæki geti fengið ólög-mætri valákvörðun hrundið í því skyni að við þau verði samið ef þau áttu hagkvæmasta tilboð) er skilyrði 96. gr. um að sýnt sé fram á að „verulegar líkur“ séu á broti gegn reglum um opinber innkaup enn í gildi. Í framkvæmd ætti kærufnd útboðsmála því ekki að aflétta sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar nema þegar kæranda hefur mistekist að sýna fram á verulegar líkur á því að brot muni leiða til ógildingar valákvörðunar. Þetta mundi t.d. eiga við ef fullyrðingar um brot eru bersýnilega órökstuddar eða ætlað brot er ekki þess eðlis að það geti leitt til ógildingar jafnvel þótt sannað yrði. Nánar um þetta vísast til athugasemda við 15. gr. frumvarpsins vegna fyrirhugaðra breytinga á 96. gr. laganna. Tilvísun greinarinnar til málsmeðferðar 96. gr. felur það í sér að skylt er að gefa kæranda kost á því að tjá sig áður en ákvörðun um að aflétta stöðvun er tekin.

#### Um 13. gr.

Með hliðsjón af því að við úrlausn mála kærufndar útboðsmála getur verulega reynt á túlkun reglna EES-samningsins þykir eðlilegt að tekin séu af tvímæli samkvæmt íslenskum lögum um að nefndin geti aflað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins í þágu meðferðar máls. Þótt kærufnd útboðsmála sé stjórnarsýslunefnd samkvæmt íslenskum rétti er lítill vafi um að nefndin fullnægir skilyrðum 34. gr. EFTA-samnings um stofnun dómstóls og eftirlitsstofnunar til að njóta heimildar til að óska eftir ráðgefandi álit samkvæmt þeim viðmiðum sem mótast hafa í dómaframkvæmd Evrópu dómstólsins og EFTA-dómstólsins. Sjá t.d. dóma EFTA-dómstólsins í Restamark (mál nr. E-1/94) og Mattel og Lego (mál nr. E 8 og 9/94) þar sem beiðnir um ráðgefandi álit komu í báðum tilvikum frá norrænum stjórnarsýslunefndum. Endanleg úrlausn vegna beiðna um ráðgefandi álit er í höndum EFTA-dómstólsins og um



beiðni um ráðgefandi álit fer eftir nánari ákvæðum í samningi EFTA-rikkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls og málsmeðferðarreglum EFTA-dómstólsins.

Um 14. gr.

Ef um er að ræða fleiri kaupendur og/eða miðlæga innkaupastofnun skulu allir þessir aðilar vera til varnar. Þessi breyting þykir eðlileg með hliðsjón af ákvæðum frumvarpsins um stjórnvaldssektir og ráðagerð um að þær verði lagðar hlutfallslega á varnaraðila.

Um 15. gr.

Í greininni er lagt til að ný grein komi í stað 96. gr. gildandi laga. Í frumvarpinu er gert ráð fyrir eins og í núgildandi lögum að skilyrði til stöðvunar sé að „verulegar líkur“ séu til staðar fyrir því að brotið hafi verið gegn reglum um opinber innkaup. Skilyrðið um verulegar líkur ber að túlka í samræmi við þá lagastefnu tilskipunarinnar að fyrirtæki eigi rétt á því að leyst sé úr kærur, sem ekki eru tilefnislausar, áður en ákvarðanir á sviði opinberra innkaupa eru látnar koma til framkvæmda. Hafa ber í huga að búast má við að kröfum um stöðvun samningsgerðar um stundarsakir muni fækka verulega þar eð kæra valákvörðunar hefur hvort sem er í för með sér sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar. Heimildin heldur hins vegar þýðingu sinni varðandi alla aðra þætti innkaupaferlisins, t.d. kærur vegna efnis útboðsgagna eða ákvarðanir við forval.

Í lögnum, verði frumvarp þetta samþykkt, verður að finna tvenns konar heimildir til stöðvunar samningsgerðar, annars vegar sjálfkrafa stöðvun skv. 1. mgr. 94. gr. a og hins vegar stöðvun að kröfu kæranda skv. 96. gr. laganna. Líkt og segir í athugasemdum við 12. gr. frumvarpsins lýtur sjálfkrafa stöðvun aðeins að samningsgerð en ekki að öðrum þáttum innkaupaferlis, t.d. ákvörðun um val á þátttakendum í forvali. Sérstaka ákvörðun kærunefndar skv. 96. gr. þarf til að aðrir þættir innkaupaferlis verði stöðvaðir.

Samkvæmt framangreindu verður krafa um bráðabirgðastöðvun í fyrsta lagi að fullnægja formaskilyrðum skv. 94. og 95. gr. Í annan stað felur skilyrðið um „verulegar líkur“ það í sér að ætlað brot verður að vera nægilega alvarlegt til að geta valdið ógildi auk þess sem orsakasamband verður að vera á milli ætlaðs brots og þeirrar ákvörðunar eða athafnar sem leitast er við að hnekkja. Að lokum kann hagsmunamat að leiða til þess að ekki sé fallist á kröfu. Við þær aðstæður kynni kærandi að eiga kost annarra úrræða líkt og áréttað er í lokamálsgrein greinarinnar.

Lagt er til að kærunefnd geti ákveðið að formaður nefndarinnar taki einn þær ákvarðanir sem hér er um að ræða. Slík tilhögun ætti að einfalda málsmeðferð og flýta fyrir ákvarðanatöku.

Um 16. gr.

Breyting á 1. másl. 97. gr. laganna tekur mið af breytingum á úrræðum nefndarinnar samkvæmt frumvarpinu. Áréttar ber að samningur er aldrei óvirkur fyrir hann hefur verið lýstur óvirkur og þá samkvæmt nánari ákvörðun kærunefndar. Er því hér um að ræða verulegan hugtakamun samanborið við einkaréttarlegt ógildi. Aðeins kærunefnd útboðsmála getur lýst samning óvirkur og/eða beitt öðrum viðurlögum. Ákvarðanir nefndarinnar um þessi atriði verða hins vegar bornar undir dómstóla skv. 98. gr.

Varðandi áhrif greinarinnar (1. mgr. 97. gr.) með tilliti til 100. gr. laganna vísast til þess sem segir í almennum athugasemdum hér að framan og athugasemda við 17. gr. um breytingar á 100. gr. Gert er ráð fyrir því að brot á reglum um opinber innkaup leiði almennt ekki

til ógildis, heldur til óvirkni samkvæmt ákvæðum frumvarpsins þegar um er að ræða samninga sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 78. gr. Í þessu felst jafnframt að eigi reglur um óvirkni ekki við eru venjulega ekki skilyrði fyrir því að fá samning ógiltan á grundvelli laganna. Með þessu er hins vegar engin afstaða tekin til einkaréttarlegra ógildingarástæðna sem kunna að vera til staðar og því er lagt til að í 2. mgr. 100. gr. verði að vísað til almennra reglna fjármunaréttar að því er varðar gildi samninga, að því leyti sem 1. mgr. kveður ekki á um hvernig með skuli fara.

Hin nýja lokamálsgrein greinarinnar felur það í sér að tekinn er af vafi um að heimilt sé að leggja lögbann við ákvörðun á sviði opinberra innkaupa sem brjóta mundi gegn úrskurði kærunefndar. Tilgreint ákvæði 2. mgr. 24 gr. laga um kyrrsetningu, lögbann o.fl. miðar við að lögbann komi aðeins til álita þegar um athafnir hins opinbera er að ræða á vettvangi einkaréttar til að mynda í tengslum við mannvirkjagerð og atvinnustarfsemi. Ákvarðanir á sviði opinberra innkaupa eru almennt taldar einkaréttarlegs eðlis í framangreindum skilningi, enda þótt þær geti talist stjórnvaldsákvarðanir í skilningi stjórnvísinguráttar en allt að einu þykir rétt að taka af tvímæli í þessu sambandi. Ákvæðið hreyfir hins vegar ekki við skilyrðum lögbanns.

#### Um 17. gr.

Breytingar á 100. gr. leiðir af þeirri stefnu að brot á reglum um opinber innkaup leiði almennt ekki til ógildis heldur „óvirkni“ samninga samkvæmt sérákvæðum laganna. Þessu réttaráhræði opinbers réttar er hins vegar ekki ætlað að hafa áhrif á einkaréttarlegt gildi samninga. Að því er varðar kröfu um gildi samninga verður réttarstaðan því óbreytt, þó þannig að ekki er lengur gerð sérstök undantekning varðandi samninga sem gerðir eru á tímabili stöðvunar samningsgerðar um stundarsakir eða biðtíma, sbr. núgildandi 2. mgr. 100. gr. Í þessu tilviki liggur hins vegar beint við að krefjast óvirkni samnings í stað ógildis. Í þessu felst að ef reglur um óvirkni eiga ekki við er venjulega ekki mögulegt að fá samning á sviði opinberra innkaupa ógiltan á grundvelli reglna um opinber innkaup. Með þessu er hins vegar engin afstaða tekin til einkaréttarlegra ógildingarástæðna. Um þessar breytingar vísast nánar til almennra athugasemda við frumvarpið.

#### Um 18. gr.

##### *Um a-lið (100. gr. a).*

Greinin felur í sér innleiðingu á 1. og 2. tölul. 2. gr. d tilskipunarinnar, og fylgir hún að meginstefnu texta þessara ákvæða. Greinin felur þó einnig í sér nánari skilgreiningu á hugtakinu „óvirkni“ og réttaráhrifum hennar. Óvirkni kemur þó aðeins til greina um innkaup sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum EES, sbr. 78. gr. Réttaráhræðinu óvirkni er þó aðeins hægt að beita á samninga sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum fyrir opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu.

Samningur verður óvirkur með og samkvæmt nánari ákvörðun kærunefndar útboðsmála. Úrskurður kærunefndar er því ekki aðeins staðfesting á óvirkni samnings (líkt og á við þegar dómstóll kemst að þeirri niðurstöðu að einkaréttarlegur samningur sé ógildur) heldur skapar hann nýja réttarstöðu að þessu leyti. Af þessu leiðir að lögð er sú skylda á kærunefnd útboðsmála að skilgreina eftir föngum í úrskurði nánara inntak óvirkni hvort sem er með tilliti til tímamarks eða nánari réttaráhrifa.

Samkvæmt greininni felur óvirkni í sér að réttindi og skyldur samkvæmt *aðalefni samnings* falla niður frá þeim tíma sem kærunefnd kveður á um. Samkvæmt tilskipuninni er að-

ildarríkjum heimilt að kveða á um afturvirka uppsögn á öllum samningsbundnum skuldbindingum eða takmarka gildissvið uppsagnarinnar við þær skuldbindingar sem enn á eftir að inna af hendi. Við gerð frumvarpsins var afráðið að takmarka heimildir til að kveða á um óvirkni við þær skuldbindingar sem enn á eftir að inna af hendi. Af því leiðir hins vegar að almennt er skylt að kveða á um „önnur viðurlög“, sbr. d-lið greinarinnar (100. gr. d).

Með tilvísun til aðalefnis samnings er vísað til þess að samningur haldi formlegu gildi sínu og geta ýmsar aukaskyldur samkvæmt samningi því áfram verið fyrir hendi. Sem fyrr segir takmarkast úrskurður kærunefndar um óvirkni við þær greiðslur sem ekki hafa þegar farið fram. Til samanburðar má nefna að í dönskum lögum er sú leið farin að setja fram þá meginreglu að samningur verði jafnan aðeins lýstur óvirkur til framtíðar. Óvirknisúrræðinu er því aðeins hægt að beita framvirkt þar sem skil á greiðslum eru oft erfiðleikum bundin og því raunhæfara að beita óvirkni aðeins með tilliti til framtíðar greiðslna og kveða þá jafnframt á um önnur viðurlög, sbr. d-lið greinarinnar (100. gr. d). Skv. 2. tölul. 2. gr. d tilskipunarinnar ber ávallt að kveða á um önnur viðurlög í þeim tilvikum að gildissvið uppsagnar er takmarkað við þær skuldbindingar sem enn á eftir að inna af hendi.

Í 2. mgr. eru talin upp tilvik þar sem skylt er að lýsa samning óvirknan. Þessi skylda er þó mun sveigjanlegri en sýnist í fyrstu, bæði vegna svigrúms til að ákveða nánara inntak óvirkni og svo til þess að falla frá óvirkni vegna almannahagsmuna, sbr. b-lið (100. gr. b). Tilvik málsgreinarinnar taka mið af 2. gr. d tilskipunarinnar, þó þannig að bætt er við til öryggis því tilviki þegar samningur er gerður í andstöðu við ákvörðun um stöðvun samningsgerðar um stundarsakir. Rétt þykir að árétta í a-lið málsgreinarinnar að samningur á grundvelli hönnunarsamkeppni eða um sérleyfi um verk, sbr. XI. kafla laganna, verði lýstur óvirkur.

*Um b-lið (100. gr. b).*

Greinin felur í sér innleiðingu á 4. og 5. tölul. 2. gr. d tilskipunarinnar. 1. mgr. felur í sér reglu sem gerir kaupanda kleift að tryggja sig gagnvart hugsanlegri óvirkni samnings sem hann telur heimilt að gera án útboðstilkynningar. Hér gæti t.d. verið um að ræða samningskaup án auglýsingar, innkaup á þjónustu samkvæmt viðauka I B eða samningsgerð „innan húss“. Eins og fram kemur í athugasemdum við a-lið greinarinnar (100. gr. a) er óvirkni einkorðuð við innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES skv. 78. gr.

Regla 2. mgr. gerir kaupanda kleift að tryggja sig gagnvart óvirkni samnings sem gerður er á grundvelli rammasamnings eða gagnvirks innkaupakerfis. Ætla verður að þegar samningar eru yfir viðmiðunarfjárhæðum, og geta þar af leiðandi orðið andlag óvirkni, komi þessi leið til alvarlegrar skoðunar.

*Um c-lið (100. gr. c).*

Greinin felur í sér innleiðingu á 3. tölul. 2. gr. d tilskipunarinnar. Í greininni er þó því sjónarmiði aukið við texta tilskipunarinnar að til greina geti komið að heimila áframhaldandi framkvæmd samnings um tiltekið skeið sem tekur mið af því að kaupanda hafi gefist færi á að ljúka nýju innkaupaferli vegna sömu innkaupa innan ákveðins tíma. Í norskum tillögum er gert ráð fyrir sérstakri innkaupaheimild í kjölfar dómsniðurstöðu um óvirkni en telja verður að slík almenn heimild kunni að orka tvímælis gagnvart EES-reglum. Þykir eðlilegra að fela kærunefnd útboðsmála mat og treysta því að nefndin muni ekki beita óvirkni með þeim hætti að mikilvægir hagsmunir fari forgörðum. Er hér einkum haft í huga að ýmsir samningar eru forsenda þess að unnt sé að viðhalda reglulegri starfsemi stofnana og opinberra fyrirtækja, þar á meðal stofnana á sviði ýmissar grunnþjónustu. Til grundvallar þessari viðbótarreglu frumvarpsins liggur það sjónarmið að minna þurfi að koma til svo að samningi sé leyft að halda áfram um stutt skeið en ef til stendur að falla alfarið frá óvirkni. Minnt er

á að ef samningi er að einhverju leyti leyft að halda virkni sinni er skylt að beita öðrum viðurlögum.

*Um d-lið (100. gr. d).*

Greinin felur í sér innleiðingu á 2. gr. e tilskipunarinnar. Með greininni er kveðið á um að beita skuli sektum og eða styttingu samninga eftir því sem óvirkni verður ekki beitt að fullu. Réttarúrræðinu sem felst í greininni er þó aðeins hægt að beita á samninga sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum fyrir opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu.

Við útfærslu ákvæðis 2. mgr. um stjórnvaldssektir hefur verið höfð hliðsjón af ákvæðum IX. kafla samkeppnislaga, nr. 44/2005. Gert er ráð fyrir því að tollstjóraembættið annist innheimtu stjórnvaldssekta og er þar af leiðandi lögð sú skylda á kærunefnd að tilkynna tollstjóra um úrskurði um stjórnvaldssektir.

Heimild 3. mgr. til að stytta gildistíma samnings í stað stjórnvaldssekta er í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar. Í samræmi við almenna stefnu frumvarpsins er kærunefnd látið eftir mat til þess að ákveða hvort nýta beri þessa heimild. Er að þessu leyti farin önnur leið en í dönskum lögum þar sem þessi heimild er ekki nýtt. Við beitingu heimildarinnar ber að hafa í huga almenn markmið tilskipunarinnar og frumvarpsins um fullnægjandi viðbrögð við alvarlegum brotum á sviði opinberra innkaupa. Stytting samnings verður því að hafa nægileg varnaðaráhrif sem viðurlög við broti. Af þessum sökum kæmi ekki til greina að láta samning halda virkni að stórum hluta og láta þar við sitja, með vísan til þess að gildistíminn hefði verið stytur, nema í undantekningartilvikum.

Um 19.–21. gr. og ákvæði til bráðabirgða.

Ákvæðin þarfnast ekki skýringa.

## **Fylgiskjal I.**

*Fjármála- og efnahagsráðuneyti,  
fjárreiðu- og eignaskrifstofa:*

### **Mat á áhrifum frumvarpsins á fjárhag sveitarfélaga skv. 129. gr. sveitarstjórnarlaga, nr. 138/2011.**

Sú breyting við réttarvörslu á sviði opinberra innkaupa, sem frumvarpið felur í sér, og þau nýju úrræði sem það kveður á um, leiðir til þess að úrskurðir kærunefndar útboðsmála munu hsafa talsverð áhrif á hagsmuni seljenda og opinberra kaupenda.

Í frumvarpinu er að finna ákvæði um biðtíma við gerð samninga og reglur um sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar vegna kæru. Stöðvun um stundarsakir getur haft kostnað í för með sér vegna tafa við framkvæmdir.

Frumvarpið felur í sér þá meginreglu að samningar sem gerðir eru heimildarlaust án útboðsauglýsingar, meðan á biðtíma stendur, eða stöðvun samningsgerðar vegna meðferðar hjá kærunefnd, eru annaðhvort lýstir óvirkir eða lagðar eru stjórnarsýslusektir á kaupanda. Við það að samningur er lýstur óvirkur skapast álitamál um hvort og að hvaða marki viðsemjandi kaupanda geti átt bótarétt. Í frumvarpinu er gert ráð fyrir að viðsemjandi kaupanda verði skadlaus af samningi, með tilliti til undirbúnings og framkvæmdar samnings að því marki

sem hún hefur farið fram, en eigi hins vegar ekki rétt á bótum fyrir missi hagnaðar. Stjórnvaldssektir geta numið allt að 10% af verðmæti samnings.

Erfitt er að meta að hve miklu leyti ákvæði fumvarpsins muni leiða til fjölgunar kærumála á hendur sveitarfélögum. Sá kostnaðarauki sem kann að lenda á sveitarfélögunum verði frumvarpið að lögum mun að miklu leyti ráðast af því hversu vel ákvæðum laganna um framkvæmd opinberra innkaupa verður framfylgt af hálfu sveitarfélaga.

Kostnaðarmatið var lagt fyrir Samband íslenskra sveitarfélaga sem gerir ekki athugasemd við niðurstöðuna.

#### *Niðurstaða:*

Mat fjármála- efnahagsráðuneytisins, að teknu tilliti til framangreindra óvissuatriða, er að frumvarpið muni hafa einhver kostnaðaráhrif á sveitarfélögin, en að þau verði þó að öllum líkindum óveruleg. Breytingar samkvæmt frumvarpinu gætu einnig lengt málsmeðferð hjá sveitarfélögum og þannig orðið til þess að þyngja stjórnsýslu við innkaup, en ekki er lagt mat á þau áhrif.

## **Fylgiskjal II.**

*Fjármála- og efnahagsráðuneyti,  
fjárlagaskrifstofa:*

### **Umsögn um frumvarp til laga um breytingar á lögum nr. 84/2007, um opinber innkaup (aukin skilvirkni í meðferð kærumála).**

Í frumvarpi þessu eru lagðar til breytingar á ákvæðum laga um opinber innkaup sem fela í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2007/66/EB er varðar aukna skilvirkni í meðferð kærumála vegna gerðar opinberra samninga. Samkvæmt frumvarpinu verður réttarvarsla á sviði opinberra innkaupa áfram í höndum sjálfstæðrar stjórnsýslunefndar, kærunefndar útboðsmála, þó þannig að almennir dómstólar gegni veigamiklu hlutverki. Ný úrræði sem tilskipunin mælir fyrir um, þ.e. óvirkni og önnur viðurlög, verða í höndum kærunefndar.

Sú áherslubreyting við réttarvörslu á sviði opinberra innkaupa, sem tilskipunin felur í sér, og þau nýju úrræði sem hún kveður á um, leiðir til þess að úrskurðir kærunefndar útboðsmála munu hafa mun meiri áhrif á hagsmuni fyrirtækja og kaupenda, sem og hins opinbera almennt, en verið hefur. Líklegt má telja að auknir möguleikar fyrirtækja til að fá hnekk ákvörðunum á sviði opinberra innkaupa gætu leitt til fjölgunar á kærum, a.m.k. fyrst í stað. Þá leiða breyttar reglur um varnaraðild einnig til þess að málsmeðferð mun þyngjast nokkuð. Þær breytingar sem felast í frumvarpi þessu kunna eftir atvikum að kalla á styrkingu á starfsemi kærunefndarinnar með bættum aðbúnaði og starfsaðstöðu. Á móti vegur að í frumvarpinu er lagt til að kærugjald verði þrefaldað og hækki úr 50.000 kr. í 150.000 kr. Tilefni þess er einkum að útgjöld við rekstur nefndarinnar hafa verið mun meiri en gjaldtakan. Tilgangur gjaldsins er einnig að stemma stigu við tilhæfulausum kærum. Á undanförunum árum hefur rekstrarkostnaður við nefndina verið á bilinu 12–14 m.kr. á ári. Tekjur af kærugjaldinu hafa hins vegar numið tæplega 2 m.kr. árlega. Miðað við að málafjöldi fyrir nefndinni verði áþekkur og verið hefur síðustu árin má áætla að tekjur af kærugjaldinu gætu aukist um 4

m.kr. á ári verði hækkunin á því leidd í lög. Tekjur af gjaldinu teljast til ríkistekna og færast á tekjuhlið ríkissjóðs en nefndin fær fjárveitingu til að standa undir útgjöldum sínum.

Fjárhagslegar og stjórnsýslulegar afleiðingar af innleiðingu tilskipunarinnar eru óverulegar fyrir ríkið. Í greinargerð frumvarpsins kemur fram að aukin áhrif kærunefndar útboðsmála gætu leitt af sér aukin umsvif kærunefndarinnar og fjölgun kærumála. Afar erfitt er að ráða í þróun á fjölda kæra sem munu berast til kærunefndarinnar á komandi misserum og árum og hvort ákvæði frumvarpsins kunni að leiða til þess að málum fjölgi eða þau verði umfangsmeiri og þar með er ekki hægt að meta nákvæmlega hvort einhver kostnaðaraukning hlýst af þeim sökum. Miðað við þær forsendur sem liggja fyrir má reikna með að lögfesting frumvarpsins hafi í för með sér að tekjur af kærugjaldi aukist um nálægt 4 m.kr. á ári. Meiri óvissa er um í hvaða mæli það kann einnig að auka kostnað við málsmeðferðir en ekki virðist þó ástæða til að ætla að kostnaðarhækkun geti orðið umfram tekjuaukninguna.