

Athugasemdir við lagafrumvarp þetta.

I. Aðdragandi frumvarpsins.

Hinn 31. mars 2004 var samþykkt tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga (útboðstilskipunin) svo og tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu (veitutilskipunin). Þessar tilskipanir voru teknar upp í XVI. viðauka við EES-samninginn 2. júní 2006 með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006. Við aðlögun tilskipananna að EES-samningnum var gert ráð fyrir því að þær hefðu verið leiddar í lög aðildarríkjanna fyrir 1. janúar 2007. Þær breytingar sem frumvarpið felur í sér koma því fyrst og fremst til af breytingum á áðurgreindum reglum EES-samningsins.

Skúla Magnússyni héraðsdómara og dósent við lagadeild Háskóla Íslands var falið að semja uppkast að frumvarpi til nýrra laga um opinber innkaup í samstarfi við Stefán Jón Friðriksson deildarstjóra í fjármálaráðuneyti og Ingva Má Pálsson deildarstjóra í fjármálaráðuneyti. Þá hefur ráðuneytið leitað aðstoðar Eiríks Elíasar Þorlákssonar hdl., sem jafnframt er ritari kærunefndar útboðsmála, við samningu frumvarpsins.

Leitað hefur verið umsagnar um frumvarpið af hálfu helstu aðila sem koma að opinberum innkaupum. Umsagnir bárust frá Ríkiskaupum, Vegagerðinni, Reykjavíkurborg, Framkvæmdasýslu ríkisins, Samtökum atvinnulífsins, Samtökum iðnaðarins, Félagi íslenskra stórkaupmanna og kærunefnd útboðsmála. Ýmsar gagnlegar ábendingar og tillögur voru settar fram af hálfu þessara aðila og var leitast við að taka tillit til þeirra í meginatriðum.

II. Reynslan af lögum nr. 94/2001, um opinber innkaup.

Með setningu laga nr. 94/2001 fór fram heildarendurskoðun á reglum um opinber innkaup, en slík endurskoðun var þá löngu orðin tímabær vegna skuldbindinga íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Með setningu laganna var efnisreglum um opinber innkaup skipað í einn heildstæðan lagabálk í stað þess að þessar reglur væri að finna í fleiri lagabálkum, svo og umfangsmikilli reglugerð um opinber innkaup. Um nánari þróun íslenskra reglna um opinber innkaup má vísa til athugasemda við það frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001.

Samhliða setningu laga nr. 94/2001 fór fram endurskoðun á reglum viðvirkjandi stjórnsýslu ríkisins á sviði verklegra framkvæmda, sbr. lög nr. 84/2001, um skipan opinberra framkvæmda, en þessi lög tóku gildi 15. júní 2001 líkt og lög nr. 94/2001. Á grundvelli 6. gr. laga nr. 94/2001 var sett reglugerð nr. 75/2001 um innkaup veitustofnana. Þá var sett reglugerð nr. 655/2003 um opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu þar sem m.a. var brugðist við ýmsum athugasemdum sem Eftirlitsstofnun EFTA hafði gert við innleiðingu EES-reglna um opinber innkaup.

Sú stefna var mörkuð með lögum nr. 94/2001 að skapa samræmi milli reglna um opinber innkaup undir innlendum viðmiðunarfjárhæðum annars vegar (innkaup innanlands) og reglna um innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES hins vegar (innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu). Með þessari samræmingu var m.a. útilokað að aðili teldist útboðsskyldur innanlands án þess að vera útboðsskyldur á Evrópska efnahagssvæðinu eða öfugt. Með þessu voru einnig heimildir til ýmissa innkaupaferla við innkaup innanlands, t.d. samningskaupa, skýrðar og færðar til samræmis við EES-reglur. Þá fólu lögin í sér þá mikilvægu breytingu að sett var á fót sjálfstæð úrskurðarnefnd, kærunefnd útboðsmála.

Framangreind stefnumótun gerði það vissulega að verkum að reglur um opinber innkaup urðu talsvert flóknari að framsetningu en áður hafði tíðkast. Nánar tiltekið gerðu lögin ráð

fyrir því að um opinber innkaup innanlands giltu sambærilegar efnisreglur og giltu um opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu, þó þannig að reglur um auglýsingar og fresti voru eðli málsins samkvæmt aðrar og einfaldari. Þetta atriði virðist ekki hafa valdið vandræðum í framkvæmd. Þvert á móti telja þeir aðilar sem koma að opinberum innkaupum að lög nr. 94/2001 hafi leitt til þess að reglur um opinber innkaup hafi orðið skýrari og aðgengilegri. Reynslan af núgildandi lögum gefur því ekki tilefni til þess að hvika frá þeirri meginstefnu að nota EES-reglur sem fyrirmynd þegar kveðið er á um opinber innkaup innanlands.

Reynslan af kærunefnd útboðsmála er almennt góð, enda þótt allir verði eðli málsins samkvæmt seint sáttir um hverja einustu úrlausn nefndarinnar. Málafjöldi hjá nefndinni, sem fór vaxandi á árunum 2002 (37 mál), 2003 (40 mál) og 2004 (49), virðist hafa náð nokkrum stöðugleika. Á árinu 2005 voru þannig 40 kærur móttæknar hjá kærunefndinni sem er fækkun frá árinu þar á undan. Kröfum um stöðvun útboðs eða samningsgerðar um stundarsakir hefur hins vegar fjölgað (2002: 3 beiðnir, 2003: 12 beiðnir, 2004: 10 beiðnir og 2005: 21 beiðni). Fyrirliggjandi tölur um mál þar sem fallist hefur verið að einhverju leyti eða öllu á sjónarmið kæranda benda til þess að eitthvað sé um tilefnislitlar kærur (2002: 9 mál, 2003: 11 mál, 2004: 14 mál og 2005: 10 mál). Er því talið æskilegt að lagt sé á hóflegt gjald fyrir kærur til nefndarinnar með það að markmiði að kærur séu einungis lagðar fram að vel athuguðu máli. Á þeim tíma sem liðinn er frá því nefndin tók til starfa hefur aðeins eitt mál verið höfðað beinlínis til ógildingar á úrskurði nefndarinnar. Í tveimur öðrum tilvikum hafa kærendur höfðað dómsmál eftir að hafa aflað álits kærunefndarinnar á skaðabótaskyldu viðkomandi opinbers aðila, sbr. dóm Hæstaréttar 26. febrúar 2004 í máli nr. 347/200 (Nýherji hf.) og dóm Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005 (Íslenskir aðalverktakar hf.). Þessar tölur benda til þess að fyrirtæki uni í yfirgnæfandi fjölda tilvika við úrskurði kærunefndar útboðsmála. Það meginmarkmið að skapa fyrirtækjum skilvirkt réttarræði á sviði opinberra innkaupa, án óhóflegs kostnaðar fyrir fyrirtæki eða hið opinbera, virðist því hafa náðst.

Kvartanir hagsmunaaðila varðandi réttarræði á sviði opinberra innkaupa hafa fyrst og fremst beinst að úrræðum nefndarinnar, þ.e. takmörkuðum möguleikum hennar til að fella úr gildi samninga sem þegar hafa verið gerðir, en ekki að málsmeðferð nefndarinnar sjálfar. Við þessu atriði er brugðist í frumvarpinu eins og síðar greinir. Einnig er reynt að bregðast við nokkrum álitafnum um skýringu á reglum um málsmeðferð nefndarinnar, eins og einnig verður vikið að síðar. Þessi atriði teljast þó öll minni háttar. Reynslan af lögum nr. 94/2001 gefur því ekki tilefni til annars en að viðhalda svipuðu fyrirkomulagi og verið hefur við eftirlit og úrlausn á kærur á sviði opinberra innkaupa.

Að því er varðar innleiðingu á EES-reglum hefur Eftirlitsstofnun EFTA gert nokkrar athugasemdir við lög nr. 94/2001. Eins og áður segir var reynt að bregðast við þessum athugasemdum, sem flestar vörðuðu formlega framsetningu á reglum, en sjaldnast atriði með efnislega þýðingu, með setningu reglugerðar nr. 655/2003 um opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu. Við núverandi endurskoðun laga um opinber innkaup er sjálfsagt að bregðast við þessum athugasemdum stofnunarinnar sem flestar beinast að því að orðalagi í tilskipunum hafi ekki verið fylgt eftir með nægilega mikilli nákvæmni. Í þessu sambandi skal á það minnt að sú stefna var mörkuð með gildandi lögum að færa efnisákvæði um opinber innkaup almennt úr reglugerðum og yfir í sett lög.

Samkvæmt framangreindu er reynslan af lögum nr. 94/2001 að meginstefnu jákvæð. Með fáum undantekningum er því ekki ástæða til að víkja frá þeirri stefnu sem mótuð var með setningu laganna, nema að því marki sem það er nauðsynlegt vegna breytinga sem leiðir af útboðstilskipuninni.

III. Helstu breytingar á reglum um opinber innkaup sem leiðir af útboðstilskipuninni.

Um þróun reglna Evrópubandalagsins um opinber innkaup má vísa til athugasemda við það frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001. Hér skal þó rifjað upp að fyrir setningu tilskipunar nr. 2004/18/EB gildi sín hver tilskipunin um opinber innkaup á þjónustu, vörum og verkum (tilskipanir ráðsins nr. 92/50/EBE, nr. 93/36/EBE og nr. 93/37/EBE), en þessum þremur tilskipunum hafði verið breytt með tilskipun nr. 97/52/EB. Í stað þessara þriggja tilskipana gildir tilskipun nr. 2004/18/EB, útboðstilskipunin, nú um öll opinber innkaup sem ekki falla undir tilskipun nr. 2004/17/EB (veitutilskipunin), en sú tilskipun tekur við af tilskipun nr. 93/38/EBE. Áfram gilda svokallaðar eftirlitstilskipanir, þ.e. annars vegar tilskipun nr. 89/665/EBE sem lýtur að eftirliti og réttarúræðum vegna vöru-, þjónustu- og verksamninga og hins vegar tilskipun nr. 92/13/EBE sem lýtur að samningu veitustofnana. Endurskoðun á þessum tilskipunum á vettvangi EB hefur raunar þegar verið hafin (sjá tillögu framkvæmdastjórnarinnar, COM [2006] 195). Verði umræddum tilskipunum breytt kann að verða nauðsynlegt að breyta í einhverjum atriðum ákvæðum laganna um kærunefnd útboðsmála, án þess þó að um grundvallarbreytingar verði að ræða.

Samkvæmt framangreindu leiðir þá meginbreytingu af tilskipun nr. 2004/18/EB að í stað þriggja útboðstilskipana gildir nú ein heildstæð tilskipun fyrir öll innkaup á vettvangi EB sem ekki falla undir veitutilskipunina svonefndu. Þessi breyting á framsetningu hefur minni áhrif á íslenska löggjöf um opinber innkaup en ella þar sem það skref hafði þegar verið stigið með lögum nr. 94/2001 að steypa öllum reglum um opinber innkaup saman í einn heildstæðan lagabálk.

Helstu efnislegu breytingar á reglum EB um opinber innkaup sem leiðir af tilskipun nr. 2004/18/EB eru eftirfarandi:

1. Reglur um opinber innkaup taka að fullu til innkaupa á fjarskiptaþjónustu andstætt tilskipun nr. 92/50/EBE (sjá II. viðauka B tilskipunar).
2. Skýrt kemur fram að innkaup á sviði varnarmála falli undir reglur um opinber innkaup (sjá 10. gr. tilskipunar).
3. Reglur um viðmiðunarfjárhæðir eru einfaldaðar og allar fjárhæðir settar fram í evrum (sjá 9. gr. tilskipunar).
4. Settar hafa verið reglur um miðlægar innkaupastofnanir og því slegið föstu að opinberum aðila sé heimilt að kaupa inn í gegnum slíkar stofnanir svo lengi sem þær fylgja sjálfar reglum um opinber innkaup (sjá 11. gr. tilskipunar).
5. Ítarlegri reglur hafa verið settar um veitingu sérleyfis á verkum (sjá 56.–61. gr.) og því slegið föstu að veiting sérleyfis á þjónustu falli utan tilskipunarinnar (sjá 17. gr. tilskipunar).
6. Kveðið hefur verið á um heimildir til að taka frá ákveðna samninga fyrir verndaða vinnustaði (19. gr. tilskipunar).
7. Reglur um tækniforskriftir eru nú afdráttarlausari um skyldu til að nota staðla, en í stað tilvísunar til staðla má nú einnig vísa til krafna um virkni eða hagnýtingu (sjá 23. gr. tilskipunar).
8. Aðeins er nú heimilt að leggja fram frávikstilboð ef tekið er fram í útboðsgögnum að þetta sé heimilt (sjá 24. gr. tilskipunar).
9. Heimilt er nú að gera kröfur til þess að samningur, t.d. um verk, sé framkvæmdur með ákveðnum hætti, t.d. með tilliti til umhverfisverndar eða samfélagslegra sjónarmiða (sjá 10. gr. tilskipunar).

10. Settar hafa verið reglur um heimild til svokallaðra samkeppnisviðræðna þegar um er að ræða flókna samninga. Um er að ræða nýja tegund innkaupaferlis sem svípar um margt til samningskaupa að undangenginni auglýsingu, án þess þó að skilyrðin fyrir því að nota þetta innkaupaferli séu jafnströng (sjá 29. gr. tilskipunar).
11. Skýrari reglur hafa verið settar um kröfur um að þátttakendur í opinberum innkaupum fari að reglum viðkomandi ríkis um skatta, umhverfisvernd, öryggismál og kjaramál (sjá 27. gr. tilskipunar).
12. Ítarlegri reglur hafa verið settar um framkvæmd samningskaupa og rýmkaðar heimildir til samningskaupa vegna viðskipta í kauphöll eða vegna kaupa af þrotabúum á óvenjulega góðum kjörum o.þ.h. (sjá c- og d-lið 1. mgr. 31. gr. tilskipunar).
13. Slegið hefur verið föstum heimildum til að nota rammamninga og nánari reglur settar um gerð og framkvæmd slíkra samninga (sjá 32. gr. tilskipunar).
14. Kveðið á um heimildir til að kaupa inn á grundvelli svokallaðs gagnvirks innkaupakerfis (sjá 33. gr. tilskipunar).
15. Afdráttarlausari reglur hafa verið settar um tilkynningar og rökstuðning (sjá 41. gr. tilskipunar).
16. Rýmri heimildir hafa verið markaðar til notkunar rafrænna miðla við opinber innkaup (sjá 42. gr. tilskipunar).
17. Skýrari reglur hafa verið settar um val á þátttakendum í forvali (sjá 3. mgr. 44. gr. tilskipunar).
18. Ítarlegri reglur um hvaða kröfur heimilt er að gera til þátttakenda í opinberum innkaupum (sjá 45.–52. gr. tilskipunar) auk þess sem reglur hafa verið settar sem skylda opinberan aðila til að vísa fyrirtæki frá útboði (sjá 1. mgr. 45. gr. tilskipunar)
19. Skýrari reglur hafa verið settar um leyfilegar forsendur fyrir vali tilboðs og tengsl þeirra við efni samnings. Nú er skylt að kveða á um vægi þegar um fleiri valforsendur er að ræða (53. gr. tilskipunar).
20. Kveðið á um heimildir til að nota svokölluð rafræn uppboð við opinber innkaup, en þar er um að ræða innkaup sem fram fara sjálfvirk með aðstoð rafrænna miðla (sjá 54. gr. tilskipunar).
21. Afdráttarlausari reglur hafa verið settar um heimild til að hafna óeðlilega lágum tilboðum vegna ólögmetra ríkisstyrkja (55. gr. tilskipunar).

Sú breyting sem gæti haft hvað mesta þýðingu fyrir framkvæmd opinberra innkaupa hér á landi er framangreind heimild til samkeppnisviðræðna. Hér er um að ræða innkaupaferli sem er mun sveigjanlegra en almennt eða lokað útboð. Eina skilyrðið fyrir notkun samkeppnisviðræðna er að um sé að ræða „sérlega flókinn samning“ og að það sé mat kaupanda að ekki sé unnt að gera samning á grundvelli almenns eða lokaðs útboðs. Hér er því um að ræða nokkuð almenna heimild til að víkja frá kröfunni um almennt eða lokað útboð með það að markmiði að skapa aukinn sveigjanleika við opinber innkaup.

Tilskipanir nr. 2004/17/EB og nr. 2004/18/EB voru teknar upp í XVI. viðauka við EES-samninginn 2. júní 2006 með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 68/2006. Að því er varðar tilskipun nr. 2004/18/EB var tilskipunin tekin upp í samninginn án þess að um væri að ræða efnisleg frávík á ákvæðum hennar vegna aðlögunar hennar að EES-samningnum. Um aðlögun tilskipananna að EES-samningnum vísast að öðru leyti til ákvörðunar sameiginlegu EES-nefndarinnar sem birt var 7. september 2006 í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi ESB nr. 44/2006.

Með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar voru einnig teknar upp í XVI. viðauka reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 1874/2004 sem lýtur að viðmiðunarfjárhæðum, reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 1564/2005 sem lýtur að stöðluðum eyðublöðum við auglýsingar og tilkynningar og tilskipun framkvæmdastjórnarinnar 2005/51/EB sem felur í sér breytingu á XX. viðauka veitutilskipunarinnar og VIII. viðauka útboðstilskipunarinnar. Með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 69/2006 (sbr. EES-viðbæti við Stjórnartíðindi ESB nr. 44/2006, útg. 7. september 2006) voru teknar upp í XVI. viðauka tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2005/75/EB og reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 2083/2005 þar sem gerðar voru smávægilegar leiðréttingar á ákvæðum útboðstilskipunarinnar og veitutilskipunarinnar.

IV. Helstu efnisatriði frumvarpsins og breytingar frá gildandi lögum.

1. Eitt heildstætt regluverk fyrir innkaup yfir og undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins.

Áfram er fylgt þeirri löggjafarstefnu að láta efnisreglur EES-samningsins um opinber innkaup einnig gilda um opinber innkaup yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum. Með frumvarpinu er þannig innkaupastefnu íslenska ríkisins markaður lagalegur farvegur auk þess sem leiddar eru í íslensk lög reglur EES-réttar um opinber innkaup. Af þessum sökum er hugtakanotkun, gildissvið og undanþágur frá reglum um opinber innkaup (sbr. 1. þátt frumvarpsins) hið sama hvort heldur er um að ræða innkaup yfir eða undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins. Af sömu ástæðum eru þær reglur um opinber innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins sem er að finna í 2. þætti frumvarpsins að langmestu leyti sóttar í útboðstilskipunina. Allar þær breytingar á innkaupareglum EES-samningsins sem leiðir af útboðstilskipuninni verða þannig hluti að íslenskum rétti, hvort heldur er um að ræða innkaup yfir eða undir viðmiðunarfjárhæðum samningsins. eru það því fyrst og fremst þau ákvæði 2. þáttar sem snúa að auglýsingum og frestum sem eru, eðli málsins samkvæmt, frábrugðin reglum tilskipunarinnar. Samkvæmt frumvarpinu er veiting sérleyfissamninga um verk þó undanþegin ákvæðum 2. þáttar frumvarpsins og reglur um hönnunarsamkeppni eru nokkuð einfaldaðar frá ákvæðum tilskipunarinnar. Að þessum frávikum frátöldum má hins vegar almennt ganga út frá því að sömu efnisreglur gildi um innkaup yfir og undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins. Af þessum sökum er einnig mögulegt að vísa til ákvæða 2. þáttar að því er varðar innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins, sbr. 3. þátt, en vísa að öðru leyti til hlutaðeigandi ákvæða tilskipunarinnar. Er þar einkum um að ræða þau ákvæði tilskipunarinnar sem lúta að tilkynningum, auglýsingum og skýrslum.

2. Reglur um innkaup veitustofnana.

Líkt og í gildandi lögum er ekki gert ráð fyrir því að þeir aðilar sem falla undir veitutilskipunina (tilskipun nr. 2004/17/EB) séu gerðir útboðsskyldir umfram það sem leiðir af reglum EES-samningsins. Að því er varðar þessa aðila þarf því eingöngu að leiða veitutilskipunina í íslensk lög, en ekki þarf að móta sérstakar reglur um innkaup þessara aðila undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins. Því er gert ráð fyrir því að tilskipun nr. 2004/17/EB verði leidd í lög með setningu reglugerðar. Það eru því eingöngu XIV. og XV. kaflar frumvarpsins sem gilda um innkaup þessara aðila en þessir kaflar fela m.a. í sér innleiðingu tilskipunar nr. 92/13/EBE sem lýtur að eftirliti og réttarræðum við gerð samninga veitustofnana. Athygli er vakin á því að lög nr. 15/2005, um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað, heimila að vísað sé til birtingar í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins. Er því

heimilt að vísa beint til ákvæða tilskipunar nr. 2004/17/EB í reglugerð í stað þess að umrita ákvæði hennar í reglugerð, líkt og gert er nú.

3. Reglur um innkaup sveitarfélaga.

Líkt og í gildandi lögum er ekki gert ráð fyrir því að ríkari skyldur séu lagðar á sveitarfélög en leiðir af skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Svo sem verið hefur er sveitarfélögunum þannig í sjálfsvald sett hvort þau undirgangast þær auknu skyldur við opinber innkaup sem felast í 2. þætti frumvarpsins sem gildir um innkaup ríkis og ríkisstofnana.

4. Fyrirkomulag opinberra innkaupa.

Reglur um aðferðir við opinber innkaup, eða innkaupaferli eins og það er nefnt í frumvarpinu, eru að meginstefnu óbreyttar. Meginreglan er þannig áfram sú að opinber innkaup fari fram á grundvelli útboða, annaðhvort lokaðs útboðs að undangengnu forvali eða almenns útboðs. Mikilvæg breyting á innkaupaferlum felst hins vegar í áðurlýstum reglum um svo nefndar samkeppnisviðræður. Tilskipunin felur einnig í sér nýjar reglur um rammásamninga, en ekki er gert ráð fyrir því að þessar reglur muni fela í sér óhjákvæmilegar breytingar á rammásamningskerfi Ríkiskaupa. Í frumvarpinu er að finna reglur um gagnvirk innkaupaferfi svo og rafræn uppboð sem má að vissu leyti telja til sérstakra innkaupaferla. Verði frumvarpið að lögum verðum íslenskum aðilum heimilt að nota þessar nýju tegundir innkaupaferla. Tíminn verður að leiða í ljós hvort þessar heimildir verða nýttar.

5. Samningar undanþegnir útboðsskyldu.

Ekki er um að ræða neinar verulegar breytingar frá gildandi lögum að því er varðar þá samninga sem reglur um opinber innkaup taka til. Af tilskipuninni leiðir að reglurnar taka nú að fullu til innkaupa á fjarskiptaþjónustu, en samkvæmt gildandi lögum fellur þessi þjónusta undir I. viðauka B. Sérleyfissamningar um verk eru áfram undanþegnir þegar um er að ræða innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins. Ef um er að ræða veitingu sérleyfissamninga um verk yfir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins gilda hins vegar nokkuð ítarlegri reglur en áður, sbr. XI. kafla frumvarpsins. Sérleyfissamningar á sviði þjónustu falla að meginstefnu ekki undir reglur um opinber innkaup. Ráðherra er sem fyrr heimilt að setja reglur um gerð þessara samninga að því er varðar ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki og leggja þannig á þau ríkari skyldur en leiðir af almennum reglum frumvarpsins.

6. Útboðsgögn, framkvæmd útboða og val tilboðs.

Reglur frumvarpsins um útboðsgögn, framkvæmd útboða og val tilboðs eru í nokkrum atriðum ítarlegri en samkvæmt gildandi lögum. Vísast um þetta til umfjöllunar um þær breytingar sem felast í útboðstilskipuninni og raktar eru hér að framan. Í frumvarpinu er þannig að finna nokkuð ítarlegar reglur um framkvæmd hönnunarsamkeppni sem að meginstefnu svara til reglna tilskipunarinnar um þetta efni. Ef hönnunarsamkeppni er yfir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins ber hins vegar að fylgja beint reglum tilskipunarinnar, sbr. XI. kafla frumvarpsins. Þá mikilvægu breytingu er að finna í 76. gr. frumvarpsins að frá því að ákvörðun um val tilboðs er tilkynnt þar til tilboð er endanlega samþykkt skulu almennt líða a.m.k. 10 dagar. Með þessu gefst bjóðendum kostur á að koma á framfæri kærufundum útboðsmála og krefjast þess að samningsgerð verði stöðvuð um stundarsakir. Er bjóðendum þannig betur en áður tryggt raunhæft úrræði til þess að fá ákvörðun kaupanda um val

á tilboði hnekt. Er nánar fjallað um efni þessarar reglu og rökin að baki henni í athugasemdum við 76. gr. frumvarpsins.

7. Sérreglur um opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu.

Líkt og í gildandi lögum er við miðað að ráðherra birti viðmiðunarfjárhæðir samkvæmt EES-samningnum í reglugerð, en þessar fjárhæðir ber að uppfæra á tveggja ára fresti til samræmis við gengi íslensku krónunnar gagnvart evrunni. Að því er varðar þessi innkaup er kveðið á um að við þessi innkaup skuli fara að ákvæðum 35.–43. gr. tilskipunarinnar, en hér er fyrst og fremst um að ræða reglur um tilkynningar, auglýsingar og fresti. Að öðru leyti fer um þessi innkaup samkvæmt sömu reglum og gilda um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins, þó með nokkrum frávikum sem nánar eru tilgreind í 79. gr. frumvarpsins. Gert er ráð fyrir því að ráðherra innleiði reglur um viðmiðunarfjárhæðir, stöðluð eyðublöð vegna auglýsinga o.þ.h. með reglugerð (sbr. reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 1874/2004, reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 1564/2005 og tilskipun framkvæmdastjórnarinnar 2005/51/EB). Gert er ráð fyrir því að tilskipunin verði birt í heild í Stjórnartíðindum sem fylgiskjal við frumvarpið, verði það að lögum.

8. Ríkiskaup.

Ákvæði frumvarpsins um Ríkiskaup svara til ákvæða gildandi laga, þó þannig að tekið hefur verið tilliti til ákvæða tilskipunarinnar um miðlæggar innkaupastofnanir og sérstök stjórn Ríkiskaupa hefur verið lögð niður. Ekki verður séð að þessi ákvæði hafi í för með sér efnislegar breytingar fyrir starfsemi Ríkiskaupa.

9. Réttarúrræði og skaðabætur.

Ákvæði XIV. kafla um kærunefnd útboðsmála eru að meginstefnu efnislega sambærileg og í gildandi lögum. Í frumvarpinu er þó gert ráð fyrir því að tekið verði upp hóflegt kærugjald, eins og áður greinir. Þá eru reglur um fresti skýrðar til samræmis við framkvæmd nefndarinnar. Reglur XV. kafla um gildi samninga og skaðabætur eru óbreyttar. Hér skal þó rifjað upp að þá mikilvægu breytingu er að finna í frumvarpinu að frá því að ákvörðun um val tilboðs er tilkynnt þar til tilboð er endanlega samþykkt skulu almennt líða a.m.k. 10 dagar. Kemur þannig mun síður upp sú staða að bjóðandi sem telur á sig hallað standi frammi fyrir því að samningur hafi þegar verið gerður. Samkvæmt reglum frumvarpsins hefur hann a.m.k. 10 daga til að koma á framfæri kæru hjá kærunefnd útboðsmála og krefjast þess að samningsgerð verði stöðvuð um stundarsakir. Ef fallist er á þá kröfu hans og ákvörðun um val á tilboði er felld úr gildi í framhaldinu hefur bjóðandinn raunhæfa möguleika á að verða valinn til samningsgerðar. Er þetta nýmæli frumvarpsins í samræmi við nýlega lagasetningu í Danmörku. Þá má búast við því að regla sem þessi verði sett á vettvangi Evrópubandalagsins við þá endurskoðun á eftirlitstilskipunum sem áður greinir. Að öðru leyti er vísað til skýringa við 76. gr. frumvarpsins.

10. Afstaða frumvarpsins til annarra laga.

Eftir að núgildandi lög tóku gildi hefur risið vafi um það atriði hvort og þá að hvaða marki stjórnarsýslulög, nr. 37/1993, gilda um ákvarðanir og aðrar athafnir kaupenda á sviði opinberra innkaupa. Núverandi ástand felur í sér óþolandi óvissu um réttarreglur á sviði opinberra innkaupa þar sem ýmsar reglur, sem eru sérsniðnar að framkvæmd opinberra innkaupa og þeim hagsmunum sem þar eru í húfi, rekast á við reglur stjórnarsýslulaga um rannsóknarskyldu

stjórnvalds, andmælarétt, leiðbeiningaskyldu o.s.frv. Í ljósi tæmandi reglna um réttindi fyrirtækja gagnvart kaupanda á sviði opinberra innkaupa þykir engin ástæða til þess að almenn stjórnslulög gildi um það svið sem hér er um að ræða. Er einnig ljóst að önnur niðurstaða leiðir til óvissu og óæskilegra tafa við opinber innkaup. Á þetta því frekar við nú þegar tekið hefur gildi umrædd tilskipun um opinber innkaup sem hefur að geyma enn ítarlegri ákvæði en fyrri tilskipanir um þau innkaupaferli sem um er að ræða og réttarstöðu fyrirtækja gagnvart kaupendum. Að lokum má rifja upp að við setningu laga nr. 94/2001 var litið svo á að stjórnslulög tækju ekki til opinberra innkaupa ef frá væri talinn II. kafli laganna. Af þessum sökum er lagt til að tekin séu af tvímæli um að stjórnslulög gildi ekki um ákvarðanir sem teknar eru samkvæmt frumvarpinu að frátöldum ákvæðum II. kafla stjórnslulaga, nr. 37/1993, um sérstakt hæfi. Skal áréttað að með þessari reglu frumvarpsins er stefnt að því að skýra réttarreglur á sviði opinberra innkaupa en ekki skerða rétt fyrirtækja á þessu mikilvæga sviði.

Athugasemdir við einstaka þætti, kafla og greinar frumvarpsins.

Um 1. gr.

Í greininni er rætt um „fyrirtæki“ í stað „þjóðanda“, sbr. 1. gr. núgildandi laga. Er þetta í samræmi við breytta hugtakanotkun í tilskipuninni, sbr. 2. gr. frumvarpsins. Eins og þar kemur fram er heitið „fyrirtæki“ notað til einföldunar sem samheiti yfir verktaka, seljanda vöru og veitanda þjónustu, en „þjóðandi“ aðeins yfir fyrirtæki sem lagt hefur fram tilboð í opinberum innkaupum. Að öðru leyti má vísa til almennra athugasemda við það frumvarp sem varð að núgildandi lögum.

Um 2. gr.

Í þessari grein er að finna skilgreiningar á hugtökum sem svarar efnislega til 1. gr. tilskipunarinnar. Vakin er athygli á því að í nokkrum tilvikum er um að ræða ný hugtök sem ekki koma fyrir í gildandi lögum. Hér má einkum nefna hugtökin „gagnvirk innkaupakerfi“ og „rafrænt uppboð“ sem bæði vísa til nýrra innkaupaferla. Í samræmi við hugtakanotkun tilskipunarinnar er hugtakið „þjóðandi“ nú aðeins notað yfir aðila sem leggur fram endanlegt tilboð. Aðili sem tekur þátt í forvali eða öðrum aðdraganda opinberra innkaupa án þess að leggja fram tilboð mundi yfirleitt teljast „þátttakandi“ í skilningi frumvarpsins. Þá er hugtakið „fyrirtæki“ notað til einföldunar yfir verktaka, seljanda vöru og veitanda þjónustu, en hér er í raun um að ræða alla þá sem hugsanlega gætu tekið þátt í opinberum innkaupum, án tillits til þess hvort þeir hafa gert það í raun og veru.

Ólíkt því sem fram kemur í 1. gr. tilskipunarinnar eru nokkur hugtök skilgreind til fullnustu í efnisákvæðum en ekki í orðskýringagrein frumvarpsins og er hér fylgt þeirri uppbyggingu sem fram kemur í gildandi lögum. Um hugtökin „opinberir samningar“, „verksamningar“ eða opinberir verksamningar“, „vörusamningar“ eða opinberir vörusamningar“ og „þjónustusamningar“ eða opinberir þjónustusamningar“ vísar greinin þannig til ákvæða 4. gr. frumvarpsins þar sem skilgreint er til hvaða samninga lögín taki.

Í tilskipuninni er hugtakið „samningsaðili“ (e. Contracting authority) notað um þá sem skyldir eru til að kaupa inn samkvæmt reglum tilskipunarinnar. Í samræmi við hugtakanotkun gildandi laga er orðið „kaupandi“ notað í frumvarpinu yfir þessa aðila. Greinin vísar í þessu sambandi til 3. gr. frumvarpsins þar sem nánar er tilgreint hverjir teljist slíkir aðilar, m.a. hverjir teljist til „annarra opinberra aðila“ sem svarar efnislega til enska hugtaksins „a body governed by public law“, sbr. 9. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar.

Í 10. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar er að finna skilgreiningu á „miðlægri innkaupastofnun“ sem tekin er upp í frumvarpið. Í XIII. kafla frumvarpsins er að finna nánari reglur um rekstur miðlægrar innkaupastofnunar á vegum ríkisins, Ríkiskaupa. Í frumvarpinu er ekki að finna sérstaka heimild fyrir ýmsa sjálfstæða opinbera aðila, t.d. sveitarfélög, til að setja fót miðlægar innkaupastofnanir enda er slík heimild óþörf með hliðsjón af almennum valdheimildum þeirra. Tekið skal fram að miðlæg innkaupastofnun verður að vera til þess hæf að bera réttindi og skyldur að lögum. Þá er það skilgreiningaratriði að hún þjóni fleiri opinberum aðilum. Innkaupadeildir stofnana eða innkaupastofnanir einstakra sveitarfélaga geta af þessari ástæðu ekki talist „miðlægar innkaupastofnanir“ í skilningi frumvarpsins.

Í c-lið 11. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar er skilgreint hugtakið „sérlega flókinn samningur“ (e. particularly complex contracts), sem vísar til ákvæða tilskipunarinnar um samkeppnisviðræður. Við samningu frumvarpsins þótti hentugra að þetta hugtak væri skilgreint í því ákvæði frumvarpsins sem fjallar um samkeppnisviðræður. Að því er varðar skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt uppboð“ er vakin athygli á því að ákveðnir verk- og þjónustusamningar, eins og þeir sem fela í sér sköpun hugverks, t.d. hönnun verks, geta eðli málsins samkvæmt ekki verið andlag rafrænna uppboða, eins og skýrlega er tekið fram í 7. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar.

Í gildandi lögum er að finna sérstakar skilgreiningar á hugtökunum „forval“, „frávíkstilboð“ og „útboð“ sem er sleppt í frumvarpinu. Þessi breyting helgast í fyrsta lagi af því að í tilskipuninni er ekki að finna skilgreiningar á þessum hugtökum. Í samræmi við þá almennu stefnumörkun sem liggur frumvarpinu til grundvallar þykir heppilegt að samræmi sé á milli íslenskra laga og tilskipunarinnar að þessu leyti. Þá er á það bent á að í frumvarpinu er að finna ítarleg fyrirmæli um „forval“, „frávíkstilboð“ og „útboð“ sem gera sjálfstæðar skilgreiningar á þessum ferlum óþarfar og í raun óheppilegar.

Hugtakið „örútboð“ er ekki skilgreint sérstaklega í tilskipuninni, en hér er um það að ræða að kaupandi láti fara fram samkeppni meðal a.m.k. þriggja rammamningshafa á grundvelli rammamnings, sbr. nánari ákvæði 5. mgr. 34. gr. frumvarpsins. Skilgreiningin á örútboði er sett fram til hagræðis og er með henni í engu vikið frá fyrirmælum 34. gr. frumvarpsins.

Um 3. gr.

Hér er um að ræða efnislega óbreytt ákvæði frá 3. gr. gildandi laga, þó þannig að fellt er út ákvæði um að tekjur aðila á grundvelli gagnkvæms viðskiptasamnings við opinberan aðila teljast ekki opinber fjármögnun. Ástæðulaust þykir að áréttu sérstaklega að greiðslur til aðila samkvæmt gagnkvæmum viðskiptasamningum teljist ekki fjármögnun í skilningi a-liðar 2. mgr. líkt og gert er í núgildandi lögum, enda leiðir þetta skýrlega af orðalagi málsgreinarinnar. Leggja ber áherslu á að með greininni er lögfest sú skilgreining á opinberum aðila sem fram kemur í 9. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Vísast að öðru leyti til ítarlegra athugasemda við 3. gr. þess frumvarps sem varð að lögum nr. 94/2001 um nánara efni greinarinnar.

Um 4. gr.

Hér er að meginstefnu um að ræða óbreytt ákvæði frá 4. gr. gildandi laga, þó þannig að fylgt er þeirri nánari framsetningu sem fram kemur í 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Í samræmi við þetta falla „sérleyfissamningar um verk“ ekki lengur undir hugtakið „verksamningur“ líkt og í gildandi lögum, en um slíka samninga eru sérstök ákvæði í XI. kafla frumvarpsins. Þá er vakin athygli á því að í lokamálsgrein greinarinnar er að finna nokkuð ítarlegri leiðbeiningar um afmörkun þjónustusamninga gagnvart verksamningum sem þó er í samræmi við ólögfest sjónarmið á þessu sviði, sbr. athugasemdir við 4. gr. þess frumvarps sem varð

að lögum nr. 94/2001. Í 4. gr. gildandi laga eru taldar upp ýmsar undantekningar frá þeirri almennu reglu að innkaupasamningar opinberra aðila falli undir gildissvið laganna. Við samningu frumvarpsins þótti hentugra að fylgja tilskipuninni í þessu efni. Koma þannig fram í 6.–12. gr. frumvarpsins ýmsar undantekningar frá þeirri almennu reglu sem fram kemur í 1. mgr. 4. gr. frumvarpsins.

Rétt er að rifja upp að af 1. mgr. leiðir að frumvarpið tekur aðeins til samninga sem opinberir aðilar skv. 3. gr. gera við fyrirtæki. Reglur frumvarpsins taka því ekki til ráðstafana sem gerðar eru „innan húss“ (e. in-house), þ.e. ráðstafanir sem hinn opinberi aðili tekst á hendur sjálfur án afskipta utanaðkomandi. Ákveði opinber aðili að framleiða vöru sjálfur, annast þjónustu eða framkvæma verk er ekki um að ræða opinber innkaup í skilningi frumvarpsins. Samningar milli tveggja sjálfstæðra opinberra aðila, t.d. tveggja sveitarfélaga, mundu jafnan ekki vera undanþegnir lögnum samkvæmt þessu. Tengsl milli tveggja sjálfstæðra opinberra aðila geta þó verið svo náin að litið sé svo á að um sé að ræða mismunandi hluta sama aðilans, sbr. t.d. dóm Evrópudómstólsins í máli Teckal (mál nr. C-107/98, ECR [1999] I 8121). Hér kæmu einkum stofnanir ríkisins til greina, sbr. t.d. úrskurð kærunefndar útboðsmála 4. júní 2002 í máli nr. 9/2002.

Um 5. gr.

Ólíkt eldri útboðstilskipunum hefur tilskipunin að geyma í 10. gr. sinni jákvæða skilgreiningu á gildissviði sínu gagnvart samningum um innkaup á sviði varnarmála. Með öðrum orðum kveður tilskipunin á um að þessir samningar falli innan gildissviðs tilskipunarinnar að því marki sem ákvæði 296. gr. EB-sáttmálans (sbr. 123. gr. EES-samningsins) leiði ekki til annarrar niðurstöðu. Eldri reglur kváðu hins vegar á um að slíkir samningar féllu utan gildissviðs útboðstilskipananna, en af því mátti þó gagnálykta að um gerð annarra samninga færi samkvæmt tilskipunum. Ekkert bendir til þess að 10. gr. tilskipunarinnar feli í sér verulega efnislega breytingu á gildissviði innkaupareglna EB með tilliti til innkaupa á sviði varnarmála. Má einnig benda á í því sambandi að í 14. gr. tilskipunarinnar, sbr. 9. gr. frumvarpsins, er að finna reglu um leynilega samninga og samninga sem krefjast öryggisráðstafana sem mundi yfirleitt einnig koma til skoðunar við opinber innkaup á sviði varnarmála.

Grein frumvarpsins svarar til 10. gr. tilskipunarinnar, þó þannig að ákvæðið gerir ráð fyrir því að í sérlögum kunni í framtíðinni að verða settar heimildir til að víkja frá innkaupareglum, að einhverju eða öllu leyti, með vísan til þeirra hagsmuna sem nánar greinir í 123. gr. meginmáls EES-samningsins. Þannig má hugsa sér að í sérlögum um tiltekna starfsemi, t.d. Landhelgisgæsluna, sé að finna sveigjanlega heimild til að víkja frá innkaupareglum vegna innkaupa sem varða verulega öryggishagsmunum íslenska ríkisins. Einnig mætti hugsa sér að sett séu sérlög um tiltekin innkaup á sviði öryggis- og varnarmála.

Hafa ber í huga að 123. gr. meginmáls EES-samningsins er undantekningarákvæði sem almennt ber að skýra þröngt. Af þessu leiðir að meta verður í hverju og einu tilviki hvort greinin réttlæti að vikið sé frá almennum innkaupareglum. Ef festar eru í lög heimildir til að víkja frá reglum frumvarpsins um opinber innkaup ber að hafa í huga að slíkar heimildir geta ekki verið almennar eða sjálfvirkar. Verður heimildin því að vera þannig úr garði gerð að unnt sé að meta í hvert og eitt skipti hvort þeir hagsmunir sem greinir í 123. gr. meginmáls EES-samningsins réttlæti að vikið sé frá innkaupareglum. Í gildandi lögum er ekki að finna heimildir sem þessar en við samningu frumvarpsins þótti ekki rétt að útiloka að slíkar heimildir kynnu að verða settar í lög í framtíðinni.

Um 6. gr.

Greinin svarar til 16. gr. tilskipunarinnar og er efnislega sambærileg 5. mgr. 4. gr. gildandi laga. Í 2. mgr. greinarinnar er gert ráð fyrir því, líkt og í gildandi lögum, að ráðherra hafi svigrúm til að ákveða að ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki hagi innkaupum sínum samkvæmt reglum frumvarpsins þegar um er að ræða innkaup sem að öðrum kosti teldust undanþegin gildissviði laganna.

Um 7. gr.

Með greininni eru samningar sem falla undir tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu felldir undan gildissviði laganna með sambærilegum hætti og gert er í 12. gr. tilskipunarinnar. Líkt og í gildandi lögum er þó gert ráð fyrir því að XIV. og XV. kafli frumvarpsins, þ.e. ákvæði frumvarpsins um málskot til kærunefndar útboðsmála og um gildi samninga og skaðabætur, gildi einnig um þau innkaup sem falla undir tilskipun nr. 2004/17/EB.

Gert er ráð fyrir því í 3. mgr. greinarinnar að tilskipun nr. 2004/17/EB verði innleidd með reglugerð. Vekja ber athygli á því að á umræddu sviði er í gildi sérstök eftirlitstilskipun nr. 92/13/EBE sem mundi einnig teljast innleidd með umræddri reglugerð og tilvísun reglugerðarinnar til XIV. og XV. kafa þessa frumvarps, verði það að lögum. Þá er rétt að nefna að við innleiðingu tilskipunar nr. 2004/17/EB með reglugerð ber að taka afstöðu til þess hvort nýtt verði heimild 71. gr. tilskipunarinnar til að fresta gildistöku 6. gr. hennar um innkaup aðila sem reka pósthjónustu. Sé sú heimild nýtt eiga reglur frumvarpsins að gilda um þessi innkaup, sbr. 2. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar.

Um 8. gr.

Greinin svarar til 13. gr. tilskipunarinnar sem á rætur sína í þeirri afstöðu framkvæmdastjórnarinnar og Eftirlitsstofnunar EFTA til 8. gr. tilskipunar nr. 38/93/EBE að líta svo á að fyrirtæki sem sinna almennri fjarskiptaþjónustu falli utan innkaupareglna í kjölfar markaðsvæðingar fjarskiptamarkaðarins. Minnt skal á að þau hugtök sem koma fram í greininni eru nánar skýrð í 1. gr. frumvarpsins.

Um 9. gr.

Greinin svarar til 14. gr. tilskipunarinnar og þarfnast ekki skýringa.

Um 10. gr.

Greinin svarar til 15. gr. tilskipunarinnar og þarfnast ekki skýringa.

Um 11. gr.

Greinin svarar til 17. gr. tilskipunarinnar sem er nýmæli, en hefur þó verið talin felast í gildandi tilskipunum, sbr. álit framkvæmdastjórnar Evrópubandalagsins 12. apríl 2000. Minnt er á að hugtakið „sérleyfissamningur um þjónustu“ er skýrt í orðskýringagrein frumvarpsins, en hér er fyrst og fremst um það að ræða að endurgjald sérleyfishafa felist í rétti til að nýta þjónustu sem hann hefur tekið að sér að veita með tilteknum hætti, t.d. með því að taka gjald af notendum hennar. Sérleyfishafinn tekur þá fjárhagslega áhættu með tilliti til þess hversu margir nýta sér þá þjónustu sem hann hefði tekið að sér að veita fyrir hið opinbera. Almennt mundi þurfa heimild í lögum til þess að heimilt væri að fela einkaaðila að veita þjónustu sem að öðrum kosti væri í höndum ríkisins og taka fyrir hana gjald af neytend-

um. Rétt er talið að ráðherra hafi heimild til að setja reglur um gerð sérleyfissamninga um þjónustu að því er varðar ríkið og ríkisstofnanir, t.d. kveða á um að fylgja skuli reglum frumvarpsins að meira eða minna leyti. Minnt er á að reglan um bann við mismunun gildir um veitingu á sérleyfum á þjónustu. Þá ber að áreita að grunnreglur EES-samningsins gilda sem fyrr um þessi viðskipti.

Um 12. gr.

Ákvæði 12. gr. frumvarpsins svarar til 18. gr. tilskipunarinnar. Reglan er skyld reglunni um samninga „innanhúss“ sem gerð er grein fyrir í athugasemdum við 4. gr. frumvarpsins en er þó víðtækari. Vakin er athygli á því að reglan á aðeins við um þjónustusamninga. Þau fyrirtæki sem keypt er frá verða sjálf að lúta innkaupareglum frumvarpsins svo að heimilt sé að víkja frá innkaupareglum.

Um 13. gr.

Ákvæði 13. gr. frumvarpsins svarar til 8. gr. tilskipunarinnar. Vakin er athygli á því að aðili sem fjármagnaður er af opinberu fé getur hugsanlega talist til kaupanda í skilningi 3. gr. frumvarpsins og er þá skyldur til að fylgja reglum frumvarpsins án tillits til ákvæða 13. gr. þess.

Um 14. gr.

Greinin svarar til 2. gr. tilskipunarinnar og felur í sér eina af grunnreglum opinberra innkaupa, sbr. 11. gr. gildandi laga. Rífja má upp að almenn jafnræðisrök liggja til grundvallar fjölmörgum ákvæðum reglna um opinber innkaup, eins og m.a. má álykta af 1. gr. frumvarpsins. Hin almenna jafnræðisregla getur því haft þýðingu við lögskýringu annarra ákvæða frumvarpsins. Í öðrum tilvikum getur hún einnig haft sjálfstæða þýðingu við úrlausn um lög-mæti ákvarðana kaupanda. Sem dæmi um þetta má nefna álitæfni um heimildir ráðgefandi aðila, sem aðstoðað hafa kaupanda við innkaup, til að taka þátt í útboði á þeim innkaupum (ráðgjafavanhæfi), sbr. t.d. álit kærunefndar útboðsmála 11. september 2002 í máli nr. 14/2002 og úrskurði nefndarinnar 17. febrúar 2005 í máli nr. 46/2004 og 9. desember 2005 í máli nr. 38/2005.

2. mgr. greinarinnar felur í sér áréttingu á því að það teljist ekki andstætt jafnræði að áskilja að vara sé afhent, þjónusta veitt eða verk unnið á tilteknum stað, enda byggist slíkur áskilnaður á málefnalegum ástæðum, sbr. 2. mgr. 11. gr. gildandi laga. Kaupandi sem staðsettur er á ákveðnum stað getur þannig alla jafnan gert kröfu til þess að vara sé afhent honum á viðkomandi stað eða þjónusta innt af hendi þar án þess að um mismunun sé að ræða. Gildir þá einu þótt þeir aðilar sem eru með starfsstöð eða útibú á viðkomandi stað njóti hagræðis þegar kemur að því að setja fram tilboð.

Um 15. gr.

Í samræmi við 5. gr. tilskipunarinnar er því slegið föstu í greininni að einstaklingar og lög-aðilar með staðfestu í einhverju ríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofn-samnings Friverslunarsamtaka Evrópu skuli ekki njóta lakari réttar en fyrirtæki frá öðrum ríkjum, sbr. einkum samning Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup. Þá er í greininni veitt heimild til að innleiða með reglugerð umræddan samning WTO og aðra milliríkjasamninga um opinber innkaup, ef þeim er að skipta. Er þetta í samræmi við 8. gr. gildandi laga.

Um 16. gr.

Greinin svarar til 3. gr. tilskipunarinnar og þarfnast ekki skýringa.

Um 17. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 6. gr. tilskipunarinnar að öðru leyti en því að tekið hefur verið fram að ákvæði um trúnaðarskyldu haggi ekki skyldu aðila til að afhenda kærunefnd útboðsmála upplýsingar skv. 95. gr. Einnig er tekið fram að þetta ákvæði hafi ekki áhrif á skyldu aðila til að leggja fram gögn samkvæmt ákvæðum upplýsingalaga, nr. 50/1996, en slíka niðurstöðu leiðir raunar einnig af 3. mgr. 2. gr. upplýsingalaga.

Um 18. gr.

Ákvæði 18. gr. frumvarpsins svarar til 19. gr. tilskipunarinnar. Vakin er athygli á því að greinin veitir ekki heimild til að víkja alfarið frá innkaupareglum heldur gerir ráð fyrir því að þátttaka í einhverju því innkaupaferli sem löggin kveða á um sé takmörkuð við verndaða vinnustaði eða þá að samningur miði við að framkvæmd hans fari fram í samræmi við áætlanir um verndaða vinnustaði.

Um 2. þátt.

Í þessum þætti er kveðið á um fyrirkomulag opinberra innkaupa undir viðmiðunar- fjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins. Í samræmi við þá almennu stefnumörkum sem greint er frá í almennum athugasemdum taka ákvæði þáttarins að meginstefnu mið af ákvæðum tilskipunarinnar. Sömu reglur eiga því við áætlun samningsfjárhæða vegna innkaupa innanlands, enda þótt viðmiðunarfjárhæðir vegna þessara innkaupa séu að sjálfsögðu aðrar og lægri en vegna innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu. Þá gilda sömu reglur um nánari framkvæmd innkaupa, t.d. með tilliti til heimilda til samningskaupa eða beitingar á öðrum innkaupaferlum, gerð útboðsgagna og val á tilboðum. Samkvæmt þessu eru það fyrst og fremst reglur um tilkynningar og auglýsingar sem eru aðrar vegna innkaupa sem fram fara á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 3. þátt frumvarpsins.

Um 19. gr.

Ákvæði greinarinnar svara að mestu til ákvæða í 9., 10. og 12. gr. gildandi laga. Rétt er að áréttu að ekki er gert ráð fyrir því að gerð sérleyfissamninga um verk undir viðmiðunar- fjárhæðum EES verði háð sérstökum reglum nema sérstaklega verði kveðið á um það í reglu- gerð sem veitt er heimild fyrir í 2. mgr. greinarinnar. Í 80. gr. frumvarpsins eru hins vegar innleiddar reglur tilskipunarinnar um gerð sérleyfissamninga um verk yfir viðmiðunar- fjárhæðum EES. Sérleyfissamningar um þjónustu eru að meginstefnu undanskildir reglum frumvarpsins, sbr. 11. gr. Hönnunarsamkeppni er í raun rétttri ekki innkaupaferli. Þar sem hönnunarsamkeppni getur hins vegar verið undanfari opinberra innkaupa er nauðsynlegt að í þessum þætti frumvarpsins séu ákvæði um hönnunarsamkeppni, sbr. athugasemdir við 37. gr.

Um 20. gr.

Greinin þarfnast ekki skýringa.

Um 21. gr.

Greinin tekur mið af 22. gr. tilskipunarinnar sem felur í sér óbreytta reglu frá gildandi tilskipunum. Minnt skal á að fjarskiptabjónusta er ekki lengur skilgreind sem „B-bjónusta“. Að öðru leyti þarfnast greinin ekki sérstakra skýringa.

Um 22. gr.

Greinin er efnislega sambærileg við 13. gr. gildandi laga. Nauðsynlegt er að áréttta að þótt innkaup séu undir viðmiðunarfrjárhæðum eiga grunnreglur EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, allt að einu við. Því þykir rétt að taka af tvímæli um að virða skuli jafnræði fyrirtækja og fara að reglum frumvarpsins um tækniforskriftir þannig að ekki sé um tæknilegar viðskiptahindranir að ræða við þessi opinberu innkaup. Þótt ekki sé kveðið á um skyldu til að auglýsa innkaup í greininni gæti slík skylda allt að einu falist í kröfunni um jafnræði eins og hún verður skýrð með hliðsjón af grunnreglum EES-samningsins. Þannig verður kaupandi að meta í hvert og eitt skipti hvort samningur kunni að vera þess eðlis (fyrst og fremst vegna verðgildis) að hann kynni að vekja áhuga fleiri fyrirtækja þannig að eðlilegt sé að auglýsa hann (t.d. á vefsíðu sinni) eða þá hvort hann ákveður að bjóða tilteknum hópi bjóðenda að leggja fram tilboð þannig að samkeppni sé tryggð. Við slíkar aðstæður verður kaupandi einnig að beita hlutrænum aðferðum við mat á tilboðum þannig að jafnræði sé tryggt. Hér má til hliðsjónar vísa til leiðbeininga framkvæmdastjórnarinnar um innkaup undir viðmiðunarfrjárhæðum frá 1. ágúst 2006 (2006/C 179/02).

Um 23.–29 gr.

Í þessum greinum frumvarpsins er að finna ákvæði sem svara í flestum tilvikum efnislega til ákvæða 9. gr. tilskipunarinnar, þó þannig að forðast hefur verið að breyta þeirri framsetningu sem er að finna í gildandi lögum, sbr. 14.–17. gr. laga nr. 94/2001, þegar umrædd ákvæði tilskipunarinnar hafa ekki kallað á breytingar. Hér er sem fyrr fylgt þeirri stefnu að nota reglur tilskipunarinnar jafnvel þótt um sé að ræða innkaup undir viðmiðunarfrjárhæðum EES. Minnt skal á að verk-, vöru- og þjónustusamningar eru skilgreindir í 4. gr. frumvarpsins. Í 27. gr. frumvarpsins er að finna sérreglu um innkaup sem skipt er upp í fleiri áfanga. Þessi regla er efnislega sú sama og fram kemur í 5. mgr. 9. gr. tilskipunarinnar, þó þannig að ekki er kveðið á um hámarksfrjárhæð einstakra áfanga. Að öðru leyti þykir ekki ástæða til sérstakra skýringa við þessar greinar frumvarpsins.

Um V. kafla.

Í kaflanum er safnað saman reglum um þau innkaupaferli sem til greina koma við framkvæmd opinberra innkaupa, en þessi fyrirmæli er að finna í 18.–22. gr. gildandi laga. Með tilkomu tilskipunarinnar eru þessi fyrirmæli nú orðin svo umfangsmikil að hentugast þykir að skipa þeim í sérstakan kafla. Eins og í gildandi lögum er meginreglan sú að opinber innkaup eiga að fara fram með almennu eða lokuðu útboði að undangengnu forvali. Einnig er heimilt að kaupa inn á grundvelli rammamnings eða samkvæmt svokölluðu gagnvirku innkaupakerfi, enda er rammamningum og gagnvirkum innkaupakerfum komið á fót með ferlum sem jafna má til útboðs. Samkvæmt þessu eru heimildir til þess að nota önnur innkaupaferli, þ.e. samkeppnisviðræður og samningskaup, undantekningar sem alla jafnan ber að skýra þrengjandi. Í kaflanum er einnig að finna ákvæði um hönnunarsamkeppni. Þótt hönnunarsamkeppni sé í raun rétttri ekki innkaupaferli eru tengslin við innkaup þó svo nán að rétt þykir að hafa þessi ákvæði í þessum kafla.

Um 30. gr.

Greinin svarar efnislega til 28. gr. tilskipunarinnar. Í greininni er þannig lögfest sú meginregla að opinber innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum skuli fara fram með almennu eða lokuðu útbóði, en aðeins sé heimilt að nota aðra innkaupaferla, þ.e. samkeppnisviðræður eða samningskaup, þegar sérstök heimild sé til þess í lögnum. Til áréttingar er tekið fram að einnig sé heimilt að kaupa inn á grundvelli rammasamnings og gagnvirks innkaupakerfis þótt innkaup séu yfir viðmiðunarfjárhæðum, en slíka niðurstöðu leiðir þó einnig af samræmis-skýringu við 34. og 35. gr. frumvarpsins.

Um 31. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 29. gr. tilskipunarinnar sem er nýmæli, eins og rakið er í almennum athugasemdum. Með þessu útbóði er leitast við að skapa meiri sveigjanleika við gerð stærri og flóknari samninga þar sem almennt eða lokað útbod hentar illa þörfum kaupanda, en heimildir til samningskaupa eru allt að einu ekki fyrir hendi. Heimild til samkeppnisviðræðna er bundin við „sérlega flókna samninga“, eins og þeir eru nánar skilgreindir í 1. mgr. greinarinnar sem svarar til c-liðar 11. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Um sérlega flókna samninga er annars vegar að ræða þegar ekki er mögulegt með hlutlægum hætti að skilgreina þau tæknilegu atriði sem fullnægt geta þörfum eða markmiðum kaupanda. Hér er átt við að kaupandi geti ekki, án þess að honum verði um það kennt, áttað sig á því hvort og með hvaða hætti fyrirtæki á markaði geti fullnægt þörfum og markmiðum hans, t.d. þegar um er að ræða flókin samgöngumannvirki eða tölvukerfi. Honum er því erfitt eða ómögulegt að setja fram nákvæma útbodslýsingu. Hins vegar er um sérlega flókna samninga að ræða þegar kaupandi getur ekki skilgreint lagalega eða fjárhagslega gerð samnings. Þetta mundi eiga við þegar um er að ræða flókin fjárhagsleg og lagaleg atriði í samningi sem erfitt eða ómögulegt er að slá föstum í upphafi, t.d. þegar óljóst er hver eigi að reka mannvirki sem á að reisa. Ákvörðun um hvort um sérlega flókinn samning er að ræða verður að byggjast á heildarmati á innkaupum hverju sinni. Nánari viðmið um hvenær samningur telst sérlega flókinn munu vafalaust þróast í stjórnslu- og dómaframkvæmd næstu ár.

Eins og áður greinir er heimild til samkeppnisviðræðna undantekning frá þeirri meginreglu að innkaup skuli fara fram með almennu eða lokuðu útbóði. Þótt reglan sé þannig strangt til tekið undantekningarregla ber að hafa í huga að með ákvæðum tilskipunarinnar um samkeppnisviðræður er verið að skapa aukinn sveigjanleika í opinberum innkaupum við aðstæður þar sem unnt hefði verið að viðhafa almennt eða lokað útbod, andstætt því sem venjulega á við um samningskaup. Ganga því rök ekki endilega í þá átt að skýra heimildir til samkeppnisviðræðna eins strangt og heimildir til samningskaupa, sbr. 32. og 33. gr. frumvarpsins. Er því líklegt að samkeppnisviðræður verði oft notaðar þegar vafi er um hvort heimilt sé að viðhafa samningskaup. Minnt er á að þegar samkeppnisviðræður eru notaðar við innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu er skylt að greina frá ástæðum þess að samkeppnisviðræður voru notaðar við innkaup, sbr. h-lið 43. gr. tilskipunarinnar.

Reglur 2.–9. mgr. um framkvæmd samningskaupa hafa það að leiðarljósi að jafnræði þátttakenda sé virt, sbr. einkum ákvæði 4. mgr. Í stað þess að kaupandi gangi frá útbodsgögnum er gert ráð fyrir því í 2. mgr. að hann skilgreini þarfir sínar og aðrar kröfur í útbodsauglýsingu og/eða skýringargögnum. Í þessum gögnum verða forsendur fyrir vali tilboðs einnig að koma fram, sbr. 8. mgr. Gilda um þessar forsendur almennar reglur, sbr. 45. gr. frumvarpsins. Í upphafi tekur kaupandi afstöðu til þess hverjir fái að taka þátt í samkeppnisviðræðum. Er þessi áfangi samningskaupa fyllilega sambærilegur við forval vegna lokaðs útbóðs, sbr.

56. gr. frumvarpsins. Að loknum þessum áfanga taka hinar eiginlegu samkeppnisviðræður við. Kaupandi getur ákvæðið að þetta ferli fari fram í fleiri áföngum, sbr. 5. mgr. Við þessar aðstæður verður að gæta þess vandlega að forsendum fyrir tilboðum sé ekki raskað svo að gengið sé gegn jafnræði, sbr. til hliðsjónar þau viðmið sem fram koma í lokaorðum 7. mgr. Val á þátttakendum á milli áfanga verður að byggjast á þeim valforsendum sem tilkynntar voru í upphafi. Þegar kaupandi hefur afmarkað þá lausn sem hann telur geta fullnægt þörfum sínum, sbr. 6. mgr., lýsir hann viðræðum lokið og þátttakendur leggja fram tilboð. Um þennan síðasta áfanga innkaupaferilsins gilda sambærilegar reglur og um útboð almennt, sbr. 7. og 8. mgr. Þátttakendum er þó heimilt að skýra, skilgreina og laga til tilboð sín eftir beiðni kaupanda, en slíkar athugasemdir mega ekki fela í sér breytingar á grundvallarþáttum tilboðs þannig að samkeppni sé raskað eða um mismunun verði að ræða. Velja ber tilboð á grundvelli upphaflegra valforsendna í samræmi við 72. gr. frumvarpsins, sbr. 8. mgr. Eiga þannig sömu reglur við um val tilboðs í samkeppnisviðræðum og almennum og lokuðum útboðum.

Við framkvæmd samkeppnisviðræðna væri það í samræmi við góða stjórnsýsluhætti að halda sérstaka fundargerð um alla fundi þar sem fram kæmu upplýsingar t.d. um hverjir hafi setið fundi, efni fundarins og hvaða gögn og upplýsingar hafi verið kynnt fundarmönnum. Vanræksla á að halda slíka fundargerð gæti haft það í för með sér að sönnunarstaða opinbers aðila yrði erfið ef lögmæti framkvæmdar samkeppnisviðræðna yrði vefengd.

Um 32. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 30. gr. tilskipunarinnar, en 1. mgr. þeirrar greinar er efnislega óbreytt frá gildandi reglum. Samkvæmt þessu eru þær reglur sem fram koma í 1. og 2. mgr. greinarinnar efnislega sambærilegar því sem fram kemur í 19. gr. gildandi laga. Má vísa til athugasemda við það frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001 um nánari skýringar á heimildum til samningskaupa að undangenginni útboðsauglýsingu.

Um 33. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 31. gr. tilskipunarinnar, en þar hefur verið safnað saman heimildum úr gildandi tilskipunum til samningskaupa án undanfarandi birtingar útboðsauglýsingar. eru fyrirmæli greinarinnar því að mestu efnislega sambærileg 20. gr. gildandi laga. Í nokkrum tilvikum er þó um að ræða nýjar heimildir til samningskaupa, sbr. c- og d-liði 2. mgr. Að öðru leyti má vísa til athugasemda við það frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001.

Um 34. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 32. gr. tilskipunarinnar sem er nýmæli í rétti EB. Í 22. gr. gildandi laga hafa hins vegar verið fyrir hendi ákvæði um rammasamninga. Í 3. másl. 1. mgr. er þó tekið upp efnislega óbreytt ákvæði 3. mgr. 22. gildandi laga. Hið nýja ákvæði tilskipunarinnar gerir ráð fyrir mjög svipuðu fyrirkomulagi og tíðkast hefur samkvæmt gildandi íslenskum rétti. Þannig felur greinin í sér þá grunnhugsun að þar sem rammasamningar séu gerðir að undangengnu almennu eða lokuðu útboði sé hægt að líta svo á að fullnægt hafi verið útboðsskyldu við gerð einstakra samninga sem gerðir eru á grundvelli þeirra. Ekki verður séð að gera þurfi grundvallarbreytingar á því rammasamningskerfi sem rekið hefur verið hér á landi af Ríkiskaupum. Hins vegar eru reglur frumvarpsins með ýmsum hætti rýmri en gildandi reglur og gefa því möguleika á sveigjanlegri rammasamningum en tíðkast

hefur. Rammasamninga má gera um kaup á vörum, þjónustu eða verkum og má gera að undangengnu hvaða útboðsferli sem er að fullnægðum þeim skilyrðum sem við eiga.

Samkvæmt greininni er heimilt að gera rammasamning við einn aðila eða fleiri, en þá skuli þeir vera að lágmarki þrír. Rammasamningur við fleiri aðila getur verið tvenns konar. Annars vegar getur rammasamningur verið með fastákveðnum skilmálum. Kaupendur samkvæmt rammasamningi geta þá valið um það til hversra rammasamningshafa þeir leita. Hér má t.d. hugsa sér að samið sé við fleiri aðila með það að markmiði að unnt sé að nálgast tiltekna vöru eða þjónustu á sem flestum stöðum á landinu. Hins vegar kann rammasamningur við fleiri aðila að vera óákveðinn um tiltekin atriði, t.d. verð eða tiltekna eiginleika. Við þessar aðstæður gilda reglur lokamálsgreinarinnar. Verður kaupandi þannig að láta fara fram svokallað örútbod milli rammasamningshafa. Leggja ber áherslu á að í þessu örútbodi ber að meta tilboð á grundvelli þeirra skilmála og valforsendna sem fram koma í rammasamningi. Það athugast að með þessu er ekki átt við að tilboð í rammasamningsútbodi verði nauðsynlega að meta á sama grundvelli og tilboð í örútbodi. Til dæmis má hugsa sér að í rammasamningsútbodi séu tilboð metin með hliðsjón af gæðum og afhendingartíma, en verð sé látið vera óákveðið og verði valforsenda í örútbodi. Unnt er að láta slík útbod fara fram með rafrænum hætti í samræmi við 2. mgr. 70. gr. um rafræn uppboð og skv. 35. gr. um útbod í gagnvirku innkaupakerfi.

Í samræmi við meginreglur íslensks samningaréttar hefur verið litið svo á að aðilar rammasamnings ættu ekki sjálfðæmi um hvort þeir keyptu inn samkvæmt rammasamningi eða skiptu við aðra aðila. Þeir opinberu aðilar sem á annað borð eru aðilar að rammasamningi eða kerfi fleiri rammasamninga verða samkvæmt þessu að kaupa inn á grundvelli rammasamnings og geta t.d. ekki farið í sjálfstætt útbod vegna vöru eða þjónustu sem fellur undir rammasamning. Af þessum sökum verður seint lögð of mikil áhersla á það að það sé skýrt til hvaða vöru eða þjónustu rammasamningur tekur. Samkvæmt almennum reglum verður einnig að telja heimilt að í rammasamningi sé áskilinn réttur til að kaupa af öðrum en rammasamningshöfum, án þess að það þurfi sérstaklega að taka fram í lagatexta.

Um 35. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 33. gr. tilskipunarinnar sem er nýmæli. Rétt þykir að taka þessa heimild tilskipunarinnar upp í íslensk lög, enda þótt ekkert liggi fyrir um það á þessari stundu að hún verði nýtt.

Um 36. gr.

Ákvæði greinarinnar svara til 34. gr. tilskipunarinnar sem felur í sér efnislega óbreytta reglu frá gildandi tilskipunum, sbr. 58. gr. gildandi laga.

Um 37. gr.

Ákvæði greinarinnar eiga sér fyrirmynd í 66.–74. gr. tilskipunarinnar, en þó er vikið frá reglum tilskipunarinnar á nokkrum stöðum til einföldunar. Í 81. gr. frumvarpsins er vísað til beint reglna tilskipunarinnar varðandi hönnunarsamkeppni yfir viðmiðunarfjárhæðum EES-samningsins. Þegar um er að ræða hönnunarsamkeppni yfir viðmiðunarfjárhæðum EES ber því að fara beint eftir umræddum reglum tilskipunarinnar en ekki ákvæðum þessarar greinar.

Um 38. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 23. gr. gildandi laga og þarfnast ekki skýringa. Minnt skal á að því aðeins er heimilt að leggja fram frávikstilboð að tekið sé fram í útboðsgögnum að það sé leyfilegt.

Um 39. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 25. gr. gildandi laga og þarfnast ekki skýringa.

Um 40. gr.

Hér eru tekin upp ákvæði 23. gr. tilskipunarinnar um tækniforskriftir. Með fáum undantekningum er um að ræða sömu reglur og fram koma í gildandi tilskipunum, sbr. 24. gr. gildandi laga, þó þannig að í nokkrum tilvikum er framsetning önnur.

Um 41. gr.

Greinin svarar til 24. gr. tilskipunarinnar sem felur í sér nokkuð breyttar reglur um frávikstilboð, sbr. 27. gr. gildandi laga. Meginbreytingin er sú að kaupandi verður nú að taka það skýrt fram ef hann hyggst leyfa frávikstilboð, en samkvæmt gildandi reglum væri litið svo á að frávikstilboð væru leyfð nema annað kæmi fram af hálfu kaupanda.

Líkt og samkvæmt gildandi reglum koma frávikstilboð aðeins til greina þegar tilboð er metið á grundvelli fjárhagslegrar hagkvæmni, t.d. endingar, magns og gæða, en ekki eingöngu verðs. Eigi að meta tilboð eingöngu á grundvelli verðs leiða hvers konar frávik frá útboðsskilmálum til þess að tilboð verða í raun ósamanburðarhæf. Er því ekki um að ræða breytingu á reglum hvað þetta varðar. Í annan stað verða frávikstilboð ætíð að fullnægja þeim lágmarkskröfum sem kaupandi gerir til þess sem óskað er kaupa á, t.d. hvað varðar öryggi, notagildi og endingu, og tilgreindar eru í útboðsgögnum. Tilboð sem ekki fullnægir þessum efnislegu kröfum mundi því teljast í verulegu ósamræmi við útboðsgögn. Taka ber fram að hér er ekki átt við þá aðstöðu að vara sé að einhverju leyti í ósamræmi við þá staðla sem vísað er til en fullnægi allt að einu þeim öryggiskröfum sem stöðlunum er ætlað að tryggja, sbr. nánar 4. mgr. 40. gr. Þegar frávikstilboð eru leyfð verður því að liggja skýrt fyrir frá hvaða kröfum útboðslýsingar má víkja með frávikstilboði og frá hvaða kröfum má ekki víkja (þ.e. hverjar lágmarkskröfur til hins keypta eru).

Um 42. gr.

Greinin svarar til 25. gr. tilskipunarinnar sem er í samræmi við gildandi reglur og þarfnast ekki skýringar.

Um 43. gr.

Greinin svarar til 26. gr. tilskipunarinnar sem er nýmæli.

Um 44. gr.

Greinin svarar til 27. gr. tilskipunarinnar sem felur í sér nokkrar breytingar frá gildandi reglum tilskipananna um þetta efni.

Um 45. gr.

Þessi grein ásamt 72. gr. frumvarpsins fela sameiginlega í sér reglur sem svara til 53. gr. tilskipunarinnar. Um er að ræða nokkrar breytingar frá gildandi reglum, sbr. 26. gr. gildandi

laga. Í fyrsta lagi er orðalagi tilskipunarinnar fylgt og taldar upp þær forsendur sem geta komið til greina þegar miðað er við fjárhagslega hagkvæmni, en ekki aðeins verð. Ekki er um tæmandi talningu að ræða. Um leyfilegar forsendur að þessu leyti liggur fyrir talsverð dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem getur verið til leiðbeiningar en ekki er unnt að rekja hér (hér skal þó vísað til dóms Evrópudómstólsins 17. september 2002 í máli nr. C-513/99, Concordia Bus Finland Oy). Einnig liggja fyrir leiðbeiningar framkvæmdastjórnar EB um notkun á félagslegum atriðum við opinber innkaup og um beitingu umhverfisverndar-sjónarmiða við opinber innkaup þar sem fjallað er um leyfilegar forsendur fyrir vali á tilboð-um (sbr. COM/2001/0566 og COM/2001/0274). Meginsjónarmið er að forsendur fyrir vali tilboðs verða ávallt að tengjast hinu keypta, eins og kemur fram í frumvarpstextanum. Þannig er t.d. ekki leyfilegt við innkaup á bifreið að velja tilboð með hliðsjón af því hvaða bjóðandi styrkir skógrækt hvað mest. Hins vegar mundi vera heimilt að líta til þess hvort hin keypta bifreið losi meira eða minna af mengandi lofttegundum o.s.frv. Vakin er athygli á því að almennt er skylt að tilgreina hlutfallslegt vægi hvers viðmiðs sem vísað er til sem forsendu fyrir vali tilboðs, en samkvæmt gildandi reglum hefur einungis verið skylt að raða þeim eftir mikilvægi. Með hliðsjón af þeirri kröfu að forsendur séu tilgreindar eins nákvæmlega og framast er unnt er kaupanda þröngur stakkur skorinn við að ákveða vikmörk hlutfallslegs vægis forsendna, sbr. 3. mgr. Hér má einnig nefna að notkun á vikmörkum má ekki leiða til þeirrar niðurstöðu að vægi forsendna verði óljósara en þegar þeim er raðað upp eftir mikilvægi. Í öllu falli mega vikmörk ekki leiða til þeirrar niðurstöðu að í raun sé hugsanlegum bjóðendum ógerningur að átta sig á því hvert hlutfallslegt vægi fleiri forsendna fyrir vali tilboðs er.

Um VII. kafla.

Í þessum kafla er að finna reglur sem lúta að skilyrðum fyrir því að fyrirtæki geti tekið þátt í útboði. Í tilskipuninni ber sá þáttur þar sem þessar reglur er að finna yfirskriftina „forsendur fyrir hæfismiðuðu vali“ (e. criteria for qualitative selection). Er þá vísað til þess að um er að ræða reglur sem lúta að vali á þeim sem leggja eða kunna síðar að leggja fram tilboð án tillits til þess hver tilboð þeirra eru eða munu verða. Hér er orðið „hæfi“ notað yfir þessar kröfur, svo sem gert er í gildandi lögum. Ástæða er til að áréttu að skylt er að halda hæfiskröfum annars vegar og forsendum fyrir vali tilboðs hins vegar vandlega aðskildum í útboðsgögnum og við yfirferð tilboða (sbr. einkum dóm Evrópudómstólsins 20. september 1998 í máli nr. C-31/87, Beentjes BV). Ef þátttakandi eða bjóðandi telst á annað borð hæfur til að leggja fram tilboð verður að meta tilboð hans sjálfstætt í samræmi við forsendur fyrir vali tilboðs. Ekki er heimilt að meta tilboð með hliðsjón af kröfum til hæfis bjóðanda, t.d. kröfum varðandi fjárhagslega og tæknilega getu.

Um 46. gr.

Greinin svarar til 4. gr. tilskipunarinnar sem þykir hentugt að skipa í þennan kafla frumvarpsins vegna efnis síns. Í 2. mgr. er þó bætt við þeirri afmörkun að þegar fleiri fyrirtæki standa saman að tilboði teljist þau bera ábyrgð eitt fyrir öll og öll fyrir eitt á efnidum samnings. Jafnframt er sérstaklega áréttuð að kaupanda sé heimilt að krefjast þess að eitt fyrirtæki komi fram fyrir hönd hinna við framkvæmd samnings og standi kaupanda öll skil. Er þessi afmörkun í samræmi við 46. gr. gildandi laga sem telja verður fyllilega samrýmanlega tilskipuninni.

Um 47. gr.

Greinin svarar til 45. gr. tilskipunarinnar og er hér um að ræða nokkrar breytingar frá gildandi reglum, sbr. 28. gr. gildandi laga. Í 1. mgr. er að finna það nýmæli að skylt sé að vísa fyrirtæki frá innkaupaferli sem kaupanda er kunnugt um að hafi verið sakfelld með endanlegum dómi fyrir ákveðin brot sem talin eru upp. Í 1. mgr. 45. gr. tilskipunarinnar er vísað til tveggja sameiginlegra aðgerða ráðsins, eins milliríkjasamnings og tilskipunar nr. 91/308/EBE um ráðstafanir gegn því að fjármálakerfið sé notað til peningabættis um nánari afmörkun á þessum brotum (til 1. mgr. 2. gr. sameiginlegrar aðgerðar ráðsins nr. 98/733 að því er varðar hugtakið „þátttaka í skipulögðum brotasamtökum“; til 3. gr. sameiginlegrar aðgerðar ráðsins nr. 98/742 að því er varðar hugtakið „spilling“; til 1. gr. samnings um vernd fjárhagslegra hagsmuna Evrópubandalaganna að því er varðar hugtakið „sviksemi“ og til tilskipunar nr. 91/308/EBE að því er varðar hugtakið „peningabætti“). Kemur fram í 1. mgr. 45. gr. tilskipunarinnar að ríkin skuli ákveða hvernig ákvæði málgreinarinnar séu leidd í innlend lög. Aðeins ein þessara gerða er hluti af EES-samningnum, þ.e. tilskipun nr. 91/308/EBE sem einkum er leidd í íslensk lög með lögum nr. 80/1993, um peningabætti, en hugtakið peningabætti er þar skilgreint í 2. gr. Önnur brot sem vísað er til í 1. mgr. eru hins vegar ekki sérstaklega afmörkuð í íslenskri refsilöggjöf. Verður því að taka afstöðu til þess hverju sinni hvort fyrirtæki hafi verið sakfelld með endanlegum dómi fyrir brot sem svara til „þátttöku í skipulögðum brotasamtökum“, „spillingar“ eða „sviksemi“. Í vafatilvikum mætti hafa hliðsjón af þeirri nánari afmörkun sem fram kemur í framangreindum yfirlýsingum ráðherra-ráðsins og milliríkjasamningi. Í 2.–5. mgr. er að finna reglur sem svara að mestu til 28. gr. núgildandi laga. Er þar aðeins kveðið á um heimild til að vísa fyrirtæki frá opinberum innkaupum en ekki skyldu, svo sem leiðir af 1. mgr. Að öðru leyti þarfnast greinin ekki skýringa.

Um 48. gr.

Greinin svarar til 46. gr. tilskipunarinnar.

Um 49. gr.

Greinin svarar til 47. gr. tilskipunarinnar og felur í sér nokkrar breytingar á gildandi reglum, sbr. 30. gr. gildandi laga. Í tilskipuninni er ekki að finna reglu um hvaða kröfur sé leyfilegt að gera til fjárhagslegrar getu fyrirtækja, heldur er einungis kveðið á um með hvaða hætti, þ.e. með hvers konar gögnum, fyrirtæki getur sýnt fram á getu sína. Í upphafi greinarinnar er því að finna þá nánari afmörkun að fjárhagsstaða fyrirtækis skuli vera það trygg að það geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda og að ekki skuli krefjast frekari gagna um sönnun á fjárhagslegri getu en nauðsynlegt er með hliðsjón af eðli og umfangi fyrirhugaðra innkaupa. Er hér um að ræða óbreyttar reglur frá gildandi lögum sem telja verður að samrýmist fyllilega tilskipuninni.

Um 50. gr.

Greinin svarar til 48. gr. tilskipunarinnar og felur í sér nokkrar breytingar á gildandi reglum, sbr. 31. gr. gildandi laga. Í tilskipuninni er ekki að finna reglu um hvaða kröfur sé leyfilegt að gera til tæknilegrar getu fyrirtækja, heldur er einungis kveðið á um með hvaða hætti, þ.e. með hvers konar gögnum, fyrirtæki getur sýnt fram á getu sína. Í upphafi greinarinnar er því að finna þá nánari afmörkun að tæknileg geta fyrirtækis skuli vera það trygg að það

geti staðið við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Er hér um að ræða óbreyttar reglur frá gildandi lögum sem telja verður að samrýmist fyllilega tilskipuninni.

Um 51. gr.

Greinin svarar til 49. gr. tilskipunarinnar sem þarfnast ekki sérstakra skýringa.

Um 52. gr.

Greinin svarar til 50. gr. tilskipunarinnar sem er nýmæli, en þarfnast ekki skýringa að öðru leyti.

Um 53. gr.

Greinin svarar til 51. gr. tilskipunarinnar, en þarfnast ekki skýringa að öðru leyti.

Um 54. gr.

Í greininni er fjallað um opinbera lista yfir viðurkennd fyrirtæki og vottorð opinberra og einkaréttarlegra stofnana, sbr. 52. gr. tilskipunarinnar. Ekki er um slíka lista eða vottorð að ræða hér á landi og er því ekki nauðsynlegt að taka upp ákvæði tilskipunarinnar um tilurð slíkra lista og vottorða.

Um 55. gr.

Hér er um að ræða reglu sem ekki er vísað til í 3. þætti laganna, þ.e. á ekki við um innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES. Greinin felur í sér óbreytta reglu frá 33. gr. gildandi laga.

Um 56. gr.

Í greininni er að finna ítarlegri reglur um forval en eru í gildandi lögum, sbr. 34. í 1. mgr. greinarinnar er áréttað að við lokað útbod, samkeppnisviðræður og samningskaup að undan-genginni opinberri tilkynningu skuli velja þátttakendur með forvali í samræmi við nánari ákvæði greinarinnar. Í 2. mgr. kemur fram sú regla um auglýsingu forvals sem einungis á við um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES. Ákvæði 3.–6. mgr. greinarinnar svara til 2.–4. mgr. 44. gr. tilskipunarinnar.

Samkvæmt 3. og 4. mgr. er heimilt að takmarka fjölda þeirra sem valdir eru í forvali. Ekki er ljóst af ákvæðum tilskipunarinnar hvernig standa ber að þessu vali þátttakenda að öðru leyti en því að valið verður að byggjast á málefnalegum og óhlutdrægum skilyrðum sem fram koma í auglýsingu, forvals- eða skýringargögnum. Hér má hugsa sér að fjárhagsleg og tæknileg geta sé látin ráða vali. Slíkar valforsendur í forvali geta verið vafasamar með tilliti til hagsmuna smærri fyrirtækja sem allt að einu hafa nægilega fjárhagslega og tæknilega burði til að framkvæma samning. Í annan stað má hugsa sér að kaupandi leitist við að ná ákveðinni fjölbreytni í hóp þátttakenda með vísan til einhverra hlutrænna atriða. Þá kemur til greina að notað sé hlutkesti við að velja þann fjölda sem kveðið hefur verið á um í auglýsingu eða öðrum gögnum. Slík aðferð getur þó vart talist heppileg með vísan til kröfunnar um að valið fari fram á málefnalegum grundvelli. Samkvæmt framangreindu eru heimildir til að takmarka fjölda í forvali vandmeðfarnar. Vart er ástæða til að nýta þessa heimild nema fyrirsjáanlegt sé að fjöldi þátttakenda verði úr hófi íþyngjandi fyrir innkaupaferlið.

Um 57.–67. gr.

Í þessum greinum er að finna óbreyttar reglur frá gildandi lögum, sbr. VII. kafla þeirra. Í 66. gr. er þó nú tekið fram að tilboð skuli vera undirritað af þar til bærum aðila. Þegar um er að ræða tilboð einstaklings mundi hann þannig sjálfur undirrita tilboð. Þegar um er að ræða tilboð lögaðila, t.d. hlutafélags, fer það eftir samþykktum aðilans og almennum reglum félagaréttar hverjir teljast hafa heimild til þess að skuldbinda hann.

Um 68. gr.

Greinin kemur í stað 48. gr. gildandi laga og fylgir 42. gr. tilskipunarinnar. Það athugast að í c-lið 5. mgr. þeirrar greinar er aðildarríkjunum veitt heimild til að koma fót sérstöku vottunarkerfi, en ekki þykir ástæða til að nýta þá heimild, sbr. þá almennu stefnu sem mörkuð hefur verið um rafræna stjórnsýslu, sbr. lög nr. 51/2003, um breytingu á stjórnsýslulögum, nr. 37/1993 (rafræn stjórnsýsla).

Um 69. gr.

Í 2. mgr. greinarinnar er kveðið á um hvernig skuli standa að kynningu tilboða sem gerð hafa verið með rafrænum hætti. Minnt er á að skv. 68. gr. frumvarpsins skal tryggja nafnleynd tilboða og ganga þannig frá rafrænum útboðum að kaupandi geti ekki kynnt sér tilboð fyrir en að loknum tilboðsfresti.

Um 70. gr.

Greinin svarar til 54. gr. tilskipunarinnar. Rétt þykir að festa í íslensk lög heimild tilskipunarinnar til rafræns uppboðs þótt ekkert liggi fyrir á þessari stundu um hvort og að hvaða marki þessi heimild verði nýtt.

Um 71. gr.

Greinin kemur í stað 49. gr. gildandi laga. Í greininni er nú orðalagi 1. mgr. 44. gr. tilskipunarinnar fylgt í stað þess að láta sitja við hið einfalda orðalag 49. gr. gildandi laga. Ekki er þó um að ræða efnislega breytingu á gildandi lögum, eins og marka má af athugasemdum við 49. gr. þess frumvarps sem varð að lögum nr. 94/2001. Til þess að tilboð komi til efnislegrar skoðunar þarf það þannig í fyrsta lagi að vera í samræmi við útboðsskilmála eða fela í sér í sér gilt frávikstilboð, sbr. 41. gr. frumvarpsins og hafa borist borist innan fresta. Í annan stað verður það að hafa borist frá bjóðanda sem ekki bar eða var heimilt að vísa frá, sbr. VII. kafla. Í þriðja lagi verður tilboð að hafa borist frá þeim sem valdir voru til að leggja fram tilboð, ef um forval var að ræða.

Um 72. gr.

Þessi grein ásamt 45. gr. frumvarpsins leiðir í íslensk lög efnisreglur 53. gr. tilskipunarinnar. Hér er um efnislega óbreyttar reglur að ræða frá gildandi lögum, en vakin er athygli á því að 45. gr. felur í sér breytingar á orðalagi að því er varðar leyfilegar forsendur fyrir vali. Sem fyrr þykir eðlilegt að ákvæði um tilgreiningu á forsendum fyrir vali sé komið fyrir í þeim kafla frumvarpsins þar sem fjallað er um útboðsgögn, líkt og í gildandi lögum. Ákvæði 45. gr. á að tryggja að kaupandi tilgreini forsendur við mat á hagkvæmasta tilboði í útboðsgögnum. Mat kaupanda á hagkvæmasta boði á því alltaf að vera fyrirsjáanlegt og byggt á hlutrænum sjónarmiðum sem tengjast fjárhagslegri hagkvæmni og gildir þá einu hvort tilboð eru eingöngu metin með hliðsjón af verði eða hvort um er að ræða fleiri forsendur sem kaup-

andi hefur tilgreint í samræmi við ákvæði 45. gr. frumvarpsins. Ítrekað er að halda ber kröfum til hæfis þátttakenda og bjóðenda aðskildum frá forsendum fyrir vali tilboðs. Ef bjóðandi telst á annað borð hæfur til að leggja fram tilboð ber að meta tilboð hans sjálfstætt með hliðsjón af valforsendum. Það athugast að ákvæði 3. mgr. 72. gr. útilokar ekki að samið sé við fleiri aðila í rammisamningsútbóði samkvæmt nánari fyriræmum 34. gr. Er með þessu gert ráð fyrir breytingu á því að rammisamningshafar skuli vera a.m.k. þrjú, sbr. 5. mgr. 34. gr.

Um 73. gr.

Þessi grein svarar til 55. gr. tilskipunarinnar, ef frá er talin lokamálsgrein greinarinnar. Minnt skal á að almennt er óheimilt að notast við fastan mælikvarða við mat á óeðlilega lágu tilboðum, enda útilokar slík aðferð í raun að bjóðandi geti fært rök fyrir tilboðsfjárhæðinni. Þannig væri t.d. óheimilt að telja öll tilboð, sem viku meira en 10% frá meðaltalsverði allra framkominna tilboða, óeðlilega lág án frekari skoðunar. Með lokamálsgrein greinarinnar er kaupanda gert skylt að rökstyðja sjálfkrafa þá ákvörðun að hafna tilboði með vísan til þess að það sé óeðlilega lágt, en með þessu eru lagðar ríkari skyldur á kaupanda en leiðir af 74. gr. frumvarpsins. Athygli skal vakin á því að skv. 43. gr. tilskipunarinnar er skylt í skýrslu um opinber innkaup yfir viðmiðunarfrjárhæðum EES að tilgreina ástæður þess að tilboðum var hafnað á þeim grundvelli sem hér um ræðir.

Um 74. gr.

Ákvæði greinarinnar eru óbreytt frá 1. og 2. mgr. 52. gr. gildandi laga. Með hliðsjón af ákvæðum 18. gr. frumvarpsins þykir rétt að fella niður ákvæði sem svarar til 3. mgr. 52. gr. gildandi laga. Að öðru leyti kallar tilskipunin hins vegar ekki á breytingar. Athygli er vakin á því að í 76. gr. frumvarpsins er gert ráð fyrir breytingum á reglum um það hvernig staðið er að tilkynningu um val tilboðs og endanlegri gerð samnings. Að lokum má vekja athygli á því að litið hefur verið svo á að kaupanda væri heimilt að hafna öllum framkomnum boðum. Telja verður að þessi heimild eigi fyrst og fremst við þegar valforsendur (t.d. allt of hátt verð miðað við kostnaðaráætlun) eða önnur ákvæði í útbóðsgögnum helga slíka niðurstöðu eða þá að almennar forsendur fyrir útbóði hafa brostið, sbr. dóm Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005 (Íslenskir aðalverktakar hf.).

Um 75. gr.

Í greininni er að finna nokkuð ítarlegri ákvæði um tilkynningu höfnunar og rökstuðning sem fylgja ákvæðum 41. gr. tilskipunarinnar.

Um 76. gr.

1. mgr. felur í sér mikilvæga breytingu á því hvernig staðið er að tilkynningu um val á tilboði og samþykkt tilboðs og gerð samnings. Í framkvæmd er algengt að kaupandi (eða umsjónarmaður útbóðs) tilkynni þeim bjóðanda, sem valinn hefur verið í útbóði, að tilboð hans hafi verið samþykkt á sama tíma og úrslit útbóðs eru tilkynnt öðrum bjóðendum. Samkvæmt almennum reglum samningaréttar hefur verið litið svo á að þegar þetta samþykki hefur borist bjóðandanum sé kominn á samningur sem óheimilt er að fella úr gildi, sbr. 83. gr. gildandi laga. Í framkvæmd hafa því möguleikar bjóðenda til þess að fá ákvörðun um val tilboðs endurskoðað af kærufnd útbóðsmála verið takmarkaðir. Hafa því hagsmunir bjóðenda í þessari stöðu eingöngu verið tryggðir með reglum um skaðabætur.

Eins og fram kemur í athugasemdum við 98. gr. frumvarpsins er ekki gerð tillaga um það í frumvarpinu að vikið verði frá þeirri grunnreglu íslensks innkauparéttar að samningur verði almennt ekki felldur úr gildi eftir að hann hefur verið gerður. Þeir opinberu og einkaréttarlegu hagsmunir sem liggja til grundvallar þeirri reglu réttlæta þó ekki að möguleikar bjóðenda á því að fá ákvörðun um val á tilboði hnekkst séu í raun engir. Er því gert ráð fyrir því að a.m.k. 10 dagar líði frá því að ákvörðun um val tilboðs er tilkynnt þar til samningur í skilningi 98. gr. frumvarpsins er gerður. Gefst þátttakendum þannig kostur á því að skjóta máli til kærunefndar útboðsmála sem getur stöðvað samningsgerð til bráðabirgða ef hún telur ástæðu til. Eru bjóðendum þannig fengin í hendur raunhæfi úrræði til að fá ákvörðun kaupanda endurskoðaða, sbr. til hliðsjónar þær kröfur sem fram koma í dómi Evrópudómstólsins 28. október 1999 í máli nr. 81/98, Alcatel Austria AG o.fl. gegn Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Ef kærunefnd útboðsmála hafnar því hins vegar að stöðva samningsgerð getur hinn opinberi aðili gert samning sem ekki verður felldur úr gildi. Með því tekur hann þó áhættuna af því að hann verði síðar talinn bótaskyldur að meira eða minna leyti. Með þeim breytingum sem hér eru lagðar til er í stuttu máli leitast við að finna eðlilegt jafnvægi milli annars vegar hagsmuna hins opinbera og viðsemjanda þess af því að unnt sé að hrinda samningi í framkvæmd og hins vegar hagsmuna bjóðanda af því að á hann sé ekki hallað við val tilboðs. Er þetta nýmæli frumvarpsins einnig í samræmi við nýlegar reglur í Danmörku. Að lokum má búast við því að regla sem þessi verði sett á vettvangi Evrópubandalagsins við þá endurskoðun á eftirlitstilskipuninum sem greint er frá í almennum athugasemdum.

Hafa ber í huga að regla 1. mgr. greinarinnar á aðeins við þegar um eiginlegt val tilboðs er að ræða. Reglan á þannig ekki við ef um er að ræða samningskaup við einn aðila, innkaup á grundvelli rammasamnings, innkaup á grundvelli gagnvirks innkaupakerfis eða innkaup með rafrænu uppboði.

Í 2. mgr. kemur fram sú viðbót við gildandi reglur að ekki sé heimilt að breyta grundvallarþáttum tilboðs þannig að samkeppni sé raskað eða um mismunun verði að ræða. Með þessu er vísað til þess að við gerð endanlegs samnings getur verið ástæða til þess að gera einhverjar breytingar frá því sem kveðið var á um í útboðsskilmálum. Slíkar breytingar mega þó aldrei vera þess eðlis að það kynni að hafa breytt niðurstöðu útboðs ef þær hefðu komið fram í útboðsgögnum. Verður að telja að þessi regla sé í samræmi við þau viðhorf sem koma fram í tilskipuninni, sbr. t.d. 6. mgr. 29. gr. og 2. mgr. 32. gr., og einnig þau vinnubrögð sem tíðkast hafa athugasemdalaust í framkvæmd.

Um 77. gr.

Greinin svarar til 55. gr. gildandi laga og þarfnast ekki skýringa.

Um 3. þátt.

Í þessum þætti laganna er að finna ákvæði sem einungis gilda um innkaup yfir viðmiðunarfrjárhæðum á Evrópska efnahagssvæðinu. Með ákvæðum þáttarins er leitast við að laga íslenskan rétt að skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt tilskipuninni sem ítarlega er greint frá í almennum athugasemdum. Innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, sbr. tilskipun nr. 2004/17/EB, falla hins vegar utan gildissviðs frumvarpsins nema að því er varðar XIII. og XIV. kafla, eins og nánar greinir í athugasemdum við 7. gr. frumvarpsins. Er gert ráð fyrir því að sú tilskipun verði innleidd með sérstakri reglugerð.

Eins og áður greinir liggur sú almenna stefnumörkun til grundvallar frumvarpinu að leggja til grundvallar sömu efnisreglur við innkaup innanlands og innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES. Af þessu leiðir í fyrsta lagi að gildissvið frumvarpsins er það sama hvort sem um er að ræða innkaup innanlands eða innkaup á EES, enda eiga reglur 1. þáttar frumvarpsins jafnt við um báðar tegundir innkaupa. Athygli er vakin á því að innkaup sveitarfélaga, stofnana þeirra og samtaka eru þar af leiðandi ekki undanskilin ákvæðum 3. þáttar. Í annan stað fer um framkvæmd þessara innkaupa að verulegu leyti samkvæmt sömu reglum vegna þess að reglur 2. þáttar frumvarpsins eru að meginstefnu samdar eftir fyrirmynd tilskipunarinnar.

Af þessu leiðir að ákvæði 3. þáttar frumvarpsins eru einföld í sniðum. Vísað er til reglna 2. þáttar um þessi innkaup nema að því marki sem þessar reglur víkja frá reglum tilskipunarinnar og öðrum EES-reglum. Hér er einkum um að ræða ákvæði tilskipunarinnar sem lúta að tilkynningum, auglýsingum, frestum og skýrslugerð. Í frumvarpinu hefur sú leið verið valin að vísa til viðeigandi reglna tilskipunarinnar í stað þess að leitast við að taka þær upp í frumvarpstextann, sbr. heimild í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 15/2005, um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað. Er að þessu leyti fylgt danskri fyrirmynd við innleiðingu tilskipunarinnar og annarra gerða sem henni tengjast. Tekið skal fram að gert er ráð fyrir því að tilskipunin verði birt í heild með frumvarpinu í Stjórnartíðindum.

Um 78. gr.

Í 1. mgr. er fjallað um viðmiðunarfjárhæðir fyrir innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. einkum 7., 8. og 9. gr. tilskipunarinnar. Framkvæmdastjórnin getur endurskoðað þessar fjárhæðir samkvæmt þeirri málsmeðferð sem um ræðir í 78. gr. tilskipunarinnar, sbr. nú reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 2083/2005 sem tekin var upp í XVI. viðauka við EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 69/2006 (sjá EES-viðbæti við Stjórnartíðindi ESB 7. september 2006 nr. 44/2006). Skal þessi endurskoðun fara fram á tveggja ára fresti frá og með gildistöku tilskipunarinnar, þ.e. í fyrsta sinn fyrir 31. janúar 2008. Er því kveðið á um það í 1. mgr. að slík endurskoðun skuli einnig fara fram að því er varðar þessar fjárhæðir eins og þær eru birtar í íslenskum krónum.

Í 2. mgr. er gert ráð fyrir því að reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 1564/2005 um stöðluð eyðublöð fyrir birtingu á tilkynningum á sviði opinberra innkaupa samkvæmt tilskipuninni verði innleidd með reglugerð, sbr. einnig tilskipun framkvæmdastjórnarinnar 2005/51/EB sem breytir VIII. viðauka við tilskipunina. Þá er í 2. másl. 2. mgr. að finna almenna reglugerðarheimild til að setja nánari reglur um opinber innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES til samræmis við EES-reglur ef nauðsyn krefur.

Um 79. gr.

Eins og áður greinir grundvallast frumvarpið á þeirri aðferð að sömu efnisreglur gildi um innkaup yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum annars vegar og yfir viðmiðunarfjárhæðum EES hins vegar. Ólíkar reglur hljóta hins vegar, eðli málsins samkvæmt, að gilda um ýmsar tilkynningar, auglýsingar, fresti og ýmis atriði sem varða fjárhæðir. Í þessari grein frumvarpsins er safnað saman þeim reglum tilskipunarinnar sem víkja með einhverjum hætti frá ákvæðum 2. þáttar frumvarpsins og fela þannig í sér frávik frá reglum þess þáttar. Við opinber innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum EES má þannig ganga út frá því að reglur 2. þáttar gildi nema frávik leiði af þeim reglum tilskipunarinnar sem vísað er til í greininni.

Í fyrsta lagi er tekið fram að reglur 35.–43. gr. tilskipunarinnar gildi um þessi innkaup. Hér er um að ræða allar reglur tilskipunarinnar um tilkynningar, auglýsingar tilkynninga,

fresti, efni tilkynninga, aðferðir við tilkynningar, miðlun upplýsinga og efni skýrslna, sbr. VI. kafla 2. hluta tilskipunarinnar. Er hér um svo afmörkuð atriði að ræða að ekki verður talin hætta á vafa um það að hvaða marki reglur 2. þáttar gilda um innkaup yfir viðmiðunarmörkum EES. Athugast í þessu sambandi að gert er ráð fyrir því að tilskipunin muni verða birt í heild í Stjórnartíðindum í ásamt lögnum.

Í annan stað er vikið að nokkrum öðrum atriðum þar sem reglur 2. þáttar gilda ekki eða gilda með afbrigðum, sbr. a–d-lið greinarinnar. Með a-lið eru innleidd fyrirmæli 5. mgr. 9. gr. tilskipunarinnar um hámark sem svarar til 80.000 evra að því er varðar vöru- og þjónustusamninga og 1 milljónar evra að því er varðar verksamninga, en ekki þykir ástæða til að hafa þetta hámark þegar um er að ræða innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES.

Í lokamálsgrein greinarinnar er tekin upp regla 37. gr. tilskipunarinnar um heimild til að birta tilkynningar um innkaup sem falla ekki undir innkaupareglur EES. Hafa ber í huga að notkun á þessari heimild kynni að jafngilda skuldbindingu kaupanda um að virða innkaupareglur EES. Ef kaupandi hyggst nýta sér þessa heimild en hyggst þó ekki fylgja innkaupareglum EES til hins ítrasta væri eðlilegast að hann tæki það skýrt fram í auglýsingu.

Um X. kafla.

Í þessum kafla er að finna ákvæði um sérleyfissamninga um verk og hönnunarsamkeppni yfir viðmiðunarfjárhæðum EES. Þegar um er að ræða sérleyfissamninga eða hönnunarsamkeppni undir þessum viðmiðunarfjárhæðum gilda ákvæði 2. þáttar. Af þeim leiðir að sérleyfissamningar um verk undir viðmiðunarfjárhæðum EES eru ekki útboðsskyldir, en ráðherra er heimilt að setja um þetta efni sérstakar reglur með reglugerð að því er varðar ríkið og stofnanir þess, sbr. 3. mgr. 19. gr. frumvarpsins. Um hönnunarsamkeppni undir viðmiðunarfjárhæðum gilda sambærileg ákvæði og samkvæmt tilskipuninni, þó í nokkuð einfaldaðri mynd, sbr. 37. gr. frumvarpsins. Af þessum sökum þykir hentugast að vísa beint til reglna tilskipunarinnar þegar um er að ræða hönnunarsamkeppni yfir viðmiðunarfjárhæðum þannig að þessum ákvæðum verði fylgt milliliðalaust þegar það á við. Um heimild til að innleiða reglur tilskipunarinnar með tilvísun vísast sem fyrr til 2. mgr. 2. gr. laga nr. 15/2005, um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað. Hins vegar skal áréttað að gert er ráð fyrir því að tilskipunin í heild verði birt sem fylgiskjal við lög.

Um 82. gr.

Greinin felur í sér innleiðingu á 75. og 76. gr. tilskipun. Áréttað er að ráðherra geti með reglugerð kveðið á um skyldu kaupanda til að senda ráðuneytið skýrslur ákveðins efnis svo að unnt sé að fullnægja skyldum ríkisins skv. 76. gr. tilskipunarinnar.

Um 83. gr.

Greinin felur í sér innleiðingu á 3. gr. tilskipunar nr. 89/665/EBE og 8. gr. tilskipunar nr. 92/13/EBE sem greint er frá í almennum athugasemdum. Greinin svarar til 68. gr. gildandi laga, þó þannig að orðalag er afdráttarlausara í samræmi við umræddar tilskipanir. Þá er sú breyting lögð til að kaupandi sendi Eftirlitsstofnun EFTA milliliðalaust þau gögn sem um ræðir í greininni í stað þess að fjármálaráðuneytið hafi um þetta milligöngu.

Um XIII. kafla.

Ákvæði kaflans eru að meginstefnu óbreytt frá XII. kafla gildandi laga, þó þannig að tekið er mið af breyttri notkun hugtaka sem leiðir af tilskipuninni. Ríkiskaup teljast ótvírætt „mið-

læg innkaupastofnun“ í skilningi 10. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar. Með ákvæðum laganna um Ríkiskaup er þannig heimild 11. gr. tilskipunarinnar nýtt, en þar kemur fram að kaupandi teljist hafa fullnægt skyldum samkvæmt innkaupareglum að því marki sem miðlæg innkaupastofnun sem hefur séð um innkaup hans hefur gert það. Er þessi regla tilskipunarinnar áréttuð í 86. gr. frumvarpsins. Þar er einnig áréttuð heimild Ríkiskaupa til að gera samninga um þau störf sem stofnunin tekur að sér fyrir aðra opinbera aðila. Í slíkum samningum væri hægt að taka af skarið um hver tæki hvaða ákvarðanir, t.d. um val tilboðs, og hver bæri skaðabóta-ábyrgð við tilteknar aðstæður, t.d. ef val á tilboði væri síðar talið ólögmætt. Í frumvarpinu er ekki að finna sérstaka heimild fyrir ýmsa sjálfstæða opinbera aðila, t.d. sveitarfélög, til að setja á fót miðlægar innkaupastofnanir enda er slík heimild óþörf með hliðsjón af almennum valdheimildum þeirra. Að öðru leyti vísast til athugasemda við það frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001.

Um 90. gr.

Greinin gerir ráð fyrir að sérhvert ráðuneyti, stofnun eða fyrirtæki í eigu ríkisins, skipi sérstakan tilsjónarmann með innkaupum viðkomandi ráðuneytis, stofnunar eða fyrirtækis. Með fyrirtæki í eigu ríkisins er átt við fyrirtæki þar sem eignarhluti ríkisins er a.m.k. 50%. Með þessari ráðstöfun má ætla að meiri festa og ábyrgð skapist í kringum innkaup, enda svara útgjöld til innkaupa jafnan til stórs hluta af fjárheimildum ráðuneyta, stofnana eða fyrirtækja. Forstöðumaður skal fela tilgreindum starfsmanni viðkomandi ráðuneytis, stofnunar eða fyrirtækis, jafnan þeim sem með innkaup fer, að fylgjast með innkaupum og úrbótum á því sviði ef þörf er á og er gert ráð fyrir að þetta ábyrgðarsvið viðkomandi starfsmanns rúmist innan þeirrar starfslýsingar sem um hann gildir. Haft skal í huga að ákvarðanir um innkaup falla undir ábyrgð og skyldur forstöðumanna, sbr. 38. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins.

Um XIV. kafla.

Ákvæði kaflans eru að meginstefnu efnislega óbreytt frá XIII. kafla gildandi laga. Í fáeinum tilvikum hefur þó verið aukið við ákvæði kaflans með hliðsjón af túlkun sem fram hefur komið í framkvæmd kærunefndar útboðsmála eða dómum Hæstaréttar. Þá hefur verið tekið tillit til breyttrar hugtakanotkunar tilskipunarinnar, t.d. er nú rætt um „fyrirtæki“ en ekki „bjóðendur“ sem aðila kærumáls. Er með því lögð áhersla á að fyrirtæki sem ekki hefur verið aðili að formlegu innkaupaverli geti verið aðili að máli fyrir nefndinni, t.d. við þær aðstæður að skylda til útboðs hefur alfarið verið sniðgengin. Loks er í 1. mgr. 93. gr. að finna ákvæði um greiðslu kærugjalds, en hafa ber í huga að ef kærandi vinnur málið yrði honum úrskurðaður málskostnaður skv. 96. gr. frumvarpsins þar sem m.a. yrði tekið tillit til þessa kostnaðar hans. Með ákvæðum kaflans um kærunefnd útboðsmála er, líkt og í núgildandi lögum, brugðist við kröfum 1. og 2. gr. tilskipana nr. 89/665/EBE og nr. 92/13/EBE um að tryggja fyrirtækjum skjót og virk réttarúrræði vegna ætlaðra brota á reglum um opinber innkaup. Þau verkefni sem um ræðir í umræddum greinum tilskipananna falla þó að hluta undir almenna dómstóla, einkum það hlutverk að dæma fyrirtækjum skaðabætur vegna brota á reglum um opinber innkaup.

Um 91. gr.

Greinin svarar til 75. gr. gildandi laga. Í framkvæmd hefur kærunefnd útboðsmála skýrt 2. mgr. greinarinnar svo að innkaup sveitarfélaga undir viðmiðunarfjárhæðum EES falli ekki

undir lögsögu nefndarinnar, þ.e. að í þeim tilvikum sé ekki um að ræða ætluð brot gegn lögnum. Felur frumvarpið ekki í sér breytingu á þessari túlkun nefndarinnar. Eiga fyrirtæki sem telja á sér brotið við innkaup sveitarfélaga undir viðmiðunarfjárhæðum EES það úrræði að leita til almennra dómstóla með kröfur sínar. Þá hefur nefndin almennt litið svo á að það falli utan lögsögu nefndarinnar að fjalla um brot á ýmsum reglum stjórnsýsluréttar, t.d. brot á reglum II. kafla stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, varðandi hæfi. Úr slíkum álitæfnum væri hins vegar almennt unnt að fá skorið með stjórnsýslukæru, sbr. VII. kafla stjórnsýslulaga.

Um 92. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 76. gr. gildandi laga og þarfnast ekki skýringa.

Um 93. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 77. gr. gildandi laga. Samkvæmt greininni er ótvírætt að heimild til kæru er ekki bundin við það að fyrirtæki sé formlegur aðili að útboði. Ef kaupandi sniðgengur algerlega reglur um opinber innkaup gæti hver sá sem hugsanlega hefði boðið fram þá vöru, þjónustu eða verk, sem um er að ræða, haft heimild til kæru. Að öðru leyti þarfnast greinin ekki skýringa.

Um 94. gr.

Greinin svarar til 78. gr. gildandi laga. Í framkvæmd hefur kærunefnd útboðsmála skýrt ákvæði 1. mgr. 78. gr. samkvæmt orðanna hljóðan þannig að kærufrestur byrji að líða þegar kærandi veit eða má vita um þá ákvörðun, athöfn eða athafnaleysi sem hann telur ólögmeata. Hefur því verið talið að hér væri um sérákvæði að ræða sem gengi frammar 27. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, um upphaf kærufrests. Ef kaupandi hefur t.d. ákveðið að notast við samningskaup verður fyrirtæki að skjóta þessari ákvörðun til kærunefndarinnar innan fjögurra vikna frá því að fyrirtækinu verður kunnugt um þessa ákvörðun. Það væri hins vegar bagalegt með tilliti til opinberra og einkaréttarlegra hagsmuna ef ákvörðun kaupanda um að notast við samningskaup kynni að vera felld úr gildi á síðustu stigum samningskaupaferlisins sem ættu sér stað löngu síðar.

Ljóst er að í opinberum innkaupum er oft og tíðum sérlega mikilvægt að ekki sé fyrir hendi óvissa um gildi tiltekinna ákvarðana, jafnvel þótt vera kunni að ákvarðanir séu ólögmeatar og leiði til bótaskyldu. Í opinberum innkaupum standa því sérstök rök til þess að fyrirtæki bregðist skjótt við ætluðum brotum, ef þau óska eftir því að úrræðum kærunefndar útboðsmála sé beitt. Þykir þetta ekki óeðlilega íþyngjandi þegar litið er til þess að þau fyrirtæki sem taka þátt í innkaupaferlum búa yfirleitt yfir reynslu og þekkingu á því sviði sem hér er um að ræða. Hafa ber í huga að fyrirtæki getur ávallt leitað til almennra dómstóla þótt sá frestur sem kveðið er á um í greininni sé runninn út.

Samkvæmt 2. másl. 1. mgr. er alltaf heimilt að bera kæru undir kærunefnd útboðsmála innan 15 daga frá því að rökstuðningur skv. 75. gr. er veittur. Með þessu er komið í veg fyrir að vanræksla kaupanda á því að veita lögákveðinn rökstuðning hindri fyrirtæki í að leggja fram kæru fyrir kærunefnd útboðsmála.

Sem fyrr segir er í 3. másl. gert ráð fyrir kærugjaldi, en hafa ber í huga að ef greiðandi kærumáls vinnur málið yrði honum úrskurðaður málskostnaður skv. 96. gr. frumvarpsins sem m.a. ætti að gera hann skaðlausan af þessum kostnaði.

Um 95. gr.

Í síðari málslið 1. mgr. er að finna nýtt ákvæði þess efnis að hafi miðlæg innkaupastofnun í skilningi frumvarpsins annast innkaup teljist sú stofnun varnaraðili við meðferð málsins fyrir kærunefnd útboðsmála. Þetta ákvæði er í samræmi við framkvæmd kærunefndar útboðsmála og þjónar þeim tilgangi að málsmeðferð sé skjót og skilvirk þegar um fleiri kaupendur er að ræða og samband þeirra innbyrðis er óljóst, en miðlæg innkaupastofnun (Ríkiskaup) hefur haft umsjón með innkaupum. Rétt er að hafa í huga að þegar kærunefnd útboðsmála lætur uppi álit um skaðabótaskyldu við þessar aðstæður er alls ekki sjálfgefið að það sé hin miðlega innkaupastofnun sem eigi að bera hina endanlegu skaðabótaskyldu. Fer það eftir atvikum hverju sinni hver ber ábyrgð á þeirri ákvörðun sem talin er leiða til skaðabótaskyldu. Getur t.d. vel hugsast að kaupandi hafi gefið miðlægrri innkaupastofnun fyrirmæli um tiltekið val á tilboði og verði því alfarið sjálfur að bera ábyrgð á þeirri ákvörðun sinni. Æskilegt verður að teljast að miðlæg innkaupastofnun og kaupandi skýri atriði sem þessi í samningi sín á milli, sbr. 2. mgr. 86. gr. frumvarpsins að því er varðar Ríkiskaup.

Í 2. mgr. greinarinnar er að finna ákvæði um að skylt sé að gefa öðrum fyrirtækjum kost á því að tjá sig í máli ef þau hafa beinna og verulegra hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls. Er þetta í samræmi við forsendur í dómi Hæstaréttar 26. febrúar 2004 í máli nr. 347/200 (Nýherji hf.). Samkvæmt þessu verður að meta það í hvert og eitt sinn hvort ástæða sé til þess að gefa öðrum fyrirtækjum, t.d. öðrum bjóðendum, kost á því að tjá sig um framkomna kærú.

Að því er varðar 3. mgr. ber að hafa í huga að ef andsvör kæranda hafa að geyma nýjar málsástæður eða staðhæfingar um önnur atvik málsins, svo að einhverju skipti fyrir úrlausn, getur verið skylt að gefa varnaraðila kost á því að tjá sig um þessi atriði. Leiðir þetta af ólögfestum reglum sem óþarft er að festa í lög, sbr. dóm Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005 (Íslenskir aðalverktakar hf.).

Í 4. mgr. er rýmkuð heimild kærunefndar útboðsmála til að láta fara fram munnlegan málflutning miðað við samsvarandi ákvæði gildandi laga.

Um 96. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 80. gr. gildandi laga. Af framsetningu laganna og framkvæmd er ljóst að ekkert er því til fyrirstöðu að fyrirtæki krefjist bæði stöðvunar innkaupafelris eða samningsgerðar og hafi uppi kröfu um skaðabætur eða áskilji sér rétt til slíkra bóta. Að öðru leyti þarfnast greinin ekki sérstakra skýringa.

Um 97. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 81. gr. gildandi laga og þarfnast ekki sérstakra skýringa.

Um 98. gr.

Í greininni er kveðið á um frest til að skjóta úrskurði kærunefndar útboðsmála til dómstóla. Áréttað er að m.a. opinberir aðilar sem hafa verið varnarmegin við rekstur máls fyrir nefndinni geti krafist ógildingar á úrskurðum nefndarinnar. Þykir eðlilegt að tekin séu af tvímæli um þessa heimild opinbers aðila með hliðsjón af því að hlutverki kærunefndar útboðsmála verður fremur jafnað til hlutverks sjálfstæðs dómstóls á 1. dómstigi en æðra stjórnvalds með stjórnunar- og eftirlitsheimildir með hinum opinbera aðila.

Í 2. mgr. greinarinnar felst að kærunefnd útboðsmála á ekki að vera varnaraðili að dómsmálum þar sem krafist er ógildingar á úrskurðum nefndarinnar. Í dómaframkvæmd er talsvert á reiki hvernig varnaraðild að málum, þar sem krafist er ógildingar stjórnvaldsákvarðana, er

háttað. Í þeim dómsmálum, þar sem skorið hefur verið úr gildi úrskurða kærunefndar útboðsmála, hefur kærunefndinni þó ekki verið stefnt til varnar án þess að athugasemdir hafi verið gerðar af hálfu dómstóla. Engu að síður þykir rétt að taka af allan vafa um þetta atriði og slá því föstu að óþarft sé að stefna kærunefndinni til varnar í þessum málum. Athygli er vakin á því að almennt mundu ekki vera fyrir hendi lögvarðir hagsmunir til að fá álitni nefndarinnar um skaðabótaskyldu hnekktt, sbr. dóm Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005 (Íslenskir aðalverktakar hf.).

Um 99. gr.

Greinin er efnislega óbreytt frá 82. gr. gildandi laga og þarfnast ekki sérstakra skýringa. Skv. 104. gr. frumvarpsins skulu gildandi starfsreglur kærunefndar útboðsmála halda gildi sínu þar til nýjar starfsreglur kærunefndarinnar hafa tekið gildi.

Um XV. kafla.

Ákvæði kaflans eru efnislega óbreytt frá 83. og 84. gr. gildandi laga. Vísast til athugasemda við það frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001 um nánari skýringar þessara greina. Einnig má hér benda á umfjöllun um þessi ákvæði í dómi Hæstaréttar 17. nóvember 2005 í máli nr. 182/2005 (Íslenskir aðalverktakar hf.). Athygli er þó vakin á því að möguleikar bjóðanda á því að fá ákvörðun um val tilboðs aukast til muna með 76. gr. frumvarpsins sem gerir ráð fyrir því að frá vali tilboðs til gerðar samnings í skilningi 99. gr. líði a.m.k. 10 dagar. Með þessum hætti á miklu síður að koma upp sú staða að ekki sé unnt að krefjast þess að ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs, eða gerð samnings, verði felld úr gild vegna þess að samningur hefur þegar verið gerður.

Um 102. gr.

Með greininni er fullnægt skyldu skv. 1. mgr. 80. gr. tilskipunarinnar til að vísa til tilskipunarinnar í hlutaðeigandi innleiðingarlögum. Með lögnum er íslenskur réttur einnig lagaður að kröfum svokallaðra eftirlitstilskipana nr. 89/665/EBE og nr. 92/13/EBE en ekki þykir ástæða til þess að tilgreina þessar gerðir í lagatextanum. Eins og fram kemur í athugasemdum við 7. gr. frumvarpsins gerir frumvarpið ráð fyrir því að tilskipun nr. 2004/17/EB um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu verði innleidd með reglugerð að öðru leyti en því að ákvæði XIV. og XV. kafla frumvarpsins gilda um innkaup sem falla undir þessa tilskipun.

Um 103. gr.

Eftir að lög nr. 94/2001 tóku gildi hefur risið vafi um það atriði hvort og þá að hvaða marki stjórnarsýslulög, nr. 37/1993, gilda um ákvarðanir og aðrar athafnir kaupenda á sviði opinberra innkaupa, sbr. einkum álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2003 í máli nr. 3712/2003 og 8. júlí 2005 í máli nr. 4095/2004. Í núgildandi lögum er aðeins tekið fram í 5. mgr. 79. gr. að um meðferð mála fyrir kærunefnd útboðsmála fari samkvæmt stjórnarsýslulögum. Af þessu ákvæði, sem fjallar um málsmeðferð sjálfstæðrar úrskurðarnefndar, kærunefndar útboðsmála, verður að sjálfsögðu ekki dregin sú ályktun að ákvarðanir kaupenda á sviði opinberra innkaupa lúti stjórnarsýslulögum. Þegar það frumvarp sem varð að núgildandi lögum var samið var gengið út frá því að stjórnarsýslulög tækju ekki til opinberra innkaupa að frátöldum reglum II. kafla laganna, sbr. 3. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga (sjá í þessu sambandi athugasemdir við 1. gr. þess frumvarps sem varð að lögum nr. 37/1993). Hins vegar var ljóst að í

Því frumvarpi sem varð að nágildandi lögum voru ýmis ákvæði sem þjónuðu svipuðum markmiðum og tiltekin ákvæði stjórnsýslulaga, t.d. ákvæði um jafnræði, upplýsingaskyldu og rökstuðning ákvarðana. Þessi ákvæði voru þó sérsniðin að opinberum innkaupum og þeim innkaupaferlum sem nánar er kveðið á um í lögnum.

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

Með ítarlegum ákvæðum tilskipunarinnar og reglum eftirlitstilskipana EB má segja að kveðið sé með svo tæmandi hætti á um réttindi fyrirtækja gagnvart kaupanda á sviði opinberra innkaupa að ekkert rúm sé fyrir almennar reglur stjórnsýslulaga. Þykir því engin ástæða til þess að almenn stjórnsýslulög gildi um það svið sem hér er um að ræða með þeirri óvissu og töfum á málsmeðferð sem það kann að valda. Á þetta við þótt við skýringu reglna um opinber innkaup kunni m.a. að verða litið til stjórnsýslulaga og ólögfesta reglna stjórnsýsluréttar að því leyti er vafi kann að koma upp um efni þessara reglna. Þá verður að telja eðlilegt að ólögfestum meginreglum stjórnsýsluréttar (eftir atvikum, eins og ályktað verður um þær með vísan til ákvæða stjórnsýslulaga) verði beitt við þær aðstæður að reglur um opinber innkaup taka ekki til álítaefnis. Þetta breytir þó ekki þeirri meginniðurstöðu að æskilegt er að taka af tvímæli um samband stjórnsýslulaga og reglna um opinber innkaup svo sem lagt er til í greininni. Er lögð áhersla á að með ákvæðinu er umfram allt stefnt að því að skýra reglur um opinber innkaup en ekki skerða réttindi fyrirtækja gagnvart kaupendum frá því sem verið hefur.

Um 104. og 105. gr.

Greinarnar þarfnast ekki skýringa.

Um 106. gr.

Miðað er við að kærunefndin fylgi ákvæðum XIV. kafla laganna við úrlausn á kæru sem berst eftir að frumvarpið tekur gildi, jafnvel þótt um efnislega úrlausn kærunnar fari samkvæmt lögum nr. 94/2001. Að öðru leyti þarfnast greinin ekki skýringa.

Um 107. gr.

Greinin þarfnast ekki skýringa.

Fylgiskjal.

*Fjármálaráðuneyti,
fjárlagaskrifstofa:*

Umsögn um frumvarp til laga um opinber innkaup.

Frumvarpi þessu er ætlað að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu. Í frumvarpinu er gert ráð fyrir að lög nr.

94/2001, um opinber innkaup, verði felld úr gildi, sem og eftirfarandi reglugerðir og auglýsingar: Reglugerð um opinber innkaup á EES-svæðinu nr. 655/2003, reglugerð um viðmiðunarfrjárhæðir nr. 1012/2003, auglýsing nr. 30/2004 um breytingar á viðmiðunarfrjárhæðum fyrir útboðsskyld kaup á vörum, þjónustu og verkum, sbr. 12. gr. laga nr. 94/2001, reglugerð um notkun staðlaðra eyðublaða nr. 239/2003 og reglugerð um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og fjarskipti nr. 705/2001. Einnig er gert ráð fyrir að ákvæði tilskipana Efnahagsbandalags Evrópu á þessu sviði sem Íslendingar undirgengust með samningnum um Evrópska efnahagssvæðið verði leidd í lög með frumvarpinu. Ekki er um að ræða miklar efnislegar breytingar varðandi framkvæmd opinberra innkaupa fyrir ríkisstofnanir frá núgildandi lögum og er ekki ástæða til að ætla að lögfesting frumvarpsins hafi aukinn kostnað í för með sér.