**Niðurstöður samráðs**

*Drög að frumvarpi um breytingar á lögum um opinber innkaup sem birt var í samráðsgátt 11. mars. 2024.*

Fjórar umsagnir bárust við frumvarpsdrögin í samráðsgátt, frá Bandalagi háskólamanna, Reykjavíkurborg, Procure.is og Consensa ehf. Þá barst einnig sameiginleg umsögn frá Samtökum atvinnulífsins, Samtökum iðnaðarins og Samtökum verslunar og þjónustu eftir að umsagnarfrestur var liðinn.

Í umsögn Bandalags háskólamanna kemur fram að ekki væri tekin efnisleg afstaða til þeirra breytinga sem væri verið að gera á stofnanaumgjörð samkvæmt lögum um opinber innkaup nema að því leyti sem varðar stöðu starfsfólks hjá Ríkiskaupum. Þá kemur fram að borið hefði á óvissu meðal starfsfólks og spurningar vaknað um stöðu og flutning áunninna réttinda sem og framtíð hjá annarri stofnun sem tæki við verkefnum. Vísað er í því samhengi til þess ferlis sem gildir um aðilaskipti er varðar miðlun upplýsinga og samráði við fulltrúa starfsfólks um þau áhrif sem skipulagsbreytingar geti haft og mikilvægi þess að niðurstöður séu kynntar starfsfólki. Að öðru leyti er hvatt til þess að um málefni starfsfólks verði haft náið samráð við FHSS og önnur aðildarfélög BHM, eftir því sem á við.

Í umsögn Reykjavíkurborgar eru gerðar athugasemdir við að ekki hefi verið að fullu tekið tillit til ábendinga sem komu fram í umsögn um áform á fyrri stigum og þess skamma tíma sem veittur var til að veita umsögn við frumvarpsdrögin. Áréttaðar voru sérstaklega tillögur í fyrri umsögn um að sveitarfélögum sé veittur frestur til að semja um tilboðsfresti í gagnvirkum innkaupakerfum sem og að mælt verði fyrir um málskostnað til handa opinberum aðilum fyrir kærunefnd útboðsmála. Þá eru einnig settar fram athugasemdir við einstök ákvæði frumvarpsins í umsögninni. Við 1. gr. frumvarpsins er talin þörf á á skýra betur hvaða eða hvers konar aðilar geta sinnt hlutverki miðlægrar innkaupastofnunar en að mati borgarinnar er mikilvægt að það komi fram að það eigi ekki Innkaupaskrifstofu Reykjavíkurborgar, sbr. ákvörðun kærunefndar útboðsmála frá 5. september 2023 í máli nr. 34/2023. Við 5. gr. frumvarpsins eru gerðar athugasemdir við að innlend viðmiðunarfjárhæð vegna verkframkvæmda sé ekki endurskoðuð samhliða því að innlendar viðmiðunarfjárhæðir vegna vöru- og þjónustusamninga séu felldar brott úr lögum um opinber innkaup. Við 8. gr. frumvarpsins er gerð athugasemd varðandi þegar opnun tilboða er frestað og þann fjölda daga sem þarf til áður en slíkt er gert. Fram kemur í umsögninni að ekki sé fullt samræmi við áskilnað sem kemur fram í 3. mgr. 47. gr. útboðstilskipunarinnar. Við 15. gr. kemur fram að færa þarf sönnunarbyrði um vanefndir vegna keðjuábyrgðar yfir á aðalverktaka og að lágmarki þurfi að mæla fyrir um heimild til handa kaupanda að óska eftir launaseðlum, tímaskýrslum, og yfirliti yfir gildandi sjúkra- og slysatryggingar eigi kaupandi að geta nýtt heimild til að greiða greiðslur beint til undirverktaka á kostnað aðalverktaka. Þá er gerð athugasemd við 20. gr. frumvarpsins er varðar hækkunar kærugjalds fyrir kærunefnd útboðsmála en lagt er til að gjaldið verði hækkað umfram verðlagsbreytingar og fært nær því gjaldi sem greitt er fyrir sambærilegri kærunefnd í Danmörku. Þá er að lokum gerðar athugasemdir við 23. gr. frumvarpsins er varðar reglugerðarheimild um hvernig beri að reikna tímabil, dagsetningar og fresti á grundvelli laga um opinber innkaup en lagt er til að verði fjallað um það með beinum hætti í ákvæðum laganna.

Í umsögn Procure.is kemur fram að kaupendur viðhaldi of mikilli fjarlægð frá mögulegum bjóðendum einkum þegar kemur að því að móta útboðskröfur. Þörf sé á að auka aðgengi opinberra aðila að viðeigandi sérþekkingu hjá aðilum sem starfa á almennum markaði og veita innkaupaþjónustu. Með því er yrði samkeppni aukin á sviði opinberra innkaupa sem myndi stuðla að hraðri þekkingaruppbyggingu, auka nálægð við aðila á markaði og yrði til þess að opinberir aðilar réðu betur við tímabundið verkefnaálag. Þá er einnig lagt til að breyting sé gerð á kærugjaldi til kærunefndar útboðsmála en lagt er til að gjaldið hækki og taki m.a. mið af kostnaði þeirrar samningsgerðar sem kærð er hverju sinni.

Í umsögn Consensa eru gerðar athugasemdir við hlutverk miðlægrar innkaupastofnunar og þá innkaupaþjónustu sem slíkum aðila er ætlað að. Bent var á að samkvæmt tilskipuninni sem lögunum er ætlað að innleiða felist ekki skylda til að reka miðlæga innkaupastofnun heldur sé það einungis heimilt og að fyrirkomulag innkaupamála hér á landi sé ekki að fullu í samræmi við það sem þekkist í nágrannalöndum Íslands. Gerð er athugasemd við að breytingin á stofnanaumgjörðinni eins og hún birtist í frumvarpinu feli ekki í sér að dregið sé úr gullhúðun sem sé eitt af markmiðum frumvarpsins. Þá voru settar fram ýmsar athugasemdir eða staðhæfingar sem varða starfsemi Ríkiskaupa og framkvæmd innkaupa hér á landi.

Í sameiginlegri umsögn SA, SI og SVÞ er gerð athugasemd við stuttan frest til að koma umsögn á framfæri við frumvarpsdrögin í samráðsgátt. Fram kemur að mikilvægt sé bjóðendur hafi kost á að vera viðstadda opnun tilboða til að koma í veg fyrir tortryggni á innkaupaferlinu þótt stuðst sé við rafrænar aðferðir við opnun tilboða. Þá er einnig gerð athugasemd við að niðurstöður útboða hjá kaupendum séu birtar seint eða alls ekki. Settar eru fram athugasemdir sem varða ákvæði um keðjuábyrgð en talið er að þær breytingar sem verið er að gera ákvæðinu gætu verið til þess fallnar að raska jafnræði og samkeppni milli fyrirtækja með því að viðkvæmar viðskiptaupplýsingar fari á milli undirverktaka og aðalvertaka. Talið er að í ákvæðinu sem tekið var upp í lögunum árið 2019 feli í sér ákveðna gullhúðun á ákvæðum tilskipunarinnar sem lögin byggja á. Enn fremur eru gerðar athugasemdir við fyrirkomulag á eftirliti með opinberum innkaupum og þær breytingar sem lagðar eru til á 103. gr. laganna er varðar valdsvið kærunefndar útboðsmála. Áréttað er að samtökin líti á kærunefnd útboðsmála sem stjórnsýslunefnd sem ber að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í kærumáli fyrir nefndinni og því sé varhugavert að takmarka heimildir nefndarinnar við kæruefni hverju sinni. Þá kemur að lokum fram að samtökin líti á sameiningu Ríkiskaupa við Fjársýsluna sem jákvætt skref en hins vegar sé mikilvægt að komið verði á fót samráðsvettvangi opinberra verkkaupa til einfalda samtalið um bætt starfsumhverfi og innleiðingu góðra útboðsvenja til að tryggja samræmt verklag.

Eftirfarandi er afstaða til hvers og eins sjónarmiðs sem barst í samráðsferlinu:

1. Umögn frá Bandalagi háskólamanna er sett til áréttingar á að viðhafa rétt ferli er varðar miðlun upplýsinga og samráði við fulltrúa starfsfólks um þau áhrif sem skipulagsbreytingar geti haft og mikilvægi þess að niðurstöður séu kynntar starfsfólki. Athugasemdin kallar ekki á að gerðar séu sérstakar breytingar á frumvarpsdrögunum.
2. Í umsögn Reykjavíkurborgar eru áréttar tillögur sem komu fram í áformaskjali um að veita sveitarfélögum frest til að semja um tilboðsfresti í gagnvirkum innkaupakerfum og að mælt verði fyrir um að kærunefnd útboðsmála geti úrskurðað málskostnað til kaupanda, en ekki eingöngu til ríkissjóðs, þegar tilhæfulausar kærur berast. Varðandi fresti í gagnvirku innkaupakerfi kemur fram í 4. mgr. 28. gr. tilskipunarinnar að einstökum ríkjum sé heimilt að kveða að kaupendur sem heyra undir sveitarfélög og aðra aðila en ríkið sé heimilt að semja um fresti sem sé styttri en nemur 10 daga lágmarksfresti til að taka við tilboðum að því gefnu að allir þátttakendur samþykki það sérstaklega. Ekki þótti tilefni til að gera breytingar á þessu ákvæði þar sem 10 daga frestur til að setja fram tilboð þykir almennt vera stuttur tími. Þá verður að telja að ákveðið óhagræði geti skapast með því að hafa ólíkar reglur um fresti sem gilda annars vegar gagnvart ríkisstofnunum og hins vegar gagnvart sveitarfélögum og öðrum opinberum aðilum. Eðlilegra þykir að hafa samræmd viðmið þegar að þessu kemur. Ekki var heldur orðið við því að gera breytingar á greiðslu málskostnaðar þegar tilhæfulausar kærur berast. Í núgildandi ákvæði kemur fram að slíkar greiðslur skuli renna í ríkissjóðs sem stendur undir rekstri kærunefndar útboðsmála að öllu leyti. Þá ráðuneytinu ekki kunnugt um að þessari heimild sé oft beitt á vegum nefndarinnar og því er gert ráð fyrir að þetta séu óverulegar fjárhæðir. Í umsögn borgarinnar við frumvarpsdrögin er talin þörf á að endurskoða innlenda viðmiðunarfjárhæð vegna verkframkvæmda. Í frumvarpinu kemur fram að ekki þykir réttlætanlegt að fella niður þá viðmiðunarfjárhæð þannig að aðeins meginreglur laganna gildi um innkaup undir 808 millj. kr. vegna verkframkvæmda. Til að hægt sé að endurskoða viðmiðunarfjárhæð til hækkunar þarf að liggja fyrir hvaða áhrif það kann að hafa á samkeppni á verktakamarkaði sem liggur ekki fyrir á þessu stigi. Í umsögn borgarinnar var gerð athugasemd við 8. og 15. gr. frumvarpsins sem fjallar annars vegar um þegar opnun tilboða er frestað og hins vegar heimild kaupanda til að afla gagna vegna keðjuábyrgðar. Tekið hefur verið sérstakt tillit til þessara athugasemda og voru breytingar gerðar á frumvarpsdrögunum. Við 20. gr. frumvarpsins voru gerðar athugasemdir við hækkun kærugjalds fyrir kærunefnd útboðsmála. Fram kom að þörf væri á að hækka kærugjaldið mun meira en fram kemur í frumvarpsdrögunum. Hafa þarf í huga að reglubundið eftirlit með opinberum innkaupum fer einkum fram með virku eftirliti markaðsaðila með kærum fyrir kærunefndinni. Verði kærugjaldið hækkað verulega gæti það verið til þess fallið að draga verulega úr slíku eftirliti og var af þeim sökum ekki talið ástæð að hækka gjaldið umfram það sem kemur fram í frumvarpdrögunum. Í umsögninni er vísað til fjárhæðar kærugjalds í Danmörku sem er nokkuð hærra en hér á landi. Til samanburðar má þess einnig geta að kærugjaldið í Noregi er tvískipt þar sem talsvert lægra gjald er greitt vegna mögulegs brots á því að hafa ekki boðið út samning með opnum og gagnsæjum hætti en hins vegar er hærra gjald þegar kemur að örðum kærum. Varðandi athugasemdir við 23. gr. þá telur ráðneytið það fullnægjandi að innleiða reglur um hvernig beri að reikna tímabil, dagsetningar og fresti með reglugerð. Umrædd ákvæði koma heldur ekki fram í útboðstilskipuninni sjálfri heldur er vísað til sérstakrar reglugerðar um þetta efni sem hefur gilt um langt skeið og því er fyrst og fremst litið á þetta sem framkvæmdaatriði sem vel er hægt að leysa í reglugerð.
3. Í umsögnum Procure.is og Consensa eru einkum gerðar athugasemdir er lúta að hlutverki miðlægrar innkaupastofnunar og framkvæmd innkaupaþjónustunnar. Báðir aðilar leggja aukna áherslu á aðkomu aðila á almennum markaði við veitingu innkaupa- og ráðgjafaþjónustu til opinberra aðila í stað miðstýringar á þessu sviði. Með breytingum á stofnanaumgjörðinni stendur til að skerpa á hlutverki miðlægrar innkaupastofnunar gagnvart ríkisstofnunum og draga úr hlutverki hennar gagnvart opinberum aðilum. Með þeim áherslubreytingum ættu aukin tækifæri að skapast á markaði fyrir aðra aðila að veita innkauparáðgjöf til opinberra aðila. Enn fremur er gert ráð fyrir að hægt verði að draga úr miðstýringu á þessu sviði gagnvart ríkisstofnunum sem hafa til þess getu og burði til að leysa þessi verkefni með öðrum hætti. Til áréttingar þessu hefur verið skerpt á skýringum sem koma fram í frumvarpinu.
4. Í sameiginlegri umsögn SI, SA og SVÞ er gerð athugasemd við hvernig staðið er að opnun tilboða þegar stuðst er rafrænar aðferðir og að niðurstöður útboða séu oft birtar seint eða illa. Í rafrænum útboðskerfum opnast aðgengi að innsendum tilboðum fyrst eftir að fresti lýkur. Upplestur eða birting slíkra upplýsinga gagnvart viðstöddum bjóðendum er áfram heimil, en áframsending upplýsinga rafrænt af hálfu kaupenda felur í sér sömu upplýsingagjöf, er hröð og hagkvæm. Notkun rafrænna aðferða er einnig í samræmi við stefnu stjórnvalda um stafræna þjónustu. Niðurstöður útboða þarf að birta öllum þátttakendum við tilkynningu um val tilboða og er það misjafnt eftir ferlum hvaða tími fer í yfirferð innsendra tilboða. Í 85. gr. laganna er tiltekið að kaupandi skuli tilkynna þátttakendum eða bjóðendum um ákvarðanir um val tilboðs, gerð rammasamnings eða aðgang að gagnvirku innkaupakerfi eins fljótt og mögulegt er. Ennfremur kemur fram í 86. gr. að þegar kominn sé á samningur skal það tilkynnt öllum bjóðendum án tafar. Ekki er forsenda til að skylda ákveðinn dagafjölda áður en val tilboða er tilkynnt enda er úrvinnsla innsendra tilboða bæði háð fjölda tilboða og eðli innkaupanna.

Í umsögn samtakanna eru settar fram athugasemdir er varða ákvæði um keðjuábyrgð sem var bætt við lög um opinber innkaup árið 2019. Meginmarkmið ákvæðisins er að sporna við mögulegri misnotkun á vinnuafli hér á landi ásamt því að auka vitund kaupenda um slíkt. Ákvæðið í tilskipuninni er almennt orðlag og gerir ráð fyrir að hvert ríki fyrir sig útfæri það betur til samræmis við landsrétt í hverju ríki fyrir sig. Í aðfararorðum tilskipunarinnar koma fram skýringar um það hvernig beri að túlka ákvæðið en þar kemur fram að nauðsynlegt sé að tryggja gagnsæi í undirverktakakeðjunni og að upplýsingar liggi fyrir um hverjir eru til staðar á byggingarsvæðum eða hvaða fyrirtæki veita þjónustu opinberir aðilar bera ábyrgð á eða hafa yfirumsjón með. Þá kemur einnig fram í aðfararorðunum að það ættu að koma fram skýr skilyrði að fara þurfi að viðeigandi skyldum á sviði vinnuréttar, kjarasamningum og örðum ákvæðum alþjóðlegrar umhverfis-, félagsmála- eða vinnulöggjafar við framkvæmd keðjuábyrgðarinnar. Af þeim sökum er ekki fallist á að ákvæðið og hugsunin að baki þess eigi að takmarkast eingöngu við verktakagreiðslur. Hins vegar kemur til greina að gera breytingar á ákvæðinu til samræmis við athugasemdir samtakanna með þeim hætti að óháðum aðila væri falið að fara yfir þau gögn sem tilgreind eru í ákvæðinu í stað þess að þau fari beint á aðalverktaka sé talið að það geti raskað jafnræði eða samkeppni milli fyrirtækja. Á þessu stigi liggur þó ekki fyrir hvaða eða hvers konar aðili gæti hentar til að annast það hlutverk.

Breytingar á 103. gr. laganna er varða kærunefnd útboðsmála er tilkomið vegna dóms Landsréttar frá 24. júní 2022, í máli nr. 745/2021, þar sem talið var að nefndin hafi efnt til málsmeðferðar af sjálfsdáðum án tengsla við málatilbúnað kæranda. Í niðurstöðu dómsins (á bls. 28) kemur eftirfarandi fram er varðar hlutverk og eðli kærunefndarinnar:

*Í þessu samhengi verður að mati dómsins að horfa til þess eðlis kærunefndarinnar að með því að setja hana á stofn hafi löggjafinn stefnt að því að búinn yrði til farvegur til að unnt væri að leysa skjótt úr álitaefnum er lytu að framkvæmd útboða. Það er enda almennt brýnt fyrir alla aðila, bæði viðkomandi málsaðila sem og almannahag, að til staðar sé sérhæfður úrskurðaraðili sem býr að sérhæfingu á grundvelli löggjafar sem meðal annars kveður á um skjótvirka málsmeðferð*

*Kærunefnd útboðsmála er ekki í hlutverki æðra úrskurðarvalds sem leysir úr réttarágreiningi sem orðið hefur vegna ákvarðana eða úrskurða lægra settra stjórnvalda. Miklu fremur er kærunefndin úrskurðaraðili sem leysir úr málum á sérhæfðu afmörkuðu réttarsviði en fjallar ekki um álitamál innan opinberrar stjórnsýslu. Nefndinni er svo að auki markaður annar grunnur en stjórnsýslunni almennt með sérhæfðum ákvæðum um málsmeðferð sem sérsniðin eru að þessu réttarsviði. Af þessum sökum reynir ekki með sama hætti á almennar málsmeðferðarreglur stjórnsýsluréttarins, eins og til dæmis rannsóknarregluna, sem fræðimenn á sviði stjórnsýsluréttar hafa nefnt hryggjarstykkið í svonefndum öryggisreglum sem hafa það hlutverk að tryggja að ákvarðanir stjórnvalda séu bæði réttar og löglegar. Vegna framangreindra ákvæða laga um opinber innkaup, einkum 106. og 108. gr. laganna um forræði málsaðila á því að kæra mál og á hvaða grunni það er gert og til hvaða úrræða málsaðili geti krafist að kærunefndin grípi, má segja að málsmeðferð fyrir nefndinni svipi í raun meira til málsmeðferðar í einkamálum fyrir dómstólum en endranær í málsmeðferð í stjórnsýslumálum, að breyttu breytanda. Má segja að hér sé öndvert upp á teningnum við það sem á við í hefðbundinni stjórnsýslumeðferð mála þar sem málsmeðferðarreglur stjórnsýsluréttarins gilda fullum fetum og eru það sem skilur á milli málsmeðferðar stjórnvalda og málsmeðferðar í almennum einkamálum fyrir dómstólum. Sökum þessa skilsmunar marka dómar eins og til dæmis dómur Hæstaréttar í máli nr. 458/2002 frá 14. nóvember 2002, sem vitnað hefur verið til í málinu, ekki fordæmi við úrlausn máls þessa.*

*Að þessu sögðu áréttast að því er sérstaklega slegið föstu í 7. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup að um meðferð kærumála fyrir nefndinni fari að öðru leyti eftir stjórnsýslulögum. Þannig ber að beita málsmeðferðarreglum stjórnsýsluréttar til dæmis rannsóknarreglunni, jafnræðisreglunni og meðalhófsreglunni, en þó að gættum fyrrnefndum ákvæðum laga um opinber innkaup sem gilda sem sérlög gagnvart stjórnsýslulögunum, eins og áréttað er í 7. mgr. 8. gr. Kæra og kröfugerð [...] kæranda, markar þannig umgjörð þessa máls sem til úrlausnar er.*

Í samræmi við ofangreint eru takmarkanir fyrir því hversu langt kærunefnd útboðsmála getur gengið í því að upplýsa um mál fyrir nefndinni fari það út fyrir það kæruefni sem lagt hefur verið fyrir hana.

Í umsögn samtakanna kemur að lokum fram að samtökin líti á sameiningu Ríkiskaupa við Fjársýsluna sem jákvætt skref en hins vegar sé mikilvægt að komið verði á fót samráðsvettvangi opinberra verkkaupa til einfalda samtalið um bætt starfsumhverfi og innleiðingu góðra útboðsvenja til að tryggja samræmt verklag. Tekið er jákvætt í hugmyndir um samtal um góðar útboðsvenjur og lærdóm milli opinberra verkkaupa og verksala og verður tekið tillit til þessarar ábendingar í mótun nýrrar aðgerðaráætlunar sjálfbærra innkaupa sem birt verður á árinu. Mótun slíkrar aðgerðar mun fara í nánara samráð áður en aðgerðaráætlunin verður birt.