



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fjármála- og efnahagsráðuneytið
b.t. Guðmundar Árnasonar ráðuneytisstjóra
Arnarhvoli við Lindargötu
101 Reykjavík

Reykjavík, 2. mars 2017

Tilv.: 1702010

Efni: Umsögn Samkeppniseftirlitsins um drög að reglugerð um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu.

I.

Samkeppniseftirlitinu barst með tölvupósti, dags. 10. febrúar 2017, frá fjármála- og efnahagsráðuneytinu ósk um umsögn við drög að reglugerð um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu. Með reglugerðinni er innleidd Evróputilskipun nr. 2014/25/EB frá 26. febrúar 2014 um innkaup aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu, eins og hún var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 97/2016 frá 29. apríl 2016.

Samkeppniseftirlitið hefur farið yfir reglugerðina og telur á þessu stigi ástæðu til að koma eftirfarandi sjónarmiðum á framfæri.

II.

Í ljósi þess að um er að ræða tilskipun sem innleidd er í innlendan rétt kann að vera töluvert svigrúm við innleiðingu á einstökum hlutum hennar. Samkeppniseftirlitið beinir því til fjármála- og efnahagsráðuneytisins að í þeim tilvikum, þar sem um slíkt svigrúm kann að vera að ræða, að valin sé sú leið við innleiðingu sem minnst íþyngjandi er fyrir markaðinn. Með því vísar Samkeppniseftirlitið einkum til annars vegar, íþyngjandi krafna sem bjóðendur þurfa að uppfylla og hins vegar, reglna sem heimila kaupanda að takmarka fjölda bjóðenda með einhverjum hætti. Að mati Samkeppniseftirlitsins þarf að stuðla að því, eftir því sem framast er unnt, að nýir og smærri keppinautar eigi þess kost að taka þátt í útboðum.¹

Með framangreint í huga vísar Samkeppniseftirlitið til álits stofnunarinnar nr. 2/2009, *Samkeppnismat stjórnvalda*. Í því áliti var þeim tilmælum beint til forsætisráðherra að

¹ Í þessu samhengi vísar Samkeppniseftirlitið til umsagna stofnunarinnar um frumvarpsdrög að núgildandi lögum um opinber innkaup sem fylgja hjálögð.



stuðlað yrði að því að stjórnvöldum verði gert skylt að framkvæma staðlað samkeppnismat í tengslum við undirbúning að setningu laga og stjórnvaldsfyrirmæla. Umrætt samkeppnismat byggir á fyrirmynd frá Efnahags- og framfarastofnuninni OECD sem hefur gefið út ítarlegar leiðbeiningar um framkvæmd samkeppnismats.² Í febrúar á þessu ári átti Samkeppniseftirlitið og fulltrúi OECD fundi með sérfræðingum ráðuneytisins, öðrum stjórnvöldum og hagsmunaaðilum þar sem mikilvægi og eiginleikar virks samkeppnismats voru rædd.

III.

Í 45. gr. draganna er fjallað um innkaup í öðru ríki á evrópska efnahagssvæðinu. Greinin er sambærileg 20. gr. núgildandi laga um opinber innkaup nr. 120/2016. Samkeppniseftirlitinu er ætlað tiltekið hlutverk sem felst í því að stofnuninni er tilkynnt um innkaupin. Með tilkynningu þarf að fylgja samkeppnismat viðkomandi innkaupaaðila þar sem lagt er mat á áhrif viðkomandi innkaupa á samkeppni. Samkeppniseftirlitið skal veita álit sitt á matinu og hvort útboðið sé til þess fallið að raska samkeppni á innlendum markaði. Þrátt fyrir framangreint getur kaupandi lokið útboði óháð niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið gerir ekki athugasemdir við að sambærileg leið verði farin í reglugerðinni og í lögum um opinber innkaup. Að öðru leyti vísar eftirlitið til meðfylgjandi umsagnar stofnunarinnar um frumvarpsdrög að núgildandi lögum um opinber innkaup.

Í 82. gr. draganna er fjallað um ástæður til útilokunar vegna persónulegra aðstæðna bjóðanda. Þar eru í 1. mgr. taldar upp ástæður sem valda því að bjóðandi verði útilokaður. Í síðari málsgreinum eru talinn upp tilvik þar sem heimilt er útiloka bjóðanda. Í e. lið 6. mgr. er tekið fram að heimilt sé að útiloka fyrirtæki þegar þau hafa gengið til samninga við önnur fyrirtæki í þeim tilgangi að raska samkeppni. Samkvæmt d. lið 6. mgr. er heimilt að útiloka fyrirtæki sem hefur sýnt af sér alvarlega vanrækslu í starfi. Í samræmi við framangreint getur verið óljóst hvort heimilt sé að útiloka bjóðanda í opinberu útboði á grundvelli þess að hann hafi orðið uppvís að broti gegn samkeppnislögum, þ. á m. samráði í tengslum við útboð (e. *bid rigging*).

Í 86. gr. draganna er fjallað um tæknilega og faglega getu bjóðenda. Sambærilegt ákvæði er að finna í 72. gr. laga um opinber innkaup. Í 2. mgr. kemur m.a. fram að kaupandi getur „*krafist þess að fyrirtæki hafi nægilega reynslu og sýni fram á það með viðeigandi gögnum í tengslum við samninga sem fyrirtækið hefur áður framkvæmt.*” Að mati Samkeppniseftirlitsins er mikilvægt að þessi heimild sé túlkuð þröngt og að sérstaklega sé litið til reynslu starfsmanna viðkomandi fyrirtækis, sbr. 1. mgr. greinarinnar. Á þetta sérstaklega við vegna nýrra fyrirtækja á markaði.

² Sjá nánar á slóðinni, <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.



Virðingarfyllst,
Samkeppniseftirlitið


Magnús Þór Kristjánsson

Meðfylgjandi: Umsagnir Samkeppniseftirlitsins um frumvarpsdrög að núgilandi lögum um opinber útböð nr. 120/2016, dags. 28. janúar og 19. maí 2016.



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Samkeppniseftirlitið			
Malsnr.	1605004	Abm.	SAS
Brefal.	20.5.0	Lönr.	
Moti.	19.5.2016	Fskj.	
Athn.		Tráam.	

Alþingi
b.t. skrifstofu Alþingis, nefndasviðs
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 19. maí 2016

Tilv.: 1605004

Efni: Umsögn Samkeppniseftirlitsins um frumvarp til laga um opinber innkaup (heildarlög, EES-reglur), 665. mál.

Samkeppniseftirlitið sendi inn umsögn til fjármálaráðuneytisins þann 28. janúar sl. meðan frumvarpið var í umsagnarferli á þess vegum. Samkvæmt fyrirbyggjandi frumvarpi hefur verið fallist á þau sjónarmið sem Samkeppniseftirlitið beindi til ráðuneytisins vegna 20. greinar frumvarpsins og raunar verið gengið lengra. Breytingin frá frumvarpsdrögum felst í því að með henni er skylt að senda Samkeppniseftirlitinu tilkynningu um innkaup og rökstyðja hvers vegna heimild greinarinnar er beitt, sbr. 2. mgr. 20. gr. Með breytingunni er þannig krafist rökstuðnings vegna fyrirhugaðra opinberra innkaupa í samstarfi við miðlæga erlenda innkaupastofnun í stað tilkynningar auk þess sem Samkeppniseftirlitið kemur í stað ráðuneytisins sem viðtakandi.

Óhaggað stendur að Samkeppniseftirlitið getur ekki komið í veg fyrir innkaup skv. þessu ákvæði og er vísað til 39. gr. tilskipunar 2014/24/ESB. Ákvæði núgildandi laga um opinber innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins skylda innkaupastofnanir til að gera sérstakt mat á samkeppnisáhrifum slíks útboðs og leita staðfestingar Samkeppniseftirlitsins. Innkaup sem ekki fá staðfestingu eftirlitsins fara ekki fram. Á þetta ákvæði hefur aðeins reynt einu sinni og var samkeppnismat þá staðfest. Samkeppniseftirlitið telur að þetta ákvæði hafi ekki eitt og sér hamlað útboðum með öðrum þjóðum eða að í því hafi falist vafi um raunverulega heimild til samstarfs um útboð.

Verði framangreindar breytingar að lögum mun Samkeppniseftirlitið móta með hvaða hætti það mun sinna tilkynningum vegna beitingar umræddrar greinar. Rétt er að árétta að hlutverk stofnunarinnar í þessu máli er afmarkað og ábyrgð hennar á einstökum útboðum verður að meta í ljósi þess að henni eru engar heimildir veittar til íhlutunar.

Að öðru leyti vísar Samkeppniseftirlitið til fyrri umsagnar sinnar um drög að frumvarpinu frá 28. janúar 2016.



Virðingarfyllst,
Samkeppniseftirlitið

Magnús Þór Kristjánsson
Magnús Þór Kristjánsson

Sigurður Snævarr
Sigurður Snævarr



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fjármála- og efnahagsráðuneytið
bt. Hrafns Hlynssonar
Arnarhváli
150 Reykjavík

Reykjavík, 28. janúar 2016
Tilv.: 1512025

Með tölvupósti, sem barst Samkeppniseftirlitinu 23. desember sl., óskaði fjármála- og efnahagsráðuneytið eftir umsögn eftirlitsins um drög að frumvarpi til laga um opinber innkaup. Um er að ræða heildarlög um opinber innkaup sem ætlað er að koma í stað núgildandi laga sama efnis nr. 84/2007 með síðari breytingum. Ný útboðstilskipun, 2014/24/EB, hefur verið samþykkt og kemur hún í stað eldri tilskipunar sem núgildandi lög eru reist á.

Bent hefur verið á að opinber útboð séu ekki notuð í sama mæli hér á landi og í þeim löndum sem við helst viljum bera okkur saman við. Hér er því tækifæri sem mikilvægt er að nýta í auknum mæli.

I. Almenn sjónarmið

Opinber útboð eru mikilvæg til að ná fram hagræðingu í rekstri hins opinbera, en með þeim er kaupendastyrkur hins opinbera nýttur til ná fram hagstæðum samningum. Með opinberum útboðum má einnig stuðla að aukinni samkeppni og opna markaði. Það er þó ekki sjálfgefið. Mikill kaupendastyrkur hins opinbera á markaði þar sem hið opinbera nýtur nánast stöðu einkeypis getur leitt til samþjöppunar á viðkomandi mörkuðum og jafnvel einokunar í vissum tilvikum. Að þessu er vikið í aðfararorðum að útboðstilskipuninni (mgr. 59) og þar hvatt til þess að náði verði fylgst með samþjöppun og miðstýringu innkaupa til að viðhalda samkeppni og aðgangi lítilla og meðalstórra fyrirtækja að markaði.

Fjöldmörg atriði í nýju frumvarpi til laga um opinber innkaup eru til þess falin að stuðla að virkri samkeppni og auðvelda fyrirtækjum, ekki síst litlum og meðalstórum, að taka þátt í útboðum. Nefna skal nokkur dæmi.

Í 54. gr. er kveðið á um heimild til að skipta stórum samningum upp í hluta og er sú grein með stoð í útboðstilskipuninni þar sem lögð er áhersla á að skipta niður stórum samningum í því skyni að auka samkeppni. Samkeppniseftirlitinu hafa borist kvartanir



minni fyrirtækja vegna útboða sem að umfangi og uppsetningu hafa verið þannig að minni keppinautar hafa ekki getað tekið þátt.

Í 69. gr. er fjallað um fjárhagsstöðu bjóðenda. Kveðið er skýrar á en áður um fjárhagleg skilyrði. Almenna reglan er að ekki megi setja skilyrði um hærri lágmarksveltu en nemur tvöföldu áætluðu verðmæti samnings. Þá draga ákvæði 71. gr. verulega úr skriffinnsku fyrir bjóðendur, en skv. greininni nægir fyrirtækjum sem þátt taka í útboðum að leggja fram sérstaka hæfislýsingu og bráðabirgðasönnun á stöðluðu eyðublaði fyrir hæfi í stað margvíslegra vottorða og skjala sem öllum bjóðendum er nú skylt að verða sér úti um. Fyrirtækið sem fyrir valinu verður þarf engu að síður að leggja fram ítarlegri gögn. Í greinargerð með frumvarpinu kemur fram að talið er að umsýsla fyrirtækja vegna tilboða minnki um 80% vegna þessa ákvæðis. Fjallað er um trúnaðarskyldu í 17. gr. frumvarpsins sem efnislega er samhljóða sömu grein gildandi laga. Mikilvæg viðbót felst í frumvarpinu er varðar að kaupanda sé ekki skylt að leggja fram upplýsingar sem kunna að skaða viðskiptahagsmunum fyrirtækis eða samkeppni á viðkomandi markaði. Loks telur Samkeppniseftirlitið mjög til bóta að ákvæði um innkaup undir viðmiðunarfjárhæð, sbr. 24. gr., gildi einnig um sveitarfélög.

II. Umsögn um 20. gr. frumvarpsins

Samkeppniseftirlitið telur rétt að skoða nánar 20. gr. frumvarpsins sem fjallar um innkaup í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins. Kemur þessi grein í stað núgildandi 18. gr.a. Í þeirri grein er kveðið á um að ráðherra geti heimilað miðlægri innkaupastofnun að bjóða út innkaup í öðru ríki á grundvelli rökstuddrar beiðni. Í þeim rökstuðningi skal liggja fyrir sérstakt samkeppnismat, en ráðuneyti skal leita eftir staðfestingu Samkeppniseftirlitsins á því mati. Staðfesti Samkeppniseftirlitið ekki mat innkaupastofnunar eru innkaup ekki heimilud.

Þessi grein var felld inn í lög um opinber innkaup með lögum nr. 56/2011. Í umsögn Samkeppniseftirlitsins um frumvarp að lögunum var bent á nauðsyn þess að kanna hvort útboð á erlendri grundu muni takmarka eða raska samkeppni á viðkomandi markaði á Íslandi. Þá var í umsögn eftirlitsins bent á að þátttaka hins erlenda innkaupaaðila geti leitt til svo umfangsmikilla innkaupa að íslenskir aðilar hafi ekki bolmagn til að taka þátt. Við þær aðstæður myndi hinn íslenski markaður fyrir viðkomandi vörur minnka stórlega sem að sínu leyti kynni að hafa neikvæðar afleiðingar og gæti leitt til herra vöruverðs og lakari þjónustu við aðra kaupendur en hið opinbera. Lagði Samkeppniseftirlitið til að beiðni innkaupastofnunar fylgdi samkeppnismat. Löggjafinn ákvað að ganga heldur lengra en umsögn Samkeppniseftirlitsins fól í sér að því leyti að fela eftirlitinu að staðfesta samkeppnismat innkaupastofnunar.

Í frumvarpi til laga um opinber innkaup kemur 20. gr. í stað umræddrar 18.gr. a. Er þar kveðið á um skilyrðislausu heimild til að nota þjónustu miðlægrar innkaupastofnunar í öðru ríki Evrópska efnahagssvæðisins. Ennfremur er Ríkiskaupum heimilt að bjóða út innkaup í samstarfi við erlenda kaupendur, samtök þeirra eða fulltrúa, og/eða miðlægar innkaupastofnanir. Innkaupin ber að tilkynna til ráðuneytis.

Í greinargerð með frumvarpinu er vísað til 39. gr. útboðstilskipunar, sem fjallar um innkaup samningsyfirvalda frá mismunandi aðildarríkjum. Í öðrum tölulið tédar greinar



segir; „[a]ðildarríki skal ekki meina samningsyfirvöldum sínum að nota sér miðstýrða innkaupastarfsemi miðlægrar innkaupastofnunar sem staðsett er í öðru aðildarríki.“ Jafnframt kemur fram í greininni heimild til að afmarka notkun miðstýrðrar innkaupastarfsemi og vísað til 2. gr. tilskipunarinnar í því efni. Að mati Samkeppniseftirlitsins er full ástæða til að leita nánari skýringar á efni 39. greinar útboðtilskipunarinnar.¹ Er það mikilvægt m.a. í þeim tilgangi að ganga úr skugga um hvort og þá með hvaða hætti unnt er að mæla fyrir um ferla, þ. á m. samkeppnismat, við ákvörðun um slík innkaup að innlendum rétti.

Í greinargerð er fullyrt án frekari rökstuðnings að ákvæði núgildandi 18. gr.a. hafi ekki reynst vel í framkvæmd. Samkeppniseftirlitið bendir á að aðeins einu sinni hafi reynt á ákvæðið. Ríkiskaup settu upp í samráði við Samkeppniseftirlitið einfaldan gátlista til að meta samkeppnisaðstæður á viðkomandi markaði. Í því tilviki var um að ræða beiðni embættis ríkislögreglustjóra um sameiginlegt innkaupaferli með norrænum lögregluþingvöldum um kaup á lögreglubúnaði. Útboðið var heimilað og virðist hafa gengið snurðulaust.

Eftirlitið telur ástæðu til að fylgjast vel með samkeppnislegum áhrifum opinberra útboða og innkaupa, sbr. álit Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2009. Í fyrirbyggjandi frumvarpi er á annan bóginn mælt til af samkeppnilegum ástæðum að heimila að skipta stærri útboðum í hluta, en á hinn bóginn auðvelduð stór útboð yfir landamæri. Samkeppniseftirlitið telur rétt að lagt verði mat á samkeppnisleg áhrif fyrirhugaðra innkaupa í öðrum ríkjum Evrópska efnahagssvæðisins, jafnvel þótt ekki verði hægt að stöðva slík áform. Gæti t.a.m. verið mælt til þess að viðkomandi innkaupastofnun framkvæmi einfalt samkeppnismat áður en ákvörðun um sameiginlegt útboð er tekin. Aðferðafræði við samkeppnismat er vel þekkt og viðurkennd og í síðustu skýrslu sinni um íslensk efnahagsmál beindi OECD því til stjórnvalda að reglulegt samkeppnismat yrði tekið upp hér á landi. Þá hefur Samkeppniseftirlitið lagt áherslu á samkeppnismat m.a. í álit nr. 2/2009 Samkeppnismat stjórnvalda.

III. Niðurstaða

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þau frumvarpsdrög um opinber innkaup sem að ofan hafa verið reifuð feli í sér mjög jákvæð skref í átt að virkari samkeppni. Þó geldur Samkeppniseftirlitið varhug við þeim breytingum á núgildandi ákvæði 18. gr.a. sem ráð er fyrir gert í drögnum.

Virðingarfyllt,
Samkeppniseftirlitið

Sigurður Snævarr

¹ Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins er möguleiki fyrir aðildarríki að óska eftir nánari útskýringum framkvæmdastjórnar ESB varðandi tiltekna hluta tilskipunarinnar.

