

Viðbrögð sveitarfélaga við kærur bjóðenda og úrskurðum kærunefndar útboðsmála

Fyrirlestur á námskeiði Sambandsins í opinberum innkaupum 6. maí 2019

Eyþóra Kristín Geirsdóttir, lögmaður hjá embætti borgarlögmanns

ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG



REYKJAVÍKURBORG

Kæruheimild (105. gr.)

- Heimilt er að kæra allar ákvarðanir sem kaupandi tekur.
- Rétt er því að tryggja alla skjalavistun ferlis og hafa allar ákvarðanir lögmætar, skýrar og rökstuddar.
- Kærandi:
 - Sá aðili sem nýtur réttinda skv. lögnum og hefur lögvarða hagsmuni af úrlausn máls.
 - Hagsmunasamtök ef það er tilgangur þeirra að gæta slíkra hagsmuna.
 - Allir og ráðherra ef ætlað brot gegn reglum um auglýsingaskyldu eða útboðsskyldu.



Kærufrestur (106. gr.)

- Kæra þarf innan 20 daga frá því að kærandi vissi um eða mátti vita um þá ákvörðun athöfn athafnaleysi sem hann telur brjóta gegn réttindum sínum.
- Kröfu um óvirkni samnigs þarf að bera undir kærunefnd innan 30 daga frá sama tímamarki. Slík krafa þarf að koma fram innan 6 mánaða frá gerð samnings.
- Innihald og birting tilkynninga skiptir miklu máli um ákvörðun kærufrests, sbr. 1. og 2. tl. 1. mgr. 106. gr.
- Kærugjald kæranda er 150.000 kr.



Sjálfkrafa stöðvun samningsgerðar, skv. 107. gr.

- Ákvörðun um val á tilboði, skv. 85. gr.
- Kærð á biðtíma, skv. 86. gr.:
 - 5 dagar frá tilkynningu um val á tilboði ef auglýst innanlands
 - 10 dagar frá tilkynningu um val á tilboði ef auglýst á EES
- Óheimilt að gera samning á meðan stöðvun varir.
- Tekur gildi þegar kaupanda má vera kunnugt um kærana
 - með tilkynningu kæranda eða
 - með tilkynningu kærunefndar
- Kærunefnd getur ákveðið að aflétta sjálfkrafa stöðvun.

Málsmeðferð kærunefndar (108. gr.)

- Tilkynnir um framkomna kæru.
- Veitir mjög stutta fresti til að koma athugasemdum á framfæri við nefndina um stöðvunarkröfur – að jafnaði 3 sólarhringar.
- Veitir annan frest til að skila nánari athugasemdum við kæruna í heild - að jafnaði 10 dagar.
- Upplýsir um ný gögn frá kæranda og veitir frest til andsvara.
- Getur óskað nánari upplýsinga um óljós atriði.
- Metur allt tómlæti kaupanda honum í óhag.
- Málshraði:
 - málum virðist oft forgangsraðað eftir mikilvægi
 - stuttur vegna stöðvunarkröfu (t.d. 1 – 4 vikur)
 - lengri vegna annarra krafna (t.d. 3 – 12 mánuðir)



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG

Viðbrögð kaupanda við kærur á ákvörðun um val á tilboði

- Stöðva samningsgerð jafnskjótt og tilkynning berst um að ákvörðun hafi verið kærð.
- Staðfesta móttöku á tilkynningu um kærur.
- Safna saman öllum gögnum sem málið varðar og taka afstöðu til trúnaðar um upplýsingar sem óska þarf eftir að kærunefnd taki tillit til.
- Upplýsa kærunefnd um hvort samningur hafi þegar verið kominn á, skv. 3. mgr. 86. gr.
- Taka afstöðu til þess hvort skilyrði séu fyrir sjálfkrafa stöðvun.
- Senda kærunefnd rökstudda afstöðu kaupanda til stöðvunarkröfu ásamt öllum þeim gögnum sem málið varðar og nauðsynleg eru til að taka afstöðu til kröfunnar.
- Gera rökstudda kröfu um að kærunefnd aflétti sjálfkrafa stöðvun.
- Upplýsa aðra bjóðendur um stöðuna.



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG

Viðbrögð kaupanda við kærur á öðrum ákvörðunum

- Stöðva tímabundið innkaupaferlið jafnskjótt og tilkynning berst um að ákvörðun hafi verið kærð.
- Staðfesta móttöku á tilkynningu um kærur.
- Safna saman öllum gögnum sem málið varðar og taka afstöðu til trúnaðar um upplýsingar sem óska þarf eftir að kærunefnd taki tillit til.
- Upplýsa kærunefnd um hvort samningur hafi þegar verið kominn á, skv. 3. mgr. 86. gr.
- Senda kærunefnd rökstudda afstöðu kaupanda til allra krafna kæranda ásamt öllum þeim gögnum sem málið varðar og nauðsynleg eru til að taka afstöðu til kröfunnar.
- Taka ákvörðun um hvort og hvernig innkaupaferli skuli fram haldið þrátt fyrir framkomna kærur ef innkaupaferli hefur ekki verið stöðvað.
- Upplýsa aðra bjóðendur um stöðuna.



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG

Ákvörðun kærunefndar um stöðvun innkaupaferils eða samningsgerðar

- Kærunefnd er heimilt að verða við kröfu um stöðvun innkaupaferils um stundarsakir þar til endanlega hefur verið skorið úr kæru, sbr. 110. gr.
- Skilyrði:
 - verulegar líkur hafi verið leiddar að broti gegn lögnum eða reglum settum skv. þeim (t.d. veitureglugerð)
 - tiltekin innkaup
 - brot geti leitt til ógildingar ákvörðunar eða annarra athafna kaupanda
- Heimilt að hafna stöðvunarkröfu ef einka- og almannahagsmunir sem í húfi eru teljast vega þyngra en hagsmunir fyrirtækis á að fá stöðvun samþykkt.
- Heimilt að víkja frá fresti til andmæla ef brot þykir skýrt og augljóst.
- Ákvörðun kærunefndar um stöðvun er bráðabirgðaákvörðun.
- Mögulegt að óska endurupptöku í samræmi við stjórnslulög.



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG

Úrskurðir kærunefndar

Nefndin getur með úrskurði (111. gr.):

- a) fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa, að hluta eða í heild
- b) lýst samning óvirkan samkvæmt nánari ákvæðum 115. gr. – 117. gr.
- c) kveðið á um stjórnvaldssekt eða styttingu samnings skv. 118. gr.
- d) lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup
- e) lagt fyrir kaupanda að auglýsa útboð á nýjan leik
- f) lagt fyrir kaupanda að fella niður tiltekna ólögsmæta skilmála í útboðsgögnum
- g) látið uppi álit sitt á skaðabótaskyldu varnaraðila gagnvart kæranda, en tjáir sig ekki um fjárhæð skaðabóta
- h) ákveðið að varnaraðili greiði kæranda kostnað við að hafa kærana uppi
- i) gert kæranda að greiða málskostnað sem rennur í ríkissjóð, sé kæra bersýnilega tilefnislaus eða höfð uppi í þeim tilgangi að tefja fyrir framgangi opinberra

frh.

- Ef ekki er farið að úrskurði nefndarinnar er henni heimilt að ákveða að leggja **dagsektir** á þann sem úrskurður beinist að. Sektir geta numið allt að **500.000 kr. fyrir hvern dag** sem líður án þess að farið sé að úrskurði nefndarinnar. Ef úrskurði er skotið til dómstóla byrja dagsektir ekki að falla á fyrr en dómur er endanlegur.
- Dagsektir renna í ríkissjóð. Gera má aðför, án undangengins dóms, til fullnustu dagsekta og úrskurðar um málskostnað skv. 3. mgr. 111. gr.
- Hægt er að fá lögbann lagt við athöfn sem brjóta mundi gegn úrskurði kærunefndar útboðsmála.

Gildi samninga (114. gr.)

- Kærunefnd getur ekki felld gerðan samning úr gildi eða breytt honum þótt framkvæmd innkaupaferils hafi verið ólöglegt.
- Kaupandi hefur heimild til að segja einhliða upp samningi við tilteknar aðstæður sbr. 91. gr.:
 - a) Ef veruleg breyting hefur verið gerð á samningi sem átti að bjóða út, sbr. 90. gr.
 - b) Ef útiloka hefði átt samningsaðila frá innkaupaferlinu skv. 1. og 2. mgr. 68. gr.
 - c) Ef ekki hefði átt að gera samningi við fyrirtækið í ljósi alvarlegs brots á lögnum eða reglum settum skv. þeim.
- Aðili getur gert kröfu í dómsmáli um ógildingu samnings í samræmi við almennar reglur fjármunaréttar.



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG

Óvirkni samninga

- Kærunefnd getur lýst samning óvirkan í samræmi við fyrirmæli ákvæða 115. – 117. gr.
- Aðeins heimilt þegar samningur er yfir viðmiðunarfjárhæðum EES.
- Úrskurður um óvirkni hefur þau áhrif að:
 - réttindi og skyldur samkvæmt aðalefni samningsins falla niður
 - greiðslur sem hafa ekki farið fram falla niður
 - ákveða skal önnur viðurlög skv. 118. gr. vegna greiðslna sem hafa þegar farið fram
- Skylt að lýsa yfir óvirkni:
 - samningur gerður án auglýsingar í andstöðu við lög og reglur
 - samningur gerður á biðtíma
 - samningur gerður í andstöðu við samkeppnisskyldu innan rammamarknaðarinnar eða gagnvirks innkaupakerfis
 - samningur gerður þrátt fyrir stöðvun frá kærunefnd
- Undanþágur mögulega heimilar
 - ef skilyrði 116. gr. uppfyllt og tilkynnt hefur verið um fyrirhugaðan samning
 - ef brýnir almannahagsmunir fyrir hendi eða nýtt innkaupaferli í gangi
 - ef þær eru nýttar skal ákveða önnur viðurlög skv. 118. gr.



Önnur viðurlög skv. 118. gr.

- Skýlt að leggja stjórnvaldssektir á kaupanda vegna samnings sem er yfir viðmiðunarfjárhæðum EES þegar:
 - a) Þegar samningur hefur verið gerður á biðtíma samningsgerðar skv. 86. gr. eða meðan á stöðvun samningsgerðar stóð skv. 1. mgr. 107. gr. eða 110. gr., en skilyrðum fyrir óvirkni er ekki fullnægt.
 - b) Þegar samningur er ekki lýstur óvirkur frá upphafi eða aðeins að hluta, sbr. 1. mgr. 115. gr.
 - c) Þegar óvirkni er hafnað, að hluta eða í heild, með vísan til brýnna almannahagsmuna, sbr. 117. gr.
- Þegar fleiri kaupendur standa að innkaupum sameiginlega skal ákveða sekt fyrir hvern og einn kaupanda.
- Stjórnvaldssekt skal nema allt að 10% af ætluðu virði samnings. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, ferli kaupanda og hvort og að hvaða marki samningur hefur verið látinn halda virkni sinni.
- Í stað stjórnvaldssektar, að hluta eða í heild, er kærunefnd heimilt að stytta gildistíma samnings ef talið er að slík ákvörðun sé í samræmi við eðli brotsins og hafi í för með sér nægileg varnaðaráhrif.

Úrskurður um stjórnvaldssekt

Úrskurður kærunefndar í máli nr. 28/2017:

- Stjórnvaldssekt ákveðin að fjárhæð kr. 500.000
- Við ákvörðun fjárhæðar var m.a. litið til:
 - Eðli og umfang brots – samþykkt tilboð uppfyllti ekki lágmarkskröfur gagna, tilkynningar uppfylltu ekki lagaskilyrði og samningur gerður í andstöðu við biðtímareglu.
 - Ferli kaupanda – tilkynningar ekki í samræmi við lög, samningur gerður á biðtíma, möguleikar bjóðenda til að kæra voru þó ekki alfarið takmarkaðir þar sem niðurstaða um val á tilboði var tilkynnt öllum bjóðendum.
 - Fyrri brotaferill kaupanda – fyrsta stjórnvaldssekt kaupanda.
 - Umfang innkaupa – kostnaðaráætlun samnings kr. 66.000.000.



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG

Skaðabótaskylda skv. 119. gr.

- Bætur vegna undirbúnings tilboðs og þátttöku í útboði:
 - Kaupandi er skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögum þessum, þar á meðal þeim ákvæðum tilskipunarinnar sem vísað er til í lögnum, og reglum settum samkvæmt þeim hefur í för með sér fyrir fyrirtæki.
 - Fyrirtæki þarf einungis að sanna að það hafi átt raunhæfa möguleika á að verða valið af kaupanda og möguleikar þess hafi skerst við brotið.
 - Bótafjárhæð skal miðast við kostnað við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði.
- Bætur vegna missis hagnaðar:
 - Um skaðabætur vegna brota á lögum þessum og reglum settum samkvæmt þeim fer að öðru leyti eftir almennum reglum, sbr. 2. mgr. 119. gr.



Viðbrögð kaupanda við úrskurðum kærunefndar

- Taka þarf afstöðu til niðurstöðu kærunefndar.
- Fara eftir niðurstöðu kærunefndar og halda áfram með innkaupaferli eða hefja nýtt í samræmi við hana?
- Taka þarf afstöðu til hvort lögvarðir hagsmunir séu fyrir hendi til að höfða dómsmál til ógildingar úrskurðinum, sbr. 112. gr.
 - Höfða þarf dómsmál innan 6 mánaða frá sendingu tilkynningar um úrskurð.
- Greiða málskostnað í samræmi við úrskurðarorð?
- Semja við kæranda um greiðslu bóta?
 - Kröfur um bætur vegna kostnaðar við að undirbúa tilboð og taka þátt í útboði, sbr. 1. mgr. 119. gr.
 - Kröfur um bætur vegna missis hagnaðar fara eftir almennum reglum skaðabótaréttar, sbr. 2. mgr. 119. gr.
- Segja upp gildum samningi, sbr. heimild í 91. gr.?
- Uppgjör vegna úrskurðar um óvirkni samnings?
- Greiðsla stjórnvaldssektar?



ÞJÓNUSTA FYRIR ÞIG