



FRAMKVÆMD RAMMASAMNINGA

Torfi Finnsson

2016

ML í lögfræði

Höfundur: Torfi Finnsson

Kennitala: 170674-5969

Leiðbeinandi: Eiríkur Elís Þorláksson

Lagadeild

School of Law

Útdráttur:

Viðfangsefni ritgerðarinnar er umfjöllun um reglur og sjónarmið sem gilda um rammasamninga og framkvæmd þeirra. Rammasamninga á að gera í samræmi við þau innkaupaferli sem mælt er fyrir um í V. kafla laga um opinber innkaup nr. 84/2007.

Rammasamningar eru gerðir um vöru og þjónustukaup vegna ýmissa sameiginlegra þarfa ríkisstofnana og er það jafnan á höndum Ríkiskaupa að annast innkaup fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki. Rammasamningar fela í sér nánari skilmála fyrir einstökum samningum sem gera á við einn eða fleiri kaupendur á tilteknu tímabili. Í lögum um opinber innkaup er að finna ítarlegt ákvæði um rammasamninga en auk þess er rammasamninga getið sérstaklega í nokkrum öðrum ákvæðum. Til að skoða reglur og sjónarmið sem gilda um rammasamninga voru ákvarðanir og úrskurðir kærunefndar á árunum 2000-2016 skoðaðir til þess að athuga hvort um framkvæmd þeirra giltu sérreglur eða sjónarmið. Eftir að hafa farið gaumgæfulega yfir sérákvæði í lögum um opinber innkaup nr. 84/2007 sem gilda um rammasamninga og farið yfir framkvæmd kærunefndar útboðsmála kom í ljós að framkvæmd rammasamninga er með öðru sniði en framkvæmd annarra innkaupaferla sem koma fyrir í lögum um opinber innkaup.

Abstract:

The subject of this thesis is to introduce the rules and considerations that apply to framework agreements and their implementation in Iceland. Framework agreements shall be concluded in accordance with the procedure laid down in Act No. 84/2007 on Public Procurement. Framework agreements are made on goods and services purchased for various common needs of government agencies and it is always in the hands of the State Trading Centre of purchasing for government agencies and enterprises. Framework agreements include precise terms for an individual contract to one or more buyers in a given period. The Act No. 84/2007 on Public Procurement particularly contains one detailed provision concerning framework but there are several other provisions in the Act that specifically mention framework agreements. To view the rules and considerations valid for framework agreements it is relevant to consider decisions of the Public Procurement Complaints Commission in the years 2000-2015 with regards to the principles and considerations that specifically apply to the framework agreements. After having reviewed attentively the specific provisions of the Public Procurement Act No. 84/2007 about framework agreements and the implementation of the Public Procurement Complaints Commission aiming to find out whether the conduct of the framework agreements needs to be considered from a special aspect or angle, it was my conclusion that it indeed needs special treatment. Implementation of the Public Procurement Complaints Commission confirms that they do need to be implemented in a special way.

Efnisyfirlit

Útdráttur:	i
Abstract:	ii
1 Inngangur	1
2 Opinber innkaup	2
2.1 Ríkiskaup	2
2.2 Innkaupastefna ríkisins	3
3 Lagaumhverfi opinberra innkaupa	4
3.1 Lög nr. 94/2001	4
3.2 OIL	5
3.3 Nýtt frumvarp til laga um opinber innkaup lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015-2016	6
3.4 Nánar um OIL	7
3.4.1 I. kafli. Tilgangur, orðskýringar og gildissvið.	7
3.4.2 II. kafli. Almennar reglur	8
3.4.3 IV. kafli og X. kafli. Viðmiðunarfrjárhæðir	8
3.4.4 V.kafli. Innkaupaferli	9
3.4.5 VI. kafli. Útboðsgögn.	13
3.4.6 VII kafli OIL. Hæfi þátttakenda og bjóðenda í opinberum innkaupum.	14
3.4.7 VIII. kafli. Framkvæmd opinberra innkaupa	15
3.4.8 IX. kafli. Val tilboðs.	16
3.4.9 XVI. kafli. Kærunefnd útboðsmála	17
3.4.10 XV. kafli. Gildi samninga, óvirkni, önnur viðurlög og skaðabætur.	18
4 Rammasamningar	19
4.1 Almennt um rammasamninga	19

4.2	34. gr. OIL.....	21
4.2.1	Aðili að rammasamningi.....	22
4.2.2	Gildistími rammasamninga	26
4.3	Útboðsgögn	27
4.4	Virði rammasamninga.....	33
5	Framkvæmd rammasamninga	35
5.1	Örútbod	38
5.2	Hæfi þátttakenda og bjóðenda.....	42
5.3	Val á tilboði.....	48
6	Opinber innkaup, tillögur að bættum vinnubrögðum	54
7	Niðurstöður.....	56
	Heimildaskrá.....	57
	Dómaskrá:.....	60
	Kærunefnd útboðsmála:	60
	Lagaskrá	62

1 Inngangur

Rammasamningur er samningur sem gerður er við einn eða fleiri kaupendur sem skuldbinda sig til að gera samning við eitt eða fleiri fyrirtæki í þeim tilgangi að slá föstum skilmálum einstakra samninga sem gerðir verða á tilteknu tímabili, einkum að því er varðar verð og fyrirhugað magn, ef við á, sbr. 16. tölul. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup (hér eftir OIL). Allar stofnanir ríkisins eru aðilar að rammasamningum og rammasamningsfyrirkomulagið á að leiða til sparnaðar í innkaupum ríkisins. Ríkiskaup sér um að auglýsa rammasamningsútböð og um gerð rammasamninga¹.

Þessi ritgerð fjallar um rammasamninga og verður framkvæmd þeirra, val á tilboðum og val á þátttakendum er skoðað sérstaklega. Reglur sem gilda um rammasamninga er aðallega að finna í OIL sem byggja að verulegu leyti á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EU, þ.e. tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins um samræmingu reglna um útböð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga (hér eftir útböðstilskipunin). Í fyrsta kafla ritgerðarinnar er tilgangur og inntak opinberra innkaupa skoðað og m.a. rætt um hlutverk Ríkiskaupa og innkaupastefnu ríkisins. Í kafla tvö er þróunin sem hefur orðið á lagaumhverfi opinberra innkaupa rakin allt frá því að lög nr. 72/1947 um Innkaupastofnun ríkisins voru sett á laggirnar og skoðað hvaða þættir það eru sem hafa haft hvað mest áhrif þar á. Ákvæði OIL eru skoðuð nánar og gert grein fyrir megininntaki allra kafla laganna þar sem ákvæði OIL gilda öllu jafna um rammasamninga nema annað sé tiltekið sérstaklega. Eftir þessa umfjöllun kemur að aðalumfjöllunarefni ritgerðarinnar, þ.e. um rammasamninga, þar sem varpað er ljósi á einkenni þeirri og hvaða skilyrði eru nauðsynleg við framkvæmd þeirra. Í OIL er eitt ákvæði, 34. gr., sem fjallar sérstaklega um rammasamninga og verður gert grein fyrir innihaldi ákvæðisins. Þá fá aðild og gildistími rammasamninga sérstaka umfjöllun, útböðsgögnum eru gerð skil og hvernig útreikningi á áætluðu virði rammasamninga skuli háttað. Fjórði kafli gerir grein fyrir því hvaða reglur og skilyrði gilda um framkvæmd rammasamninga og í kaflanum er því velt upp hvort um framkvæmd þeirra, við val á þátttakendum og við val á tilboði gildi sérreglur og sérsjónarmið. Framkvæmd kærunefndar

¹ Ríkiskaup, „Rammasamningar almennt“

útboðsmála á árunum 2000-2016 verður notuð til skoða túlkun á reglum og sjónarmiðum sem gilda um rammamarkað. Þar á eftir er farið yfir tillögur, starfshóps um árangursríkt samstarf ríkis og einkamarkaðar, að nýjum áherslum í opinberum innkaupum og að lokum verður umfjöllunin dregin saman og reynt að svara því í niðurstöðum hvort um rammamarkað gildi aðrar reglur og sjónarmið en um önnur innkaupaferli sem getið er um í OIL.

2 Opinber innkaup

Tilgangur opinberra innkaupa er að koma á samningi um innkaup á vörum, verki, eða þjónustu². Um innkaup ríkisins gilda OIL og lög nr. 84/2001 um skipan opinberra framkvæmda. Tilgangur OIL er 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, sbr. 1. gr. OIL. Útboð eru mikilvægur þáttur opinberra innkaupa, en um útboð almennt gilda lög nr. 65/1993 og eiga þau einnig við um opinber útboð svo lengi sem þau stangast ekki á við OIL eða önnur sérlög. Tilgangur opinberra innkaupa er ná fram lækkun á vörum, verkum og þjónustu til kaupenda og um leið er hvatt til virkrar samkeppni sem á að tryggja að seljendur fái aðgang að opinbera markaðinum³. Opinber innkaup eru mikilvæg forsenda fyrir góðri nýtingu á skattfé og þess vegna skiptir miklu máli að samspil markaðar og ríkisins gangi snurðulítið og til staðar séu skýrar leikreglur í anda jafnræðis og gagnsæis⁴. Fleiri réttarreglur tengjast opinberum innkaupum og má m.a. nefna lög um lausafjárkaup nr. 50/2000, lög um þjónustukaup nr. 42/2000 og lög um samningsgerð, umboð og ógildingu löggerninga nr. 7/1936.

2.1 Ríkiskaup

Opinber innkaup heyra undir fjármála- og efnahagsráðherra sem fer með framkvæmd OIL, sbr. 84. gr. laganna. Á vegum ríkisins skal rekin miðlæg innkaupastofnun, Ríkiskaup, sem á að

² Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 15

³ Ríkiskaup, Um ríkiskaup, þjónusta ríkiskaupa

⁴ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 7

annast innkaup fyrir stofnanir sem reknar eru fyrir reikning ríkissjóðs að hluta til eða öllu leyti og rannsakar sameiginlegar þarfir á vörum og þjónustu, beitir sér fyrir samræmdum innkaupum til þarfa ríkisins og á að veita viðskiptalega aðstoð og leiðbeiningar um einstök innkaup eftir því sem þörf gerist, sbr. 85. gr. OIL. Ríkiskaup gerir rammamninga fyrir hönd ríkisins og annast útboð og önnur innkaupaferli sem fram fara á vegum ríkisstofnana vegna innkaupa, hvort heldur er yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 20. eða 78. gr. OIL, sbr. 3. mgr. 85. gr. OIL. Markmið með rekstri Ríkiskaupa er að leitast við að tryggja hagkvæmni við innkaup ríkisins og í 87. gr. OIL er leitast við að veita vegvísi að því hvernig mögulegt sé að ná því markmiði.

2.2 Innkaupastefna ríkisins

Ríkisstjórn Íslands samþykkti í apríl 2013, stefnu um vistvæn innkaup og grænan ríkisrekstur, en stefnan er í beinu framhaldi af fyrri stefnum þar sem lögð er áhersla á fræðslu og innleiðingu í samstarfi við hagsmunaaðila til að sem bestur árangur náist við að draga úr umhverfisáhrifum og um leið er ýtt undir samkeppnishæfni íslenskra fyrirtækja sem geta boðið vistvænni valkosti⁵. Megintilgangurinn er að reyna að draga úr umhverfisáhrifum opinberra innkaupa, veita opinberum stofnunum aðstoð við að gera reksturinn umhverfisvænni og stuðla að sjálfbærri neyslu sem á að leiða til betri samkeppnisstöðu íslenskra fyrirtækja sem bjóða umhverfisvænni valkosti til að koma til móts við kröfur ríkisins.⁶ Til að mögulegt sé að ná fram markmiðum innkaupastefnunnar þarf Ríkiskaup að hafa nægjanlega þekkingu á vistvænum innkaupum og fylgjast vel með þeirri þróun sem á sér stað innan ESB. Ríkiskaup ber jafnfram ábyrgð á því rammamningar ríkisins uppfylli að lágmarksskilyrði grunnviðmiða í umhverfisskilyrðum og tryggja að innleitt sé verklag sem tryggi að ávallt séu notuð umhverfisskilyrði þegar mögulegt er⁷.

⁵ Fjármálaráðuneytið (2013) Vistvæn innkaup og grænn ríkisrekstur 2

⁶ sama heimild 5

⁷ sama heimild 7-8

3 Lagaumhverfi opinberra innkaupa

Upphaf lagasetningar á sviði opinberra innkaupa má rekja til laga nr. 72/1947 um Innkaupastofnun ríkisins, á grundvelli þeirra var sett reglugerð nr. 73/1952 um Innkaupastofnun ríkisins sem var felld úr gildi með reglugerð nr. 164/1959 um sama efni. Með lögum nr. 52/1987 um opinber innkaup voru gildandi meginreglur reglugerðarinnar lögfestar í aðalatriðum en lög um opinber innkaup fjölluðu að mestu leyti um innri málefni stjórnáslunnar fremur en fyrirkomulag og framkvæmd opinberra innkaupa en með aðild Íslands að samningnum um Evrópskt efnahagssvæði urðu þáttaskil hvað þetta varðaði en þar eru ítarlegar reglur um framkvæmd opinberra innkaupa og réttindi einstaklinga í því sambandi⁸. Í köflum 3.1 - 3.3 verður farið yfir þá þróun sem hefur orðið á lagaumhverfi opinberra innkaupa frá því að lög nr. 94/2001 voru sett.

3.1 Lög nr. 94/2001

Áður en að OIL tóku gildi giltu lög nr. 94/2001 um opinber innkaup. Í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr. 94/2001 segir að tilgangur frumvarpsins sé að tryggja jafnræði bjóðenda við opinber innkaup og stuðla þannig að virkri samkeppni og hagkvæmni í opinberum rekstri. Með frumvarpinu er gert ráð fyrir að ákvæði tilskipanna Efnahagsbandalags Evrópu verði leidd í lög en ekki er um ræða miklar efnislegar breytingar sem varða framkvæmd opinberra innkaupa frá lögum nr. 52/1987⁹. Með lögum nr. 94/2001 fór fram heildarendurskoðun á reglum er vörðuðu opinber innkaup sem var orðin tímabær vegna skuldbindinga íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Stefnt var að því að samræma reglur um opinber innkaup, innanlands annars vegar og innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu hins vegar, þannig að sambærilegar efnisreglur giltu fyrir opinber innkaup á Íslandi og á Evrópska efnahagssvæðinu¹⁰. Lögin tóku mið af veigamiklum breytingum og endurskoðun á íslenskum rétti með tilkomu reglna EES um opinber innkaup, og voru gildandi reglur skýrðar til samræmis við reglur EES og efnisákvæði sem voru í reglugerðum færð í einn lagabálk. Samræmingin hafði í för með sér að sömu reglur giltu um opinber innkaup, óháð

⁸ Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 1048-670. mál, athugasemdir við lagafrumvarp, þróun íslenskra réttarreglna um opinber innkaup.

⁹ Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 1048-670. mál, umsögn um frumvarp til laga um opinber innkaup.

¹⁰ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 287-277. mál, athugasemdir við lagafrumvarp, reynslan af lögum nr. 94/2001, um opinber innkaup.

því hvort innkaup voru yfir eða undir viðmiðunarfjárháðum EES og samkvæmt lögnum skyldu gilda hér á landi sambærilegar efnisreglur og giltu um opinber innkaup á EES-svæðinu, að undanskildu að reglur um auglýsingar og fresti eru einfaldari og með öðru sniði fyrir innkaup innanlands¹¹. Þegar tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2004/18/EB¹² frá 31. mars 2004 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga og tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2004/17/EB¹³ um samræmingu reglna um innkaup stofnana sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og pósthjónustu frá 31. mars 2004 voru samþykktar, kallaði það á endurskoðun á lögum um opinber innkaup og voru þær teknar upp í XVI. viðauka við EES-samninginn¹⁴. Ný lög um opinber innkaup voru samþykkt frá Alþingi 30. mars 2007 og tóku gildi 17. apríl 2007 og var endurskoðunin að mestu fólgin í því að innleiða tilskipanirnar inn í íslenskan rétt.

3.2 OIL

Lagaumgjörð opinberra innkaup hefur tekið miklum breytingum allt frá því að íslenska ríkið gerðist aðili að Evrópska efnahagssvæðinu. Meirihluta þeirra breytinga og þess sem hefur verið bætt við lagaumgjörðina má fyrst og fremst rekja til breytinga á reglum EES-samningsins. Með frumvarpi sem varð að lögum nr. 84/2007 var lagður grunnur að lagalegri umgjörð fyrir innkaupastefnu ríkisins og þar að auki voru reglur EES-réttar um opinber innkaup leiddar í íslensk lög. Hugtakanotkun, gildissvið og undanþágur frá reglum um opinber innkaup er sú sama og ekki skiptir máli hvort innkaupin séu undir eða yfir viðmiðunarfjárhæðum samningsins¹⁵. Það er fyrst og fremst þróun í lagaumhverfi Evrópusambandsins sem verður til þess að sett voru ný lög um opinber innkaup nr. 84/2007 og tóku þau mið af tilskipunum frá árinu 2004, þ.e. annars vegar frá útboðstilskipuninni og hins vegar veitutilskipuninni. OIL er skipt upp fjóra þætti sem skiptast upp í kafla I- XVI. Í fyrsti þætti OIL koma fram almenn ákvæði t.d. um tilgang og gildissvið laganna og þar er einnig að finna helstu orðskýringar er varða OIL. Annar þáttur laganna tekur á opinberum

¹¹ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 16.

¹² Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2004/18/EB verður hér eftir nefnd útboðstilskipunin.

¹³ Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins 2004/17/EB verður hér eftir nefnd veitutilskipunin.

¹⁴ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 287-277. mál, athugasemdir við lagafrumvarp, helstu breytingar á reglum um opinber innkaup sem leiðir af útboðstilskipuninni.

¹⁵ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 287-277. mál, athugasemdir við lagafrumvarp, helstu efnisatriði frumvarpsins og breytingar frá gildandi lögum.

innkaupum undir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins, sá þriðji á opinberum innkaupum á Evrópska efnahagssvæðinu og fjórði þátturinn innheldur m.a. ákvæði um stjórnsýslu og meðferð kærumála.

Í OIL gilda efnisreglur EES-samningsins um opinber innkaup sem eru yfir innlendum viðmiðunarfjárhæðum en ráðherra birtir viðmiðunarfjárhæðir samkvæmt EES-samningnum, sbr. reglugerð nr. 583/2014 um viðmiðunarfjárhæðir, vegna opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu og samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup¹⁶. Fyrsti þáttur OIL gildir bæði fyrir opinber innkaup hvort heldur sem þau heyra undir annan eða þriðja þátt laganna. Reglur um opinber innkaup innanlands eru að stærstum hluta til sóttar í útboðsskipunina og því hafa breytingar sem verða á útboðstilskipuninni áhrif á opinber innkaup óháð því hvort þau heyra undir annan eða þriðja þátt OIL¹⁷. Stefnan að samræma reglur um opinber innkaup, hvort heldur sem þau heyrðu undir annan eða þriðja þátt laganna, hófst með lögum um opinber innkaup nr. 94/2001 og var það meðal annars gert til að koma í veg fyrir að aðili væri útboðsskyldur innanlands en ekki á Evrópska efnahagssvæðinu eða öfugt¹⁸.

3.3 Nýtt frumvarp til laga um opinber innkaup lagt fyrir Alþingi á 146.

Löggjafarþingi 2015-2016

Nú liggur fyrir að búið er samþykkja nýja útboðstilskipun, tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/EB sem kemur í stað eldri tilskipunar 2004/18/EU um sama efni, sem OIL byggir á. Innleiðing nýju tilskipunarinnar kallar á heildarendurskoðun OIL og eru flestar breytingarnar tilkomnar vegna breytinga á reglum EES- samningsins og eiga að tryggja gagnsæi, jafnræði og auka samkeppni um opinbera samninga á evrópska efnahagssvæðinu auk þess að einfalda innkaupaferlið og gera það sveigjanlegra¹⁹. Til að auka sveigjanleika eru í frumvarpinu tvö ný innkaupaferli, annars vegar nýsköpunarstarf og hins vegar samkeppnisútboð með

¹⁶ Reglugerð nr. 583/2014 um viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu og samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup

¹⁷ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008) Handbók um opinber innkaup 18

¹⁸ Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 1048-670. mál, athugasemdir við lagafrumvarp, reynslan af lögum nr. 94/2001 um opinber innkaup.

¹⁹ Einnig er búið að samþykkja nýja veitutilskipun (2014/25/EU) og tilskipun sem varðar samræmdar reglur um gerð sérleyfissamninga(2014/23/EU)

samningsviðræðum²⁰. Til einföldunar á innkaupaferlinu eru lagðar til reglur um samevrópskt tilboðseyðublað þar sem bjóðandi staðfestir að hann uppfylli hæfiskröfur og því þarf aðeins það fyrirtæki að leggja fram gögn til staðfestingar á fullyrðingum um hæfi sitt og einnig hafa frestir til að leggja fram tilboð verið styttr. Ákvæðið um rammamninga er að mestu leyti efnislega óbreytt en þó er ekki lengur gert að skilyrði að fyrirtæki séu a.m.k. þrjú í rammamningi²¹. Í 86. gr. frumvarpsins er að finna nýmæli en þar er kaupanda, innan vissra marka, heimilað að gera breytingar á einstökum samningum og rammamningum án þess að hefja nýtt innkaupaferli. Heimilt er að gera breytingar á rammamningi ef breytingarskilmála er getið með skýrum hætti í endurskoðunarákvæðum samningsins, ef um er að ræða ófyrirséða viðbót við samning, ef um er að ræða breytingu vegna ófyrirsjáanlegra atvika, ef annar aðili kemur í stað upphafslegs samningsaðila og þegar breytingar eru ekki verulegar eða verðmæti er undir tiltekinni viðmiðunarfjárhæð. Hins vegar er ekki heimilt að gera breytingar sem fela í sér breytingar á eðli rammamnings í heild sinni og í lokamálgrein 86. gr. segir að hefja skuli nýtt innkaupaferli ef gera á aðrar breytingar á samningi eða rammamningi á gildistíma hans en kveðið er á um í 1. mgr. ákvæðisins²². Frumvarpið kveður á um fleiri breytingar en ekki verður gert grein fyrir þeim þar sem þær eru utan við umfjöllunarefni ritgerðarinnar.

3.4 Nánar um OIL

3.4.1 I. kafli. Tilgangur, orðskýringar og gildissvið.

Við túlkun rammamninga er mikilvægt að hafa 1. gr. OIL um tilgang laganna í huga og kemur það fram í mörgum úrskurðum og ákvörðunum kærunefndar útboðsmála að tilgangurinn sé að tryggja jafnræði og samkeppni þegar útboðsferlið stendur yfir en ekki að viðhalda samkeppni eftir að útboðsferli lýkur, þ.e. þegar rammamningur liggur fyrir lýkur samkeppni milli rammamningshafanna, nema þá ef viðhaft er örútbóð. Þrátt fyrir að

²⁰ Nýsköpunarsamstarf heimilar kaupanda og bjóðanda að vinna saman að nýsköpunarlausnum en samkeppnisútbóð er innkaupaferli sem nýtist þegar um er ræða þjónustu eða vöru sem krefjast breytinga eða hönnunar.

²¹ Frumvarp til laga um opinber innkaup, lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015-2016, athugasemdir við 41. gr.

²² Frumvarp til laga um opinber innkaup, lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015-2016, athugasemdir við 86. gr.

tilgangur OIL sé að stuðla að virkri samkeppni, og öðrum ákvæðum og reglum settum samkvæmt þeim sé ætlað að ná þeim markmiðum er það ekki í verkahring kæruneftdarinnar að stuðla að virkri samkeppni heldur eingöngu að úrskurða um það hvort ákvæði OIL hafa verið brotin, sbr. *úrskurður kæruneftdar útboðsmála 5. júlí 2007 í máli nr. 5/2007*.

3.4.2 II. kafli. Almennar reglur.

Gæta skuli jafnræðis og gagnsæis við opinber innkaup og óheimilt er að mismuna fyrirtækjum á grundvelli þjóðernis eða af öðrum sambærilegum ástæðum, sbr. 14. gr. OIL. Í úrskurðum og ákvörðunum kæruneftdarinnar hefur margsinnis reynt á þessar meginreglur, t.d. í *ákvörðun kæruneftdar útboðsmála 3. október 2014 í máli nr. 16/2014*. Kaupendur höfðu áskilið sér rétt til prófunar á boðnum vörum til að ganga úr skugga um að vörunar stæðust kröfur útboðsgagna og í niðurstöðu kæruneftdarinnar segir m.a. að kaupendum sé heimilt að líta til eðli vöru og ætlaðrar notkunar þegar gerðar eru kröfur til eiginleika hennar við innkaup og heimilt sé að meta eiginleika vöru með sjálfstæðum prófunum en það þurfi að gera með nánar tilteknum skilyrðum, þ.e með hlutlægri aðferð sem tryggi gagnsæi og jafnræði bjóðenda. Í *úrskurði kæruneftdar útboðsmála 27. apríl 2010 í máli nr. 2/2010* var ákvörðun um val á tilboðum í rammisamningsútboði með heimild á örútbóðum kærð og í niðurstöðu kæruneftdarinnar sagði m.a. að þrátt fyrir að kaupendur hafi svigrúm við ákvörðun um það hvaða forsendur þeir leggja til grundvallar mati á tilboðum, þarf að tilgreina með eins nákvæmum hætti og unnt er hvaða forsendur verða lagðar til grundvallar mati á tilboðum og hvaða upplýsinga er krafist, sbr. 38. og 45. gr. OIL og forsendurnar skuli vera hlutlægar og tengjast efnahagslegri hagkvæmni en mega þó aldrei vera svo matskenndar að kaupandinn geti hagað mati sínu eftir eigin geðþótta, en það er nauðsynlegt til að takmarka vald hans til að túlka tilboðin eftir eigin höfði, eftir að tilboð hafa verið opnuð og er það í samræmi við meginreglur um gagnsæi og jafnræði bjóðenda, sbr. 1. og 14. gr. OIL.

3.4.3 IV. kafli og X. kafli. Viðmiðunarfrárhæðir

Öll innkaup sem fara yfir tiltekna krónutölu skal bjóða út eða gera í samræmi við innkaupaferli OIL, sbr. 20 gr. OIL. Við innkaup undir viðmiðunarfrárhæðum skal kaupandi þó allt gæta hagkvæmni og gera samanburð á milli fyrirtækja, sbr. 22. gr. OIL. Í 79. gr. OIL segir að ef framkvæmd opinberra innkaupa er yfir viðmiðunarfrárhæðum skv. 78. gr. skal fylgja

ákvæðum útboðstilskipunarinnar og reglum sem þar er vísað til, en að annars skuli fara að reglum annars þáttar OIL nema í nokkrum frávikum, sbr. stafliðir a. – e. í 1. mgr. 79. gr. OIL. Ef innkaupum er skipt upp í fleiri sjálfstæða samninga, gerða samtímis skal miða við samanlagt virði þeirra, sbr. 27. gr. OIL. Óheimilt sé að skipta upp samningum í því skyni að innkaup verði undir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 4. mgr. 23. gr. Hins vegar ef gerður er áskilnaður í útboðsgögnum um að heimilt sé að kaupa hluta utan samnings, þá felur það hvorki í mismunun eða er brot á OIL ef áskilnaður um að skipta upp samningum er byggður á málefnalegum ástæðum og sér í lagi ef kaupin ná ekki til kaupa umfram viðmiðunarfjárhæðir laganna, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 14. janúar 2004 í máli nr. 35/2003*.

3.4.4 V.kafli. Innkaupaferli

1. mgr. 30. gr. segir að í öllum öðrum tilvikum, en í samkeppnisviðræðum, sbr. 31, í samningskaupum að undangenginni útboðsauglýsingu, sbr. 32. gr. og í samningskaupum án undangenginnar útboðsauglýsingar, sbr. 33. gr. skuli innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. gerð á grundvelli almenns eða lokaðs útboðs samkvæmt nánari reglum VI., VII., VIII. og IX kafla laganna. Einnig er heimilt að kaupa inn á grundvelli rammasamnings og gagnvirkis innkaupakerfis þó innkaup séu yfir viðmiðunarfjárhæðum.

Þau innkaupaferli sem koma til greina og eru tilgreind í V. kafla OIL eru almenn eða lokuð útboð, samkeppnisviðræður, samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu, samningskaup án undangenginnar útboðsauglýsingar, rammasamningar og gagnvirkir innkaupaferli. Í V. kafla OIL er farið yfir skilyrði fyrir tilhögun hönnunarsamkeppni og fyrir að viðhafa rafræn uppboð en ekki verður þeim gerð frekari skil þar sem ekki er um að ræða eiginleg innkaupaferli²³. Eins og áður segir er í frumvarpi laga til opinberra innkaupa, lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015–2016, ákvæði um tvö ný innkaupaferli, nýsköpunarsamstarf og samkeppnisútboð með samningsviðræðum.

²³Líklegra er réttara að líta á hönnunarsamkeppni sem tiltekinn lögákveðinn undanfara innkaupaferlis, þ.e. samningskaupa, frekar en að líta á hönnunarsamkeppni sem sjálfstætt innkaupaferli. Sama á við um rafræn uppboð en þar er frekar um að ræða ákveðinn framkvæmd á útboði en ekki sjálfstætt innkaupaferli, t.d. má láta örútbóð í tengslum við rammasamning fara fram með rafrænu uppboði ef skilyrði fyrir örútbóði er fyrir hendi.

3.4.4.1 Almennt útboð

Um er að ræða innkaupaferli þar sem hvaða fyrirtæki sem er getur lagt fram tilboð, sbr. 3. tölul. 1. mgr. 2. gr. OIL og ber að auglýsa útboð með áberandi hætti þannig að öll áhugasöm fyrirtæki geti tekið þátt í útboði, sbr. 55. gr. OIL. Í útboðsauglýsingu skulu koma fram nægilegar upplýsingar til að fyrirtæki geti tekið afstöðu til þess hvort þau hyggist taka þátt í útboði. Hér kemur fram skýr regla að það beri að auglýsa almennt útboð og á þetta einnig við um rammisamningsútboð, en ekkert kemur fram í ákvæðinu hvað þarf að koma fram í útboðsauglýsingu, einungis að fyrir hendi séu nægilegar upplýsingar til að hugsanlegir þátttakendur geti gert upp við sig hvort þeir ætli að taka þátt. Í ákvæðinu kemur fram heimild til að hvetja tiltekna aðila til að taka þátt, en um leið áréttað að ekki megi veita þeim aðrar frekari upplýsingar en komu fram í tilkynningunni um útboðið, sbr. 2. mgr. 55. gr. OIL. Frestur til að skila tilboðum skal vera nægilega langur til að að bjóðendur geti unnið og útbúið tilboð með viðeigandi hætti, sbr. 57. gr. en ef um almennt útboð er að ræða skulu það vera minnst 15. almanaksdagar, sbr. 58. gr.

3.4.4.2 Lokað útboð

Lokað útboð er innkaupaferli þar sem aðeins fyrirtæki sem valin hafa verið af kaupanda geta lagt fram tilboð, en hvaða fyrirtæki sem er getur sótt um að taka þátt í, sbr. 10. tölul., 1. mgr. 2. gr. OIL. Við lokað útboð, samkeppnisviðræður og samningskaup að undangenginni opinberri auglýsingu skal velja þátttakendur með forvali í samræmi við 56. gr. Auglýsa þarf tilkynningu um forval með sama hætti og gildir um almennt útboð. Í forvali er kaupanda heimilt að takmarka fjölda bjóðenda. Í tilkynningunni um forval þurfa að koma fram þau málefnalegu og óhlutdrægu skilyrði, sem og þær reglur, sem sem leggja á til grundvallar við val á þátttakendum og um lágmarks- og hámarksfjölda þátttakenda ef það á við. Í forvali vegna lokaðs útboðs skulu þátttakendur ekki vera færri en fimm en í öðrum innkaupaferlum ekki færri en þrjú og þarf kaupandi að gefa a.m.k. jafn mörgum tækifæri að taka þátt og svarar til þess fjölda sem tiltekinn var í tilkynningu um forvalið. Ef ekki er fyrir hendi nægjanlegur fjöldi sem fullnægir skilyrðum fyrir því að vera valinn, eða ekki er nægjanlegur fjöldi sem uppfyllir kröfur um getu, er kaupandanum heimilt að halda áfram og gefa þeim

sem fullnægðu kröfunum kost á að taka þátt í útboði. Fyrirtæki sem ekki tóku þátt í forvali eða þátttakendur sem ekki fullnægðu kröfum um hæfi eiga ekki kost að taka þátt í útboði á þessu stigi. Frestur til að skila þáttökubeiðni í forvali skal vera minnst fimmtán almanaksdagar, en þeir sem valdir hafa verið í forvali skal gefinn minnst tíu almanaksdaga frestur til að leggja fram tilboð.

3.4.4.3 Samkeppnisviðræður

Er innkaupaferli sem notað er þegar um er að ræða sérlega flókna samninga²⁴ og kaupandi telur að notkun almenns eða lokaðs útboðs sé því til fyrirstöðu að unnt sé að gera samning, sbr. 31. gr. OIL og leitast er við að skapa frekari sveigjanleika við gerð stærri og flóknari samninga. Ákvörðun um gerð samnings og val á tilboði skal eingöngu tekin á grundvelli forsendna fyrir vali á fjárhagslega hagkvæmasta tilboðinu, enda væri ósamrýmanlegt forsendum ákvæðisins að byggja forsendur fyrir vali eingöngu á verði. Þegar notast er við samkeppnisviðræður birtir kaupandi opinberlega útboðsauglýsingu með þörfum og kröfum kaupandans en kaupandinn skilgreinir þessi atriði mun ítarlegar í auglýsingunni sjálfri og/eða skýringargögnum. Að undangenginni opinberri auglýsingu skal velja þátttakendur með til þátttöku með forvali, sbr. 56. gr. og í samræmi við VII. kafla OIL. Á þessu stigi hefjast viðræður um væntanlegan samning og kaupandi getur farið í að fækka þeim lausnum sem fjalla á um, en kaupandi verður að grundvalla niðurskurðinn með vísan til forsendna fyrir vali tilboðs sem settir voru fram í útboðsauglýsingu eða skýringargögnum. Þegar viðræðum er lokið er þátttakendum gefinn kostur á að leggja fram endanleg tilboð, en það er nauðsynlegt til að þátttakendur geti tekið mið af því sem fram hefur komið í viðræðunum. Þátttakendur geta líka skýrt, skilgreint og lagfært tilboð sitt og sett inn viðbótarupplýsingar en þær mega þó ekki fela í sér breytingar á grunnþáttum tilboðsins²⁵. Kaupandi metur þannig lausn/lausnir sem geta fullnægt þörfum hans á grundvelli forsendna fyrir vali tilboðs, sbr. útboðsauglýsing eða skýringargögn og velur svo í framhaldi af því hagkvæmasta tilboðið í samræmi við 72. gr. OIL.

²⁴ „sérlega flókinn samningur“, í skilningi 31. gr. er átt við að þegar ekki er mögulegt með hlutlægum hætti að skilgreina þau tæknilegu atriði sem fullnægt geta þörfum eða markmiðum kaupanda, sbr. b-, c- og d- lið 3. mgr. 40.gr. og/eða kaupandi getur ekki skilgreint lagalega eða fjárhagslega gerð framkvæmdar.

²⁵ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 82.

3.4.4.4 Samningskaup

Um samningskaup gildir að kaupandi ræðir við tiltekin fyrirtæki og semur svo í kjölfarið um skilmála samnings við eitt eða fleiri fyrirtæki. Samningskaupferli geta verið tvenns konar, annars vegar að undangenginni útboðsauglýsingu, sbr. 32. gr. og hins vegar án undangenginnar útboðsauglýsingar, sbr. 33. gr. OIL. Um þessa tegundir innkaupaferla gilda ólíkar reglur um heimild til notkunar þeirra og nánari framkvæmd. Í 32. og 33. gr. eru heimiluð frávik frá meginreglu 30. gr. um almennt eða lokað útboð að undangengnu forvali með ákvæðum um samningskaup. Frávikin eru tæmandi talin í greinunum og þar af leiðandi þarf að skýra heimildirnar þröngt í samræmi við almennar reglur. Þetta á sér í lagi við um heimildir til samningskaupa án undangenginnar auglýsingar samkvæmt 33. gr. Ef um er að ræða samningskaup að undangenginni útboðsauglýsingu, sbr. 32. gr., skal velja þátttakendur með forvali í samræmi við 56. gr. OIL. Ef ekkert lögmætt tilboð berst, hvorki í almennu útboði, lokuðu útboði eða samkeppnisviðræðum, ef öll tilboð eru óaðgengileg eða þátttakendum eða bjóðendum er vísað frá, sbr. VII. kafli OIL, þá er heimilt að viðhafa samningskaup sbr. 32. gr. Ekki má þó breyta upphaflegum skilmálum í verulegum atriðum. Samningskaup, sbr. 32. gr. eru einnig heimil í tilvikum sem upp er talin í þremur stafliðum í 2. mgr. ákvæðisins. Val á hagkvæmasta tilboðinu skal vera í samræmi við 72. gr. OIL.

3.4.4.5 Gagnvirk innkaupaferli

Gagnvirku innkaupaferli skal einungis komið á fót að undangengnu almennu útboði, allir bjóðendur sem hafa fullnægt hæfisskilyrðum skv. VII. kafla OIL og hafa sett fram kynningarboð skulu eiga rétt á aðild að gagnvirku innkaupakerfi, sbr. 1. mgr. 35. gr. Gagnvirkt innkaupakerfi er rafrænt ferli við algeng innkaup sem mögulegt er að gera á almennum markaði þannig að kröfum kaupanda sé fullnægt enda sé ferlið tímabundið og, meðan á því stendur, opið öllum fyrirtækjum sem fullnægja skilyrðum fyrir þátttöku í kerfinu og lagt hafa fram kynningarboð í samræmi við skilmála, sbr. 7. töluliður 1. mgr. 2. gr. OIL. Með gagnvirku innkaupakerfi er safnað saman hópi fyrirtækja sem geta tekið þátt í tilteknum tegundum innkaupa við tiltekinn kaupanda og á meðan gildistími kerfisins er virkur, en gildistími má ekki vera lengri en til fjögurra ára nema í undantekningartilvikum sem helgast af málefnalegum ástæðum, sbr. 6. mgr. ákvæðisins. Kaupandinn þarf að gefa öllum fyrirtækjunum kost á að koma með kynningarboð og fá aðgang að innkaupakerfi að

uppfylltum upphafsskilyrðum útboðsins. Sérhver samningur í gagnvirku innkaupakerfi fer fram með sérstakri tilkynningu þar sem óskað er eftir tilboðum. Val á viðsemjendum skal tekið út frá þeim forsendum sem komu fram í upprunalega tilboðinu²⁶.

3.4.4.6 Nýsköpunarsamstarf

Nýsköpunarsamstarf er innkaupaferli þar sem hvaða fyrirtæki sem er getur sótt um að taka þátt í og felst í því að kaupandi stýrir viðræðum við þau fyrirtæki sem valin hafa verið til að taka þátt í ferlinu, allt með það að markmiði að þróa nýsköpunarvöru, -þjónustu eða verk.

3.4.4.7 Samkeppnisútboð með samningsviðræðum

Um er ræða innkaupaferli þar sem hvaða fyrirtæki sem er getur sótt um að taka þátt í kjölfar útboðsauglýsingar með því að senda inn upplýsingar vegna hæfismiðaðs vals sem kaupandi hefur farið fram á í auglýsingu eða útboðsgögnum. Aðeins þau fyrirtæki sem kaupandi býður til þátttöku, eftir að hafa lagt mat á framlagðar upplýsingar, geta skilað inn tilboði í samkeppnisútboði sem skal vera grundvöllur áframhaldandi viðræðna. Innkaupaferlið felst í því að kaupandi stýrir viðræðum við þau fyrirtæki sem valin hafa verið til að taka þátt í ferlinu, allt með það að markmiði að þróa einn eða fleiri valkosti sem mætt geta kröfum hans, enda séu þessar kröfur lagðar til grundvallar þegar þátttakendum er boðið að leggja fram tilboð.

3.4.5 VI. kafli. Útboðsgögn.

Um útboðsgögn er kveðið á um í 38. gr. OIL og þar koma fram almennir skilmálar sem gögnin skulu innihalda. Í 45. gr. kemur m.a. fram að forsendur fyrir vali tilboðs skulu annað hvort miða við lágsta verð eða fjárhagslega hagkvæmni frá sjónarhóli kaupanda. Útboðsgögn skulu innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til að bjóðanda sé unnt að gera tilboð og í 1. mgr. 38. gr. OIL eru talin upp, í sextán stafliðum, atriði sem þurfa að koma fram í útboðsgögnum eftir því sem við á og því þarf að útfæra útboðsgögnin eftir eðli innkaupanna hverju sinni. Útboðsgögnin þurfa að vera skýr um hvað eigi að kaupa og hvaða skilmálar gildi

²⁶ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 55.

þar um og með hvaða hætti innkaupin eigi að fara fram, þ.e. hvaða útboðsferli verði notað²⁷. Vinnan við gerð útboðsgagna er mikilvægur hluti innkaupferlisins vegna þess að tilboð sem lögð eru fram grundvallast og byggjast á þeim skilmálum sem þar koma fram. Í 3. mgr. 76. gr. segir m.a. að tilboð skuli samþykkja endanlega með skriflegum hætti, innan gildistíma þess og þá sé kominn bindandi samningur á grundvelli útboðsgagna og tilboðs bjóðanda. Í 4. mgr. sama ákvæðis segir að þrátt fyrir að heimilt sé að gera sérstakan samning á grundvelli útboðsins eftir að tilboð hefur verið samþykkt þá megi ekki breyta grundvallarþáttum tilboðsins með þeim hætti að samkeppni sé raskað eða um mismunum sé að ræða þannig að kaupandi getur almennt ekki vikið frá skilmálum útboðsgagnanna. Óskýrleiki í útboðsgögnum getur haft í för með sér að útboð reynist ógilt. Krafa um skýrleika útboðsgagna er í fullkomu samræmi við meginreglur útboðsréttar um gagnsæi og jafnræði bjóðenda. Í 2. mgr. 45. gr. segir að í útboðslýsingu, útboðsgögnum eða skýringargögnum skuli tiltaka allar þær forsendur sem verða hafðar að leiðarljósi við val á tilboði og skal það gert eins skilmerkilega og framast er unnt, og í þeim gögnum sem greinir í 2. mgr. skal til tilgreina hlutfallslegt vægi hvers viðmiðs sem vísað er til sem forsendu fyrir vali á tilboði, sbr. 3. mgr. 45. gr. Mikilvægt er að útboðsgögn séu í samræmi við skilyrði 45. gr. til að fyrirtæki viti fyrirfram hvernig staðið verði að mati á hagkvæmasta tilboðinu og í raun nauðsynlegt til að fyrirtæki geti útbúið tilboð og hagað boðum sínum í samræmi við forsendur tilboðsins.

3.4.6 VII kafli OIL. Hæfi þátttakenda og bjóðenda í opinberum innkaupum.

Í 46. gr. eru settar fram almennar reglur sem gilda fyrir fyrirtæki og þar segir m.a. að óheimilt sé að vísa frá þátttakenda/bjóðanda og vísa til þess að innlendar reglur kveði á um að veitandi þjónustu þurfi annað hvort að vera einstaklingur eða lögaðili, enda þótt lög staðfesturíkisins mæli fyrir því að það sé þeim heimilt, sbr. 1. mgr. 46. gr. Í 47. gr. er farið yfir ýmiss konar persónulegar aðstæður þátttakanda eða bjóðenda sem geta komið í veg fyrir að þeim sé heimilt að taka þátt í gerð opinbers samnings. Í 48. - 50. gr. eru ákvæði sem fyrirtæki ber að uppfylla, en þar á meðal er skilyrði um að fyrirtæki séu skráð í fyrirtækjaskrá, fjárhagsstaða þeirra sé nægjanlega trygg og fyrirtæki hafi tæknilega burði til að standa við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Í 51. gr. og 52. gr. er mælt fyrir um að kaupanda sé

²⁷ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 57

heimilt að krefjast þess að fyrirtæki uppfylli ákveðna staðla, annars vegar að fyrirtæki uppfylli tiltekinn gæðavottunarstaðal, sbr. 51. gr. og hins vegar fyrirtæki fullnægi ákveðnum umhverfisstjórnunarstöðlum.

3.4.7 VIII. kafli. Framkvæmd opinberra innkaupa.

Markmið OIL er að skapa samræmi milli reglna um opinber innkaup innanlands og innkaupa yfir viðmiðunarfjárhæðum EES og er meginreglan sú að um opinber innkaup á EES gilda sömu reglur og um innkaup innanlands nema annað sé tekið fram²⁸. Við framkvæmd opinberra innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 78. gr. skal fylgja ákvæðum 35.-43. gr.

Útboðstilskipunarinnar og reglum sem þar er vísað til. Sérreglur um innkaup á EES varða að mestu leyti auglýsingar, tilkynningar, fresti og önnur tæknileg atriði. Að öðru leyti skal farið að reglum annars þáttar OIL en með nokkrum skilyrðum þó, sbr. stafliði a.-e. í 1. mgr. 79. gr. OIL. Skýlt er að auglýsa almennt útboð, með áberandi hætti, sbr. 1. mgr. 55. gr. en einnig getur kaupandi hreinlega hvatt tiltekna aðila til þátttöku í útboði, sbr. 2. mgr. 55. gr.

Innkaupaferlið getur verið með ýmiss konar hætti, sbr. V. kafli OIL en meginreglan er að innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum fari fram með almennu eða lokaðu útboði, sbr. 30. gr. OIL. Ef um almennt útboð er að ræða skal auglýsa það með áberandi hætti til að áhugasöm fyrirtæki geti tekið þátt, sama gildir þegar um almennt rammasamningsútboð er að ræða, sbr. 55. gr. Í 2. mgr. sama ákvæðis er kaupanda heimilað, samtímis eða eftir að auglýst hefur verið að hvetja tiltekna aðila til þátttöku. Frestur til að skila tilboðum skal vera nægilega langur til að bjóðendur geti undirbúið tilboð, sbr. 57. gr. OIL og er frestur til að leggja fram tilboð í almennu útboði minnst fimmtán almanaksdagar, sbr. 58. gr. Í lokaðum útboðum horfir þetta öðruvísi við. Að undangenginni opinberri auglýsingu eru þátttakendur valdir í samræmi við 56. gr. OIL. Tilkynningu um forval skal auglýsa með áberandi hætti og í forvali má takmarka fjölda þeirra sem valdir eru til þátttöku enda hafi nægjanlega margir tekið þátt. Í tilkynningunni skulu koma fram skilyrði eða reglur sem leggja á til grundvallar við val á þátttakendum í forvali, lágmarks- og hámarksfjöldi þarf einnig að koma fram í tilkynningu. Frestir í lokaðu útboði til að skila þátttökubeiðnum í forvali skulu vera minnst fimmtán almanaksdagar og þeir sem hafa verið valdir í forvali vegna lokaðs útboðs skulu fá minnst tíu

²⁸ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008) Handbók um opinber innkaup 98

almanaksdaga til að leggja fram tilboð sbr. 59. gr. OIL. Kaupanda er heimilt að kaupa inn með rafrænu uppboði sbr. 70. gr. og ef um almennt eða lokað útboð er að ræða og mögulegt er að hafa útboðsskilmála skýra og nákvæma getur kaupandi ákveðið að samningur verði gerður með rafrænu uppboði²⁹. Að uppfylltum sömu skilyrðum er heimilt að notast við rafrænt uppboð þegar samkeppni fer fram á milli fleiri rammisamningshafa skv. 4. mgr. 34. gr. Ef kaupandi ætlar að notast við rafrænt uppboð, þarf að lýsa þeirri fyrirætlun í útboðslýsingunni. Við ákvörðun kaupanda um gerð samning skal eingöngu litið til gildra tilboða, þ.e. aðeins frá fyrirtækjum sem ekki hefur verið vísað frá skv. 47. og 48. gr. OIL og þau þurfa einnig að uppfylla skilyrði umfjárhagslega stöðu, um faglega- og tæknilega getu og um önnur atriði sem vísað er til í 49.-54. gr. Við val tilboða skal gengið útfrá hagkvæmasta boði, sem er annað hvort lægst að fjárhæð eða fullnægir þörfum kaupanda best samkvæmt skilmálum útboðsgagna, sbr. 45. gr.

3.4.8 IX. kafli. Val tilboðs.

Þegar kaupandi ákveður að ganga til samninga skal eingöngu litið til gildra tilboða frá fyrirtækjum sem ekki hefur verið vísað frá vegna persónulegra aðstæðna þátttakanda eða bjóðanda, sbr. 47. gr. Fyrirtækið þarf að geta sýnt fram á fullnægjandi skráningu í fyrirtækjaskrá, sbr. 48. gr., fullnægja kröfum um fjárhagsstöðu, hafa yfir að ráða faglegri og tæknilegri getu og einnig er vísað til annarra atriða, sbr. 49-54. gr. og/eða hefur verið valið til tilboðsgerðar í forvali, sbr. 56. gr. en öll þessi skilyrði koma fram í 71. gr. OIL og þurfa að vera uppfyllt til að tilboð komi til greina. Þegar lagt er mat á hagkvæmasta tilboðið er einkum horft til tveggja þátta, annað hvort til þess boðs sem er lægst að fjárhæð eða þess boðs sem fullnægir þörfum kaupanda best samkvæmt þeim fyrirframgefnu forsendum sem gengið var út frá í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. OIL. Ef tilboð eru óeðlilega lág, er óheimilt að vísa þeim frá þá og þegar, heldur ber kaupanda að óska eftir ítarlegri lýsingu á þýðingarmestu efnisþáttum tilboðsins sem kaupandi þarf að sannreyna í samvinnu við bjóðanda. Sé tilboði hafnað á grundvelli þess að það sé óeðlilega lág skal kaupandi rökstyðja þá ákvörðun, sbr. 73. gr. OIL. Kaupandi skal tilkynna þátttakendum eða bjóðendum um ákvarðanir varðandi

²⁹ Rafrænt uppboð, í því felst að endurtekið er ferli þar sem ný og lægri verð, og/eða ný verðgildi fyrir ákveðin atriði í tilboðum, eru sett fram með rafrænum hætti, eftir að kaupandi hefur tekið fulla afstöðu til þeirra í upphafi, þannig að unnt er að meta þau með sjálfsvirkum aðferðum.

gerð rammisamnings og/eða um val tilboðs eins fljótt og mögulegt er. Í tilkynningunni þarf m.a. að koma fram rökstuðningur fyrir ákvörðun um að gera ekki rammisamning eða taka engu tilboði, þrátt fyrir að útboð hafi farið fram, sbr. 75. gr. OIL. Í 76. gr. OIL er kveðið á um biðtíma samningsgerðar og samþykktar tilboðs, þ.e. óheimilt er að gera samning í kjölfar ákvörðunar um val á tilboði fyrr en a.m.k. 10 dagar eru liðnir frá tilkynningu sbr. 75. gr. sömu laga. Frá þessu eru þó undantekningar og gildir biðtími skv. 1. mgr. 76. gr. ekki tilfelli sem eru tölusett í 2. mgr. 76. gr. og eru rammisamningar þar á meðal, sbr. 3. tölul. málgreinarinnar.

3.4.9 XVI. kafli. Kærunefnd útboðsmála.

91. gr. OIL segir til um hlutverk og skipan kærunefndar útboðsmála en þar kemur m.a. fram að hlutverk kærunefndar útboðsmála sé að leysa úr kærnum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á OIL og reglum settum samkvæmt þeim. Úrskurðum nefndarinnar og ákvörðunum verður ekki skotið til annarra stjórnvalda, sbr. 3. mgr. 91. gr. Málskotsrétt til nefndarinnar hafa fyrirtæki sem njóta réttinda samkvæmt OIL og hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn, sbr. 1. mgr. 93. gr. og ber að hafa í huga að lögvarðir hagsmunir eru alls ekki undantekningalaus skylda, sbr. 2. mgr. sama ákvæðis. Kærufrestir til kærunefndar útboðsmála fara eftir ákvæðum 94. gr. og réttaráhrif kæru taka mið af 94. gr. a. Um meðferð kæru, gagnaöflun og varnaraðild vísast til 95. og 95. gr. a. OIL. Kærunefndin getur að kröfu kæranda stöðvað innkaupaferli um stundarsakir, sbr. 96. gr. og einnig getur nefndin með úrskurði fellt úr gildi ákvörðun kaupanda vegna opinberra innkaupa, að hluta eða í heild, sbr. 97. gr. Nefndin getur lýst samning óvirkan samkvæmt ákvæðum 100. gr. a.-100. gr. c. og/eða kveðið á um önnur viðurlög skv. 100. gr. d. Nefndin getur lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekinn innkaup, endurtaka auglýsingu og að fella niður ólögsmæta skilmála í útboðsgögnum. Kærunefndin getur enn fremur látið uppi álit sitt varðandi skaðabótaskyldu en tekur þó ekki afstöðu til fjárhæðar, sbr. 2. og 3. mgr. 97. gr. Kærunefndinni er heimilt að setja sér nánar reglur varðandi framlagningu gagna, málsmeðferð fyrir nefndinni og birtingu úrskurða. Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann höfðað dómsmál til ógildingar á úrskurðum kærunefndar útboðsmála, sbr. 98. gr. OIL. Fyrirtæki getur jafnframt alltaf höfðað mál fyrir

dómstólum hér á landi vegna brota á OIL³⁰. Fyrirtæki geta enn fremur leitað til ESA, en Framkvæmdarstjórn ESB og ESA hafa eftirlit með framkvæmd útboða sem falla undir EES-samninginn og geta í kjölfar kæru eða að eigin frumkvæði gripið til aðgerða. Að baki Framkvæmdarstjórn ESB og ESA standa dómstólar ESB og EFTA³¹.

3.4.10 XV. kafli. Gildi samninga, óvirgni, önnur viðurlög og skaðabætur.

Eftir að bindandi samningur samkvæmt OIL kemst á verður hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólöglegt, sbr. 100. gr. OIL. Samhliða 100.gr. þarf að skoða 76. gr. OIL þar sem kveðið er á um að óheimilt sé að gera samning í kjölfar ákvörðunar um val tilboðs fyrr en að liðnum tíu daga biðtíma eftir að tilkynning sk. 1. og 2. mgr. 75. gr. telst birt. Biðtíma er alltaf lokið þegar fimmtán dagar frá sendingu tilkynningar. Ef fyrirliggjandi er að framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafa verið ólöglegt en samt sem áður ekki hægt að ógilda samning á bjóðandi hugsanlega rétt á skaðabótum. Í 101. gr. OIL segir að kaupandi sé skaðabótaskyldur vegna brota á OIL, vegna brota á ákvæðum útboðstilskipunarinnar og reglum settum samkvæmt þeim. Bjóðandi þarf hins vegar að sýna fram á að það hafi átt raunverulega möguleika að boðinu hefði verið tekið. Tvö skilyrði verða að vera fyrir hendi svo að möguleg skaðabótaskylda hafi skapast, annars vegar að brotið hafi verið gegn OIL, útboðstilskipuninni eða reglum sem settar hafa verið samkvæmt ákvæðum tilskipunarinnar og hins vegar að bjóðandi hafi átt raunverulegan möguleika á að gengið yrði til samninga við hann. Kaupandi er skaðabótaskyldur vegna þess tjóns sem brot á lögnum hefur haft í för með sér fyrir bjóðandann. Bjóðandi getur að, að uppfylltum skilyrðum 101. gr. krafist skaðabóta fyrir til að mæta þeim kostnaði sem það lagði í vegna þátttöku sinnar í boðinu, þ.e. svokallaðar vangildisbætur og/eða krafist bóta fyrir missi hagnaðar, en þá er um að ræða efndabætur.

³⁰ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 107.

³¹ Fjármála- og efnahagsráðuneyti, Réttarúrræði varðandi opinber innkaup.

4 Rammasamningar

4.1 Almennt um rammasamninga

Rammasamningur er samningur sem gerður er við einn eða fleiri kaupendur sem skuldbinda sig til að gera samning við eitt eða fleiri fyrirtæki með það að markmiði að slá föstum skilmálum einstakra samninga sem gerðir verða á tilteknu tímabili, oftast til fjögurra ára, einkum að því er varðar verð og fyrirhugað magn, ef við á, sbr. 16. tölul. 1. mgr. 2. gr. OIL.

Rammasamningskerfið var innleitt hér á landi árið 1994 og var það á höndum Ríkiskaupa að gera það. Koma átti á einföldu og aðgengilegu kerfi til innkaupa á skrifstofu- og rekstrarvörum fyrir opinberar stofnanir og fyrirtæki. Rammasamningar eiga að tryggja þátttakendum hagkvæmustu möguleg kjör hverju sinni og draga úr kostnaði vegna innkaupa. Rammasamningskerfi á að vera þannig uppbyggt að það samræmi kosti stórra innkaupa á smávörum og dragi þannig um leið úr fjölda útboða og fyrirkomulag kerfisins á fela í sér tímasparnað fyrir alla aðila³². Ríkiskaup gerir rammasamninga fyrir hönd ríkisins, annast útboð og önnur innkaupaferli sem fara fram á vegum ríkisstofnana vegna innkaupa, hvort heldur sem þau eru yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 20. og 78. gr., sbr. 85. gr. OIL en ráðherra getur heimilað einstökum ríkisstofnunum að annast eigin innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum, sbr. 3. mgr. 85. gr. OIL.

Rammasamningar fela í sér nánari skilmála fyrir einstökum samningum sem gera á við einn eða fleiri kaupendur á tilteknu tímabili. Rammasamningar er því ekki samningar um ákveðin innkaup í skilningi OIL, þ.e. vegna þess að ekki er alltaf samið um fastákveðna skilmála, t.d. skilmála sem varða verð eða magn³³. Rammasamningi verður ekki komið á nema að undangengnu einhverju þeirra lögákveðnu innkaupaferla sem V. kafli OIL mælir fyrir um, sbr. 34. gr. OIL en almenna reglan er hins vegar sú að rammasamningur kemst á í kjölfar almenns eða lokaðs útboðs, sbr. 30. gr. OIL og í raun er varla hægt að telja að það sé raunhæft að ætla að koma á rammasamningi á í kjölfar samningskaupa sbr. 32. gr. eða í kjölfar samkeppnisviðræðna, sbr. 31. gr. OIL³⁴. Þar sem að rammasamningur kemst ekki á nema í kjölfar þeirra innkaupaferla sem OIL kveður á um er hægt að ganga út frá því að

³² Rammasamningar Ríkiskaupa, mat á árangri við innkaup ríkisstofnana 8.

³³ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008), Handbók um opinber innkaup 31.

³⁴ Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement* (Sweet & Maxwell 2005) 696.

útboðsskyldu hafi verið fullnægt við gerð einstakra samninga á grundvelli þeirra³⁵. Rammasamningsferlið er í raun framhald á lögákveðnum útboðsferli og því ekki hægt að segja að um eiginlegt útboðsferli sé að ræða³⁶. Eftir að útboðsferli lýkur má gera rammasamning að teknu tilliti til þeirra skilmála sem koma fram í útboðsgögnum og ekki má meta tilboð útfrá forsendum sem ekki tengjast efni samnings og/eða á forsendum sem ekki er mögulegt að staðreyna á grundvelli fyrirbyggjandi gagna. Breytingar á skilmálum rammasamnings eru vandmeðfarnar, m.a. vegna þess að þegar rammasamningur kemst á er gengið útfrá tilteknum forsendum/skilmálum, t.d þegar lagt er mat á hæfi bjóðenda og valið er á milli tilboða og þannig er hætt við því að verulegar breytingar felí í sér brot á gagnsæi og jafnræði bjóðenda. Mikilvægt er því að notast á við upphaflega skilmála og ekki má gera verulegar breytingar á þeim, sér í lagi þegar um er ræða einstakan samning sem gerður er við eitt fyrirtæki á grundvelli rammasamnings, sbr. 2. mgr. 34. gr. OIL en þó má kaupandi ráðfæra sig við rammasamningshafa og óska eftir viðbótum við tilboð sé það nauðsynlegt, sbr. 4. mgr. 34. gr. OIL.

Mögulegt er að koma á rammasamningi með tvenns konar hætti, annars vegar þegar samið er aðeins við einn rammasamningshafa og hins vegar þegar samið er við fleiri en einn og þá er gerð krafa um að þeir skuli vera að lágmarki þrír, sbr. 5. mgr. 34. gr. OIL³⁷. Ef rammasamningur er gerður við fleiri en einn, þá koma til skoðunar tvenns konar útfærslur. Annars vegar er gerður rammasamningur sem er með fyrirfram fastákveðnum skilmálum og kaupendur sem eru aðilar að rammasamningnum geta þá valið til hvaða rammasamningshafa þeir leita með innkaup sín, sbr. 5. mgr. 34. gr. OIL. En ef rammasamningur er gerður við fleiri aðila en einn og hann er óákveðinn um tiltekinn atriði þá verður kaupandinn að láta fara fram örútbóð milli rammasamningshafanna, en örútbóð verður að meta á grundvelli skilmála og valforsendna sem komu fram í upphaflega rammasamningnum, sbr. 6. mgr. 34. gr. OIL, það þýðir þó ekki að tilboð í örútbóði sé metið á sama grundvelli og í rammasamningsútboði. Hins vegar verður sú forsenda sem gengið er útfrá varðandi val á hagkvæmast boði að hafa komið fram í útboðsgögnunum sem upphaflegi rammasamningurinn er grundvallaður á.

³⁵ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 287-277. mál, athugasemdir við 34. gr.

³⁶ Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement* (Sweet & Maxwell 2005) 696.

³⁷ Í drögum að frumvarpi til laga um opinber innkaup, lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015-2016 er lögð fram sú breyting að ekki sé lengur gert að skilyrði að fyrirtæki séu a.m.k. þrjú í rammasamningi.

Helstu einkenni rammasamninga eru þau að þá skal gera í samræmi við innkaupaferli sem getið er um í OIL, þeir fela í sér að gerður er samningur við eitt eða fleiri fyrirtæki og eru kaupendur eru skuldbundnir til að kaupa vöru/þjónustu á þeim þeim kjörum sem koma fram í samningnum og rammasamningur er bindandi fyrir alla aðila. Einstaka samninga skal eingöngu gera við aðila rammasamnings, sem verða að vera innan skilmála rammasamningsins og ekki má gera verulega breytingar frá upphaflegum skilmálum rammasamningsins, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 8. desember 2014 í máli nr. 20/2014*. Kostir sem fylgja því að framkvæma rammasamning geta meðal annars verið fólgnir í því að útboðsskyldu er fullnægt, búið er að skilgreina kjör og skilmála og kaupandinn stýrir sjálfur innkaupum sínu. Rammasamningsfyrirkomulagið á að tryggja að samkeppni sé meðal rammasamningshafa sem á að tryggja bestu kaup og kjör hverju sinni.

4.2 34. gr. OIL

Í ákvæði 34. gr. OIL er að finna reglur og skilyrði sem gilda sérstaklega um rammasamninga. Um rammasamninga gilda almennt einnig önnur ákvæði OIL nema annað sé sérstaklega tekið fram. Í 34. gr. OIL koma fram fyrirmæli um það hvernig skuli staðið að gerð rammasamninga og réttaráhrif þeirra. Ákvæði 34. gr. OIL er að meginstefi eins og 32. gr. útboðstilskipunarinnar. Í 1. mgr. 34. gr. segir að rammasamning skuli gera í samræmi við V. kafla OIL og er meginreglan að rammasamningi er komið á með almennu eða lokuðu útboði. Rammasamningur eru gerðir í samræmi við innkaupaferli sem mælt er fyrir um í OIL og þannig má líta svo á að við gerð einstakra samninga sem eru grundvallaðir á rammasamningi þá sé búið að fullnægja útboðsskyldunni. Þegar samningsaðilar í rammasamningsútboði eru valdir þá ber að miða við þær forsendur sem gengið var útfrá fyrir vali tilboðs, sbr. 72. gr. OIL, þ.e. velja skal hagkvæmasta boðið sem er annað hvort lægst að fjárhæð eða fullnægir best þörfum kaupandans samkvæmt forsendum sem settar voru fram í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. OIL.

Í rammasamningi er heimilt að ákveða að kaupendur séu ekki skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings við innkaup sem samningurinn á við um, en þá þarf sérstaklega að tilgreina slík frávík í útboðsgögnum, sbr. 1. mgr. 34. gr. Hér er því um að ræða undantekningu frá þeirri meginreglu að kaupendur skuli skipta við aðila rammasamnings og

enga aðra um innkaup sem samningur tekur til. Kaupendur hafa þannig að öllu jafnan ekki sjálfval um við hverja þeir skipta séu þeir aðilar að samningi sem er grundvallaður á rammasamningi. Við einstök innkaup á grundvelli rammasamnings skal miða við að gildistími rammasamnings sé ekki lengri en til fjögurra ára nema í undantekningartilfellum sem helgast af málefnalegum ástæðum, einkum og sér í lagi ástæðum sem tengjast efni rammasamningsins. Sé rammasamningur gerður við eitt fyrirtæki þá verða einstakir samningar á grundvelli rammasamnings að rúmast innan skilmála rammasamningsins og það kemur skýrt fram í ákvæðinu að við gerð einstakra samninga sé óheimilt að gera verulega breytingar á skilmálum rammasamninga, sér í lagi þegar gerður er samningur við eitt fyrirtæki. Hins vegar er kaupanda heimild við gerð einstakra samninga að ráðfæra sig skriflega við rammasamningshafa og óska eftir viðbótum við tilboðið sé það nauðsynlegt. Ef rammasamningur er gerður við fleiri en eitt fyrirtæki þá verða rammasamningshafa að vera að a.m.k. þrír, að því gefnu að til séu nægilega mörg fyrirtæki í rammasamningsútboði sem fullnægja hæfisskilyrðum og fyrir hendi séu nógu mörg tilboð sem fullnægja skilmálum rammasamningsútboðsins en eins og áður segir liggur fyrir breytingartillaga þess efnis að ekki lengur sé gerð krafa um að fyrirtæki séu a.m.k. þrjú í rammasamningi³⁸. Ef gerður er rammasamningur við þrjá eða fleiri er mögulegt að gera rammasamning með tvenns konar hætti, annars vegar með fastákveðnum skilmálum þar sem kaupendur geta þá valið um það við hvaða rammasamningshafa þeir skipta, þ.e. þeir eru eins og áður skuldbundnir til beina innkaupum sínum að aðilum rammasamningsins en hafa val við hvern þeirra þeir skipta. Hins vegar að ef skilmálar rammasamningur eru að einhverju leyti óákveðnir, t.d um verð, þá skal fara fram örútbóð milli rammasamningshafa eftir að skilmálar eða tæknilegar kröfur hafa verið skýrðar nánar í samræmi við reglur í stafl. a.-d. í 6. mgr. 34. gr. en í kafla fjögur um framkvæmd rammasamninga verða reglum og skilyrðum sem um örútbóð gilda gerð frekari skil.

4.2.1 Aðili að rammasamningi

Í opinberum innkaupum er meginreglan sú að innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. fari fram annað hvort með almennu útboði þar sem hvaða fyrirtæki sem er getur lagt fram tilboð

³⁸ Frumvarp til laga um opinber innkaup, lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015-2016, athugasemd við 41. gr.

eða með lokuðu útboði þar sem aðeins fyrirtæki sem valin hafa verið sérstaklega af kaupanda geta lagt fram tilboð en þó er það þannig að hvaða fyrirtæki sem er getur sótt um að taka þátt í útboðinu. Innkaupin fara svo eftir nánari reglum VI., VII., VIII. og IX. kafla OIL, sbr. 30. gr. OIL. Þegar búið er að samþykkja tilboð með skriflegum hætti þá er kominn á bindandi samningur á grundvelli útboðsgagna og tilboðs bjóðanda, sbr. 3. mgr. 76. gr. OIL, þ.e. fyrirliggjandi er samningur milli kaupanda og bjóðanda um tiltekna vöru eða þjónustu.

Allar ríkisstofnanir eru sjálfkrafa aðilar að rammasamningum og skv. OIL hafa allar ríkisstofnanir sem reknar eru fyrir 50% eða meira með almannafé, heimild til að kaupa eftir rammasamningum. Aðild að rammasamningum nær einnig til samtaka sem þessir aðilar hafa gert með sér. Hins vegar ber sveitarfélögum ekki lögum samkvæmt vera aðilar að rammasamningskerfinu en þau geta sótt um aðild til eins árs í senn. Ríkiskaup sendir á hverju ári bréf til allra sveitarfélaganna þar sem kynnt eru fyrirhuguð rammasamningsútboð og eru sveitarfélög hvött til þátttöku í rammasamningum³⁹.

Í 1. mgr. 34. gr. segir m.a. að í rammasamningi sé heimilt að ákveða að kaupendur séu ekki skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings við þau innkaup sem samningur tekur til, enda séu slík frávik tilgreind sérstaklega í útboðsgögnum. Meginreglan er samt sem áður sú að kaupendur eru skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings um þau innkaup sem samningur tekur til. Í 2. mgr. sama ákvæðis segir að aðeins sé heimilt að gera einstaka samninga á grundvelli rammasamnings við fyrirtæki sem voru upphaflega aðilar rammasamningsins. Ef skilmálar rammasamnings eru að einhverju leyti óákveðnir þá skal viðhafa örútbod á milli rammasamningshafa, sbr. 6. mgr. 34. gr. OIL. Það að vera aðili að rammasamningi hefur þá þýðingu að aðilar eiga ekki sjálfðæmi um hvort þeir kaupi inn samkvæmt rammasamningi eða skipti við aðra aðila sem er í samræmi við meginreglur samningaréttar. Aðilar að rammasamningi eru skyldugir til að kaupa inn á grundvelli rammasamninga og geta því ekki farið í sjálfstæð útboð ef í gildi er rammasamningur um tiltekna vöru eða þjónustu⁴⁰. Af þessu má leiða mikilvægi þess að rammasamningar séu skýrir og nákvæmir um það til hvað vöru eða þjónustu rammasamningurinn nær. Kaupandi sem er aðili að rammasamningi getur ekki boðið út innkaup eða keypt inn með öðrum hætti, ef í gildi er rammasamningur sem tekur til

³⁹ Aðild að rammasamningum ríkisins. Rammasamningar. Ríkiskaup- útboð skila árangri.

⁴⁰Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 287-277. mál, athugasemdir við 34. gr.

innkaupanna og honum hefur ekki verið sagt upp eða rift, sbr. *álit kærunefndar útboðsmála 27. apríl 2000 í máli nr. 5/2000*. Hins vegar er mögulegt að kaupandi sé ekki bundinn við rammamning sem hann er aðili að en þá þarf að tilgreina slík frávik sérstaklega í útboðsgögnum, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 7. mars 2016 í máli nr. 2/2016* en þar segir m.a. að við skýringu rammamninga sé gengið út frá því að meginregla íslensks samningsréttar, um að samninga skuli halda, gildi einnig um rammamninga og aðilar þeirra hafa ekki raunverulegt val um hvort þeir kaupi inn samkvæmt rammamningi eða hvort þeir skipti við aðra aðila nema annað komið fram í rammamningsútboði eða við gerð rammamnings og því var Hafnarfjarðarbæ óheimilt að kaupa þjónustu með öðrum hætti en á grundvelli fyrirbyggjandi rammamnings.

Fyrirkomulag rammamninga felur þannig í sér að með gerð rammamnings getur kaupandi í raun og veru ekki valið við hverja hann skiptir, hann er skuldbundinn til skipta við þá sem standa að tilteknum rammamningi, nema annað komi skýrt fram í útboðsgögnum, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 8. desember 2014 í máli nr. 20/2014* og *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 22. desember 2011 í máli nr. 35./2011*.

Í skilgreiningu á rammamningi segir m.a. að rammamningur sé samningur sem einn eða fleiri kaupendur skuldabinda sig til að gera við eitt eða fleiri fyrirtæki en þýðir það þá að kaupandi hefur frjálssar hendur til að semja við eins marga bjóðendur og hann vill um sömu innkaupin? Ekki er hægt að draga þá ályktun að orðalag skilgreiningarinnar feli í sér heimild kaupanda til að semja við eins marga bjóðendur og honum sýnist um innkaupin þannig að bjóðendur haldi áfram að keppa um innkaupin. Með slíkri lögskýringu væru forsendur rammamningsfyrirkomulagsins brostnar, þ.e. að raunveruleg samkeppni eigi að fara fram í útboðsferlinu, og í raun í andstæði við inntak 1. gr. OIL þar sem segir að tilgangur OIL sé að tryggja jafnræði, stuðla að hagkvæmni með virkri samkeppni og efla nýsköpun við innkaup en ekki eftir að útboði er lokið eða samningi hefur verið komið á. Fyrirkomulag rammamninga gerir ráð fyrir að kaupandi taki hagkvæmasta boðinu og hann geti ekki samið við fjöldann allan af bjóðendum nema innkaupum sé skipt upp í fleiri sjálfstæða hluta, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 13. febrúar 2003 í máli nr. 32/2004*.

Aðeins er heimilt að gera einstaka samninga á grundvelli rammamnings við þau fyrirtæki sem upphaflega voru aðilar að samningnum, sbr. 2. mgr. 34. gr. OIL. Ef orðalag ákvæðisins er

túlkað mjög rúmt þá felur það í sér að eingöngu upphafsaðilar að samkomulaginu komi til greina þegar gerðir eru samningur á grundvelli rammasamnings. Þrátt fyrir orðalag 2. mgr. 34. gr. OIL má ekki túlka ákvæðið svo rúmt að það sé því til fyrirstöðu að nýr aðili taki yfir réttindi og skyldur t.d með framsali á rammasamningi með samþykki kaupanda. Í OIL er ekki að finna takmarkanir á heimild opinberra aðila til að samþykkja aðilaskipti að samningum sem gerðir eru á grundvelli reglna um opinber innkaup og eru aðilaskipti ekki í andstöðu við tilgang laganna, sbr. 1. gr. OIL. Við aðilaskipti þarf hins vegar að gæta sérstaklega að því nýr aðili fullnægi öllum kröfum upphaflegra útboðsskilmála án þess skyldum aðila samkvæmt samningi sé haggð og þannig mega aðilaskiptin ekki leiða til þess að við skyldum viðsemjanda kaupanda taki fyrirtæki sem af einhverjum ástæðum hefði borið að vísa frá upphaflegu innkaupaferli, þ.e. tilboð þeirra hefði þannig aldrei komið til greina, sbr. 71. gr. Við aðilaskipti má ekki gera grundvallarbreytingar á samningi, sbr. 4. mgr. 76. gr. OIL. Ef nýr aðili uppfyllir alla skilmála upphaflegs rammasamnings þá er ekkert í OIL sem leggur bann við aðilaskiptum, sbr. *úrskurður kærunefndar 13. ágúst 2015 í máli nr. 3/2015. Í úrskurði kærunefndar útboðsmála 26. maí 2009 í máli nr. 17/2009, var kærð ákvörðun um að leyfa tveimur nýjum félögum að gerast aðilar að rammasamning en upphaflegir rammasamningshafar höfðu verið teknir til gjaldþrotaskipta og ný félög tóku yfir reksturinn. Draga má þá ályktun að það hafi verið heimilt, þ.e. ef hin nýju félög hefðu getað uppfyllt þá skilmála sem gerður var áskilnaður um í rammasamningnum, en kærunefndin tók hins vegar ekki afstöðu til þess vegna þess að samningar höfðu formlega komist á og þá verður samningur ekki felldur úr gildi eða honum breytt þótt ákvörðun kaupanda um framkvæmd útboðs eða gerð samnings hafi verið ólögæt, sbr. 100. gr. OIL.*

Rammasamningar eru bindandi fyrir aðila rammasamnings við þau innkaup sem samningur tekur til, nema annað komi skýrt fram í útboðsgögnum. Í OIL er ekki að finna neinar takmarkanir á aðilaskiptum að rammasamningum og ekki eru aðilaskipti í andstöðu við tilgang laganna.

4.2.2 Gildistími rammamninga

Gildistími rammamningar má ekki vera lengri en til fjögurra ára nema í undantekningartilvikum sem helgast af málefnalegum ástæðum, einkum þeim sem tengjast efni rammamningsins, sbr. 3. mgr. 34. gr. OIL.

Gildistíma rammamninga verður að skoða í samhengi við tilgangi OIL, þ.e. 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. Þegar hið opinbera býður út innkaup hefst samkeppni milli bjóðenda sem á að leiða til að valið er hagkvæmasta tilboðið. Með því að bjóða út kaup á vörum kemur hið opinbera af stað samkeppni sem leiðir til aukinnar hagkvæmni í opinberum rekstri og getur greitt fyrir aðgangi nýrra aðila að markaðinum. Meginreglan um gildistíma rammamninga tengist samkeppnislegum sjónarmiðum og ef samið væri til lengri tíma getur það mögulega haft skaðleg áhrif á samkeppni, t.d. þannig að ef stór aðili gerir rammamning til lengri tíma gæti það haft í för með sér að aðgangur annarra bjóðenda til að bjóða vöru/þjónustu myndi takmarkast. Ef meginreglan væri að gildistími rammamninga væri lengri en fjögur ár gæti komið upp sú staða að rammamningshafi væri í markaðsráðandi stöðu og aðrir bjóðendur með sambærilegar vörur kæmu þannig sínum vörum ekki að og þá er ekki um neina raunverulega samkeppni að ræða og rammamningsfyrirkomulagið ekki að virka sem skyldi. Þar sem ríkið er mjög stór kaupandi og stundum sá eini eru miklir hagsmunir fólgnir í því að gera rammamning. Rammamningar sem slíkir eru ekki andstæðir samkeppnislögum þar sem framkvæmd þeirra er í samræmi við markmið samkeppnislaga, þ.e. að bjóða út innkaup og hvetja til samkeppni. Tímalengd rammamninga tekur þar af leiðandi mið af samkeppnislegum sjónarmiðum, því lengri samningar þeim mun meiri líkur tilgangur OIL náist ekki og mikilvægt er að OIL takmarki ekki gildissvið samkeppnislaga⁴¹.

Meginreglan er að rammaminnar eru gerðir til fjögurra ára, en hver og hvernig er gildistíma þeirra almennt ákveðinn? Það hlýtur alltaf að vera kaupandans að vega og meta tímalengdina og mikilvægt er að í útboðslýsingu komi skýrt fram hvernig gildistíma skuli háttáð. Hægt er að gera rammamning til eins árs, með möguleika á framlengingu um eitt ár í senn, séu báðir aðilar samþykkir en einungis er hægt að framlengja þrisvar og því

⁴¹ Alþt. 2006-2007, A-deild, þskj. 1053-277.mál, nefndarálit um frumvarp til laga um opinber innkaup.

rammasamningur getur mest verið til fjögurra ára, nema í undantekningartilvikum, sbr. 3. mgr. 34. gr. OIL. Engin fyrirmæli er að finna í lögum, reglum eða tilskipunum um hvernig skuli haga gildistíma og/eða framlengingarákvæðum, en kaupandi þarf að veða og meta tímalengdina að teknu tilliti til eðli kaupanna og markaðsaðstæðna hverju sinni út frá eigin hagsmunum. Mikilvægt er að samningstíma séu gerð greinargóð skil í útboðslýsingu, bæði um til hve langs tíma er samið og hvort mögulegt sé að framlengja samningstíma en kærunefndin hefur úrskurðað um það að möguleikinn á framlengingu rammasamnings sé hvorki andstæður reglum eða stefnu stjórnvalda varðandi innkaup og heimild til að framlengja sé heldur ekki andstæð megintilgangi OIL, þ.e. að ákvæði sem heimila framlengingu fela ekki í sér mikla hættu á mismunum, á óvissu um jafnræði eða umfang svo lengi sem gætt er að málefnalegum sjónarmiðum, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 11. nóvember 2003 í máli nr. 35/2003*.

Rammasamningur má ekki gilda lengur en í fjögur ár nema í undantekningartilvikum sem helgast af málefnalegum ástæðum, einkum þeim sem tengjast efni rammasamningsins. Ef rammasamningur á að gilda lengur en til fjögurra ára er um undantekningartilvik að ræða sem bera að túlka þröngt og kaupandinn verður að geta með málefnalegum ástæðum sýnt fram á með haldbærum rökum að það sé nauðsynlegt. Hér gæti mögulega verið um ræða verk eða þjónustu sem tekur lengri tíma en fjögur ár, t.d. einhvers konar vöruþróun sem gerður er rammasamningur um og ljóst frá byrjun að vinnan muni taka lengri tíma en fjögur ár. Einnig gæti verið um málefnalega ástæðu að ræða ef t.d. framkvæmd á vegum hins opinbera sem er boðnar er út og útséð er með að muni taka langan tíma, lengri tíma en fjögur ár, þá getur verið málefnaleg ástæða til að gera rammasamning til lengri tíma til að sami aðila geti hannað, þróað, framkvæmt og veitt ráðgjöf þangað til að verkinu er lokið ef það er hægt að fyrir því rök að sé hagkvæmara að bæði framkvæmdin og umsjón verksins sé á höndum sama aðila allan tímann.

4.3 Útboðsgögn

Útboðsgögn er mikilvægur þáttur í útboðsferlinu og kemur það skýrt fram í ákvæðum OIL, sbr. 45. gr. og 72. gr. Í útboðsgögnunum þarf allt að koma fram sem á að styðjast við og nota á til grundvallar á mati, sér í lagi verða skilmálar og forsendur sem gerðar eru til hæfis

bjóðenda að vera skýrar og nákvæmar sem og þær forsendur sem lagðar eru til grundvallar fyrir vali tilboða.

Val á tilboði skal miðað við það að valið sé hagkvæmasta boðið sem er annað hvort lægst að fjárhæð eða það boð sem fullnægir þörfum kaupanda best samkvæmt þeim forsendum sem settar hafa verið fram í útboðsgögnum en það er óheimilt að meta tilboð á grundvelli annarra forsendna en fram koma í útboðsgögnum, sbr. 1. og 2. mgr. 72. gr. OIL. Í 2. mgr. 45. gr. OIL kemur fram að forsendur fyrir vali tilboðs skuli koma fram í útboðsauglýsingu, útboðsgögnum eða skýringargögnum og þeim skuli tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs með eins nákvæmum hætti og mögulegt sé. Í forsendum má ekki vísa til annarra atriða en þeirra sem er mögulegt að staðreyna á grundvelli gagna sem bjóðendur leggja fram eða hægt er að staðreyna með öðrum hlutlægum hætti. Nauðsynlegt er að tilgreina hlutfallslegt vægi og heimilt er að nota bil með vikmörkum, sbr. 3. mgr. 45. gr. Ef ómögulegt er að tilgreina vægi forsendna er heimilt að raða forsendum í röð eftir mikilvægi þeirra. Útboðsgögn skulu innihalda allar nauðsynlegar upplýsingar til að bjóðandi geti gert tilboð, sbr. 38. gr. OIL. Útboðsgögn þurfa að vera þannig úr garði gerð að þau séu skýr og nákvæm til að bjóðendur geti gert tilboð sín sem hagkvæmust og þeir túlki og skilgreini kröfur, skilmála og forsendur á sama máta því aðeins þannig er mögulegt að fá raunverulegan samanburð. Í 1. mgr. 38. gr. í stafliðum a.– p. eru talin upp atriði sem skulu koma fram í útboðsgögnunum. Margsinis hefur reynt á VI. kafla OIL fyrir kæruneftnd útboðsmála, t.d hvað varðar túlkun á útboðsgögnum, túlkun á atriðum er varða tilboðsblað, sbr. 39. gr. OIL og varðandi tækniforskriftir, sbr. 40. gr.

Mikilvægt er útboðsgögn tilgreini forsendur fyrir vali eins nákvæmlega og mögulegt er og það sé skýrt hvaða upplýsingar eru nauðsynlegar til að bjóðendur geti áttað sig á því fyrirfram hvernig staðið verður að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað boðum sínum í samræmi við það, þ.e. á að miða forsendur fyrir vali tilboðs við eingöngu lægsta verð eða fjárhagslega hagkvæmni frá sjónarhóli kaupanda. Óskýrleiki útboðslýsingar er á ábyrgð kaupanda en ekki bjóðenda og er mikilvægt að skilyrði sem tengist vali á tilboðum séu skýr til að koma í veg fyrir að bjóðendur geti túlkað skilyrðin með mismunandi hætti sem getur leitt til þess að tilboð bjóðenda byggja á mismunandi forsendum sem geri það að verkum að ekki er hægt að bera tilboð saman. Forsenda þess kaupandi geti borið saman tilboð og bjóðendur geti gert samanburðarhæf tilboð eru að útboðsgögn séu skýr og nákvæm til þess að

bjóðendur túlki skilmála og forsendur með saman hætti og skili inn tilboðum sem gera kaupanda mögulegt að bera þau saman. Ef að útboðslýsing samrýmist ekki kröfum OIL varðandi útboðsgögn, sbr. VI. kafli, getur það haft í för með sér að val á tilboði sé úrskurðað ólöglegt, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 16. júní 2009 í máli nr. 10/2009*.

Ágreiningur reis um hvort útboðsgögn væru nægjanlega skýr og nákvæm um hvernig stigagjöf ætti að vera háttað og hvaða forsendur yrðu notaðar við útreikning vægis í stigagjöf. Ef útboðsgögnin eru ekki skýr um hvernig mati á tilboðum bjóðenda er háttað og óvissa ríkir varðandi forsendur og skilmála má komast að ólíkum niðurstöðum þegar samanburður er fenginn til að meta hagkvæmasta boðið. Óvissa vegna óljósra útboðsgagna er alfarið á ábyrgð kaupanda enda skal kaupandi, sbr. 45. gr. OIL, tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs með eins nákvæmum hætti í útboðsgögnum og framast er unnt. Regla 45.gr. OIL hvílir á hinni almennu reglu um gagnsæi og jafnræði við opinber innkaup, sbr. 1. og 14. gr. OIL, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 26. apríl 2004 í máli nr. 11/2004*.

Ef bjóðendur eru hins vegar í vafa um túlkun útboðsgagna ber þeim að senda fyrirspurn eða leita útskýringa sé eitthvað óljós og getur bjóðandi bæði óskað eftir ítarlegri gögnum eða nánari skilgreiningu á útboðsgögnum eða öðrum gögnum tengdum útboði, sbr. 63. gr. OIL. Í niðurstöðu kærunefndar í *úrskurði útboðsmála 26. nóvember 2010 í máli nr. 25/2010* kemur fram að í útboðslýsingu skuli koma skýrt fram hvað tilboð skuli innihalda og að ákvæði útboðslýsingar verði aðeins skilin á þann veg að þær fjárhæðir, sem setja skuli fram í tilboðsblaði, eigi að vera endanlegt verð. Sé tilboð í ósamræmi við útboðsskilmála er kaupanda óheimilt að gefa bjóðanda kost á því að bæta úr annmörkum þess, enda myndi það brjóta gegn meginreglunni um jafnræði bjóðenda. Engu máli skiptir hvort líklegt hafi verið að bjóðandi hefði átt lægsta tilboð ef hann hefði gætt allra skilmála útboðsins. Verður bjóðandi því að bera hallann af því að hafa sett tilboð sitt fram með þeim hætti að það var ekki samanburðarhæft við tilboð annarra bjóðenda. Hefði kærandi talið einhver atriði óljós í þessum efnum hefði hann getað komið slíkum skýringum að í tilboðsblaði sjálfu eða með því að koma fyrirspurnum á framfæri í útboðsferlinu. Kærunefndin kemst að sömu niðurstöðu í *ákvörðun 18. mars 2014 í máli nr. 5/2014* og segir m.a að í skilmálum komi skýrt fram að kaupverð skuli vera með öllum tilheyrandi sköttum og gjöldum og verða þeir ekki túlkaðir á aðra leið en að í tilboðsverði skuli innifaldir löglegtir skattar og þar af leiðandi hafi kaupanda ekki verið óheimilt að endurreikna tilboð þannig að þau miðuðust við lögsmæltan

virðisaukaskatt sem skýrlega var áskilið í skilmálum samningskaupanna enda væri ógerningur að fá samanburðarhæf boð ef ekki væri gengið útfrá sömu forsendum. Niðurstaða kæruneftdarinnar í *úrskurði frá 29. apríl 2015 í máli nr. 2/2015* er forvitnileg en ágreiningur í málin snérist um túlkun á orðalagi í skilmála útboðsgagnanna og niðurstöðum nefndarinnar segir að nauðsynleg sé að taka tillit til þess hvaða skilning/túlkun mátti ætla að bjóðandi legði í skilmálann, bæði útfrá orðalagi hans og mögulegrar notkunar á tilteknu tæki. Í niðurstöðum kæruneftdarinnar segir að bjóðendur hafi þannig verið í góðri trú um að tæki með slíkan möguleika uppfylltu skilyrði útboðsins. Túlkun útboðsskilmála skal miða við það hvað bjóðendur máttu líta á að fælist í skilmálunum og með orðalaginu sé ekki verið að setja óundarþægt skilyrði sem snéri að staðsetningu búnaðar sem óskað var eftir tilboði í, en hefði skilyrðið hins vegar verið óundarþægt þá er líklegra en ekki að brotið hefði verið gegn OIL og ákvörðun um val á tilboði hefði verið felld niður og kaupandi hefði þurft að taka nýja ákvörðun um val á tilboði. Í *ákvörðun kæruneftdar útboðsmála 31. janúar 2012 í máli nr. 38/2011* snérist ágreiningurinn m.a. um hvort útfærsla valforsendu varðandi gæði og tæknilega eiginleika væri svo óljós að ekki samrýmdist 1. mgr. 38. gr. og 2. mgr. 45. gr. OIL. Ef útboðsgögn eru í samræmi við þessi lagaákvæði eiga bjóðendur að geta áttað sig á því fyrirfram hvernig staðið verði að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað boðum sínum í samræmi við það. Forsendur fyrir vali geta verið byggðar á ýmsum eiginleikum en þær þarf að tilgreina nákvæmlega, sbr. 45. gr. OIL. Í 3. mgr. ákvæðisins kemur fram að það skuli tilgreina hlutfallslegt vægi hvers viðmiðs sem vísað er til en ef það er ómögulegt, þá skuli raða forsendum í röð eftir mikilvægi. Í OIL er gert ráð fyrir því að mögulega geti val kaupanda byggst á forsendum sem erfitt er að tilgreina með fullkominni nákvæmni og stundum sé það ómögulegt. Í útboðsgögnunum kemur fram að við val á samningsaðilum muni sérstakur faghópur meta tilboðin og gefa þeim einkunn, en af útboðsgögnum er ljóst að ekki eru öll atriðin orðuð af fullkominni nákvæmni. Þrátt fyrir það telur kæruneftdin að bjóðendur hafi mátt átta sig á því hvernig kaupandi ætlaði að að meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Fær það m.a. stoð í því að kærandi gerði hvorki athugasemdir né fyrirspurnir við valforsendur útboðsgagna á meðan á útboðsferlinu stóð. Hér eru útboðsgögn ekki nægjanlega skýr um öll atriði matsins en þrátt fyrir það gat bjóðendum ekki dulist hvað fólst í þeim og ef óvissa var um túlkun þeirra bar bjóðendunum að leita skýringa þrátt fyrir að meginreglan sé sú að kaupandi beri hallann af því að útboðsgögn séu óskýr og gefi mögulega tilefni til ólíkra túlkana. Eins og fram hefur komið hér að framan þarf að vanda til verka þegar kemur að

útboðsgögnum og þau þurfa að vera nákvæm og ekki gefa tilefni til þess að bjóðendur túlki þau mismunandi og kaupandi fái tilboð sem eru alls ekki samanburðarhæf. Til að kaupandi geti lagt mat á fyrirliggjandi boð og valið hagkvæmasta boðið mega þær forsendur sem valið er byggt á ekki gefa tilefni til of viðtæks mats. Forsendur sem kaupandi gengur útfrá við val á tilboði verða að vera skýrar, þ.e. útfrá hvaða forsendum verður gengið og hvaða upplýsinga er krafist, sbr. 38. og 45. gr. OIL. Forsendur fyrir vali tilboðs þurfa að vera hlutlægar og tengjast efnahagslegri hagkvæmni til að koma í veg fyrir of víðtækt mat kaupanda. Ef útboðslýsing er um veigamikil atriði almennt orðuð og inntak mátsþátta ekki nægileg nákvæmt er bjóðendum ógerlegt að átta sig á því hvernig kaupandi hyggst meta tiltekna þætti í tilboðum þeirra. Ef forsendur útboðsgagna fyrir vali tilboða gefa of víðtækt mat við einkunnagjöf og fullnægja þannig ekki skilyrðum 45. gr. OIL hefur það í för með sér að valforsendur eru metnar ólögmætar og kærunefndin getur lagt það fyrir kaupanda að auglýsa útboðið á nýjan leik, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 2. mars 2010 í máli nr. 2/2010.*

Þegar útboðsgögn er útbúinn verður að hafa í huga að kaupandi gerir í kröfum sínum lágmarkskröfur, þ.e. í útboðsgögnum er gerð krafa um að tilboðin uppfylli að lágmarki þær kröfur sem koma fram í útboðsgögnum. Bjóðendur þurfa þannig að lágmarki að geta uppfyllt þær kröfur sem útboðið hljóðar upp á, en hins vegar er þeim það frjálst að bjóða betur sem getur haft áhrif, t.d. ef mat er að einhverju leyti byggt á vægi, því betri vörur hljóta eðli máls samkvæmt að skora hærra. Tilboðin þurfa að uppfylla að lágmarki lágmarkskröfur sem koma fram útboðsgögnum sem eru svo staðreyndar á grundvelli þeirra gagna sem bjóðendur leggja fram, þ.e. í forsendum má ekki vísa til annarra atriða en staðreynd verða á grundvelli gagna sem bjóðendur leggja fram eða með öðrum hlutlægum hætti, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 10. desember 2013 í máli nr. 27/2013* en þar var rammamenningsútboð kært og kærandi taldi tilboðið ekki hafa uppfyllt lágmarkskröfur sem komu fram útboðsgögnum og því hafi ekki verið heimilt að taka tilboðinu. Í niðurstöðu kærunefndarinnar segir að ekki verði ráðið af fyrirliggjandi gögnum að tilboðið hafi ekki uppfyllt þær kröfur um gæði, virkni og aðra eiginleika sem tilgreindir eru í útboðsgögnum. Fyrirliggjandi gögn gefa ekki tilefni til að efast um að vörurnar uppfylli skilyrði í útboðsgögnum varðandi eiginleika og ekki hægt að fallast á að það tilboð sem varð fyrir valinu í útboðinu hafi ekki uppfyllt lágmarkskröfur útboðsgagna.

Í útboðsgögnum þarf einnig að huga að 14. gr. OIL, þ.e. að jafnræði fyrirtækja við gerð samnings og því mikilvægt að útboðsgögn feli ekki í sér mismunun. Í *úrskurði kærunefndar útboðsmála 14. janúar 2004 í máli nr. 35/2003* segir í niðurstöðu kærunefndarinnar að ekki liggi annað fyrir en að um eðlilegar og málefnalegar kröfur til bjóðenda sé að ræða, sem gangi jafnt yfir alla bjóðendur og áskilnaður um kaup utan samnings feli ekki í sér brot á útboðsskyldu þar sem sérstaklega er tekið fram í útboðsskilmálum að áskilnaður nái ekki til kaupa umfram viðmiðunarfjárhæðid og það að kaupanda sé heimilt að taka tilboði frá fleiri en einum bjóðanda feli það ekki í sér brot á OIL. Kaupanda er ekki heimilt að semja við eins marga og honum sýnist um sömu innkaup og þar með viðhalda samkeppni á milli bjóðenda áfram og geta þannig skipt innkaupum á milli þeirra að eigin geðþótta. Í útboðsskilmálum var áskilinn sá réttur að taka tilboði frá tveimur bjóðendum og var stefnt að því að skiptingin yrði 80/20. Ákvæðið felur ekki í sér að kærði hafi frjálssar hendur við að skipta innkaupum milli bjóðenda, enda má einungis vera um tvo bjóðendur að ræða og miðað er við fyrirfram ákveðna skiptinguna í því sambandi. Áskilnaður um kaup utan samnings og að í útboðsgögnum kom fram heimild til að taka tilboði frá fleiri en einum aðila felur ekki í sér mismunun og er þar af leiðandi ekki brot á OIL vegna þess að skilamálar eru skýrir og forsendur fyrir vali á tilboði ljósar og því er fyllsta jafnræðis gætt.

Í 38. gr. OIL eru settir fram almennir skilmálar sem útboðsgögn skulu innihalda í stafliðum a.-p. Í 39. gr. segir að tilboðsblað skuli vera hluti útboðsgagna og það þannig útfært að tilboð séu sett fram á sama hátt til að mögulegt sé að bera þau saman. Í *úrskurði kærunefndar útboðsmála 28. janúar 2005 í máli nr. 43/2004* kemur enn og aftur fram hversu mikilvægt er að vanda til verka þegar útboðsgögn eru útbúin og að þau séu nákvæm og skýr. Í útboðsgögnum sagði m.a. að tilboð skuli sett fram samkvæmt tilboðsblöðum og rétt sé að hafna tilboðum sem ekki séu sett fram samkvæmt þeim. Einnig kom fram í útboðsgögnunum að ef gögn sem áttu að fylgja tilboði fylgdu ekki ættu bjóðendur á hættu að tilboðum þeirra yrði vísað frá. Með orðalaginu er alls ekki skýrt hvaða áhrif það hafi, fylgi tilboðunum ekki öll umbeðin gögn, bara um möguleg áhrif. Óumdeilt að ekki var skilað inn tilboðsblaði, en upplýsingar skv. tilboðsblaði lágu fyrir hjá kaupandanum, þannig hafði kaupandi í raun upplýsingar skv. tilboðsblaði og gat þannig gert samanburð. Þó að heildartilboðsfjárhæð hafi ekki fylgt tilboðinu hefur það ekki raunverulega þýðingu eða veldur slíkri ruglingshættu að tilboðið sé ógilt. Það að tilboðsblaði vanti leiðir ekki til ógildingar nema það sé skýrt tekið

fram í tilboðsgögnum eða augljós hættu sé að brotið sé gegn jafnræði bjóðenda en í útboðsgögnunum var hins vegar kveðið á um að tilboðum sem ekki uppfylltu skilmála útboðsins yrðu hafnað, sem er þá bæði skýrt og óundanþægt skilyrði. Þar sem aðrar upplýsingar, en heildartilboðsfjárhæðin, sem gert var ráð fyrir á tilboðsblaði, komu fram í tilboði félagsins verður ekki fallist á að kærandi hafi sýnt fram á að jafnræði bjóðenda hafi raskast við það að tilboðið hafi verið metið gilt.

4.4 Virði rammasamninga

Útreikning á áætluðu virði rammasamnings skal miða við þá heildarfjárhæð sem kaupandi kemur til með að greiða fyrir innkaupin, að frátöldum virðisaukaskatti. Við útreikninginn skal taka tillit til valfrjálsra ákvæða og hugsanlegrar endurnýjunar samnings, sbr. 23. gr. OIL. Óheimilt er að skipta upp verki eða innkaupum á vöru og/eða þjónustu í þeim tilgangi að innkaup verði undir viðmiðunarfjárhæðum og þar með ekki útboðsskyld, sbr. 4. mgr. 23. gr. OIL. Kaupandi hefur svigrúm til ákveða stærð og fjölda útboða, svo fremi sem málefnalegar ástæður eru að baki og ekki er brotið gegn OIL eða öðrum útboðsreglum. Ef ekki kemur annað fram en að hagkvæmnisástæður ráði því að innkaupunum er skipt upp og ótvírætt er að það er ekki gert til að komast hjá útboði þá er ekkert athugavert við fyrirkomulag slíkra innkaupanna, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 14. janúar 2004 í máli nr. 36/2003*. Þegar um er ræða rammasamning skal miða virði við heildarfjárhæð allra samninga, án virðisaukaskatts, sem gert er ráð fyrir að gera á gildistíma rammasamningsins, sbr. 29. gr. OIL. Ef það kemur skýrt fram í útboðsgögnum að innkaup undir ákveðinni fjárhæð á ári skuli fara fram á þeim kjörum og samkvæmt þeim skilmálum sem skilgreindir hafa verið í rammasamningi þá er bæði óheimilt að skipta upp verki/þjónustu til að verða undir viðmiðunarfjárhæð og einnig er óheimilt að leggja saman áætluð innkaup til að fara yfir viðmiðunarfjárhæð til að þurfa ekki að kaupa á þeim kjörum sem eru umsamin. Í *úrskurði kærunefndar 18. ágúst 2015 í máli nr. 8/2015* var því var haldið fram að með örútbóðinu hafi verið vikið frá þeim viðmiðum sem heimiluðu að viðhafa örútbóð á grundvelli framangreinds rammasamning og vísað til 1. mgr. 23. gr. OIL varðandi útreikning á áætluðu virði samningsins og meginreglu OIL um að óheimilt sé að skipta upp verki eða innkaupum í því skyni að innkaup verði undir viðmiðunarfjárhæðum. Túlkun útboðsgagna hafi ekki falið í sér að heimilt hafi verið að leggja saman áætluð árleg innkaup og standa saman að örútbóði og

Því hafi ekki verið heimilt að viðhafa örútbod. Hér tóku kaupendur í rammasamningi sig saman og lögðu saman virði allra samninga til að samanlagt virði þeirra væri yfir þeim viðmiðum sem skilgreindir voru í rammasamningnum til að koma á örútbod til að geta bætt umsamin kaup og kjör en ekki var að finna neina heimild til þess í rammasamningnum og því var brotið gegn OIL með því að viðhafa örútbod sem var háð sérstökum skilmálum sem komu fram í útboðsgögnum. Í *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 29. nóvember 2013 í máli nr. 28/2013*, var kært fyrirkomulag innkaupa í rammasamningsútbod og snéri ágreiningurinn að því hvort kaupandi hafi leitast við að koma sér undan útbod, með því að viðhafa verðfyrirspurnir. Við útreikning á áætlaðu virði skal miða við heildarfjárhæð innkaupa, sbr. 1. mgr. 23. gr. OIL. Ef gerður er samningur til t.d tveggja ára með heimild til framlengingar í tvígang til eins árs í senn þá verður að leggja til grundvallar að gildistími samningsins sé fjögur ár og útreikningur heildarfjárhæðar samningsins taki mið af því. Samkvæmt gögnum um notkun og verðmæti náði heildarverðmæti hvers og eins samnings ekki viðmiðunarfjárhæð, sbr. 20. gr. OIL, þó svo að miðað sé við fullan gildistíma rammasamnings. En innkaupin sem um var að ræða var skipt er upp í fjóra sjálfstæða samninga og þess vegna þarf einnig að taka 27. gr. OIL til skoðunar. Þegar innkaupum er skipt upp í fleiri sjálfstæða samninga sem gerðir eru samtímis skal miða við samanlagt virði allra samninganna, sbr. 27. gr. OIL. Því ber að miða við heildarfjárhæð allra samninga þegar áætlun á virði rammasamninga var metið. Þegar það var gert náði virði samninganna yfir viðmiðunarfjárhæð 20. gr. og því verulegar líkur að það hafi borið að bjóða út innkaupin og þess vegna hafi verið heimilt að stöðva innkaupferlið um stundarsakir, sbr. 96. gr. OIL. Þó svo að málefnalegar ástæður geti verið fyrir því að kaupandi skipti innkaupum sínum upp í fleiri samninga, sem hver um sig er gerður á grundvelli sjálfstæðs innkaupaferlis skal þrátt fyrir það að líta til samanlagðs virðis samninganna við mat á ætluðu heildarvirði innkaupa. Ef að innkaup á vörum ná hvor um sig viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. OIL að teknu tilliti til mögulegs fjögurra ára gildistíma samningana og skal viðhafa útbod en nái heildarverðmæti ekki viðmiðunarfjárhæðinn er það ekki skylda. Í *innkaupum sem voru til umfjöllunar í úrskurði kærunefndar 28. febrúar 2014 í máli nr. 28/2013* lá fyrir að þeim var skipt í fjóra sjálfstæða samninga sem gerðir verða samtímis og þá skal miða við samanlagt virði allra samninga. Sé samanlagt virði allra yfir viðmiðunarfjárhæð skal líta svo á að verðgildi hvers og eins samnings sé einnig yfir viðmiðunarmörkun og þá þarf að bjóða innkaupin út. Í skilning 1. mgr. 27. gr., er ljóst að þegar hægt er að skipta upp tilboði um kaup á líkum vörum í

aðgreinda hlutasamninga, gerða samtímis, skal miða við áætlað heildarverðmæti þeirra allra þegar metið er hvort innkaupin séu undir eða yfir viðmiðunarfjárhæðum. Aftur á móti þarf þegar meta á hvort vörur séu sömu tegundar í skilningi 27. gr. að taka tillit til eðli vara og hlutaðeigandi vörumarkaði auk hins formlega mælikvarða. Þrátt fyrir að líta megi á innkaup sem eina heild geta vörur haft ólíka notkunareiginleika og þá er ekki um að ræða vörur af sömu tegund í skilningi 1. mgr. 27. gr. OIL og þá þarf ekki að líta til samanlags virðis allra samninganna. Í málinu voru viðhafðar fjórar verðfyrirspurnir og ágreiningurinn snéri að því hvort kaupandi hafi þannig reynt að koma sér undan útboðsskyldu. Kærunefndin komst að þeirri niðurstöðu að það þyrfti að leggja saman virði tveggja samninga þar sem um var að ræða vörur af sömu tegund og þegar það væri gert væri samanlagt virði þeirra yfir viðmiðunarfjárhæð 20. gr. OIL og þess vegna þyrfti að bjóða út tvo samningana í samræmi við þá innkaupaferla sem V. kafli OIL mælir fyrir um.

5 Framkvæmd rammamninga

Rammamninga á að gera í samræmi við þau innkaupaferli sem mælt er fyrir um í OIL og þegar lögmæltu innkaupaferli er lokið og þarf í framhaldinu að velja á milli tilboða, en aðeins gild tilboð koma til greina, sbr. 71. gr. Við val á tilboði skal gengið út frá hagkvæmasta boði en það getur annars vegar verið það boð sem er lægst að fjárhæð eða það boð sem fullnægir þörfum kaupanda best samkvæmt þeim forsendum sem settar hafa verið fram í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. Heimilt er að velja fleiri en eitt tilboð sé kaupunum skipt í fleiri sjálfstæða hluta í útboðsgögnum, sbr. 3. mgr. 72. gr. Óheimilt er að meta tilboð á grundvelli annarra forsendna en fram koma í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. Forsendur sem liggja til grundvallar mati á fjárhagslegri hagkvæmni skulu tengjast efni samnings, t.d. gæðum, verði, tæknilegum eiginleikum, útliti, notkunareiginleikum, umhverfislegum eiginleikum, rekstrarkostnaði, rekstrarhagkvæmni, viðhaldsþjónustu, afhendingardegi og afhendingartímabili eða lokum framkvæmdar samnings. Upptalningin í ákvæðinu er ekki tæmandi. Í útboðsauglýsingu, útboðsgögnum eða skýringargögnum skal tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs eins nákvæmlega og mögulegt er og ekki má í forsendum vísa til annarra atriða en staðreynd verða á grundvelli gagna sem bjóðendur leggja fram eða með öðrum hlutlægum hætti, sbr. 2. mgr. 45. gr. Í útboðsauglýsingu, útboðsgögnum eða

skýringargögnum þarf einnig að útlista hlutfallslegt vægi hvers viðmiðs, með hæfilegum hámarksvikmörkun, sem vísað er til sem forsendu fyrir vali tilboðs. Ef hins vegar reynist ómögulegt að tilgreina vægi forsendna af ástæðum sem hægt er að sýna fram á skal raða forsendum í röð eftir mikilvægi, sbr. 3. mgr. 45. gr. OIL. Kaupandi skal tilkynna þátttakendum eða bjóðendum um ákvörðun um gerð rammasamnings, sbr. 75. gr., og ef kaupandi fer fram á rökstuðning skal kaupandi veita skriflegan rökstuðning fyrir ákvörðun sinni og upplýsa bjóðanda sem hefur lagt fram gilt tilboð um eiginleika og kosti þess tilboðs sem kaupandi valdi og nafn rammasamningshafa, sbr. c-liður 3. mgr. 75. gr. OIL. Óheimilt er að gera samning í kjölfar ákvörðunar um val tilboðs fyrr en að liðnum tíu daga biðtíma frá deginum eftir að tilkynning skv. 1. og 2. mgr. 75. gr. telst birt, sbr. 76. gr.

Rammasamningur er gerður í þeim tilgangi að slá föstum skilmálum einstakra samninga, á tilteknu tímabili, einkum að því er varðar verð og fyrirhugað magn, ef við á. Val á samningsaðilum í rammasamningsútboði skal grundvallast á forsendum fyrir vali tilboðs en nánar verður gerð grein fyrir vali tilboðs í kafla 5.2. Í rammasamningi er mögulegt að heimila að kaupendur séu ekki skuldbundnir til að skipta eingöngu við aðila rammasamnings við þau innkaup sem samningur tekur til, en algert skilyrði fyrir þessu er að það sé tilgreint í útboðsgögnum en það er undantekning frá þeirri meginreglu að aðilar rammasamnings séu skuldbundnir að kaupa innan tiltekin rammasamnings.

Hafa þarf í huga þegar um einstök innkaup er ræða á grundvelli rammasamnings er aðeins heimilt að gera einstaka samninga á grundvelli hans við þau fyrirtæki sem voru upphaflega aðilar rammasamningsins. Þannig fer fjöldi þátttakenda og bjóðenda eftir því hversu margir slíkir voru rammasamningshafar. Við gerð einstakra samninga á grundvelli rammasamningsins er óheimilt að gera verulegar breytingar á skilmálum rammasamningsins, og enn varlegar verður að fara í breytingar ef um er að ræða rammasamning sem gerður hefur verið við aðeins eitt fyrirtæki. Ef gerður er rammasamningur við eitt fyrirtæki þá skal gera einstaka samninga á grundvelli rammasamningsins sem rúmast innan skilmála hans. Þar sem aðeins er einn rammasamningshafi er gengið útfrá þeirri forsendu að hann uppfylli þau hæfisskilyrði sem gerð voru í útboðinu og tilboð hans hafi fullnægt þeim skilyrðum og skilmálum sem voru gerð í útboðsferlinu. Þeir skilmálar sem voru forsendur þess að gengið var til rammasamningsins, í upphafi, takmarka þannig heimildir kaupanda til að gera einstaka samninga um atriði sem eru óskyld efni rammasamningsins eða gera verulegar breytingar á

upphaflegum skilmálum. Hins vegar er kaupandanum heimilt að ráðfæra sig skriflega við rammisamningshafann og kaupandinn getur óskað eftir viðbótum við tilboð hans ef það er nauðsynlegt.

Heimilt að gera rammisamning við einn bjóðanda, sbr. 4. mgr. 34. gr OIL en ef gerður er rammisamningur við fleiri en eitt fyrirtæki skulu rammisamningshafar vera a.m.k. þrjár enda séu fyrir hendi nægilega mörg fyrirtæki í rammisamningsútboði sem fullnægja hæfisskilyrðum og/eða tilboð sem fullnægja skilmálum rammisamningsútboðsins, sbr. 5. mgr. 34. gr. Eins og áður hefur komið fram liggur fyrir breytingartillaga varðandi fjölda rammisamningshafa þess efnis að rammisamningshafar geti verið færri en þrjár, þar sem hugsanlega hafi skilyrðið um a.m.k. þrjá staðið í vegi fyrir því að hægt hafi verið að gera rammisamning við fleiri en eitt fyrirtæki þar sem ekki hafi verið nægjanlega mörg fyrirtæki sem hafi getað fullnægt hæfisskilyrðum og þannig hafi rammisamningsútboð ekki skilað þeirri samkeppnislegu hagræðingu sem þau geta haft í för með sér. Aðeins þau fyrirtæki sem teljast hæf samkvæmt VII. kafla OIL koma til greina sem rammisamningshafar en svo stendur valið á milli þeirra og þá fer fram mat kaupandans á tilboðunum, þ.e. kaupandinn grundvallar mat sitt út frá þeim forsendum sem hann hefur tilgreint í útboðsgögnunum að verði notaðar til hliðsjónar við val á tilboði/tilboðum, sbr. 72. gr. OIL.

Þegar um er ræða rammisamninga þar sem rammisamningshafar eru fleiri en einn þarf að athuga vel skilmála rammisamningsins, því það eru skilmálarnar sem ákvarða framhald ferilsins. Ef skilmálarnir eru ákveðnir er mögulegt að gera einstaka samninga við rammisamningshafana í samræmi við ákvæði rammisamningsins, sbr. 6. mgr. 34. gr., þ.e. hér eru skilmálarnir hvað varðar t.d. verð og magn skýrt tilgreindir og kaupendur geta þannig valið sjálfir út frá eigin forsendum við hverja þeir semja um tiltekin innkaup. Kaupendum er frjálst að velja sér viðsemjanda á meðal rammisamningshafanna. Ef skilmálar rammisamningsins eru hins vegar að einhverju leyti óákveðnir þá skal fara fram örútbóð milli rammisamningshafanna, eftir atvikum eftir að skilmálar eða tæknilegar kröfur hafa verið skýrðar nánar, sbr. 6. mgr. 34. gr.

Ef skilmálarnir eru að einhverju leyti óákveðnir er nauðsynlegt við gerð einstaks samnings að kaupandi ráðfæri sig við þá rammisamningshafa sem geta efnt samninginn. Mögulega geta allir rammisamningshafarnir tekið þátt, en hugsanlegt er að strax á þessu stigi sé ljóst að

einhverjir geti ekki tekið þátt, þ.e. þeir bjóðendur sem ekki geta uppfyllt forsendur sem kaupandi ætlar að nota til að velja tilboð. Mikilvægt er að útboðsgögn innihaldi allar þær upplýsingar sem eru bjóðendum nauðsynlegar til að þeir geti metið hvort þeir geti tekið þátt, m.a. hvort hann uppfylli þau skilyrði sem gerð eru um hæfi þátttakenda og ekki síst til að bjóðandi geti undirbúið boð sitt þannig að það sé sem hagkvæmast. Því er nauðsynlegt að ákveðinn sé nægilega langur frestur til að rammasamningshafar geti gert tilboð vegna þess samnings sem um ræðir, sbr. b-liður 6. mgr. 34. gr. Lengd tilboðsfrestsins getur verið mismunandi, en almennt gildir um fresti í opinberum innkaupum að hann er að lágmarki fimmtán dagar en í OIL segir frestur skuli vera nægjanlegur langur til að bjóðendur geti undirbúið tilboð. Gera verður ráð fyrir að mat á tilboðsfresti taki mið af efni og umfangi samningsins en fimmtán dagar séu þó lágmarksviðmið. Tilboðin skulu vera skrifleg og er efni þeirra trúnaðarmál þar til tilboðsfrestur hefur runnið út, sbr. c-liður 6. mgr. 34. gr., þetta er eðlileg krafa þegar keppst er um verk eða að veita þjónustu og tryggir jafnræði og eðlilega samkeppni á tilboðstímanum. Kaupandi velur svo að lokum á milli tilboða rammasamningshafa á grundvelli valforsendna sem fram koma hafa komið í skilmálum rammasamnings, sbr. d-liður 6. mgr. 34. gr.

5.1 Örutboð

Að framan er búið að fara yfir framkvæmd rammasamninga þar sem skilmálar rammasamnings eru ákveðnir en ef skilmálar eru að einhverju leyti óákveðnir skal fara fram örutboð milli rammasamningshafa, eftir atvikum eftir að skilmálar eða tæknilegar kröfur hafa verið skýrða nánar, í samræmi við reglurnar í 6. mgr. 34. gr. OIL. Örutboð er Innkaupaferli þar sem kaupandi leitar, með hæfilegum fyrirvara, skriflegra tilboða meðal tiltekinna rammasamningshafa um skilmála sem ekki hefur verið mælt fyrir um í viðkomandi rammasamningi og lýkur jafnan með samningi við þann bjóðanda sem leggur fram besta tilboðið á grundvelli þeirra valforsendna sem fram koma í útboðsskilmálum rammasamningsins, sbr. 30. tölul. 1. mgr. 2. gr. OIL. Örutboð þarf að gera samræmi við þær reglur sem koma fram í 6. mgr. 34. gr. OIL og fela í sér að við gerð hvers einstaks samnings skal kaupandi ráðfæra sig skriflega við þá rammasamningshafa sem efnt gætu samninginn. Kaupanda þarf að ákveða tilboðsfrest sem er nægilega langur til að rammasamningshafar geti gert tilboð vegna þess samnings sem um er að ræða en við mat á lengd frestsins skal

taka tillit til hversu flókið efni samningsins er svo og sendingartíma. Tilboð rammamningshafa skulu vera skrifleg og efni þeirra trúnaðarmál þar til tilboðsfrestur hefur runnið út. Að lokum velur kaupandi á milli tilboða rammamningshafa á grundvelli valforsendna sem fram hafa komið í skilmálum rammamnings, þ.e. í örútbóði þar kaupandi að meta tilboð á grundvelli þeirra skilmála og valforsendna sem voru tilteknir í rammamningnum, það þýðir þó ekki að rammamningstilboð og tilboð í örútbóði séu metin á grundvelli sömu forsendna. Til nánari útskýringar gæti þetta verið með þeim hætti að nokkur fjöldi rammamningshafa eru valdir til þátttöku í rammamningi með hliðsjón af gæðum og tilteknum eiginleikum en verð hafi aftur á móti verið óákveðið og skilgreint sem valforsenda fyrir væntanlegt örútbóð. Kaupandi leita svo tilboða meðal rammamningshafa með örútbóði þar sem verð kemur inn og kaupandi gerir í kjölfarið samning við þann bjóðanda sem leggur fram besta tilboðið að teknu tilliti verðs.

Í skilgreiningunni á örútbóði segir m.a. að örútbóð sé innkaupaferli þar sem kaupandi leitar tilboða meðal tiltekinna rammamningshafa um skilmála sem voru að einhverju leyti óákveðnir. Samkvæmt þessu þarf kaupandi ekki að leita tilboða meðal allra rammamningshafanna þar sem örútbóðsferlið heimilur kaupanda strax í upphafi að útiloka bjóðendur á grundvelli þess tilboðs sem þeir lögðu fram í upphafi, þ.e. ef ljóst er að samkvæmt því muni bjóðandi ekki geta uppfyllt skilmála eða kröfur sem á að nota í örútbóðinu. Kaupanda er ekki heimilt að velja á milli tilboða á grundvelli annarra forsenda en komu fram í skilmálum rammamningsins. Hins vegar er ekkert í ákvæðinu sem mælir gegn því að nota örútbóð til að aðlaga rammamninga að breytingum („whether or not mini-tenders are permitted for the purpose of making improvements“) sem gæti hugsanlega haft í för með að rammamningshafar yrðu ákafari að bjóða upp á nýjar og betrubættar vörur en þar sem að rammamningshafar eru bundnir af skilmálum upphafslegs rammamnings þá leiði það hugsanlega til þess að rammamningar hafi ekki upp á bjóða vörur eða þjónustu sem feli í sér nýjungar, þ.e. rammamningar sem eru til fjögurra ára eru ekki að bjóða nýjustu vörurnar til sölu, a.m.k. þegar fer að líða að lokum þeirra⁴².

Örútbóð er innkaupaferli þar sem kaupandi leitar tilboða meðal allra rammamningshafa sem efnt geta samninginn og lýkur útboðsferlinu með samningi um ákveðin kaup. Örútbóð

⁴²Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement* (Sweet & Maxwell 2005) 697.

eru eingöngu framkvæmd innan rammamninga á milli aðila í samningi. Forsendur eru til staðar fyrir örútbóði þegar einhver ákveðin skilyrði eða kjör eru ekki tiltekin innan rammamningsins, sbr. *ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 22. desember 2011 í máli nr. 35/2011*. Skilmálar rammamnings verða að vera eins skýrir og kostur er um hvernig standa eigi að gerð einstakra samninga við rammamningshafa og þá þannig að settar séu fram valforsendur um val á tilboðum í örútbóði þegar skilmálar rammamnings eru að einhverju leyti óákveðnir. Ef ákvæði í rammamningi veitir kaupanda óheft mat um hvernig hann hagar örútbóði í tilboðum, samræmist það ekki áskilnaði OIL, sbr. *ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 8. desember 2014 í máli nr. 20/2014*. Í útboðsgögnum koma fram þær forsendur sem þjóðendur geti sett fram í matslíkani örútbóðs en alltaf þarf þó að vera ljóst við tilboðsgerð hvaða einkunn hver þáttur fær í matslíkani. Ef að kaupandi getur vegna valkvæðra og matskenndra ákvæða valið tilboð í örútbóði að eigin geðþótta, er kaupandi í raun óbundinn um innkaup þótt gerður hefði verið rammamningur og því verulegar líkur að örútbóðið sem grundvallaðist á ólögsmætum ákvæðum í rammamnings hafi í heild sinni verið ólögsmætt. Í niðurstöðu kæruneftndar kemur m.a. fram að kaupandi á að velja á milli tilboða rammamningshafa á grundvelli valforsendna sem hafa komið fram í skilmálum rammamnings. Ef skilmálar rammamnings eru ólögsmætir en samt sem áður notaðir til að viðhafa örútbóð má allt að einu telja það verulega líklegt að örútbóðið hafi einnig verið ólögsmætt.

Það leiðir af 6. mgr. 34. gr. að þegar örútbóð er framkvæmt á grundvelli rammamnings skal kaupandi velja á milli tilboða fleiri rammamningshafa með vísan til þeirra forsendna sem fram hafa komið í skilmálum rammamnings. Forsendur fyrir vali tilboða megji aldrei vera svo matskenndar að kaupendum séu í raun og veru litlar skorður settar við mat tilboða. Þjóðendur eiga að geta áttað sig á því fyrirfram hvernig staðið verður að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað tilboðum sínum í samræmi við það, sbr. meginreglur útboðsréttar um gagnsæi og jafnræði þjóðenda. Vegna eðli vöru og notkunar var það álit kæruneftndar að kaupanda hafi verið heimilt að gera ríkar kröfur til eiginleika hennar og jafnframt telur nefndin að heimilt hafi verið að meta þessa eiginleika með hliðsjón af huglægri afstöðu þeirra sem áttu að nýta vöruna enda væri afstaða starfsmanna könnuð með hlutlægri aðferð og ekkert hafi komið fram að prófun hafi mismunað aðilum eða grundvallast á ómálefnalegum sjónarmiðum og því fellst kæruneftndin ekki á að lýsing

útboðsgagna á prófun hafi verið ófullnægjandi. Skilmálar örútboðsins fullnægðu skilyrðum 45. gr. OIL og framkvæmd prófunar á gæðum og notkunareiginleikum vörunnar hafi verið með lögmætum hætti. Kaupandi skal velja á milli tilboða rammasamningshafa á grundvelli valforsendna sem fram hafa komið í skilmálum rammasamnings og hefur það verið staðfest að í það sé í lagi að þótt valforsendur geti talist huglægar sé aðferðin við sjálft matið það ekki, sbr. *ákvörðun kærunefndar útboðsmála 18. desember 2012 í máli nr. 32/2012*. Hér kemur það fram að þótt valforsendur geti talist huglægar en aðferðin við sjálft matið sé það ekki, þ.e. matið er eftir sem áður hlutlægt og í samræmi við áskilnað í OIL og þess vegna var ekki brotið gegn ákvæðum OIL við val á tilboði. Sambærilega niðurstöðu er að finna í *úrskurði kærunefndar útboðsmála 16. ágúst 2013 í máli nr. 1/2013*.

Þrátt fyrir að kaupendur hafi svigrúm til þess að láta fara fram örútboð á grundvelli rammasamnings gilda engu að síðar meginreglur útboðsréttar við val tilboða sem grundvallast á rammasamningi. Kaupandi velur á milli tilboða rammasamningshafa, sbr. d-liður 6. mgr. 34. OIL og því er mikilvægt að skilmálar rammasamnings um hvernig eigi að gera einstaka samninga við rammasamningshafa þurfa að vera eins skýrir og mögulegt er og sér í lagi að það kom fram forsendur um val á tilboðum í örútboði. Forsendur í rammasamningi varðandi val á tilboði í örútboði geta veitt kaupanda svigrúm við nánari afmörkun valforsendna í örútboði en svigrúmið má þó aldrei leiða til þess að kaupandi hafi óheft mat varðandi val á tilboðum. Gæta þarf vel að því að ákvæði í rammasamningi veiti kaupandi ekki óheft mat um hvernig hann hagar örútboði, t.d. við val á tilboðum því slíkt ákvæði samræmist ekki áskilnaði OIL, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 11. mars 2015 í máli nr. 20/2014*. Valkvæð og matskennd ákvæði rammasamnings um framkvæmt örútboða veittu kaupanda heimild til að haga mati sínu á tilboðum í örútboði að vild. Ákvæði rammasamnings um framkvæmd örútboða var þar af leiðandi ólögmæt en þessi annmarki á rammasamningnum geti þrátt fyrir það ekki leitt til þess að rammasamningur verði ógildur í heild sinni. Val tilboða í hinu kærða örútboði miðaðist eingöngu við verð og hefur þessi annmarki á rammasamningnum ekki þýðingu um gildi örútboðsins eða ákvörðunar um val á tilboðum. Örútboð á að leiða til þess að samið er við einn aðila rammasamnings. Af niðurstöðu kærunefndarinnar er ljóst að þrátt fyrir að ákvæði rammasamningsins um örútboð væri ólögmætt hefur það ekki í för með sér að rammasamningur væri ógildur í heild sinni og þar sem engin lögmæt ákvæði giltu um val tilboða í örútboði þá beri kaupanda skylda til leggja

lægsta verð til grundvallar vali tilboða. Örutboð eiga jafnan að leiða til þess að samið er við einn aðila rammasamnings en hér var ákveðið að velja tilboð frá fleiri bjóðendum til þess að gefa endanlegum notendum kost á ákveðnu vali á milli vörutegunda og var þá jafnframt eðlilegt að miða við að þau tilboð, sem valin yrðu, væru nokkuð sambærileg um verð.

5.2 Hæfi þátttakenda og bjóðenda

Val á samningsaðilum í rammasamningsútbóði skal grundvallast á forsendum fyrir vali tilboðs sbr. 72. gr. og eingöngu koma gild boð til greina við ákvörðun kaupanda um að ganga til samninga. Til að geta lagt fram gilt boð þarf bjóðandi að uppfylla hæfisskilyrði sem gerð er krafa um í útbóðsgögnunum. Kaupandi hefur nokkuð frjálsar hendur þegar hann ákveður hvaða kröfur eru gerðar til hæfis þátttakenda en verður samt að tryggja að það komi skýrt fram í útbóðsgögnunum til hvers sé ætlast og hvaða upplýsingar eigi að fylgja með boðinu. Sérstakur kafli er í OIL um hæfi bjóðenda og verður farið yfir helstu ákvæðin kaflans. Reglurnar sem koma fram í kaflanum gilda jafnframt þegar örútbóð er framkvæmt og er mikilvægt að hafa í huga að ekki má gera aðrar eða frekari hæfiskröfur þegar um örútbóð er að ræða en gert var í rammasamningnum sem örútbóðið er leitt af.

Óheimilt er að vísa frá þátttakenda/bjóðanda og vísa til þess að innlendar reglur kveði á um að veitandi þjónustu þurfi annað hvort að vera einstaklingur eða lögaðili, enda þótt lög staðfesturíkisins mæli fyrir því að það sé þeim heimilt, sbr. 46. gr. í 47. gr., er farið yfir ýmiss konar persónulegar aðstæður þátttakanda eða bjóðenda sem geta komið í veg fyrir að þeim sé heimilt að taka þátt í gerð opinbers samnings. Í 1. mgr. 47. gr. er taldar upp persónulegar aðstæður sem leiða skilyrðislaust til útilokunar bjóðanda en í 2. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að heimilt sé að útiloka þátttakanda frá opinberum samningi ef eitthvað af því sem þar er talið upp á við. Í 48. - 50. gr. eru ákvæði sem fyrirtæki ber að uppfylla, en þar á meðal er skilyrði um að fyrirtæki séu skráð í fyrirtækjaskrá, fjárhagsstaða þeirra sé nægjanlega trygg og fyrirtæki hafi tæknilega burði til að standa við skuldbindingar sínar gagnvart kaupanda. Í 51. gr. og 52. gr. er mælt fyrir um að kaupanda sé heimilt að krefjast þess að fyrirtæki uppfylli ákveðna staðla, annars vegar gæðavottunarstaðla, sbr. 51. gr. og hins vegar umhverfisstjórnunarstaðla.

Kaupandi hefur tiltölulega frjálsar hendur með val á þeim hæfisskilyrðum sem hann krefst að bjóðendur uppfylli en þrátt fyrir það getur hann ekki gert sömu kröfur fyrir öll útboð og ber kaupanda að taka mið af eðli og umfangi hvers útboðs fyrir sig. Kaupandinn getur óskað eftir viðbótargögnum út allan tilboðstímann, sbr. tímafrestir í 63. gr. OIL og er kaupanda heimilt að gefa fyrirtæki færi á að auka við eða skýra nánar framkomin gögn á hvaða stigi útboðsins sem er, sbr. 53. gr. Bjóðandi sem ekki uppfyllir þau hæfisskilyrði sem gerð er krafa um í útboðsgögnum getur ekki lagt fram tilboð, sbr. 71. gr. Ef um örútbóð er að ræða, getur kaupandi gert kröfur um að rammisamningshafar uppfylli ákveðinn hæfisskilyrði, en hann getur hvorki gert verulegar breytingar á hæfiskröfum sem byggt var á í rammisamningi eða bætt nýrri við. Val á samningsaðilum í örútbóði fer eingöngu fram á meðal rammisamningshafa og að teknu tilliti til skilmála og forsendna í útboðsgögnum er gengið til samnings við þann aðila sem bæði uppfyllir hæfiskröfur og býður fram hagkvæmasta boðið, en kaupandi má ekki velja önnur tilboð en þau sem byggja á þeim valforsendum sem komu fram í skilmálum rammisamningsins. Fjöldi rammisamningshafa ræðst af því hversu margir teljast hæfir og eiga gild tilboð en í örútbóði getur fjöldi bjóðanda aldrei verið fleiri en fjöldi rammisamningshafa og þegar búið er að fara yfir og meta gild boð þá stendur jafnan eftir aðeins einn bjóðandi sem gengið er svo til samninga við.

Aðeins gild tilboð koma til greina við ákvörðun kaupanda um gerð samnings en reglur VII. kafla OIL hafa ekkert að gera með tilboðið sjálf, aðeins hvort þátttakendur uppfylli skilyrði um hæfi sem gerðar eru kröfur um að hann geri af hálfu kaupandans. Nauðsynlegt er að halda hæfiskröfum og forsendum fyrir vali tilboðs vandlega aðskildum í útboðsgögnum⁴³, sé það ekki gert getur kærunefndin lagt fyrir kaupanda að auglýsa útboðið á nýjan leik sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 27. apríl 2010 í máli nr. 2/2010*. Gera verður skýran greinarmun á forsendum fyrir vali tilboðs og hæfisskilyrðum, vegna þess að hæfisskilyrðin snúa að bjóðandanum sjálfum og hafa því ekki þýðingu við mat á hagkvæmni tilboðs. Einnig eru hæfisskilyrðin ólík valforsendum þannig að annað hvort fullnægir bjóðandinn þeim eða ekki. Atriði sem snerta hæfi bjóðenda, sbr. VII. kafla OIL verða almennt ekki lögð til grundvallar við mat á hagkvæmni tilboða. Heimilt er að setja tiltekin lágmarksskilyrði um hæfi bjóðenda og kanna þannig hæfi þeirra með hlutlægum hætti en skilyrðin koma samt sem áður aldrei til með að vera metin á grundvelli hagkvæmni í tilboði. Við val á bjóðendum

⁴³ Alpt. 2006-2007, A-deild, þskj. 287-277. mál, athugasemdir við VII. kafla.

ber að athuga hvort fyrirtæki uppfylli ýmiss skilyrði sem koma fram í VII. kafla laganna og ef svo er má fyrirtæki leggja fram tilboð sem þarf svo að meta sjálfstætt í samræmi við forsendur kaupanda fyrir vali tilboðs, sbr. 45. gr. Þannig er það lykilatriði að gengið sé úr skugga um að bjóðandi standist hæfiskröfur áður en að vali tilboðs kemur þar sem aðeins gild boð koma til greina við val á tilboði. Ef bjóðandi uppfyllir skilyrði sem gerð eru til hans og hann er hæfur til að leggja fram tilboð þá skal meta tilboð hans útfrá þeim forsendum sem gerðar eru fyrir vali tilboðs en ekki útfrá, t.d kröfum um fjárhagslega og tæknilega getu eða starfsréttindi. Þegar kaupandi gerir kröfur er varða hæfi bjóðenda má ekki gera of íþyngjandi kröfur og verður að miða þær útfrá eðli og umfangi fyrirhugaðra innkaupa, kaupandinn þarf að gæta meðalhófs í kröfum sínu til bjóðandans, sbr. 49. gr.

Ein af hæfiskröfum VII. kafla er sú að fjárhagsstaða fyrirtækis skuli vera það trygg að það muni geta staðið við skuldbindingar sína gagnvart kaupanda og að jafnaði er mögulegt að sýna fram á trygga fjárhagsstöðu með að leggja fram ein eða fleiri gögn sem koma fram í 1. mgr. 49. gr. í stafliðum a.- c. Fyrirtæki getur byggt á fjárhagslegri getu annarra en þá þarf það fyrirtæki að leggja fram sönnur að það hafi nauðsynlega fjármuni til ráðstöfunar. Ef bjóðandi er ófær um að leggja fram þau gögn sem greinir í 1. mgr. er honum heimilt að sýna kaupanda fram á fjárhagslega stöðu sína með öðrum gögnum sem kaupandi telur fullnægjandi, sbr. 5. mgr. 49. gr.

Hér að neðan verður gert grein fyrir nokkrum ákvörðunum og úrskurðum kærunefndar útboðsmála þar sem reynt hefur á túlkun á hæfi bjóðanda, t.d fjárhagstöðu bjóðanda, persónulegar aðstæður og tæknilega getu. Einnig verður skoðað útfrá framkvæmd kærunefndarinnar í hverju heimild kaupanda til krefjast viðbótargagna og upplýsinga felst.

Hvernig getur fyrirtæki fært sönnur á fjárhagslega getu sína, sbr. 49. gr. OIL. Þegar gerðar eru kröfur til bjóðanda sem varða fjárhagslegt hæfi hans verður kaupandi að gæta þess að krefjast ekki ekki frekari sannana á fjárhagstöðu bjóðanda en nauðsynlegt er til að mögulegt sé að meta hvort bjóðandinn geti staðið við tilboð sitt. Fyrirtæki getur sýnt fram á fjárhagslegt hæfi t.d. með því að leggja fram viðeigandi upplýsingar frá bönkum, verktryggingu, yfirlýsingu um heildarveltu eða með því að leggja fram endurskoðaða ársreikninga fyrri ára sé þess krafist, sbr. *úrskurður kærunefndar 18. ágúst 2015 í máli nr. 4/2015*, en þar segir að mikilvægt hafi verið að áreiðanlegar upplýsingar lægju fyrir um

fjárhag bjóðenda þar sem samningurinn var til fjögurra ára og innkaupin gátu numið verulegum fjárhæðum á samningstímanum. Draga má þá ályktun að gera megi strangari kröfur vegna fjárhagsstöðu ef verkefni eru bæði flókin og dýr. Bjóðandi sýndi ekki með fullnægjandi hætti fram á fjárhagslega getu sína með framlagningu á óendurskoðuðum ársreikningi og ekki er hægt að fallast á það að gengið hafi verið lengra en nauðsynlegt var að teknu tillit til eðlis og umfangs innkaupanna með því að að krefja bjóðanda um endurskoðaðan ársreikning eins og heimilt er í OIL, sbr. b-liður 1. mgr. 49. gr. OIL. Í kærinni vísar bjóðandi til 5. mgr. 49. gr. en samkvæmt orðalagi ákvæðisins er það kaupanda að meta hvað teljist fullnægjandi og hvað ekki og auk þess þarf bjóðandi að vera ófær um að leggja fram þau gögn sem kveðið er á um í 1. mgr. 49. gr. Bjóðandi uppfyllti ekki þau hæfisskilyrði sem að gerð var krafa um í útboðsgögnunum og því kom tilboð hans aldrei til greina.

Ef í útboðslýsingu eru talin upp fylgigögn sem eiga skilyrðislaust að fylgja með og í henni er ítrekað að verði bjóðendur ekki við þeirri kröfu verði tilboðum vísað frá. Í útboðsgögnunum var umrætt ákvæði skýrt og ekki hægt að túlka það á annan veg að ef það væri ekki virt, leiddi það til að tilboðum yrði vísað frá, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 2. september 2005 í máli nr. 18/2005*. Kærandi lét ekki umræddar upplýsingar fylgja tilboði sínu en hann taldi sig ekki færan um það af samkeppnisástæðum og vék þar með frá skýru orðalagi í útboðslýsingu og var tilboð hans að því leyti í ósamræmi við hana. Bjóðandi uppfyllti ekki hæfisskilyrði sem gerður var skýr áskilnaður um í útboðsgögnum.

Fjárhagsstaða bjóðanda skal vera trygg, sbr. 49. gr. en í OIL er þó ekki að finna sérstök ákvæði um hvaða nánari kröfur kaupandi geti gert til fjárhagslegrar getu bjóðanda. Kaupandi getur sjálfur ákveðið hvaða kröfur sé rétt að gera að þessu leyti en þarf þó að gæta að því að mat hans sé málefnalegt og bjóðandi geti sýnt fram á að hann fullnægi kröfum kaupanda með hlutlægum hætti með framlagningu gagna. Kaupandi skal gæta þess að krefjast ekki frekari gagna en nauðsynlegt er með hliðsjón af umfangi innkaupanna og ekki verður séð að það hafi verið óeðlilegt eða ómálefnalegt að kaupandi hafi farið fram á upplýsingar um veltu bjóðenda á síðastliðnu ári í þeim vörum og vöruflokkum sem útboðið náði til og þeir buðu í enda er öllu jafna fremur einfalt fyrir bjóðendur að veita slíkar upplýsingar með framlagningu gagna og krafan hafi ekki falið í brot gegn ákvæðum OIL, sbr. niðurstaða kærunefndar í *úrskurði kærunefndar útboðsmála 2. september 2005 í máli nr. 18/2005*.

Ef í útboði er gerð krafa að bjóðandi uppfylli hæfiskröfu, sbr. 50. gr skal tæknileg geta fyrirtækisins vera það trygg að það geti staðið við skuldbindingar sínar. Fyrirtækið getur fært sönnur á tæknilega getu með gögnum sem eru talin eru upp í stafliðum a.-j. í ákvæðinu. En ætli fyrirtæki hins vegar að byggja á tæknilegri getu annarra aðila þá þarf fyrirtæki að sýna fram á að það muni hafa aðgang að nauðsynlegri tækni fyrir framkvæmd samningsins, t.d þannig að félögin stofni sameiginlegt félag í því skyni að framkvæma samninginn. Meginreglan er að fyrirtækin sjálf þurfi að uppfylla hæfisskilyrði sem getið er um í útboðsgögnum til að eiga gilt tilboð, sbr. 71. OIL en hins vegar getur fyrirtæki byggt á tæknilegri getu annars aðila, sbr. 2.mgr. 50. gr. OIL. Ef fyrirtæki byggir á tæknilegri getu annars fyrirtækis þá verður að gera strangar kröfur til að tryggt sé að aðgangur bjóðanda að tæknilegri getu annarra aðila verði fyrir hendi á samningstímanum, vegna þess að bjóðandinn uppfyllir hæfisskilyrði sem gerð eru í útboðsgögnum á grundvelli hæfi annars aðila, sem leiðir til þess að hann á gilt tilboð. Forsenda þess að fyrirtæki geti nýtt sér heimildina í 2. mgr. 50. gr. OIL er að það geti sýnt fram að það hafi tryggt aðgang að tæknilegri getu annarra aðila, sé það ekki mögulegt þá uppfyllir fyrirtækið ekki hæfisskilyrðin og er því ekki með gilt tilboð, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 21. janúar 2011 í máli nr. 22/2010* en þar taldi fyrirtæki nægjanlegt að það hefði yferráð eða umráð yfir bifreiðar sem nota átti til að standa við samninginn en lagði ekki fram gögn um bifreiðar sem bjóðandi ætlaði að nota við framkvæmd samningsins og fullnægðu kröfum útboðsgagna og uppfyllti þannig ekki hæfiskröfur sem komu fram í útboðslýsingu og því kom tilboðið aldrei til greina, sbr. 71. gr. OIL.

Krafa um hæfi bjóðenda í útboðsgögnum vísar til fyrirtækisins sjálfs nema annað komi skýrt fram, þ.e. með hugtakinu bjóðandi er átt við það fyrirtæki sem stendur að tilboði í viðkomandi innkaupaferli og hefur kærunefndin lagt til grundvallar í úrskurðum sínum að orðið bjóðandi vísi til fyrirtækja nema annað komi skýrlega fram, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 24. janúar 2014 í máli nr. 29/2013*. Ágreiningur var um hvort krafa um reynslu samkvæmt útboðsgögnum ætti við um fyrirtækið eða starfsmenn þess en samkvæmt þeim hæfisskilyrðum sem komu fram í útboðsgögnunum uppfyllti fyrirtækið ekki umbeðin hæfisskilyrði. Tilvísanir í útboðsgögnum voru ávallt til viðkomandi fyrirtækis en ekki starfsmanna þess og verður ákvæðið þannig ekki skýrt á þá leið að það vísi til starfsmanna fyrirtækis. Samkvæmt OIL á kaupandi um það mat hvaða kröfur hann gerir til tæknilegrar

getu bjóðenda, að teknu tilliti til 14. gr. OIL og annarra almennra reglna OIL. Af 50. gr. OIL leiðir að í útboðsgögnum verður að tilgreina hvaða gögn fyrirtæki skuli leggja fram eða kunni síðar að verða krafði um að leggja fram varðandi tæknilega getu. Kaupanda er þannig heimilt að gera ýmiss konar kröfur um reynslu og frammistöðu fyrirtækis á þremur undangengnum árum. Á hinn bóginn geta kröfur kaupanda lotið að sjálfum starfsmönnum fyrirtækis, t.d. varðandi starfsréttindi, sbr. e-liður 50.gr. OIL.

Heimilt er að útiloka fyrirtæki frá samningi t.d. ef fyrirtæki er í vanskilum með opinber gjöld eða sambærileg lögákveðin gjöld, sbr. f-liður 2. mgr. 47. gr., sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 13. september 2012 í máli nr. 15/2012*. Samkvæmt útboðsgögnum áttu bjóðendur meðal annars að skila með tilboðum sínum staðfestingu þess efnis að þeir væru í skilum með opinber gjöld og í útboðsgögnunum var skýrt kveðið á um að kaupanda væri óheimilt að gera samning við hvern þann bjóðanda sem væri í vanskilum með opinber gjöld á opnunardegi tilboða. Bjóðandinn var í vanskilum og því var kaupanda heimilt að útiloka bjóðanda frá samningsgerð enda var í útboðsgögnum mælt fyrir um á skýran hátt um réttaráhrif vanskila með opinber gjöld á opnunardegi tilboða og mátti kæranda vera ljósar þær afleiðingar sem skuld hans við ríkissjóð fyrrgreindan dag myndi hafa. Í úrskurðinum er það staðfest að eðlilegt sé að miða að hæfisskilyrði sé að a.m.k uppfyllt á tilteknum tímapunkti, ef ekki þá sé heimilt að útiloka bjóðanda frá frekari þátttöku.

Er kaupanda skylt að óska eftir viðbótargögnum og upplýsingum til að ganga úr skugga um að bjóðandi uppfylli hæfisskilyrði útboðsgagnanna, eða veitir 53. gr. OIL honum aðeins heimild til þess og hefur hann slíka heimild á öllum stigum útboðsferilsins? Kaupanda er heimilt að gefa fyrirtæki færi á því að auka við framkomin gögn skv. 47-52. gr. eða skýra þau á hvað stigi útboðs sem er, sbr. 53. gr. OIL. og skili bjóðandi ekki inn viðbótarupplýsingum um fjárhagsstöðu sína innan tilskilins frests er kaupanda heimilt að útiloka bjóðanda frá opinberum samningi, sbr. e-liður 2. mgr. 47. gr. OIL. Ef fyrirtæki er í vanskilum með lífeyrissjóðsgjöld eða sambærileg lögákveðin gjöld er heimilt að útiloka fyrirtæki frá opinberum samningi. Ef bjóðanda er veittur frestur til að afla frekari gagna og verður ekki við því, þá hefur hann ekki með óbyggjandi hætti sýnt fram á að fjárhagsstaða hans sé í samræmi við skilyrði e-liðar 2. mgr. 47. gr. OIL og þar með er ekki hægt að leggja mat á fjárhagslegt hæfi bjóðandans og heimilt að vísa tilboðinu frá, sbr. niðurstöður í *úrskurði kærunefndar 19. september 2005 í máli nr. 20/2005*. Í niðurstöðum nefndarinnar í úrskurðinum er staðfest sú

regla að kaupanda sé heimilt að óska eftir viðbótagögnum og upplýsingum á hvað stigi útboðsferlisins sem er. Í *úrskurði kærunefndar útboðsmála 24. janúar 2014 í máli nr. 30/2013* er einnig fjallað um álitefni sem snerta 53. gr. OIL. Í kærinni snýr ágreiningurinn að því hvort kaupandi hafi átt að athuga hvort þær upplýsingar sem bjóðandinn lét fylgja með tilboði sínu hefðu verið réttar og fullnægðu valforsendu matslíkans en bjóðandi taldi sig hafa verið í góðri trú að tilboð hans fullnægði að öllu leyti kröfum útboðsgagna og hafi gert ráð fyrir því að kaupandi kæmi til með að óska eftir viðbótargögnum og/eða upplýsingum ef eitthvað væri óljóst í innsendum gögnum vegna útboðsins. Það er val kaupanda hvaða forsendur liggja að baki fyrir vali tilboðs og er krafa skv. 48. gr. OIL um starfsréttindi ekki fortakslaus krafa til hæfis bjóðanda. Óumdeilt er að bjóðandi lét útskriftarskírteini ekki fylgja með tilboði sínu. Við þær aðstæður að bjóðandi sé í góðri trú um að tilboð fullnægi kröfum útboðsgagna er hugsanlegt að kaupanda kunni að vera skylt að gefa bjóðanda kost á því að auka við gögn eða skýra þau eftir opnun tilboða með vísan til meginreglna útboðsréttar en þetta á þó aðeins við ef afsakanlegt er að viðkomandi upplýsingar hafi ekki komið fram með upphaflegu tilboði og ekki getur umrædd regla réttlætt að bjóðandi vanræki að leggja fram tilskilin gögn og geri þess í stað kröfu um að kaupandi hafi frumkvæði að því að óska eftir þeim síðar, það myndi raska jafnræði bjóðenda og er því ósamrýmanleg grunnreglum OIL og því heimilt að vísa tilboðinu frá þar sem það kom ekki til greina, sbr. 71. gr. OIL.

5.3 Val á tilboði

Val á samningsaðilum í rammasamningsútboði skal grundvallast á forsendum fyrir vali tilboðs og við val á tilboði skal gengið út frá hagkvæmasta boði. Við ákvörðun kaupanda um gerð samnings skal eingöngu litið til gildra tilboða, þar á meðal gildra frávikstilboða, til tilboða frá fyrirtækjum sem ekki hefur verið vísað frá skv. 47. og 48. gr., sem fullnægja kröfum um fjárhagslega stöðu og faglega og tæknilega getu og önnur atriði, sbr. 49.–54. gr., og valin hafa verið til að gera tilboð í samræmi við reglur 56. gr. ef um forval hefur verið að ræða, sbr. 71. gr. Við val á tilboði skal gengið út frá hagkvæmasta boði, sbr. 72. gr. Óheimilt er að meta tilboð á grundvelli annarra forsendna en fram koma í útboðsgögnum, sbr. 2. mgr. 72. gr. Heimilt er að velja fleiri en eitt tilboð sé kaupum skipt í fleiri sjálfstæða hluta í útboðsgögnum, sbr. 3. mgr. 72. gr. Forsendur fyrir vali tilboðs skulu annaðhvort miðast eingöngu við lægsta verð eða fjárhagslega hagkvæmni frá sjónarhóli kaupanda, sbr. 1. mgr.

45. gr. OIL. Forsendur sem liggja til grundvallar mati á fjárhagslegri hagkvæmni skulu tengjast efni samnings, t.d. gæðum, verði, tæknilegum eiginleikum, útliti, notkunareiginleikum, umhverfislegum eiginleikum, rekstrarkostnaði, rekstrarhagkvæmni, viðhaldsþjónustu, afhendingardegi og afhendingartímabili eða lokum framkvæmdar samnings. Það ber að athugast að hér er ekki um tæmandi talningu að ræða og má almennt álykta að sé forsenda lögð til grundvallar mati á fjárhagslegri hagkvæmni og er ekki upptalinn í ákvæðinu þá þurfi forsendan að koma fram í útboðsgögnum og hún tiltekin sem ein af þeim forsendum sem verði notaðar sérstaklega til grundvallar matinu. Forsendurnar þarf að tilgreina nákvæmlega og í þeim má ekki vísa til annarra atriða en þeirra sem mögulegt er að staðreyna á grundvelli fyrirbyggjandi tilboðgagna eða öðrum hlutlægum hætti.

Ef rammasamningur er gerður við eitt fyrirtæki skulu einstakir samningar á grundvelli rammasamningsins rúmast inna skilmála rammasamningsins. Hvernig er staðið að vali þessa eina bjóðanda og hvers vegna er hans tilboð samþykkt. Eins og áður segir kemst rammasamningur á að undangengnu einhverra þeirra útboðsferla sem V. kafli OIL mælir fyrir um. Búið er að auglýsa útboð, útboðsgögn hafa verið afhent og tilboðstími tilgreindur, og að tilboðstíma liðnum eru tilboð opnuð og þá hefst mat tilboða vegna fyrirhugaðra samningsgerðar. Þegar tilboð eru metin koma eingöngu þau tilboð til greina sem eru gild, sbr. 71. gr. og velja skal hagkvæmast tilboðið, sbr. 72. gr. Að lokum er gerður samningur, rammasamningur við þann bjóðanda sem uppfyllir hæfisskilyrði sem gengið var út frá í útboðsgögnunum og átti hagkvæmasta boðið. Ef rammasamningur er gerður við fleiri en eitt fyrirtæki, skal gerður rammasamningur við a.m.k þrjá bjóðendur sé þess kostur. Sama ferli og lýst er hér að framan varðandi rammasamning sem gerður við einn bjóðanda gildir hér en í stað þess að samið sé eingöngu við einn bjóðanda skal samið við að minnsta kosti þrjá bjóðendur sem hafa fullnægt hæfisskilyrðum sem útboðsgögnin kváðu á um og tilboð þeirra verið metin hagkvæmust. Kaupendur geta þannig valið á milli við hvaða rammasamningshafa þeir skipta um innkaupin sem rammasamningurinn kveður á um. Skilmálarnir eru fyrirfram ákveðnir og heimilt að gera einstaka samninga í samræmi við ákvæði rammasamningsins.

Ef skilmálar rammasamnings eru að einhverju leyti óákveðnir skal fara fram örútbóð milli rammasamningshafa, eftir atvikum eftir að skilmálar eða tæknilegar kröfur hafa verið skýrðar nánar, allt í samræmi við reglur sem koma fram í 6. mgr. 34. gr. OIL. Ef skilmálar eru að

einhverju leyti óákveðnir þá fer fram útboðsferli þar sem kaupandi að lokum velur á milli tilboða rammasamningshafa á grundvelli valforsendna sem fram hafa komið í skilmálum rammasamnings. Mikilvægt er að gæta að því að ekki er um það að ræða, að við mat á tilboðum í örútbóði sé gengið út frá sömu forsendum og þegar tilboð var metið þegar ákveðið var að ganga til rammasamninga. Hins vegar vegar verður matið að grundvallast á valforsendum sem kom fram í rammasamningi. Við gerð rammasamnings eru einhverjir skilmálar enn óákveðnir og þegar örútbóð fer fram eru þeir fastákveðnir og tilboðin metin út frá þeim valforsendum sem nota á til að grundvalla valið. Kaupanda er hins vegar skylt að velja á milli tilboða á grundvelli þeirra valforsendna sem hafa komið fram í skilmálum rammasamnings. Þegar um örútbóð er að ræða er að lokum að jafnaði aðeins gengið til samninga við einn bjóðanda sem hefur uppfyllt hæfisskilyrði og átt hagkvæmasta boðið.

Þegar forsendur fyrir vali á tilboði eru metnar er skylt er að halda þeim og hæfiskröfum vandlega aðskildum í útboðsgögnum og við yfirferð tilboða sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 27. apríl 2010 í máli nr. 2/2010*. Í niðurstöðu kærunefndarinnar segir að ómögulegt hafi verið að ráða af niðurstöðum faghópsins hvernig staðið var að mati á valforsendum er vörðuðu gæði, tæknilega eiginleika og notkunareiginleika. Af útboðsgögnum má ráða að faghópnum hafi ekki einungis verið ætlað að velja milli tilboða heldur um leið að meta hvort tilboðin væru gild og uppfylltu lágmarkskröfur sem voru sömu atriði og fram komu um val á tilboðum. Hér var blandað saman annars vegar viðmiðum um hvort tilboð væri gilt, þ.e. hvort bjóðandi væri hæfur og hins vegar þeim forsendum sem nota átti við val á tilboðum. Þar sem valforsendur í útboðinu eru ólögmætar verður útboðsferlinu ekki haldið áfram í núverandi horfi, kærunefndin leggur því fyrir kaupanda að auglýsa útboðið á nýjan leik. Bæði var fyrirsjáanleiki varðandi mat á valforsendum alls ekki nægilega skýr og svo voru sömu atriði, er vörðuðu hæfiskröfur bjóðenda og til að ákvarða val á tilboðum notuð, þ.e. hér var ekki gætt að því að halda hæfiskröfum og forsendum fyrir vali aðskildum. Mikilvægt er að fyrst sé tekið til skoðunar hvort boðið sé gilt og komi til greina, sbr. 71. gr. OIL og svo er farið í að meta hvort tilboðið komi til greina sem hagkvæmasta boðið, sbr. 72. gr. Ef þátttakandi eða bjóðandi er hæfur til að leggja fram tilboð verður að meta tilboð hans sjálfstætt í samræmi við forsendur fyrir vali tilboðs.

Það er bjóðanda að sýna fram á tilboðið fullnægi kröfum kaupanda um frammistöðu og hagnýtingu en það getur bjóðandi t.d gert með greinagóðri tæknilyfsingu, sbr. *úrskurður*

kærunefndar 17. febrúar 2015 í máli nr. 16/2014. Val tilboða átti að fara fram á grundvelli lægsta verðs og áskilin var réttur til klínískrar prófunar og ef í ljós kæmi við prófun eða mat að varan væri ekki í samræmi við útboðslýsingu, væri gölluð eða á annan hátt ótæk fyrir frekari prófun var áskilin réttur til að hafna viðkomandi tilboði. Viðmið, sbr. b-lið 3. mgr. 40. gr. OIL, skulu þó vera nægilega nákvæm til að gera bjóðendum kleift að gera sér grein fyrir efni samnings og til að gera kaupanda mögulegt að gera upp á milli tilboða. Varan sem boðin var í tilboðinu uppfyllti ákveðin staðal en þurfti jafnframt að uppfylla tækniforskriftir er vörðuð notkun hennar, til að uppfylla kröfur kaupandans, en það gerði hún ekki og því kom boðið því ekki til greina. Þó að vara uppfylli staðla sem um hana gilda þá getur kaupandi gert áskilnað um það í útboðsgögnum að varan þurfi, til að koma til greina, að standast prófanir er varði virkni og notkunarmöguleika og í útboðsgögnunum kom skýrt fram að ef vara stæðist ekki prófanir væri hægt að hafna viðkomandi tilboði, sem var gert og kærunefndin taldi það í lagi. Hér koma huglæg viðmið til skoðunar vegna mats á tilboði, en kærunefndin hefur staðfest það í fleiri úrskurðum að það sé heimilt sé meta tilboð á útfrá huglægum viðmiðun en það verður að gera með hlutlægum hætti.

Mat á tilboðum þarf að vera grundvallað á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum, gæta þarf að hlutlægni og matið verður að vera í samræmi við það sem kemur fram í útboðsskilmálum, sbr. *úrskurður kærunefndar útboðsmála 21. desember 2004 í máli nr. 32/2004.* Með hliðsjón af fyrirbyggjandi gögnum verður ekki séð að mat kærða hafi byggt á ólögmætum eða ómálefnalegum sjónarmiðum, að hlutlægni hafi ekki verið gætt eða að matið hafi verið í ósamræmi við útboðsskilmála þannig að um brot á OIL sé að ræða. Ekki verður annað séð en að einkunnir fyrir verð hafi verið lögmætar og í samræmi við forsendur í útboðsgögnum. Við einkunnagjöf fyrir gæði var kaupanda heimilt að líta til þeirra gæða sem varan hafði umfram lágmarkskröfur í tæknilysingu. Lágmarkskröfur mæla fyrir um hvað þurfi til þannig að tilboð bjóðanda sé gilt. Áskilnaður um eiginleika í skilmálum er að öllu jafnan miðaður við lágmarks kröfur/eiginleika og allt umfram það hljóti að leiða til þess að boð verði hagkvæmara og líklegra til að verða valið. Ekki verður séð af fyrirbyggjandi gögnum annað en að við val á tilboðinu hafi verið gengið út frá hagkvæmasta boði og þannig ekki falið í sér brot gegn markmiðum eða grundvallarreglum OIL, auk þess uppfyllti tilboðið lágmarkskröfur sem útboðsgögnin kváðu á um.

Við val á tilboði á að ganga til samninga við þann bjóðanda sem hefur skilað inn hagkvæmasta boðinu, sem er annað hvort lægst að fjárhæð eða fullnægir best þörfum kaupanda samkvæmt þeim forsendum sem fram koma í útboðsgögnunum. Í útboðsgögnum þarf kaupandinn að tilgreina forsendur eins nákvæmlega og kostur er og í forsendum má ekki vísa til annarra atriða en þeirra sem mögulegt er að staðreyna á með gögnum sem bjóðendum leggja fram eða með öðrum hlutlægum hætti. Kaupanda er þó heimilt að vísa til þess í útboðsgögnum að einnig verði lagt mat á vöru með hliðsjón af afstöðu þeirra sem eiga að nýta hana við störf sín en sé það gert verður að gera það með hlutlægum hætti, sbr. *úrskurður kærunefndar 17. febrúar 2015 í máli nr. 18/2014*, en kærandi taldi sig hafa átt hagkvæmustu tilboðin án þess að þau væru valin og að lágmarkskrafan um æskilega eiginleika vörunnar hafi ekki búið yfir hlutlægum eiginleikum heldur lúti krafan að eiginleikum sem séu matskenndir. Í forsendum fyrir vali tilboðs var vísað til þess að kaupanda kunni að vera heimilt að leggja mat á vöru með hliðsjón af afstöðu þeirra sem vöruna eiga að nýta við störf sín, en það verði að vera gert með hlutlægri aðferð sem tryggji gagnsæi og jafnræði bjóðenda. Að mati kærunefndar er í lagi að lagt sé huglægt mat á vöru af þeim sem nota eigi vöruna en það verði þó að vera skráð og gert með hlutlægri aðferð til að tryggja að gagnsæi og jafnræði.

Ef gerður er rammamningur við fleiri fyrirtæki en eitt skuli þau vera að lágmarki þrjú, enda séu fyrir hendi nægilega mörg fyrirtæki í rammamningsútboði sem fullnægja hæfisskilyrðum og/eða tilboð sem sem fullnægja skilmálum rammamningsútboðsins, sbr. 5. mgr. 34. gr. OIL. En er skilyrðið um a.m.k. þrjú fyrirtæki óundanþægt? Í niðurstöðu kærunefndar útboðsmála í *úrskurði 15. júní 2004 í máli nr. 16/2004* segir m.a. að það hafi verið í lagi að gera við rammamning við tvo aðila og það hafi verið heimilt gera það þrátt fyrir mismun í verði. Í útboðsgögnum var tekið fram að stefnt væri að því að semja við einn til tvo aðila en það er heimilt liggi fyrir ákvörðuninni málefnalegar og hlutlægar ástæður og að mati nefndarinnar hefur kærði fært slík rök fram, þ.e. að með tilliti til hagsmuna skjólstæðinga hafi það verið eðlileg og málefnaleg ráðstöfun að semja við tvo aðila. Við val á bjóðendum var því gengið út frá hagstæðustu boðum og getur verðmunur tilboðanna ekki breytt áður nefndum rétti kærða til að semja við tvo aðila. Kaupanda má þannig gera rammamning við tvo aðila enda var áskilnaður gerður þar um í útboðsgögnum og heimild

fyrir því að gera rammasamning við fleiri en eitt fyrirtæki í OIL, en til þess að það sé í lagi verða vera því málefnalegar og hlutlægar ástæður.

Ef búið er að ganga til samninga við aðila að loknu rammasamningsútboði og síðar kemur í ljós að bjóðandi getur ekki staðið við tilboð sitt ber þá kaupanda að ganga sjálfkrafa til samningsgerðar við þann sem átti næst hagkvæmasta boðið? Í rammasamningsútboði sem kært var til kærunefndar útboðsmáli snéri ágreiningurinn að því hvort semja hefði átt við kæranda þar sem aðrir tilboðsgjafar gátu ekki staðið við tilboð sín, sbr. *úrskurður kærunefndar 10. janúar 2005 í máli nr. 37/2004*. Kaupandi telst hafa hafnað tilboði ef hann er búinn að semja við annan aðila, gildistími tilboðs er liðinn án þess að óskað hafi verið eftir framlengingu tilboðs eða öllum tilboðum hefur verið hafnað formlega, sbr. 74. gr. Um leið og kaupandi hefur tekið tilboði eins eða fleiri bjóðenda er hann sjálfkrafa búinn að hafna öðrum tilboðum og þau koma ekki lengur til greina, sbr. 74. gr. OIL. Kaupandi skal tilkynna bjóðendum um ákvarðanir um gerð rammasamnings eða um val á tilboði eins fljótt og mögulegt er, sbr. 75. gr. OIL. Tilboð skal samþykkja endanlega með skriflegum hætti innan gildistíma þess og þá er kominn á bindandi samningur á grundvelli útboðsgagna og tilboðs bjóðanda. Þegar kominn er á samningur skal tilkynna öllum bjóðendum það án tafar, sbr. 75. OIL. Bjóðanda var tilkynnt að ákveðið hefði verið að ganga að tilboði annars bjóðanda í samræmi við 75. gr. og þannig var þegar á þessu tímamarki búið að hafna tilboði kæranda í skilningi 74. gr. OIL og eftir það kom tilboð hans ekki til greina og ekki verður litið svo á að kaupanda hafi borið, þegar bjóðandi kaus að standa ekki við tilboð sitt, að ganga til samninga við kæranda þrátt fyrir að hann hafi verið með gilt boð. Þegar búið er að semja og tilkynna öðrum þátttakendum um ákvörðun um val tilboðs þá er með öllu búið að hafna öðrum tilboðum, hér gat rammasamningshafi ekki staðið við tilboðið en það hafði ekki þau réttaráhrif að kaupanda bæri sjálfkrafa að ganga að næsta tilboði í rammasamningsútboðinu, kaupandi hafði hafnað tilboði kæranda, sbr. að framan og var þannig óbundinn að ganga til samninga við kærða eða aðra þátttakendur rammasamningsútboðsins. Kaupandi telst hafa hafnað tilboði ef gildistími er liðinn nema þá að óskað hafi verið sérstaklega eftir framlengingu tilboð, sbr. 74. gr. OIL. Geti kaupandi ekki tekið afstöðu til tilboða innan tilboðsfrests er heimilt að fara þess að leit við bjóðendum að þeir framlengi tilboð sitt í stuttan tíma, en skilyrði fyrir slíkri heimild er að fyrir liggja samþykki allra þátttakenda eða málefnalegar ástæður réttlæti framlengingu, sbr. 2. mgr. 76. gr. OIL. Einnig er heimilt, með

sama skilyrði, að fara fram á, að eftir að tilboðsfrestur hefur runnið út að bjóðendur lýsi því að tilboð þeirra séu að nýju gild, sbr. sama ákvæði. Í *úrskurði kærunefndar útboðsmála 5. mars 2012 í máli nr. 32/2011* voru áhrif þess að kaupandi tók ekki afstöðu til tilboða innan tilboðsfrests skoðuð í rammisamningsútboð. Gildistími tilboða í útboðinu rann út áður en kaupandi valdi tilboð og telst hann þá hafa hafnað öllum tilboðum í skilningi OIL, sbr. 74. gr. Hins vegar ber að hafa í huga að kaupendur í opinberum innkaupum þurfa að hafa málefnalegar ástæður fyrir því að hafna öllum tilboðum og er ekki frjálst að taka slíka ákvörðun án mögulegrar bótaábyrgðar jafnvel þótt þeir hafi áskilið sér rétt til þess í útboðsgögnum. Kaupendum er eingöngu heimilt að hafna öllum tilboðum þegar valforsendur helga slíka niðurstöðu eða þegar forsendur útboðsins eru brostnar. Ástæður fyrir því að kaupandi hafnar öllum tilboðum þurfa þannig að hafa verið bjóðendum ljósar fyrirfram til að slík ákvörðun sé lögmæt. Kaupandi hefur ekki sýnt fram á málefnalegar ástæður fyrir þeirri ákvörðun að hafna öllum tilboðum og telur kærunefndin að höfnun kærða á öllum tilboðum hafi verið mistök og hvorki byggð á valforsendum útboðsins né því að forsendur útboðsins hafi brostið. Var ákvörðun kaupanda um að hafna öllum tilboðum ólögmæt og möguleg skaðabótaábyrgð skapast vegna þessa, sbr. 101. gr. OIL

6 Opinber innkaup, tillögur að bættum vinnubrögðum

Tilgangur OIL er 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. Hagkvæm innkaup eru mikilvæg fyrir góða nýtingu á skattfé og því þarf samspil markaðar og ríkisins að vera gott og ekki er síður mikilvægt að til staðar séu skýrar leikreglur þar sem gætt er að meginreglunum um jafnræði og gagnsæi. Í innkaupastefnu ríkisins frá 2007 eru markmið og inntak OIL skýrð og útfærð og þess krafist af ráðuneytum og stofnunum ríkisins að endurskoða eigin markmið og innkaupastefnu⁴⁴.

Árið 2014 skipaði fjármálaráðherra starfshóp til að móta stefnu í innkaupamálum hins opinbera og átti starfshópurinn að greina og koma með tillögur að bættum vinnubrögðum í innkaupum ríkisins. Opinber innkaup hafa mótast og þróast mikið undanfarin áratug, komið hefur verið á innkaupastofnun sem hefur umsjón með útboðum fyrir ríkisstofnar og hefur

⁴⁴Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008) Handbók um opinber innkaup 110.

Ríkiskaup komið á rúmlega 40 rammasamningum í 17 vörflokkum. Búið er að móta innkaupastefnu⁴⁵ fyrir ríkið og settar hafa verið siðareglur/viðmið fyrir umsjónarmenn opinberra innkaupa⁴⁶.

Búið er leggja fyrir Alþingi heildarendurskoðun á OIL þar sem stefnt er að því að einfalda nógildandi reglur, auka sveigjanleika í framkvæmd innkaupa og gera þau skilvirkari fyrir kaupendur og fyrirtæki. Markmið laganna eru eftir sem áður þau sömu, þ.e. að tryggja gagnsæi, jafnræði og auki samkeppni um opinbera samninga⁴⁷. Breytingar sem boðaðar eru eiga að auka sveigjanleika í innkaupum ríkisins og stefnt er að því að auðvelda sameiginleg innkaup ríkisstofnana á Íslandi og í öðrum ríkjum á EES sem ætti að hafa í för með sér stærðarhagkvæmni og virkari samkeppni⁴⁸.

Ríkið hefur takmarkaðar upplýsingar um innkaup sín sem gerir það að verkum að erfitt er að hafa yfirsýn með innkaupsverði sem gerir hagræðingu í innkaupum erfiðari þar sem nauðsynlegar upplýsingar liggja ekki fyrir⁴⁹. Rammasamningar eru algengasta form innkaupa en fyrirkomulagið veitir ríkinu þó ekki endilega lægsta mögulega verðið vegna þess að þeir tilgreina ekki hvaða vöru/þjónustu skal kaupa, heldur er eingöngu kveðið á um við hvaða birgja skal skipta og eru afsláttarkjör oftast tiltekin prósentu og endurspeglar ekki endilega lægsta verðið. Í nýrri rammasamningum eru ákvæði sem heimila örútbóð sem kaupendur eru ekki að nýta sér og eru örútbóð því ekki nægjanlega nýttur kostur. Lítil hvati er fyrir birgja til að taka þátt og bjóða betra verð, margir seljendur eru í rammasamningi og engin skuldbinding er um kaup né áætlun um hversu mikið magn verður keypt af birgjum⁵⁰. Þar sem hvorki er til viðmið um verð eða um hvaða kröfur eigi að gera til vöru og þjónustu er í raun frjálstræði við val á vörutegundum svo lengi sem skipt er við birgja sem eru aðilar að rammasamningi. Mikill verðmunur er á kaupum á sambærilegum vörum og einnig er mikill munur á innkaupaverði stofnana á sömu vöru hjá sama birgja.

⁴⁵ Fjármálaráðuneyti, Vistvæn innkaup og grænn ríkisrekstur: Stefna ríkisins 2013-2016.

⁴⁶ Fjármálaráðuneyti, Viðmið um góða starfshætti fyrir starfsmenn sem annast opinber innkaup.

⁴⁷ Frumvarp til laga um opinber innkaup, lagt fyrir Alþingi á 146. löggjafarþingi 2015-2016.

⁴⁸ Fjármálaráðuneyti, Betri opinber innkaup í forgangi.

⁴⁹ Fjármálaráðuneyti, Betri opinber innkaup í forgangi.

⁵⁰ Fjármálaráðuneyti, Betri opinber innkaup í forgangi.

Til að ná fram aukinni hagræðingu þarf að gera langtímaáætlanir í innkaupum ríkisins sem þarf að tengja við framkvæmd fjárlaga. Notkun innkaupaaðferða ríkisins þarf að vera með miklu markvissari hætti og leggja þarf meiri áherslu á t.d. sameiginleg innkaup og örútboð. Ef markmið um hagræðingu á að vera mögulegt þarf að betrubæta upplýsingakerfið til að mögulegt sé fyrir ríkið að hafa yfirsýn yfir innkaupin. Ennfremur þarf að búa til hvatakerfi fyrir stofnanir og birgja/seljendur til að að taka þátt⁵¹. Í niðurstöðum starfshópsins segir að tiltölulega auðvelt sé að ná fram hagræðingu og spara verulega í innkaupum ríkisins, t.d með meiri áherslu á sameiginleg innkaup, örútboð og skuldbindandi viðskipti við færri birgja⁵². Starfshópurinn telur að með nýjum áherslum sé mögulegt að ná fram hagræðingu í innkaupum á vöru og þjónustu, sem gæti numið allt að fjórum milljörðum króna árlega⁵³. Tillögur starfshópsins til að ná fram aukinni skilvirkni í opinberum innkaupum fela m.a. í sér að notaðar séu tvenns konar útfærslur rammasamninga, annars vegar séu gerðir rammasamningar með mörgum seljendum með tíðum örútboðum til lengri tíma og þannig sé samkeppni meðal rammasamningshafa viðhaldið en hins vegar að gerður séu rammasamningar með fáum seljendum og þá samið til styttri tíma⁵⁴.

7 Niðurstöður

Aðalviðfangsefni ritgerðarinnar var að fjalla um rammasamninga, framkvæmd þeirra og voru reglur um val á þátttakendum og fyrir vali á tilboðum teknar til sérstakrar skoðunar. Helstu reglur er varða rammasamninga er að finna í 34. gr. OIL. en almennt gilda reglur OIL fyrir rammasamninga nema annað sé tekið sérstaklega fram. Fyrst var fjallað um reglur er snúa að opinberum innkaupum, innkaupastefna ríkisins og hlutverk Ríkiskaupa skoðað ásamt því sem þróun á lagaumhverfi opinberra innkaupa var rakin og áhrifaþættir dregin út. Kafli 3 fjallaði almennt um rammasamninga en í honum var gert grein fyrir megininntaki 34. gr. OIL og einnig voru álitaefni sem tengjast aðild, gildistíma, útboðsgögn og virði rammasamninga skoðuð. Þá var næst farið ítarlega yfir þær reglur og sjónarmið sem gilda sérstaklega um rammasamninga, þ.e. farið var ítarlega yfir framkvæmd þeirra og hvernig staðið er að vali

⁵¹ Fjármálaráðuneyti, Nýjar áherslur í opinberum innkaupum 3.

⁵² Fjármálaráðuneyti, Betri opinber innkaup í forgangi.

⁵³ Fjármálaráðuneyti, Nýjar áherslur í opinberum innkaupum 9.

⁵⁴ Fjármálaráðuneyti, Nýjar áherslur í opinberum innkaupum 33.

bæði á þátttakendum og tilboðum. Eftir þá umfjöllun er ljóst að um rammasamninga gilda sérreglur og sjónarmið. Rammasamningsútboðsferlið er með sérstöku sniði og rammasamningi er jafnan komið á í kjölfar útboðsferla sem V. kafli OIL heimilar. Um framkvæmd rammasamninga gilda ýmsar sérreglur og einnig gilda sérreglur hvað varðar val á bjóðanda og við val á tilboði. Rammasamningi er ýmist komið á með því að samið er við eitt fyrirtæki eða við a.m.k. þrjú. Ef samið er við fleiri en einn aðila þarf að skoða skilmála rammasamningsins því ef skilmálar eru fastákveðnir er heimilt að gera einstaka samninga við rammasamningshafa í samræmi við ákvæði samningsins. Hins vegar ef skilmálar eru með einhverju leyti óákveðnir þarf að viðhafa svokallað örútbóð á milli rammasamningshafa og þá þarf að gæta að reglum sem koma fram í 6. mgr. 34. gr. OIL. Þegar örútbóð er framkvæmt þarf kaupandi að velja á milli tilboða á grundvelli þeirra valforsendna sem komið hafa fram í skilmálum rammasamningsins en hann þarf hins vegar ekki að notast við sömu forsendur til að velja hagkvæmast boðið í örútbóði og notaðar voru til að grundvalla mat á vali boða í rammasamningsútboðinu. Eingöngu er gerður áskilnaður um að valforsendur sem notaður eru í örútbóði hafi komið fyrir í útboðsgögnum fyrir rammasamningsútboðið. Til að sýna fram á og undirstrika sérkenni rammasamninga voru allar ákvarðanir og úrskurðir kærunefndar útboðsmála árunum 2000-2016 skoðaðar og þær notaðar til glöggvunar og frekari útskýringa á túlkun og beitingu á þeim reglum sem gilda fyrir rammasamninga og framkvæmd kærunefndar útboðsmála sýnir það og staðfestir að um rammasamninga gilda sérreglur og sjónarmið.

Heimildaskrá

Alpt. 2012-2013, A-deild, minnisblað Ríkiskaupa, erindi nr. Þ 141/1274 aðgengilegt á vef Alþingis <http://www.althingi.is/pdf/erindi/?lthing=141&dbnr=1274> skoðað 10. september 2015.

Alþingistíðindi

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement* (London: Sweet & Maxwell 2005)

Elísabet Júlíusdóttir, Guðmundur I. Guðmundsson og Skúli Magnússon, „Handbók um opinber innkaup“ Fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup (2008)

http://www.rikiskaup.is/media/eplica-uppsetning/HandbokOI_Final.pdf skoðað 1.

september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „Drög að frumvarpi til laga um opinber innkaup“

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/frettatengt2015/Drog-ad-frumvarpi-til-laga-um-opinber-innkaup.pdf> skoðað 25. febrúar 2016.

Fjármálaráðuneyti, „Viðmið um góða starfshætti í innkaupum“ (2014)

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/rit2014/Vidmid-um-goda-starfshaetti-i-innkaupum.pdf> skoðað 2. september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „Almennt um innkaup, útboð og rammasamninga“

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/verkefni/innkaup/b/nr/842> skoðað 2. september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „Réttarúrræði varðandi opinber innkaup“

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/verkefni/innkaup/b/nr/920> skoðað 2. september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „Rammasamningar“

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/verkefni/innkaup/b/nr/841> skoðað 2. september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „Um kærunefnd útboðsmála“ <https://www.fjarmalaraduneyti.is/knu/>

skoðað 2. september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „Starfsreglur fyrir kærunefnd útboðsmála“

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/knu/nr/659> skoðað 3. september 2015.

Fjármálaráðuneyti, „VISTVÆN INNKAUP OG GRÆNN RÍKISREKSTUR“ Fjármálaráðuneyti

(2013)

https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/skjal/Vistvaen_innkaup_og_graenn_rikisrekstur.pdf sótt 14. september 2015

Fjármálaráðuneyti, „Viðmið um góða starfshætti fyrir starfsmenn sem annast opinber innkaup“ Fjármála-og efnahagsráðuneyti (2013)

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/frettir/Vidmid-um-goda-starfshaetti-i-innkaupum.pdf> skoðað 25. október 2015

Fjármálaráðuneyti, „Betri opinber innkaup í forgangi“

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/frettir/betri-opinber-innkaup-i-forgangi>

Jón Björnsson, formaður, Jón Diðrik Jónsson, Jakob V. Finnbogason, Guðrún Ögmundsdóttir, Birna G. Magnadóttir og Pétur Berg Matthíasson, „RÍKIÐ-UPPLÝSTUR KAUPANDI. Tillaga að nýjum áherslum í opinberum innkaupum. Fyrsti áfangi“ Fjármálaráðuneyti (2015)

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/frettatengt2015/2015-03-19-Nyjar-aherslur-i-innkaupum.pdf>

Nefndarálit efnahags og viðskiptanefndar um frumvarp til laga um opinber innkaup, Alþingi 28. febrúar 2007, 133. löggjafarþing 2006-2007, þskj. 1053-277.mál

www.althingi.is/altext/133/s/1053.html skoðað 14. október 2015

Ríkisendurskoðun, „Mat á árangri við innkaup ríkisstofnana“ Ríkisendurskoðun (2000)

www.ríkisendurskodun.is/fileadmin/media/skyrslur/rammarikiskaupa.pdf skoðað 22. október 2015

Ríkiskaup, „Fræðslurit Ríkiskaupa: RAMMASAMNINGAR“ Ríkiskaup (2010)

http://www.ríkiskaup.is/media/baeklingar-og-toflur/Fraedslurit-Rikiskaupa_Verdfyrspurn_Uppf_082015.pdf skoðað 18. október 2015

Ríkiskaup, „Ertu að velta fyrir þér... Örutboðum“ Ríkiskaup (2009)

http://www.ríkiskaup.is/media/baeklingar-og-toflur/Ertu-ad-velta-fyrir-ther_Orutbodum_VEFUR.pdf skoðað 10. september 2015

Ríkiskaup, „Viðmiðunarfjárhæðir og tilboðsfrestir“

<http://www.ríkiskaup.is/utbod/logogreglurumutbod/nr/251> skoðað 4. september 2015.

Ríkiskaup, „AÐILD AÐ RAMMASAMNINGUM RÍKISINS“

<http://www.ríkiskaup.is/rammasamningar/askrifendur-rammasamninga/> skoðað 8. september 2015.

Ríkiskaup, um ríkiskaup, þjónusta ríkiskaupa <http://www.ríkiskaup.is/um-rikiskaup/thjonusta-rikiskaupa/> skoðað 21. september 2015

Ríkiskaup, „HAGNÝTT EFNI: Hvað er rammasamningur“

<http://www.ríkiskaup.is/rammasamningar/hagnytt-efni/nr/784> skoðað 1. september 2015.

Ríkiskaup, „HAGNÝTT EFNI: Hvað er örútboð-Leiðbeiningar til kaupenda“

<http://www.rikiskaup.is/rammasamningar/hagnytt-efni/nr/855> skoðað 1. september 2015.

Ríkiskaup, „Um ríkiskaup: Þjónusta ríkiskaupa“ [http://www.rikiskaup.is/um-](http://www.rikiskaup.is/um-rikiskaup/thjonusta-rikiskaupa/)

[rikiskaup/thjonusta-rikiskaupa/](http://www.rikiskaup.is/um-rikiskaup/thjonusta-rikiskaupa/) skoðað 21. október 2015.

Ríkiskaup, „HAGNÝTT EFNI: Verðkönnun eða fyrirspurn?-Leiðbeiningar til kaupenda“

<http://www.rikiskaup.is/rammasamningar/hagnytt-efni/nr/618> skoðað 1. september 2015.

Reglugerð nr. 583/2014 um viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa á Evrópska efnahagssvæðinu og samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup.

Sendinefnd ESB á Íslandi, „Ísland og ESB: EES-samningurinn“

http://eeas.europa.eu/delegations/iceland/eu_iceland/political_relations/eea_agreement/index_is.htm

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon, Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska

efnahagssvæðisins (Hið íslenska bókmenntarfélag, Reykjavík 2011)

Starfshópur um árangursríka samvinnu ríkis og einkamarkaðar, „Tillaga að nýjum áherslum í opinberum innkaupum“ (Fjármálaráðuneyti Fyrsti áfangi-mars 2015)

<https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/frettatengt2015/2015-03-19-Nyjar-aherslur-i-innkaupum.pdf> skoðað 8. apríl 2016.

Stjórnendavefur.is, „Val á kaupaðferðum-Opinber innkaup“

<http://www.stjornendavefur.is/Fjarmal-stjv/opinb-innkaup/nr/1303> skoðað 9. september 2015.

Vinn.is, „Lög og stefnur“ <http://vinn.is/vistvaen-innkaup/loeg-og-stefnur> skoðað 9.

september 2015.

Dómaskrá:

Kærunefnd útboðsmála:

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 5. júlí 2007 í máli nr. 5/2007

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 13. febrúar 2003 í máli nr. 32/2002

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 3. október 2014 í máli nr. 16/2014

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 5. júlí 2010 í máli nr. 9/2010

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 27. apríl 2010 í máli nr. 2/2010

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 16. ágúst 2013 í máli nr. 1/2013

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 26. nóvember 2010 í máli nr. 25/2010

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 24. janúar 2014 í máli nr. 30/2013.

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 13. september 2012 í máli nr. 15/2012

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 5. mars 2012 í máli nr. 31/2011

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 29. nóvember 2002 í máli nr. 32/2002

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 14. janúar 2004 í máli nr. 37/2003

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 13. febrúar 2003 í máli nr. 32/2002

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 21. desember 2000 í máli nr. 13/2000

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála frá 13. ágúst 2015 í máli nr. 3/2015

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála frá 18. ágúst 2015 í máli nr. 8/2015

Ákvörðun kæruneftndar útboðsmála 29. nóvember 2013 í máli nr. 28/2013

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 13. febrúar 2003 í máli nr. 32/2002

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 13. febrúar 2003 í máli nr. 37/2002

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 14. janúar 2004 í máli nr. 35/2003

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 15. október 2009 í máli nr. 32/2009

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 1. febrúar 2007 í máli nr. 21/2006

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 5. júlí 2007 í máli nr. 8/2007

Úrskurður kæruneftndar útboðsmála 21. desember 2004 í máli nr. 32/2004

Úrskurður kærunefndar útboðsmála 10. janúar 2005 í máli nr. 37/2004

Ákvörðun kærunefndar útboðsmála 7. mars 2016 í máli nr. 2/2016

Lagaskrá

Lög nr. 84/2007 um opinber innkaup.

Lög nr. 94/2001 um opinber innkaup.

Lög nr. 50/2000 um lausafjárkaup.

Lög nr. 42/2000 um þjónustukaup.

Lög nr. 65/1993 um framkvæmd útboða.

Lög nr. 2/1993 um Evrópska Efnahagssvæðið.

Lög nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga.

Lög nr. 84/2001 um skipan opinberra framkvæmda