



MINNISBLAÐ

Til: Bæjarstjóra Kópavogsbæjar
Frá: LEX / Eiríki Elísi Þorlákssyni hrl.
Dags.: 15. júní 2009
Efni: Lagalegt álit á greinargerð Deloitte um viðskipti Kópavogsbæjar við Frjálsa Miðlun ehf. (FM) árin 2003-2008.

I Inngangur

Til LEX hefur leitað bæjarstjóri Kópavogsbæjar og farið fram á lögfræðilegt álit á ályktunum sem Deloitte hefur dregið um háttsemi bæjarstjórans, sbr. greinargerð Deloitte, dags. 9. júní 2009 og ódags. skýringar við greinargerð Deloitte. Nánar tiltekið er um að ræða álit á því hvort að þær skoðanir sem settar eru fram í álitinu Deloitte um að brotið hafi verið gegn lögum um opinber innkaup fái staðist.

Þau gögn sem ég hafði undir höndum við vinnslu minnisblaðs þessa eru greinargerð Deloitte, dags. 9. júní 2009, um viðskipti Kópavogsbæjar við FM árin 2003-2008 og skýringu við þá greinargerð, ódags.

Verkið takmarkast við skoðun á því álitamáli hvort ákvæði laga um opinber innkaup hafi verið brotin. Tekið skal fram að mjög svo knappur tími var gefinn til vinnslu álits þessa. Verður því að hafa uppi alla fyrirvara að svo stöddu um lagalega stöðu þeirra álitamála sem rakin eru hér á eftir.

II Réttarheimildir íslensks útboðsréttar og helstu ákvæði laga nr. 84/2007 um opinber innkaup

Segja má að íslenskur útboðsréttur skiptist í almennan hluta og sérstakan hluta. Undir almenna hlutann eiga lagareglur sem koma fram í lögum nr.

65/1993 um framkvæmd útboða. Þau lög gilda þegar útboði er beitt til að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu. Þessar reglur koma því ekki til skoðunar þegar verk, þjónusta eða vörur eru keyptar án undangengings útboðs. Verður því ekki fjallað frekar um reglurnar hér.

Sérreglur gilda svo um útboð opinberra aðila. Um slík útboð gilda nú lög nr. 84/2007 um opinber innkaup en þau lög leystu af hólmi eldri lög með sama nafni nr. 94/2001. Þau grundvallarsjónarmið sem eiga við um útboðsskyldu á grundvelli þessara laga eru eðlislík og verður því hér eftir einkum vísað til nýrri laganna sem nú gilda.

Gildissvið laganna um opinber innkaup er tilgreint í I. kafla 1. þáttar laganna. Þannig kemur fram í 3. gr. til hvaða opinberu aðila lögin taka til. Lögin taka m.a. til sveitarfélaga og því engum vafa undirorpið að þau eiga við um Kópavogsbæ. Þá er getið um í 4. gr. til hvaða samninga lögin ná en það eru verk-, þjónustu- og vörusamningar eins og þeir eru nánar skilgreindir í ákvæðinu. Um samninga sem ekki falla undir lögin er fjallað í 6. gr. Hér er gengið út frá því að allir samningar Kópavogsbæjar við FM falli undir ákvæði 4. gr. laganna, enda liggur ekkert fyrir um annað.

Opinber innkaup samkvæmt lögum um opinber innkaup skiptast í tvo flokka eftir viðmiðunarfjárhæðum. Annars vegar er um að ræða innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins (EES) og hins vegar innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum svæðisins. Um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum EES er fjallað í 2. þætti laganna en um innkaup yfir þeim viðmiðunum er fjallað í 3. þætti.

Um viðmiðunarfjárhæðir samkvæmt 2. þætti laganna er fjallað í 20. gr. en þar kemur fram að öll innkaup á vörum yfir kr. 5.000.000,- og kaup á þjónustu og verkum yfir kr. 10.000.000,- skuli bjóða út.

Viðmiðunarfjárhæðir 3. þáttar taka mið af reglugerð sem fjármálaráðherra setur í samræmi við 78. gr. laganna. Núgildandi reglugerð er nr. 807/2007. Þar kemur fram í 1. gr. að viðmiðunarfjárhæðir fyrir sveitarfélög, stofnanir þeirra, aðra opinbera aðila á þeirra vegum og samtök sem þeir aðilar kunna að hafa með sér séu kr. 17.980.000,- vegna vörusamninga og þjónustusamninga en kr. 449.490.000,- vegna verksamninga.

Sú þýðingarmikla meginregla kemur fram í 2. mgr. 19. gr. laganna, sem er undir 2. þætti laganna, að ákvæði þess þáttar taka ekki til innkaupa sveitarfélaga, stofnana þeirra, annarra opinberra aðila á þeirra vegum eða samtaka sem þessi aðilar kunna að hafa með sér. Í ákvæðinu kemur fram að þessum aðilum sé þó heimilt að beita reglum 2. þáttar. Þá kemur fram að sveitarfélög skuli setja sér reglur um innkaup sín.

Þrátt fyrir að 3. þáttur laganna gildi um sveitarfélög þá kemur einnig fram í 1. mgr. 79. gr. laganna að við framkvæmd opinberra innkaupa yfir viðmiðunarfjárhæðum skv. 78. gr. skuli fylgja ákvæðum 2. þáttar, þó með þeim frávikum sem þar eru nefnd.

III Viðskipti Kópavogsbæjar við FM – er um brot á reglum um opinber innkaup að ræða

Hér kemur einkum til skoðunar þau viðskipti sem FM hefur átt við Kópavogsbæ frá 2003 til 2008. Er lagt til grundvallar að það sem kemur fram í greinargerð Deloitte hvað varðar fjárhæðir og tegund samninga fái staðist.

A.

Í greinargerð Deloitte kemur fram (á bls. 4) að bæði núgildandi lög um opinber innkaup og eldri lög taki til sveitarfélaga. Samkvæmt ákvæðum laganna, núgildandi 20. gr. og 12. gr. eldri laga, sé skylt að bjóða út kaup á þjónustu og verkum yfir kr. 10.000.000,-.

Hér virðist byggt á þeim misskilningi að 2. þáttur laga um opinber innkaup eigi við um innkaup sveitarfélaga, þ.á m. Kópavogsbæjar. Eins og að framan er rakið þá á 2. þáttur laganna ekki við um innkaup sveitarfélaga, sbr. 2. mgr. 19. gr. laga um opinber innkaup. Með ódags. skýringum Deloitte við greinargerð félagsins til Kópavogsbæjar er gerð tilraun til að draga að hluta úr þeim ályktunum sem dregnar eru af viðskiptum bæjarins, m.a. með því að leiðrétta hluta af rangtúlkun í samspili 2. og 3. þáttar laganna. Þó er tekið sérstaklega fram að staðið sé við þá niðurstöðu að lög um opinber innkaup hafi hugsanlega verið brotin. Tekið er fram í skýringum við greinargerð að beita skuli efnisreglum 2. þáttar laganna „þegar ekki eru sérákvæði í 3. þætti um sama efni“ (sjá bls. 1 í skýringum við greinargerð). Hér virðist enn vera um afar langsóttu túlkun að ræða. Virðist gert ráð fyrir því að 2. þáttur eigi við um innkaup sveitarfélaga hvað sem líður ákvæði 2. mgr. 19. gr., jafnvel þó viðmiðunarfjárhæðir fari ekki yfir þær fjárhæðir sem fjallað er um í reglugerð 807/2007, sbr. 78. gr. laganna, og 3. þáttur miðar við.

Mitt mat er að hin lögfræðilega nálgun við mat á því hvort Kópavogsbær sé útsboðsskyldur eigi að vera eftirfarandi:

- ✓ Ákvæði 2. þáttar laga um opinber innkaup eiga ekki við um innkaup bæjarins. Er hér vísað til 2. mgr. 19. gr. laganna þar sem kemur sérstaklega fram að ákvæði 2. þáttar taki ekki til innkaupa sveitarfélaga.
- ✓ Við mat á útboðsskyldu er þá rétt að líta til 3. þáttar laganna. Ef einstök innkaup, þ.e. einstakir samningar sem gerðir eru, fara yfir viðmiðunarfjárhæðir reglugerðar 807/2007 (17.980.000,- vegna vörusamninga og þjónustusamninga en kr. 449.490.000,- vegna verksamninga), þá á 3. þáttur laganna við. Ef 3. þáttur laganna á við, á 2. þáttur einnig við með tilteknum takmörkunum, sbr. 1. mgr. i.f. 79. gr. laganna.
- ✓ Ef samningar fara ekki yfir viðmiðunarfjárhæðir 3. þáttar, þá á sá þáttur ekki við. Ennfremur á 2. þátturinn ekki við, enda aðeins getið um það í 1. mgr. i.f. 79. gr. laganna að 2. þáttur eigi við ef innkaup fara yfir viðmiðunarfjárhæðir í reglugerð 807/2007.

Af framangreindu leiðir að ekki fær staðist sú túlkun Deloitte að 2. þáttur laga um opinber innkaup eigi við að 3. þætti laganna slepptum.

B.

Kemur þá til skoðunar hvort einstakir samningar hafi verið yfir viðmiðunarfjárhæðum reglugerðar 807/2007, sbr. 78. gr. laganna.

Deloitte kemst að þeirri niðurstöðu að samningar hafi farið yfir viðmiðunarfjárhæðir laganna, sbr. áðurgreind reglugerð og 78. gr. laganna. Enn á ný virðist sú niðurstaða byggð á misskilningi. Í niðurstöðukafla greinargerðar Deloitte virðist vera litið svo á að brotnar hafi verið lagareglur um opinber innkaup þar sem viðskipti bæjarins við FM hafi numið kr. 39.114.253,- á 6 ára tímabili eða um 6.500.000,- á ári. Í greinargerðinni er tekið sérstaklega fram að frá „byrjun viðskipta Kópavogsbæjar við FM hafa fjárhæðir farið yfir viðmiðunarmörk skv. umræddum reglugerðum ef miðað er við 48 mánaða tímabil.“ Hér virðist átt við að þar sem greiðslur Kópavogsbæjar til FM hafi samtals farið yfir viðmiðunarfjárhæðir 3. þáttar þá sé um að ræða brot á reglum um opinber innkaup.

Framangreindur skilningur Deloitte fær einfaldlega ekki staðist og byggist sem fyrr á rangtúlkun á ákvæðum laga um opinber innkaup. Viðskipti FM og Kópavogsbæjar fela í sér margvísleg viðskipti eins og rakið er í greinargerð Deloitte. Hins vegar taka viðmiðunarfjárhæðir laga um opinber innkaup til hvers og eins verksamnings eða hvers og eins þjónustusamnings. Þannig fær ekki staðist að blanda saman og leggja saman fjárhæðir ólíkra verksamninga svo dæmi sé tekið.

Við mat á því hvort 3. þáttur laganna eigi við, þ.e. hvort einstakir samningar séu yfir viðmiðunarfjárhæðum reglugerðar nr. 807/2007, sbr. 78. gr. laganna, með þeim afleiðingum að 2. þáttur laganna eigi við, ber einvörðungu að líta til einstakra samninga eftir þeim reglum sem lögin kveða á um. Ef tiltekinn þjónustu- eða vörusamningur sem nemur að minnsta kosti kr. 17.980.000,- hefur verið gerður milli FM og Kópavogsbæjar þá bar sveitarfélaginu lagaleg skylda til að bjóða innkaupin út í umrætt sinn. Ég hef ekki undir höndum neinar upplýsingar um að einstakur vöru- eða þjónustusamningur hafi farið yfir tilgreinda fjárhæð. Sama á við um verksamningur milli tilgreindra aðila hefur farið yfir kr. 449.490.000,-, þá bar að bjóða verkið út. Einsýnt er samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum að ekki er um slíkar fjárhæðir að ræða í verksamningum milli Kópavogsbæjar og FM.

IV. Niðurstaða

Kópavogsbæ er ekki skylt að bjóða út innkaup á grundvelli laga um opinber innkaup ef einstakir samningar ná ekki viðmiðunarfjárhæðum reglugerðar nr. 807/2007.

Viðmiðunarfjárhæðir reglugerðar nr. 807/2007 eru 17.980.000,- vegna vörusamninga og þjónustusamninga en kr. 449.490.000,- vegna verksamninga. Ekki verður séð af gögnum sem ég hef undir höndum að einstakir samningar hafi náð framangreindum fjárhæðum.

Af því leiðir að Kópavogsbæ var ekki skylt að bjóða út verk- eða þjónustukaup sem samið var um við FM í þeim tilvikum sem um ræðir.