



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Miðvikudagur, 2. nóvember, 2016

Ákvörðun nr. 29/2016

## **Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum – mikilvægi samkeppni við opinber innkaup**

<b>I. Samantekt</b> .....	<b>2</b>
<b>II. Málsmeðferð</b> .....	<b>3</b>
<b>1. Svar Ríkiskaupa</b> .....	<b>5</b>
<b>2. Svar Landspítala</b> .....	<b>7</b>
<b>3. Frekari málsmeðferð</b> .....	<b>10</b>
<b>4. Beiðni um bráðabirgðaráðstafanir og gagnamál</b> .....	<b>12</b>
<b>III. Niðurstaða</b> .....	<b>14</b>
<b>1. Um samspil opinberra innkaupa og samkeppni</b> .....	<b>14</b>
1.1 Lagaumhverfi.....	15
1.1.1 Lög um framkvæmd útboða nr. 65/1993 .....	15
1.1.2 Lög um opinber innkaup nr. 84/2007 .....	15
1.2 Samkeppnislög og gildissvið þeirra .....	18
1.3 Niðurstaða varðandi beitingu bannreglna samkeppnislaga í málinu .....	21
<b>2. Um forsendur til að beita öðrum heimildum Samkeppniseftirlitsins</b> .....	<b>23</b>
2.1 Um markaði málsins .....	24
2.2 Fyrri úrlausnir innkaupayfirvalda í málum Logalands .....	24
2.3 Sjónarmið aðila málsins .....	25
2.4 Niðurstaða.....	29
<b>3. Yfirlýsing Landspítala og framkvæmd innkaupa á heilbrigðisvörum til frambúðar</b> .....	<b>31</b>
<b>IV. Ákvörðunarorð</b> .....	<b>34</b>
<b>Viðauki I – yfirlýsing Landspítala</b> .....	<b>35</b>



## I. Samantekt

Í ákvörðun þessari er gerð grein fyrir athugun Samkeppniseftirlitsins á innkaupum Landspítala og vísbendingum um samkeppnishamlandi háttsemi spítalans í tengslum við innkaup. Tilefni athugunarinnar var kvörtun Logalands ehf., en fyrirtækið er þjónustufyrirtæki á heilbrigðissviði sem selur heilbrigðisvörur, m.a. lækningatæki, hjúkrunarvörur og hjúkrunartæki. Við meðferð málsins var sjónarmiða og ýmissa gagna aflað frá aðilum málsins. Jafnframt var á fyrri stigum málsins tekin afstaða til beiðna Logalands um að Samkeppniseftirlitið beitti bráðabirgðaráðstöfunum í málinu, auk þess sem leyst var úr ágreiningi um afhendingu gagna.

Undir meðferð málsins kynnti Samkeppniseftirlitið aðilum málsins frumniðurstöðu sína þar sem gerðar voru athugasemdir við tiltekna þætti í innkaupum Landspítala á heilbrigðisvörum. Í kjölfarið hófust viðræður á milli Landspítala og eftirlitsins um mögulegar úrbætur. Þann 9. júní 2016 gaf Landspítali út einhliða yfirlýsingu í tengslum við rannsókn málsins þar sem spítalinn skuldbindur sig til að gera tilteknar endurbætur á innkaupaháttum sínum. Með yfirlýsingunni er komið til móts við þær athugasemdir sem gerðar voru í frummati Samkeppniseftirlitsins. Yfirlýsingin fylgir sem viðauki við ákvörðunina.

Í ákvörðuninni er komist að þeirri niðurstöðu að í ljósi aðstæðna í málinu séu hvorki forsendur til þess að beita bannreglum samkeppnislaga né ákvæðum samkeppnislaga sem heimila aðgerðir vegna háttsemi opinberra aðila sem hefur skaðleg áhrif á samkeppni. Byggir sú niðurstaða m.a. á sjónarmiðum um gildissvið samkeppnislaga, skörun á hlutverki eftirlitsins og kærunefndar útboðsmála og þeim aðgerðum sem Landspítali hefur gripið til.

Landspítali er einn stærsti kaupandi á vörum og þjónustu sem er í eigu almennings. Að mati Samkeppniseftirlitsins er gríðarlega mikilvægt að hugað sé að samkeppni við framkvæmd opinberra útboða. Með vel útfærðum útboðum sem tryggja virka samkeppni er unnt að ná fram töluverðum sparnaði og hagræðingu í rekstri hins opinbera. Í tengslum við mál þetta hefur Landspítalinn ráðist í endurbætur á innkaupaháttum sínum með þetta að leiðarljósi.

Við meðferð málsins var ágreiningur milli aðila um aðgengi Landspítalans að tilteknum gögnum sem stöfuðu frá kvartanda. Leyst var endanlega úr þeim þætti málsins með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 26. janúar 2016. Úrlausn þessa ágreinings tafði meðferð málsins.



## II. Málsmeðferð

Samkeppniseftirlitinu barst erindi frá Logalandi ehf. 30. nóvember 2012. Logaland er þjónustufyrirtæki á heilbrigðisviði sem selur heilbrigðisvörur m.a. lækningatæki, hjúkrunarvörur og hjúkrunartæki til heilbrigðisstofnana, Sjúkratrygginga Íslands, fyrirtækja og einstaklinga. Með erindinu óskaði Logaland eftir því að Samkeppniseftirlitið myndi hefja rannsókn á meintri samkeppnishamlandi háttsemi Landspítala í tengslum við innkaup spítalans. Þá náði beiðni Logalands jafnframt til háttsemi Ríkiskaupa í tengslum við innkaup spítalans að því marki sem Ríkiskaup koma að innkaupunum á grundvelli XIII. kafla laga um opinber innkaup nr. 84/2007.

Í erindi Logalands er rakið að fyrirtækið hafi um árabil leitast við að fá bæði Ríkiskaup og Landspítala til að breyta vinnuferlum sínum við innkaup á heilbrigðisvörum sem fyrirtækið telur stangast á við ákvæði laga um opinber innkaup og ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005. Það hafi verið gert með „*fyrirspurnum og athugasemdum, bæði til Ríkiskaupa og innkaupadeildarinnar, kærur til kærunefndar útboðsmála vegna einstakra útboða spítalans og loks á fundum með forsvarsmönnum deildarinnar og forstjóra spítalans.*“ Þrátt fyrir að kærur til kærunefndar útboðsmála hafi oft leitt til þess að útboð hafi verið felld niður er það mat fyrirtækisins að kærur hafi ekki náð að færa vinnuferla innkaupadeildar spítalans til samræmis við samkeppnislög og lög um opinber innkaup.

Þó að úrræði kærunefndar útboðsmála hafi sitt gildi nái þau eingöngu til brota gegn ákvæðum laga um opinber innkaup og þá einungis til brota í einstökum málum. Úrræðin nái þannig ekki að fást með heildstæðum hætti við þá háttsemi sem einkennir innkaup innkaupadeildar Landspítalans og viðskiptavinir hennar megi þola að mati Logalands. Þvert á móti virðist sem ómálefnaleg og um leið ólögmat sjónarmið hafi náð að festa sig í sessi innan deildarinnar.

Það hafi verið niðurstaða Logalands í kjölfarið á lögfræðilegri athugun að þrátt fyrir að meint brot Landspítala vörðuðu að ýmsu leyti ákvæði laga um opinber innkaup, væri þeim þannig háttað að einnig væri um að ræða sjálfstæð brot á ákvæðum samkeppnislaga. Þá væru valdheimildir Samkeppniseftirlitsins gagnvart opinberum fyrirtækjum með þeim hætti að stofnunin gæti – andstætt því sem eigi við um kærunefnd útboðsmála - gripið til almennra ráðstafana m.a. til að bregðast við athöfnum innkaupadeildar spítalans sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni.

Í erindi sínu óskar Logaland eftir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins beinist einkum að eftirtöldum þáttum: **i.** rannsókn á vinnuferlum við innkaup sem ekki eru útboðsskyld; **ii.** rannsókn á því hvort útboðsskylda sé ætíð virt þegar um er að ræða útboðsskyld innkaup, þ. á m. hvernig innkaupum á grundvelli gjafafjár er háttað; **iii.** rannsókn á viðvarandi notkun huglægra útboðsskilmála í útboðum spítalans; **iv.** rannsókn á framkvæmd rammasamninga;

*Ósk um rannsókn á vinnuferlum við innkaup sem ekki eru útboðsskyld*

Í erindinu er vísað til þess að samkvæmt lögum um opinber innkaup sé opinberum aðilum ekki skylt að viðhafa útboð þegar um er að ræða kaup á vörum sem nema ekki hærri fjárhæð en tiltekin er í 20. gr. laga um opinber innkaup. Innkaup undir



viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. laganna séu umtalsverð hjá Landspítala og megi ætla að þau nemi mörg hundruð milljónum króna ár hvert og jafnvel hærri fjárhæð.

Í 22. gr. sömu laga sé kveðið á um framkvæmd innkaupa undir viðmiðunarfjárhæðunum, en þar segi að kaupandi skuli ávallt gæta hagkvæmni og gera samanburð á meðal sem flestra fyrirtækja. Slíkur samanburður skuli jafnan gerður bréflaga eða með rafrænni aðferð. Það er mat Logalands að ákvæði 22. gr. laganna sé einungis að hluta fylgt við innkaup hjá innkaupadeild Landspítala. Til stuðnings þessari skoðun tiltekur Logaland tvö dæmi en fyrirtækið telur að þau séu þó mun fleiri. Dæmin gefi til kynna að mati fyrirtækisins að innkaup Landspítala krefjist rannsóknar af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Fyrri dæmið sem Logaland nefnir varðar rammisamningsútboð Ríkiskaupa nr. 14745, sem auglýst var í ágúst 2009, og laut að kaupum á nánar tilgreindum gifsvörum. Langstærsti kaupandi þessara vara sé Landspítalinn. Tilboði Logalands í flokki fylgihluta hafi verið tekið en ekki í öðrum vörflokkum. Logaland kærði útboðið til kærunefndar útboðsmála. Kærunefndin komst að þeirri niðurstöðu að fella val Ríkiskaupa á tilboðum úr gildi og lagði fyrir stofnunina að auglýsa útboðið á nýjan leik. Samkvæmt erindi Logalands hætti innkaupadeild Landspítala í kjölfar úrskurðar kærunefndarinnar kaupum á gifsvörum af Logalandi, þó um hafi verið að ræða vörur sem spítalinn hafði keypt um árabíl af fyrirtækinu á grundvelli rammisamnings sem gerður hafi verið á grundvelli útboðs, og þó legið hafi ljóst fyrir að tilboð Logalands í umræddum vörflokkum hafi verið lægst. Þrátt fyrir framangreint hafi innkaupadeildin ekki talið ástæðu að halda viðskiptum áfram við Logaland og engum verðfyrirspurnum um vörurnar hafi verið beint til Logalands sem þó hafi augljóslega verið skylt skv. 22. gr. laga um opinber innkaup.

Logaland nefnir sem annað dæmi innkaup Landspítala á skoðunar- og skurðstofuhönskum. Þótt magnkaup þessara hanska séu það mikil að þau falli undir útboðsskyldu hafi rammisamningar ekki verið gerðir við birgja um langa hríð. Megi rekja það til þess að Logaland kærði útboð nr. 15098 - Ýmsar gerðir af skurðstofu- og skoðunarhönskum fyrir heilbrigðisstofnanir til kærunefndar útboðsmála. Í kjölfar kærunnar hafi útboðið verið fellt úr gildi af kærunefndinni.<sup>1</sup>

Logaland telur að framangreind háttsemi Landspítala brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga og a., b. og c. liðum 1. mgr. 16. gr. laganna.

#### *Útboðsskylda ekki virt*

Logaland telur að útboðsskylda við innkaup sé ekki virt í öllum tilvikum af innkaupadeild Landspítala. Það gerist einkum með tvennum hætti að mati fyrirtækisins. Annars vegar sé útboðsskyldan hreinlega ekki virt, en hins vegar dragist að láta útboð fara fram og á meðan fari innkaup fram með þeim hætti sem innkaupadeild spítalans ákveði á hverjum tíma. Ljóst sé að seljendur heilbrigðisvöru eiga ekki auðvelt með að fylgjast með einstökum tækjakaupum og því oft ekki ljóst hvort ný tæki og þá um leið rekstrarvara hafi verið keypt. Spítalinn gefi ekki út lista yfir innkaup sín eða sendi kerfisbundið tilkynningar um slíkt til söluaðila.

---

<sup>1</sup> Þess má geta að í kjölfar kvörtunar Loglands var gert rammisamningsútboð með heimild til örútboda á skoðunarhönskum, gildir sá rammisamningur til 31. júlí 2015 eftir framlengingu.



Logaland bendir á þrjú tilvik þar sem fyrirtækið telur að útboðsskylda hafi ekki verið virt af hálfu innkaupadeildarinnar. Meðal annars bendir Logaland á innkaup á tækjum og rekstrarvörum til blóðstorkumælinga árið 2009 án útboðs og innkaup Landspítalans fyrir gjafafé. Það sé mat Loglands að innkaup fyrir gjafafé ættu að fara fram á grundvelli útboða.

Logaland telur að rannsaka þurfi hvort kaup Landspítala á tækjum og búnaði án útboða fari gegn 10., 11. og 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Á sami grundvelli telur Logaland að rannsaka þurfi hvort grípa þurfi til aðgerða á grundvelli sömu lagaákvæða vegna óhóflegs dráttar á að útboð fari fram.

#### *Rannsókn á viðvarandi notkun huglægra útboðsskilmála*

Logaland telur að notkun Landspítala á huglægum útboðsskilmálum sé ekki í samræmi við 11. og 16. gr. samkeppnislaga. Logaland hafi á undanförunum árum kært fjölda útboða Landspítala til kærunefndar útboðsmála. Kærurnar eigi það flestar sammerkt að Logaland telji að útboðsskilmálar séu það huglægir að þeir setji spítalanum engin mörk við val tilboða en slíkir skilmálar séu andstæðir meginreglu 45. gr. laga um opinber innkaup.

Þrátt fyrir að kærunefnd útboðsmála hafi ítrekað fallist á sjónarmið Loglands um að skilmálar í útboðum Landspítala séu of huglægir hafi spítalinn ekki breytt verklagi sínu.

#### *Framkvæmd rammasamninga*

Logaland vitnar til framkvæmdar Landspítala við innkaup samkvæmt tveimur rammasamningum um sömu vörur, þ.e. bleiur o.fl. Niðurstaðan í báðum tilvikum hafi verið að ganga til samninga við Logaland og Rekstrarvörur ehf. Kaupendur samkvæmt samningnum hafi verið Sjúkratryggingar Íslands og heilbrigðisstofnanir sem séu aðilar að rammasamningakerfi Ríkiskaupa, þ. á m. Landspítali.

Landspítali hafi gefið þá skýringu að spítalinn myndi ekki kaupa umræddar vörur af Logalandi þar sem þær væru allt að 30% dýrari en hjá hinum samningsaðilanum. Þessum fullyrðingum hafi Logaland mótmælt og tekið dæmi um vörur sem væru verðlagðar lægra hjá Logalandi en Rekstrarvörum skv. samningunum.

Logaland telur að framangreint sýni að annað en málefnaleg sjónarmið hafi ráðið för við innkaup Landspítala samkvæmt samningnum og telur að þessi háttsemi brjóti í bága við 10. gr. og a., b. og c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.

### **1. Svar Ríkiskaupa**

Með bréfi, dags. 15. mars 2013, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum Ríkiskaupa vegna erindis Loglands og nánar tilgreindum upplýsingum um aðkomu Ríkiskaupa að innkaupum Landspítala.

Svar Ríkiskaupa barst með bréfi, dags. 30. apríl 2013. Í upphafi svarbréfsins víkja Ríkiskaup að hlutverki stofnunarinnar. Hlutverk Ríkiskaupa sé afmarkað í lögum nr. 84/2007 um opinber innkaup. Í 85. gr. laganna segi að stofnunin annist innkaup fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki, rannsaki sameiginlegar þarfir á vörum og þjónustu og beiti sér fyrir samræmdum innkaupum til þarfa ríkisins. Einnig skuli stofnunin láta í té aðstoð og leiðbeiningar um útboð og innkaup eftir því sem þörf krefji.



Ríkiskaup líti svo á að stofnunin aðstoði aðrar stofnanir sérstaklega hvað varðar útboðstæknilega hlutann og lög um opinber innkaup. Ríkiskaup veiti ríkisstofnunum þjónustu sína samkvæmt gjaldskrá sem ráðherra setji. Mismunandi sé hvað mikla þjónustu ríkisfyrirtæki og stofnanir þiggi af Ríkiskaupum. Sumar stofnanir leggi áherslu á að sérþekking skapist innan þeirra raða varðandi innkaupin og horfi þá jafnvel í að Ríkiskaup sendi reikning fyrir sína þjónustu. Það sé jákvætt að mörgu leyti því þá skapist sérþekking innan þeirra raða varðandi þennan málflokk en þörf sé á því yfir heildina litið.

Ríkiskaup hafi ekki lögbundið boð- eða eftirlitsvald vegna innkaupa einstakra ríkisstofnana. Ríkiskaup veiti þó leiðbeiningar og aðstoð vegna innkaupa og hafi ákveðnum samningsstjórnunarskyldum að gegna bæði hvað varðar stofnanir (kaupendur) og ekki síður söluaðila sem samningar eru gerðir við.

#### *Sjónarmið Ríkiskaupa um erindi Logalands*

Ríkiskaup geta ekki fallist á sjónarmið Logalands um að innkaupadeild Landspítala, eftir atvikum með fulltingi Ríkiskaupa, hafi það markmið að bola Logalandi úr viðskiptum við spítalann. Logaland túlki einhliða og frjáltslega það sem fram hafi farið. Það sé markmið Ríkiskaupa að gera útboðsskilmála þannig úr garði að þeir séu í samræmi við lög um opinber innkaup og sæti þar af leiðandi ekki kærðu. Fyrirhöfn og fjárútlát vegna kærnumála ættu að vera nægileg hvatning til að standa rétt að gerð útboðsskilmála.

Það sé mat Ríkiskaupa að erindi Logalands fjalli að mestu leyti um samskipti Logalands við innkaupadeild Landspítala sem Ríkiskaup hafi ekki átt neina aðild að. Það sé því erfitt fyrir Ríkiskaup að mynda sér skoðun á þeim enda standi þar meira og minna orð gegn orði.

#### *Aðkoma Ríkiskaupa að innkaupum Landspítala*

Ríkiskaup hafi aðstoðað við innkaup á ýmsum hjúkrunarvörum, hjúkrunartækjum, ígræði og lækningatækjum fyrir Landspítala og aðrar heilbrigðisstofnanir. Ríkiskaup hafi ekki frumkvæði að slíkum innkaupum. Beiðni komi frá Landspítala um að fara þurfi í útboð með ákveðin innkaup og vinni starfsmenn innkaupadeildarinnar og eftir atvikum heilbrigðistæknideildar Landspítala með verkefnastjórum Ríkiskaupa að því að semja útboðsskilmála. Í þessum málaflokki, þ.e. almennum útboðum á tækjum og búnaði, hafi Ríkiskaup og Landspítali haft mismunandi sjónarmið um valforsendur, en Landspítali hafi þar haft síðasta orðið enda um eigin útboð spítalans að ræða.

Í umfjöllun fjölmiðla hafi komið fram að við kærðu útboða myndist ákveðið lagalegt tómarúm í innkaupum. Þetta sé ekki rétt enda verði öll innkaup undir viðmiðunarmörkum að vera í samræmi við meginreglu 22. gr. laga um opinber innkaup. Örutboð innan rammamarknaðar og kaup undir viðmiðunarmörkum séu alfarið á ábyrgð Landspítala eða eftir atvikum annarra heilbrigðisstofnana.

#### *Innkaup á heilbrigðisvörum og tækjum fyrir gjafafé*

Spurningin hvort innkaup fyrir gjafafé falli innan gildissviðs laga um opinber innkaup eða ekki ráðist einfaldlega af því hvort fjármagn til kaupa á hjúkrunarvörum, hjúkrunartækjum, ígræði og lækningatækjum sé afhent heilbrigðisstofnunum áður en þessar vörur séu keyptar eða eftir á. Ef gefandinn ákveði sjálfur að kaupa þessar vörur fyrir sitt eigið fé, þá



nái lög um opinber innkaup ekki yfir kaupin. Ef heilbrigðisstofnun sé gefið fjármagn til kaupanna þá beri heilbrigðisstofnuninni að fara eftir lögum um opinber innkaup.

Heppilegasta fyrirkomulagið væri að Landspítali og aðrar heilbrigðisstofnanir myndu annast innkaupin sjálfar með gagnsæjum hætti. Þannig myndi gjafaféð nýtast best. Hins vegar hafi Ríkiskaup eða Landspítali ekki vald til að segja gefendum fyrir með þessum hætti. Einnig beri að hafa í huga að hið opinbera stuðlar að því að hinn hátturinn sé hafður á með því að líknarfélög, en ekki opinberar stofnanir, fá felld niður aðflutningsgjöld af þessum tækjum og vörum þegar um gjafafé er að ræða, sbr. reglugerð nr. 630/2008 um ýmis tollfríðindi.

## **2. Svar Landspítala**

Með bréfi, dags. 15. mars 2013, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum Landspítala vegna erindis Logalands og nánar tilgreindum upplýsingum og gögnum.

Sjónarmið Landspítala, ásamt umbeðnum upplýsingum, bárust með bréfi 15. maí 2013. Í svari spítalans kemur fram að hafnað sé sem tilhæfulausum öllum þeim ásökunum sem settar séu fram í erindi Logalands. Landspítali bendi í þessu sambandi á að frá árinu 2007 hafi viðskipti spítalans við Logaland tæplega fjórfaldast.

### *Innkaup sem eru ekki útboðsskyld*

Landspítali heldur því fram að innkaup hans undir viðmiðunarfjárhæðum hafi ekki brotið í bága við 22. gr. laga um opinber innkaup og skilyrði ákvæðisins um verðsamanburð og jafnræði. Spítalinn beiti verðfyrirspurnum í þeim tilvikum þegar um innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum sé að ræða. Ferlið sé einfaldara en við útboð sem feli í sér að fyrst sé tekinn saman listi yfir vörur í viðkomandi fyrirspurn, væntanlegt verðmæti þeirra og magn. Kröfulýsingar á vörunum séu ákvarðaðar í samvinnu verkefnastjóra frá innkaupadeild og sérfræðingi sem málið varðar. Þegar vörulýsing liggja fyrir séu fyrirspurnir birtar á vef Landspítala nema í undantekningartilvikum. Í verðfyrirspurnum sé birgjum gefinn sanngjarn tími til að bjóða í viðkomandi vöru, oftast 2 til 3 vikur. Eftir að tilboð hafi borist spítalanum sé lægsta tilboðið metið fyrst og síðan koll af kolli.

Landspítali telji þetta verklag í fullu samræmi við 22. gr. laga um opinber innkaup. Þessu ferli hafi hins vegar ekki verið beitt í kjölfar ógildingar útboða.

Umrætt innkaupaferli á gifsvörum hafi byrjað í ágúst 2009 þegar auglýst hafi verið útboð á viðkomandi vörum. Logaland hafi unnið útboðið í einum flokki af fjórum en kært niðurstöðuna á grundvelli þess valmódelis, þ.e. þeirra forsendna sem útboðið byggði á. Með úrskurði sínum 27. apríl 2010 nr. 2/2010 hafi kærunefnd útboðsmála gert ýmsar athugasemdir við valmódelið og því þurfti að byrja innkaupaferlið upp á nýtt.

Í kjölfar úrskurðarins hafi þurft að búa til nýtt valmódel en Landspítali telji að mikilvægt sé að vörur sem taka eigi í notkun séu prófaðar af starfsmönnum spítalans áður en þær séu keyptar. Farin hafi verið sú leið að leita til helstu sérfræðinga í lögum um opinber innkaup. Eftir marga fundi hafi niðurstaðan verið sú að setja hlutlægan mælikvarða á huglægar matsforsendur og nota svo kallaðan Likert skala. Var fengin umsögn sérfræðinga frá HÍ til





að meta aðferðina. Vinna við að búa til nýtt valmódel sé þannig umfangsmikil og tímafrek og skýri að miklu leyti þann tíma sem leið frá birtingu á niðurstöðu kærunevndar til nýrrar útboðsauglýsingar.

Á því tímabili sem liðið hafi frá því að útboð var ógilt eða stöðvað hafi ekki verið til staðar gildur samningur um innkaup á krepbindum, gífsbómull og grisjuhólkum. Ljóst sé þó að spítalanum hafi verið nauðsynlegt að hafa aðgang að þessum vörum á því tímabili. Það sé mat Landspítala að við þessar aðstæður sé spítalanum frjálst að kaupa af þeim birgjum sem hann ákveði svo framarlega að kaupin séu hagkvæm og gæðakröfur uppfylltar.

Á þessum tíma hafi ekki verið forsendur til að framkvæma verðfyrirspurn, m.a. vegna óvissu um túlkun á 2. mgr. 74. gr. laga um opinber innkaup við slíkar aðstæður. Hvorki Landspítali né Ríkiskaup hafi getað nýtt sér þær upplýsingar sem fólust í tilboðum bjóðenda og keypt í samræmi við hagstæðustu tilboðin enda brjóti slík háttsemi í bága við 2. mgr. 74. gr. laganna, en þar segir að kaupanda sé óheimilt að nýta hugmyndir eða tilboð bjóðenda á nokkurn hátt eftir að tilboði hefur verið hafnað. Af þeim sökum hafi Landspítala hvorki verið heimilt né skylt að kaupa vörflokka C og D af Logalandi sem átti lægsta tilboð í þá flokka í útboðinu. Slíkur gjörningur af hálfu Landspítala hefði beinlínis verið ólögætur.

Því sé jafnframt haldið fram í erindi Logalands að háttsemi Landspítala varðandi innkaup á skoðunar- og skurðstofuhönskum takmarki samkeppni. Erindi Logalands byggir á því að það fari gegn ákvæðum samkeppnislaga að leita ekki tilboða hjá Logalandi í skoðunar- og skurðstofuhanska, í því millibilsástandi sem skapaðist eftir að kærunevnd útboðsmála felldi úr gildi útboð nr. 15098 - *Ýmsar gerðir af skurðstofu- og skoðunarhönskum fyrir heilbrigðisstofnanir*. Að mörgu leyti eigi sömu rök við hér og varðandi gifsefnin. Landspítala beri engin skylda til að leita tilboða hjá Logalandi við þessar aðstæður.

#### *Útboðsskylda ekki virt*

Í erindi Logalands sé því haldið fram að Landspítali virði ekki útboðsskyldu. Einkum sé vísað til þess að þetta gerist með tvennum hætti, annars vegar sé útboðsskylda ekki virt og hins vegar dragist að láta útboð fara fram, á meðan innkaup fari fram eins og innkaupadeild ákveður á hverjum tíma.

Landspítali leggi sig fram um að framfylgja reglum laga um opinber innkaup. Óvæntar breytingar og sveiflur í starfsemi spítalans geti valdið aukinni þörf fyrir tiltekna vörur eða vörur sem áður hafa ekki verið keyptar. Þegar hagsmunir sjúklinga krefjist aukinna innkaupa eða kaupa á nýjum rekstrarvörum þá beri spítalanum að bregðast við og útvega þær vörur sem þörf er á, sbr. t.d. c. lið 1. mgr., 33. gr. laganna, sem heimili kaup án útboðs í slíkum tilvikum.

Landspítali fái ekki annað séð en að athugasemdir Logalands varðandi þennan þátt málsins varði framkvæmd laga um opinber innkaup. Landspítali telji sig vinna innan marka þeirra laga og telji því óhjákvæmilegt að mótmæla því að háttsemi hans geti fallið undir bannreglur samkeppnislaga, á meðan hún samræmist þeim sérreglum sem lög um opinber innkaup feli í sér. Þá líti Landspítali svo á að það sé ekki á færi samkeppnisyfirvalda að skera úr um hvort útboðsskylda hafi verið virt eða ekki, enda sé það hlutverk kærunevndar





útboðsmála að leysa úr atriðum sem varða brot á lögum um opinber innkaup, sbr. 2. mgr. 91. gr. þeirra.

Landspítali telji að niðurstaða um hvort ráðstöfun gjafafjár skuli fara fram á grundvelli útboða eða ekki ráðist fyrst og fremst af túlkun á lögum um opinber innkaup. Að mati spítalans sé það ekki á færri samkeppnisyfirvalda að ráðast í slíka túlkun eða setja fram meginreglur.

Varðandi spurninguna um hvort tilvik sem þessi falli undir gildissvið laga um opinber innkaup sé mjög mikilvægt að hafa í huga að í þessum tilvikum sé Landspítali ekki kaupandi viðkomandi vöru eða tækja. Gefendur séu í flestum tilvikum einstaklingar, fyrirtæki eða frjáls félagasamtök, sem séu þá raunverulegir kaupendur vörunnar, en ljóst megi vera að innkaupalögin nái ekki til slíkra aðila. Lögin taki eingöngu til opinberra aðila, sem nánar séu tilgreindir í 3. gr. laganna enda sé það grundvallaratriðið í allri löggjöf um opinber innkaup að verið sé að fjalla um ráðstöfun opinbers fjár. Í þeim tilvikum að einstaklingar, fyrirtæki eða frjáls félagasamtök ákveði að ráðstafa fé sínu til hagsbóta fyrir Landspítala sé ekki um að ræða ráðstöfun á opinberu fé sem heyri undir lög um opinberi innkaup. Það sé því afstaða spítalans að gjafir af þessu tagi séu ekki útboðsskyldar lögum samkvæmt og að lögin taki ekki til þeirra.

#### *Varðandi huglæga útboðsskilmála*

Í erindi Logalands sé fjallað um að Landspítala séu oft litlar skorður settar við val tilboða vegna huglægra þátta í valmódeli sem sé, að mati fyrirtækisins, ólöglegt. Þessu haldi Logaland ítrekað fram þrátt fyrir að kærunefnd útboðsmála hafi staðfest lögmæti umþrættra valmódeli í síðustu ákvörðunum og úrskurðum en fyrirtækið virðist ekki sætta sig við þær niðurstöður.

Landspítali fái ekki annað séð en að athugasemdir þessar varði framkvæmd opinberra útboða samkvæmt lögum um opinber innkaup. Réttur vettvangur fyrir erindi er varða huglæga þætti valmódelis útboða sé hjá kærunefnd útboðsmála en ekki Samkeppniseftirlitinu að mati Landspítala. Landspítali telji því að Samkeppniseftirlitið eigi að vísa þessum athugasemdum frá.

#### *Framkvæmd rammasamninga*

Í erindi Logalands til Samkeppniseftirlitsins séu rakin sjónarmið fyrirtækisins um framkvæmd á rammasamningi um tiltekna hjúkrunarvörur (bleiur o.fl.) sem gilda skyldi í tvö ár frá og með 30. apríl 2010. Samningurinn sé með heimild til örútbóða. Landspítali vildi á árinu 2009 fara í örútbóð samkvæmt eldri rammasamningi en Logaland andmælti því og taldi örútbóðið ólöglegt. Þrátt fyrir að Landspítali hafi verið á öndverðum meiði og teldi að heimilt væri að efna til örútbóðs, m.a. með vísan til ákvæða í samningnum sjálfum, hafi verið ákveðið að hætta við þessi áform þar sem fyrirhöfn og kostnaður við málarekstur í þessu tilviki svaraði ekki kostnaði.

Í kjölfar þess að hætt hafi verið við örútbóð hafi kaupum verið haldið áfram innan rammasamningsins. Rammasamningurinn var gerður við Logaland og Rekstrarvörur ehf. Ákveðið hafi verið að kaupa vörur af Rekstrarvörum vegna þess að vegið meðalverð frá því fyrirtæki hafi verið um 20-30% lægra en frá Logalandi.



### 3. Frekari málsmeðferð

Með bréfi, dags. 28. maí 2013, sendi Samkeppniseftirlitið umsagnir Ríkiskaupa og Landspítala Logalandi til athugasemda. Í kjölfarið óskaði Logaland eftir aðgangi að þeim gögnum og tölvupóstum sem fylgdu umögn Landspítala. Afgreiðsla þess gagnamáls tók nokkurn tíma í ljósi umfangs gagnanna. Athugasemdir Logalands bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 6. nóvember 2013. Athugasemdum Logalands er skipt í tvo þætti annars vegar athugasemdir við umsögn Ríkiskaupa og hins vegar umsögn Landspítala.

Logaland telur að í umsögn Ríkiskaupa komi fram að ákveðinn ágreiningur sé á milli stofnunarinnar og Landspítala um það hvernig beri að haga útboðum á heilbrigðisvörum, einkum valforsendum.

Logaland mótmælir þeirri afstöðu Landspítala að mál þetta eigi ekki að öllu leyti undir lögsögu samkeppnisyfirvalda. Í lögum um opinber innkaup sé hvergi vikið sérstaklega að samkeppnislögum og mælt svo fyrir að þau lög gildi ekki um opinber innkaup. Hefði það verið ætlunin sé ljóst að átt hefði verið að taka slíkt fram berum orðum.

Varðandi gjafafé telur Logaland óeðlilegt að spítalinn hafi ekki sett sér verklagsreglur um nýtingu slíks fjár. Þá séu útskýringar spítalans á því hvers vegna hann nýti ekki þær aðferðir sem lög um opinber innkaup ákveða og sé ætlað að stuðla að hagkvæmni við kaup á tækjum fyrir gjafafé lítt skiljanlegar út frá meginreglunni um vandaða stjórnsýslu. Um sé að ræða kaup á flóknum vörum og val búnaðarins hljóti alltaf að vera í höndum spítalans en ekki gefandans. Skýrar verklagsreglur um móttöku og notkun gjafafjár séu ekki til þess fallnar að skaða þessa mikilvægu uppsprettu tækja og búnaðar, heldur miklu frekar til þess fallnar að tryggja hana og festa í sessi.

Áður hafði Logaland sent Samkeppniseftirlitinu bréf, dags. 16. október 2013, þar sem óskað var eftir að eftirlitið framkvæmði frekari skoðun á tölvugögnum frá Landspítala. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir umsögn Landspítala og Ríkiskaupa um þetta bréf og athugasemdir Logalands með bréfum, dags. 13. desember 2013.

Umsögn Ríkiskaupa barst með bréfi, dags. 15. janúar 2014. Ríkiskaup vísa til þess að efni bréfs Logalands fjalli að mestu leyti um atriði sem varði innkaup Landspítala sem séu ekki á vegum Ríkiskaupa. Í erindi Logalands sé lögð áhersla á að upplýsa þann ágreining sem virðist ríkja á milli Landspítala og Ríkiskaupa vegna innkaupa á heilbrigðisvörum. Landspítali hafi á að skipa sérstöku teymi fólks sem annist opinber innkaup auk faghópa sem annist prófanir á vörum sem keyptar séu inn. Að þessu leyti sé spítalinn frábrugðinn öðrum kaupendum sem Ríkiskaup starfi með. Í sumum tilvikum lesi starfsmenn Ríkiskaupa aðeins yfir fullbúin útboðsskjöl. Í sumum tilfellum sé starfsfólk innkaupadeildar Landspítala ekki sammála athugasemdum og lagatúlkun Ríkiskaupa. Að mati Ríkiskaupa hafi þessi skoðanaskipti sem slík engin áhrif á samkeppni bjóðenda í útboðum.

Umsögn Landspítala barst með bréfi, dags. 27. janúar 2014. Í upphafi bréfsins eru raktar þær breytingar sem hafa orðið á lögum um opinber innkaup sem fela í sér auknar heimildir



kærunefndar útboðsmála til að bregðast við brotum á lögnum. Þá hafi breytingarnar jafnframt falið í sér rýmkað aðgengi aðila sem telja að brotið hafi verið á sér til að bera ágreininginn undir nefndina. Ljóst sé að það falli utan valdsviðs Samkeppniseftirlitsins að úrskurða um möguleg brot gegn lögum um opinber innkaup.

Með bréfi, dags. 29. janúar 2014, sendi Samkeppniseftirlitið Logalandi umsagnir Landspítala og Ríkiskaupa til athugasemda. Athugasemdir Logalands bárust með bréfi, dags. 28. febrúar 2014. Logaland geri ekki sérstakar athugasemdir við umsögn Ríkiskaupa en ítrekar athugasemdir við starfshætti Landspítala við innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum, eða á milli rammamanna, sem ekki séu ávallt í samræmi við kröfu 22. gr. laga um opinber innkaup. Þá ítrekar Logaland athugasemdir sínar við notkun Landspítala á huglægum útboðsskilmálum.

Með bréfum, dags. 24. mars 2014, gaf Samkeppniseftirlitið Ríkiskaupum og Landspítala færi á að koma að athugasemdum vegna svarbréfs Logalands frá 28. febrúar 2014. Umsögn Ríkiskaupa barst með bréfi, dags. 28. mars 2014. Ríkiskaup gera athugasemdir við tiltekin atriði í bréfi Logalands. Til að mynda hafi útboð á Línuhraðli sannanlega farið fram og að kærunefnd útboðsmála hafi fallist á að heimilt sé að meta huglæga þætti varðandi notkunareiginleika vöru í úrskurði kærunefndar útboðsmála nr. 1/2013.

Athugasemdir Landspítala bárust með bréfi, dags. 11. apríl 2014. Landspítali telur að bréf Logalands krefjist ekki nýrra athugasemda nema varðandi tvö atriði um verðfyrirspurn.

Með bréfi, dags. 16. apríl 2014, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum Logalands við svarbréf Ríkiskaupa og Landspítala, ef einhverjar væru. Athugasemdir Logalands bárust með bréfi, dags. 9. maí 2014.

Samkeppniseftirlitið sendi þann 20. maí 2014 bréf til Ríkiskaupa og Landspítala þar sem gefið var færi á að koma að athugasemdum vegna bréfs Logalands frá 9. maí 2014, ef einhverjar væru. Að öðrum kosti liti Samkeppniseftirlitið svo á að umsagnarferli vegna erindis Logalands frá 30. nóvember 2012 væri lokið, að undanskilinni beiðni Landspítala um afhendingu á fylgiskjali nr. 5 með erindi Logalands frá 30. nóvember 2012.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Logalands, dags. 27. ágúst 2014, var fjallað um afhendingu gagna og frekari efnismeðferð málsins. Í bréfinu tók Samkeppniseftirlitið fram að í kjölfar frumskoðunar fyrirbyggjandi gagna telji eftirlitið ólíklegt að sýnt verði fram á að 10. eða 11. gr. samkeppnislaga hafi verið brotin í málinu. Með bréfi, dags. 9. september 2014, kom Logaland á framfæri sjónarmiðum sínum vegna framangreinds frummati Samkeppniseftirlitsins.

Á fundum vorið 2015 kynnti Samkeppniseftirlitið aðilum málsins frumniðurstöðu sína. Í frummatinu var það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki væru forsendur til að beita bannákvæðum samkeppnislaga í málinu þá voru gerðar athugasemdir við ákveðna þætti í innkaupum Landspítala og jafnframt lagðar til tilteknar lausnir. Í kjölfar þess að frummatið var kynnt átti Samkeppniseftirlitið í viðræðum við Landspítala um hugsanlega lausn málsins. Þeim viðræðum lauk ekki með sátt á grundvelli 17. gr. f. samkeppnislaga við spítalann. Aftur á móti gaf Landspítalinn við meðferð málsins út yfirlýsingu um tilteknar endurbætur



í innkaupum sínum, dags. 9. júní 2016. Fjallað er um yfirlýsinguna í kafla III. 3. hér að aftan. Loks má benda á að nánar er fjallað um sjónarmið málsaðila í kafla III. 2.3.

#### **4. Beiðni um bráðabirgðaráðstafanir og gagnamál**

Í upphaflegu erindi sínu frá 30. nóvember 2012 óskaði Logaland eftir því að Samkeppniseftirlitið gripi til bráðabirgðaráðstafana ef tilteknir samningar Landspítala við Logaland yrðu ekki framlengdir. Í tengslum við rannsókn málsins óskaði síðan Logaland í tvígang eftir því að Samkeppniseftirlitið beitti heimild sinni til bráðabirgðaráðstafana. Taldi eftirlitið að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar væru ekki uppfyllt og hafnaði kröfum Logalands þar um.

Með bréfi, dags. 22. mars 2013, óskaði Landspítali eftir aðgangi að fylgiskjali nr. 5 með erindi Logalands sem óskað hafði eftir að háð yrði trúnaði. Um væri að ræða tölvubréf frá ótilgreindum viðskiptamanni Logalands þar sem því er haldið fram að Landspítali hafi með ólögætum hætti reynt að hafa áhrif á viðskiptasamband aðilanna. Landspítali gæti ekki með nokkrum hætti varist ásökunum á fullnægjandi hátt fengi hann ekki aðgang að umræddu tölvubréfi.<sup>2</sup>

Meðferð þessa gagnamáls lauk með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 26. janúar 2016 í máli nr. 10/2015. Var komist að þeirri niðurstöðu að afhenda bæri Landspítala eintak af fylgiskjali nr. 5. Meðferð málsins er nánar útskýrð í úrskurðinum. Úrlausn þessa þáttar málsmeðferðarinnar tafði meðferð málsins umtalsvert.

Með svarbréfi Landspítala til Samkeppniseftirlitsins frá 15. maí 2013 fylgdi töluvert magn fylgiskjala. Þar á meðal voru nokkrar möppur sem innihéldu tölvupóstsamskipti innkaupadeildar Landspítala við birgja o.fl. Með tölvupósti, dags. 6. júní 2013, óskaði Logaland eftir aðgangi að umræddum tölvupóstum og öðrum skjölum með vísan til ákvæða stjórnarsýslulaga um rétt aðila máls til aðgangs að gögnum. Í svarbréfi Landspítala 15. maí 2013 var farið fram á að litið yrði á alla tölvupósta starfsmanna spítalans sem trúnaðarmál. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Landspítala, dags. 25. júní 2013, óskaði eftirlitið eftir að spítalinn endurskoðaði mat sitt á því að hvaða leyti umræddir tölvupóstar hefðu að geyma trúnaðarupplýsingar í skilningi stjórnarsýslulaga. Jafnframt var óskað eftir að Landspítali afhenti nýtt eintak af umræddum fylgiskjölum með svarbréfi spítalans þar sem trúnaðarupplýsingar hafa verið afmáðar, sbr. 2. mgr. 16. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Tekið var fram í bréfinu að fyrirsjáanlegt væri að efnisleg meðferð málsins myndi tefjast á meðan leyst væri úr framangreindri gagnabeiðni.

Eintak af umræddum tölvupóstum þar sem trúnaðarupplýsingar höfðu verið afmáðar barst frá Landspítala 26. júlí 2013. Ríkiskaup og Fastus, einn þeirra birgja sem á í viðskiptum við Landspítala, óskuðu eftir að fá að koma að sjónarmiðum vegna afhendingu tölvupóstanna. Umsögn um afhendinguna barst frá Ríkiskaupum með bréfi, dags. 23. ágúst 2013. Umsögn

---

<sup>2</sup> Í erindi Logalands er efni skjalsins lýst með eftirfarandi hætti: „Rétt er að taka fram að því hefur verið mótmælt af hálfu Landspítala að yfirlýsing fulltrúa Hartmann standist, sbr. fylgiskjal nr. 10. Hins vegar fylgir kærur þessari afrit tölvubréfs, sbr. fylgiskjal nr. 5, þar sem annar birgi umbjóðanda míns vísar til samtals við fulltrúa Landspítala sem setur svipaðar "viðvaranir" fram við birgjann. Styður það ásamt ýmsum öðrum atriðum þessarar kærur þá afstöðu umbjóðanda míns að reynt hafi verið með ólögætum hætti að bola honum úr viðskiptum við spítalann"



frá Fastus barst ekki. Voru tölvupóstarnir, án trúnaðarupplýsinga, í kjölfarið afhentir Logalandi.



### III. Niðurstaða

Í erindi sínu frá 30. nóvember 2012 kvartaði Logaland undan meintri samkeppnishamlandi háttsemi Landspítala og Ríkiskaupa við innkaup á heilbrigðisvörum, einkum lækningatækjum, lækningavörum og hjúkrunarvörum. Óskaði Logaland eftir rannsókn Samkeppniseftirlitsins á:

- i. vinnuferlum við innkaup sem eru ekki útboðsskyld;
- ii. hvort útboðsskylda sé alltaf virt;
- iii. notkun huglægra valforsendna;
- iv. framkvæmd rammasamninga.

Við meðferð málsins aflaði Samkeppniseftirlitið ítarlegra sjónarmiða og upplýsinga frá aðilum málsins. Meðal annars var aflað ýmissa gagna um útboð Landspítala og verðfyrirspurnir spítalans. Hér að framan er meðferð málsins lýst með ítarlegum hætti.

Á fundum vorið 2015 kynnti Samkeppniseftirlitið aðilum málsins, Logalandi, Landspítala og Ríkiskaupum, frumniðurstöðu sína vegna málsins. Var það frummat eftirlitsins að ekki væru forsendur til að beita bannákvæðum samkeppnislaga í málinu en að til greina kæmi að beina álit til Landspítala eða jafnvel að beina fyrirmælum til spítalans á grundvelli b. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.<sup>3</sup> Landspítali hafði áður lýst yfir vilja „*til samvinnu með Samkeppniseftirlitinu um það sem eftir atvikum má betur fara við fyrirkomulag innkaupa á vegum Landspítala, sem stuðli að bættri samkeppni og þar með nýtingu almannafjár*“, sbr. bréf spítalans til Samkeppniseftirlitsins frá 28. október 2014.

Í kjölfarið hófust viðræður á milli Samkeppniseftirlitsins og Landspítala um úrbætur. Leiddu þær viðræður til þess að Landspítali skuldbatt sig með einhliða yfirlýsingu til að grípa til aðgerða til að tryggja virka samkeppni í innkaupum spítalans. Fjallað er um efni yfirlýsingar spítalans í kafla III. 3. Yfirlýsing Landspítalans felur ekki í sér sátt á grundvelli 17. gr. f. samkeppnislaga.

Hér á eftir verður fyrst fjallað um lagaumhverfi opinberra innkaupa og tengsl þess við samkeppni og samkeppnislög, svo og forsendur Samkeppniseftirlitsins fyrir þeirri niðurstöðu sinni að ekki sé tilefni til að beita bannreglum samkeppnislaga í málinu. Næst er fjallað um forsendur til að beita öðrum úrræðum samkeppnislaga, þ.e. ákvæði b. liðar 1. mgr. 16. gr. laganna sem varðar athafnir opinberra aðila og heimild c. liðar 1. mgr. 8. gr. laganna til að beina álit til opinberra aðila. Loks er fjallað um yfirlýsingu Landspítala sem gefin var út í tilefni af rannsókn málsins.

#### 1. Um samspil opinberra innkaupa og samkeppni

Meginmarkmið laga um opinber innkaup nr. 84/2007 er m.a. að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, að auka hagkvæmni í opinberum rekstri með samkeppni og efla nýsköpun. Er þetta í samræmi við markmið samkeppnislaga nr. 44/2005 sem er að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðslupáttá

---

<sup>3</sup> Þetta frummat varðandi beitingu samkeppnislaga hafði áður verið kynnt málsaðilum með bréfi, dags. 27. ágúst 2014.



þjóðfélagsins. Bæði samkeppnislög og lög um opinber innkaup eiga fyrirmynd sína að sækja til EES/ESB-réttar.

Hér að neðan er helsta lagaumhverfi vegna opinberra innkaupa kynnt sem og tengsl þess við reglur samkeppnislaga. Þá er komist að niðurstöðu um beitingu bannreglna samkeppnislaga í málinu.

### 1.1 Lagaumhverfi

Helstu lagabálfar sem í gildi eru hérlendis á sviði útboðsréttar eru lög um opinber innkaup nr. 84/2007 ásamt lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða.<sup>4</sup>

Samkeppnislög gilda um opinber útboð, enda sé um að ræða atvinnustarfsemi skv. 2. gr. samkeppnislaga. Þannig gilda samkeppnislög m.a. um háttsemi þjóðenda í opinberum innkaupum en í því samhengi koma reglur um ólögmaett samráð einkum til skoðunar. Þá geta reglur samkeppnislaga jafnframt átt við um kaupendahliðina í vissum tilvikum, þ.e. þann opinbera aðila sem stendur að innkaupum. Ef útboðum eða öðrum gildum innkaupaaðferðum er ekki beitt eða innkaupsferli eru illa sett upp geta þau takmarkað samkeppni með alvarlegum hætti. Nánar er fjallað um samspil samkeppnislaga og laga um opinber innkaup hér á eftir.

#### 1.1.1 Lög um framkvæmd útboða nr. 65/1993

Lögin fela í sér ákveðnar meginreglur við framkvæmd útboða og gilda hvort sem opinberir aðilar eða einkaaðilar standa að þeim, sbr. athugasemdir við 1. gr. laganna í greinargerð. Meðal annars er í lögum að finna reglur um afturköllun tilboðs, opnun tilboða, höfnun tilboðs og samþykki tilboðs. Lög um opinber innkaup hafa yfirleitt að geyma ítarlegri reglur en fram koma í lögum um framkvæmd útboða og því reynir lítt á lög um framkvæmd útboða við opinber innkaup.

#### 1.1.2 Lög um opinber innkaup nr. 84/2007

Í 1. gr. laga um opinber innkaup segir að tilgangur laganna sé 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. Lögin taka til ríkis, sveitarfélaga, stofnana þeirra og annarra opinberra aðila ásamt þeim samtökum sem þessir aðilar kunna að hafa með sér sbr. 3. gr. laganna. Ljóst er að Landspítali og starfsemi spítalans fellur undir gildissvið laganna. Lögin byggja að miklu leyti á tilskipun ESB nr. 2004/18/EB.

Lög um opinber innkaup eru viðamikill lagabálfur sem skipt er upp í fjóra þætti:

1. Þáttur 1.-18. gr. a útskýrir sameiginleg hugtök, almennar reglur og gildissvið
2. Þáttur 19.-77. gr. útskýrir innkaup undir undir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins.
3. Þáttur 78.-83. gr. útskýrir innkaup yfir viðmiðunarfjárhæð Evrópska efnahagssvæðisins. Ákvæðin vísa í 2. þátt nema að því er varðar ákveðnar reglur.
4. Þáttur 84.-107. gr. útskýrir stjórnsýslu, meðferð kærumála o.fl.

---

<sup>4</sup> Á heimasíðu Ríkiskaupa er að finna lista yfir reglugerðir um opinber innkaup. <http://www.rikiskaup.is/um-rikiskaup/lagalegtumhverfi/>.





Þeir sem njóta réttar samkvæmt lögnum eru fyrirtæki með staðfestu í einhverju ríki Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu, sbr. 15. gr. laganna. Það er lagaskylda að gæta jafnræðis fyrirtækja og gagnsæis við gerð samninga um opinber innkaup skv. 14. gr. laganna.

Annar þáttur laga um opinber innkaup ber yfirskriftina „*Opinber innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum Evrópska efnahagssvæðisins*“. Fjallar kaflinn um þann hluta opinberra innkaupa sem ekki er skylt að bjóða út á hinu Evrópska efnahagssvæði.

Samkvæmt 20. gr. laga um opinber innkaup skal bjóða út, eða framkvæma í samræmi við innkaupaferli sem kveðið er á um í V. kafla laganna, öll innkaup á vörum yfir 11,5 m. kr., kaup á þjónustu yfir 14,9 m. kr. og verkum yfir 28 m. kr. Fjárhæðirnar breytast annað hvert ár í samræmi við breytingar á vísitölu neysluverðs.

Við innkaup undir innlendum viðmiðunarfjárhæðum skal kaupandi þó ávallt gæta hagkvæmni og gera samanburð meðal sem flestra fyrirtækja sbr. 22. gr. laganna. Sérstakar reglur gilda um hvernig reikna skuli út virði þeirra samninga sem um ræðir enda er það ekki alltaf augljóst hvenær upphæðir eru yfir þessum viðmiðunarfjárhæðum.

Óheimilt er að skipta upp verki eða innkaupum á vöru og/eða þjónustu í því skyni að innkaup verði undir viðmiðunarfjárhæðum. Þar sem innkaupum á verki eða þjónustu er skipt upp í fleiri sjálfstæða samninga, sem gerðir eru samtímis, skal miða við samanlagt virði allra samninganna skv. 27. gr. laga um opinber innkaup. Sama á við þegar innkaupum á vöru af sömu tegund er skipt upp í fleiri sjálfstæða samninga sem gerðir eru samtímis.

Meginreglan um innkaupaferli í lögum um opinber innkaup er sú, skv. 30. gr., að opinber innkaup yfir viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. eiga að fara fram með almennu eða lokuðu útboði. Nánari reglum er lýst í VI., VII., VIII., og IX. kafla laganna. Einnig er heimilt að kaupa inn á grundvelli rammamnings eða samkvæmt svokölluðu gagnvirku innkaupakerfi þótt innkaup séu yfir viðmiðunarfjárhæðum, enda er rammamningum og gagnvirkum innkaupakerfum komið á fót með ferlum sem jafna má til útboðs.

Samningskaup án opinberrar birtingar útboðsauglýsingar eru heimil samkvæmt undantekningarákvæði 33. gr. laganna. Er um að ræða þröngar undantekningar m.a. ef engin tilboð eða tilkynningar berast vegna auglýsts útboðs eða þegar innkaup eru algerlega nauðsynleg vegna neyðarástands sem stafar af ófyrirsjáanlegum atburðum. Ástæður slíks neyðarástands mega ekki undir neinum kringumstæðum vera á ábyrgð kaupanda.

Samkvæmt 71. gr. laga um opinber innkaup þarf ekki að taka öll tilboð til greina. Þegar afstaða er tekin til tilboða skal aðeins taka tillit til þeirra sem til greina koma, þ.e. gildra tilboða og eftir atvikum gildra frávikstilboða frá fyrirtækjum sem til greina koma skv. nánari skýringu í greininni. Við val á tilboði er miðað að því að hagkvæmasta tilboði sé tekið skv. 72. gr. laganna og 45. gr. þeirra. Skv. 45. gr. laganna skulu forsendur fyrir vali tilboðs koma fram í útboðslýsingu, útboðsgögnum eða skýringargögnum. Ekki er heimilt að meta tilboð á grundvelli annarra forsendna en settar hafa verið fram í útboðsgögnum, sbr. 72. gr. laganna. Þá kemur fram í 2. mgr. 45. gr. að tilgreina skuli forsendur fyrir vali tilboðs með eins nákvæmum hætti og framast sé unnt og þar kemur einnig fram að ekki megi vísa



til annarra atriða í forsendum fyrir vali tilboðs en þeirra sem staðreynd verði á grundvelli gagna sem bjóðendur leggi fram eða með öðrum hlutlægum hætti. Þessi regla hefur verið túlkuð svo að hún sé „byggð á þeim rökum að fyrirtæki eigi að geta áttað sig á því fyrirfram hvernig staðið verður að mati á hagkvæmasta tilboði og hagað boðum sínum í samræmi við það”.<sup>5</sup>

Um opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu gilda sérstakar reglur sem fjallað er um í 3. þætti laganna. Taka þær á sömu þáttum og reglur 2. þáttar að meginstefnu til.

Opinber innkaup heyra undir fjármála- og efnahagsráðherra sem fer með framkvæmd laganna. Íslenska ríkið rekur miðlæga innkaupastofnun sem kallast Ríkiskaup. Stofnunin annast innkaup fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki, rannsakar sameiginlegar þarfir á vörum og þjónustu og beitir sér fyrir samræmdum innkaupum til þarfa ríkisins. Það er einnig í verkahring Ríkiskaupa að gera rammameninga fyrir hönd ríkisins og annast útboð og önnur innkaupaferli sem fram fara á vegum ríkisstofnana vegna innkaupa. Kaupandi sem aflað hefur verks, vöru eða þjónustu í gegnum Ríkiskaup telst hafa fullnægt skyldum sínum samkvæmt lögum um opinber innkaup að svo miklu leyti sem Ríkiskaup hafa gert það, sbr. 86. gr. laganna. Ríkiskaup eru ekki eiginlegur eftirlitsaðili með innkaupum hins opinbera heldur þjónustustofnun sem sinnir innkaupum fyrir hönd ríkisstofnana og ríkisfyrirtækja.

Samkvæmt 90. gr. laga um opinber innkaup skulu ráðuneyti og stofnanir og fyrirtæki í eigu ríkisins skipa sérstakan starfsmann sem ábyrgðarmann innkaupa. Honum ber að fylgjast með að innkaup viðkomandi ráðuneytis, stofnunar eða fyrirtækis séu í samræmi við gildandi lög og reglur um opinber innkaup og innkaupastefnu ríkisins.

Þá er í lögum um opinber innkaup gert ráð fyrir að kærunefnd útboðsmála skipuð þremur mönnum leysi með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum um opinber innkaup, sbr. 91. gr. laganna. Úrskurðum hennar og ákvörðunum samkvæmt lögum um opinber innkaup verður ekki skotið til annarra stjórnvalda. Í 97. gr. er fjallað um úrræði kærunefndarinnar sem eru ógilding samnings, óvirkni samnings, stjórnvaldssektir, að mæla fyrir um að tiltekin innkaup verði boðin út, að innkaup verði auglýst á ný og loks getur nefndin felld úr gildi tiltekna útboðsskilmála. Í XV. kafla laganna er fjallað um gildi samninga o.fl. Meginreglan er sú að eftir að bindandi samningur hefur komist á verði hann ekki felldur úr gildi eða honum breytt þó ákvörðun um viðkomandi innkaup hafi verið ólögumæt.

Evrópusambandið hefur nýlega uppfært reglur sínar um opinber innkaup og munu þær breytingar líklega hafa töluverð áhrif á lagaumhverfi opinberra innkaupa hér á landi. Eldri tilskipanir Evrópusambandsins um opinber innkaup héldu gildi sínu til 17. apríl 2016. Markmið breytinganna er m.a. að gera innkaupaferlin einfaldari og hagkvæmari og auðvelda nýsköpun í tenglum við opinber innkaup.<sup>6</sup> Frumvarp um breytingar á lögum um opinber innkaup í samræmi við þessa endurskoðun var samþykkt á Alþingi sem ný heildarlög um opinber innkaup nr. 120/2016.

<sup>5</sup> Sjá *Handbók um opinber innkaup*, bls. 63. [http://www.rikiskaup.is/media/eplica-uppsetning/HandbokOI\\_Final.pdf](http://www.rikiskaup.is/media/eplica-uppsetning/HandbokOI_Final.pdf).

<sup>6</sup> Sjá upplýsingar um breytingarnar á: [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation\\_en](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation_en).



## 1.2 Samkeppnislög og gildissvið þeirra

Samkeppnislög geta átt við um opinber innkaup líkt og önnur viðskipti. Í 2. gr. samkeppnislaga er fjallað um gildissvið laganna en þar segir að lögin taki til hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort hún er rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Í 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er atvinnurekstur skilgreindur með þeim hætti að um sé að ræða hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi. Í 2. tl. 1. mgr. 4. gr. laganna er hugtakið fyrirtæki skilgreint sem einstaklingur, félag, opinberir aðilar og aðrir sem stunda atvinnurekstur. Þá ber einnig að líta til þess að hugtakið fyrirtæki, sem fram kemur m.a. í 11. og 37. gr. samkeppnislaga, sækir fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar.

Af dómum dómstóla verður ráðið að undir hugtakið fyrirtæki falli hvers konar aðilar eða einingar sem stundi atvinnustarfsemi og ekki skipti máli hvernig einingin er fjármögnuð.<sup>7</sup> Fyrirtæki í samkeppnisrétti er þannig efnahagsleg eining (e. *economic unit*) sem samanstendur af persónulegum, hlutbundnum og óhlutbundnum þáttum, sem leitast við að ná efnahagslegu markmiði og geta haft í för með sér brot á samkeppnislöggjöf.<sup>8</sup> Í dómi Hæstaréttar Íslands 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó ehf. o.fl.*, segir orðrétt:

*„Samkvæmt a. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn banni 10. gr. laganna. Hugtakið fyrirtæki er skilgreint í 2. tölulið 1. mgr. 4. gr. sömu laga og hefur það verið skýrt þannig að með því sé fremur vísað til efnahagslegrar einingar en lögformlegrar.“*

Um er að ræða afstætt hugtak og nauðsynlegt að meta það með hliðsjón af atvikum hvers máls fyrir sig hvort um sé að ræða fyrirtæki í framangreindum skilningi.<sup>9</sup> Ekki skiptir hér máli þó reksturinn hafi ekki hagnaðarsjónarmið að leiðarljósi.<sup>10</sup>

Kjarninn í skilgreiningu á atvinnurekstri er að endurgjald komi til vegna atvinnustarfsemi. Samkvæmt framansögðu má ljóst vera að opinber aðili sem hefur með höndum einhverja

<sup>7</sup> Sjá dóm dómstóls ESB frá 10 september 2009 í máli nr. C-97/08P Akzo Nobel gegn framkvæmdastjórninni: *„It must be observed, as a preliminary point, that Community competition law refers to the activities of undertakings (Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P Aalborg Portland and Others v Commission [2004] ECR I-123, paragraph 59), and that the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed (see, in particular, Dansk Rørindustri and Others v Commission, paragraph 112; Case C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze and Others [2006] ECR I-289, paragraph 107; and Case C-205/03 P FENIN v Commission, [2006] ECR I-6295, paragraph 25).“*

<sup>8</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 29. september 2011 í máli nr. C-521/09 Elf Aquitaine gegn framkvæmdastjórninni. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-352/94 Mo Och Domsjo gegn framkvæmdastjórninni [1998] ECR II-1989: *„... Article 85 (1) of the Treaty is aimed at economic units which consist of a unitary organisation of personal, tangible and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of the kind referred to in that provision.“*

<sup>9</sup> Sjá álit Jacobs aðallögsögumans dómstóls ESB frá 28. janúar 1999 í máli nr. C-67/96 Albany International gegn Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie: *„... the Court has held that 'in competition law, the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question. Accordingly, the notion of 'undertaking is relative and has to be established in concreto with regard to the specific activity under scrutiny.“*

<sup>10</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-67/96 Albany International BV gegn SBT [1999] ECR I-5751.



tegund af atvinnurekstri fellur þar með undir samkeppnislög, þar á meðal bannreglur laganna. Í dómi dómstóls EFTA frá 22. september 2016 í máli nr. E-29/15, *Sorpa bs. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var fjallað um skilgreiningu atvinnureksturs í skilningi samkeppnislaga. Tók dómstóllinn fram að opinber stofnun teljist fyrirtæki þegar hún fer ekki með opinberar valdheimildir heldur taki þátt í efnahagsstarfsemi. Við mat á því hvort um slíka starfsemi sé að ræða yrði m.a. að taka mið af því hvort starfsemin færi fram á markaði í samkeppni við einkaaðila og hvaða gjald væri tekið fyrir þjónustuna.<sup>11</sup>

Þá geta ákveðnar reglur samkeppnislaga gilt um athafnir opinberra aðila, sem teljast ekki fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga og falla þannig utan bannreglna laganna, en kunna að hafa áhrif á samkeppni, að því tilskildu að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu til slíkra athafna, sbr. b. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Fjallað er um heimild Samkeppniseftirlitsins til að beita þessum reglum í kafla III. 2.

Hér á eftir verður vikið stuttlega að álitafnum um mörk atvinnurekstrar og opinberrar stjórnýslu og gildissvið samkeppnislaga við opinber innkaup.

#### *Gildissvið samkeppnislaga gagnvart opinberri stjórnýslu*

Hér verður tekið til umfjöllunar það álitafni hvenær starfsemi hins opinbera, Landspítala í þessu tilviki, telst vera atvinnustarfsemi og falli þar með undir samkeppnislög.

Við lögbundna stjórnýslu opinberra aðila eða þegar þeir beita opinberum valdheimildum teljast þeir ekki fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttarins.<sup>12</sup> Við mat á því hvort um slíka lögbundna stjórnýslu er að ræða verður samkvæmt fordæmum dómstóls EB að horfa til þess hvers eðlis þau verkefni eru sem viðkomandi opinber aðili sinnir og um er að ræða í viðkomandi máli. Slík verkefni falla aðeins utan bannreglu samkeppnislaga ef þau eru í þágu almannahagsmuna og eru hluti af grundvallarverkefnum ríkisins.<sup>13</sup> Nú á dögum sinnir hið opinbera ýmis konar þjónustu. Í mörgum tilvikum er ekki augljóst hvort sú þjónusta teljist atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga. Þjónusta ríkis og sveitarfélaga er enn fremur stundum veitt í samkeppni eða samstarfi við einkaaðila sem eru reknir með hagnaðarsjónarmið að leiðarljósi. Við athugun á þessu getur skipt máli að viðkomandi verkefni séu þess eðlis að opinberir aðilar þurfi ekki nauðsynlega að sinna þeim.<sup>14</sup> Einnig getur haft þýðingu við mat á því hvort aðili telst stunda atvinnurekstur að samkeppni ríki í raun um þau verkefni sem viðkomandi aðili vinnur.<sup>15</sup> Ef um samkeppni er að ræða felur það í sér veigamikil rök fyrir því að viðkomandi verkefni teljist atvinnurekstur í skilningi samkeppnisréttar. Hér verður og að hafa í huga að opinber aðili getur talist vera fyrirtæki

---

<sup>11</sup> Við mat á því hvort samkeppnisreglur EES-samningsins geti átt við þarf einnig að taka mið af 59. gr. samningsins. Samkvæmt 2. mgr. ákvæðisins gilda samkeppnisreglur EES-samningsins um fyrirtæki sem falið er að veita þjónustu er hefur almenna efnahagslega þýðingu, að því marki sem beiting þeirra kemur ekki í veg fyrir að þau geti að lögum eða í raun leyst af hendi þau sérstöku verkefni sem þeim eru falin. mgr. 65-73 í dóminum.

<sup>12</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl gegn Servizi ecologici porto di Genova SpA* [1997] ECR I-1547.

<sup>13</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl gegn Servizi ecologici porto di Genova SpA* [1997] ECR I-1547.

<sup>14</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-55/96 *Job Centre Coop. arl* [1997] ECR I-7119.

<sup>15</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-67/96 *Albany International BV gegn Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.



í skilningi samkeppnisréttarins þótt einungis hluti af verkefnum hans feli í sér atvinnurekstur.<sup>16</sup>

Rétt er að benda á að samkeppnislög eru almenn lög sem ætlað er að efla virka samkeppni í þeirri atvinnustarfsemi sem fellur undir lögin. Sérlæg ganga hins vegar frammar ákvæðum samkeppnislaga ef þær réttarheimildir hafa að geyma ákvæði sem eru ósamrýmanleg ákvæðum samkeppnislaga.<sup>17</sup> Samkeppniseftirlitið telur ljóst að til þess að sérlagaákvæði geti undanþegið tilteknar athafnir frá ákvæðum samkeppnislaga þurfi sérákvæðin að mæla skýrt fyrir um „...heimild eða skyldu til slíkra athafna“ eða að slíkt megi með ótvíræðum hætti ráða af viðkomandi sérlagaákvæði með réttri lögskýringu.<sup>18</sup>

#### *Nánar um tengsl laga um opinber innkaup og samkeppnislaga*

Við opinber innkaup gilda lög um opinber innkaup sem teljast sérlæg gagnvart samkeppnislögum. Að því leyti sem lög um opinber innkaup kveða á um heimild eða skyldu opinberra aðila til tiltekinna athafna sem eru ósamþýðanleg samkeppnislögum ganga þau lög frammar samkeppnislögum. Líkt og lýst var hér að framan eru markmið laga um opinber innkaup og markmið samkeppnislaga sambærileg og stefna þau bæði m.a. að því að auka samkeppni og hagkvæmni.

Opinber innkaup eru mjög mikilvægt svið bæði hvað varðar fjárhagslega afkomu hins opinbera og samkeppni á Íslandi. Talið hefur verið að opinber innkaup á Íslandi nemi um allt að 300 ma. kr. á ári.<sup>19</sup> Aukin hagkvæmni við opinber innkaup er því fljót að skila sér í töluverðum sparnaði fyrir hið opinbera. Auk þess er hið opinbera mjög stór og mikilvægur kaupandi á ýmsum sviðum, þ. á m. á sviði heilbrigðisvara. Því getur háttsemi opinberra aðila við innkaup haft töluverð áhrif á samkeppni á ýmsum mörkuðum. Þannig hefur verið talið að samkeppnishindranir sem rekja megi til hins opinbera geti verið álíka skaðlegar og samkeppnishindranir af hálfu einkafyrirtækja, t.d. með ólögum samráði.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris* gegn framkvæmdastjórninni [2000] ECR II-3929. Dómstóllinn benti m.a. á þetta: „It must first be noted that, under Community competition law, the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed...and that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity... Furthermore, the Treaty provisions on competition are applicable to the activities of an entity which can be severed from those in which it engages as a public authority... It follows that the fact that ADP is a public corporation placed under the authority of the Minister responsible for civil aviation and that it manages facilities in public ownership does not in itself mean that it cannot be regarded in the present case as an undertaking for the purposes of Article 86 of the Treaty.“

<sup>17</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2003 *Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. gegn samkeppnisráði* og dómur Hæstaréttar í máli nr. 465/2003.

<sup>18</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 *Erindi Skýrr hf. vegna misnotkunar Umferðarstofu á markaðsráðandi stöðu*; Sjá einnig dóm Hæstaréttar 30. apríl 2008 í máli nr. 411/2007, *Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Sálfræðingafélagi Íslands og gagnsök. „Samkeppnislög verða sem almenn lög að víkja fyrir ósamrýmanlegum ákvæðum sérlaga, en að því verður að gæta að í þessu sambandi standa samkeppnislög ekki þannig meðal réttarheimilda að ríkari kröfur verði gerðar en endranær til skýrleika ákvæða í sérlögum svo að þau gangi þeim fyrrnefndu fram.“*

<sup>19</sup> Sjá t.d. ræðu forstjóra Ríkiskaupa við setningu innkauparáðstefnu Ríkiskaupa 2015. <http://www.rikiskaup.is/media/radstefnur-og-kynningar/Opnunarraeda-radstefnu-Rikiskaupa-2015.pdf>.

<sup>20</sup> Rannsóknir OECD hafa leitt í ljós að áhrif sem opinberar samkeppnishömlur hafa í för með sér séu sambærileg áhrifum ólögum samráðs á verð. Sjá kynningu Ania Thiemann sérfræðings frá samkeppnisdeild OECD á fundi Samkeppniseftirlitsins 3. desember 2015. <http://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/nr/2730>; Albert Sanchez-Graells, *Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It* (August 21, 2009). University of Oxford, Center for Competition Law and Policy, CCLP (L). 23. „The effects that public procurement regulation and practice can generate in the market—and, chiefly, the distortions and welfare losses that restrictive public procurement can provoke—stand in the shadows of current competition policy and law enforcement.“



Þrátt fyrir skörun á hlutverki, annars vegar útboðsyfirvalda og útboðsreglna og hins vegar samkeppnisyfirvalda og samkeppnisreglna, geta samkeppnisreglur átt við um háttsemi í tengslum við útboð.

Tvær hliðar eru á samkeppnisvandamálum við opinber innkaup. Annars vegar klassísk samkeppnisvandamál á seljendahliðinni. Hér er einkum um að ræða samráð bjóðenda (e. *bid rigging*) í útboðum hins opinbera sem getur verið mjög skaðlegt. Ennfremur getur verið um að ræða misnotkun markaðsráðandi aðila á stöðu sinni, t.d. með gerð tilboðs sem felur í sér skaðlega undirverðlagningu til að halda keppinautum frá markaðnum. Hins vegar er um að ræða opinberar samkeppnishömlur við framkvæmd útboða, t.d. að útboðsskylda sé ekki virt, óskýrir eða klæðskerasniðnir útboðsskilmálar eru settir og skilmálar sem útiloka eða gera nýjum keppinautum erfitt fyrir að taka þátt í útboði.

Í desember 2009 gaf Samkeppniseftirlitið út álit nr. 4/2009, *Opinber útboð, samkeppni og samkeppnishindranir*.<sup>21</sup> Í álitinu var því beint til opinberra aðila að fylgjast markvisst með því að farið sé að samkeppnislögum við framkvæmd útboða. Í því skyni var útbúinn sérstakur gátlisti sem auðvelda á útboðsaðilum að koma auga á ólöglegt samráð í útboðum. Samkeppniseftirlitið beindi því jafnframt til opinberra aðila að útboðum yrði beitt þegar slíkt er hagkvæmt og því verði við komið. Taldi Samkeppniseftirlitið þetta mikilvægt til þess að efla samkeppni og bæta nýtingu þeirra fjármuna sem varið er í opinber innkaup á vöru, þjónustu og verklegum framkvæmdum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er mikilvægt, *í fyrsta lagi* að opinberir aðilar fylgi lögum um opinber innkaup og leiðbeiningum um bestu framkvæmd opinberra innkaupa til að tryggja sem hagkvæmust innkaup hverju sinni.<sup>22</sup> Með hagkvæmni í þessu samhengi er bæði vísað til verðs og gæða vöru og þjónustu sem keypt er. *Í öðru lagi* að opinberir aðilar sem sinna innkaupum á vörum og þjónustu taki tillit til reglna samkeppnislaga við framkvæmd innkaupa. Það skal gert með því að tryggja að reglur samkeppnislaga séu ekki brotnar í tengslum við útboð og með því að halda í heiðri markmiði samkeppnislaga og laga um opinber innkaup um virka samkeppni.

### 1.3 Niðurstaða varðandi beitingu bannreglna samkeppnislaga í málinu

Í erindi sínu vísaði Logaland til þess að fyrirtækið teldi háttsemi Landspítala ganga gegn 10. gr. samkeppnislaga um bann við ólögmetu samráði og 11. gr. samkeppnislaga um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Jafnframt krafðist Logaland þess að Samkeppniseftirlitið beitti c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga í málinu.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á þessu máli hófst með bréfum til aðila málsins, dags. 15. mars 2013. Í bréfunum var tekið fram:

*„ ... að það fellur ekki undir verkvið Samkeppniseftirlitsins að úrskurða um það hvort lög um opinber innkaup hafi verið brotin, en það er hlutverk kærunefndar*

<sup>21</sup> Samkeppniseftirlitið hafði áður bent á mikilvægi útboða m.a. í skýrslu sinni nr. 2/2008, *Öflug uppbygging – opnun markaða og efling atvinnustarfsemi*, og í álitinu sínu nr. 2/2008, *Úthlutun ríkisstyrks til áætlunarflugs milli Vestmannæyja og Reykjavíkur*.

<sup>22</sup> Sjá t.d. Innkaupastefnu ríkisins frá 15. nóvember 2002 og handbók um opinber innkaup frá febrúar 2008. Af sviði Evrópuréttar má t.d. benda á, Commission Staff Working Document, European Code Of Best Practices Facilitating Access By SMEs To Public Procurement Contracts, SEC(2008) 2193.





*útboðsmála, sbr. 2. mgr. 91. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, að leysa úr kærur fyrirtækja vegna ætlaðra brota á þeim lögum. Hins vegar er það í verkahring Samkeppniseftirlitsins að fjalla um hvort markmiðum samkeppnislaga sé fylgt og gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni."*

Með bréfi, dags. 27. ágúst 2014, kynnti Samkeppniseftirlitið Logalandi frummat sitt um frekari efnismeðferð málsins. Í bréfinu kom fram að Samkeppniseftirlitið teldi ólíklegt að undangenginni frumskoðun fyrirliggjandi gagna og að virtum fram komnum sjónarmiðum að sýnt yrði fram á að 10. eða 11. gr. samkeppnislaga hafi verið brotin í málinu. Þar skipti mestu að innkaupadeild Landspítalans og Ríkiskaup væru opinberir aðilar sem ekki er sjálfgefið hvort talist geti fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga þegar kemur að innkaupum á vörum og þjónustu til lækninga. Þá var það mat Samkeppniseftirlitsins að ólíklegt væri að heimild c. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga yrði beitt í málinu, m.a. með vísan til tilgangs ákvæðisins og lögskýringargagna.

Í þessu samhengi var jafnframt bent á dóm dómstóls ESB 11. júlí 2006 í máli nr. C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) gegn framkvæmdastjórninni*. Í málinu var til athugunar hvort innkaup spænskra heilbrigðisyfirvalda á lækningavörum féllu undir gildissvið ESB samkeppnisréttar. Komist var að þeirri niðurstöðu að þegar slíkir aðilar, sem veita öllum borgurum landsins heilbrigðisþjónustu, kaupa lækningavörur væru þeir ekki fyrirtæki í skilningi samkeppnisreglnanna. Skipti þannig máli að innkaupin voru ekki gerð í efnahagslegum tilgangi heldur sem hluti af þeirri „samstöðu“ sem felst í rekstri slíks opinbers heilbrigðiskerfis.

Þá ber einnig að líta til þess að kærunefnd útboðsmála hefur fjallað um ýmis af umkvörtunarefnum kvartanda í þessu máli í úrskurðum sínum, þ. á m. um huglægt mat á gæðum vöru. Þá skarast valdsvið Samkeppniseftirlitsins og kærunefndarinnar jafnframt að einhverju leyti, sbr. umfjöllun hér á eftir í kafla III. 2.4. Þá hefur Landspítali jafnframt breytt hegðun sinni undir meðferð málsins og gefið út yfirlýsingu um aðgerðir til að bæta innkaupahætti sína, sbr. umfjöllun hér á eftir í kafla III. 2.4 og 3.

Með vísan til framangreinds svo og heimildar Samkeppniseftirlitsins til að raða málum í forgangsröð skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga eru að mati eftirlitsins ekki nægilegar vísbendingar um brot gegn 10. eða 11. gr. samkeppnislaga þannig að tilefni sé til þess að beita viðkomandi ákvæðum laganna í þessu máli.<sup>23</sup> Jafnframt er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til að beita c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga í málinu.

Varðandi þátt Ríkiskaupa í málinu er það mat Samkeppniseftirlitsins að umkvörtunarefni Logalands varði einkum þátt Landspítala og innkaupadeildar hans við innkaup á heilbrigðisvörum. Á þetta sér einnig stoð í þeirri staðreynd að Ríkiskaup er þjónustustofnun sem veitir opinberum aðilum aðstoð við innkaup á vörum og þjónustu. Þannig hafa

<sup>23</sup> Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað tekið fram að Samkeppniseftirlitið hafi heimild til þess að hafna að taka ætluð brot til rannsóknar eða hætta rannsóknum á ætluðum brotum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 2/2016, *Línudans ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.





Ríkiskaup hvorki boð- né eftirlitsvald með innkaupum Landspítala. Samkvæmt 90. gr. laga um opinber innkaup skulu ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki skipa sérstakan starfsmann sem skal vera ábyrgðarmaður innkaupa.<sup>24</sup> Af þessum sökum er niðurstöðu þessa máls einungis beint að Landspítala.

## 2. Um forsendur til að beita öðrum heimildum Samkeppniseftirlitsins

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að ekki séu forsendur til þess að beita bannreglum samkeppnislaga í málinu, þ.e. 10. eða 11. gr. laganna. Samkvæmt samkeppnislögum er hlutverk Samkeppniseftirlitsins þó víðtækara en aðeins beiting bannreglanna.

Eitt hlutverka Samkeppniseftirlitsins er að fylgjast með starfsemi opinberra aðila og gæta þess að aðgerðir þeirra takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelða aðgang nýrra keppnauta á markað, sbr. c. lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga.

Telji Samkeppniseftirlitið að ákvæði laga og stjórnvaldsfyrirmæla stríði gegn markmiði samkeppnislaga og torveldi frjálsa samkeppni í viðskiptum skal eftirlitið vekja athygli ráðherra á því með álit, sbr. 18. gr. samkeppnislaga. Skal jafnframt birta slík álit opinberlega.

Í b. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til þess að grípa til aðgerða gegn þeim athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni að því tilskyldu að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu til slíkra athafna. Hér er um viðurhlutameira úrræði að ræða en birtingu álits enda er niðurstaðan bindandi fyrir hina opinberu aðila.

Í bréfi sínu til málsaðila, dags. 27. ágúst 2014, tók Samkeppniseftirlitið fram að til álita kæmi í málinu að beita b. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Einkum kæmi þó til álita að beina álit til stjórnvalda og Landspítalans þar sem mælst yrði til nánar tiltekinna breytinga á fyrirkomulagi innkaupa á vegum Landspítala, sem stuðli að bættri samkeppni og þar með betri nýtingu almannaþjármuna.

Hér að neðan verður lagt mat á forsendur þess að beita heimild b. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga í málinu eða að beina álit á grundvelli c. liðar 1. mgr. 8. gr. til viðkomandi innkaupayfirvalda.

---

<sup>24</sup> Sjá í þessu samhengi svar fjármálaráðherra við fyrirspurn Sigurðar Inga Jóhannssonar alþingismanns um opinber innkaup og Ríkiskaup. „Allar ríkisstofnanir eru sjálfkrafa aðilar að rammamningum ríkisins og er kaupanda óheimilt að bjóða út innkaup eða kaupa inn með öðrum hætti ef rammamningur tekur til viðkomandi innkaupa og honum hefur ekki verið sagt upp eða rift. Kaupandi sem ekki vill vera bundinn af rammamningi verður að segja sig frá rammamningi áður en hann getur keypt inn sjálfstætt. Ríkisstofnanir geta, ef um sérstakar þarfir er að ræða, sagt sig frá einstökum rammamningum. Skv. 38. gr. laga um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, nr. 70/1996, ber forstöðumaður ábyrgð á að stofnun sem hann stýrir starfi í samræmi við lög. Ríkiskaup hafa skyldum að gegna vegna samningsstjórnunar bæði hvað varðar stofnanir (kaupendur) og ekki síður vegna söluaðila sem samningar eru gerðir við. Hér er þó ekki um lögbundna eftirlitsskyldu að ræða. Úrræði Ríkiskaupa felast í almennri fræðslu, sérstaklega gagnvart þeim stofnunum sem virða ekki rammamninga.“ <http://www.althingi.is/altxt/141/s/0762.html>.



## 2.1 Um markaði málsins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgöngubjónustu. Horfa þarf á viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðnum og hins vegar landfræðilega markaðnum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í ljósi niðurstöðu þessa máls er ekki þörf á því að skilgreina markaði málsins með ítarlegum hætti.

Samkeppniseftirlitið fjallaði um markaðinn fyrir sölu á heilbrigðisvörum í ákvörðun sinni nr. 23/2012, *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf. og Aðalkots ehf.* Fyrirtækin sem samruninn varðaði starfa m.a. á sama markaði og Logaland. Helsti viðskiptavinur þeirra á viðkomandi mörkuðum er Landspítali. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að rétt væri að skilgreina markaði málsins út frá framboðsstaðgöngu vegna eðlis þeirra. Markaðir málsins voru að mati Samkeppniseftirlitsins:

- Markaður fyrir sölu (og tengda þjónustu) á breiðu úrvali lækningatækja í þengri merkingu.
- Markaður fyrir sölu (og tengda þjónustu) á breiðu úrvali hjúkrunartækja.
- Markaður fyrir sölu (og tengda þjónustu) á breiðu úrvali hjúkrunarvöru.
- Markaður fyrir sölu (og tengda þjónustu) á ígræði.

Jafnframt var komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegi markaður málsins væri landið allt, m.a. með vísan til erlendra fordæma og sérstöðu hins íslenska markaðar. Um skilgreiningu markaðar fyrir heilbrigðisvörur vísast að öðru leyti til ákvörðunar nr. 23/2012.

Landspítali er stærsti kaupandi heilbrigðisvöru á Íslandi og er sem slíkur mikilvægasti viðskiptavinur fyrirtækja sem selja heilbrigðisvörur á Íslandi. Háttsemi Landspítala við innkaup getur því sem slík haft töluverð áhrif á samkeppni á framangreindum mörkuðum, bæði jákvæð og neikvæð. Í ákvörðun nr. 23/2012 (bls. 80-84) var fjallað um möguleg áhrif kaupendastyrks Landspítala á markaðinn. Var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að kaupendastyrkur hefði takmörkuð áhrif á markaði málsins vegna þeirrar staðreyndar að minni kaupendur eru til staðar á markaðnum, vegna sérþekkingar birgja og starfsfólks þeirra á vörunni og vegna áhrifa vörumerkjatryggðar.

## 2.2 Fyrri úrlausnir innkaupayfirvalda í málum Logalands

Í tilefni af kvörtun Logalands kannaði Samkeppniseftirlitið helstu úrlausnir kærunefndar útboðsmála í kærur Logalands á hendur Landspítala og Ríkiskaupum frá árinu 2010. Jafnframt voru skoðaðar úrlausnir dómstóla í sömu tilvikum þar sem það átti við. Um er að ræða nokkurn fjölda kærumála sem sýna deilur Logalands við Landspítala og Ríkiskaup. Niðurstöður kærunefndar útboðsmála voru ýmist Logalandi eða Landspítala í vil. Í upphafi tímabilsins sem skoðað var gerði kærunefndin ákveðnar athugasemdir við valmódel innkaupadeildar Landspítala og Ríkiskaupa. Niðurstöðurnar benda þó til þess að breytingar



á valmódelinu hafi fært málin til betri vegar, einkum varðandi matskenndar og huglægar valforsendur. Kæruneftindin bendir þó áfram á ákveðin atriði sem betur mættu fara.

### 2.3 Sjónarmið aðila málsins

Líkt og komið hefur fram kvartaði Logaland í erindi sínu undan háttsemi Landspítala við innkaup á heilbrigðisvörum. Þannig óskaði Logaland eftir rannsókn Samkeppniseftirlitsins á vinnuferlum við innkaup sem eru ekki útboðsskyld, hvort útboðsskylda sé alltaf virt, notkun huglægra valforsendna og framkvæmd rammamninga. Hér að neðan er helstu sjónarmiðum aðila málsins varðandi þessa þætti lýst. Í kjölfarið verður lagt mat á sjónarmiðin og fjallað um forsendur Samkeppniseftirlitsins til að aðhafast í málinu.

#### *Innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum*

Eitt af þeim atriðum sem Samkeppniseftirlitið kannaði við rannsókn málsins voru innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. laga um opinber innkaup.<sup>25</sup> Um er að ræða tvenns konar tilvik. Annars vegar almenn innkaup sem eru undir viðmiðunarfjárhæðum. Hins vegar innkaup sem almennt væru yfir viðmiðunarmörkum (útboðsskyld) en innkaupaferli hefur stöðvast af óviðráðanlegum ástæðum, t.d. í kjölfar kærumála fyrir kæruneftnd útboðsmála.

Aðilar málsins eru sammála um það að í fyrra tilvikinu beri að beita verðfyrirspurnum skv. 22. gr. laga um opinber innkaup. Aftur á móti telur Logaland að það séu brotalamir á að svo sé gert í öllum tilvikum. Telur Logaland að mikil innkaup fari fram án þess að gerður sé samanburður á meðal sem flestra fyrirtækja og jafnræðisreglu sé ekki fylgt.

Logaland og Ríkiskaup eru sammála um að í seinna tilvikinu, þ.e. þegar innkaupaferli stöðvast, beri almennt að beita meginreglu 22. gr. laga um opinber innkaup. Landspítali taldi aftur á móti að honum væri óheimilt í slíkum tilvikum að beita verðfyrirspurnum með vísan til 2. mgr. 74. gr. laga um opinber innkaup. Framkvæmdin hafi því verið sú að kaupa áfram í samræmi við eldri samning en þó væri möguleiki að taka tilboðum frá birgjum sem þeir leggja fram á þessu tímabili að eigin frumkvæði.

#### *Neyðarinnkaup*

Í erindi sínu vitnar Logaland til tilviks frá árinu 2009 þar sem keypt var tæki til blóðstorkumælinga beint af birgja án þess að tilboða hafi verið leitað. Innkaupin fóru fram með heimild í c. lið 2. mgr. 33. gr. laga um opinber innkaup sem heimila innkaup án útboðs í neyðartilvikum. Logaland taldi að skilyrði greinarinnar um neyðarástand hafi ekki verið uppfyllt í þessu tilviki. Landspítali taldi skilyrðin uppfyllt.

#### *Útboðsskylda ekki virt við innkaup fyrir gjafafé*

Í erindi Logalands er fjallað um ráðstöfun Landspítala á gjafafé til tækjakaupa. Telur Logaland þá afstöðu Landspítala að telja tækjakaup af þessum toga undanþegin ákvæðum laga um opinber innkaup vera lítt skiljanlega í ljósi þess að lögunum sé ætlað stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni, efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera og tryggja jafnræði söluaðila við opinber innkaup. Mætti ætla að notkun

---

<sup>25</sup> Samkvæmt 20. gr. laga um opinber innkaup skal bjóða út, eða framkvæma í samræmi við innkaupaferli sem kveðið er á um í V. kafla laganna, öll innkaup á vörum yfir 11,5 m. kr., kaup á þjónustu yfir 14,9 m. kr. og verkum yfir 28 m. kr. Fjárhæðirnar breytast annað hvert ár í samræmi við breytingar á vísitölu neysluverðs.



reglna laganna við þessi innkaup myndi auka hagkvæmni þeirra fyrir spítalann og hvetti söluaðila til að gera spítalanum betri tilboð en ella.

Það er sjónarmið Ríkiskaupa að það hvort innkaup fyrir gjafafé falli innan gildissviðs laga um opinber innkaup ráðist alfarið af því hvort fjármagn til kaupa á heilbrigðisvörum sé afhent heilbrigðisstofnunum eða tækin séu einfaldlega afhent af líknarfélögum. Ef gefandinn ákveði sjálfur að kaupa þessar vörur fyrir sitt eigið fé, þá nái lög um opinber innkaup ekki yfir kaupin. Ef gefandinn gefi heilbrigðisstofnun fjármagnið til kaupanna en annist ekki kaupin sjálfur þá beri heilbrigðisstofnuninni að fara eftir lögum um opinber innkaup.

Að mati Ríkiskaupa væri heppilegasta fyrirkomulagið að Landspítali og aðrar heilbrigðisstofnanir myndu annast innkaupin sjálfar með gagnsæjum hætti. Þannig myndi gjafaféð nýtast best. Hins vegar hafi Ríkiskaup eða Landspítali ekki vald til að segja gefendum fyrir með þessum hætti. Einnig beri að hafa í huga að hið opinbera stuðli að því að hinn hátturinn sé hafður á með því að líknarfélög, en ekki opinberar stofnanir, fái felld niður aðflutningsgjöld af þessum tækjum og vörum þegar um gjafafé sé að ræða, sbr. reglugerð nr. 630/2008 um ýmis tollfríðindi.

Landspítali telur að niðurstaða um hvort ráðstöfun gjafafjár skuli fara fram á grundvelli útboða ráðist fyrst og fremst af túlkun á lögum um opinber innkaup. Að mati spítalans sé það ekki á færi samkeppnisyfirvalda að ráðast í slíka túlkun eða setja fram meginreglur. Í sumum tilvikum annist gefendur alfarið innkaup gjafatækja og komi einfaldlega með þau á spítalann til afhendingar. Í öðrum tilvikum afli gefendur sér upplýsinga hjá sérfræðingum eða öðrum heilbrigðisstarfsmönnum á þeirri rekstrareiningu sem ætlunin sé að styrkja. Varðandi spurninguna um hvort tilvik sem þessi falli undir gildissvið laga um opinber innkaup sé mjög mikilvægt að hafa í huga að í þessum tilvikum sé Landspítali ekki kaupandi viðkomandi vöru eða tækja. Gefendur séu í flestum tilvikum einstaklingar, fyrirtæki eða frjáls félagasamtök, sem séu þá raunverulegir kaupendur vörunnar, en ljóst megi vera að lögin nái ekki til slíkra aðila.

*Notkun huglægra útboðsskilmála og skilmála sem mögulega útiloka keppinauta að óþörfu*  
Logaland telur notkun Landspítala á huglægum útboðsskilmálum ekki í samræmi við 11. og 16. gr. samkeppnislaga. Logaland hafi á undanförunum árum kært fjölda útboða Landspítala. Kærurnar eigi það flestar sammerkt að Logaland telji að útboðsskilmálar séu það huglægir að þeir setji spítalanum engin mörk við val tilboða en slíkir skilmálar séu andstæðir meginreglu 45. gr. laga um opinber innkaup. Þrátt fyrir að kærunefnd útboðsmála hafi ítrekað fallist á sjónarmið Logalands um að skilmálar í útboðum Landspítala séu of huglægir hafi spítalinn að mati Logalands ekki breytt verklagi sínu.

Landspítali fær ekki annað séð en að þessar athugasemdir Logalands varði framkvæmd opinberra útboða samkvæmt lögum um opinber innkaup. Réttur vettvangur fyrir erindi er varða huglæga þætti valmóðels útboða sé hjá kærunefnd útboðsmála en ekki Samkeppniseftirlitinu.

Við innkaup sem byggja á lögum um opinber innkaup sé kaupendum almennt játað nokkurt svigrúm við ákvörðun um hvaða forsendur þeir leggi til grundvallar mati á tilboðum.



Gæðakröfurnar séu settar til að tryggja bæði líf og heilsu sjúklinga og starfsmanna. Í þessu sambandi vitnar Landspítali m.a. til dóma undirréttar ESB í málum nr. T-70/05 2. mars 2010 og T-59/05 10. september 2008. Af dómunum megi sjá að huglægt mat kaupenda sé heimilt að vissum skilyrðum uppfylltum og í raun nauðsynlegt.

#### *Framkvæmd rammamninga*

Logaland vitnar til framkvæmdar Landspítala við innkaup samkvæmt tveimur rammamningum um sömu vörur þ.e. bleiur, netbuxur, undirlegg, dömubindi og svampþvottaklúta. Niðurstaðan í báðum tilvikum var að ganga til samninga við Logaland og Rekstrarvörur ehf. Kaupendur samkvæmt samningnum voru Sjúkratryggingar Íslands og heilbrigðisstofnanir sem eru aðilar að rammamningakerfi Ríkiskaupa, þ. á m. Landspítali.

Allt fram í aprílmánuð 2009 hafi viðskipti Logalands og Landspítala á grundvelli rammamningsins verið eðlileg. Í mars 2009 hafi innkaupadeild spítalans ákveðið að efna til örútbóðs á grundvelli rammamningsins. Logaland taldi þessa tilhögun ólöglega og mótmælt henni í bréfi til Ríkiskaupa, dags. 9. mars 2009. Í kjölfarið hafi innkaupadeild spítalans ákveðið að falla frá örútbóðinu. Í kjölfar þessa hafi orðið breyting í viðskiptum samkvæmt samningum og Landspítali nánast hætt kaupum af Logalandi og engar verðfyrirspurnir verið sendar til fyrirtækisins. Forstöðumaður innkaupadeildar spítalans hafi gefið þá skýringu á fundi að spítalinn myndi ekki kaupa vörur af Logalandi á grundvelli samningsins sem væri allt að 30% dýrari en hjá öðrum samningsaðilum. Þessum fullyrðingum hafi Logaland mótmælt og tekið dæmi um vörur sem væru verðlagðar lægra hjá Logalandi skv. samningunum.

Landspítali tekur fram að samningurinn hafi verið með heimild til svokallaðra örútbóða innan rammamnings. Landspítali hafi ákveðið að fara í örútbóð á árinu 2009 í samræmi við heimild til þess. Hins vegar hafi verið hætt við það vegna mótmæla Logalands en Landspítali taldi að fyrirhöfn og kostnaður við málarekstur í þessu tilviki myndi ekki svara kostnaði.

Landspítali hafi einfaldlega borið saman verð samkvæmt rammamningnum eins og þau voru birt á heimasíðu Ríkiskaupa. Við þann samanburð hafi komið í ljós að vegið meðalverð hafi verið um 20% hærra hjá Logalandi en hjá Rekstarvörum. Samkvæmt því var Logalandi tilkynnt þann 26. mars 2009 að spítalinn áformaði að kaupa bleiur frá Rekstarvörum. Af hálfu Landspítala hafi ekki á nokkurn hátt verið vikið frá löglegum eða faglegum vinnubrögðum við val á birgjum innan rammamningsins. Landspítali mótmæli því málalátbúnaði Logalands hvað þetta varði.

Logaland mótmælir umfjöllun Landspítala varðandi þetta tilvik. Af verðlistum megi sjá að í sumum vöruflokkun sé Logaland með lægra verð en Rekstrarvörur í öðrum, eins og gengur og gerist í viðskiptum. Tilvísun Landspítala til vegins meðalverðs sé því afar villandi.

#### *Afskipti af sambandi innlendra birgja við erlenda framleiðendur og óvarkár notkun trúnaðarupplýsinga*

Í erindi Logalands er því lýst að í ágúst 2009 hafi Ríkiskaup auglýst rammamningsútbóð nr. 14745 um kaup á gifsi úr gerviefni, gifsi úr náttúrulegum efnum, fylgihlutum (gifsbómmull



og grisjuhólkum) og bindi og krep. Langstærsti kaupandi þessara vara sé Landspítali. Tilboði Logalands í flokki fylgihluta hafi verið tekið en ekki í öðrum vörflokkum. Logaland kærði útboðið en í kjölfar kærunnar hafi innkaupadeild Landspítala endurmetið tilboðin og í ljós hafi komið að tilboð Logalands í bindi og krep hafi verið hagstæðast. Innkaupadeildin hafi óskað eftir því að í ljósi þessa myndi Logaland afturkalla kærana. Logaland taldi þó réttast að bíða niðurstöðu kæruneftndarinnar. Kæruneftndin komst að þeirri niðurstöðu að fella val Ríkiskaupa á tilboðum úr gildi og lagði fyrir stofnunina að auglýsa útboðið á nýjan leik.

Í kjölfar úrskurðar kæruneftndarinnar sem ógilti útboðið hafi innkaupadeild Landspítala hætt kaupum á krepbindum af Logalandi og einnig kaupum á gifsbómull og grisjuhólkum. Engum verðfyrirspurnum um vörunar hafi verið beint til Logalands.

Í framhaldi af framangreindu hafi Logland óskað eftir gögnum frá fjármálasviði Landspítala á grundvelli upplýsingalaga varðandi innkaup spítalans á krepbindum, gifsbómull og grisjuhólkum. Beiðninni var synjað og sú synjun kærð til úrskurðarneftndar um upplýsingamál sem komst að þeirri niðurstöðu að Logland ætti rétt á að fá stóran hluta umræddra skjala afhentan.<sup>26</sup>

Í þessum skjölum hafi verið að finna tölvupósta sem að mati Logalands sýni fram á óeðlilegar aðferðir innkaupadeildar Landspítala við innkaup á vörunum. Í tölvupóstunum kemur fram að starfsmaður Landspítala sendi keppinaut Logalands upplýsingar um verðlagningu Logalands á framangreindri vöru.

Þá er í erindi Logalands lýst samskiptum Landspítala við Logaland og birgja fyrirtækisins Paul Hartmann AG. Innkaupadeild spítalans hafi óskað eftir fundi með fulltrúa Hartmann og starfsmönnum Logalands 5. maí 2010. Litið hafi verið á fundinn sem „*kurteisisheimsókn*“ en í lok fundar hafi starfsmenn innkaupadeildar óskað eftir að fá að ræða við fulltrúa Hartmann í einrúmi. Samkvæmt skýrslu sem fulltrúi Hartmann ritaði eftir fundinn segir m.a. að starfsmenn Landspítala hafi lagt að fulltrúanum að Hartmann myndi finna sér nýjan dreifingaraðila á Íslandi í stað Logalands. Að öðrum kosti væri hætta á því að Hartmann myndi missa viðskipti við spítalann.

Landspítali tekur fram varðandi tölvupóstsamskipti vegna kaupa á umræddum vörum, sem afhent voru í kjölfar niðurstöðu úrskurðarneftndar um upplýsingamál, að hafa verið ákveðin atriði í huga. Meðal annars að verð Logalands hafi verið lesin upp á þeim tíma þar sem tilboði Logalands var tekið, viðkomandi birgji fékk ekki uppgefin einingarverð heldur prósentutölu og mögulegur hagnaður birgja Landspítalans skipti ekki máli svo fremi sem spítalinn nái fram hagræðingu í innkaupum. Þessi háttsemi spítalans feli ekkert óeðlilegt í sér heldur aðeins viðleitni til að gera sem hagstæðust kaup.

Landspítali hafnar ásökunum Logalands um að spítalinn hafi á fundi þrýst á starfsmann framleiðandans Hartmann um að finna sér nýjan dreifingaraðila. Ásökunin byggir á bréfi starfsmanns Hartmann sem sé skrifað 19 mánuðum eftir að meint íhlutun á að hafa átt sér stað. Í kjölfar þessara alvarlegu ásakana hafi Landspítali hafið rannsókn á þessu meinta

---

<sup>26</sup> Sjá úrskurð úrskurðarneftndar um upplýsingamál í máli nr. A-442/2012.





broti sem fól m.a. í sér að spurningar voru lagðar fyrir þá starfsmenn spítalans sem sátu fundinn. Starfsmenn Landspítala sem hafi setið fundinn voru sammála um að tilefni hans hafi m.a. verið að falast eftir að Hartmann beitti sér fyrir bættum samskiptum á milli Landspítala og Loglands enda væri það hagur allra viðkomandi aðila. Bréf starfsmanns Hartmann feli í sér tilhæfulausa og alvarlega ásökun sem sé með öllu ósönnuð. Hugsanlegt sé þó að um sé að kenna misskilningi vegna tungumálaörðugleika.

#### 2.4 Niðurstaða

Í kafla III. 1.3 var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru forsendur til að beita bannreglum 10. og 11. gr. samkeppnislaga í málinu. Þegar þeim ákvæðum samkeppnislaga sleppir koma þó önnur úrræði laganna til skoðunar. Í þessu tilviki kemur einkum til álitu að beita heimild b. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga eða að beina álitu til viðkomandi innkaupafyrivalda á grundvelli c. liðar 1. mgr. 8. gr. laganna.

Hér að framan er lýst sjónarmiðum málsaðila vegna innkaupa undir viðmiðunarfjárhæðum, neyðarinnkaupa, innkaupa fyrir gjafafé, notkunar huglægra útboðsskilmála, framkvæmdar rammameninga og samskipta við birgja. Að mati Samkeppniseftirlitsins má gera athugasemdir við ákveðin atriði sem varða þá innkaupahætti Landspítala sem lýst hefur verið.

#### *Innkaup undir viðmiðunarfjárhæðum*

Samkeppniseftirlitið aflaði upplýsinga um innkaup Landspítala undir viðmiðunarfjárhæðum 20. gr. laga um opinber innkaup. Í svari spítalans kom fram að um er að ræða töluverð innkaup.<sup>27</sup> Ýmsar verðfyrirspurnir í listanum voru eldri en 5 ára og sumir vöruflokkar höfðu aldrei farið í verðfyrirspurn. Hluti af þessum vörum er sérhæfð vara sem að mati Landspítala er einungis á færi eins eða örfárra birgja að sinna. Hafa verður í huga að listinn er frá árinu 2013 og samkvæmt upplýsingum Landspítala hafa verið gerðar tiltekna úrbætur hvað varðar notkun og tíðni verðfyrirspurna frá þeim tíma.

Að mati Samkeppniseftirlitsins má ætla að unnt sé að ná fram töluverðri hagræðingu og meiri samkeppni með aukinni tíðni verðfyrirspurna af hálfu Landspítala. Þegar slíkar fyrirspurnir eru gerðar þarf að gæta að jafnræði keppnauta með því að tryggja að þeir birgjar sem selja viðkomandi vöru fái eða hafi aðgang að verðfyrirspurninni.

Varðandi þann þátt málsins sem varðar innkaup í kjölfar þess að innkaupaferli stöðvast þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að heppilegast sé að verðfyrirspurnum sé beint til birgja á því tímabili, sbr. til hliðsjónar 22. gr. laga um opinber innkaup. Mat um það hvort sú heimild gangi upp í skilningi 2. mgr. 74. gr. laga um opinber innkaup veltur á túlkun kærunefndar útboðsmála.

#### *Neyðarinnkaup*

Samkeppniseftirlitið kannaði það tilvik sem Logaland vísaði til og aflaði sjónarmiða frá Landspítala. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að í ljósi aðstæðna á spítalanum á þessum tíma hafi ekki verið um ræða háttsemi sem gangi gegn samkeppnislögum. Líklegt er að

---

<sup>27</sup> Samanlagt nema þau tugum ef ekki hundruðum milljóna króna á nokkurra ára tímabili.





heimild til neyðarinnkaupa, skv. c. lið 1. mgr. 33. gr. laga um opinber innkaup, hafi átt við í þessu tilviki en það er á forræði kæruneftndar útboðsmála að meta slík tilvik.

#### *Innkaup fyrir gjafafé*

Að mati Samkeppniseftirlitsins fellur það undir valdsvið kæruneftndar útboðsmála að úrskurða um það hvort útboðsskylda sé fyrir hendi eða ekki samkvæmt lögum um opinber innkaup, sbr. 4. mgr. 91. gr. og 1. mgr. 97. gr. laganna. Þannig getur kæruneftndin lagt fyrir kaupanda að bjóða út tiltekin innkaup og látið uppi álit sitt á skaðabótaskyldu.

Hvað sem því líður er að mati Samkeppniseftirlitsins mikilvægt að innkaup fyrir gjafafé, hvort sem þau falla innan marka laga um opinber innkaup eða ekki, séu hagkvæm og verðfyrirspurnum eða útboðum sé beitt. Þá mætti breyta reglum um tollfríðindi þannig að hvati til að gera innkaup í nafni líknarfélaga sé ekki fyrir hendi. Slík framkvæmd ætti að vera bæði til framdráttar fyrir spítalann og viðkomandi líknarfélög þar sem meira ætti að fást fyrir þá fjármuni sem safnað er með aukinni samkeppni.

#### *Um huglæga útboðsskilmála*

Bæði kæruneftnd útboðsmála og Hæstiréttur hafa komist að niðurstöðum um að útboðsskilmálar Landspítala í ákveðnum innkaupaferlum hafi verið ólögmatir.<sup>28</sup> Í 45. gr. laga um opinber innkaup er að finna meginreglu um með hvaða hætti heimilt er að setja fram forsendur í útboðsgögnum.<sup>29</sup> Til að tryggja að notkun huglægra útboðsskilmála sé ekki skaðleg samkeppni er mikilvægt að umrætt mat sé formbundið og eins fyrirsjáanlegt og mögulegt er. Til að svo sé þarf að setja verklagsreglur um framkvæmd matsins og gera þær aðgengilegar fyrir bjóðendum áður en tilboðum er skilað inn.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að óheppilegt geti verið að huglægar kröfur til vöru séu svokallaðar „skal kröfur“ í útboðum Landspítala, þó það sé ekki óheimilt skv. lögum um opinber innkaup. Með „skal kröfu“ er átt við kröfu sem tilboð verður að uppfylla svo það teljist gilt.

#### *Framkvæmd rammasamninga*

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að haga beri innkaupum á þann hátt sem fjárhagslega er hagkvæmastur fyrir hinn opinbera kaupanda. Ef hagkvæmara var að kaupa allan „pakkann“ frá einum aðila þarf viðkomandi kaupandi að geta rökstutt með vísan til gagna hvers vegna sú leið er hagkvæmari en að kaupa einstaka vöruflokka þar sem þeir eru

---

<sup>28</sup> Í dómi Hæstaréttar 17. október 2013 í máli nr. 366/2013, *Fastus ehf., Logaland ehf. og Beckman Coulter AB gegn Ríkiskaupum*, var komist að þeirri niðurstöðu að skilmálar í samkeppnisviðræðum Ríkiskaupa og Landspítala hafi ekki verið í samræmi við kröfur laga um opinber innkaup.

<sup>29</sup> Hæstiréttur lýsti efni reglunnar með eftirfarandi hætti í dómi sínum 17. október 2013 í máli nr. 366/2013, *Fastus ehf., Logaland ehf. og Beckman Coulter AB gegn Ríkiskaupum*. „Í 1. mgr. 72. gr. laga nr. 84/2007 kemur fram að við val á tilboði skuli gengið út frá hagkvæmasta tilboði, en með því sé átt við það boð sem sé lægst að fjárhæð eða fullnægi þörfum kaupanda best samkvæmt þeim forsendum sem settar hafi verið fram í útboðsgögnum, sbr. 45. gr. laganna. Í 2. mgr. 45. gr. þeirra segir að í útboðslýsingu, útboðsgögnum eða skýringargögnum, eða þegar um er að ræða samkeppnisviðræður, skuli tilgreina forsendur fyrir vali tilboðs eins nákvæmlega og framast sé unnt. Í forsendunum megi ekki vísa til annarra atriða en staðreynd verði á grundvelli gagna sem bjóðendur leggja fram eða með öðrum hlutlægum hætti. Miklu skiptir að ferlið við val á tilboði sé gagnsætt og tryggi að jafnræðis sé gætt. Þannig verða hendur þess sem tilboð velur að vera bundnar fyrir fram, í eins ríku mæli og kostur er, við mat á hlutlægum forsendum og viðmiðunum sem fram hafa verið sett ...“ (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)



ódyrastir hverju sinni. Í þessum tilvikum ætti aðili að rannsókninni að geta leitað til kærunevndar útboðsmála, sbr. 1. mgr. 93. gr. og 1. mgr. 94. gr. laga um opinber innkaup.

#### *Um samskipti Landspítala við birgja*

Hér koma tvö atriði í kvörtun Logalands til skoðunar. Fyrri tilvikið varðar fund Landspítala með Logalandi og fulltrúa fyrirtækisins Paul Hartmann AG 5. maí 2010. Seinna tilvikið varðar tölvupóst starfsmanns Landspítala til Hátækni sem var keppinautur Logalands. Í tölvupóstinum voru gefnar upplýsingar um verðlagningu Logalands.

Varðandi fyrri tilvikið er erfitt að fullyrða um hvað telst sannað eða ósannað í þessu tilliti enda stendur orð gegn orði. Hvað sem því líður er ljóst að samskipti Landspítala og Logalands hafa verið mjög stirð og um margt óvenjuleg á þessu tímabili.

Seinna tilvikið er nokkuð skýrt en starfsmaður Landspítala sendi eftirfarandi póst til keppinautar Logalands 17. nóvember 2011:

*„Takk fyrir póstinn. Verðin sem þú ert að bjóða okkur eru öll hærri en þau sem við erum með í dag. Mesti munurinn er á 7,5 og 10 cm bindunum þar sem þú ert um 20% hærri. Getur þú pressað þetta eitthvað meira niður fyrir okkur?“*

Með þessum tölvupósti upplýsir starfsmaður innkaupadeildar Landspítala keppinaut um verð Logalands. Slíkar upplýsingar verða að teljast til viðkvæmra viðskiptaupplýsinga sem leynt ættu að fara. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það skaðlegt samkeppni að opinber kaupandi afhendi trúnaðarupplýsingar um verð birgja til keppinauta hans.

Líkt og fram hefur komið er unnt að gera athugasemdir við ákveðin atriði í innkaupum Landspítala á tímabilinu. Landspítali hefur frá því að rannsókn þessa máls hófst gert tiltekna endurbætur á innkaupaaðferðum sínum, m.a. hvað varðar notkun huglægra útboðsskilmála. Í flestum þeim tilvikum sem talin eru hér upp að framan stendur þjóðendum jafnframt til boða að leita úrlausnar þeirra hjá kærunevnd útboðsmála á grundvelli laga um opinber innkaup. Þá ber einnig að líta til þess að Landspítali hefur með yfirlýsingu, dags. 9. júní 2016, í tengslum við þetta mál skuldbundið sig til að grípa til tiltekinna aðgerða sem ætlað er að bæta innkaupahætti spítalans.

Í ljósi framangreinds er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki tilefni til að beita b. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga eða beina álit á grundvelli c. liðar 1. mgr. 8. gr. laganna í málinu.

### **3. Yfirlýsing Landspítala og framkvæmd innkaupa á heilbrigðisvörum til frambúðar**

Á fundi þann 1. júní 2015 kynnti Samkeppniseftirlitið Landspítala frummat sitt í tilefni af rannsókn á erindi Logalands frá 30. nóvember 2012. Í frummatinu voru lagðar til ákveðnar lausnir á þeim vandamálum sem Samkeppniseftirlitið hafði komið auga á við rannsókn á innkaupum Landspítala á heilbrigðisvörum. Þannig var lagt til að:

- Landspítali setti sér samkeppnisréttaráætlun



- Gerðar yrðu ráðstafanir til að koma í veg fyrir að trúnaðarupplýsingum um vörur og verð keppinauta yrði dreift á milli þeirra
- Landspítali setti sér reglur um samskipti við birgja
- Landspítali setti sér ákveðið verklag sem staðið yrði við vegna innkaupa sem falla undir viðmiðunarmörk vegna opinberra innkaupa
- Reglur yrðu settar um hvaða skilyrði þyrftu að vera fyrir hendi svo neyðarinnkaup teldust heimil
- Í þeim tilvikum sem heimilt væri að beita huglægum útboðsskilmálum þyrfti Landspítali og eftir atvikum Ríkiskaup að útleggja, fyrir fram og með nákvæmum hætti, hvernig matið myndi fara fram
- Tillögnum yrði fylgt eftir með skipulögðum hætti

Með bréfi, dags. 30. júní 2015, bárust viðbrögð Landspítala vegna frummatsins og mögulegra lausna. Með bréfinu fylgdu drög að reglum Landspítala um ferli innkaupa, innkaupaheimildir, samþykktarákvæði o.fl., svo og innkaupastefna velferðarráðuneytisins<sup>30</sup> og viðmið um góða starfshætti fyrir starfsmenn sem annast opinber innkaup.<sup>31</sup>

Í bréfinu kom fram að varðandi þau atriði sem nefnd eru í frummati Samkeppniseftirlitsins séu og hafi verið til staðar reglur sem taka á þeim málum. Þær reglur séu ekki heildstæðar, heldur taki á einstökum atriðum. Af þeim sökum hafi sú ákvörðun verið tekin í kjölfar frummats Samkeppniseftirlitsins að setja saman sérstaka gæðahandbók fyrir innkaup spítalans.

Í kjölfar frekari samskipta á milli Landspítala og Samkeppniseftirlitsins sendi spítalinn drög að yfirlýsingu um tilteknar aðgerðir sem ætlað er að bæta innkaup spítalans á heilbrigðisvörum. Hér að neðan er yfirlýsing spítalans og einstökum efnisatriðum hennar lýst. Í viðauka I er yfirlýsingin birt í heild sinni. Rétt er að ítreka að í yfirlýsingu Landspítala felst ekki sátt í skilningi 17. gr. f. samkeppnislaga.

#### *Yfirlýsing Landspítalans*

Yfirlýsingin er gerð í tilefni af rannsókn Samkeppniseftirlitsins á viðskiptaháttum við innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum. Tilgangur yfirlýsingarinnar er að efla til frambúðar samkeppni á markaði fyrir viðskipti með heilbrigðisvörur á Íslandi, almenningi, Landspítala og keppinautum á markaðnum til hagsbóta. Lýsir Landspítali yfir, í því skyni að ljúka þeirri endurskoðun sem átt hefur sér stað á innkaupaferlum spítalans, að spítalinn muni grípa til tiltekinna aðgerða í þessu skyni. Yfirlýsingin skiptist í sjö atriði.

Í fyrsta liðnum segir að Landspítali hyggist setja sér svokallaða samkeppnisréttaráætlun sem skal kynnt öllum stjórnendum og starfsmönnum spítalans sem hafa innkaupaheimildir. Skulu þessir aðilar þannig upplýstir um þær kröfur sem samkeppnisreglur gera til starfsemi

<sup>30</sup> Velferðarráðuneytið, Stefnumörkun í innkaupamálum velferðarþjónustunnar – Ný innkaupastefna og tillögur að framkvæmdaáætlun, júní 2012. Samkvæmt innkaupastefnunni er m.a. stefnt að því að hlutverk innkaupadeildar Landspítala verði víkkað út þannig að deildin geti þjónað innkaupum fleiri stofnana. [https://www.velferdarraduneyti.is/media/Rit\\_2013/BCG-verkefnahopur9-innkaupastefna-mai2012.pdf](https://www.velferdarraduneyti.is/media/Rit_2013/BCG-verkefnahopur9-innkaupastefna-mai2012.pdf).

<sup>31</sup> Viðmiðin voru gefin út af fjármála- og efnahagsráðuneytinu 3. janúar 2013. Í viðmiðunum er m.a. fjallað um óhæði innkaupastarfsmanna gagnvart viðsemjendum. <https://www.fjarmalaraduneyti.is/media/frettir/Vidmid-um-goda-starfshaetti-i-innkaupum.pdf>.



Landspítalans á þessu sviði. Í yfirlýsingunni er kveðið á um framkvæmd og kynningu áætlunarinnar.

*Í öðrum lið* er fjallað um samskipti við birgja, meðferð trúnaðarupplýsinga og jafnræði. Landspítali muni gæta þess, með nauðsynlegum aðgerðum, að viðkvæmar upplýsingar sem spítalinn kann að búa yfir um birgja, tilboð þeirra eða viðskiptaskilmála, berist ekki til annarra birgja eða keppinauta fyrir tilstuðlan spítalans. Jafnframt kemur fram að með öllu verði óheimilt að hafa áhrif á eða reyna að hafa áhrif á viðskiptasamband innlendra birgja og framleiðenda. Landspítali mun hnykkja á þessu atriði með leiðbeiningum til starfsmanna í gæðahandbók innkaupa.

*Þriðji liður* er um verklag við innkaup sem falla undir viðmiðunarmörk laga um opinber innkaup vegna innkaupa. Landspítali hyggst við slík innkaup „ávallt gæta hagkvæmni og jafnræðis með því að gera samanburð meðal sem flestra fyrirtækja sem selja þær vörur sem við á hverju sinni.“ Auk þess er kveðið á um auglýsingu tiltekinna innkaupa á vef Landspítala.

*Í fjórða lið* er fjallað um innkaup fyrir gjafafé. Við innkaup fyrir gjafafé skal eftir fremsta megni reynt að fylgja sambærilegum ferlum og við önnur innkaup með það að markmiði að sem hagstæðast verð og gæði fáist. Þannig skal almennt beita verðfyrirspurnum í innkaupum á slíkum vörum. Í þeim tilvikum sem lög um opinber innkaup eiga við um innkaupin skal reglum þeirra laga beitt. Sérstaklega er tekið fram að sýna skuli árvekni þegar um er að ræða tækjagjafir eða innkaup fyrir gjafafé sem fela í sér umtalsverð innkaup á sérhæfðri rekstrarvöru. Í þessu samhengi er einkum vísað til þess að tiltekin lækninga- og rannsóknartæki krefjast oft töluverðra innkaupa á sérhæfðri rekstrarvöru til lengri tíma. Í sumum tilvikum er velta vegna kaupa á rekstrarvöru jafnvel umtalsvert meiri en upphaflegt verðmæti tækisins.

*Í fimmta lið* er fjallað um reglur um svokallaða huglæga útboðsskilmála og vörumerkjatryggð starfsfólks. Vísað er til þess að á undanförunum misserum hafi lýsing í útboðsgrunnum Landspítala, á því hvernig mat á huglægum útboðsskilmálum er framkvæmt, orðið mun nákvæmari og ítarlegri. Hyggst Landspítali birta á vefsvæði innkaupadeildarinnar dæmi um það hvernig blindprófanir vegna huglægs mats (Likert skali) fara fram en matið sé háð ákveðnum breytingum í hverju ólíku útboði. Landspítalinn tekur fram að starfsfólk hans sé meðvitað um þá hættu sem getur falist í vörumerkjatryggð fyrir samkeppni á markaði. Það sé markmið innkaupadeildarinnar að hagkvæmni sé ávallt höfð að leiðarljósi við innkaup og vörumerkjatryggð verði ekki látin ráða innkaupum. Í einstaka undantekningartilvikum geti þó verið nauðsynlegt að halda sig við tiltekin vörumerki, s.s. þegar öryggi sjúklinga kann að vera í veði.

*Í sjötta lið* segir að Landspítali hyggist setja sér gæðahandbók þar sem framangreind atriði verða dregin saman ásamt fleiri atriðum. Deildarstjóri innkaupadeildar Landspítala mun uppfæra handbókina reglulega og sjá til þess að hún sé aðgengileg öllum hagsmunaaðilum. Þá mun deildastjóri innkaupadeildar sjá um innleiðingu reglnanna og þjálfun þeirra starfsmanna Landspítala sem koma að innkaupum.



Í sjöunda lið er að finna tímaáætlun og ákvæði um eftirlit og endurskoðun yfirlýsingarinnar. Stefnt er að því að þær aðgerðir sem kveðið er á um í yfirlýsingunni muni koma til framkvæmda innan 9-12 mánaða frá undirritun yfirlýsingarinnar. Landspítali mun koma á samstarfshóp sem hefur það hlutverk að hafa eftirlit með ákvæðum yfirlýsingarinnar. Einn meðlima samstarfshópsins mun vera óháður utanaðkomandi aðili sem hefur þekkingu og reynslu á sviði opinberra innkaupa. Tveimur árum eftir undirritun yfirlýsingarinnar skal samstarfshópurinn meta framkvæmd hennar og gera Samkeppniseftirlitinu grein fyrir niðurstöðum vinnu sinnar.

#### **IV. Ákvörðunarorð**

**„Ekki eru forsendur til að aðhafast frekar í tilefni af erindi Logalands ehf. frá 30. nóvember 2012“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson



## Viðauki I – yfirlýsing Landspítala

Reykjavík, 9. júní 2016

### YFIRLÝSING

#### **Vegna rannsóknar Samkeppniseftirlitsins á viðskiptaháttum við innkaup á heilbrigðisvörum**

Yfirlýsing þessi er gerð í tilefni af rannsókn Samkeppniseftirlitsins á viðskiptaháttum við innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum. Með heilbrigðisvörum í þessu samhengi er einkum átt við lækningavörur, lækningatæki, hjúkrunarvörur og hjúkrunartæki. Tilgangur yfirlýsingarinnar er að efla til frambúðar samkeppni á markaði fyrir viðskipti með heilbrigðisvörur á Íslandi, almenningi, Landspítala og keppinautum á markaðnum til hagsbóta. Lýsir Landspítali yfir, í því skyni að ljúka þeirri endurskoðun sem átt hefur sér stað á innkaupaferlum spítalans, að spítalinn muni grípa til tiltekinna aðgerða í þessu skyni:

#### **I.**

##### **Samkeppnisréttaráætlun**

Landspítali mun tryggja að allir stjórnendur og starfsmenn sem hafa innkaupaheimildir séu að fullu upplýstir um þær kröfur sem samkeppnisreglur gera til starfsemi Landspítala í innkaupum á heilbrigðisvörum. Þá verður eftirfarandi m.a. tryggt í þessu sambandi:

- a) Að innleidd verði samkeppnisréttaráætlun fyrir Landspítala.
- b) Að samkeppnisréttaráætlun sé haldið við og starfsmenn með innkaupaheimildir séu upplýstir um hana.
- c) Að útbúnir verði verkferlar sem tryggja stöðuga framkvæmd samkeppnisréttaráætlunar.
- d) Að skipulögð fræðsla um samkeppnisreglur fari fram reglulega hjá spítalanum fyrir starfsmenn með innkaupaheimildir.

#### **II.**

##### **Samskipti við birgja, meðferð trúnaðarupplýsinga og jafnræði**

Landspítali mun gæta þess, og tryggja með nauðsynlegum aðgerðum, að viðkvæmar upplýsingar sem spítalinn kann að búa yfir um birgja, tilboð þeirra eða viðskiptaskilmála, berist ekki til annarra birgja eða keppinauta fyrir tilstuðlan spítalans. Landspítali mun m.a. hnykkja á þessu atriði með leiðbeiningum til starfsmanna í gæðahandbók innkaupa Landspítala, sem nú er til í drögum, með eftirfarandi hætti:

- Þeim starfsmönnum, sem að innkaupum koma, er ekki heimilt að miðla upplýsingum um atriði sem eðlilegt þykir að trúnaður ríki um, s.s. einingaverð, tæknilegar upplýsingar o.fl., til keppinauta á birgjamarkaði eða stofnana utan velferðarráðuneytisins nema lög eða úrskurðir kveði á um annað.
- Starfsmönnum Landspítala er með öllu óheimilt að hafa áhrif á eða reyna að hafa áhrif á viðskiptasamband innlendra birgja og framleiðenda.
- Meðan á útboðsferli stendur, sérstaklega á því tímabili sem líður frá opnun tilboða til tilkynningar um töku tilboðs, skulu starfsmenn sem að innkaupum koma hafa sem minnst samskipti við bjóðendur. Sé engu að síður nauðsynlegt að eiga samskipti við bjóðendur á þessum tíma skal þess gætt að jafnræði bjóðenda sé ekki



raskað. Slík samskipti milli bjóðenda og Landspítala skulu vera á skriflegu formi, eftir atvikum á gagnvirkum samskiptavef á vefsvæði Landspítala.

### III.

#### **Verklag við innkaup sem falla undir viðmiðunarmörk vegna innkaupa**

Vegna innkaupa sem falla undir viðmiðunarmörk vegna innkaupa hefur innkaupadeild í innkaupareglum sínum sett fram eftirfarandi reglu:

- Við innkaup sem eru undir viðmiðunarfjárhæðum laga um opinber innkaup skal ávallt gæta hagkvæmni og jafnræðis með því að gera samanburð meðal sem flestra fyrirtækja sem selja þær vörur sem við á hverju sinni.

Landspítali mun beita verðfyrirspurnum með reglulegum hætti vegna framangreindra innkaupa. Leitast skal við að senda verðfyrirspurnir til allra þekktra birgja sem bjóða viðkomandi vöru og/eða að þær verði birtar í opinni gátt á vef spítalans.

Á undanförnum misserum hefur LSH aukið mjög beitingu verðfyrirspurna og hafa stofnuninni verið sendar tölfraðilegar upplýsingar þar að lútandi. LSH hyggst auka notkun verðfyrirspurna enn frekar. Auk þess eru á vef innkaupadeildar

- birtar tilkynningar og óskir um upplýsingar um vörur og verð þegar ósk um slíkt kemur frá deildum spítalans
- birtir listar yfir ýmsar vörur þar sem óskað er upplýsinga frá birgjum um hvort þeir geti útvegað tilteknar vörur

### IV.

#### **Innkaup fyrir gjafafé**

Við innkaup á heilbrigðisvörum, tækjum og búnaði fyrir gjafafé skal eftir fremsta megni reynt að fylgja sambærilegum ferlum og við önnur innkaup með það að markmiði að sem hagstæðast verð og best gæði fái, þ.e. að ná sem hagkvæmustu innkaupum. Þannig skal almennt beita verðfyrirspurnum í innkaupum á slíkum vörum. Í þeim tilvikum sem lög um opinber innkaup eiga við um innkaupin skal reglum þeirra laga beitt.

Sérstök árvekni skal höfð við kaup fyrir gjafafé og móttöku á tækjagjöfum sem kunna að fela í sér umtalsverð innkaup á sérhæfðri rekstrarvöru og þjónustu.

### V.

#### **Reglur um huglæga útboðsskilmála. Vörumerkjatryggð.**

Á undanförnum misserum hefur lýsing í útboðsgrunnum Landspítala, á því hvernig mat á huglægum útboðsskilmálum er framkvæmt, orðið mun nákvæmara og ítarlegra. Hafa huglægar kröfur verið gerðar hlutlægar eins nákvæmlega og unnt er, m.a. með blindprófunum. Hefur kærunefnd útboðsmála staðfest að þessi framkvæmd sé á réttri leið. Eftir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hófst hefur Landspítali enn skerpt á þessu og mun halda áfram vinnu við þetta í komandi útboðum og mun skilgreina reglur um mat á huglægum útboðsskilmálum í hverju útboði fyrir sig, og skulu reglurnar vera hlutlausar, gagnsæjar og aðgengilegar öllum bjóðendum.

Landspítali hyggst setja tilbúin dæmi um útfærslu á þessu mati á vefsvæði innkaupadeildar Landspítala.

Landspítali er meðvitaður um þá hættu sem felst í vörumerkjatryggð fyrir samkeppni á markaði og jafnræði bjóðenda. Það er markmið innkaupadeildar Landspítala að hagkvæmni sé ávallt höfð að leiðarljósi við innkaup og vörumerkjatryggð ekki látin ráða innkaupum. Í





einstaka undantekningartilvikum, s.s. þar sem öryggi sjúklinga kann að vera að veði, getur verið nauðsynlegt að halda sig við tiltekið vörumerki.

## **VI.**

### **Gæðahandbók**

Landspítali mun innleiða nýjar innkaupareglur, m.a. með ákvæðum um framangreind atriði, og draga þær reglur saman í sérstaka Gæðahandbók innkaupa á Landspítala. Deildarstjóri innkaupadeildar Landspítala mun uppfæra handbókina reglulega og sjá til þess að hún sé aðgengileg öllum hagsmunaaðilum. Þá mun deildastjóri innkaupadeildar sjá um innleiðingu reglnanna og þjálfun þeirra starfsmanna Landspítala sem koma að innkaupum.

## **VII.**

### **Tímaáætlun, eftirlit og endurskoðun**

Stefnt er að því að þær aðgerðir sem vitnað er til hér að ofan í I. kafla verði framkvæmdar innan níu mánaða frá undirritun yfirlýsingarinnar, en aðrar innan 12 mánaða.

Landspítali mun koma á samstarfshópi sem hefur eftirlit með þeim atriðum sem nefnd eru í yfirlýsingu þessari, m.a. að tryggja að þeim breytingum og aðgerðum sem vitnað er til sé fylgt eftir. Fulltrúi Ríkisendurskoðunar mun eiga sæti í starfshópnum.

Samstarfshópurinn skal meta framkvæmd aðgerðanna og áhrif þeirra á innkaup Landspítala tveimur árum eftir undirritun yfirlýsingarinnar. Samstarfshópurinn skal gera Samkeppniseftirlitinu grein fyrir niðurstöðu þeirrar vinnu.

Virðingarfyllst,

---

Páll Matthíasson, forstjóri