

Fimmtudaginn 29. janúar 2004 var kveðinn upp af settum félagsmálaráðherra svohljóðandi:

### úrskurður:

Með erindi, mótteknu 30. september 2003, kærði Aldís Hafsteinsdóttir, Heiðmörk 57, Hveragerði, hér eftir nefnd kærandi, ákvörðun bæjarstjórnar Hveragerðisbæjar, hér eftir nefndur kærði, um að semja við Íslenska aðalverktaka hf. um byggingu leikskóla og aðrar ákvarðanir er varða þá framkvæmd.

#### I. Kröfur.

Í fyrsta lagi óskar kærandi eftir því í kæru sinni að ráðuneytið úrskurði um eftirfarandi:

"Er Hveragerðisbæ heimilt að ganga til samninga við Íslenska aðalverktaka hf. (ÍAV) um byggingu leikskóla í Hveragerði án undangengis útboðs?

Samrýmist það ákvæðum laga um opinber innkaup og stjórnarsýslulögum að verk af þessari stærðargráðu (100 milljónir) sé ekki boðið út, meðal annars með hliðsjón af skýrum fyrirmælum laga um opinber útboð?

Ég óska eftir álitum ráðuneytisins á lögmæti þess að í samningi milli aðila sé ákvæði þess efnis að útboðsaðila (ÍAV) sé heimilt að skila inn tilboði í sitt eigið útboð."

Í bréfi sínu, dags. 7. desember 2003, gerir kærandi nánar grein fyrir kröfugerð sinni og gerir þá kröfu "...að samningurinn verði úrskurðaður ólögmætur og bæjarstjórn verði vítt fyrir ámælisverð vinnubrögð."

Í öðru lagi óskar kærandi eftir því að ráðuneytið úrskurði um eftirfarandi:

"Samrýmist það lögum að meirihluti bæjarstjórnar leggi fram, sem trúnaðarmál, drög að viljayfirlýsingu og bindi þannig af trúnaði aðra sveitarstjórnarmenn skv. ákvæðum sveitarstjórnarlaga, þrátt fyrir að þeir séu þeirrar skoðunar að yfirlýsingin gangi gegn hagsmunum sveitarfélagsins og að trúnaðurinn brjóti gegn sannfæringu þeirra?"

Í bréfi sínu, dags. 7. desember 2003, gerir kærandi nánar grein fyrir þessum þætti kröfu sinnar og krefst þess "...að ákvörðun um að leggja fram sem trúnaðarmál gögn sem varða verulega hagsmuni Hveragerðisbæjar og með því koma í veg fyrir að þau fái eðilega umfjöllun, verði dæmd ólögmæt."

#### II. Málsmeðferð.

Þann 10. október 2003 var heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra settur félagsmálaráðherra í máli þessu sökum vanhæfis Árna Magnússonar félagsmálaráðherra á grundvelli 4. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Erindi kæranda var sent til umsagnar kærða með bréfi dags. 27. október 2003. Óskað var

eftir því að umsögn bærisk ráðuneytinu eigi síðar en 11. nóvember 2003. Kærði óskaði eftir því að fá frekari frest í málinu þar sem lögmaður bæjarstjórnar í máli þessu var í leyfi til 11. nóvember 2003. Ráðuneytið taldi rétt að verða við ósk bæjarstjórnar og var frestur því framlengdur til 20. nóvember 2003. Umsögnin barst ráðuneytinu þann 25. nóvember 2003 með bréfi dags. 21. nóvember 2003. Kæranda var gefinn kostur á að koma að andmælum með bréfi dags. 26. nóvember 2003. Í andmælum sínum, dags. 7. desember 2003, gerði kærandi nánari grein fyrir kröfugerð sinni sbr. framangreint.

### **III. Málavextir og málsástæður aðila.**

Kærandi er bæjarfulltrúi í Hveragerðisbæ. Þann 15. maí 2003 lagði bæjarstjóri Hveragerðis fram í bæjarráði, sem trúnaðarmál, drög að viljayfirlýsingu kærða, Landsafls hf. og Íslenskra aðalverktaka hf. um ýmis verkefni sem ráðist skyldi í á vegum kærða og fjármögnun þeirra. Meðal þessara verkefna var bygging leikskóla (tveggja áfanga af fjórum) við Finnmörk 1, Hveragerði. Umræðum um viljayfirlýsinguna var frestað til aukafundar í bæjarráði þann 23. maí 2003 og átti þá að liggja fyrir álit endurskoðanda kærða. Sá fundur var aldrei haldinn að sögn kæranda. Af greinargerð lögmanns kærða má ráða að þeim fundi hafi verið frestað til 5. júní 2003.

Á fundi bæjarráðs kærða þann 5. júní 2003 var lagt fram minnisblað bæjarstjóra vegna hinnar fyrirhuguðu leikskólabyggingar kærða og þar samþykkt lántaka bæjarins vegna framkvæmdarinnar auk þess sem bæjarstjóra var veitt heimild til samninga við Íslenska aðalverktaka hf. um byggingu leikskólans. Fram kemur í greinargerð kærða að minnisblaðið hafi verið afrakstur vinnu bæjarstjóra og endurskoðanda bæjarins og að þar séu bornar saman tvær fjármögnunarleiðir. Þann 13. ágúst 2003 var síðan undirritaður verksamningur milli kærða og Íslenskra aðalverktaka hf. um byggingu leikskólans. Í 3. gr. verksamningsins kemur fram að Íslenskir aðalverktakar hf. muni hafa með höndum hönnun og byggingarstjórn en aðrir verkþættir verði boðnir út í samvinnu við kærða. Íslenskum aðalverktökum hf. er þó heimilt að bjóða í verkþættina á móti öðrum verktökum. Verksamningur þessi var síðan samþykktur í bæjarstjórn kærða þann 11. september 2003.

Kærandi telur að framlagning viljayfirlýsingarinnar sem trúnaðarmál hafi verið óheimil og krefst þess að ákvörðunin "verði dæmd ólögmat."

Kærandi telur jafnframt að samningur kærða og Íslenskra aðalverktaka hf. sé útboðsskyldur skv. 12. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup. Hafi því verið óheimilt að samþykkja verksamninginn án undangengins útboðs. Kærandi kveður rök bæjarstjórnar vera þau að verkinu sé skipt upp og muni Íslenskir aðalverktakar hf. bjóða út einstaka verkþætti. Kveður kærandi að skv. lögum um opinber innkaup sé óheimilt að skipta innkaupum eða nota sérstakar aðferðir við útreikning á kostnaði í því skyni að komast hjá útboði sbr. 3. mgr. 14. gr. laganna.

Kærandi gerir einnig athugasemd við að í samningi kærða og Íslenskra aðalverktaka hf. sé heimild til handa þeim síðarnefnda til að bjóða í verkþætti samningsins. Kærandi telur að traudla verði séð hvernig væntanleg tilboð Íslenskra aðalverktaka hf. verði meðhöndluð á sama hátt og ef um óskyldan aðila væri að ræða. Telur kærandi fyrirkomulag þetta brjóta gegn jafnræðisreglu stjórnslulaga nr. 37/1993.

Í greinargerð kærða er þess aðallega krafist að erindi kæranda verði vísað frá ráðuneytinu. Telur kærði að erindi kæranda geti ekki talist kæra heldur sé verið að óska eftir lögfræðilegu álit ráðuneytisins á nánar tilgreindum atriðum. Að mati kærða sé það ekki hlutverk ráðuneytisins að veita lögfræðilegt álit heldur beri sveitarstjórnarmönnum að afla sér slíks álits á eigin kostnað. Telur kærði að 103. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 verði ekki skýrð svo rúmt að unnt sé að óska eftir úrskurði ráðuneytisins án sérstakrar kröfugerðar.

Jafnframt telur kærði að álitaefni varðandi meinta útboðsskyldu kærða eigi ekki undir félagsmálaráðuneytið heldur kærunefnd útboðsmála, sbr. 75. gr. laga nr. 94/2001 um opinber innkaup.

Kærði gerir varakröfu um að með erindið verði farið á grundvelli 102. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998. Byggist krafan á því að í raun sé verið að fara fram á að ráðuneytið sinni lögbundnu eftirlitshlutverki sínu.

Kærði gerir að lokum þrautavarakröfu um viðurkenningu á lögmætri málsmeðferð. Telur kærði að málsmeðferð hans hafi í öllu verið lögmæt auk þess sem ákvæðum laga nr. 94/2001 um opinber innkaup hafi verið fylgt, en kærði telur að á grundvelli 10. gr. laganna hafi bygging leikskólans að Finnmörk 1, Hveragerði, ekki verið útboðsskyld.

Varðandi framlagningu viljayfirlýsingarinnar frá maí 2003 telur kærði að skv. 32. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 og eðli máls beri bæjarráðsmönnum að gæta þagmælsku og trúnaðar um drögin og efni þeirra. Skoðun bæjarráðsmanna breyti engu þar um.

Með bréfi, dags. 7. desember 2003, bætti kærandi við kröfugerð sína eftir að hafa verið gefinn kostur til að koma að andmælum við greinargerð kærða. Kom þar fram að kærandi væri að kæra málsmeðferð og ákvarðanatöku kærða í ofangreindu máli. Gerði kærandi því þær kröfur í fyrsta lagi að samningurinn yrði úrskurðaður ólögmætur og bæjarstjórn yrði vítt fyrir ámælisverð vinnubrögð. Í öðru lagi gerði kærandi þá kröfu að sú ákvörðun að leggja fram sem trúnaðarmál gögn er varða verulega hagsmuni Hveragerðisbæjar og með því koma í veg fyrir að þau fái eðlilega umfjöllun, verði dæmd ólögmæt.

#### **IV. Niðurstaða ráðuneytisins.**

Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. sveitastjórnarlaga nr. 45/1998 fer félagsmálaráðuneytið með málefni sveitarstjórnarmála. Í því felst að ráðuneytið skal hafa eftirlit með því að sveitarstjórnir gegni skyldum sínum samkvæmt lögnum og öðrum löglegum fyrirmælum. Vanræki sveitarstjórn skyldur sínar skal ráðuneytið veita henni áminningu og skora á hana að bæta úr vanrækslunni, sbr. 1. og 2. mgr. 102. gr. laganna. Í 1. mgr. 103. gr. sveitarstjórnarlaga segir að ráðuneytið skuli úrskurða um ýmis vafaatriði sem upp kunna að koma við framkvæmd sveitarstjórnarmálefna en það skerði þó eigi rétt aðila til þess að höfða mál fyrir dómstólum. Þegar ákvörðun sveitarstjórnar er kærð til félagsmálaráðuneytisins sætir frjálst mat sveitarstjórnarinnar ekki endurskoðun ráðuneytisins vegna meginreglu 78. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, um sjálfstjórn sveitarfélaga. Hér er því um að ræða undantekningu frá hinni almennu kærueimild 1. mgr. 26. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Hins vegar sætir

Það endurskoðun ráðuneytisins hvort ákvörðun er lögmæt, þ.e. hvort sveitarstjórn hafi t.d. gætt réttar málsmeðferðar, hvort ákvörðunin eigi sér stoð í lögum eða sé byggð á lögmætum sjónarmiðum. Á grundvelli 103. gr. sveitarstjórnarlaga úrskurðar því ráðuneytið meðal annars um hvort sveitarstjórnir haldi fundi sína í samræmi við lög, svo sem varðandi fundarboðun, auglýsingu funda, hæfi einstakra sveitarstjórnarmanna o.fl. Einnig hefur ráðuneytið úrskurðarvald varðandi sveitarstjórnarkosningar og atkvæðagreiðslur um sameiningu sveitarfélaga. Ráðuneytið úrskurðar hins vegar ekki í málum og/eða málefnum sem færð hafa verið undir sérstakar kærunefndir svo sem kærunefnd útboðsmála. Kærunefnd útboðsmála starfar á grundvelli XIII. kafla laga nr. 94/2001 um opinber innkaup og skv. 3. mgr. 75. gr. laganna verður úrskurðum hennar og ákvörðunum ekki skotið til annarra stjórnvalda. Hlutverk nefndarinnar er að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum einstaklinga og lögaðila vegna ætlaðra brota á lögnum og reglum settum samkvæmt þeim, sbr. 2. mgr. 75. gr. laganna. Hafa nefndinni jafnframt verið falin víðtæk úrræði samkvæmt lögnum ef brotið hefur verið á rétti aðila, sbr. 81. gr. laganna. Félagsmálaráðuneytinu eru þessi úrræði ekki tæk þar sem álitaefni um opinber innkaup heyrir ekki undir það.

Að því virtu sem að framan hefur verið rakið telur ráðuneytið ljóst að því sé ekki heimilt að úrskurða um lögmæti samnings kærða við Íslenska aðalverktaka hf. Er því kröfu kæranda um að samningurinn verði úrskurðaður ólögmætur vísað frá ráðuneytinu.

Ráðuneytið hefur kynnt sér málsmeðferð kærða við ákvarðanatöku í máli því sem hér er til úrlausnar og telur ekki ástæðu til að gera athugasemdir við hana og er því hafnað kröfu kæranda um að bæjarstjórn verði vítt.

Þá gerir kærandi kröfu um að ákvörðun um að leggja fram sem trúnaðarmál gögn sem varða verulega hagsmuni Hveragerðisbæjar verði dæmd ólögmæt og lýtur krafan að því hvort heimilt sé að binda hendur sveitarstjórnarmanna af trúnaðar- og þagnarskylduákvæðum sveitarstjórnarlaga brjóti það gegn sannfæringu þeirra.

Í 32. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 segir að sveitarstjórnarmenn skuli gæta þagnarskyldu um það sem þeir verða áskynja í starfi sínu og leynt á að fara samkvæmt lögum eða eðli máls. Álitaefni kæranda snýst í raun um það hvort sveitarstjórnarmönnum sé heimilt að rjúfa þagnarskyldu telji þeir að lög hafi verið brotin í sveitarstjórn. Í sveitarstjórnarlögum er ekki heimild til handa sveitarstjórn að leggja fram sem trúnaðarmál fundarefni sem samkvæmt lögum skal vera aðgengilegt almenningi. Hins vegar getur verið álitaefni hvort fundarefni falli undir undanþáguákvæði 4.-6. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996. Sé einstaklingi synjað um aðgang að upplýsingum á grundvelli þessara undantekningarákvæða á hann þess ávallt kost að bera mál sitt undir úrskurðarnefnd um upplýsingamál sbr. V. kafla laganna. Í máli þessu hefur kærandi haft aðgang að öllum gögnum en telur óeðlilegt að gögnin hafi verið gerð að trúnaðarmáli gagnvart öðrum. Jafnframt liggur fyrir að efni viljayfirlýsingarinnar hefur að mestu leyti verið gert opinbert í minnisblaði bæjarstjóra kærða frá 3. júní 2003, í umræðum um viljayfirlýsinguna á bæjarráðsfundi þann 5. júní 2003, í verksamningi kærða og Íslenskra aðalverktaka hf. frá 13. ágúst 2003 og í umræðum á bæjarstjórnarfundi kærða þann 11. september 2003. Að mati ráðuneytisins á almenningur þess kost að nálgast upplýsingar um efni viljayfirlýsingarinnar á grundvelli heimilda í upplýsingarlögum nr. 50/1996.

Með vísan til þess að efni viljayfirlýsingarinnar hefur nú að mestu leyti verið gert opinbert, telur ráðuneytið það ekki góða stjórnsýsluhætti að halda leynd yfir viljayfirlýsingunni sjálfri. Slíkt samræmist ekki almennum reglum stjórnsýsluréttarins um gegnsæi og óheftan aðgang að opinberum gögnum.

Varðandi það hvort kærða hafi í upphafi verið heimilt að binda sveitarstjórnarmenn trúnaði um innihald viljayfirlýsingarinnar verður að horfa til ákvæða upplýsingalaga nr. 50/1996. Ekki er hægt að takmarka aðgang almennings að opinberum gögnum umfram þau tilvik sem getið er um í 4.-6. gr. laganna. Ráðuneytið hefur kynnt sér efni viljayfirlýsingarinnar sem kærandi vill að gert sé opinbert. Í viljayfirlýsingu þessari er ekki að finna neinar þær upplýsingar um atvinnu- og viðskiptaleyndarmál eða rekstrar- eða samkeppnisstöðu aðila viljayfirlýsingarinnar, sem sanngjarnt er og eðlilegt að leynt fari skv. 5. gr. upplýsingalaga. Er því hér um að ræða efni sem ekki á að fara leynt samkvæmt lögum eða eðli máls, sbr. 32. gr. sveitastjórnarlaga nr. 45/1998.

Það er því niðurstaða ráðuneytisins að ákvörðun kærða um að leggja fram drög að viljayfirlýsingu á bæjarráðsfundi þann 15. maí 2003, sem trúnaðarmál, hafi takmarkað um of rétt kæranda til málfrelsis utan sveitarstjórnarfunda.

### Ú R S K U R Ð A R O R Ð :

Kröfu Aldísar Hafsteinsdóttur um að samningur Hveragerðisbæjar við Íslenska aðalverktaka hf. verði úrskurðaður ólögmatgur er vísað frá félagsmálaráðuneytinu.

Kröfu Aldísar Hafsteinsdóttur um að bæjarstjórn verði vítt fyrir ámælisverð vinnubrögð er hafnað.

Ákvörðun Hveragerðisbæjar um að leggja fram drög að viljayfirlýsingu á bæjarráðsfundi þann 15. maí 2003 sem trúnaðarmál er ólögmat.

Jón Kristjánsson  
ráðherra (sign.)

Davíð Á. Gunnarsson  
ráðuneytisstjóri (sign.)