



SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNSS í máli E-7/19

BEIÐNI, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá kærunefnd útboðsmála, í máli

Taks – Malbiks ehf.

gegn

Vegagerðinni og Þrótti ehf.

um túlkun á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/EB frá 26. febrúar 2014 um opinber innkaup og niðurfellingu tilskipunar 2004/18/EB, einkum 6., 7. og 9. mgr. 2. gr.

I Inngangur

1. Með bréfi dagsettu hinn 17. september 2019, sem skráð var hjá dómstólnum 23. september 2019, lagði kærunefnd útboðsmála („kærunefndin“) fram beiðni um ráðgefandi álit í máli sem hún hafði til meðferðar milli Taks – Malbiks ehf. („kæranda“) annars vegar og Vegagerðarinnar („varnaraðila“) og Þróttar ehf. („Þróttar“) hins vegar.
2. Málið fyrir kærunefndinni lýtur að gildi ákvörðunar sem varnaraðili tók 1. apríl 2019 um að veita samning („samninginn“) um framleiðslu á efni úr grjótnámu nálægt Fossamelum til Þróttar og ábyrgð varnaraðila til að greiða skaðabætur til kæranda á grundvelli þess að ákvörðunin var ógild. Meðan á málsmeðferðinni stóð hefur kærunefndin enn frekar leitast við að ákvarða hvort samningurinn hafi verið „verksamningur“ eða „þjónustusamningur“ í skilningi 2. gr. tilskipunar 2014/24/ESB („tilskipunarinnar“), til að ganga úr skugga um hvort útboðið hafi verið rétt auglýst.

II Löggjöf

EES-réttur

3. Tilskipunin var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samninginn“ eða „EES“) með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 97/2016 (Stjtið. ESB 2017 L 300, bls. 49 og EES-viðbætur 2017 nr. 73, bls. 53), sem felldi úr gildi og kom í stað tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB frá 31. mars 2004

um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga (Stjtið. 2014 ESB L 94, bls. 65 og EES-viðbætur 2016 nr. 27, bls. 1057) („tilskipun 2004/18/EB“) í 2. lið XVI. viðauka við EES-samninginn. Ísland, Liechtenstein og Noregur tilkynntu um og uppfylltu stjórnskipuleg skilyrði í nóvember 2016 og í kjölfar þess tók ákvörðunin gildi 1. janúar 2017 og frestur til að innleiða tilskipunina rann út á sama degi.

4. Í 2., 4., 8. og 9. liðum formálsorða tilskipunarinnar segir:

(2) *Opinber innkaup gegna lykilhlutverki í áætluninni Evrópa 2020, eins og sett er fram í orðsendingu framkvæmdastjórnarinnar frá 3. mars 2010 sem nefnist „Evrópa 2020: áætlun um snjallhagvöxt, sjálfbæran hagvöxt og hagvöxt fyrir alla“ („áætlunin Evrópa 2020 um snjallhagvöxt, sjálfbæran hagvöxt og hagvöxt fyrir alla“) sem eitt af markaðstengdum stjórnáttækjum til að ná fram snjallhagvexti, sjálfbærum hagvexti og hagvexti fyrir alla og tryggja jafnframt bestu mögulegu nýtingu opinbers fjármagns. Í þessu skyni ætti að endurskoða og færa til nútímahorfs reglur um opinber innkaup sem voru samþykktar samkvæmt tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/17/EB og tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB til að auka skilvirkni í útgjöldum hins opinbera, einkum að auðvelda litlum og meðalstórum fyrirtækjum þátttöku í opinberum innkaupum og að gera innkaupendum kleift að nýta opinber innkaup til stuðnings sameiginlegum samfélagslegum markmiðum. Einnig er þörf á að skýra grundvallarhugmyndir og -hugtök til að tryggja réttarvissu og samþætta tiltekna þætti í fastmótaðri dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem tengist efninu.*

(4) *Vegna sífelldrar aukningar á ýmiss konar opinberum aðgerðum hefur reynst nauðsynlegt að skilgreina skýrar sjálft hugtakið innkaup, sú skýring ætti þó ekki að víkka gildissvið þessarar tilskipunar samanborið við tilskipun 2004/18/EB. Reglum Sambandsins um opinber innkaup er ekki ætlað að ná til allra tegunda útgreiðslna á opinberum fjármunum heldur einungis þeirra sem ætlaðir eru til kaupa fyrir tilstilli opinbers samnings, á verki, vöru eða þjónustu. Gera ætti grein fyrir að slík kaup á verkum, vörum eða þjónustu ættu að vera með fyrirvara um þessa tilskipun hvort sem framkvæmdin er í gegnum kaup, leigu eða með öðru samningsbundnu formi.*

Hugtakið kaup ætti að túlka í víðum skilningi þess að afla ávinnings af verkum, vörum eða þjónustu sem um er að ræða, en hefur ekki endilega í för með sér yfirfærslu eignarréttar til samningsyfirvalda. Enn fremur fellur fjármögnun starfsemi ein og sér, einkum í formi styrkja, sem oft er tengd skyldu til endurgreiðslu fjárhæðarinnar sem móttækin var, í þeim tilvikum sem hún er ekki notuð í þeim tilgangi sem ætlaður var, ekki undir gildissvið reglna um opinber innkaup. Að sama skapi ætti ekki að túlka aðstæður þar sem allir aðilar, sem uppfylla tiltekin skilyrði hafa rétt á að annast ákveðið verkefni án þess að nokkurt val fari fram, s.s. við neytendaval og þjónustuávisanir, sem innkaup heldur einfaldlega fyrirkomulag leyfisveitinga (t.d. leyfi fyrir lyffjum eða lækniþjónustu).

(8) *Samningur ætti því aðeins að teljast opinber verksamningur ef efni hans varðar sérstaklega framkvæmd þeirra verka sem tilgreind eru í II. viðauka, jafnvel þótt samningurinn taki til annarrar þjónustu sem er nauðsynleg til að unnt sé að vinna þessi*

verk. Opinberir þjónustusamningar geta við ákveðnar aðstæður náð yfir verk, einkum þegar um er að ræða rekstur fasteigna. Ef slík verk tengjast meginefni samningsins, og eru því hugsanlega afleiðing af eða viðbót við hann, telst það þó ekki gild ástæða fyrir því að flokka samning um almannaðjónustu sem opinberan verksamning að hann taki til slíkra verka.

Í ljósi þess hve opinberir verksamningar eru fjölbreytilegir ættu samningsyfirvöld þó að geta valið um hvort þau gera samning um hönnun og framkvæmd verks aðgreint eða sameiginlega. Þessari tilskipun er ekki ætlað að segja fyrir um hvort gera skuli samninga sameiginlega eða aðgreint.

(9) Við framkvæmd verks, er samsvarar þeim kröfum sem samningsyfirvald hefur tilgreint, er það forsenda að yfirvaldið, sem um er að ræða, hafi gert ráðstafanir til skilgreina tegund verksins eða, að lágmarki, að það hafi haft afgerandi áhrif á áætlanagerðina. Hvort heldur að verktaki annast alla framkvæmd verksins eða hluta hennar á eigin vegum eða tryggir framkvæmd þeirra með öðrum leiðum ætti ekki að breyta flokkun samningsins sem verksamnings, svo fremi sem verktakinn tekur á sig beina eða óbeina skuldbindingu sem er framfylgjanleg samkvæmt lögum til að tryggja að verkið verði framkvæmt.

5. Í I. bálki tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Gildissvið, skilgreiningar og almennar meginreglur“, eru 2., 4., 6. og 23. gr. tilskipunarinnar.

6. Í 2. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Skilgreiningar“, segir:

1. Í þessari tilskipun er merking eftirfarandi hugtaka sem hér segir:

[...]

(5) „opinberir samningar“: skriflegir samningar, fjárhagslegs eðlis, sem einn eða fleiri rekstraraðilar og eitt eða fleiri samningsyfirvöld gera sín á milli og eru um að framkvæma verk, afhenda vörur og veita þjónustu,

(6) „opinberir verksamningar“: opinberir samningar sem fjalla um eitt af eftirfarandi:

a) framkvæmd eða bæði hönnun og framkvæmd verka sem tengjast einhverri þeirri starfsemi sem um getur í II. viðauka,

b) framkvæmd, eða bæði hönnun og framkvæmd verks,

c) hvers konar framkvæmd verks sem svarar til krafna sem settar eru fram af samningsyfirvaldi sem hefur afgerandi áhrif á gerð eða hönnun verksins,

(7) „verk“: heildarafrakstur af byggingarframkvæmdum eða mannvirkjagerð sem getur, sem slíkt, þjónað fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki,

[...]

(9) „*opinberir þjónustusamningar*“: *opinberir samningar um veitingu þjónustu, annarrar en þeirrar sem um getur í 6. lið,*

[...]

7. Í 4. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Viðmiðunarfjárhæðir“, eins og henni var breytt með framseldri reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (ESB) 2017/2365 frá 18. desember 2017 um breytingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB að því er varðar beitingu viðmiðunarfjárhæða við útboð og gerð samninga (Stjtið. ESB 2017 L 337, bls. 19) sem var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 26/2018 um breytingu á XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn (Stjtið. EB 2019 L 323, bls. 51 og EES-viðbætur 2019 nr. 98, bls. 46) („framselda reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (ESB) 2017/2365“) segir:

Þessi tilskipun gildir um innkaup þar sem áætlað verðmæti án virðisaukaskatts er jafnt eða meira en eftirfarandi viðmiðunarfjárhæðir:

a) 5 548 000 evrur þegar um er að ræða opinbera verksamninga.

b) 144 000 evrur þegar um er að ræða opinbera vöru- og þjónustusamninga, gerða af yfirvöldum á vegum ríkisins og hönnunarsamkeppnir sem slík yfirvöld halda; [...]

8. Í 6. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Endurskoðun viðmiðunarfjárhæða og skrárinnar yfir yfirvöld á vegum ríkisins“, segir:

1. Á tveggja ára fresti, frá 30. júní 2013, skal framkvæmdastjórnin ganga úr skugga um að viðmiðunarfjárhæðirnar sem settar er fram í a-, b- og c-lið 4. gr. séu í samræmi við viðmiðunarfjárhæðirnar sem settar eru í samningnum um opinber innkaup og skal, ef nauðsyn krefur, endurskoða þær í samræmi við þessa grein.

9. Í 23. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Flokkunarkerfi“, segir í fyrstu málsgrein:

1. Allar tilvísanir til flokkunarkerfa í tengslum við opinber innkaup skulu notast við „sameiginlega innkaupaorðasafnið“ eins og það er samþykkt í reglugerð (EB) nr. 2195/2002.

10. Í II. bálki tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Reglur um opinbera samninga“, eru 42., 49. og 51. gr. tilskipunarinnar.

11. Í 42. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Tækniforskriftir“, segir:

1. Tækniforskriftir, eins og þær eru skilgreindar í 1. lið VII. viðauka, skulu koma fram í útboðsgögnum. Í tækniforskrift skal tilgreina þá eiginleika sem krafist er að verk, þjónusta eða vara hafi til að bera.

Þessir eiginleikar geta einnig vísað til sérstaks ferlis eða aðferðar við framleiðslu eða afhendingu viðkomandi verka, vara eða þjónustu eða til sérstaks ferlis á öðru stigi vistferils þeirra, jafnvel þótt slíkir þættir séu ekki hluti af þeim, að því tilskildu að þeir tengist efni sammingsins og séu í réttu hlutfalli við verðgildi hans og markmið.

[...]

3. Með fyrirvara um lögboðnar, innlendar tæknireglur, svo fremi að þær samrýmist lögum Sambandsins, skulu tækniforskriftirnar settar fram með einhverjum þeim hætti sem hér segir:

a) með lýsingu á frammistöðu eða virkni kröfum, þ.m.t. umhverfiseiginleikar, að því tilskildu að breyturnar séu nægilega nákvæmar til að bjóðendur geti gert sér grein fyrir efni sammingsins og sammingsyfirvöld geti gert samning,

b) með tilvísun til tækniforskrifta og, í eftirfarandi forgangsröð, til landsstaðla sem hafa verið settir til lögleiðingar Evrópustöðlum, evrópsks tæknimats, sameiginlegra tækniforskrifta, alþjóðlegra staðla, annarra tæknilegra tilvísunarkerfa sem evrópskar staðlastofnanir hafa komið á fót, eða, þegar ekkert af þessu er fyrir hendi, til landsstaðla, innlends tæknisamþykkis eða innlendra tækniforskrifta um hönnun, útreikning og framkvæmd verks og notkun vöru; orðalagið „eða jafngilt“ skal fylgja hverri tilvísun,

c) með lýsingu á frammistöðu eða virkni kröfum, eins og getið er um í a-lið, með tilvísun til tækniforskriftanna, sem getið er um í b-lið, til að sýna að reiknað sé með að slíkar kröfur um frammistöðu eða virkni hafi verið uppfylltar,

d) með því að vísa til tækniforskriftanna, sem getið er um í b-lið, um tiltekna eiginleika og með því að vísa til frammistöðu eða virkni krafna, sem getið er um í a-lið, um aðra.

[...]

12. Í 49. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Útboðstilkynningar“, segir:

Útboðstilkynningar skulu notaðar til að auglýsa hvers konar útboð, sbr. þó aðra undirgrein 5. mgr. 26. gr. og 32. gr. Í útboðstilkynningu skulu koma fram upplýsingarnar sem settar eru fram í C-hluta V. viðauka og skal hún birt í samræmi við 51. gr.

13. Í 51. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Form tilkynninga og aðferð við birtingu þeirra“, segir í annarri málsgrein:

2. Tilkynningarnar, sem um getur í 48., 49. og 50. gr., skulu samdar, sendar með rafrænum aðferðum til útgáfuskrifstofu Evrópusambandsins og birtar í samræmi við VIII. viðauka. [...]

14. Í II. viðauka við tilskipunina, undir fyrirsögninni „Yfirlit yfir starfsemi sem um getur í a-lið 6. liðar 1. mgr. 2. gr“, er listi yfir verk í samræmi við atvinnugreinaflokkun Evrópubandalagsins¹ („NACE“) og kóða sameiginlegs innkaupaorðasafns („CPV“).² Í fyrsta málslið II. viðauka segir:

Ef mismunandi túlkun er á CPV og NACE gildir CPV-flokkunarkerfið.

15. Í II. viðauka við tilskipunina eru skráð „Byggingarstarfsemi“ undir CPV-kóða 45000000 og „Undirbúningsvinna á byggingarsvæði“ undir CPV-kóða 45100000.

16. Í II. viðauka við tilskipunina er einnig skráð „Niðurrif bygginga; jarðvegsvinna“ undir CPV kóða 45110000. Í „Athugasemdum“ segir eftirfarandi:

Til þessarar greinar telst:

[...]

— *jarðvegsvinna: uppgröftur, uppfylling, jöfnun lands og sléttun byggingarsvæða, skurðgröftur, grjóthreinsun, sprengingar o.s.frv. [...]*

17. Í II. viðauka við tilskipunina er „Smíði bygginga eða hluta þeirra; mannvirkjagerð“ skráð undir CPV kóða 45200000.

18. Í II. viðauka við tilskipunina er einnig skráð „Gerð þjóðvega, vega, flugvalla og íþróttamannvirkja“ undir CPV-kóða 45230000. Í „Athugasemdum“ segir eftirfarandi:

Til þessarar greinar telst:

— *gerð þjóðvega, gatna, vega og annarra aksturs- og gangbrauta,*

[...]

— *merkingar á vegum og bifreiðastæðum.*

Til þessarar greinar telst ekki:

— *bráðabirgðajarðvegsvinna, sjá 45.11.*

¹ Reglugerð ráðsins (EBE) nr. 3037/90 frá 9. október 1990 um atvinnugreinaflokkun Evrópubandalagsins (Stjtfð. EB L 293, 1990, bls. 1).

² Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 2195/2002 frá 5. nóvember 2002 um sameiginlegt innkaupaorðasafn (CPV) (Stjtfð. EB 2002 L 340, bls. 1 og EES-viðbætur 2004 nr. 15, bls. 18), felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu nefndarinnar nr. 180/2003 frá 5. desember 2003 um breytingu á XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn (Stjtfð. EB 2004 L 88, bls. 61 og EES-viðbætur 2004 nr. 15, bls. 18) („reglugerð nr. 2195/2002“).

19. Í II. viðauka við tilskipunina er einnig skráð „Önnur sérhæfð byggingarstarfsemi“ undir CPV-kóðum 45250000 og 45262000. Í „Athugasemdum“ segir eftirfarandi:

Til þessarar greinar telst:

— *byggingarstarfsemi sem er sérhæfð á einu sviði, sameiginlegu með ólíkum tegundum bygginga, sem krefst sérstakrar hæfni eða sérstaks búnaðar, [...]*

20. Í VII. viðauka við tilskipunina, undir fyrirsögninni „Skilgreining tiltekinna tækniforskrifta“, segir eftirfarandi í fyrstu málsgrein:

Í þessari tilskipun er merking eftirfarandi hugtaka sem hér segir:

1) „tækniforskrift“ merkir eitt af eftirtöldu:

a) *þegar um er að ræða opinbera verksamninga, öll tæknileg fyrirmæli sem einkum skulu tekin fram í útboðsgögnum þar sem skilgreindir eru tilskildir eiginleikar efnis, vöru eða aðfangs, á þann hátt að svari til þeirrar notkunar sem samningsyfirvaldið hefur fyrirhugað. Þessir eiginleikar taka til tiltekins vistvænleika og loftslagsgæða, krafna um hönnun fyrir alla (þ.m.t. aðgengi fyrir fatlaða) og samræmismats, nothæfis, öryggis eða umfangs, þ.m.t. aðferðir við gæðatryggingu, hugtök, tákn, prófanir og prófunaraðferðir, pökkun, merkingu og áletranir, leiðbeiningar um meðferð og framleiðsluferli og -aðferðir á öllum stigum vistferils verksins. Þessir eiginleikar skulu einnig taka til reglna um hönnun og kostnaðaráætlanir, skilyrða varðandi prófun, eftirlit og samþykki verka og aðferða eða byggingartækni ásamt öllum öðrum tæknilegum skilyrðum sem samningsyfirvaldið getur sett samkvæmt almennum eða sérstökum reglum um verk sem er að fullu lokið og efni og hluta sem til þess teljast,*

b) *þegar um er að ræða opinbera vöru- eða þjónustusamninga, forskrift í skjali þar sem skilgreindir eru tilskildir eiginleikar vöru eða þjónustu, s.s. tiltekin gæði, vistvænleiki og loftslagsgæði, kröfur um hönnun fyrir alla (þ.m.t. aðgengi fyrir fatlaða) og samræmismat, nothæfi, notkun vörunnar, öryggi eða umfang, þ.m.t. kröfur varðandi viðskiptaheiti, hugtök, tákn, prófanir og prófunaraðferðir, pökkun, merkingu og áletranir, notendaleiðbeiningar, framleiðsluferli og -aðferðir á öllum stigum vistferils vörunnar eða þjónustunnar og aðferðir við samræmismat,*

21. Í I. viðauka við reglugerð nr. 2195/2002, undirfyrirsögninni „Sameiginlegt innkaupaorðasafn“, segir:

Efnisskipan flokkunarkerfisins

1. *Sameiginlega innkaupaorðasafnið samanstendur af aðalorðasafni og viðbótarorðasafni.*

2. Aðalorðasafnið byggist á stiggerð með kóðum sem eru allt að því nýu tölustafir og samsvara lýsingu á vörum, vinnu eða þjónustu sem er viðfangsefni samningsins.

Talnakóðinn er 8 tölustafir, sem skiptast í:

- deildir, tilgreindar með tveimur fyrstu tölustöfunum,
- flokka, tilgreindir með þremur fyrstu tölustöfunum,
- greinar, tilgreindar með fjórum fyrstu tölustöfunum,
- undirflokk, tilgreinda með fimm fyrstu tölustöfunum.

Síðustu þrjár tölustafirnar gefa kost á enn meiri nákvæmni innan hvernar greinar.

Núndi tölustafurinn gegnir því hlutverki að sannprófa tölustafina sem fara á undan. [...]

22. Viðmiðunarfjárhæðir, sem settar eru fram í 4. gr. tilskipunarinnar, eins og henni var breytt með framseldri reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (ESB) 2017/2365, eru einnig gefnar upp í krónum í tilkynningu ESA með fyrirsögninni „Viðmiðunarfjárhæðir sem um getur í tilskipunum 2014/23/ESB, 2014/24/ESB, 2014/25/ESB og 2009/81/EB, í gjaldmiðlum EFTA-ríkjanna“ (Stjtið. EB 2018 C 146, bls. 7) þar sem eftirfarandi tafla er sett fram:

Viðmiðunarfjárhæðir í EUR	Viðmiðunarfjárhæðir í NOK	Viðmiðunarfjárhæðir í CHF	Viðmiðunarfjárhæðir í ISK
144 000	1 333 475	156 807	18 734 400
221 000	2 049 583	240 656	28 752 100
443 000	4 108 441	482 400	57 634 300
750 000	6 955 600	816 705	97 575 000
1 000 000	9 274 133	1 088 940	130 100 000
5 548 000	51 452 889	6 041 439	721 794 800

23. Þátturinn „Aðalorðasafn“ í I. viðauka (sem ber heitið „Sameiginlegt innkaupaorðasafn (CPV)“) við reglugerð framkvæmdastjórnarinnar (EB) nr. 213/2008 frá 28. nóvember 2007 um breytingu á reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 2195/2002 um sameiginlegt innkaupaorðasafn (CPV) og tilskipanir Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/17/EB og 2004/18/EB um reglur um opinber innkaup, að því er varðar endurskoðun á sameiginlega innkaupaorðasafninu (CPV) (OJ 2008 L 74, p. 1) sem var tekinn upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 14/2010 um breytingu á XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn (Stjtið. EB 2010 L 101, bls. 24, og EES-viðbætur 2010 nr. 19, bls. 26) er með „Byggingarvinnu í tengslum við námuvinnslu og framleiðslu“ skráða undir CPV-kóðanum 45254000-2.

Landsréttur

24. Tilskipunin var innleidd á Íslandi með lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup.³

25. Í I. kafla laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Markmið, orðskýringar og gildissvið“, er að finna 4. gr.

26. Í 4. gr. laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Samningar sem lögin taka til“, er kveðið á um eftirfarandi í annarri og fjórðu málsgrein:

(2) Til verksamninga teljast samningar sem hafa að markmiði framkvæmd, eða framkvæmd og hönnun, á tilteknu verki eða framkvæmd verks, með hvers konar aðferðum sem svara eiga til krafna sem kaupandi hefur sett fram. Með verki í þessum skilningi er átt við afrakstur mannvirkjagerðar eða verkfræðilegra aðferða sem getur þjónað efnahagslegu eða tæknilegu hlutverki.

[...]

(4) Til þjónustusamninga teljast samningar sem hafa að markmiði veitingu þjónustu annarrar en þeirrar sem um getur í verksamningum skv. 2. mgr. [...]

27. Í 21. gr. laga um opinber innkaup í II. kafla „Almennar reglur“, sem ber heitið „Sameiginlegt innkaupaorðasafn“, segir:

Allar tilvísanir til flokkunarkerfa í tengslum við opinber innkaup sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum fyrir Evrópska efnahagssvæðið skv. 4. mgr. 23. gr. skulu byggjast á sameiginlega innkaupaorðasafninu (CPV).

28. Í III. kafla laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Viðmiðunarfjárhæðir“, er að finna 23. gr. Í 1. og 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup, undir fyrirsögninni „Viðmiðunarfjárhæðir“, segir:

Öll innkaup opinberra aðila á vörum og þjónustu yfir 15.500.000 kr. og verkum yfir 49.000.000 kr. skal bjóða út og gera í samræmi við þau innkaupaferli sem nánar er kveðið á um í IV. kafla. Viðmiðunarfjárhæðir vegna innkaupa á opinberum þjónustusamningum um félagsþjónustu og aðra sértæka þjónustu skv. VIII. kafla skulu fara eftir 4. mgr.

[...]

Ráðherra skal birta viðmiðunarfjárhæðir fyrir opinber innkaup á Evrópska efnahagssvæðinu í íslenskum krónum í reglugerð í samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Endurskoða skal viðmiðunarfjárhæðir á tveggja ára fresti, í fyrsta sinn 1. janúar 2018.

³ Allar þýðingar á innlendum lagaákvæðum í enskri útgáfu skýrslunnar eru óopinberar.

29. Í XI. kafla laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Kærunefnd útboðsmála“, er meðal annars gerð grein fyrir hlutverki og skipan kærunefndar útboðsmála og meðferð kærumála. Í 108. gr. laganna, undir fyrirsögninni „Meðferð kæru og gagnaöflun“, er kveðið á um í sjöundu málsgrein að meðferð kærumála fyrir nefndinni fari að öðru leyti eftir stjórnarsýslulögum.⁴

30. Í íslenskri reglugerð nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup segir eftirfarandi í 2. gr.:

Viðmiðunarfjárhæðir vegna skyldu til útboðs innanlands, samkvæmt 1. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup, eru fyrir vöru- og þjónustusamninga 15.500.000 kr. og fyrir verksamninga 49.000.000 kr.

31. Í 3. gr. reglugerðar nr. 178/2018 segir:

Viðmiðunarfjárhæðir vegna skyldu til útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup skulu vera sem hér segir:

Opinberir aðilar að frátöldum sveitarfélögum, stofnunum þeirra, öðrum opinberum aðilum á þeirra vegum eða samtökum sem þessir aðilar kunna að hafa með sér:

Vörusamningar 18.734.400 kr.

Þjónustusamningar 18.734.400 kr.

Verksamningar 721.794.800 kr.

32. Reglugerð nr. 2195/2002 var innleidd á Íslandi með íslenskri reglugerð nr. 411/2008⁵, eins og henni var breytt með íslenskri reglugerð nr. 933/2010⁶.

33. Í 2. mgr. 29. gr. vegalaga nr. 80/2007 er mælt sem hér segir:

Ráðherra getur með reglugerð kveðið nánar á um lágmarksfjarlægð milli tenginga við þjóðvegi og sett nánari ákvæði um gerð og frágang tenginga. Skal kveðið á um mismunandi reglur eftir vegflokkum og umferðarþunga og skal ávallt taka mið af umferðaröryggi.

⁴ Stjórnarsýslulög nr. 37/1993.

⁵ Reglugerð nr. 411/2018 um gildistöku reglugerða Evrópusambandsins um sameiginlegt innkaupaorðasafn vegna opinberra innkaupa.

⁶ Reglugerð nr. 933/2010 um (1.) breytingu á reglugerð nr. 411/2008, um gildistöku reglugerða Evrópusambandsins um sameiginlegt innkaupaorðasafn vegna opinberra innkaupa

34. Í 42. gr. íslensku vegalaganna segir:

Ráðherra er heimilt að setja almennar reglur um hönnun vega sem opnir eru almenningi til frjálsrar umferðar og eftirlit með gerð þeirra. Veghaldari ber ábyrgð á að kröfur þessar séu uppfylltar.

35. Reglur um vegagerð og hönnun þjóðvega sem opnir eru almenningi til frjálsrar umferðar eru settar fram í reglum nr. 180/2015 um hönnun þjóðvega sem opnir eru almenningi til frjálsrar umferðar.

III Málavextir og meðferð málsins

36. Í mars 2019 bauð varnaraðili út framleiðslu á efni úr grjótnámu nálægt Fossamelum á Íslandi. Í útboðsgögnum kom fram að hlutskarpasti bjóðandi ætti að framleiða grunnefni í tilteknum stærðum og haugsetja innan sérstaklega tilgreinds svæðis. Efnið sem framleitt var átti að uppfylla nákvæma forskrift sem mælt var fyrir um í útboðsgögnum. Verktakinn væri ábyrgur fyrir framleiðslu efnis í samræmi við óskir kaupandans og gera ætti framleiðsluprófanir til að sannreyna það. Kaupandinn mundi útvega verktaka óhreyft efni og berggrunn til vinnslu. Kostnaður vegna útboðinnar þjónustu var áætlaður 91 milljón króna. Samningurinn var ekki auglýstur innan EES.

37. Tilboð voru opnuð hinn 26. mars 2019. Þróttur átti lægsta tilboðið upp á 92.579.082 krónur. Tilboð kæranda var það næst lægsta, eða 92.965.700 krónur. Hinn 1. apríl 2019, tilkynnti varnaraðili bjóðendum að samningnum yrði úthlutað til Þróttar.

38. Í tölvupósti sendum 11. apríl 2019 mótmælti kærandi ákvörðun varnaraðila um að úthluta Þrótti samningnum og óskaði meðal annars eftir gögnum þar sem gerð var grein fyrir því hvernig ákvarðað hefði verið hver væri lægstbjóðandi. Kærandi fullyrðir að Þróttur hafi ekki uppfyllt almenn skilyrði innkaupanna hvað varðar reynslu og skilyrði fyrir reynslu aðalverkefnisstjóra og að tilboð Þróttar hafi því verið ógilt.

39. Varnaraðili svaraði kæranda hinn 12. apríl 2019 með tölvupósti þar sem hann neitaði að veita upplýsingar um ákvörðun sína um lægstbjóðanda. Varnaraðili heldur því fram að Þróttur hafi uppfyllt öll skilyrði útboðsgagna og að þess vegna ætti að semja við Þrótt sem lægstbjóðanda.

40. Hinn 12. apríl 2019 lagði kærandi einnig fram kvörtun hjá kærunefndinni þar sem hann bað nefndina um að ógilda ákvörðun varnaraðila um að úthluta Þrótti samningnum. Kvörtunin varð til þess að innkaupaferlið var sjálfkrafa stöðvað. Kærunefndin er stjórnarsýslustofnun sem verður að leysa úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum um opinber innkaup, eins og segir í 2. mgr. 103. gr. þeirrar. Samkvæmt 7. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup er kærunefndinni meðal annars skylt að rannsaka á tilhlýðilegan hátt öll mál sem hún fjallar um. Kærunefndin telur það því innan síns valdsviðs að kanna hvort útboð, sem er kært, hafi verið rétt auglýst, þar

með talið hvort skyldur samkvæmt EES rétti um opinber innkaup hafi verið uppfylltar, óháð því hvort málsaðilar veki máls á því.

41. Hinn 13. maí 2019 óskaði kærunefndin eftir upplýsingum frá varnaraðila um það hvort útboðið hefði verið auglýst innan EES og ef ekki á hvaða forsendum það hefði ekki verið gert. Hinn 20. maí 2019 svaraði varnaraðili og sagði að útboðið hefði ekki verið auglýst á EES þar sem um væri að ræða „verksamning“ samkvæmt 2. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup og 6. og 7. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar sem væri undir viðmiðunarfjárhæð fyrir útboðsskyldu samkvæmt reglugerð nr. 178/2018.

42. Hinn 7. júní 2019 hafnaði kærunefndin beiðni varnaraðila um að aflétta sjálfvirkri stöðvun sammingsins á grundvelli þess að verulegar líkur væru á því að varnaraðili hefði brotið í bága við lög um opinber innkaup. Stöðvun innkaupanna bíður því þar til leyst hefur verið úr kæru kæranda. Kærunefndin tók fram í ákvörðun sinni að hún teldi að með hinum kærðu innkaupum hafi verið ætlað að ganga til „þjónustusamnings“, í skilningi 4. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup og 9. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar, en ekki verksamnings. Kærunefndin tók fram að „efnisvinnslan“ sem innkaupamálið snýst um virtist ekki falla undir gildissvið þeirrar starfsemi sem tilgreind er í II. viðauka við tilskipunina, ef litið væri til þeirra CPV-kóða sem þar væri að finna. Af þessum sökum taldi kærunefndin að farið væri yfir viðmiðunarfjárhæð fyrir þjónustusamning sem mælt er fyrir um í reglugerð nr. 178/2018 og að átt hefði að auglýsa útboðið innan EES.

43. Hinn 15. júlí 2019 tilkynnti kærunefndin málsaðilum að nefndin íhugaði að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins til að skera úr um hvers konar samning væri að ræða í útboðinu, sbr. tilskipunina, og bauð aðilum að gefa yfirlýsingar. Varnaraðili og Þróttur héldu því fram að samningurinn væri „verksamningur“ þar sem um væri að ræða framleiðslu á efni til vegagerðar sem er óaðskiljanlegur hluti af mannvirkjagerð í formi vegagerðar. Kærandi var sammála lýsingu kærunefndar á samningnum sem „þjónustusamningi“.

44. Beiðnin var dagsett 17. september 2019 og skráð í málaskrá dómstólsins 23. september 2019.

45. Kærunefndin hefur vísað eftirfarandi spurningu til dómstólsins:

Telst samningur, sem stefnt er að í kjölfar útboðs, þar sem bjóðendur taka að sér að vinna tiltekið efni úr hráefni, sem kaupandi lætur þeim í té, í samræmi við kröfur hans og haugsetja, til sammings um verk í skilningi tilskipunar 2014/24/ESB, sbr. einkum 6. og 7. mgr. 2. gr., eða til sammings um þjónustu í skilningi tilskipunarinnar, sbr. einkum 9. mgr. 2. gr.?

IV Skriflegar athugasemdir

46. Samkvæmt 20. gr. stofnsamþykktar dómstólsins og 97. gr. starfsreglna hans hafa skriflegar athugasemdir borist frá:

– varnaraðila, í fyrirsvari er Eyþóra Hjartardóttir, lögmaður, og

- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Ewa Gromnicka, Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir og Carsten Zatschler frá lögfræði- og framkvæmdasviði ESA.

V Samantekt málsástæðna

Varnaraðili

47. Varnaraðili telur að samningurinn sé „verksamningur“ skv. 2. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup. Í því ákvæði er kveðið á um að til „verksamninga“ teljist samningar sem hafa að markmiði framkvæmd, eða framkvæmd og hönnun, á tilteknu verki eða framkvæmd verks, með hvers konar aðferðum sem svara eiga til krafna sem kaupandi hefur sett fram. Með verki í skilningi þessa ákvæðis er átt við afrakstur mannvirkjagerðar eða verkfræðilegra aðferða sem þjónað geti efnahagslegu eða tæknilegu hlutverki. Innkaupin sem um ræðir tengjast framkvæmd verks með aðferðum sem svara til sérkrafna Vegagerðarinnar sem kaupanda, og svara því til 2. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup.

48. Sambærilega skilgreiningu á „verki“ er að finna í 6. og 7. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Í a-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar segir að opinberir verksamningar fjalli m.a. um „framkvæmd eða bæði hönnun og framkvæmd verka sem tengjast einhverri þeirri starfsemi sem um getur í II. viðauka“. Í II. viðauka við tilskipunina er yfirlit yfir þá starfsemi sem um getur í a-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Í II. viðauka er að finna lið 45.25 um „Aðra sérhæfða byggingarstarfsemi“, sem fjallar um „byggingarstarfsemi sem er sérhæfð á einu sviði sem er sameiginlegt með ólíkum tegundum mannvirkja og krefst sérstakrar hæfni eða sérstaks búnaðar“ með CPV-kóðunum 45250000 og 45262000. Varnaraðili heldur því fram að samkvæmt 8. lið formálsorða tilskipunarinnar ætti samningur einungis að teljast „opinber verksamningur“ ef efni hans nær sérstaklega yfir framkvæmd þeirra verka sem tilgreind eru í II. viðauka, jafnvel þótt samningurinn taki til annarrar þjónustu sem er nauðsynleg til að vinna slík verk.

49. Varnaraðili heldur því fram að frá 1996 hafi útboð á efnisvinnslu farið fram á tvo vegu: sem sjálfstætt útboð sem nær yfir vinnslu efnis sem malað er í hauga til viðhalds vega og annarra samskiptamannvirkja eða sem hluti af heildarframkvæmd tiltekins verks. Varnaraðili hefur því í góðri trú, og án andmæla, flokkað þetta sem verksamninga og farið að tilsvarendi viðmiðunarfjárhæðum. Áætlað verðmæti umræddra innkaupa var 91.000.000 kr. Að mati varnaraðila þurfti því ekki að bjóða verkin út innan EES, skv. 3. gr. íslensku reglugerðarinnar nr. 178/2018.

50. Að teknu tilliti til CPV-kóða fyrir innkaupin, sem um er að ræða, er varnaraðili þeirrar skoðunar að bjóða eigi út „efnisvinnslu“ á grundvelli CPV-kóða 45250000 og 45262000.

51. Varnaraðili vísar einnig til fyrri úrskurðar kæruneftndarinnar í máli nr. 13/2005. Málið varðaði skilgreininguna á eðli samnings um yfirborðsmerkingar gatna í

Reykjavík. Kærunefndin tók til athugunar hvort fyrirhugaður samningur væri „verksamningur“ þar sem listinn náði yfir „vegagerð, smíði húsnæðis, lagningu járnbrauta o.fl.“. Kærunefndin komst að þeirri niðurstöðu að fyrirhugaði samningurinn væri „verksamningur“, frekar en „þjónustusamningur“, þar sem yfirborðsmerkingar á vegum eru ómissandi hluti af vegagerð. Kærunefndin tók einnig fram að vinna á grundvelli samningsins næði til nákvæmlega skilgreindra verka, ekki óskilgreindrar þjónustu, og að magnið væri sérstaklega, og nákvæmlega, tilgreint.

52. Varnaraðili telur að „efnisvinnsla“ sé jafn „óaðskiljanlegur hluti vegagerðar“ og yfirborðsmerkingar þar sem ekki sé hægt að leggja veg nema nægt efni til vegagerðar sé til staðar. Strangar reglur gilda um vegagerð og hönnun þjóðvega sem opnir eru almenningi til frjálsrar umferðar (vísað er til íslenskra reglna nr. 180/2015 og til 2. mgr. 29. gr. og 42. gr. vegalaganna). Kröfur um efni fyrir þjóðvegi, gæði þess og vinnsla, eru tilgreind í útboðsgögnum í hverju tilviki. Efnin verða að uppfylla mismunandi kröfur og vera unnin á sérstakan hátt með aðferðum fyrir mannvirkjagerð. Kröfur um verk í samningi um efnisvinnslu eru nákvæmar hvað varðar stærð, kornalögun, hlutfall, magn, viðlöðun o.fl. og farið er fram á sýnatöku og skráarhald á verk tíma til að ganga úr skugga um að vinnslan sé í samræmi við gerðar kröfur. Magn er tilgreint sérstaklega og kaupandi fylgist með gæðum. Farið er fram á sérstakan búnað sem notaður er í samráði við kaupandann og prófunaraðferðir og nákvæmnikröfur eru tilgreindar. Varnaraðili hefur gefið út „gædaleiðbeiningar“, auk ýmissa leiðbeininga um notkun bergs og vinnslu efna til vegagerðar.

53. Þjónustusamningar eru aftur á móti skilgreindir í 4. mgr. 4.gr. laga um opinber innkaup og í 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar sem opinberir þjónustusamningar um veitingu annarrar þjónustu en í verksamningum. Í ljósi þess er mögulegt að álykta að samningurinn sé „verksamningur“ samkvæmt lögum um opinber innkaup og tilskipunina, auk CPV kóða 45254000-2 fyrir „Byggingarvinnu í tengslum við námuvinnslu og framleiðslu“. Varnaraðili lítur á efnisvinnslu sem „óaðskiljanlegan hluta vegagerðar“, þar sem hún er „byggingarstarfsemi sem er sérhæfð á einu sviði sem er sameiginlegt með ólíkum tegundum mannvirkja og krefst sérstakrar hæfni eða sérstaks búnaðar“. Því ætti að líta á samninginn sem verksamning í samræmi við margra ára framkvæmd sem hafi ekki verið gerðar athugasemdir við.

54. Varnaraðili leggur ekki til neitt sérstakt orðalag fyrir svar dómstólsins.

Eftirlitsstofnun EFTA (ESA)

55. Í upphafi telur ESA rétt að benda á að tilskipunin gildir um opinbera samninga yfir tilgreindum viðmiðunarfjárhæðum. Viðmiðunarfjárhæð fyrir opinbera verksamninga er umtalsvert hærri en viðmiðin sem gilda um opinbera þjónustusamninga. Nákvæmt eðli þess verks sem framkvæma skal samkvæmt samningi ræður því hvort samningnum sé lýst sem opinberum verk- eða þjónustusamningi. Áður en innkaupaferli hefst þarf samningsyfirvald að ákvarða í hvorum flokknum samningurinn er til að ganga úr skugga um hvort innkaupin heyri undir tilskipunina. ESA heldur því fram að samningur eins og sá sem um er að ræða leiði ekki til „verks“ og því ætti að flokka hann sem opinberan þjónustusamning.

56. Til að taka af allan vafa tekur ESA í upphafi fram að tilvísunin í þessu máli sé tæk til efnismeðferðar. Kæruneftndinni er heimilt að óska eftir ráðgefandi álit dómstólsins. Við spurningunni hvort aðili sem lagt hefur fram beiðni um ráðgefandi álit sé „dómstóll“ í skilningi 267. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins („SUSE“) hefur Dómstóll Evrópusambandsins („Evrópudómstóllinn“) tilgreint ýmis viðmið til að auðvelda ákvörðunina.⁷ Við beitingu viðmiða Evrópudómstólsins hefur EFTA-dómstóllinn viðurkennt ýmsa úrskurðaraðila sem „dómstóla“ sem geta leitað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.⁸ Að auki er skýrt kveðið á um að kæruneftndin geti leitað ráðgefandi álits dómstólsins í 3. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup.

57. Í öðru lagi bendir ESA á að kæruneftndin sjálf hafi vefengt eðli samningsins í þessu máli, en ekki málsaðilar. Sú staðreynd að málsaðilar hafi ekki vakið máls á þessu kemur þó ekki í veg fyrir að kæruneftndin leiti ráðgefandi álits. Í 3. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup er kæruneftndinni heimilað að leita slíks álits, svo framarlega sem málsaðilum er gefinn kostur á að koma viðhorfum sínum á framfæri. Í samræmi við 10. gr. stjórnarsýslulaga er kæruneftndin stjórnvald sem beitir svokallaðri „rannsóknarreglu“ við ákvörðunartöku sína og rannsakar öll mál þannig að þau séu nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í þeim. ESA heldur því fram að hafi kæruneftndin efasemdir um túlkun á EES-rétti í máli sem vísað er til dómstólsins, þá sé slík beiðni tæk til efnismeðferðar.

58. Spurningunni sem vísað er til dómstólsins snýst í grundvallaratriðum um það hvort samningur eins og sá sem um ræðir sé opinber verk- eða þjónustusamningur. Í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar er skilgreint að „opinber verksamningur“ fjalli um einhverja þá starfsemi sem talin er upp í a- til c-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. Skilgreiningin á „opinberum þjónustusamningum“ í 9. tl. 1. mgr. 2. gr. er neikvæð að því leyti að þeir eru skilgreindir sem opinberir samningar sem fjalla um veitingu þjónustu, annarrar en þeirrar sem um getur í 6. tl. 1. mgr. 2. gr.

59. Hugmyndin um opinberan verksamning er sjálfstætt og hlutlægt hugtak úr EES-rétti. Evrópudómstóllinn hefur talið að markmið stjórnvalda skipti ekki máli og einbeitir sér þess í stað að því hvort skilyrðum um opinberan samning sé fullnægt.⁹ Samkvæmt þessu hefur Evrópudómstóllinn beitt tilskipunum um opinber innkaup vegna ýmiss fyrirkomulags sem lýst er innanlands sem „þróunarsamningum“ þegar þeir teljast standast hlutlægar kröfur viðeigandi tilskipunar.¹⁰ Eins og Mengozzi lögsögumaður

⁷ Vísað er til dóma í málum *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH* gegn *Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, C-54/96, EU:C:1997:413, 23 mgr. og *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA) di Cosenza v Grillo Star Srl.*, C-443/09, EU:C:2012:213, 20. mgr. og dómaframkvæmd sem þar er vitnað til.

⁸ Vísað er til mála E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark* [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 15, 7. til 31. mgr., mál E-9/17 *Edmund Falkenhahn AG* gegn *fjármálaeftirlitinu í Liechtenstein (FMA)* [2018] EFTA Ct. Rep. 153, mál E-5/16 *sveitarfélag Ósló* [2017] EFTA Ct. Rep. 52, sameinuð mál E-8/94 og E-9/94 *Forbrukerombudet* gegn *Mattel Scandinavia A/S* og *Lego Norge A/S* [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 113, 15. mgr. og E-4/04 *Pedical AS* og *Sosial og helsedirektoratet* [2005] EFTA Ct. Rep. 113, 20. og 21. mgr.

⁹ Vísað er til dóms í máli *La Scala*, C-399/98, EU:C:2001:401, 52. mgr.

¹⁰ Vísað er til dóma frá 21. febrúar 2008 í málum *Framkvæmdastjórnar* gegn *Ítalíu*, C-412/04, EU:C:2008:102, 70. mgr., *Jean Auroux o.fl.* gegn *Commune de Roanne*, C-220/05, EU:C:2007:31, 40. mgr. og *Framkvæmdastjórnar* gegn *Frakklandi*, C-264/03, EU:C:2005:620, 36. mgr.

vakti athygli á í máli C-451/08 *Helmut Müller*¹¹ varðandi ákvæði undanfarandi tilskipunar, sem eru í grundvallaratriðum eins og í tilskipuninni, nær hugtakið um opinberan verksamning m.a. yfir: i) framkvæmd tiltekinna verka af þeim tegundum sem taldar eru upp í II. viðauka við tilskipunina og ii) tilbúið mannvirki eða byggingu sem þjóna fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki og sem eru almennt skilgreind sem „verk“.

60. Til að svara spurningunni, sem vísað var til dómstólsins, þarf að skoða allar þrjár mismunandi skilgreiningarnar á opinberum verksamningi í a-, b- og c-lið 1. tl. 6. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt a-lið 1. tl. 6. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar nær hugtakið um opinberan verksamning til samnings sem fjallar um framkvæmd eða bæði hönnun og framkvæmd verka sem tengjast einhverri þeirri starfsemi sem um getur í II. viðauka tilskipunarinnar. Í II. viðauka segir að ef mismunandi túlkun sé á CPV og NACE gildi CPV-flokkunarkerfið. Þess vegna mun ESA einbeita sér að CPV-flokkunarkerfinu.

61. Orðasafn CPV byggist á stiggerð með kóðum sem eru allt að því níu tölustafir og samsvara lýsingu á vörum, vinnu eða þjónustu sem er viðfangsefni samningsins (sjá 2. lið í I. viðauka við reglugerð nr. 2195/2002). Starfsemin sem talin er upp í II. viðauka við tilskipunina fellur öll undir 45. deild sem lýsir byggingarframkvæmdum. Samkvæmt endurskoðun á virkni CPV-kóðanna og kerfisins, sem framkvæmdastjórn Evrópusambandsins lét gera, er CPV almennt afar ítarlegt og er bindandi.¹² Ekki ber að álykta sem svo að ná eigi til annarrar starfsemi en fjallað er um í II. viðauka vegna orðanna „sem tengjast“ í orðalagi a-liðar 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Í 8. lið formálsorða tilskipunarinnar er skýrt að einungis skuli telja samning opinberan verksamning að efni hans varði sérstaklega framkvæmd þeirra verka sem tilgreind eru í II. viðauka. Jafnvel þótt II. viðauki nái ekki til allrar starfsemi í byggingargeiranum hefur hann verið hannaður sem lagalega tæmandi bindandi gerningur.

62. Varðandi þetta mál bendir ESA á að samningsyfirvaldinu beri að skera úr um flokkun verka að því er varðar II. viðauka við tilskipunina, með fyrirvara um endurskoðun innlendra dómstóla.¹³ Af gögnum málsins er ekki ljóst hvort varnaraðili hafi tilkynnt í útboði sínu hvaða kóðar myndu eiga við í ferlinu. Engu að síður er „efnisvinnsla“ ekki sérstaklega nefnd í II. viðauka.¹⁴

63. Samkvæmt leiðbeiningum fyrir CPV-kóða ætti innlent yfirvald að reyna að finna kóða sem hentar þörfum sínum eins nákvæmlega og mögulegt er. Nota má meira en einn kóða. Sá fyrsti telst vera titillinn, sem getur verið almennari en hinir kóðarnir í þeim tilvikum að nákvæmari kóði sé ekki til.¹⁵ Þrátt fyrir að kæruneftndinni beri enn að skera úr um hvernig II. viðauka við tilskipunina sé beitt varðandi samninginn, leggur

¹¹ Vísað er til álits Mengozzi lögsögumanns frá 17. nóvember 2009 í máli *Helmut Müller GmbH* gegn *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08, EU:C:2009:710, 28. liður.

¹² Vísað er til „Lokaskýrslu: Yfirferð á virkni CPV-kóða/kerfisins“, frá desember 2012 Ref. Ares(2017)936841 - 21/02/2017, bls. 11, 28 og 37 og dóms í máli *Walter Tögel* gegn *Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, C-76/97, EU:C:1998:432, 37. mgr.

¹³ Vísað er til dóms í máli *Felix Swoboda GmbH* gegn *Österreichische Nationalbank*, C-411/00, EU:C:2002:660, 62. mgr.

¹⁴ Vísað er til blaðsíðu 4 í beiðninni um ráðgefandi álit.

¹⁵ Vísað er til handbókar framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, „Opinber innkaup í Evrópusambandinu; Leiðbeiningar um sameiginlegt innkaupaorðasafn“.

ESA fram nokkrar athugasemdir. ESA telur að viðeigandi CPV-kóðar myndu að öllum líkindum falla undir grein 4511xxxx og grein 4523xxxx. Grein 4511xxxx snýr að „Niðurrifi og eyðileggingu bygginga og jarðvegsvinnu“ og starfsemi samkvæmt samningnum kann að falla undir þessa grein. Grein 4511xxxx fellur engu að síður undir flokkinn 451xxxxx, „Undirbúningsvinna á byggingarsvæði“. Í ljósi stíggerðar CPV telur ESA að túlka verði sérstaka starfsemi í samhengi við kóða á efri stigum, sem myndi þýða að líta ætti á jarðvegsvinnu sem hluta af undirbúningi byggingarsvæðis.¹⁶

64. Í grein 4523xxxx eru gerð þjóðvega og annarra vega. Bráðabirgðajarðvegsvinna telst hins vegar ekki til greinarinnar samkvæmt skýringum við flokkun NACE og skýringum í CPV.¹⁷ Bráðabirgðajarðvegsvinna við vegagerð fellur því mögulega aðeins undir grein 4511xxxx í CPV. Á grundvelli þeirra staðreynda sem ESA hafa borist, og með hliðsjón af bókstaflegri merkingu hugtakanna í II. viðauka, virðist sem sú starfsemi sem hér er fjallað um falli ekki undir II. viðauka. Tengsl við vegagerð eru ekki næg ein og sér ef ekki má líta svo á að starfsemin sjálf falli til dæmis undir grein 4523xxxx, eða jafnvel undirflokkinn 45233xxx út af fyrir sig. Kæruneftndinni ber að staðfesta hvort starfsemin í samningnum og viðeigandi tölur í CPV-flokkunarkerfinu stemmi í raun.¹⁸

65. Samkvæmt b-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar nær hugtakið um opinberan verksamnings einnig til samnings sem fjallar um framkvæmd, eða bæði hönnun og framkvæmd, á verki. Í 7. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar er verk skilgreint sem heildarafrakstur af byggingarframkvæmdum eða mannvirkjagerð „sem getur, sem slíkt, þjónað fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki“. Afrakstur efnisvinnslunnar í þessu tilfelli getur ekki talist gegna fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki út af fyrir sig. Sú staðreynd að varnaraðili kunni að hafa eyrnamerkt efnið fyrir framtíðarframkvæmdir við vegagerð, viðgerðir eða uppbyggingu skiptir ekki máli varðandi þá skilgreiningu: huglægur tilgangur samningsyfirvaldsins skiptir ekki máli.¹⁹ ESA telur því að b-liður 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar virðist ekki geta náð yfir starfsemi í umræddum innkaupum.

66. ESA telur að c-liður 6. tl. 1 mgr. 2. gr. tilskipunarinnar virðist ekki heldur eiga við, af meginatriðum af sömu ástæðu og útilokar b-lið 6. tl. 1 mgr. 2. gr. tilskipunarinnar: þ.e. að vinnsla efna leiði ekki til „verks. Af beiðni kæruneftndarinnar virðist sem varnaraðili byggi á þeirri staðreynd að varnaraðili telji sig, samkvæmt samningnum, hafa „afgerandi áhrif á gerð eða hönnun verksins“ með því að tilgreina kröfur um framleitt efni. ESA heldur því fram að þessi nálgun sé mistúlkuð af að minnsta kosti tveimur ástæðum auk þess að hún getur ekki tekið á því að „verk“ vantar, eins og þegar hefur verið vísað til hér að ofan.

¹⁶ Vísað er til álits Mischo lögsögumanns í máli *Felix Swoboda GmbH* gegn *Österreichische Nationalbank*, C-411/00, EU:C:2002:238, 73. liður.

¹⁷ Vísað er til „skýringa fyrir CPV frá 2008“.

¹⁸ Vísað er til dóma í áður tilvitnuðum málum *Walter Tögel*, C-76/97 og *Felix Swoboda*, C-411/00. Nánari upplýsingar um notkun CPV-kóða er einnig að finna í „Skýringum við CPV 2008“ (bls. 23 og 24) til að ákvarða réttan kóða.

¹⁹ Vísað er til álits Kokott lögsögumanns í máli *Jean Auroux o.fl.* gegn *Commune de Roanne*, C-220/05, EU:C:2006:410, 42. og 43. liður.

67. Í fyrsta lagi ætti ekki að rugla saman „[kröfum] sem settar eru fram af samningsyfirvaldi“ og tækniforskriftum. Í VII. viðauka við tilskipunina, sem túlka ber í tengslum við 42. gr. tilskipunarinnar, er skýr skilgreining á „tækniforskriftum“. Kröfur varðandi efnin sem vinna skal, svo sem þær sem hér er um að ræða, eru tækniforskriftir í skilningi þessara ákvæða, sem leiða ekki af sjálfu sér til þess að samningurinn falli undir gildissvið c-liðar 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Í öðru lagi varðar hugmyndin um „afgerandi áhrif“, að því er varðar c-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar, hvort rekja megi umræddar aðgerðir til samningsyfirvalda og hvort af þeim leiði opinber samningur frekar en annars konar fyrirkomulag sem fellur utan tilskipunarinnar. Nálgunin er ekki skýring sem umbreytir samningi í opinberan verksamning ef hann er í raun opinber þjónustusamningur.

68. Í þessu sambandi heldur ESA því fram að gagnlegt sé að bera saman orðalag c-liðar 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar og undanfarandi ákvæði, þ.e. b-lið 2. mgr. 1. gr. tilskipunar 2004/18/EB. Við túlkun á b-lið 2. mgr. 1. gr. tilskipunar 2004/18/EB í máli C-451/08 *Helmut Müller* lagði Evrópudómstóllinn áherslu á að lykilatriði við túlkun ákvæðisins væri sú staðreynd að afgerandi áhrifin eiga upptök sín hjá samningsyfirvaldinu.²⁰ Orðunum „samningsyfirvaldi sem hefur afgerandi áhrif á gerð eða hönnun verksins“ var því bætt beint við tilskipunina til að skýra merkingu „sem svarar til krafna sem settar eru fram af samningsyfirvaldi“. Hér á 9. liður formálsorða tilskipunarinnar við þar sem hún skýrir að yfirvaldið sem um ræðir verði að hafa gert ráðstafanir til að skilgreina tegund verksins eða, að lágmarki, að það hafi haft afgerandi áhrif á áætlanagerðina.

69. Þar sem starfsemin sem samningurinn fjallar um virðist ekki leiða af sér verk í skilningi 7. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar, nema hún falli undir II. viðauka við tilskipunina, fellur slíkur samningur ekki undir skilgreiningu á opinberum verksamningi í skilningi 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Við slíkar kringumstæður bæri samningurinn einkenni opinbers þjónustusamnings í skilningi 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Kæruneftinni ber að sannreyna viðeigandi staðreyndir.

70. ESA telur að svara þurfi spurningunni sem hér segir:

Túlka ber 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB frá 26. febrúar 2014 um opinber innkaup og niðurfellingu tilskipunar 2004/18/EB þannig að einungis beri að flokka samning um efnisvinnslu, eins og þann sem um ræðir í þessu tiltekna máli, sem opinberan verksamning ef hann fjallar um starfsemi sem svarar í reynd til viðeigandi CPV-kóða sem settir eru fram í II. viðauka við þá tilskipun. Að öðrum kosti skal flokka hann sem opinberan þjónustusamning. Landsdómstól sem lagt hefur fram beiðni um ráðgefandi álit ber að staðfesta hvernig II. viðauka er beitt varðandi slíkan samning.

Bernd Hammermann
Framsögumaður

²⁰ Vísað er til dóms í áður tilvitnuðu máli *Helmut Müller*, C-451/08, 68. og 69. mgr.