



RÁÐGEFANDI ÁLIT
12. maí 1999*

*(Almennt bann við mismunun – Frjálsir vöruflutningar
– Samningar eftir opinbert útboð)*

Mál E-5/98

BEIÐNI um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, frá Hæstarétti Íslands í áfrýjunarmálinu

Fagtún ehf.

gegn

Byggingarnefnd Borgarholtsskóla, íslenska ríkinu, Reykjavíkurborg og Mosfellsbæ

varðandi túlkun 4. og 11. gr. EES-samningsins.

DÓMSTÓLLINN,

skipaður: Bjørn Haug, forseta, Þór Vilhjálmssyni og Carl Baudenbacher (framsögumanni), dómurum,

dómritari: Gunnar Selvik,

* Beiðni um ráðgefandi álit var á íslensku.

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Áfrýjanda, Fagtúni ehf. Í fyrirsvári er Jakob R. Möller hrl.;
- Stefndu, Byggingarnefnd Borgarholtsskóla, ríkisstjórn Íslands, Reykjavíkurborg og Mosfellsbæ. Í fyrirsvári er Árni Vilhjálmsson hrl., A & P Lögmenn, og honum til aðstoðar er Óttar Pálsson;
- Ríkisstjórn Noregs. Í fyrirsvári sem umboðsmaður er Jan Bugge-Mahrt, Konunglega utanríkisráðuneytinu;
- Eftirlitsstofnun EFTA. Í fyrirsvári sem umboðsmenn eru Helga Óttarsdóttir og Bjarnveig Eiríksdóttir, lögfræðingar í lagadeild;
- Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna (hér eftir “framkvæmdastjórnin”). Í fyrirsvári sem umboðsmenn eru Michel Nolin, lögfræðingur í lagadeild, og Michael Shotter, sérfræðingur frá aðildarríki sem starfar fyrir framkvæmdastjórnina samkvæmt samkomulagi um skipti á embættismönnum;

með tilliti til skýrslu framsögumanns og munnlegs málflutnings áfrýjanda, stefndu, Eftirlitsstofnunar EFTA og framkvæmdastjórnarinnar þann 5. mars 1999,

látið uppi svohljóðandi

Ráðgefandi álit

Málsatvik og meðferð málsins

- 1 Með beiðni dagsettri 26. júní 1998, sem skráð var hjá dómstólnum sama dag, óskaði Hæstiréttur Íslands eftir ráðgefandi álit í áfrýjunarmáli milli Fagtúns ehf. (hér eftir “áfrýjandi”) og Byggingarnefnd Borgarholtsskóla (hér eftir sérstaklega “byggingarnefndin”), íslenska ríkinu, Reykjavíkurborg og Mosfellsbæ (hér eftir “stefndu”).
- 2 Í janúar 1995 voru boðnar út framkvæmdir við byggingu Borgarholtsskóla í Reykjavík. Útboðið var á vegum íslenska ríkisins, Reykjavíkurborgar og Mosfellsbæjar og skyldi tilboðum skilað til Ríkiskaupa. Verkkaupi var byggingarnefnd skólans og kom hún fram gagnvart bjóðendum. Um útboð þetta giltu lög um framkvæmd útboða nr. 65/1993 og í útboðsskilmálum kom fram að íslenskur staðall, ÍST 30, væri hluti útboðsgagna. Byrgi ehf. bauð í verkið og þar sem útboðsgögn gerðu ráð fyrir að notaðar yrðu þakeiningar til verksins hafði

fyrirtækið samband við áfrýjanda, sem flytur inn þakeiningar frá Noregi, og falaðist eftir tilboði í þann verkþátt. Hinn 2. febrúar 1995 gerði áfrýjandi Byrgi ehf. tilboð í þakeiningarnar og uppsetningu þeirra. Var í tilboðinu vísað til viðeigandi liða í verklýsingu útboðsins. Samtals bauðst áfrýjandi til að vinna verkið fyrir 30.642.770 krónur. Fram var tekið í tilboði hans að allar upplýsingar varðandi verkið yrðu lagðar fram, en sækja yrði um undanþágu frá byggingarreglugerð nr. 177/1992 vegna þakeininganna. Áfrýjandi segir Byrgi ehf. hafa tekið þessu tilboði og notað það við gerð síns tilboðs til Ríkiskaupa. Byrgi ehf. varð lögstjóðandi í verkið, en í samningaviðræðum sem fram fóru var af hálfu byggingarnefndar skólans farið fram á að notaðar yrðu þakeiningar, sem settar yrðu saman hér á landi. Verksamningur var síðan gerður og segir þar í 3. gr.: *“Til grundvallar er lagt aðaltilboð verktaka og við það miðað að þakeiningar verði smíðaðar hérlendis.”* Áfrýjandi telur að vegna þessa skilyrðis verksamningsins hafi hinar innfluttu þakeiningar hans ekki komið til greina og hann því orðið af verkinu.

- 3 Með bréfi 9. júní 1995 mótmælti áfrýjandi því við fjármálaráðuneytið að þetta ákvæði hefði verið sett í verksamninginn. Taldi hann að með því væru brotin lög um framkvæmd útboða nr. 65/1993, reglur um opinber innkaup og framkvæmdir á Evrópska efnahagssvæðinu og einnig bryti það í bága við útboðsstefnu ríkisins.
- 4 Stefndu benda á að tekið hafi verið fram í verklýsingu að teikningar í útboðsgögnum hafi ekki verið af fullhönnuðum burðarvirkjum í þaki og hafi verktaki átt að leggja fram endanlegar teikningar til verkkaupa og afla nauðsynlegra samþykktar byggingaryfirvalda á burðarþoli og tæknilegum lausnum. Segir í bréfi byggingarnefndarinnar 13. september 1995 að ástæða þess að samið var um smíði eða samsetningu hérlendis hafi verið sú að með því hafi mátt fylgjast með þessari framkvæmd, enda geri nefndin strangar kröfur um gæði og frágang og vilji forðast lausnir er hún þekki ekki og háðar séu sérstakri undanþágu byggingaryfirvalda frá ákvæðum byggingarreglugerðar. Nefndin telji sig að höfðu samráði við ráðgjafa fá betra þak með þessum hætti.
- 5 Áfrýjandi höfðaði skaðabótamál á hendur Byrgi ehf. og krafðist bóta vegna kostnaðar við gerð tilboðsins og vegna tapaðs arðs. Héraðsdómur Reykjaness kvað upp dóm í því máli 9. desember 1996 og komst að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði verksamningsins bryti í bága við 4. gr. og 11. gr. Samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (hér eftir “EES-samningurinn”). Áfrýjanda hafi í raun verið hafnað sem undirverktaka að umræddu verki vegna ólögmeats ákvæðis í verksamningi Byrgis ehf. og stefnda, en ekki af málefnalegum ástæðum. Hann þótti því eiga rétt á að fá bættan kostnað við tilboðsgerðina. Hins vegar var kröfu hans um efndabætur hafnað þar sem ekki var talið að komist hefði á bindandi samningur milli áfrýjanda og stefnda samkvæmt ÍST 30, grein 34.8.0.

- 6 Áfrýjandi þingfesti síðan skaðabótamál á hendur stefndu fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur 19. júní 1997 til greiðslu bóta vegna tapaðs arðs af verkinu. Í héraðsdómi voru stefndu sýknaðir af þessum kröfum áfrýjanda með þeim rökum að ekki hefði komist á verksamningur milli áfrýjanda og Byrgis ehf. og þaðan af síður milli áfrýjanda og stefndu. Stefnda byggingarnefnd Borgarholtsskóla hafi í samningum við Byrgi ehf. hafnað áfrýjanda sem undirverktaka og miðað við að þakeiningar yrðu smíðaðar hérlendis. Í útboðsgögnum hafi hins vegar ekki verið minnst á það að þak yrði að vera smíðað á Íslandi og hafi hvort tveggja getað komið til greina, samkvæmt útboðsgögnum, þ.e að þak yrði smíðað á Íslandi eða erlendis. Ekki hafi verið sýnt fram á skyldu stefndu til að samþykkja það efni og þá útfærslu, sem áfrýjandi bauð upp á, auk þess sem sú lausn hafi verið háð sérstöku samþykki byggingaryfirvalda. Þá þótti ekki sannað að ákvæði 3. gr. verksamnings stefndu og Byrgis ehf. bryti í bága við ákvæði EES-samningsins eða að þau tengsl hefðu verið á milli áfrýjanda og stefndu sem gætu orðið grundvöllur bótagreiðslna stefndu.
- 7 Fagtún ehf. áfrýjaði dómi Héraðsdóms Reykjavíkur til Hæstaréttar Íslands og byggði á því að niðurstaða héraðsdóms um það að ákvæði 3. gr. verksamningsins bryti ekki gegn EES-samningnum væri röng.
- 8 Óumdeilt er að útboðið fyrir samningsgerðina fór fram samkvæmt þeim kröfum sem gerðar eru í tilskipun ráðsins 93/37/EBE frá 14. júní 1993 um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga (Stjórnartíðindi EB1993 L 199, bls. 54).¹ sem vísað er til í lið 2 í XVI. viðauka við EES-samninginn, eins og honum var breytt með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 7/94 (hér eftir “tilskipun 93/37/EBE”).
- 9 Spurningar þær sem dómstóllinn hefur leitað svara við lúta að skýringu á 4. og 11. gr. EES-samningsins. Aðilar málsins hafa einnig borið fram röksemdir sem lúta að túlkun 13. gr. EES-samningsins og mun dómstóllinn einnig fjalla um það ákvæði.

¹ Íslensk útgáfa í EES viðbæti við Stjórnartíðindi EB, Sérstök útgáfa, bók 5, bls. 121.

Löggjöf

1. Reglur EES-samningsins

- 10 4. gr. EES-samningsins hljóðar svo:

“Hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs er bönnuð á gildissviði samnings þessa nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans.”

- 11 11. gr. EES-samningsins hljóðar svo:

“Magntakmarkanir á innflutningi, svo og allar ráðstafanir sem hafa samsvarandi áhrif, eru bannaðar milli samningsaðila.”

- 12 13. gr. EES-samningsins hljóðar svo:

“Ákvæði 11. og 12. gr. koma ekki í veg fyrir að leggja megi á innflutning, útflutning eða umflutning vara bönn eða höft sem réttlætast af almennu siðferði, allsherjarreglu, almannaöryggi, vernd lífs og heilsu manna eða dýra eða gróðurvernd, vernd þjóðarverðmæta, er hafa listrænt, sögulegt eða fornfræðilegt gildi, eða vernd eignarréttinda á sviði iðnaðar og viðskipta. Slík bönn eða höft mega þó ekki leiða til gerræðislegrar mismununar eða til þess að duldar hömlur séu lagðar á viðskipti milli samningsaðila.”

2. Íslensk löggjöf

- 13 Lög nr. 65/1993 um framkvæmd útboða gilda þegar útboði er beitt til þess að koma á viðskiptum milli tveggja eða fleiri aðila um verk, vöru eða þjónustu. Gildissvið laganna er ekki bundið við samninga sem gerðir eru af opinberum aðilum.

- 14 Lög nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda gilda um gerð eða breytingu mannvirkis, sem kostuð er af ríkissjóði að nokkru eða öllu leyti, enda nemi kostnaður ríkissjóðs a.m.k. 1 milljón króna.

- 15 Grein 7.5.11. í byggingarreglugerð nr. 177/1992 hafði að geyma reglur um þök og þakvirki. Greinin hljóðar svo:

“7.5.11.1. Þök skulu þannig hönnuð og byggð að ekki komi til skaðlegrar rakapéttingar í þakvirkinu eða á innra byrði þess.

7.5.11.2. Á þökum úr timbri eða trjákenndum efnum skal komið fyrir útloftunarraufum, þannig staðsettum að jöfn útloftun sé yfir efra byrði þakeinangrunar. Gera skal grein fyrir útloftun á séruppráttum og einnig með útreikningum ef þurfa þykir.

7.5.11.3. ...”

Álitaefni

16 Eftirfarandi spurningar voru bornar undir EFTA-dómstólinn:

1. *Stendur 4. gr. EES-samningsins því í vegi að sett verði í verksamning ákvæði um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi?*
2. *Stendur 11. gr. EES-samningsins í vegi ákvæði af þessu tagi?*

17 Dómstóllinn hefur tekið til athugunar athugasemdir aðila málsins þess efnis að þýða ætti hugtakið “smíðaðar” á ensku sem “crafted” eða “constructed”. Dómstóllinn tekur þó fram, að munur er á hugtökunum “settar saman”, sem þýtt er sem “assembled”, og “smíðaðar”, sem þýtt er sem “crafted”, “constructed” eða “produced”. Dómstóllinn hefur tekið mið af athugasemdum aðilanna en mun hér eftir nota hugtakið “produced” um hugtakið “smíðaðar”.

18 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika og meðferðar málsins, svo og um greinargerðir sem dómstólnum bárust. Þessi atriði verða ekki rakin eða rædd hér á eftir nema að því leyti sem forsendur álitsins krefjast.

Álit dómsins

Síðari spurningin

19 Með síðari spurningunni, sem dómstóllinn telur að leysa eigi úr á undan hinni fyrri, ber Hæstiréttur Íslands upp það álitaefni hvort 11. gr. EES-samningsins standi í vegi ákvæði í verksamningi um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi.

Á 11. gr. EES-samningsins við í málinu ?

20 *Stefndu* halda því fram að ráðstafanir geti því aðeins brotið gegn 11. gr. EES-samningsins að þær séu gerðar af stjórnvaldi við meðferð opinbers valds og að þær séu bindandi og hafi tiltekin réttaráhrif. Byggingarnefndin fór ekki með opinbert vald meðan á samningaviðræðunum stóð. Því snýst málið hvorki um ákvæði laga, stjórnvaldsfyrirmæli, tilmæli eða ákvörðun af öðru tagi sem stjórnvald hefur einhliða birt eða ákveðið. Efni 3. gr. verksamningsins er niðurstaða aðilanna í frjálsum samningi. *Stefndu* telja því að um sé að ræða samning, einkaréttarlegs eðlis, milli einkaaðila, sem falli ekki undir ákvæði 11. gr. EES-samningsins.

- 21 Þar á móti heldur *áfrýjandi* því fram að útboðið hafi átt undir opinberan rétt, þar sem lög nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda hafi átt við um verkið sem og tilskipun 93/37/EBE og þar sem verkið hafi verið fjármagnað af ríkinu og sveitarfélögunum. Þá hafi heimilisfang byggingarnefndarinnar verið hjá menntamálaráðuneytinu og þeir sem sæti áttu í byggingarnefndinni verið háttsettir embættismenn menntamálaráðuneytis og fjármálaráðuneytis, sem og borgarlögmaður. Áfrýjandi bendir á að 30. gr. Stofnsáttmála Evrópubandalagsins (hér eftir “Stofnsáttmála EB”) (eftir breytingu 28. gr. Stofnsáttmála EB) eigi við þótt einkafyrirtæki komi fram fyrir hönd ríkisstjórnar.
- 22 *Dómstóllinn* telur að það leiði af fordæmum dómstóls Evrópubandalaganna (“dómstóls EB”) að ákvæði í skilmálum opinbers verksamnings geti fallið undir bannið í 30. gr. Stofnsáttmála EB (eftir breytingu 28. gr. Stofnsáttmála EB) sem svarar til 11. gr. EES-samningsins, sjá dóma dómstóls EB í máli 45/87 *Framkvæmdastjórnin gegn Írlandi* [1988] ECR 4929² og í máli C-243/89 *Framkvæmdastjórnin gegn Danmörku* [1993] ECR I-3353.
- 23 Það er ljóst að í máli þessu kom byggingarnefndin fram fyrir hönd ríkisstjórnarinnar og verður því að teljast opinbert samningsyfirvald. Nefndinni var komið á með samningi milli ríkisstjórnar Íslands, Reykjavíkurborgar og Mosfellsbæjar. Þeir sem sæti áttu í nefndinni voru tilnefndir af menntamálaráðuneytinu, Reykjavíkurborg og Mosfellsbæ og voru að mestu valdir úr röðum embættismanna þessarar opinberu aðila. Hið opinbera bar allan kostnað vegna nefndarinnar og samkvæmt upplýsingum frá stefndu eru ríkisstjórn Íslands, Reykjavíkurborg og Mosfellsbær eigendur skólahússins. Þessi tengsl milli ríkisins og byggingarnefndarinnar leiða til þess að verkkaup byggingarnefndarinnar eiga undir opinberan rétt.
- 24 Því telur dómstóllinn að 11. gr. EES-samningsins verði beitt um ákvæði eins og það sem um er fjallað í aðalmálinu.

Skýring 11. gr. EES-samningsins

- 25 *Áfrýjandi* heldur því fram að samningsákvæði um að þakeiningar skuli smíðaðar á Íslandi sé talið hafa samsvarandi áhrif og magntakmarkanir á innflutningi, þegar ákvæðinu er beitt um innflutning á þakeiningum frá öðru aðildarríki EES-samningsins. Ekkert mat hafi verið lagt á það hvort þær þakeiningar sem áfrýjandi bauð og voru upprunnar í Noregi fullnægðu þeim kröfum sem byggingarreglugerð gerir, eða hvort undanþága frá ákvæðum reglugerðarinnar gæti náð til þeirra. Þá hafi íslensk byggingaryfirvöld veitt undanþágur og heimilað notkun þeirra þakeininga sem hér um ræðir fyrir sambærileg verkefni. Hafi undanþágur verið veittar í tvígang áður en útboðið vegna Borgarholtsskóla fór fram og a.m.k. einu sinni eftir útboðið.

² European Court Reports, þ.e. dómasafn dómstóls EB

- 26 Gegn þessu halda *stefndu* því fram að aðilarnir hafi aðeins ákveðið að nota þakeiningar í háum gæðaflokki sem væru í samræmi við ákvæði byggingarreglugerðar. Slíkt hafi ekki á nokkurn hátt takmarkað frelsi áfrýjanda til að flytja þakeiningar til Íslands. Ætlun aðilanna hafi aðeins verið að tryggja ákveðin gæði verksins og það að verkið mætti vinna í samræmi við íslensk lög. Lausn áfrýjandans hafi falið í sér notkun óloftaðra þakeininga og uppfyllt hvorugt framangreindra skilyrða. Samkvæmt efni byggingarreglugerðarinnar hafi aðeins mátt nota loftaðar þakeiningar í byggingum. *Stefndu* halda því fram að loftaðar þakeiningar séu þær einu sem sannað sé að veiti nægilega vörn við íslensk veðurskilyrði þótt undanþágur frá ákvæðum byggingarreglugerðarinnar hafi nokkrum sinnum verið veittar af þar til bærum yfirvöldum.
- 27 *Stefndu* vekja athygli á að ný byggingarreglugerð, nr. 441/1998, gekk í gildi í júlí 1998. Þar er þess enn krafist að þakeiningar úr timbri eða trjákenndum efnum séu loftaðar, nema önnur jafngóð lausn sé tryggð.
- 28 *Ríkisstjórn Noregs, Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórnin* telja að 11. gr. EES-samningsins taki til allra ráðstafana sem lúta að framleiðslu, sem geta takmarkað innflutning milli samningsaðila EES-samningsins. Áhrif ákvæðis í verksamningi þar sem þess er krafist að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi geta verið þau að koma í veg fyrir notkun innfluttra þakeininga. Það felur því í sér mismunun gagnvart erlendri framleiðslu.
- 29 *Dómstóllinn* tekur fram að 11. gr. EES-samningsins svarar til 30. gr. Stofnsáttmála EB (eftir breytingu 28. gr. Stofnsáttmála EB). Samkvæmt fordæmum dómstóls EB bannar ákvæðið allar reglur um viðskipti settar af aðildarríkjum sem eru til þess fallnar að hindra viðskipti innan bandalagsins, beint eða óbeint, hugsanlega eða raunverulega. Eru þessar reglur taldar hafa samsvarandi áhrif og magntakmarkanir á innflutningi (sjá dóm í máli 8/74 *Procureur du Roi* gegn *Dassonville* [1974] ECR 837). EFTA-dómstóllinn hefur skýrt 11. gr. EES-samningsins með sama hætti (mál E-5/96 *Ullensaker kommune o.fl.* gegn *Nille* [1997] EFTA Court Report³ 30; E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS* gegn *Oslo kommune* [1997] EFTA Court Report 53).
- 30 Mál þetta lýtur að því hvort ákvæði í opinberum verksamningi sem mælir fyrir um að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi sé samrýmanlegt 11. gr. EES-samningsins. Það er ljóst að slíkt ákvæði hefur þau áhrif að koma í veg fyrir að innfluttar þakeiningar verði notaðar við umrætt verk. Ákvæðið felur því í sér takmarkanir á viðskiptum í skilningi dómafordæma þeirra sem fyrr er vísað til og brýtur því gegn ákvæðum 11. gr. EES-samningsins.
- 31 Í þessu máli var hið umdeilda ákvæði ekki í þeim skilmálum sem lágu til grundvallar útboðinu, en svo var í þeim dómum dómstóls EB sem áður er vísað til. Hið umdeilda ákvæði var sett inn í endanlegan samning að kröfu samningsyfirvalds, á því stigi samningsgerðar er tilboð höfðu borist og þau höfðu verið athuguð. Þetta getur þó ekki leitt til annarrar niðurstöðu að því er lýtur að

³ Report of the EFTA Court, þ.e. Skýrsla EFTA-dómstólsins.

beitingu 11. gr. EES-samningsins, þar sem samningaumleitanir eftir útboð verða ekki greindar frá útboðinu sjálfu. Gengið var frá samningum í kjölfar útboðs samkvæmt tilskipun 93/37/EBE. Samningurinn er svo tengdur undanfarandi útboði að meginreglur þær sem liggja til grundvallar tilskipuninni og ákvæði 11. gr. EES-samningsins hljóta að taka til hans.

- 32 Ákvæði í verksamningi um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi brýtur gegn 11. gr. EES-samningsins. Með því að setja í samninginn eftirfarandi ákvæði: “Til grundvallar er lagt aðaltilboð verktaka og við það miðað að þakeiningar verði smíðaðar héraðs” útilokuðu stefndu alla framleiðslu erlendis frá. Þetta felur í sér greinilega mismunun innlendri framleiðslu í hag.

Rök til réttlætningar samkvæmt 13. gr. EES-samningsins

- 33 *Stefndu* telja að réttlæta megi 3. gr. verksamningsins með vísan til 13. gr. EES-samningsins. Í þeirri grein er sérstaklega vísað til verndar á lífi og heilsu manna. *Stefndu* byggja á því að sérstæð landfræðileg skilyrði, einkum veðurskilyrði, geti réttlætt að verktaki og verkkaupi miði við það í samningi sínum að þakeiningar verði að smíða innanlands, svo að verkkaupi geti haft eftirlit með smíðinni og geti gripið til viðeigandi ráðstafana til að tryggja að innlendum lögum sé fylgt.
- 34 *Ríkisstjórn Noregs* heldur því fram að hvorki 13. gr. EES-samningsins né regla sú sem kemur fram í máli 120/78 *Rewe* gegn *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649 (hér eftir “*Cassis de Dijon*”) eigi við í málinu.
- 35 *Eftirlitsstofnun EFTA* telur að ákvæðið feli í sér beina mismunun. Það verði hvorki réttlætt með tilvísun til þeirra lögmætu sjónarmiða sem dómstóll EB hefur fallist á í *Cassis de Dijon* og síðari dómum, né samkvæmt 13. gr. EES-samningsins.
- 36 *Framkvæmdastjórnin* telur að réttlætning samkvæmt 13. gr. EES-samningsins eða á öðrum grunni, sem byggist á því að nauðsynlegt hafi verið að fylgjast með verkinu og gera strangar kröfur um gæði og frágang, sé ekki tæk.
- 37 *Dómstóllinn* telur ekki unnt að fallast á rök stefndu samkvæmt 13. gr. EES-samningsins. Ef samningsaðili ber því við að vernd gegn hættulegum innfluttum vörum sé nauðsynleg verður viðkomandi ríki að sannfæra dómstóllinn um að aðgerðir þess ráðist í raun af sjónarmiðum um heilbrigði, að þær séu til þess fallnar að ná því markmiði sem að er stefnt og að ekki séu aðrar leiðir færar til að ná því markmiði, sem hafi minni áhrif á viðskipti. Í máli þessu hafa stefndu ekki sýnt fram á að notkun þakeininga sem smíðaðar eru í Noregi geti verið hættuleg lífi og heilsu manna í skilningi 13. gr. EES-samningsins. Það er þvert á móti óumdeilt að stjórnvöld á Íslandi hafa veitt undanþágur og leyft notkun þakeininganna í öðrum tilvikum. Því er ákvæði sem fyrirfram dregur taum

tiltekinna vara, með einni saman skírskotun til uppruna þeirra, hvorki nauðsynlegt né hóflegt samkvæmt 13. gr. EES-samningsins.

- 38 Þá leiðir hið umdeilda ákvæði til beinnar mismununar og verður því ekki réttlætt með vísan til viðurkenndra lögmætra sjónarmiða í skilningi fordæma dómstóls EB um 30. gr. Stofnsáttmála EB (eftir breytingu 28. gr. Stofnsáttmála EB) (*Cassis de Dijon*).

Fyrri spurningin

- 39 Með fyrri spurningunni leitar Hæstiréttur Íslands svara við því hvort 4. gr. EES-samningsins standi í vegi fyrir því að sett verði í verksamning ákvæði um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi.
- 40 *Áfrýjandi* heldur því fram að 4. gr. EES-samningsins megi beita sjálfstætt og án tengsla við önnur ákvæði sem banna mismunun á þeim sviðum sem fjórfrelsið nær til. *Eftirlitsstofnun EFTA* er sömu skoðunar, að því er lýtur að frjálsum vöruflutningum.
- 41 *Stefndu, ríkisstjórn Noregs og framkvæmdastjórnin* telja að 4. gr. verði ekki beitt í máli sem 11. gr. tekur til.
- 42 Ákvæði 4. gr. EES-samningsins mælir fyrir um þá meginreglu að hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs sé bönnuð á gildissviði samningsins nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans. Það leiðir bæði af orðalagi ákvæðisins og af fordæmum dómstóls EB um samsvarandi ákvæði 12. gr. Stofnsáttmála EB (áður 6. gr. Stofnsáttmála EB) að 4. gr. EES-samningsins verður aðeins beitt sjálfstætt um þau tilvik sem falla undir gildissvið samningsins sem önnur sértækari ákvæði samningsins er banna mismunun taka ekki til, sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli C- 379/92 *Peralta* [1994] ECR I-3453). Þar sem dómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að hið umdeilda ákvæði brjóti gegn 11. gr. EES-samningsins er ekki nauðsynlegt að taka til skoðunar hvort það brýtur gegn 4. gr. EES-samningsins.

Málskostnaður

- 43 Ríkisstjórn Noregs, Eftirlitsstofnun EFTA og Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna, sem hafa skilað greinargerðum til dómstólsins, skulu bera sinn málskostnað. Að því er lýtur að aðilum málsins verður að líta á málsmeðferð fyrir EFTA-dómstólnum sem þátt í meðferð málsins fyrir Hæstarétti Íslands og kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um málskostnað.

Með vísan til framangreindra forsendna lætur

DÓMSTÓLLINN

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningar þær sem Hæstiréttur Íslands beindi til dómstólsins með beiðni frá 26. júní 1998

Ákvæði í opinberum verksamningi sem tekið er upp í samning eftir að útböð hefur farið fram að kröfu samningsyfirvalds og er þess efnis að þakeiningar sem nota þarf til verksins verði smíðaðar á Íslandi er ráðstöfun sem hefur samsvarandi áhrif og magntakmarkanir á innflutningi sem 11. gr. EES-samningsins leggur bann við. Slík ráðstöfun verður ekki réttlætt með vísan til verndar á lífi og heilsu manna samkvæmt 13. gr. EES-samningsins.

Björn Haug

Þór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Kveðið upp í heyrenda hljóði í Lúxemborg 12. maí 1999.

Gunnar Selvik
dómritari

Björn Haug
forseti