

SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNS
í máli 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.

I. Inngangur

1. Með beiðni dagsettri 26. júní 1998, sem skráð var hjá dómstólnum sama dag, óskaði Hæstiréttur Íslands eftir ráðgefandi áliti í áfrýjunarmáli milli Fagtúns ehf. (hér eftir “áfrýjandi”) og Byggingarnefnd Borgarholtsskóla (hér eftir “byggingarnefndin”), íslenska ríkinu, Reykjavíkurborg og Mosfellsbæ (hér eftir “stefndu”).

II. Málavextir og meðferð málsins

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. Með bréfi 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 vegna þakeininganna. Áfrýjandi segir Byrgi ehf. hafa tekið þessu tilboði og notað það við gerð síns tilboðs til Ríkiskaupa. Byrgi ehf. varð lágstbjóðandi 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 samþykka 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 vilji nefndin gera strangar kröfur um gæði og frágang og forðast lausnir er hún þekki ekki og háðar séu sérstakri undanþágu byggingaryfirvalda frá ákvæðum bygingarreglugerðar. 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. EES-samningsins. Áfrýjanda hafi í raun verið hafnað sem undirverktaka að umræddu verki vegna ólögmeðs 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 héraðslendis. Í útboðsgögnum hafi hins vegar ekki verið minnst á það að þak yrði að vera smíðað hér á landi og hafi hvort tveggja getað komið til greina, samkvæmt útboðsgögnum, þ.e að þak yrði smíðað héraðslendis 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. Hæstiréttur Íslands taldi túlkun á ákvæðum EES-samningsins nauðsynlega áður en niðurstaða fengist í málinu. Hæstiréttur frestaði því meðferð málsins og óskaði eftir ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins um túlkun á viðeigandi hlutum EES-samningsins.

III. Álitafni

9. 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?"

IV. Löggjöf

EES-réttur

10. Spurningar þær sem dómstóllinn hefur leitað svara við lúta að skýringu á 4. og 11. gr. EES-samningsins.

11. 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.”

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

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

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.

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 geymir reglur um þök og þakvirki. Greinin hljóðar svo:

“7.5.11.1. Þök skulu þannig hönnuð og byggð að ekki komi til skaðlegrar rakabættingar 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. ...”

V. Greinargerðir

16. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. starfsreglna EFTA-dómstólsins hafa greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

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

Fyrri spurningin

Áfrýjandi

17. Áfrýjandi telur að beita megi 4. gr. EES-samningsins sjálfstætt og án tengsla við önnur ákvæði sem banna mismunun á þeim sviðum sem fjórfrelsið nær til. Þessu til stuðnings vísar áfrýjandi til fordæma dómstóls Evrópubandalaganna (hér eftir dómstóll EB)¹.

18. Í andstöðu við hina almennu og sértæku verklýsingu, sbr. útboðsgögn nr. 6, viðauki 1, 3.5.3., bls. 31, þar sem fram kom að þak skyldi vera gert úr einingum

¹ Mál nr. 293/83 *Françoise Gravier* gegn *City of Liège* [1985] ECR 593 [European Court Reports, þ.e. dómasafn dómstóls EB]; Mál nr. 59/85 *State of the Netherlands* gegn *Ann Florence Reed* [1986] ECR 1283; Sameinuð mál nr. C-92/92 og C-326/92 *Phil Collins* gegn *Imtrat Handelsgesellschaft mbH* og *Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH* og *Leif Emanuel Kraul* gegn *EMI Electrola GmbH* [1993] ECR I-5145.

sem gætu hvort sem er verið innlendir eða innfluttar, krafðist byggingarnefndin þess að einingarnar gætu verið hvaðan sem væri, að því tilskildu að þær væru íslenskar. Með því að bæta orðunum "...þakeiningar verði smíðaðar hérlandis" inn í 3. gr. samningsins gerði byggingarnefndin sig seka um ólögsmæta háttsemi.

19. Áfrýjandi leggur til að fyrri spurningunni verði svarað svo:

"4. gr. EES-samningsins stendur í vegi fyrir því, m.a., að ákvæði um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi sé bætt inn í verksaming, að svo miklu leyti sem það leiðir til mismununar gagnvart vörum sem framleiddar eru í ríkjum annarra samningsaðila."

Stefndu

20. Stefndu álíta að 4. gr. EES-samningsins hafi einkum þýðingu sem skýringargagn við túlkun sértækari ákvæða EES-samningsins eða afleiddrar löggjafar. Á sviði frjálsra vöruflutninga kemur hin almenna regla 4. gr. EES-samningsins fram í 11. gr. hans. Stefndu byggja á því að það hafi ekki raunhæfa þýðingu að EFTA-dómstóllinn taki afstöðu til þess hvort brotið hafi verið gegn 4. gr. samningsins, þar sem sú aðgerð sem um er fjallað verði aðeins talin brjóta gegn ákvæðum EES-samningsins ef hún er í ósamræmi við sértækara ákvæðið.

Ríkisstjórn Noregs

21. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að 4. gr. EES-samningsins banni hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs á gildissviði samningsins. Það er bannað að beita strangari reglum um þegna annarra aðildarríkja EES-samningsins en eiga við um þegna viðkomandi ríkis.

22. Norska ríkisstjórnin telur að ákvæði samnings sem ákveðin eru af stjórnvöldum ríkis og fela í sér að framleiðsla skuli fara fram, að hluta eða öllu leyti, í tilteknu aðildarríki EES-samningsins feli í sér mismunun og veiki samkeppnisstöðu birgja í öðrum EES-ríkjum.

23. Samkvæmt dómum dómstóls EB² getur þörf á að tryggja það að framleiðsluvara fullnægi tilteknum kröfum ekki réttlætt slíka mismunun.

² Mál nr. 287/81 *Anklagemyndigheden* gegn *Jack Noble Kerr* [1982] ECR 4053; M.a. sameinuð mál nr. 124/76 og 20/77 *SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson* gegn *Office National Interprofessionnel des Céréales* og *Société Coopérative "Providence agricole de la Champagne"* gegn *Office National Interprofessionnel des céréales* [1977] 1795.

24. Þá verður að líta til þess að bann 4. gr. EES-samningsins við mismunun á ekki við að svo miklu leyti sem sérstök ákvæði samningsins taka til tilviksins.

25. Ríkisstjórn Noregs leggur til að fyrri spurningunni verði svarað svo:

“Ákvæði 4. gr. EES-samningsins bannar að stjórnvöld setji samningsskilyrði þar sem þess er krafist að þakeiningar séu smíðaðar á Íslandi, nema annað leiði af einstökum ákvæðum samningsins.”

Eftirlitsstofnun EFTA

26. Eftirlitsstofnun EFTA vísar til fordæma dómstóls EB³. Þá bendir Eftirlitsstofnunin á að 4. gr. eigi við “nema annað leiði af einstökum ákvæðum [samningsins]”.

27. Ákvæði 6. gr. Stofnsáttmála Evrópubandalagsins (hér eftir Stofnsáttmála EB) bannar ekki aðeins mismunun á grundvelli ríkisfangs, en tekur til hvers konar óbeinnar mismununar sem fyrir tilstilli annarra aðgreinandi atriða leiðir í raun til sömu niðurstöðu. Innlendar ráðstafanir sem leiða til óbeinnar mismununar, á grundvelli ríkisfangs, eru þó því aðeins í ósamræmi við 6. gr. Stofnsáttmála EB að þær verði ekki réttlættar með hlutlægum sjónarmiðum⁴.

28. Þótt það sé í sjálfu sér lögmætt markmið að tryggja það að farið sé að innlendri löggjöf hafa stefndu ekki sýnt fram á að það að krafan um smíði þakeininga á Íslandi sé nauðsynleg til að ná því markmiði. Ekki hefur verið sýnt fram á að markmiðinu yrði ekki náð með aðferðum sem væru síður íþyngjandi, s.s. með fullnægjandi eftirliti eða vísan til alþjóðlegra staðla.

29. Eftirlitsstofnun EFTA heldur því fram að ákvæði í verksamningi sem mælir fyrir um að þakeiningar sem notaðar eru til verksins verði að vera smíðaðar á Íslandi feli í sér mismunun á grundvelli ríkisfangs sem brjóti gegn 4. gr. EES-samningsins.

Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna

30. Framkvæmdastjórnin telur að 4. gr. EES-samningsins taki aðeins til aðstæðna sem önnur sértækari ákvæði EES-samningsins sem banna mismunun

³ Mál nr. 305/87 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi* [1989] ECR 1461; Mál nr. C-10/90 *Maria Masgio gegn Bundesknappschaft* [1991] ECR I-1119.

⁴ Mál nr. C-398/92 *Mund & Fester gegn Hatrex Internationaal Transport* [1994] ECR I-467; Mál nr. C-29/95 *Pastors o.fl.* [1997] ECR I-285.

taka ekki til. Í þessu efni vísar framkvæmdastjórnin til 6. gr. Stofnsáttmála EB og dómaframkvæmdar sem tengist þeirri grein.⁵ Líta verður á ákvæði 11. gr. EES-samningsins sem sértækt ákvæði hans sem orðar hina almennu meginreglu um bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs. Af þeim sökum þarf eingöngu að fjalla um síðari spurninguna sem dómstóllinn hefur óskað ráðgefandi álits um.

Síðari spurningin

Áfrýjandi

31. Áfrýjandi heldur því fram að líta beri á það að setja í samning ákvæði um að þakeiningar skuli vera smíðaðar á Íslandi þannig að það hafi samsvarandi áhrif og magntakmarkanir á innflutningi, þegar ákvæðið á við um innflutning á þakeiningum frá öðru aðildarríki EES-samningsins. Áfrýjandi vísar í þessu sambandi til fordæma dómstóls EB.⁶

32. Að því er lýtur að þeim röksemdum stefndu að þeir hafi komið fram sem einkaaðili, bendir áfrýjandi á að útboðið hafi átt undir opinberan rétt þar sem lög nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda áttu við, sem og tilskipun 93/36/EBE. Þá var verkið kostað af ríkinu og sveitarfélögunum, heimilisfang byggingarnefndarinnar var hjá menntamálaráðuneytinu og þeir sem sæti áttu í byggingarnefndinni voru háttsettir embættismenn menntamálaráðuneytis og fjármálaráðuneytis, sem og borgarlögmaður. Áfrýjandi vísar til fordæma dómstóls EB⁷ og bendir á að 30. gr. Stofnsáttmála EB eigi við þótt einkafyrirtæki komi fram fyrir hönd ríkisstjórnar.

33. Ákvæðið “Til grundvallar er lagt aðaltilboð verktaka og við það miðað að þakeiningar verði smíðaðar héraðs” í 3. gr. samningsins er ráðstöfun sem hefur samsvarandi áhrif og magntakmarkanir á innflutningi og brýtur því gegn 11. gr. EES-samningsins.

34. Þetta ákvæði samningsins útilokaði allar vörur sem ekki voru framleiddar á Íslandi. Því fór ekki fram sértækt mat til að ákvarða 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.

⁵ Mál nr. C-379/92 *Criminal proceedings against Matteo Peralta* [1994] I-3453.

⁶ Mál nr. 8/74 *Procureur du Roi* gegn *Dassonville* [1974] ECR 837 (hér eftir “*Dassonville*”); Mál nr. 120/78 *Rewe-Centrale AG* gegn *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649 (hér eftir “*Cassis de Dijon*”); Mál nr. 45/87 *Framkvæmdastjórnin* gegn *Írlandi* [1988] ECR 4929.

⁷ Mál nr. 249/81 *Framkvæmdastjórnin* gegn *Írlandi* [1982] ECR 4005.

35. Áfrýjandi staðhæfir að ekki sé vefengt að þakeiningarnar séu í samræmi við ákvæði norskra laga. Það fer því gegn meginreglunni um gagnkvæma viðurkenningu að byggja ákvörðun á þeirri staðreynd að vara er framleidd í Noregi.

36. Þá hafa íslensk byggingaryfirvöld veitt undanþágur fyrir þær þakeiningar sem hér um ræðir fyrir sambærileg verkefni. Voru undanþágur veittar í tvígang áður en útboðið vegna Borgarholtsskóla fór fram og a.m.k. einu sinni eftir útboðið.

37. Stjórnsýsluframkvæmd eins og veiting undanþága frá ákvæðum byggingarreglugerðar, getur falið í sér ráðstöfun sem bönnuð er samkvæmt 11. gr. EES-samningsins, ef framkvæmdin einkennist ekki í vissum mæli af því að vera almenn og sjálfri sér samkvæm.

38. Einnig ber til þess að líta að ekki má laga samninga sem gerðir eru eftir útboð að hagsmunum innlendra framleiðenda. Meginreglan um að ákvarðanir um opinber innkaup skuli teknar án þess að innlendum tilboðum sé hyglað er greinileg í framkvæmd dómstóls EB⁸.

39. Vísað er til 3. mgr. 19. gr. í tilskipun ráðsins 93/37/EBE, þar sem segir að samningsaðila EES-samningsins sé óheimilt að hafna vöru sem boðin er eftir opinbert útboð á þeim forsendum að hún sé framleidd samkvæmt tækniforskriftum annars samningsaðila, þ. á m. byggingarreglugerðum.

40. Áfrýjandi leggur til eftirfarandi svar við síðari spurningunni:

“Ákvæði 11. gr. EES-samningsins bannar sérstaklega á milli samningsaðila magntakmarkanir á innflutningi, svo og allar ráðstafanir sem hafa samsvarandi áhrif. Það að setja í samning ákvæði um að þakeiningar skuli vera smíðaðar á Íslandi er álitnið hafa slík samsvarandi áhrif þegar ákvæðið á við um innflutning þakeininga frá ríki annars samningsaðila.”

Stefndu

41. Stefndu halda því fram að ráðstafanir geti því aðeins brotið gegn 11. gr. EES-samningsins að þær séu gerðar af stjórnvaldi við meðferð opinbers valds⁹ og að þær séu bindandi og hafi tiltekin réttaráhrif.¹⁰

⁸ Mál nr. 45/87 Framkvæmdastjórnin gegn Írlandi [1988] ECR 4929.

⁹ Mál nr. 311/85 VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus gegn VZW Soziale Dienst van de Plaatselijke en Geweselijke Overheidsdiensten [1987] 3801.

¹⁰ Dassonville; Mál 249/81 Framkvæmdastjórnin gegn Írlandi [1982] ECR 4005; Mál 21/84 Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi [1985] 1355.

42. 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.

43. Ef EFTA-dómstóllinn kemst að þeirri niðurstöðu að stefndu hafi brotið gegn 11. gr. EES-samningsins felur sú niðurstaða í sér að inntak greinarinnar er rýmra en ákvæði 30. gr. Stofnsáttmála EB. Slík túlkun væri andstæð meginmarkmiði EES-samningsins, þar sem EFTA-dómstóllinn hefur takmörkuð völd til að túlka EES-samninginn með svo framsæknum hætti og raunin væri, ef ákvæði verksamnings eins og þess sem um er fjallað hér væru talin falla undir 11. gr. samningsins.

44. Í þessu máli ákváðu aðilarnir einfaldlega að nota góðar þakeiningar sem voru í samræmi við ákvæði byggingarreglugerðar. Þetta takmarkaði ekki á nokkurn hátt frelsi áfrýjanda til að flytja þakeiningar til Íslands.

45. Ef EFTA-dómstóllinn kemst að þeirri niðurstöðu að 11. gr. EES-samningsins eigi við, verður ekki litið svo á að 3. gr. verksamningsins feli í sér ráðstöfun sem mismunar á grundvelli ríkisfangs, þar sem ætlun aðilanna, m.a. með 3. gr. verksamningsins, var aðeins að tryggja ákveðin gæði verksins og það að verkið mætti vinna í samræmi við íslensk lög. Lausn áfrýjandans fól í sér notkun óloftaðra þakeininga og uppfyllti hvorugt framangreindra skilyrða.

46. Samkvæmt byggingarreglugerð má aðeins nota loftaðar þakeiningar í byggingum. Loftaðar þakeiningar veita nægilega vörn í íslenskum veðurskilyrðum. Undanþágur frá ákvæðum byggingarreglugerðarinnar hafa í nokkrum tilvikum verið veittar af þar til bærum yfirvöldum.

47. Stefndu vekja athygli á að ný byggingarreglugerð gekk í gildi í júlí 1998 og er þess enn krafist að þakeiningar úr timbri eða trjákenndum efnum séu loftaðar. Önnur efni má eingöngu nota ef slíkt býður upp á “jafngóða lausn”.

48. Þá telja stefndu að 3. gr. verksamningsins eigi ekki að lesa þannig að hún útiloki innfluttar þakeiningar. Þýðing á 3. gr. verksamningsins á ensku er ónákvæm þar sem segir “produced in the country. [Ath. Í íslenskum texta segir “smíðaðar hérlandis”]. Hér ætti að standa “constructed in the country” eða jafnvel “assembled in the country”. Síðargreinda hugtakið er notað í enskri þýðingu á beiðni um ráðgefandi álit. Þýðingin virðist einnig vera ónákvæm þar sem segir “it is agreed”. Þýðing sem væri nær merkingu íslensku orðanna “við það miðað” væri “assumed”, sem er ekki eins skilyrðislaust og enska þýðingin gefur til kynna. Í raun er enginn munur gerður á innfluttum og innlendum vörum, þar sem

innflutningur á erlendu efni til smíða eða samsetningar innanlands er ekki útilokaður.

49. Hvað sem öðru líður má réttlæta 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 hin sérstæðu landfræðilegu skilyrði, einkum veðurskilyrði, geti réttlætt að verksali 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.

50. Stefndu leggja til eftirfarandi svar við síðari spurningunni:

“Hvorki 4. gr. né 11. gr. EES-samningsins standa því í vegi að sett verði í verksamning ákvæði um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar innanlands, þar sem verksamingurinn er aðeins bindandi fyrir aðila samningsins og hvorugur fer þá með opinbert vald.”

Ríkisstjórn Noregs

51. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að 11. gr. EES-samningsins lúti að öllum ráðstöfunum sem varða framleiðslu sem geta takmarkað innflutning milli EES-ríkja og þannig hindrað það að EES-markaðurinn virki eins og markaður án landamæra.

52. Með vísan til Stórabeltisdóms¹¹ dómstóls EB heldur ríkisstjórn Noregs því fram að reglan um bann við mismunun milli birgja sé meginregla í öllum opinberum innkaupum. Samningsskilyrði sem krefjast þess að efni framleitt í tilteknu landi sé notað eru andstæð ákvæðum 11. gr. EES-samningsins. Slík skilyrði fela í sér innflutningshindrun og eru því í ósamræmi við meginregluna um frjálst flæði vöru og þjónustu.

53. Að því er lýtur að mögulegum réttlætningarástæðum er því haldið fram að hvorki 13. gr. EES-samningsins né “*Cassis de Dijon*” meginreglan eigi við í þessu máli.

54. Ríkisstjórn Noregs telur að svara eigi síðari spurningunni svo:

“Skýra verður 11. gr. EES-samningsins svo að líta verði á kröfur um framleiðsluland vöru sem innflutningshindrun og brot á 11. gr. EES-samningsins.”

¹¹ Mál nr. C-243/89 *Framkvæmdastjórnin gegn Danmörku* [1993] I-3353.

Eftirlitsstofnun EFTA

55. Með vísan til dómaframkvæmdar¹² telur Eftirlitsstofnun EFTA að áhrif ákvæðis í verksamningi þar sem þess er krafist að þakeiningar séu smíðaðar á Íslandi séu þau að útiloka notkun innfluttra þakeininga.

56. Þar sem um er að ræða ákvæði sem felur í sér beina mismunun verður það ekki réttlætt með vísan til þeirra lögættu sjónarmiða sem dómstóll EB hefur viðurkennt í *Cassis de Dijon* og síðari dómum. Ákvæði sem fyrirfram (*a priori*) tekur tilteknar vörur fram yfir aðrar með vísan til uppruna þeirra verður ekki réttlætt með vísan til 13. gr. EES-samningsins.

57. Eftirlitsstofnun EFTA leggur til eftirfarandi svar við spurningunum:

“Ákvæði í verksamningi sem gerir ráð fyrir því að þakeiningar sem þarf til verksins skuli smíðaðar á Íslandi brýtur gegn ákvæðum 4. gr. og 11. gr. EES-samningsins.”

Framkvæmdastjórn Evrópubandalaganna

58. Framkvæmdastjórnin vísar til fordæma dómstóls EB¹³ og lítur svo á að lýsa ætti ákvæði 3. gr. verksamningsins ósamrýmanlegt 11. gr. EES-samningsins þar sem það felur í sér greinilega mismunun innlendri framleiðslu í hag.

59. Það breytir engu þar um að í upphaflegu útboðsgögnunum, sem tilboðin byggðust á, var þess ekki ljóslega getið að þakeiningar skyldu vera smíðaðar á Íslandi, og að þessi krafa kom fyrst upp í samningaviðræðum við Byrgi ehf. Það sem úrslitum ræður er að ákvæði sem er ósamrýmanlegt 11. gr. EES-samningsins og var sett inn í endanlegan samning að ósk byggingarnefndarinnar leiðir til mismununar. Ekki er unnt að aðskilja samningaumleitanir eftir að útboð hefur farið fram frá útboðinu sjálfu. Slíkt væri í andstöðu við meginregluna um jafnræði bjóðenda.

60. Réttlæting 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, er ekki tæk.

¹² *Dassonville*; Mál nr. 45/87 *Framkvæmdastjórnin* gegn Írlandi [1988] ECR 4929; Mál nr. C-243/89 *Framkvæmdastjórnin* gegn Danmörku [1993] I-3353; Mál nr. E-5/96 *Ullensaker kommune o.fl.* gegn *Nille AS* [1997] EFTA Ct. Rep. 32; [Report of the EFTA Court, þ.e. Skýrsla EFTA-dómstólsins]; Mál nr. E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS* gegn *Oslo kommune* [1997] EFTA Ct. Rep. 56.

¹³ Sjá neðanmálgrein 12 og mál nr. C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA* gegn *Unità sanitaria locale No 2 di Carrara* [1990] I-889.

61. Framkvæmdastjórnin leggur til að síðari spurningunni verði svarað svo:

“Ákvæði 4. og 11. gr. EES-samningsins banna að í opinberan verksamning sé sett ákvæði um að við það verði miðað að þakeiningar verði smíðaðar á Íslandi.”

Carl Baudenbacher
framsögumaður