DÓMUR DÓMSTÓLSINS

10. desember 2020*

(Opinber innkaup – Tilskipun 2014/24/ESB – Opinber þjónustusamningur – 37. gr. EES – Hugtakið „þjónusta“ – Kennsla á framhaldsskólastigi)

Mál E-13/19,

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

Hraðbraut ehf.

gegn

mennta- og menningarmálaráðuneytinu,

Verzlunarskóla Íslands ses.,

Tækniskólanum ehf. og

Menntaskóla Borgarfjarðar ehf.,

um túlkun á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB frá 26. febrúar 2014 um opinber innkaup og niðurfellingu tilskipunar 2004/18/EB, einkum 9. lið 1. mgr. 2. gr. og 74. gr. hennar,

DÓMSTÓLLINN,

skipaður dómurunum: Páli Hreinssyni, forseta, Per Christiansen, framsögumanni og Bernd Hammermann,

dómritari: Ólafur Jóhannes Einarsson,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Hraðbraut ehf. („Hraðbraut“), í fyrirsvari er Ólafur Haukur Johnson;
- Verzlunarskóli Íslands ses., í fyrirsvari er Ingi Ólafsson;

* Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

- Tækniskólinn ehf., í fyrirsvari er Hildur Ingvarsdóttir;

- Menntaskóli Borgarfjarðar ehf., í fyrirsvari er Bragi Þór Svavarsson;

- ríkisstjórn Íslands, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Jóhannes Karl Sveinsson, Brynja Stephanie Swan og Hrafn Hlynsson;

- ríkisstjórn Noregs, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Kristin Hallsjø Aarvik, Magnus Schei og Janne Tysnes Kaasin;

- ríkisstjórn Spánar, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Sonsoles Centeno Huerta og Juan Rodríguez de la Rúa Puig;

- eftirlitsstofnun EFTA („ESA“), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Ewa Gromnicka, Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir og Carsten Zatschler; og

- framkvæmdastjórn Evrópusambandsins („framkvæmdastjórnin“), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Petr Ondrůšek og Luke Haasbeek;

eftir að hafa fengið svör frá umboðsmanni Hraðbrautar, Ólafi Hauki Johnson, umboðsmönnum íslensku ríkisstjórnarinnar Jóhannesi Karli Sveinssyni, Brynju Stephanie Swan og Hrafni Hlynssyni, umboðsmönnum norsku ríkisstjórnarinnar Kristins Hallsjø Aarvik, Magnus Schei og Janne Tysnes Kaasin, umboðsmönnum spænsku ríkisstjórnarinnar Sonsoles Centeno Huerta og Juan Rodríguez de la Rúa Puig, umboðsmönnum ESA Ewa Gromnicka, Ingibjörgu Ólöfu Vilhjálmsdóttur og Carsten Zatschler og umboðsmönnum framkvæmdastjórnarinnar Petr Ondrůšek og Luke Haasbeek, við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð sem samþykktar voru 26. maí 2020 samkvæmt 49. gr. starfsreglna dómstólsins;

kveðið upp svofelldan

Dóm

I Löggjöf

EES-réttur

1 Í 37. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samningurinn“ eða „EES“) segir:

> *Með „þjónustu“ er í samningi þessum átt við þjónustu sem að jafnaði er veitt gegn þóknun, að því leyti sem hún lýtur ekki ákvæðum um frjálsa vöruflutninga, frjálsa fjármagnsflutninga og frjálsa fólksflutninga.*
>
> *Undir „þjónustu“ fellur einkum:*
>
> *a) starfsemi á sviði iðnaðar,*
>
> *b) starfsemi á sviði viðskipta,*
>
> *c) starfsemi handverksmanna,*
>
> *d) sérfræðistörf.*
>
> *Sá sem veitir þjónustu getur, með fyrirvara um ákvæði 2. kafla, í því skyni stundað starfsemi sína tímabundið í því ríki þar sem þjónustan er veitt, með sömu skilyrðum og það ríki setur eigin ríkisborgurum.*

2 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB frá 26. febrúar 2014 um opinber innkaup og niðurfellingu tilskipunar 2004/18/EB (Stjtíð. ESB 2014 L 94, bls. 65) („tilskipunin“) var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 97/2016 frá 29. apríl 2016 (Stjtíð. ESB 2017 L 300, bls. 49 og EES-viðbæti 2017 nr. 73, bls. 53) í 2. lið XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn. Ísland, Liechtenstein og Noregur tilkynntu um stjórnskipulega fyrirvara sem var aflétt 14. nóvember 2016. Ákvörðunin tók gildi 1. janúar 2017 og frestur til að innleiða tilskipunina rann út á sama degi.

3 Í 1. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Efni og gildissvið“, segir:

> *1. Með þessari tilskipun er komið á reglum um málsmeðferð samningsyfirvalda við opinber innkaup að því er varðar opinbera samninga og hönnunarsamkeppnir, sem metið er að séu að verðmæti sem ekki er lægra en sem nemur viðmiðunarfjárhæðum sem mælt er fyrir um í 4. gr.*
>
> *2. Innkaup, í skilningi þessarar tilskipunar, eru kaup eins eða fleiri samningsyfirvalda, fyrir tilstilli opinbers samnings, á verki, vöru eða þjónustu af rekstraraðilum sem þessi samningsyfirvöld velja, hvort sem verkið, varan eða þjónustan er í almannaþágu eður ei.*

...

4 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,*
>
> *...*
>
> *(9) „opinberir þjónustusamningar“: opinberir samningar um veitingu þjónustu, annarrar en þeirrar sem um getur í 6. lið,*
>
> *...*

Landsréttur

5 Í 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 („stjórnarskrá Íslands“) segir:

> *Öllum skal tryggður í lögum réttur til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi.*

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

7 Lög nr. 92/2008 um framhaldsskóla taka til skólastarfs á framhaldsskólastigi.

8 Í 2. gr. laga um framhaldsskóla er fjallað um hlutverk framhaldsskólanna, sem er að stuðla að alhliða þroska allra nemenda og virkri þátttöku þeirra í lýðræðislegu samfélagi með því að bjóða upp á nám við hæfi. Framhaldsskólar skulu búa nemendur undir þátttöku í atvinnulífinu og frekara nám. Þeir skulu leitast við að þróa færni nemenda sinna í íslensku máli, bæði töluðu og rituðu, efla siðferðisvitund, ábyrgðarkennd,

víðsýni, frumkvæði, sjálfstraust og umburðarlyndi nemenda, þjálfa þá í öguðum og sjálfstæðum vinnubrögðum og gagnrýninni hugsun, kenna þeim að njóta menningarlegra verðmæta og hvetja til þekkingarleitar.

9 III. kafli laga um framhaldsskóla ber fyrirsögnina „Aðrir skólar á framhaldsskólastigi“. Samkvæmt 12. gr., undir fyrirsögninni „Viðurkenning“, getur ráðherra veitt viðurkenningu til kennslu á framhaldsskólastigi. Slíka skóla má starfrækja sem sjálfseignarstofnanir, hlutafélög eða með öðru viðurkenndu rekstrarformi. Skilyrði fyrir viðurkenningu lúta m.a. að hlutverki og markmiðum skólans, stjórnskipan skóla og skipulagi hans, skólanámskrám og námsbrautarlýsingum, fyrirkomulagi náms og kennslu og hæfisskilyrðum starfsmanna. Í viðurkenningu skóla felst staðfesting á því að starfsemi viðkomandi skóla uppfylli, á þeim tíma sem viðurkenning er veitt, almenn skilyrði laga þessara og reglna sem settar eru með stoð í þeim. Í 3. mgr. 12. gr. laga um framhaldsskóla er kveðið á um að í viðurkenningu skv. 12. gr. felist ekki skuldbinding um fjárframlög úr ríkissjóði til viðkomandi skóla og eigi heldur ábyrgð á skuldbindingum hans.

10 Í 32. gr. laga um framhaldsskóla, undir fyrirsögninni „Innritun, réttur til náms“, segir m.a. að allir þeir sem lokið hafa grunnskólanámi, hafa hlotið jafngilda undirstöðumenntun eða hafa náð 16 ára aldri eigi rétt á að hefja nám í framhaldsskóla. Í 2. mgr. 32. gr. laga um framhaldsskóla segir að hver skóli beri ábyrgð á innritun nemenda, en í samningi skóla og menntamálaráðuneytis skv. 44. gr. skal kveðið sérstaklega á um skyldur einstakra framhaldsskóla við innritun nemenda og þær forsendur sem skóli leggur til grundvallar innritun nemenda.

11 Í 43. gr. laga um framhaldsskóla, undir fyrirsögninni „Rekstrarframlög“, segir:

> *Ríkissjóður greiðir samkvæmt lögum þessum rekstrarframlög til þeirra framhaldsskóla sem njóta framlaga í fjárlögum. Skólar sem njóta framlaga í fjárlögum eru opinberir framhaldsskólar og aðrir framhaldsskólar sem ráðherra gerir þjónustusamninga við um kennslu á framhaldsskólastigi, enda hafi þeir hlotið viðurkenningu, sbr. 12. gr.*
>
> *Hver skóli hefur sérstaka fjárveitingu í fjárlögum. Ráðherra gerir tillögur um fjárveitingar í fjárlögum til hvers skóla, til kennslu og eftir atvikum annarra verkefna. Tillögurnar eru unnar á grundvelli reiknireglna, sem ráðherra setur með reglugerð. Reiknireglurnar skulu m.a. styðjast við áætlun um fjölda nemenda, áætlaðan fjölda kennslustunda, námsframboð, kostnað sem leiðir af kjarasamningum kennara og annars starfsliðs, húsnæði og annað, sem ráðherra metur að máli skipti.*
>
> *Rekstrarframlagi skv. 1. mgr. er ekki ætlað að standa straum af námskeiðs-, skráningar- eða skólagjöldum sem innheimt kunna að vera af öðrum skólum, þ.m.t. tónlistarskólum, vegna náms sem metið verður til eininga í framhaldsskóla. Ráðherra getur í samningum við framhaldsskóla, sbr. 44. gr., heimilað framhaldsskóla að ganga til samninga um greiðslur vegna slíks náms.*

12 Í 44. gr. laga um framhaldsskóla, undir fyrirsögninni „Samningar við framhaldsskóla“, segir:

> *Umfang starfsemi framhaldsskóla, að svo miklu leyti sem hún er fjármögnuð með framlögum úr ríkissjóði, er ákveðið í fjárlögum.*
>
> *Í samningum milli ráðherra og einstakra framhaldsskóla, sem gerðir eru til þriggja til fimm ára í senn, skulu koma fram helstu áherslur í starfsemi skólans, námskrár, námsframboð, kennslufyrirkomulag, mat og eftirlit með gæðum og annað, sem æskilegt er talið af hálfu samningsaðila. Farið skal yfir framkvæmd þessara samninga árlega og gildandi samningar endurskoðaðir ef samningsaðilar telja ástæðu til.*
>
> *Þjónustusamningar sem gerðir eru við aðra en opinbera framhaldsskóla skulu, auk þeirra atriða sem talin eru í annarri málsgrein, kveða á um réttarstöðu nemenda, nemendafjölda, gjaldtöku af nemendum og greiðslur fyrir aðra þjónustu sem veitt er á grundvelli samningsins.*

13 Í 2. gr. reglugerðar nr. 426/2010 um viðurkenningu einkaskóla á framhaldsstigi er kveðið á um að ráðherra geti veitt einkaskólum viðurkenningu til kennslu á grundvelli laga um framhaldsskóla og reglna settra samkvæmt þeim.

14 Í 8. gr. reglugerðarinnar um viðurkenningu, undir fyrirsögninni „Fjárhagsmálefni“, segir:

> *Einkaskólar eiga ekki kröfu á framlögum af almannafé. Njóti einkaskólar framlags af opinberu fé samkvæmt ákvörðun Alþingis skal gerður þjónustusamningur milli mennta- og menningarmálaráðherra og rekstraraðila skólans um greiðslu fjárframlaga, svo og annarra skilyrða sem framlagið er háð að mati samningsaðila.*

II Málavextir og meðferð málsins

15 Málið fyrir kærunefnd útboðsmála („kærunefndin“) varðar kæru Hraðbrautar þess efnis að samningar sem gerðir voru sérstaklega milli mennta- og menningarmálaráðuneytisins („ráðuneytið“) og Verzlunarskóla Íslands, Tækniskólans og Menntaskóla Borgarfjarðar hafi ekki verið boðnir út í samræmi við lög um opinber innkaup.

16 Samkvæmt beiðninni hefur ráðuneytið gert þjónustusamninga um kennslu á framhaldsskólastigi við þrjá einkarekna framhaldsskóla. Verzlunarskóli Íslands, Tækniskólinn og Menntaskóli Borgarfjarðar hafa fengið viðurkenningu til kennslu á framhaldsskólastigi í samræmi við lög um framhaldsskóla.

17 Verzlunarskóli Íslands er sjálfseignarstofnun og fellur undir lög nr. 33/1999 um sjálfseignarstofnanir sem stunda atvinnurekstur. Tækniskólinn, sem rekinn er sem einkahlutafélag, er í eigu Samtaka fyrirtækja í sjávarútvegi, Samtaka iðnaðarins,

Samorku (samtaka orku- og veitufyrirtækja) og Iðnaðarmannafélagsins í Reykjavík. Menntaskóli Borgarfjarðar, sem rekinn er sem einkahlutafélag, er í eigu 157 hluthafa, þ. á m. sveitarfélagsins Borgarbyggðar sem er meirihlutaeigandi með 91,98 prósent hlutafjár.

18 Hinn 19. desember 2012 skrifuðu ráðuneytið og Verzlunarskóli Íslands undir samning um kennslu á framhaldsskólastigi. Gildistími samningsins var frá 19. desember 2012 og með framlengingum til 31. desember 2019. 23. janúar og 18. mars 2013 gerði ráðuneytið aðskilda samninga um kennslu á framhaldsskólastigi, annars vegar við Menntaskóla Borgarfjarðar og hins vegar við Tækniskólann. Gildistími þessara samninga var síðar einnig framlengdur til 31. desember 2019. Allir samningarnir hafa síðan verið uppfærðir með tilliti til lagabreytinga.

19 Samkvæmt kærunefndinni eru þeir þrír samningar sem ráðuneytið gerði við Verzlunarskóla Íslands, Tækniskólann og Menntaskóla Borgarfjarðar („einkaskólarnir“) sambærilegir. Í samningunum kom fram að einkaskólarnir skyldu veita nemendum og kennurum nauðsynlega þjónustu og þann aðbúnað sem almennt tíðkast vegna náms til framhaldsskólaprófs, verslunarprófs og stúdentsprófs. Enn fremur er í samningunum kveðið á um að einkaskólarnir beri ábyrgð á því að þjónusta við nemendur sé í samræmi við kröfur um gæði og í samræmi við lög.

20 Einkaskólarnir fá, eins og kveðið er á um í þeim samningum sem hér um ræðir, rekstrarframlag frá íslenska ríkinu grundvallað á ákvörðun Alþingis um fjárheimildir í fjárlögum hvers árs. Enn fremur eru fjárheimildirnar byggðar á upplýsingum frá einkaskólunum sem þeir hafa aflað við gerð tillagna að rekstraráætlunum og ársáætlunum sínum. Framlag hvers árs er greitt mánaðarlega í tólf jöfnum greiðslum. Einkaskólarnir senda ráðuneytinu hálfsársuppgjör ásamt endurskoðuðum reikningum fyrra árs.

21 Einkaskólarnir hafa fengið á bilinu 78 til 95 prósent af tekjum sínum með opinberum fjárframlögum. Árleg fjárhæð slíks fjárframlags til hvers einstaks framhaldsskóla var á bilinu um 170 milljónir króna til um 3.437 milljónir króna. Samkvæmt þeim samningum sem hér um ræðir fyrir kærunefndinni skulu einkaskólarnir tryggja að tekjur þeirra séu í réttu hlutfalli við útgjöld. Tekjum, sem verða til vegna samninganna, skal einungis verja til þeirrar þjónustu sem hver samningur nær til.

22 Hinn 20. desember 2018 barst kærunefndinni kæra frá Hraðbraut þar sem því var haldið fram að samningar ráðuneytisins og einkaskólanna hefðu ekki verið boðnir út í samræmi við lög um opinber innkaup.

23 Í kæru sinni gerir Hraðbraut þær kröfur að ráðherra tryggi að útboð þessara þjónustusamninga fari fram sem fyrst í samræmi við ákvæði laga um opinber innkaup. Til vara er þess krafist „að ráðherra sæti fjárhagslegri ábyrgð“. Enn fremur óskar Hraðbraut eftir því að kærunefndin láti uppi sitt álit hvort ráðuneytið beri skaðabótaskyldu. Kærandi krefst jafnframt málskostnaðar.

24 Með erindi 26. nóvember 2019 tilkynnti kærunefndin málsaðilum að hún hefði til skoðunar að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort framlög ríkisins til framhaldsskóla samkvæmt þjónustusamningum leiði til útboðsskyldu samkvæmt tilskipuninni.

25 Við þessar aðstæður leit kærunefndin svo á að úrlausn málsins ylti á túlkun EES-réttar. Kærunefndin ákvað því að fresta meðferð málsins og leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins með því að beina spurningum til hans. Beiðnin var dagsett 18. desember 2019 og var skráð í málaskrá dómstólsins 23. desember 2019.

26 Eftirfarandi spurningum var vísað til EFTA-dómstólsins:

1. *Telst samningur sem ráðuneyti gerir við aðila, sem hefur leyfi til að starfa sem framhaldsskóli, þar sem viðkomandi tekur að sér að veita nemendum og kennurum þjónustu og aðbúnað sem almennt tíðkast á framhaldsskólastigi og þar sem gert er ráð fyrir fjárframlögum, til samnings um þjónustu í skilningi tilskipunar 2014/24/ESB, sbr. einkum 9. mgr. 2. gr.?*

2. *Telst sú þjónusta sem felst í samningi af þeirri tegund, sem lýst er í spurningu 1, til félagsþjónustu eða annarrar sérgreindar þjónustu í skilningi 74. gr. tilskipunar 2014/24/ESB, og ef svo er ber að fylgja ákvæðum I. kafla III. bálks tilskipunarinnar hvað varðar fyrirkomulag innkaupa?*

3. *Hefur það þýðingu, þegar leyst er úr spurningum 1 og 2, hvort endurgjald vegna þeirrar þjónustu sem um ræðir sé ákveðið með fjárlögum frá Alþingi eða samkvæmt ákvörðun ráðherra á grundvelli innlendra laga og reglna þar um?*

4. *Er mennta- og menningarmálaráðuneytinu skylt að viðhafa innkaupaferli á grundvelli tilskipunar nr. 2014/24/ESB vegna kaupa á þjónustu sem varðar rekstur skóla og kennslu á framhaldsskólastigi gegn fjárframlögum?*

27 Hinn 4. maí 2020 tilkynnti dómstóllinn málsaðilum og öðrum hagsmunaaðilum að hann hygðist falla frá munnlegum málflutningi í ljósi þess óvenjulega lýðheilsuástands sem COVID-19-farsóttin hafði ollið. Þar sem munnlegur málflutningur fór ekki fram gafst aðilum tækifæri til að bæta við skriflegu málsmeðferðina með svörum við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð í samræmi við 49. gr. starfsreglna dómstólsins í því skyni að gefa aðilum frekara tækifæri á að koma athugasemdum sínum á framfæri við dómstólinn. Aðilum var gefinn frestur til 11. maí 2020 til að óska eftir því að munnlegur málflutningur færi fram á fjarþinghaldi. Framlenging á þeim fresti til 18. maí 2020 var veitt að beiðni norskra stjórnvalda. Enginn aðila óskaði eftir munnlegum málflutningi innan tilskilins frests.

28 Hinn 26. maí 2020 ákvað dómstóllinn að falla frá munnlegum málflutningi og samþykkti ráðstafanir varðandi málsmeðferð þar sem aðilum var boðið að bæta við

skriflegu málsmeðferðina, þar sem málið var ekki flutt munnlega. Aðilum var boðið með eftirfarandi hætti að:

> *1. Ef nauðsyn krefur, takið saman þá afstöðu sem fram kemur í skriflegum athugasemdum ykkar.*
>
> *2. Vinsamlegast látið í ljós álit ykkar á þeim röksemdum sem fram koma í öðrum skriflegum athugasemdum sem lagðar hafa verið fyrir dómstólinn.*

29 Frestur til að svara ráðstöfunum varðandi málsmeðferð rann út 22. júní 2020. Dómstólnum bárust svör frá Hraðbraut, ríkisstjórn Íslands, ríkisstjórn Noregs, ríkisstjórn Spánar, ESA og framkvæmdastjórninni.

III Svar dómstólsins

Athugasemdir sem lagðar voru fyrir dómstólinn

Hraðbraut

30 Í skriflegum athugasemdum sínum heldur Hraðbraut því fram að ráðuneytinu sé skylt samkvæmt lögum um opinber innkaup að bjóða út þá þjónustusamninga sem hér um ræðir á Íslandi og á Evrópska efnahagssvæðinu.

31 Hraðbraut heldur því fram að þessir þjónustusamningar séu þjónustusamningar við fyrirtæki. Hraðbraut tekur sérstaklega fram sem dæmi að reynist nemendafjöldi minni en gert var ráð fyrir í samningnum svo þjónustuveitanda væri greitt fyrir að kenna fleiri nemendum en hann gerði í raun og veru, þá yrði hann að endurgreiða allt fé sem honum hefði verið ofgreitt.

32 Að mati Hraðbrautar hyggst ráðuneytið mismuna aðilum með framferði sínu með því að styðja við tiltekna aðila á kostnað almennings og til tjóns fyrir Hraðbraut. Hraðbraut telur að slíkt framferði fari gegn tilgangi laga um opinber innkaup. Auk þess bendir Hraðbraut á að umboðsmaður Alþingis hafi gert athugasemdir við faglegt framferði ráðherra í því máli sem hér er til umfjöllunar.

33 Í svari sínu við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð vísar Hraðbraut til þess að hvorki tilskipunin né lög um opinber innkaup nefni þjónustusamninga við einkarekna framhaldsskóla né kveði þau á um að slíkir samningar eigi að vera undanþegnir ákvæðum tilskipunarinnar eða laga um opinber innkaup. Hraðbraut vísar til þess að einkaskólarnir uppfylli öll skilyrði til að teljast hagnaðardrifin fyrirtæki, sem hafi verulegar tekjur umfram þær sem þau fá frá ráðuneytinu. Hraðbraut vísar til þess að einkaskólarnir uppfylli ekki skilyrði 1. mgr. 12. gr. tilskipunarinnar og að samningarnir varði hagsmuni sem ná yfir landamæri.

Menntaskóli Borgarfjarðar

34 Menntaskóli Borgarfjarðar heldur því fram að hvorki sé skylt að bjóða út samningana í því máli sem hér er til umfjöllunar samkvæmt íslenskum lögum né nokkrum þeim reglugerðum eða tilskipunum sem felld hafa verið inn í EES-samninginn. Menntaskóli Borgarfjarðar lýsir sig sammála skriflegum greinargerðum ráðuneytisins fyrir kærunefndinni.

35 Menntaskóli Borgarfjarðar leggur áherslu á að frá stofnun skólans hafi skýrt komið fram að eigendum hans sé óheimilt að taka sér nokkurn arð og að hagnaður skuli óskiptur koma rekstri skólans eða annarri sambærilegri starfsemi í sveitarfélaginu Borgarbyggð til góða. Menntaskóli Borgarfjarðar vísar enn fremur til þess að væri öðrum aðilum heimilað að gera tilboð í samninga, eins og þá sem þetta mál varðar, myndi það leiða til verri þjónustu fyrir samfélagið í Borgarbyggð, sérstaklega ef markmiðið með því að reka framhaldsskóla í sveitarfélaginu væri að greiða út háar arðgreiðslur til eigenda skólans.

Verzlunarskóli Íslands

36 Verzlunarskóli Íslands leggur áherslu á að hann sé sjálfseignarstofnun og að í stofnsamningi hans sé tekið fram að hagnaði skuli einungis ráðstafað til að styrkja starfsemi skólans og nýtast í samræmi við markmið skólans.

Tækniskólinn

37 Í skriflegum athugasemdum sínum lýsir Tækniskólinn sig að öllu leyti sammála skriflegum greinargerðum ráðuneytisins fyrir kærunefndinni og skriflegum athugasemdum ríkisstjórnar Íslands fyrir dómstólnum. Tækniskólinn leggur áherslu á að hann sé ekki rekinn í hagnaðarskyni, hann starfi í þágu almennings og þjóni samfélaginu.

38 Að auki bendir hann á að Tækniskólinn sé nú með fimm ára samning við ráðuneytið og hann hafi verið framlengdur um eitt ár í senn, en endurnýjun sé háð frammistöðu Tækniskólans. Ef skipt væri um rekstraraðila, t.d. á fimm ára fresti, ylli það stöðugri ringulreið og truflun á rekstrinum sem væri nemendum mjög í óhag. Ráðuneytið hefur ávallt kost á að segja annaðhvort samningnum upp eða endurnýja hann ekki, ef Tækniskólinn stenst ekki viðmiðunarkröfur.

Ríkisstjórn Íslands

39 Í skriflegum athugasemdum ríkisstjórnar Íslands, þar sem vísað er til 6. og 7. liðar formálsorða tilskipunarinnar, eru færð rök fyrir því að starfsemi, sem telst þjónusta í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga, falli utan gildissviðs tilskipunarinnar. Starfsemi einkaskólanna í því máli sem hér er til umfjöllunar er ekki af efnahagslegum toga og fellur því utan gildissviðs tilskipunarinnar.

40 Til að ákvarða hvort starfsemi sé þjónusta í almannaþágu, sem er ekki af efnahagslegum toga, bendir ríkisstjórn Íslands á að dómaframkvæmd á sviði ríkisaðstoðar veiti gagnlegar leiðbeiningar. Ríkisstjórn Íslands vísar til þess að sé starfsemi af efnahagslegum toga og að um fjárhagslega hagsmuni sé að ræða verði að vera raunverulegur markaður til staðar (vísað er til dóms í máli *Pavlov o.fl.*, C-180/98 til C-184/98, EU:C:2000:428, 75. mgr.). Í því máli sem hér er til umfjöllunar er slíkur markaður ekki til. Þar af leiðandi eru einkaskólarnir ekki að sækjast eftir fjárhagslegum ávinningi.

41 Ríkisstjórn Íslands leggur áherslu á að notendagjöld (framlag nemenda) séu lág og séu smávægilegur hluti af fjármögnun skólanna. Þetta kemur í veg fyrir að reglum, sem gilda um fyrirtæki innan ramma ríkisaðstoðarreglna, sé beitt og þar af leiðandi reglum um opinber innkaup (vísað er til dóms í máli *Cassa di Risparmio di Firenze SpA o.fl.*, C-222/04, EU:C:2006:8, 107. mgr.).

42 Með lagarammanum er tryggt að framlag ríkisins takmarkist við yfirlýstan félagslegan tilgang og þau markmið sem tengjast beint hagsmunum samfélagsins. Að auki bendir ríkisstjórn Íslands á að einkaskólarnir sinni menntun í almannaþágu. Þetta kemur fram í samþykktum hvers skóla og er styrkt enn frekar með kerfinu sem notað er til að viðurkenna þá.

43 Enn fremur skiptir þóknunarþátturinn máli við matið. Stærsti hluti kostnaðar við þá þjónustu sem um ræðir í því máli sem hér er til umfjöllunar er greiddur úr ríkissjóði (vísað er til dóma í máli *Humbel*, 263/86, EU:C:1988:451, 17. og 18. mgr. og máli E-5/07, *Private Barnehagers Landsforbund* [2008] EFTA Ct. Rep. 62).

44 Ríkisstjórn Íslands heldur því fram að EES-ríki njóti víðtækara svigrúms til túlkunar í stefnumótandi ákvörðunum um málefni í þágu almennings (vísað er til dóms í máli *Spezzino o.fl.*, C-113/13, EU:C:2014:2440).

45 Hvað sem öðru líður bendir ríkisstjórn Íslands á að fjárveitingar til einkaskólanna í því máli sem hér er til umfjöllunar falli utan gildissviðs tilskipunarinnar og vísar í því sambandi til 12. gr. tilskipunarinnar. Til vara bendir ríkisstjórn Íslands á að starfsemin sé félagsþjónusta samkvæmt 74. gr. tilskipunarinnar.

46 Varðandi þriðju spurningu heldur ríkisstjórn Íslands því fram að það hvort opinber fjármögnun sé ákveðin með fjárlögum eða út frá ákvörðun ráðuneytis virðist ekki ráða úrslitum um hvort starfsemi teljist af efnahagslegum toga eða ekki.

47 Ríkisstjórn Íslands telur fjórðu spurningu ekki tæka til efnismeðferðar og því beri að vísa henni frá. Í spurningunni er leitað svara við ágreiningi í því máli sem hér er til umfjöllunar. Hins vegar hefur dómstóllinn ekki lögsögu samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls („SED“) til þess að ákvarða beitingu EES-reglunnar í því ágreiningsmáli sem liggur fyrir álitsbeiðanda.

48 Verði fjórða spurning talin almennara eðlis, heldur ríkisstjórn Íslands því fram að vísa beri henni frá þar sem hún er reist á tilgátu (vísað er til dóms í máli *Bosman*, C-415/93,

EU:C:1995:463, 55. til 67. mgr.). Til vara ætti að svara fjórðu spurningu neikvætt þar sem einkaskólarnir í því máli sem hér er til umfjöllunar séu ekki rekstraraðilar í skilningi tilskipunarinnar.

49 Í svari sínu við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð tekur ríkisstjórn Íslands fram að hún styðji að miklu leyti þá lagalegu greiningu sem ríkisstjórn Noregs, ríkisstjórn Spánar og ESA hafa lagt fram um gildissvið tilskipunarinnar gagnvart framlögum til almennra menntamála. Allir þessir aðilar halda því fram að ráðstöfun ríkisfjármuna til þjónustu í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga, svo sem til að sinna grunnmenntun fyrir almenning, falli utan gildissviðs tilskipunarinnar og feli ekki í sér opinberan þjónustusamning í skilningi tilskipunarinnar.

Ríkisstjórn Noregs

50 Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að tilskipunin eigi ekki við ef sú menntunarþjónusta sem hér um ræðir sé þjónusta í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga. Menntunarþjónusta er ekki af efnahagslegum toga ef hún er hluti af opinberu menntakerfi og hún er að öllu leyti eða að mestu fjármögnuð með opinberum fjármunum (vísað er til dómsins í máli *Humbel*, sem vísað er til hér að framan, 17. mgr.). Það breytist ekki þótt EES-ríki nýti sér þriðja aðila til að veita þjónustuna fyrir hönd ríkisins.

51 Slík menntunarþjónusta sem ekki er af efnahagslegum toga telst hvorki (efnahagsleg) þjónusta sem veitt er „gegn þóknun“ í skilningi 37. gr. EES-samningsins, að því er varðar þjónustufrelsið, né sé rekstraraðili sem veitir slíka menntunarþjónustu sem ekki er af efnahagslegum toga „fyrirtæki“ í skilningi ríkisaðstoðarreglna 61. gr. EES-samningsins. Ekki sé nein sérstök skilgreining á þjónustu í almannaþágu sem ekki er af efnahagslegum toga eða „þjónustu“ í tilskipuninni né heldur annarri afleiddri löggjöf sem málið varðar. Það er auk þess álit ríkisstjórnar Noregs, af ástæðum sem varða rökfræði og rétthæð lagareglna, að tilskipunin gildi ekki um slíka þjónustu sem er ekki af efnahagslegum toga.

52 Ríkisstjórn Noregs heldur því fram með vísan til 6. liðar formálsorða tilskipunarinnar og 1. neðanmálsgreinar í viðauka XIV við tilskipunina að ef EES-ríki nýtir sér frelsið til að skipuleggja menntakerfi sitt sem þjónustu í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga falli sú veiting þjónustu sem tilheyrir því kerfi utan gildissviðs tilskipunarinnar.

53 Samkvæmt skriflegum athugasemdum ríkisstjórnar Noregs leiðir það þegar af 2. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar að gildissvið tilskipunarinnar takmarkast við þjónustu af efnahagslegum toga. Þar sem ekki er nein sérstök skilgreining á hugtakinu „þjónusta“ í tilskipuninni heldur ríkisstjórn Noregs því fram að það hljóti að fara saman við það hvernig hugtakið þjónusta hefur verið túlkað í dómaframkvæmd um 37. gr. EES-samningsins.

54 Ríkisstjórn Noregs leggur áherslu á að megintilgangur tilskipunarinnar sé að setja ákvæði um samræmingu innlendra útboðsferla til að tryggja að frelsi til að veita þjónustu nái fram að ganga. Það sé rökrétt og í samræmi við rétthæð lagareglna að

tilskipunin gæti heldur ekki átt við um slíka þjónustu sem er ekki af efnahagslegum toga, þar sem slíkt myndi fela í sér útvíkkun á almennri skilgreiningu á þjónustu í 37. gr. EES-samningsins sem vart myndi teljast tæk niðurstaða (vísað er til dóms í máli *framkvæmdastjórnarinnar* gegn *Þýskalandi*, C-160/08, EU:C:2010:230, 73. og 74. mgr.).

55 Ríkisstjórn Noregs bendir á að sú staðreynd að nemendur eða foreldrar þeirra verða stundum að leggja fé til rekstrarkostnaðar kerfisins hafi ekki haft þau áhrif að starfsemin flokkist ekki lengur sem starfsemi sem ekki er af efnahagslegum toga í *Humbel* (vísað er til dóms í máli *Humbel*, sem vísað er til hér að framan, 19. mgr.). Staða skólans sem einkaskóla skiptir ekki máli við það mat (vísað er til dóma í málum *Wirth*, C-109/92, EU:C:1993:916, *Schwarz og Gootjes-Schwarz*, C-76/05, EU:C:2007:492, *Zanotti*, C-56/09, EU:C:2010:288, 29. mgr. og *framkvæmdastjórnin* gegn *Spáni*, C-114/97, EU:C:1998:519).

56 Að mati ríkisstjórnar Noregs leiðir ákvörðun EES-ríkis um að beita samningum til að nýta sér þriðja aðila (opinberan eða einkaaðila) til að veita þjónustu sem ekki er af efnahagslegum toga á sviði menntunar ekki til þess að þessi þjónusta verði skyndilega efnahagsleg og falli því undir gildissvið tilskipunarinnar. Fjármögnunin ein veldur því ekki að starfsemin falli undir gildissvið tilskipunarinnar að mati ríkisstjórnar Noregs, sem vísar til 4. liðar formálsorða tilskipunarinnar.

57 Þegar greint er á milli „opinbers samnings“ og þess eins að fjármagna starfsemi ætti að miða við þau skilyrði sem sett eru fram í dómaframkvæmd varðandi hugtakið opinber samningur. Þessi dómaframkvæmd bendir til þess að tilvist gagnkvæmra skuldbindinga sem eru aðfararhæfar samkvæmt lögum sé forsenda þess að fyrirkomulag sé opinber samningur samkvæmt tilskipuninni. Þessar gagnkvæmu skuldbindingar verða að vera lagalega bindandi og aðfararhæfar samkvæmt lögum í samræmi við þá málsmeðferð sem kveðið er á um í landsrétti (vísað er til dóms í máli *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168, 59., 60., 62. og 63. mgr.). Ríkisstjórn Noregs bendir á með vísan til 4. liðar formálsorða tilskipunarinnar að það ætti ekki að ráða úrslitum við ákvörðun um hvort samningurinn sé „opinber samningur“ eða ekki hvort samningurinn kveði á um endurgreiðslu fjármuna ef fjármunum er ekki varið eins og ætlað var.

58 Ríkisstjórn Noregs telur að EES-ríkin hafi víðtækt svigrúm til þess að ákveða stjórnunarfyrirkomulag. Ríkinu ætti því að vera frjálst að ákveða hvort nota eigi stjórnunarkerfi sem er byggt á trausti, til dæmis hjá þjónustuveitendum sem eru ekki hagnaðardrifnir, og forðast að beita samningum sem slíkum, ef það telst besta lausnin.

59 Í svari sínu við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð vísar ríkisstjórn Noregs til dóms í máli *framkvæmdastjórnarinnar* gegn *Dôvera* (C-262/18 P og C-271/18 P, EU:C:2020:450, 61. mgr.). Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að þessi dómur styðji þá skoðun að svo lengi sem kerfi samræmist meginreglunni um samstöðu undir eftirliti ríkisins geti það eitt að samkeppni sé beitt til þess að velja þjónustuveitanda ekki haggað því að menntunarþjónusta, sem sé þjónusta í almannaþágu, sé ekki af efnahagslegum toga.

Ríkisstjórn Spánar

60 Ríkisstjórn Spánar telur að þjónusta framhaldsskóla á Íslandi falli ekki undir tilskipunina þar sem slík þjónusta sé þjónusta í almannaþágu en ekki af efnahagslegum toga. Nánar tiltekið, með hliðsjón af 4. mgr. 1. gr. og 4. til 7. liða formálsorða tilskipunarinnar telst sá samningur ekki vera opinber þjónustusamningur sem ráðuneyti gerir við aðila, sem hefur leyfi til að starfa sem framhaldsskóli, þar sem viðkomandi tekur að sér að veita nemendum og kennurum þjónustu og aðbúnað sem almennt tíðkast á framhaldsskólastigi og þar sem gert er ráð fyrir fjárframlögum.

61 Ríkisstjórn Spánar telur að sú þjónusta sem lýst er í fyrstu spurningu sé ekki félagsþjónusta eða annars konar sérgreind þjónusta í skilningi tilskipunarinnar þar sem um sé að ræða þjónustu í almannaþágu sem sé ekki af efnahagslegum toga, sem fellur utan gildissviðs tilskipunarinnar. Því eiga ákvæði I. kafla III. bálks tilskipunarinnar ekki við.

62 Varðandi fjórðu spurningu heldur ríkisstjórn Spánar því fram að ráðuneytinu sé ekki skylt að viðhafa innkaupaferli á grundvelli tilskipunarinnar vegna kaupa á þjónustu sem varðar rekstur skóla og kennslu á framhaldsskólastigi gegn fjárframlögum.

63 Í svari sínu við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð heldur ríkisstjórn Spánar því fram að hún, ásamt ríkisstjórn Íslands, ríkisstjórn Noregs, ESA og framkvæmdastjórninni hafi komist að þeirri niðurstöðu að sú þjónusta sem mál þetta fjallar um falli ekki undir tilskipunina þar sem sú fjármögnun sem látin er í té sé undanskilin berum orðum í tilskipuninni og umrædd þjónusta virðist vera þjónusta í almannaþágu sem ekki er af efnahagslegum toga.

ESA

64 ESA heldur því fram í skriflegum athugasemdum sínum, að því er varðar fyrstu, aðra og þriðju spurningu, að meginálitaefnið snúi að því hvort sá samningur sem hér um ræðir teljist vera gagnkvæmur bindandi samningur, eða fremur rammi til að stýra tilteknum útgreiðslum innan fjárveitingarkerfis, eins og gert er ráð fyrir í 4. lið formálsorða tilskipunarinnar. ESA heldur því fram að samningar á borð við þá sem hér um ræðir falli ekki undir gildissvið tilskipunarinnar í samræmi við 1. mgr. 1. gr. vegna þess að í meginatriðum sé ekki um að ræða samninga sem séu „fjárhagslegs eðlis“ og þar með séu þeir ekki „opinberir samningar“ eins og skilgreint er í 5. lið 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

65 Forsenda hugtaksins um „fjárhagslegt eðli“ er að samningsyfirvaldi beri að greiða einhvers konar gjald fyrir þjónustuna sem rekstaraðili veitir. Það krefst einnig samnings tveggja aðila um gagnkvæmt efnislegt endurgjald.

66 ESA heldur því fram að þeir samningar sem hér um ræðir virðast einkenna einmitt það fjárveitingarkerfi sem löggjafinn leitaðist við að útiloka frá gildissviði tilskipunarinnar.

67 Að mati ESA skiptir önnur spurning sem kærunefndin lagði fram ekki máli. Þeir samningar sem hér um ræðir eru ekki opinberir þjónustusamningar samkvæmt tilskipuninni. Því gildir 74. gr. tilskipunarinnar ekki um slíka samninga.

68 ESA heldur því fram að svar við fjórðu spurningu kærunefndarinnar ætti að vera að viðkomandi ráðuneyti sé ekki skylt að viðhafa innkaupaferli á grundvelli tilskipunarinnar áður en slíkir samningar eru gerðir og verði einungis, að því marki sem fyrirhugað er að velja á milli mismunandi veitenda, að fylgja almennum meginreglum EES-réttar.

69 Í svari sínu við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð heldur ESA því fram að nálgun framkvæmdastjórnarinnar sé í samræmi við þeirra eigin nálgun. Framkvæmdastjórnin tekur til athugunar hvort þetta fyrirkomulag teljist opinberir samningar og kemst að þeirri niðurstöðu að svo sé ekki, heldur feli það í sér ríkisfjármögnun sem er hluti af víðtækari stefnumörkun á sviði menntamála. ESA er ekki sammála þeirri aðferð sem íslenska ríkisstjórnin, norska ríkisstjórnin og spænska ríkisstjórnin hafa beitt að því er varðar þjónustu í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga. Mat á því hvort þjónusta teljist þjónusta í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga getur tekið til ýmissa atriða. Ekki er hægt að meta án samhengis við annað hvort þjónusta sé þjónusta í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga.

70 ESA bendir á að hugtakið „starfsemi af efnahagslegum toga“ sé flókið og skipti meginmáli á ýmsum sviðum EES-réttar, eins og *Dôvera*, sem vitnað er til hér að framan, sýnir. ESA hvetur því dómstólinn til að veita ekki leiðbeiningar varðandi þetta hugtak án þess að íhuga einnig annað samhengi þar sem það á við, sem myndi auka verulega umfang þessa máls.

71 Í skriflegum athugasemdum ESA segir að ef engin þjónusta er veitt gegn þóknun, sé ekki um að ræða neitt fjárhagslegt eðli og því enginn opinber samningur.

72 ESA mótmælir þeirri staðhæfingu að ákvörðun um útvistun leiði til þess að þjónusta verði efnahagsleg. Eins og ljóst er út frá greiningu og ályktun bæði stofnunarinnar sjálfrar og framkvæmdastjórnarinnar er mögulegt að þjónusta sé veitt af þriðja aðila án þess að útboðsreglunum sé beitt. Útboðsreglunum skal einungis beitt ef veitt þjónusta er fjárhagslegs eðlis, þ.e. gegn þóknun. ESA tekur fram að helstu mál sem ríkisstjórnirnar þrjár reiða sig á varði ekki opinber innkaup. ESA varar við því að beita meginreglum frá öðrum réttarsviðum við aðstæður eins og þær sem eru í þessu máli þar sem alfarið má svara spurningunni með vísan til viðtekins hugtaks á sviði opinberra innkaupa, þ.e. hvort um opinberan samning sé að ræða eða ekki.

Framkvæmdastjórnin

73 Að mati framkvæmdastjórnarinnar er það lykilatriði í þessu máli hvort fjárhagslega fyrirkomulagið í málinu teljist opinber þjónustusamningur í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

74 Í svari sínu við fyrstu spurningu heldur framkvæmdastjórnin því fram að það fjármögnunarfyrirkomulag sem hér um ræðir falli augljóslega utan gildissviðs tilskipunarinnar. Þetta er vegna þess að í þeim yfirlýsingum sem fram koma í 4. og 114. liðum formálsorða tilskipunarinnar útskýrði löggjafinn að það að þótt „opinber aðgerð“, samanber fyrstu setningu 4. liðar formálsorða tilskipunarinnar, geti verið flókin og tekið á sig ýmsar myndir, þá hafi einungis verið fyrirhugað að setja í tilskipuninni reglur um þær aðgerðir sem telja má opinberan samning eins og hann er skilgreindur í 5. lið 1. mgr. 2. gr. Enn fremur benti löggjafinn sérstaklega á að EES-ríkin hafi mikið svigrúm til að skipuleggja hina viðkvæmu „þjónustu við einstaklinginn“, svo sem menntunarþjónustu, og aðrar fjármögnunarleiðir en opinberir samningar kynnu að vera algengar á þessu sviði.

75 Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins telur að það fjárhagslega fyrirkomulag sem um ræðir í því máli sem hér er til umfjöllunar sé ekki opinber þjónustusamningur í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Enn fremur telur framkvæmdastjórnin að fara þurfi sérstaklega varlega við greiningu á fjárhagslegu fyrirkomulagi á sviði menntunarþjónustu, með það í huga að aðrar fjármögnunarleiðir geta oft verið til staðar og að þessi málaflokkur sé sjálfur afar viðkvæmur.

76 Fjárhagslegt eðli opinberra samninga þýðir að um sé að ræða „*quid pro quo*“, þ.e. að opinber yfirvöld fái þjónustu (eða vöru) gegn endurgjaldi (vísað er til dóma í málum *Helmut Müller*, sem vitnað er til hér að framan, 48. mgr. og *IBA Molecular*, C-606/17, EU:C:2018:843, 28. mgr.). Þar af leiðandi þurfa báðar hliðar jöfnunnar að vera nægilega vel tilgreindar og skilgreindar til að framkvæma megi samninginn í samræmi við samþykktar forskriftir. Framkvæmdastjórnin heldur því fram að þeir samningar sem hér um ræðir séu ekki byggðir á grundvelli hugtaksins „*quid pro quo*“.

77 Framkvæmdastjórnin heldur því fram að þótt það fjárhagslega fyrirkomulag sem hér um ræðir sé formlega kallað „þjónustusamningur“ þýði það ekki að um sé að ræða opinberan samning í skilningi tilskipunarinnar.

78 Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins tekur einnig fram að um sé að ræða viðurkennda dómaframkvæmd þar sem „*með því að skipuleggja og reka opinbert menntakerfi, sem er almennt fjármagnað af ríkinu en hvorki af nemendum né foreldrum þeirra leitast ríkið ekki við að stunda hagnaðardrifna starfsemi, heldur sé það að sinna samfélagslegum, menningarlegum og menntunarlegum skyldum sínum gagnvart íbúum landsins*“. Í því máli komst Dómstóll Evrópusambandsins („Evrópudómstóllinn“) einnig að þeirri niðurstöðu að „*hugsanlegt sé að ein stofnun geti stundað ýmsa starfsemi, bæði af efnahagslegum toga og ekki*“ (vísað er til dóms í máli *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, 50. og 51. mgr.).

79 Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins vísar til 6. liðar formálsorða tilskipunarinnar og bendir einnig á að ekki sé mögulegt að segja að öll starfsemi á sviði menntunar falli utan gildissviðs tilskipunarinnar. Af þessu leiðir að ef dómstóllinn kysi að líta einungis til eðlis þeirrar þjónustu sem hér um ræðir þá væri ekki nægjanlegt að álykta að sú þjónusta sem hér um ræðir sé þjónusta á framhaldsskólastigi. Dómstóllinn yrði að kanna, í samræmi við dómaframkvæmd, hvort þessi menntunarþjónusta sé hluti af

menntakerfi landsins. Uppfylla þarf tvö meginskilyrði það er i) að, með því að skipuleggja og reka slíkt kerfi, sé ríkið ekki að leitast við að stunda hagnaðardrifna starfsemi heldur sé það að sinna samfélagslegum, menningarlegum og menntunarlegum skyldum sínum gagnvart íbúum landsins og ii) að það kerfi sem hér um ræðir sé almennt fjármagnað úr ríkissjóði en hvorki af nemendum né foreldrum þeirra (vísað er til dóma í málum *Humbel*, sem vísað er til hér að framan, 17. og 18. mgr., *Wirth*, sem vísað er til hér að framan, 15. og 16. mgr., *Schwarz og Gootjes-Schwarz*, sem vísað er til hér að framan, 39. mgr. og *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, sem vísað er til hér að framan, 50. gr.).

80 Með hliðsjón af þeim atriðum sem fram koma í beiðninni og framkomnum röksemdum í málinu telur framkvæmdastjórnin að sterk rök virðast vera fyrir því að það fjármögnunarfyrirkomulag sem hér um ræðir sé í raun fjármögnun á þjónustu í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga. Þar er lögð áhersla á að það að þjónustan virðist vera skipulögð innan hins opinbera menntakerfis landsins sem er bæði fjármagnað og undir eftirliti ríkisins, þar sem bæði opinberir skólar og einkaskólar lúti sömu löggjöf, gæðaviðmiðum og eftirliti ríkisins. Þjónustan er að öllu leyti eða mestu fjármögnuð með opinberum fjármunum. Einkaskólarnir í því máli sem hér er til umfjöllunar fá 78 til 95 prósent af tekjum sínum með ríkisfjármögnun, sem veitt er í fjárlögum ríkisins. Þjónustan er ekki veitt gegn þóknun. Þau gjöld sem nemendur greiða virðast vera framlag til þjónustunnar og eru ekki með þeim hætti að þau virðist hafa áhrif á það eðli þjónustunnar að hún sé í almannaþágu.

81 Það fjárhagslega fyrirkomulag sem hér er til umfjöllunar felur þannig í sér að ríkisfjármunum er veitt til þess að ná víðtækari markmiðum á sviði menntunar (menntun í víðtækri merkingu) fremur en að fá einhverja sérstaka tilgreinda þjónustu sem væri, ef nauðsyn krefði, nákvæmlega skilgreind í samningi, greitt væri fyrir hana og henni framfylgt.

82 Með hliðsjón af svari sínu við fyrstu spurningu telur framkvæmdastjórnin að svar við annarri spurningu sé óþarft. Svo allt sé tekið til telur framkvæmdastjórnin hins vegar, varðandi aðra spurningu, að sú þjónusta sem falli undir 74. til 76 gr. tilskipunarinnar sé ítarlega skilgreind með tilvísunum til sameiginlega innkaupaorðasafnsins. Með vísan til 114. liðar formálsorða tilskipunarinnar leggur hún áherslu á að þetta hafi ekki áhrif á ákvörðunarrétt EES-ríkjanna til að skipuleggja val á þjónustuveitanda á þann hátt sem þau telja henta best.

83 Samkvæmt framkvæmdastjórninni eiga ákvæðin í I. kafla III. bálks tilskipunarinnar aðeins við um útboð á slíkri þjónustu að því marki sem EES-ríkin eða opinber yfirvöld ákveða að skipuleggja veitingu slíkrar þjónustu með opinberum samningi í skilningi 5. liðar 1. mgr. 2. gr., en ekki með öðrum fjármögnunarleiðum, svo sem styrkjum, sem falla ekki undir gildissvið tilskipunarinnar.

84 Með hliðsjón af svari framkvæmdastjórnarinnar við fyrstu spurningu telur hún sérstakt svar við þriðju spurningu óþarft. Sú fjárhæð sem veitt er til framhaldsskólanna getur hækkað eða lækkað í samræmi við fjárþörf þeirra og þær fjárhagslegu skorður sem fjárveitingavaldið setur þeim árlega í kjölfar ákvörðunar Alþingis.

Framkvæmdastjórnin heldur því fram að þetta sé eitt af nokkrum mikilvægum staðreyndum málsins sem benda til þess að það fjárhagslega fyrirkomulag sem er hér til umfjöllunar sé ekki opinber samningur samkvæmt tilskipuninni.

85 Framkvæmdastjórnin telur ekki nauðsynlegt að svara fjórðu spurningu þar sem hún virðist vera reist á tilgátu. Framkvæmdastjórnin heldur því fram, svo að allt sé tekið til, að ráðuneytinu væri skylt að viðhafa innkaupaferli að því marki sem það ákvæði að skipuleggja veitingu þjónustunnar sem um ræðir með opinberum samningi í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

86 Í svari sínu við ráðstöfunum varðandi málsmeðferð bendir framkvæmdastjórnin á að í ýmsum athugasemdum sem lagðar hafa verið fyrir dómstólinn virðist annars vegar hugtakið „starfsemi sem er ekki af efnahagslegum toga“, eins og það hugtak hefur verið túlkað hjá Evrópudómstólnum varðandi beitingu reglna um innri markaðinn og samkeppnismál, og hins vegar tilvísun í „þjónusta í almannaþágu sem er ekki af efnahagslegum toga“ í tilskipuninni lagt að jöfnu. Í því sambandi vísar hún til álits Bobek lögsögumanns í *Kirschstein*, C-393/17, EU:C:2018:918, 60. lið o.áfr.

Álit dómstólsins

87 Ekki hefur verið vakið máls á því hvort beiðnin um ráðgefandi álit sé tæk til efnismeðferðar. Hins vegar er rétt að benda á að EFTA-dómstóllinn hefur áður komist að þeirri niðurstöðu að kærunefndin sé „dómstóll“ í skilningi 34. gr. SED (sjá mál E-7/19 *Tak - Malbik*, dóm frá 16. júlí 2020, 43. mgr.).

Fyrsta og þriðja spurning

88 Í fyrstu og þriðju spurningu sinni spyr kærunefndin hvort samningar svo sem þeir sem til meðferðar eru hjá kærunefndinni eigi að teljast til opinberra þjónustusamninga í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar og hvort það hafi þýðingu fyrir það mat að sú þjónusta sem hér um ræðir sé ákvörðuð í fjárlögum Alþingis eða í samræmi við ákvörðun ráðherra á grundvelli innlendra laga og reglna. EFTA-dómstóllinn telur rétt að svara þessum spurningum saman.

89 Eins og kemur fram í 5. lið 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar telst „opinber samningur“ vera skriflegur samningur, fjárhagslegs eðlis, sem einn eða fleiri rekstraraðilar og eitt eða fleiri samningsyfirvöld gera sín á milli um framkvæmd verka, afhendingu á vöru eða veitingu þjónustu. Í 9. lið 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar er „opinber þjónustusamningur“ skilgreindur sem opinber samningur um veitingu þjónustu, annarrar en þeirrar sem um getur í 6. lið 1. mgr. 2. gr.

90 Rétt er í fyrsta lagi að kanna hvort talið geti verið að samningar svo sem þeir sem til meðferðar eru hjá kærunefndinni snúist um veitingu þjónustu í skilningi tilskipunarinnar. Í því skyni verður að hafa í huga að tilskipunin er til þess gerð að útfæra ákvæði EES-samningsins um staðfesturétt og þjónustufrelsi (samanber dóm í máli *framkvæmdastjórnarinnar* gegn *Þýskalandi*, sem vísað er til hér að framan, 73. og 74. mgr.). Í samræmi við það er nauðsynlegt að skera úr um hvort samningar svo sem þeir

sem til meðferðar eru hjá kærunefndinni, geti talist hafa það að markmiði að veita „þjónustu“ í skilningi 37. gr. EES-samningsins.

91 Samkvæmt fyrstu málsgrein 37. gr. EES-samningsins telst einungis sú þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun vera þjónusta í skilningi EES-samningsins. Að því er þetta ákvæði varðar felst megineinkenni þóknunar í því að hún telst vera endurgjald fyrir veitta þjónustu (sjá *Private Barnehagers Landsforbund*, sem vísað er til hér að framan, 81. mgr. og dómaframkvæmd sem vísað er til).

92 Það einkenni á þó ekki við þegar um er að ræða menntun sem veitt er samkvæmt innlendu menntakerfi við aðstæður þar sem eftirfarandi tvö skilyrði eru uppfyllt. Í fyrsta lagi er ríkið, með því að skipuleggja og reka slíkt kerfi, ekki að leitast við að stunda hagnaðardrifna starfsemi heldur að sinna samfélagslegum, menningarlegum og menntunarlegum skyldum sínum gagnvart íbúum landsins. Í öðru lagi er það kerfi sem hér um ræðir almennt fjármagnað af ríkissjóði og ekki af nemendum eða foreldrum þeirra (samanber dóm í *Humbel*, sem vísað er til hér að framan, 18. mgr.). Í þessu sambandi skiptir ekki máli hvort sú opinbera fjármögnun sé ákvörðuð með löggjöf þjóðþings eða með ákvörðun ráðherra sem tekin er á grundvelli innlendra laga og reglna.

93 Eðli starfseminnar breytist ekki við að nemendur eða foreldrar þeirra þurfi stundum að greiða kennslu- eða innritunargjöld sem ganga upp í rekstrarkostnað við menntakerfi landsins (samanber dóm í *Humbel*, sem vísað er til hér að framan, 19. mgr.).

94 Samkvæmt beiðninni varðar það mál sem hér er til umfjöllunar þrjá aðskilda samninga ráðuneytisins og einkaskólanna um kennslu á framhaldsskólastigi. Sú starfsemi fer fram í samræmi við íslensk lög, þar á meðal lög um framhaldsskóla, þar sem m.a. er kveðið á um rétt til náms í framhaldsskóla. EFTA-dómstóllinn vekur athygli á, eins og ríkisstjórn Íslands og ESA hafa bent á, að kveðið sé á um rétt til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi í 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrár Íslands. Enn fremur er sú menntun sem einkaskólarnir veita samkvæmt þeim samningum sem hér um ræðir, eins og lýst er í beiðninni, aðallega fjármögnuð af ríkissjóði.

95 Við aðstæður eins og þær sem eru til staðar við meðferð málsins hjá kærunefndinni er ljóst að tilgangur ríkisins með því að skipuleggja og reka slíkt innlent menntakerfi er ekki að leitast við að stunda hagnaðardrifna starfsemi heldur að sinna samfélagslegum, menningarlegum og menntunarlegum skyldum sínum gagnvart íbúum landsins (samanber dóm í *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, sem vísað er til hér að framan, 50. mgr. og dómaframkvæmd sem vitnað er til). Í þeim tilvikum þar sem innritunargjald er aðeins brot af raunverulegum kostnaði við kennslu á framhaldsskólastigi, er ekki hægt að skilgreina það sem „*quid pro quo*“ gagnvart viðkomandi menntastofnun, heldur aðeins sem framlag til menntakerfis landsins sem er að mestu fjármagnað af ríkissjóði (sjá *Barnehagers Landsforbunds*, sem vísað er til hér að framan, 83. mgr.).

96 Menntun á framhaldsskólastigi sem veitt er samkvæmt innlendu menntakerfi getur við slíkar aðstæður ekki talist „þjónusta“ í skilningi 37. gr. EES-samningsins.

97 Þar af leiðandi er ekki unnt að líta svo á að samningar með þeim eiginleikum sem lýst er í beiðninni séu samningar um að veita „þjónustu“ í skilningi tilskipunarinnar. Slíkir samningar myndu því ekki teljast „opinberir þjónustusamningar“ í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Það er kærunefndarinnar að ákveða, í ljósi staðreynda málsins, hvort þeir samningar sem hér um ræðir hafi þessi einkenni og hvort þeir séu opinberir þjónustusamningar samkvæmt 9. lið 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

98 Með hliðsjón af framansögðu kemst EFTA-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að svar við fyrstu og þriðju spurningu verði að vera að samningar, svo sem þeir sem til meðferðar eru hjá kærunefndinni, og sem hafa ekki að markmiði að veita þjónustu í skilningi tilskipunarinnar, séu ekki opinberir þjónustusamningar í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

Önnur og fjórða spurning

99 Með hliðsjón af svari EFTA-dómstólsins við fyrstu og þriðju spurningu þarf ekki að svara annarri og fjórðu spurningu.

IV Málskostnaður

100 Ríkisstjórn Noregs, ríkisstjórn Spánar, ESA og framkvæmdastjórnin, sem lagt hafa fram athugasemdir til EFTA-dómstólsins, skulu bera sinn málskostnað hver fyrir sitt leyti. Þar sem um er að ræða mál sem er hluti af málarekstri fyrir kærunefndinni kemur það í hlut þeirrar nefndar að kveða á um kostnað málsaðila.

Með vísan til framangreindra forsendna lætur,

DÓMSTÓLLINN

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningarnar sem kærunefnd útboðsmála beindi til dómstólsins:

Samningar með eiginleikum eins og þeim sem lýst er í beiðninni, sem hafa ekki að markmiði að veita þjónustu í skilningi tilskipunar 2014/24/ESB, teljast ekki til opinberra þjónustusamninga í skilningi 9. liðar 1. mgr. 2. gr. þeirrar tilskipunar.

Páll Hreinsson Per Christiansen Bernd Hammermann

Kveðið upp í heyranda hljóði í Lúxemborg 10. desember 2020.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Dómritari

Páll Hreinsson
Forseti