DÓMUR DÓMSTÓLSINS

16. júlí 2020*

(*Opinber innkaup - Tilskipun 2014/24/ESB – Opinber verksamningur – Opinber þjónustusamningur)*

Mál E-7/19,

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

Tak – Malbik ehf.

gegn

Vegagerðinni og Þrótti 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 6., 7. og 9. tl. 1. mgr. 2. gr.

DÓMSTÓLLINN,

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

dómritari: Ólafur Jóhannes Einarsson,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Vegagerðinni („varnaraðila“), í fyrirsvari er Eyþóra Hjartardóttir, lögmaður; og
- Eftirlitsstofnun EFTA („ESA“), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Ewa Gromnicka, Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir og Carsten Zatschler,

með tilliti til skýrslu framsögumanns,

* Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

og munnlegs málflutnings fulltrúa ESA, Ewa Gromnicka og Ingibjargar Ólafar Vilhjálmsdóttur, sem fram fór 10. mars 2020,

kveðið upp svofelldan

Dóm

I Löggjöf

EES-réttur

1 Í 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls („SED“) segir:

> *EFTA-dómstóllinn hefur lögsögu til að gefa ráðgefandi álit varðandi túlkun á EES-samningnum.*
>
> *Komi upp álitamál í þessu sambandi fyrir dómstóli í EFTA-ríki, getur sá dómstóll eða réttur, ef hann álítur það nauðsynlegt til að geta kveðið upp dóm, farið fram á að EFTA-dómstóllinn gefi slíkt álit.*
>
> *EFTA-ríki getur í eigin löggjöf takmarkað rétt til að leita eftir slíku ráðgefandi áliti við dómstóla og rétti geti úrlausn þeirra ekki sætt málskoti samkvæmt landslögum.*

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 samninginn um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samninginn“) með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 97/2016 (Stjtíð. ESB 2017 L 300, bls. 49, og EES-viðbæti 2017 nr. 73, bls. 53) í 2. lið XVI. viðauka við EES-samninginn. Tilkynnt var um stjórnskipulegan fyrirvara sem var aflétt í nóvember 2016. Ákvörðunin tók gildi 1. janúar 2017 og frestur til að innleiða tilskipunina rann út á sama degi.

3 Í 8. og 9. liðum formálsorða tilskipunarinnar segir:

> *(8) Samningur ætti því aðeins að teljast opinber verksamningur ef efni hans varðar sérstaklega framkvæmd þeirra verka sem tilgreind eru í II. viðauka, jafnvel þótt samningurinn taki til annarrar þjónustu sem er nauðsynleg til að unnt sé að vinna þessi verk. Opinberir þjónustusamningar geta við ákveðnar aðstæður náð yfir verk, einkum þegar um er að ræða rekstur fasteigna. Ef slík verk tengjast meginefni samningsins, og eru því hugsanlega afleiðing af eða viðbót við hann, telst það þó ekki gild ástæða fyrir því að flokka samning um almannaþjónustu sem opinberan verksamning að hann taki til slíkra verka.*

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

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

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

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

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

…

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

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

b) framkvæmd, eða bæði hönnun og framkvæmd verks,

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

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

…

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

…

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

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

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

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

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

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

…

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

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

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

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

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

...

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

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

10 Í 2. mgr. 51. gr. tilskipunarinnar, undir fyrirsögninni „Form tilkynninga og aðferð við birtingu þeirra“, segir í annarri málsgrein:

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

11 Í II. viðauka við tilskipunina, sem ber yfirskriftina „Yfirlit yfir starfsemi sem um getur í a-lið 6. liðar 1. mgr. 2. gr“, er listi yfir verk í samræmi við atvinnugreinaflokkun Evrópubandalagsins („NACE“) og kóða sameiginlegs innkaupaorðasafns („CPV“).

12 Í II. viðauka við tilskipunina segir:

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

Atvinnugreinaflokkun Evrópubandalaganna (1. endursk.)					***CPV-kóði***
BÁLKUR F			***BYGGINGARSTARFSEMI***		
Deild	***Flokkur***	***Grein***	***Lýsing***	***Athugasemdir***	
45			*Byggingarstarfsemi*	*Til þessarar deildar telst:* *— smíði nýrra húsa og annarra bygginga, endurbyggingar og almennar viðgerðir*	*45000000*
...	...	...	...	...	...
	45.2		*Smíði húsa eða húshluta og önnur mannvirkjagerð*		*45200000*
...	...	...	...	...	...

		45.23	*Gerð þjóðvega, vega, flugvalla og íþróttamannvirkja*	*Til þessarar greinar telst:* *...* *—merkingar á vegum og bifreiðastæðum.* *Til þessarar greinar telst ekki:* *—undirbúningsjarðvegsvinna, sjá 45.11.*	*45212212 og DA03* *45230000* *að undanskildum:* *– 45231000* *– 45232000* *– 45234115*
...	...	...	...	...	...

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

Í þessari tilskipun er merking eftirfarandi hugtaka sem hér segir:

1) „tækniforskrift“ merkir eitt af eftirtöldu:

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

b) þegar um er að ræða opinbera vöru- eða þjónustusamninga, forskrift í skjali þar sem skilgreindir eru tilskildir eiginleikar vöru eða þjónustu, s.s. tiltekin gæði, vistvænleiki og loftslagsgæði, kröfur um hönnun fyrir alla (þ.m.t. aðgengi fyrir fatlaða) og samræmismat, nothæfi, notkun vörunnar, öryggi eða umfang, þ.m.t. kröfur varðandi viðskiptaheiti, hugtök, tákn,

prófanir og prófunaraðferðir, pökkun, merkingu og áletranir, notendaleiðbeiningar, framleiðsluferli og -aðferðir á öllum stigum vistferils vörunnar eða þjónustunnar og aðferðir við samræmismat,

14 Reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (EB) nr. 2195/2002 frá 5. nóvember 2002 um sameiginlegt innkaupaorðasafn (CPV) (Stjtíð. EB 2002 L 340, bls. 1, og EES-viðbætir 2006 nr. 15, bls. 226), var felld inn í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 180/2003 um breytingu á XVI. viðauka (Opinber innkaup) við EES-samninginn (Stjtíð. EB 2004 L 88, bls. 61, og EES-viðbætir 2004 nr. 15, bls. 18) („reglugerðin um sameiginlegt innkaupaorðasafn").

15 Í 1. og 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar um sameiginlegt innkaupaorðasafn segir:

1. Hér með er komið á sameiginlegu flokkunarkerfi fyrir opinber innkaup, jafnan nefnt sameiginlegt innkaupaorðasafn (Common Procurement Vocabulary - CPV).

2. Texti sameiginlega innkaupaorðasafnsins er settur fram í I. viðauka.

16 Í I. viðauka við reglugerðina um sameiginlegt innkaupaorðasafn segir:

Efnisskipan flokkunarkerfisins

1. Sameiginlega innkaupaorðasafnið samanstendur af aðalorðasafni og viðbótarorðasafni.

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

Talnakóðinn er 8 tölustafir, sem skiptast í:

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

Síðustu þrír tölustafirnir gefa kost á enn meiri nákvæmni innan hverrar greinar.

Níundi tölustafurinn gegnir því hlutverki að sannprófa tölustafina sem fara á undan.

…

Landsréttur

17 Tilskipunin var innleidd á Íslandi með lögum nr. 120/2016 um opinber innkaup („*lög um opinber innkaup*“).

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

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

> *(2) Til verksamninga teljast samningar sem hafa að markmiði framkvæmd, eða framkvæmd og hönnun, á tilteknu verki eða framkvæmd verks, með hvers konar aðferðum sem svara eiga til krafna sem kaupandi hefur sett fram. Með verki í þessum skilningi er átt við afrakstur mannvirkjagerðar eða verkfræðilegra aðferða sem getur þjónað efnahagslegu eða tæknilegu hlutverki.*
>
> *...*
>
> *(4) Til þjónustusamninga teljast samningar sem hafa að markmiði veitingu þjónustu annarrar en þeirrar sem um getur í verksamningum skv. 2. mgr. ...*

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

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

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

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

22 Í XI. kafla laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Kærunefnd útboðsmála“ („kærunefndin“), er meðal annars gerð grein fyrir hlutverki og skipan kærunefndarinnar og meðferð kærumála.

23 Í 103. gr. laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Hlutverk og skipan kærunefndar útboðsmála“, segir:

(1) Í kærunefnd útboðsmála sitja þrír menn og jafnmargir til vara skipaðir af ráðherra eftir tilnefningu Hæstaréttar til fjögurra ára í senn. Tveir nefndarmanna og varamenn þeirra skulu fullnægja skilyrðum laga til að gegna embætti héraðsdómara og skal annar þeirra vera formaður nefndarinnar. Þriðji nefndarmaður og varamaður hans skulu hafa alhliða reynslu og þekkingu á viðskiptum. Nefndarmenn skulu vera óháðir hagsmunum ríkis og annarra opinberra aðila.

(2) Hlutverk kærunefndar útboðsmála er að leysa með skjótum og óhlutdrægum hætti úr kærum fyrirtækja vegna ætlaðra brota á lögum þessum og reglum settum samkvæmt þeim, þar á meðal um almenn innkaup opinberra aðila, innkaup á sviði varnar- og öryggismála, innkaup opinberra aðila sem annast vatnsveitu, orkuveitu, flutninga og póstþjónustu og gerð sérleyfissamninga.

(3) Nefndin er sjálfstæð í störfum sínum. Úrskurðum hennar og ákvörðunum samkvæmt lögum þessum verður ekki skotið til annarra stjórnvalda.

...

24 Í 108. gr. laga um opinber innkaup, sem ber heitið „Meðferð kæru og gagnaöflun“, segir:

(1) Nú er kæra tæk til efnismeðferðar skv. 106. gr. og gefur nefndin þá varnaraðila kost á að tjá sig um efni kærunnar.

(2) Kæranda skal jafnan gefinn stuttur frestur til að tjá sig um athugasemdir varnaraðila og annarra sem gefinn hefur verið kostur á að tjá sig.

(3) Málflutningur skal vera skriflegur, en heimilt er nefndinni að gefa aðilum kost á að færa fram athugasemdir munnlega. Nú er mál rekið fyrir kærunefnd útboðsmála þar sem taka þarf afstöðu til skýringar á samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, bókunum með honum, viðaukum við hann eða gerðum sem í viðaukunum er getið og getur þá nefndin í samræmi við 40. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls kveðið upp úrskurð um að leitað verði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu á því atriði málsins áður en málinu er ráðið til lykta. Hvort sem aðili máls krefst að slíks álits verði leitað eða nefndin telur þess þörf án kröfu skal gefa aðilum kost á að tjá sig áður en úrskurður er kveðinn upp.

...

(7) Um meðferð kærumála fyrir nefndinni fer að öðru leyti eftir stjórnsýslulögum.

25 Reglugerð nr. 178/2018 um auglýsingu innkaupa á útboðsvef, viðmiðunarfjárhæðir vegna opinberra innkaupa og innkaup samkvæmt samningi

Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (WTO) um opinber innkaup („reglugerð nr. 178/2018“) segir eftirfarandi í 2. gr.:

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

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

> *Viðmiðunarfjárhæðir vegna skyldu til útboðs á Evrópska efnahagssvæðinu samkvæmt 4. mgr. 23. gr. laga um opinber innkaup skulu vera sem hér segir:*
>
> *Opinberir aðilar að frátöldum sveitarfélögum, stofnunum þeirra, öðrum opinberum aðilum á þeirra vegum eða samtökum sem þessir aðilar kunna að hafa með sér:*
>
> | | |
> |---|---|
> | *Vörusamningar* | *18.734.400 kr.* |
> | *Þjónustusamningar* | *18.734.400 kr.* |
> | *Verksamningar* | *721.794.800 kr.* |
>
> ...

II Málavextir og meðferð málsins

27 Í mars 2019 bauð varnaraðili út framleiðslu á efni úr námu nálægt Fossamelum á Íslandi. Í útboðsgögnum kom fram að hlutskarpasti bjóðandi ætti að framleiða efni í tilteknum stærðum og haugsetja innan sérstaklega tilgreinds svæðis. Efnið sem framleitt var átti að uppfylla nákvæma forskrift sem mælt var fyrir um í útboðsgögnum. Hlutskarpasti bjóðandinn væri ábyrgur fyrir framleiðslu efnis í samræmi við kröfur varnaraðilans og gera ætti framleiðsluprófanir til að sannreyna það. Varnaraðili myndi útvega hlutskarpasta bjóðandanum óhreyft efni og berg til vinnslu. Kostnaður vegna útboðinnar þjónustu var áætlaður 91.000.000 króna. Útboðstilkynning var ekki birt innan EES í samræmi við tilskipunina.

28 Tilboð voru opnuð hinn 26. mars 2019. Þróttur ehf. („Þróttur“) átti lægsta tilboðið upp á 92.579.082 krónur. Tilboð Taks – Malbiks ehf. („kæranda“) var það næstlægsta, eða 92.965.700 krónur. Hinn 1. apríl 2019, tilkynnti varnaraðili bjóðendum að samningi um framleiðslu og vinnslu efnis og haugsetningu („samningnum“) yrði úthlutað til Þróttar.

29 Í tölvupósti sem sendur var 11. apríl 2019 mótmælti kærandi ákvörðun varnaraðila um að ganga til samninga við Þrótt og óskaði meðal annars eftir gögnum þar sem gerð var grein fyrir því hvernig ákveðið hefði verið hver væri lægstbjóðandi. Kærandi fullyrti að Þróttur hefði ekki uppfyllt almennar kröfur innkaupaferlisins hvað varðar verklega reynslu og kröfur um reynslu yfirstjórnanda og að tilboð Þróttar hafi því verið ógilt.

30 Varnaraðili svaraði kæranda hinn 12. apríl 2019 með tölvupósti þar sem hann neitaði að veita upplýsingar um ákvörðun sína um lægstbjóðanda. Varnaraðili hélt því fram að Þróttur hefði uppfyllt allar kröfur útboðsgagna og því ætti að ganga til samninga við Þrótt sem lægstbjóðanda. Sama dag lagði kærandi fram kæru hjá kærunefndinni þar sem hann bað nefndina um að ógilda ákvörðun varnaraðila um að úthluta Þrótti samningnum. Kæran varð til þess að innkaupaferlið var sjálfkrafa stöðvað.

31 Hinn 13. maí 2019 óskaði kærunefndin eftir upplýsingum frá varnaraðila um það hvort útboðstilkynningin hefði verið birt innan EES og, ef ekki, á hvaða forsendum það hefði ekki verið gert.

32 Hinn 20. maí 2019 svaraði varnaraðili og tók fram að útboðstilkynningin hefði ekki verið birt innan EES þar sem um væri að ræða „opinberan verksamning“ í skilningi 2. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup, túlkað í samræmi við 6. og 7. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar, og væri hann undir viðmiðunarfjárhæð fyrir útboðsskyldu innan EES samkvæmt reglugerð nr. 178/2018.

33 Hinn 7. júní 2019 hafnaði kærunefndin beiðni varnaraðila um að aflétta sjálfvirkri stöðvun innkaupaferlisins á grundvelli þess að verulegar líkur væru á því að varnaraðili hefði brotið í bága við lög um opinber innkaup. Stöðvun innkaupaferlisins er því í gildi þar til leyst hefur verið úr kæru kæranda. Kærunefndin tók fram í ákvörðun sinni að hún teldi að með hinum kærðu innkaupum hafi verið ætlað að ganga til „þjónustusamnings“, í skilningi 4. mgr. 4. gr. laga um opinber innkaup og 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar, en ekki verksamnings. Kærunefndin tók fram að efnisvinnslan í innkaupaferlinu, sem málið varðar, virtist ekki falla undir gildissvið þeirrar starfsemi sem tilgreind er í II. viðauka við tilskipunina, ef litið væri til þeirra CPV-kóða sem þar væri að finna. Í ljósi þessa taldi kærunefndin að birta hefði átt útboðstilkynningu innan EES þar sem farið hefði verið yfir viðmiðunarfjárhæðina fyrir opinberan þjónustusamning sem mælt er fyrir um í reglugerð nr. 178/2018.

34 Hinn 15. júlí 2019 tilkynnti kærunefndin málsaðilum að hún íhugaði að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins til að skera úr um hvers konar opinberan samning væri að ræða í innkaupaferlinu og bauð málsaðilum að leggja fram athugasemdir sínar.

35 Varnaraðili og Þróttur héldu því meðal annars fram að samningurinn væri „opinber verksamningur“ þar sem um væri að ræða framleiðslu á efni til vegagerðar sem er óaðskiljanlegur hluti af mannvirkjagerð í formi vegagerðar. Kærandi var sammála lýsingu kærunefndarinnar á samningnum sem „opinberum þjónustusamningi“.

36 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 einni spurningu til hans. Beiðnin, dagsett 17. september 2019, var skráð í málaskrá dómstólsins 23. september 2019.

37 Eftirfarandi spurningu var vísað til EFTA-dómstólsins:

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

38 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika, meðferðar málsins og skriflegra greinargerða sem EFTA-dómstólnum bárust, sem verða ekki nefnd eða rakin nema að því leyti sem forsendur dómsins krefjast.

III Svar dómstólsins

Spurning tæk til efnismeðferðar

39 Samkvæmt 34. gr. SED getur sérhver dómstóll eða réttur (hér eftir „dómstóll“) í EFTA-ríki vísað spurningum um túlkun EES-samningsins til EFTA-dómstólsins, ef sá dómstóll álítur það nauðsynlegt til að geta kveðið upp dóm. Tilgangur 34. gr. SED er að koma á samstarfi milli EFTA-dómstólsins og innlendra dómstóla. Þessu samstarfi er ætlað að stuðla að því að tryggja einsleita túlkun á EES-rétti með því að veita dómstólum í EFTA-ríkjum aðstoð í málum þar sem beita þarf ákvæðum EES-réttar. Taka verður tillit til þessa tilgangs við túlkun á hugtakinu dómstóll (sjá mál E-8/19 *Scanteam,* dómur frá 16. júlí 2020, enn óbirtur, 41. mgr. og dómaframkvæmd sem þar er vitnað til).

40 Við mat á því hvort álitsbeiðandi teljist til dómstóls í skilningi 34. gr. SED tekur EFTA-dómstóllinn tillit til ákveðinna sjónarmiða. Meðal þeirra er einkum að nefna hvort skipan álitsbeiðanda sé ákveðin með lögum, tilvist hans sé varanleg, lögsaga hans sé bindandi, hann beiti réttarreglum, sé sjálfstæður og, eftir atvikum, hvort málsmeðferð hans sé á milli aðila, feli í sér úrlausn ágreiningsefna og svipi til meðferðar hjá hefðbundnum dómstólum (sjá mál E-8/19 *Scanteam*, sem vitnað er til hér að framan, 42. mgr.).

41 Kærunefndin er stjórnsýslunefnd sem hefur því hlutverki að gegna að leysa með óhlutdrægum hætti úr kærum frá fyrirtækjum vegna ætlaðra brota á lögum um opinber innkaup, eins og segir í 2. mgr. 103. gr. þeirra laga. Í 1. og 3. mgr. 103. gr. laga um opinber innkaup er kveðið á um að kærunefndin skuli vera óháð hagsmunum ríkisins og annarra opinberra aðila og að hún sé sjálfstæð í störfum sínum. Úrskurðum hennar verður enn fremur ekki skotið til annarra stjórnvalda. Samkvæmt 1.-3. mgr. 108. gr. laga um opinber innkaup er málsaðilum heimilt að leggja fram skriflegar greinargerðir við meðferð máls fyrir kærunefndinni, tjá sig um athugasemdir annarra aðila, og kærunefndinni er heimilt að gefa aðilum kost á að færa fram athugasemdir munnlega.

42 Í máli þessu hefur ekki verið deilt um að kærunefndin geti talist vera dómstóll í skilningi 34. gr. SED. Í ljósi framangreindrar lýsingar á þeim lögum sem gilda um kærunefndina, svo og athugasemdum sem lagðar voru fyrir EFTA-dómstólinn, virðist sem skipan kærunefndarinnar sé ákveðin með lögum, hún hafi varanlega tilvist, lögsaga hennar sé

bindandi, hún sé sjálfstæð og beiti réttarreglum. Enn fremur svipar meðferð mála fyrir kærunefndinni til málsmeðferðar á milli aðila og felur í sér úrlausn ágreiningsefna.

43 Af þeim sökum er niðurstaða EFTA-dómstólsins sú að kærunefndin teljist til dómstóls í skilningi 34. gr. SED og að beiðnin um ráðgefandi álit sé því tæk til efnismeðferðar.

Álit dómstólsins

44 Með spurningu sinni spyr kærunefndin í meginatriðum hvort opinber samningur um vinnslu og haugsetningu á tilteknu hráefni, sem samningsyfirvald lætur í té og í samræmi við kröfur þess, teljist opinber verksamningur í skilningi 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar eða opinber þjónustusamningur í skilningi 9. tl. 1. mgr. 2. gr.

45 Spurning kærunefndarinnar er almennt orðuð og hana verður að túlka í ljósi upplýsinga þeirra sem finna má í beiðninni um ráðgefandi álit. EFTA-dómstóllinn tekur fram að málsmeðferð skv. 34. gr. SED byggist á skýrri verkaskiptingu á milli innlendra dómstóla og EFTA-dómstólsins. Allt mat á staðreyndum máls er í höndum innlendra dómstóla. Til að veita innlendum dómstóli gagnlegt svar getur EFTA-dómstóllinn hins vegar í anda samvinnu við innlenda dómstóla veitt honum allar þær leiðbeiningar sem hann telur nauðsynlegar (sjá mál E-2/12 *HOB-vín* [2012] EFTA Ct. Rep. 1092, 38. mgr.).

46 Samkvæmt 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar er opinber þjónustusamningur skilgreindur sem opinber samningur um veitingu þjónustu, annarrar en þeirrar sem um getur í skilgreiningu á opinberum verksamningi í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. Samkvæmt þessu eru opinberir þjónustusamningar skilgreindir á neikvæðan hátt út frá opinberum verksamningum. Þess vegna verður fyrst að skoða hvort opinber samningur, svo sem sá sem til meðferðar er hjá kærunefndinni, teljist opinber verksamningur samkvæmt 6. tl. 1. mgr. 2. gr.

47 Opinberir verksamningar eru skilgreindir í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar sem opinberir samningar sem fjalla um eina af þeirri starfsemi sem talin er upp í a-, b- eða c-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr.

48 Samkvæmt a-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar telst opinber samningur sem fjallar um framkvæmd eða bæði hönnun og framkvæmd verka sem tengjast einhverri þeirri starfsemi sem um getur í II. viðauka við tilskipunina vera opinber verksamningur.

49 Verður því fyrst að skera úr um hvort opinber samningur, svo sem er til meðferðar hjá kærunefndinni, fjalli um framkvæmd verka sem tengjast einhverri þeirri starfsemi sem um getur í II. viðauka við tilskipunina. Í þessu sambandi, eins og einnig kemur fram í 8. lið formálsorða tilskipunarinnar, skal taka fram að einungis skuli telja samning opinberan verksamning að viðfangsefni hans varði sérstaklega framkvæmd þeirra verka sem tilgreind eru í II. viðauka.

50 Í II. viðauka við tilskipunina er yfirlit yfir starfsemi sem tengist byggingarstarfsemi og sem er sérstaklega auðkennd með tilteknum NACE- og CPV-kóðum. Í II. viðauka við tilskipunina segir að ef mismunandi túlkun sé á CPV og NACE skuli CPV-

flokkunarkerfið gilda. Eins og kveðið er á um í 1. og 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar um sameiginlegt innkaupaorðasafn er sameiginlega innkaupaorðasafnið sameiginlegt flokkunarkerfi fyrir opinber innkaup og efni safnsins er að finna í I. viðauka við þá reglugerð. Eins og nánar er útskýrt í þeim viðauka byggist aðalorðasafn sameiginlega innkaupaorðasafnsins á „stiggerð“ sem samanstendur af kóðum sem eru allt að því níu tölustafir að lengd og samsvara lýsingu á vörum, vinnu eða þjónustu sem er viðfangsefni samnings.

51 Varnaraðili hefur haldið því fram að efnisvinnsla falli undir gildissvið CPV-kóðanna 45250000 og 45262000, sem eru báðir tilgreindir í II. viðauka við tilskipunina. Fyrri CPV-kóðanum er lýst sem „byggingarvinnu við orkuver og mannvirki í tengslum við námuvinnslu og framleiðslu og við byggingar sem tengjast olíu- og gasiðnaði“ í aðalorðasafni CPV. Seinni CPV-kóðanum er lýst sem „sérhæfðri byggingarvinnu, annarri en vinnu við þök“.

52 Mat á því hvort opinber samningur nái yfir starfsemi tilgreinda í II. viðauka við tilskipunina verður að byggjast á lýsingu á viðeigandi CPV-kóða, svo og titlinum á þeirri deild í CPV, innan stiggerðar safnsins, þar sem kóðann er að finna (samanber dóm í *Felix Swoboda GmbH* gegn *Österreichische Nationalbank*, C-411/00, EU:C:2002:660, 65. mgr.). Miðað við lýsingu á CPV-kóðum 45250000 og 45262000, sem og titil deildarinnar þar sem þá er að finna, er ljóst að sú starfsemi sem auðkennd er með þessum CPV-kóðum tengist tiltekinni byggingastarfsemi. Til samanburðar varðar opinber samningur, svo sem sá sem til meðferðar er hjá kærunefndinni, framleiðslu á efni úr námu og að efni af tilteknum stærðum verði framleidd og haugsett á sérstaklega tilgreindu svæði. Kærunefndinni ber að meta hvort sá opinberi samningur, sem hún hefur til athugunar, falli undir lýsingar á þessum CPV-kóðum (samanber dóm í *Felix Swoboda GmbH* gegn *Österreichische Nationalbank*, sem vitnað er til hér að framan, 62. og 63. mgr.). Slík starfsemi virðist þó ekki samsvara þessum lýsingum.

53 Varnaraðili hefur enn fremur haldið því fram að efnisvinnsla teljist órjúfanlegur hluti vegagerðar og að það eigi enn frekar við en um merkingar á vegum þar sem ekki sé hægt að leggja veg nema nægt efni til vegagerðar sé til staðar.

54 Ekki er unnt að fallast á þá röksemd. Sú spurning sem máli skiptir er hvort viðfangsefni opinbers samnings falli undir lýsingu á CPV-kóða sem tilgreindur er í II. viðauka við tilskipunina. Merkingar á vegum eru sérstaklega tilgreindar í II. viðauka við tilskipunina í skýringunum við NACE-kóða 45.23, en framleiðsla eða vinnsla efnis og haugsetning þess hins vegar ekki. Framleiðsla eða vinnsla efnis, og haugsetning þess, sem síðar kann að vera notað til vegagerðar, getur ekki talist órjúfanlegur hluti vegagerðar þannig að um opinberan verksamning sé að ræða ef slíkt fellur ekki undir lýsingu á starfseminni sem tilgreind er í II. viðauka við tilskipunina. Það eitt að efnisvinnsla tengist vegagerð nægir ekki til þess að samningur falli undir lýsingu á starfsemi sem tilgreind er í II. viðauka við tilskipunina. Svo víðtæk túlkun á opinberum verksamningum, eins og varnaraðili heldur fram, væri til þess fallin að þrengja gildissvið reglna um opinber innkaup og grafa undan þeim markmiðum sem stefnt er að með tilskipuninni, þar með talið að tryggja að samkeppni ríki í opinberum innkaupum.

55 Spurningin sem kærunefndin leitar álits á vísar sérstaklega til vinnslu og haugsetningar á tilteknu hráefni, sem samningsyfirvaldið leggur til og er í samræmi við kröfur þess. EFTA-dómstóllinn getur ekki séð að opinber samningur eins og sá sem til meðferðar er hjá kærunefndinni samsvari nokkurri þeirri starfsemi sem lýst er í II. viðauka við tilskipunina. Öll starfsemi tilgreind í þeim viðauka tengist deild 45000000 CPV-kóðanna, sem er lýst sem „byggingastarfsemi“ í aðalorðasafni CPV. Það fellur hins vegar í hlut kærunefndarinnar að ákveða, í ljósi staðreynda málsins, hvort umræddur samningur falli undir einhverja þá starfsemi sem tilgreind er í II. viðauka við tilskipunina.

56 Að lokum verður að taka fram, eins og ESA hélt fram við munnlegan málflutning, að EES-réttur gildir um lagalega flokkun samnings sem opinberan verksamning samkvæmt tilskipuninni. Af framansögðu leiðir að flokkun samkvæmt landsrétti, langvarandi venju í viðkomandi EES-ríki eða hjá samningsaðilum getur ekki ráðið úrslitum (sjá mál E-4/17 *ESA* gegn *Noregi* [2018] EFTA Ct. Rep. 5, 77. mgr., og samanber dóm í *framkvæmdastjórnin* gegn *Þýskalandi,* C-536/07, EU:C:2009:664, 54. mgr.).

57 Samkvæmt b-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar telst opinber samningur sem fjallar um framkvæmd verks, eða bæði hönnun þess og framkvæmd, vera opinber verksamningur samkvæmt tilskipuninni. Í 7. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar er verk skilgreint sem heildarafrakstur af byggingarframkvæmdum eða mannvirkjagerð sem getur, sem slíkt, þjónað fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki.

58 Þar af leiðandi verður að skera úr um hvort opinber samningur, svo sem sá sem er til meðferðar hjá kærunefndinni, fjalli um framkvæmd verks. Ákveða verður hvort um verk sé að ræða með hliðsjón af fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki afraksturs framkvæmdanna. Af þessu leiðir að afrakstur framkvæmdanna verður í sjálfu sér að geta þjónað fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki. Til dæmis hefur bygging tómstundamiðstöðvar, sem ætlað er að hýsa viðskipta- og þjónustustarfsemi, talist þjóna fjárhagslegu hlutverki (samanber dóm í *Auroux o.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, 41. mgr.). Enn fremur hefur gerð hraðbrauta, sem geta leyst úr alvarlegum umferðarvanda, talist vera afrakstur mannvirkjagerðar sem þjónar tæknilegu hlutverki (samanber dóm í *framkvæmdastjórnin* gegn *Ítalíu*, sameinuð mál C-187/04 og 188/04, EU:C:2005:652, 27. mgr.).

59 Í þessu máli er ekkert sem bendir til þess að afrakstur framleiðslu eða vinnslu efna og haugsetning þeirra, við aðstæður eins og í máli því sem er til meðferðar hjá kærunefndinni, geti þjónað fjárhagslegu eða tæknilegu hlutverki í sjálfu sér. EFTA-dómstóllinn getur ekki séð að opinber samningur, eins og sá sem til meðferðar er hjá kærunefndinni, hafi sem markmið að framkvæma „verk“ í skilningi 7. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Kærunefndinni ber þó að skera úr um þetta í ljósi staðreynda málsins.

60 Að lokum er kveðið á um í c-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar að opinber samningur, sem fjallar um hvers konar framkvæmd verks sem svarar til krafna sem settar eru fram af samningsyfirvaldi sem hefur afgerandi áhrif á gerð eða hönnun verksins, teljist vera opinber verksamningur.

61 Eins og í b-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar er skilgreiningin í c-lið einnig háð því að um sé að ræða „verk“ í skilningi 7. tl. 1. mgr. 2. gr. Enn fremur verður framkvæmd fyrirhugaðs verks að samsvara kröfum sem samningsyfirvöld tilgreina. Eins og einnig er getið í 9. lið formálsorða tilskipunarinnar á þetta við þar sem samningsyfirvald hefur gripið til ráðstafana til að tilgreina eiginleika verks eða tegund verks eða, að minnsta kosti, hefur haft afgerandi áhrif á hönnun þess (samanber dóm í *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, 43. og 44. mgr.).

62 Eins og nefnt var að framan í tengslum við b-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar fær EFTA-dómstóllinn ekki séð að opinber samningur, svo sem sá sem til meðferðar er hjá kærunefndinni, hafi sem markmið framkvæmd „verks“ í skilningi 7. tl. 1. mgr. 2. gr. Sú staðreynd að samningsyfirvaldið kunni að hafa skilgreint sérstakar kröfur um efnið er í sjálfu sér ekki nægileg ástæða til þess að opinber samningur teljist falla innan gildissviðs c-liðar 6. tl. 1. mgr. 2. gr.

63 Að framangreindu virtu fær EFTA-dómstóllinn ekki séð að opinber samningur, svo sem sá sem til meðferðar er hjá kærunefndinni, teljist opinber verksamningur þar sem efni hans virðist ekki falla undir gildissvið a-, b- eða c-liðar 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Í því tilviki, þar sem opinber samningur fjallar um veitingu annarrar þjónustu en þeirrar sem um getur í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. telst slíkur opinber samningur vera opinber þjónustusamningur í skilningi 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Kærunefndinni ber að ákveða endanlega, í ljósi staðreynda málsins, hvort hinn umræddi opinberi samningur teljist opinber verksamningur samkvæmt a-, b- eða c-lið 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar eða hvort hann teljist, á hinn bóginn, vera opinber þjónustusamningur samkvæmt 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

64 Því verður að svara spurningunni sem vísað hefur verið til EFTA-dómstólsins með þeim hætti að við aðstæður eins og þær sem eru til staðar við meðferð málsins hjá kærunefndinni sé ekki um að ræða opinberan verksamning í skilningi 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Opinber samningur sem fjallar um veitingu annarrar þjónustu en þeirrar sem um getur í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar telst vera opinber þjónustusamningur í skilningi 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar.

IV Málskostnaður

65 ESA, sem skilað hefur greinargerð til EFTA-dómstólsins, skal bera sinn málskostnað. 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 spurninguna sem kærunefnd útboðsmála beindi til dómstólsins:

Við aðstæður eins og þær sem eru til staðar við meðferð málsins er ekki um að ræða opinberan verksamning í skilningi 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2014/24/ESB frá 26. febrúar 2014 um opinber innkaup og niðurfellingu tilskipunar 2004/18/EB. Opinber samningur sem fjallar um veitingu annarrar þjónustu en þeirrar sem um getur í 6. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunar 2014/24/ESB telst vera opinber þjónustusamningur í skilningi 9. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunar 2014/24/ESB.

Páll Hreinsson Per Christiansen Bernd Hammermann

Kveðið upp í heyranda hljóði í Lúxemborg 16. júlí 2020.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Dómritari

Páll Hreinsson
Forseti