

Fimmtudaginn 25. júní 1998.

Nr. 169/1998.

**Fagtún ehf.**

(Jakob R. Möller hrl.)

gegn

**byggingarnefnd Borgarholtsskóla**

**íslenska ríkinu**

**Reykjavíkurborg og**

**Mosfellsbæ**

(Tryggvi Gunnarsson hrl.)

EFTA-dómstóllinn. Ráðgefandi álit.

### Úrskurður Hæstaréttar.

Mál þetta úrskurða hæstaréttardómararnir Pétur Kr. Hafstein, Hrafn Bragason og Markús Sigurbjörnsson.

Áfrýjandi skaut máli þessu til Hæstaréttar með stefnu 22. apríl 1998. Með beiðni 24. apríl 1998 óskaði hann eftir því, að Hæstiréttur leitaði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á nánar tilgreindum atriðum málsins, sem varða skýringu á 4. gr. og 11. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins), sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Um heimild vísar áfrýjandi til 3. gr. laga nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið.

Stefndu mótmæla því, að leitað verði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins.

#### I.

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 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 víðeigandi 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 um 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 lægstbjóðandi 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 fyrirsvarsmenn byggingarnefndarinnar hafi með því að krefjast þess, að sett yrði framangreint skilyrði í verk-samninginn, komið í veg fyrir, að hann fengi umrætt verk. Með bréfi 9. júní 1995 mótmælti hann 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.

Stefndu benda á, að tekið hafi verið fram í verklýsingu, að teikningar í útboðsgögnum hafi ekki verið af fullhönnuðum burðarvirkjum í þaki, og hafi verktaki átt að leggja fram endanlegar teikningar til verkkaupa og afla nauðsynlegra samþykktar byggingaryfirvalda á burðarþoli og tæknilegum lausnum. Segir í bréfi byggingarnefndarinnar 13. september 1995, að ástæða þess, að samið var um smíði eða samsetningu hérlendis, hafi verið sú, að með því hafi mátt fylgjast með þessari framkvæmd, enda vilji nefndin gera strangar kröfur um gæði og frágang og forðast lausnir, er hún þekki ekki og háðar séu sérstakri undanþágu byggingaryfirvalda frá ákvæðum byggingarreglugerðar. Nefndin telji sig að höfðu samráði við ráðgjafa fá betra þak með þessum hætti.

Áfrýjandi höfðaði skaðabótamál á hendur Byrgi ehf. og krafðist bóta vegna kostnaðar við gerð tilboðsins og vegna tapaðs arðs. Kvað Héraðsdómur Reykjaness upp dóm í því máli 9. desember 1996 og komst að þeirri niðurstöðu, að umrætt ákvæði verksamn-

ingsins bryti í bága við 4. gr. og 11. gr. EES-samningsins. Áfrýjanda hafi í raun verið hafnað sem undirverktaka að umræddu verki vegna ólögmæts 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.

Áfrýjandi þingfesti síðan skaðabótamál á hendur stefndu fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur 19. júní 1997 til greiðslu 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, 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, og hafi sú lausn 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 bótageiðslna stefndu.

Áfrýjandi kveðst hafa þann tilgang með áfrýjun sinni að hnekkja framangreindu mati héraðsdóms um, að 3. gr. í verksamningi Byrgis ehf. við stefndu byggingarnefnd Borgarholtsskóla brjóti ekki í bága við ákvæði EES-samningsins og að starfsmenn stefndu hefðu ekki með sagnæmri og ólögmætri háttsemi bakað áfrýjanda tjón, sem gæti orðið grundvöllur skaðabótakröfu hans.

Stefndu mótmæla því, að þeir beri ábyrgð á einhverju tjóni, sem áfrýjandi hafi orðið fyrir vegna viðskipta sinna við Byrgi ehf. Vitnað er til röksemda héraðsdóms. Ákvæði verksamningsins hafi einungis haft það að markmiði, sem telja verði málefnalegt, að tryggja það, að verkið yrði unnið í samræmi við íslensk lög og reglur. Lausn áfrýjanda við framkvæmdirnar hafi ekki uppfyllt réttmætar kröfur,

og hafi hún beinlínis verið andstæð ákvæðum byggingarreglugerðar nr. 177/1992. Í ljósi þessa telja stefndu, að með umræddu ákvæði verksamningsins hafi ekki verið brotið gegn þeim ákvæðum EES-samningsins, sem áfrýjandi byggir á, enda hafi ákvæðið verið niðurstaða samningaviðræðna aðila. Þótt lítið yrði svo á, að orðalag 3. gr. verksamningsins fái ekki staðist samningsskuldbindingar að EES-rétti, hafi ekki verið sýnt fram á orsakatengsl milli ákvæðisins og tjóns áfrýjanda. Þá benda þeir á, að ekkert samningssamband sé milli aðila málsins og að áfrýjandi hafi þegar sótt bætur í hendur viðsejanda síns, Byrgis ehf. Það hafi því takmarkaða þýðingu að leita álits EFTA-dómstólsins í þessu máli og kostnaður við það verulegur og taki það langan tíma.

## II.

Spurningar þær, sem áfrýjandi vill fá bornar upp fyrir EFTA-dómstólinn, eru eftirfarandi:

1. „Er 3. gr. verksamningsins í andstöðu við 4. gr. EES-samningsins?“

Rök hans fyrir þessari spurningu eru þau, að tveir héraðsdómarar hafi komist að gagnstæðri niðurstöðu um þetta efni. Til þess að Ísland uppfylli skyldu sína samkvæmt samningnum um að tryggja einsleitni réttarframkvæmdar á Evrópska efnahagssvæðinu á sviðum hans, sé nauðsynlegt, að Hæstiréttur leiti álits EFTA-dómstólsins um þetta atriði.

2. „Er 3. gr. verksamningsins í andstöðu við 11. gr. EES-samningsins?“

Áfrýjandi telur, að sömu rök eigi við um þessa spurningu og hina fyrstu. Samkvæmt 11. gr. samningsins séu bannaðar allar magntakmarkanir á innflutningi og allar ráðstafanir, sem hafa svipuð áhrif á viðskipti samningsaðila. Krafa um smíði þakeininganna héraðs hafi haft samsvarandi áhrif og innflutningstakmarkanir.

Frá kröfu byggingarreglugerðar nr. 177/1992 með síðari breytingum, sbr. grein 7.5.11, um, að þök séu loftuð, séu veittar undanþágur, ef eftir sé leitað. Krafa um, að einingarnar séu smíðaðar héraðs, svo að tryggja megi gæði þeirra, sé tæknileg hindrun og því brot á 11. gr. samningsins, enda einingarnar í samræmi við norskar kröfur.

„Er ekki ljóst, að hafi 4. og/eða 11. gr. samningsins verið brotin,

stofnist brotaþola skaðabótaréttur á hendur þeim, sem braut, eða íslenska ríkinu á grundvelli dóms Evrópudómstólsins í málum Francovich (Mál C-6 og 9/90)?“

Áfrýjandi telur, að í ofangreindum dómum komi fram, að tryggja aðildarríki ekki þegnum sínum réttindi samkvæmt Rómarsamningnum, verði það skaðabótaskyld samkvæmt tilteknum nánari skilyrðum.

### III.

Stefndu gera þær athugasemdir við 1. spurningu áfrýjanda, að óþarft sé að leita ráðgefandi álits um túlkun á 4. gr. EES-samningsins. Greinin feli í sér almennt bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs og sé ein af grundvallarreglum EES-réttar. Af almennri framsetningu greinarinnar sem og stöðu hennar í I. hluta meginmáls EES-samningsins, sem beri yfirskriftina „markmið og meginreglur“, megi ljóst vera, að reglunni verði ekki beitt einni sér og án tengsla við einhverjar af nánar útfærðum efnisreglum samningsins. Hugsanlegt álitaefti hér verði því það eitt, hvort brotið hafi verið gegn 11. gr. EES-samningsins, og geti 4. gr. samningsins haft gildi við túlkun á því ákvæði.

Að því er varðar 2. spurningu áfrýjanda, leggja stefndu áherslu á, að verksamningur stefndu byggingarnefndar Borgarholtsskóla og áfrýjanda hafi verið gerður á einkaréttarlegum grundvelli. Byggingarnefndin hafi komið þar fram sem einkaaðili, en ekki sem stjórnvald. Spurningin krefjist túlkunar EFTA-dómstólsins á 3. gr. verksamningsins, en dómstóllinn sé ekki bær til að tjá sig um íslensk lög og því síður samningsákvæði að einkarétti. Hann hafi hins vegar lögsögu til þess að gefa ráðgefandi álit um túlkun á EES-samningnum. Telja stefndu því, að orða þurfi spurninguna með öðrum hætti.

Þá benda stefndu á, að í rökstuðningi áfrýjanda varðandi 2. spurningu komi fram það álitaefti, hvort grein 7.5.11 í byggingarreglugerð nr. 177/1992 fái samrýmst 11. gr. EES-samningsins. Þess hafi hins vegar ekki verið óskað af hans hálfu, að Hæstiréttur leitaði ráðgefandi álits um það efni. Þess er því óskað af hálfu stefndu, að verði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins leitað á annað borð, verði að því spurt, hvort aðildarríki sé heimilt í byggingarreglugerð að

setja eigin skilyrði um efnisnotkun í húsbyggingar og þá þótt skilyrði í öðrum aðildarríkjum reynist ekki vera eins ströng.

Við 3. spurningu áfrýjanda gera stefndu þær athugasemdir, að áfrýjandi hafi ekki haldið því fram í málinu, að hann kunni að eiga ríkari rétt til skaðabóta vegna ákvæða EES-samningsins en hefðbundin sjónarmið landsréttar geri ráð fyrir, eftir atvikum að virtum lögfestum bótatakmarkunum, til dæmis í lögum nr. 65/1993 um framkvæmd útboða og lögum nr. 63/1970 um skipan opinberra framkvæmda. Þar sem áfrýjandi hafi ekki frá upphafi hagað málalíbúnaði sínum á þann veg, að hugsanlegar sérreglur EES-réttar um skaðabætur komi til skoðunar, sé varla ástæða til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um þær.

Verði niðurstaða Hæstaréttar sú, að leita skuli ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, eru tillögur stefndu að spurningum eftirfarandi:

1. „Ber að túlka 11. gr. EES-samningsins á þann hátt, að það ákvæði í samningi verkkaupa og verktaka, að við það skuli miðað, að einingar í nánar tilgreindan verkþátt skuli smíðaðar á Íslandi, feli í sér ráðstöfun, sem hafi samsvarandi áhrif og magntakmörkun í skilningi greinarinnar?“

2. Verði 1. spurningu svarað játandi, verði 2. spurning eftirfarandi: „Er verkkaupa á grundvelli réttarreglna EES-réttar skylt að greiða skaðabætur til þriðja aðila, sem verður fyrir tjóni vegna ákvæðis í verksamningi verkkaupa og verktaka um það, að við það skuli miðað, að einingar í nánar tilgreindan verkþátt skuli smíðaðar á Íslandi? Að hvaða skilyrðum uppfylltum?“

3. „Ber að túlka 11. gr. EES-samningsins á þann hátt, að ákvæði í innlendri reglugerð, sem kveður á um það, að á þökum úr timbri eða trjákenndum efnum skuli komið fyrir útloftunarraufum, þannig staðsettum, að jöfn útloftun sé yfir efra byrði þakeinangrunar, feli í sér ráðstöfun, sem hafi samsvarandi áhrif og magntakmörkun í skilningi greinarinnar?“

#### IV.

Þær ástæður, sem stefndu nefna gegn því, að álits EFTA-dómstólsins sé leitað, eru þess eðlis, að Hæstiréttur tekur afstöðu til þeirra í endanlegum dómi. Verða þær því ekki taldar koma í veg fyrir það, að álitsins sé leitað. Önnur atriði leiða ekki til þess, að úr

Því verði skorið á þessu stigi, að svör við fyrstu og annarri spurningu áfrýjanda hér að framan geti ekki skipt máli við efnismeðferð Hæstaréttar. Ber því að fallast á það með áfrýjanda, að tilefni sé til þess að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins vegna ágreinings málsaðila um þau atriði, sem fram koma í þeim spurningum. Verða spurningarnar orðaðar svo sem nánar greinir í úrskurðarorði.

Áfrýjandi krefst bóta vegna tapaðs arðs, sem hann telur sig hafa orðið af vegna skilyrða, sem stefndu fengu sett í verksamning við Byrgi ehf. Um þá bótaheimild vísar hann ekki sérstaklega til reglna EES-réttar. Þykir hann ekki hafa sýnt fram á, að þriðja spurning hans komi að notum við efnislega úrlausn Hæstaréttar. Verður því hafnað beiðni áfrýjanda um þessa spurningu.

Að framan er því lýst, að stefndu óska eftir því, að bætt verði við spurningar áfrýjanda og spurt um álit EFTA-dómstólsins á því, hvort efni greinar 7.5.11 byggingarreglugerðar nr. 177/1992 sé í andstöðu við 11. gr. EES-samningsins. Ákvæðið varðar þök og þakvirki og hljóðar svo:

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

7.5.11.2. Á þökum úr timbri eða trjákenndum efnnum 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. Stærðir útloftunarraufa séu 500–1500 mm<sup>2</sup> á hvern m<sup>2</sup> þaks. Neðri mörkin gilda, ef þak er klætt með bordum og undirlagspappa undir báruðum málplötum. Efri mörkin gilda, ef þak er þéttklætt með rakapolnum plötum með eða án undirlagspappa undir báruðum málplötum eða fyrir pappklædd þök. Útloftunarraufar skulu þannig úr garði gerðar, að ekki geti skafið snjó um þær inn undir þakið.“

Áfrýjandi virðist reisa málátilbúnað sinn á því, að þakeiningar þær, er hann hugðist nota, séu óloftaðar, en frá þessu ákvæði byggingarreglugerðarinnar sé alltaf veitt undanþága, ef eftir sé leitað. Af málátilbúnaði aðila í héraði verður ekki séð, að þetta atriði hafi valdið ágreiningi. Hér er um tæknilegt atriði að ræða, og ólíklegt er, að undanþága sé veitt frá þessu ákvæði, nema frágangur þaksins með umræddum þakeiningum geri kröfur samkvæmt ákvæðinu

óþarfar. Verður ekki séð, að spurningin eigi erindi inn í mál þetta, og er því hafnað beiðni stefndu um hana.

#### Ú r s k u r ð a r o r ð:

Leitað er ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um eftirfarandi:

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?

---