

# MINNISBLAÐ

Til: **Samband íslenskra sveitarfélaga**  
Frá: **Ríkiskaup / Stanley Örn Axelsson, lögfræðingur**  
Dagsetning: **4. apríl 2023**  
Efni: **Skylda sveitarfélaga til að bjóða út hirðu og ráðstöfun úrgangs á vegum góðgerðarsamtaka**

## 1. Inngangur

Til Ríkiskaupa hefur leitað Samband íslenskra sveitarfélaga og óskað eftir áliti stofnunarinnar á því hvort sveitarfélögum sé skylt að bjóða út hirðu og ráðstöfun á textíl og öðrum úrgangi í ljósi breytinga á lögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs.

Með breytingu á 10. gr. laga nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs, sbr. lög nr. 103/2021, sem tóku gildi 1. janúar sl. hafa verið settar strangari reglur um söfnun heimilisúrgangs. Er sveitarfélögum nú gert skylt að standa að sérstakri söfnun á lífúrgangi, textíl og spilliefnum. Samkvæmt ákvæði 10. gr. er sveitarfélögum heimilt að uppfylla skyldu til sérstakrar söfnunar á gleri, málmum og textíl með söfnun í grenndargáma að því tilskildu að það fyrirkomulag söfnunar stuðli að því að ná markmiðum laganna.

Í erindi Sambands íslenskra sveitarfélaga er sérstaklega óskað eftir áliti Ríkiskaupa á eftirfarandi:

- I. Er sveitarfélögum skylt að bjóða út söfnun og aðra meðhöndlun á úrgangi sem þeim er gert að safna, eins og textíl, á grenndarstöðvum eða geta þau samið við góðgerðarsamtök um að koma fyrir söfnunargámum á grenndarstöðvum og ráðstafa því sem þar safnast?
- II. Ef sveitarfélög bjóða út söfnun og/eða ráðstöfun á úrgangi sem þeim er gert að safna, eins og textíl, geta þau gert kröfu í innkaupasamningi um að hluti af þeim úrgangi sem safnast renni til góðgerðasamtaka?
- III. Ef sveitarfélögum er heimilt að afhenda góðgerðarsamtökum úrgang sem safnast á þeirra svæði og fleiri en ein góðgerðarsamtök vilja fá úrganginn, hvernig geta sveitarfélög snúið sér í að útdeila söfnuninni og/eða ráðstöfuninni m.t.t. jafnræðisreglu stjórnáslaganna?

Í minnisblaði þessu verður leitast við að svara ofangreindum spurningum en umfjöllunin afmarkast við góðgerðarsamtök sem geta veitt þjónustuna án þess að þiggja peningagreiðslu úr hendi sveitarfélags. Því verður ekki fjallað um þá aðstöðu þegar hagnaðardrifin fyrirtæki veita þjónustuna gegn peningalegu endurgjaldi en ganga má út frá því að slíka ráðstöfun beri að bjóða út samkvæmt lögum um opinber innkaup.

Verður fyrst fjallað um það hvernig ákvæði laga nr. 120/2016 um opinber innkaup, sbr. tilskipun 2014/24/ESB um sama efni, horfa við samningi af því tagi sem að framan er lýst. Í kjölfarið fer fram sambærileg könnun gagnvart reglugerð nr. 940/2017 um sérleyfissamninga, sbr. tilskipun 2014/23/ESB. Þá verður farið yfir þær reglur og sjónarmið sem koma til skoðunar við úthlutun opinbers aðila á takmörkuðum gæðum og hvernig þær horfi við í þessu tilfalli. Í lokin eru niðurstöður í áliti Ríkiskaupa dregnar saman og tillögur kynntar.

## 2. Lög um opinber innkaup

Gildissvið laga nr. 120/2016 um opinber innkaup (hér eftir „OIL“) afmarkast við opinbera aðila og ákveðnar tegundir samninga sem þeir gera. Óumdeilt er að sveitarfélög teljast opinber aðili, sbr. 1. mgr. 3. gr. OIL. Því kemur einungis til skoðunar hvort samningur um hirðu og ráðstöfun textíls falli innan gildissviðs laganna.

Lög um opinber innkaup gilda einungis um opinbera samninga. Við nánari afmörkun á því hvaða samningar falli þar undir ber almennt að líta til fjögurra atriða.

- Í fyrsta lagi gilda lögin samkvæmt 1. mgr. 4. gr. OIL einungis um samninga um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur í skilningi 3. gr. gera.
- Í öðru lagi taka þau einungis til samninga samkvæmt 2. – 4. mgr. 4. gr. OIL sem hafa að markmiði framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu.
- Í þriðja gilda lögin einungis um samninga yfir viðmiðunarfjárhæðum samkvæmt 23. gr. OIL.
- Í fjórða lagi eru samningar samkvæmt 7. – 13. gr. OIL sérstaklega undanþegnir gildissviði laganna.

Með samningi um fjárhagslegt endurgjald er iðulega átt við endurgjald í formi peninga, þó það sé ekki skilyrði. Það er hins vegar hugtaksskilyrði opinbers samnings samkvæmt 1. mgr. 4. gr. OIL að kaupandi sé opinber aðili og að fyrirtæki<sup>1</sup> annist framkvæmd verks, sölu vöru eða veitingu þjónustu í hans þágu.

Af þeim sökum hefur því ítrekað verið slegið föstu í dóma- og úrskurðarframkvæmd, héraendis sem erlendis, að lögin gildi ekki þegar opinber aðili er ekki kaupandi. Þannig gilda lögin t.d. ekki þegar hinn opinberi aðili er seljandi vöru, verks eða þjónustu gegn

---

<sup>1</sup> Hugtakið fyrirtæki er samheiti, notað til einföldunar, yfir verktaka, seljanda vöru og veitanda þjónustu án tillits til rekstrarforms, sbr. 3. tölul. 2. mgr. 1. gr. OIL. Góðgerðarsamtök falla innan þessarar skilgreiningar og er ekki heimilt að takmarka þátttöku í útboðum við slík samtök nema við útboð á tilteknum samningum sem falla undir félagsþjónustu og aðra sértæka þjónustu sbr. 95. gr. OIL og reglugerð nr. 1000/2016.

fjárhagslegu endurgjaldi, sbr. t.d. ákvörðun *kærunefndar útboðsmála í máli nr. 9/2008*<sup>2</sup> og *úrskurður nefndarinnar í máli nr. 6/2021*.

Þá er lögum um opinber innkaup ekki ætlað að ná utan um hvers kyns ráðstöfun opinbers fjármagns.<sup>3</sup> Við mat á því hvort samningur teljist þjónustusamningur um fjárhagslegt endurgjald hefur í meðförum Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins einkum verið litið til skilgreiningar á þjónustu samkvæmt stofnsáttmálum ESB en eitt af skilyrðum þjónustu samkvæmt 57. gr. TFEU, sbr. 37. gr. EES-samningsins er að innheimt sé þóknun (e. remuneration) fyrir hana. Megineinkenni slíkrar þóknunar er fólgið í því að um sé að ræða endurgjald fyrir viðkomandi þjónustu, sem að jafnaði er samið um milli veitanda og viðtakanda þjónustunnar.

Í minnisblaði þessu kemur til skoðunar hvort að söfnun og önnur meðhöndlun góðgerðarsamtaka á úrgangi, sem þau kunna að geta hagnast á síðar, teljist þjónusta sem er veitt gegn fjárhagslegu endurgjaldi. Að mati Ríkiskaupa hefur eignarhald á úrganginum grundvallarþýðingu fyrir niðurstöðuna.

Ríkiskaup leituðu til Umhverfisstofnunar í tengslum við álitaeftni um eignarhald og fengu þau svör að „úrgangsregluverkið“ (vætanlega fyrst og fremst átt við lög nr. 55/2003 og afleiddar reglur) taki ekki á eignarhaldi úrgangs og verðmætum sem þar skapast. Það sé skilningur Umhverfisstofnunar á regluverkinu að sveitarfélög þurfi eingöngu að tryggja að þjónusta í tengslum við meðhöndlun úrgangs sé til staðar.<sup>4</sup>

Umhverfisstofnun telur að við mat á eignarhaldi þurfi einnig að horfa til þess að hagnaðardrifin fyrirtæki sem sjá um úrgangsþjónustu fái almennt greitt fyrir að veita slíka þjónustu, þ.e. leigu íláta og losun, auk sérstaks úrvinnslugjalds. Þá hafi þau jafnframt tekjur af sölu úrgangsins. Það sé mat Umhverfisstofnunar að þjónustuaðilinn, í þessu tilviki góðgerðasamtök á borð við Rauða Krossinn eða Hertex, sé eigandi úrgangsins þegar honum hefur verið komið fyrir í gámum þess. Hann sé því ekki eign sveitarfélagsins.

---

<sup>2</sup> Þó málið hafi átt sér stað í tíð eldri laga um opinber innkaup er 4. gr. OIL efnislega óbreytt. Í niðurstöðu nefndarinnar segir: „Í 1. mgr. 4. gr. laga nr. 84/2007, um opinber innkaup, segir að lögin gildi um samninga um fjárhagslegt endurgjald sem einn eða fleiri kaupendur skv. 3. gr. gera við eitt eða fleiri fyrirtæki og hafa að markmiði framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu í skilningi laganna. Í 1. mgr. 4. gr. laganna er þannig vísað til þess að kaupendur í skilningi laganna séu opinberir aðilar enda fjallar 3. gr. um slíka aðila. Í því verkefni sem kært er í þessu máli eru kaupendur í skilningi laganna ekki opinberir aðilar enda er ætlunin að einkaaðilar láti af hendi fjárhagslegt endurgjald í skiptum fyrir afnot af ljósleiðarapráðum. Er þannig ekki um að ræða opinber innkaup í skilningi laga nr. 84/2007.“

<sup>3</sup> Sjá 4. lið formálsorða tilskipunar 2014/24/ESB.

<sup>4</sup> Því leggja Ríkiskaup til að sveitarfélög geri sérstakan þjónustusamning við góðgerðarsamtök sem eiga að sjá um þjónustuna. Sjá einnig í niðurstöðukaflanum.

Úrvinnslusjóður virðist vera á sama máli og Umhverfisstofnun, en undir spurt og svarað á heimasíðu sjóðsins er spurt: „Á hvaða tíma hættir úrgangur að falla undir verksvið Úrvinnslusjóðs?“ Í svarinu segir: „Úrvinnslusjóður eignast aldrei úrganginn. Þjónustuaðili eignast úrganginn þegar hann tekur við honum frá úrgangshafa, þ.e. íbúum, sveitarfélögum eða fyrirtækjum. Eignarhaldið færist síðan til ráðstöfunaraðila. Það má segja að úrgangurinn hætti að falla undir verksvið Úrvinnslusjóðs þegar ráðstöfunaraðili hefur staðfest móttöku hans.“

Í ljósi framangreinds er það útgangspunktur í þessu minnisblaði að góðgerðarsamtök séu jafnt þjónustuaðili gagnvart sveitarfélaginu og eigandi þess úrgangs sem fellur til í söfnunargáma á vegum samtakanna. Því verði að líta á hagnýtingarrétt góðgerðarsamtaka yfir úrganginum sem hluta af eignaréttindum þeirra, sem stofnist til við söfnun úrgangsins, en ekki sem fjárhagslegt endurgjald fyrir veitingu þjónustu.<sup>5</sup>

Þegar þær aðstæður eru uppi sem að framan er lýst er það niðurstaða Ríkiskaupa að ráðstöfun sveitarfélaga á textíl feli ekki í sér samning um fjárhagslegt endurgjald. Fellur hún því utan gildissviðs laga nr. 120/2016 um opinber innkaup og er sveitarfélögum því ekki skylt að bjóða hana út á grundvelli laganna.

### 3. Reglugerð um sérleyfissamninga

Næst kemur til skoðunar hvort ráðstöfun á úrgangi geti falið í sér sérleyfi sem ber að auglýsa eftir þar að lútandi reglum.

Í 12. gr. OIL segir:

„Lög þessi taka ekki til þjónustusamninga sem gerðir eru við aðila eða félag aðila sem sjálfir teljast kaupendur eða á grundvelli einkaréttar sem þeir njóta samkvæmt lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum sem eru í samræmi við reglur samningsins um Evrópska efnahagssvæðið.

Ákvæði XI. og XII. kafla gilda um opinbera sérleyfissamninga sem eru yfir viðmiðunarfjárhæðum reglugerðar sem ráðherra setur um gerð sérleyfissamninga. Að öðru leyti taka lög þessi ekki til slíkra samninga.

Ráðherra skal í reglugerð mæla fyrir um gerð sérleyfissamninga til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið og öðrum milliríkjasamningum. Í reglugerð skal m.a. kveðið nánar á um gildissvið,

---

<sup>5</sup> Hér mætti e.t.v. líkja þessu við niðurstöðu lögsögumanns (e. advocate general) í máli C-567/19 *Tax-Fin-Lex*, sjá lið 63. í hans álit. Í málinu kom til skoðunar hvort að reynsla sem hlytist af því að framkvæma samning gæti talist fjárhagslegt endurgjald í skiptum fyrir þjónustu. Í álit lögsögumannsins komst hann að því að ekki væri hægt að líta á ávinning á borð við reynslu sem fjárhagslegt endurgjald, heldur einungis lagalega staðreynd sem leiddi af því að framkvæma samninginn.

meginreglur um veitingu og framkvæmd sérleyfa og viðmiðunarfjárhæðir vegna slíkra sérleyfissamninga.“

Svokallaðir sérleyfissamningar geta varðað verk eða þjónustu og helsta einkenni slíkra samninga er að fyrirtæki fær ekki greitt frá hinu opinbera heldur hefur tekjur beint af því verki sem það vinnur eða þeirri þjónustu sem það innir af hendi á grundvelli sérleyfis. Ráðherra hefur mælt fyrir um gerð sérleyfissamninga í reglugerð nr. 940/2017 með síðari breytingum, sbr. tilskipun 2014/23/ESB um sama efni. Skylda til að auglýsinga veitingu á sérleyfi miðast við það þegar áætlað verðmæti samnings, án virðisaukaskatts, nær kr. 808.914.000, sbr. 8. gr. reglugerðarinnar.

Sérleyfi eða sérleyfissamningar eru skilgreindir sérstaklega í 5. tölul. 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 940/2107. Við mat á því hvort ráðstöfun feli í sér gerð sérleyfissamnings hefur grundvallarþýðingu að taka til skoðunar hvort rekstraráhætta við hagnýtingu verksins eða þjónustunnar færist frá hinu opinbera til sérleyfishafans.

Samkvæmt skilgreiningunni er með rekstraráhættu átt við eftirspurnaráhættu eða framboðsáhættu eða hvort tveggja en fyrirtæki telst bera rekstraráhættu þegar ekki er tryggt, við venjulegar rekstraraðstæður, að það endurheimti fjárfestingar eða kostnað sem stofnað hefur verið til við starfrækslu verka eða þjónustu sem sérleyfið snýr að. Þá segir í ákvæðinu að raunveruleg áhætta af duttlungum markaðarins skuli vera hluti þeirrar áhættu sem flyst til fyrirtækisins, þannig að mögulegt áætlað tap þess skuli ekki aðeins vera tap að nafninu til eða óverulegt.

Að mati Ríkiskaupa felur fyrirhuguð ráðstöfun ekki í sér veitingu sérleyfis sem beri að auglýsa samkvæmt reglugerð nr. 940/2017. Ekki er fyrir að fara yfirfærslu á rekstraráhættu þar sem gengið er út frá því að kostnaður við að koma á fót söfnunargámum á grenndarstöðum sé takmarkaður og mögulegt áætlað tap einungis óverulegt. Þá er talið afar ólíklegt að verðmæti samnings um ráðstöfunina nái viðmiðunarfjárhæð samkvæmt 8. gr. reglugerðarinnar

#### **4. Úthlutun takmarkaðra gæða**

Gæði eru sögð takmörkuð þegar þau eru einungis til í takmörkuðu magni og verða ekki veitt öllum sem eftir þeim sækjast. Hér verður gengið út frá því að textill og annar úrgangur sem fellur til takmarkist við ákveðið magn. Af þeim sökum kemur til skoðunar hvernig þær reglur sem gilda um úthlutun hins opinbera á takmörkuðum gæðum horfi við aðgengi á úrgangi á borð við textíl.

Af 3. mgr. 1. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 leiðir að lögin gilda ekki um gerð samninga einkaréttarlegs eðlis að öðru leyti en ákvæði II. kafla þeirra um sérstakt hæfi. Löggjafinn getur mælt fyrir um auglýsingaskyldu vegna takmarkaðra gæða í sérlögum en réttarframkvæmd síðustu ára rennir að auki stoðum undir það að í íslenskum rétti gildi

að auki óskráð meginregla um að stjórnvöldum beri að auglýsa með opinberum hætti fyrirhugaða ráðstöfun á takmörkuðum gæðum sem kunna að vera eftirsótt og hafa verulega fjárhagslega þýðingu fyrir þann sem þau hlýtur.<sup>6</sup>

Grunnrökin að baki auglýsingaskyldu í slíku tilfalli er að opinber auglýsing sé best til þess fallin að tryggja að allir sem hafi áhuga á að fá tiltekin gæði, hafi til þess jafna möguleika. Þurfa skilmálar í slíkri auglýsingu að vera ljósir svo bjóðandi þekki hvaða kröfur eru gerðar og hvaða valaðferð – og/eða viðmið er stuðst við. Hins vegar þarf slík auglýsing ekki í öllum tilvikum að fela í sér útboð í hefðbundnum skilningi, sbr. *álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4478/2005*.

Lög nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs mæla ekki fyrir um sérstaka auglýsingaskyldu í tengslum við ráðstöfun úrgangs og því kemur til skoðunar hvort hin óskráða meginregla eigi við. Við mat á því þarf að kanna annars vegar hvort hin fyrirhugaða ráðstöfun geti verið eftirsótt, þ.e. hvort samkeppni kunni að vera um hana, og hins vegar hvort hún hafi verulega fjárhagslega þýðingu fyrir þá sem sækjast eftir henni.

Það getur verið vandasamt að leggja mat á það hvort skilyrðin tvö séu fyrir hendi en í íslenskri framkvæmd hefur almennt verið horft til fjárhagslegra hagsmuna við mat á því hvort reglan eigi við.<sup>7</sup> Í því samhengi er vakin athygli á því að í þeim málum sem fallist hefur verið á að reglan hafi þýðingu hefur verið um umtalverð fjárhagsleg verðmæti að ræða á borð við leigu eða kaup á ríkisjörðum eða hagnýtingarréttindi að námu.<sup>8</sup> Slík gæði uppfylla augljóslega skilyrði um verulega fjárhagslega þýðingu og því sjálfgefið að samkeppni geti ríkt um að hljóta þau.

Að mati Ríkiskaupa varða gæði á borð við textíl almennt ekki fjárhagslegi hagsmunum af þeirri stærðargráðu að falli þeir falli að skilyrðinu um verulega fjárhagslega þýðingu sé fullnægt. Öðruvísi kann þó að horfa við í einstökum tilvikum, einkum í stærri sveitarfélögum þegar fyrirséð er að slík ráðstöfun er umfangsmikil. Í tilviki stærstu sveitarfélaga þarf því að meta umfang hagsmunanna hverju sinni.

Þó að hér sé komist að þeirri niðurstöðu að ekki hvíli almenn skylda á flestum sveitarfélögum landsins að auglýsa ráðstöfun úrgangs verður að líta svo á það sé í

---

<sup>6</sup> Kristín Haraldsdóttir: „Ákvarðanir stjórnvalda um ráðstöfun á takmörkuðum gæðum til atvinnustarfsemi – Reglur um gagnsæi í EES- og Landsrétti“, bls. 463. Sjá í því samhengi einkum *dóm Hæstaréttar í máli nr. 407/1999*. Sjá einnig *álit umboðsmanns Alþingis í málum nr. 2763/1999, 3163/2001, 4478/2005 og 6093/2010*.

<sup>7</sup> *Ibid*, bls. 476.

<sup>8</sup> *Dómar Hæstaréttar í málum nr. 407/1999 og 390/2000 og álit umboðsmanns í málum nr. 2763/1999 og 3163/2001* vörðuðu sölu ríkisjarða. *Álit umboðsmanns í máli nr. 4478/2005* laut að ráðstöfun námuréttinda og *álit hans í máli nr. 6093/2010* að leigu á landspildu í eigu ríkisins.

samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti að auglýsa slíka ráðstöfun þrátt fyrir skort á lögformlegri skyldu. Því þykir réttast að notast við það fyrirkomulag þegar færi gefst, þá sérstaklega eftir því sem hagsmunirnir eru meiri og þ.a.l. meiri vafi um gildissvið hinnar óskráðu meginreglu.

## 5. Niðurlag

Að framangreindri umfjöllun virtri eru svör Ríkiskaupa eftirfarandi:

- I. Sveitarfélögum er ekki skylt á grundvelli laga um opinber innkaup eða reglugerðar um sérleyfissamninga að bjóða út söfnun og aðra meðhöndlun á úrgangi sem þeim er gert að safna ef góðgerðarsamtökum er falið að annast söfnunina og meðhöndlun úrgangsins, þar með talið að hagnýta sér hann, án þess að þiggja annað endurgjald fyrir. Ríkiskaup leggja hins vegar til að sveitarfélög geri sérstakan þjónustusamning við þau góðgerðarsamtök sem falið er að framkvæma þjónustuna þar sem að lágmarki komi fram hvar söfnunin skuli fara fram og hvað teljist eðlilegt þjónustustig, t.d. hversu oft eigi að tæma gámana svo sveitarfélagið geti tryggt sínar lögbundnu skyldur samkvæmt lögum um meðhöndlun úrgangs.
- II. Í ljósi ofangreinds svars hefur ekki þýðingu að svara þessum lið með beinum hætti.
- III. Það er mat Ríkiskaupa að sveitarfélögum sé almennt ekki skylt að auglýsa fyrirhugaða ráðstöfun úrgangs á grundvelli óskráðrar meginreglu um úthlutun takmarkaðra gæða. Þau geta því almennt samið beint við góðgerðasamtökum um slíka ráðstöfun. Í einstökum tilvikum, einkum í stærri sveitarfélögum, kann slík skylda þó að vera fyrir hendi. Þá er það liður í vönduðum stjórnsýsluháttum að auglýsa ráðstöfun úrgangs, án sérstakrar skyldu. Auglýsing á takmörkuðum gæðum þarf ekki að vera eins ítarleg og um opinber innkaup væri að ræða, heldur er nóg að tilgreina helstu kröfur og hvernig samningsaðili verður valinn. Ef efni standa til er unnt að tryggja jafnræði með fullnægjandi hætti með því að birta opinberlega að gæðin standi opin þeim sem sækja um og uppfylla tilgreind skilyrði. Þetta getur reynst góð leið ef umsækjendur eru fyrirsjáanlega mjög fáir og skipta má gæðunum hlutfallslega á milli þeirra.

Virðingarfyllst f.h. Ríkiskaupa,  
Stanley Örn Axelsson