



Christina Røvær er advokatfullmektig i Stiegler Advokatfirma i Bergen. Hun har spisskompetanse innenfor offentlige anskaffelser, og har god erfaring med å bistå både offentlige oppdragsgivere og private aktører innenfor fagområdet. For offentlige oppdragsgivere kan det være krevende å sikre en riktig gjennomføring av anskaffelsesprosesser, tildeling og oppfølging av kontrakt.

Unntaket for leiekontrakter i anskaffelsesregelverket i lys av Wiener Wohnen-dommen

Av advokatfullmektig Christina Røvær
cr@stiegler.no

Leie av fast eiendom er unntatt anskaffelsesloven og -forskriften. Slike kontrakter er dermed unntatt plikten til å kunngjøre på Doffin og TED. Bygge- og anleggskontrakter er imidlertid omfattet av anskaffelsesregelverket

I en nylig avgjørelse går EU-domstolen nærmere inn på skillet mellom disse to typene kontrakter, og videreutvikler retningslinjene for vurderingen av om en kontrakt er å anse som en leiekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt.

Avgjørelsen er relevant for alle offentlige oppdragsgivere som har behov for å inngå avtaler om leie av bygg, og da særlig kontorbygg som ikke er oppført ennå.

I. UTGANGSPUNKT

Utgangspunktet i anskaffelsesregelverket er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva. i Doffin. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i anskaffelsesforskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen (Tenders Electronic Daily).

Det såkalte leieunntaket fremgår av anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a) som sier at kontrakter om «*erverv eller leie av [...] eksisterende bygninger eller annen fast eiendom*» er unntatt anskaffelsesloven og -forskriften.

Selv om unntaket etter ordlyden gjelder leie av «eksisterende bygningen», er det forstått slik at det også omfatter leie av bygg som skal oppføres.

Selv om unntaket etter ordlyden gjelder leie av «eksisterende bygningen», er det forstått slik at det også omfatter leie av bygg som skal oppføres.

Når det offentlige inngår langvarige leiekontrakter, aktualiseres ofte spørsmålet om hvor grensen mellom disse to kontraktstypene går. Ofte er det behov for en del tilpasninger i de leide lokalene. Slikt arbeid utgjør bygge- og anleggsarbeid. Dersom utleier bekoster slikt arbeid som en del av leieavtalen, er det da tale om en bygge- og anleggskontrakt, og hvordan stiller dette spørsmålet seg ved inngåelse av leieavtaler i bygg som ennå ikke er oppført?

2. WIENER WOHNEN-SAKEN

Spørsmålet ble drøftet i EU-domstolen sak C-537/19. Et kommunalt eiendomsforvaltnings-selskap i Østerrike, Wiener Wohnen, inngikk i 2012 en langvarig leiekontrakt med en privat boligutvikler. På dette tidspunktet var det kun planlagt at den aktuelle kontorbygningen skulle oppføres. Bygningen bestod av to fløyer (A og B), og i henhold til kontrakten hadde Wiener Wohnen opsjon på å få bygget en bro mellom de to fløyene, i tillegg til å få bygget tre nye etasjer i fløy B.

EU-kommisjonen anla sak mot Østerrike for brudd på anskaffelsesdirektivet. Kommisjonen mente at kontrakten utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, da det reelt sett var tale om en bygge- og anleggskontrakt. Det ble anført at

Wiener Wohnen hadde påvirket kontorbyggets utforming knyttet til de tre nye etasjene og broen mellom fløy A og B.

Kommisjonen anførte videre at Wiener Wohnens kravspesifikasjon til leiekontrakten tilsa at det forelå ytterligere påvirkning av byggets tekniske utforming, og at denne påvirkningen gikk langt utover det som var vanlig ved en leiekontrakt. Det var blant annet stilt krav til heisene, til byggets bæreevne, til ventilasjonsanlegg og til oppnåelse av gull-krav i en sertifiseringsordning for bærekraftige bygg. I tillegg mente kommisjonen at oppdragsgiver hadde opptrådt som en byggherre ved å engasjere et konsulentselskap til å følge opp byggeprosessen.

EU-domstolen var imidlertid ikke enige med kommisjonen, og frikjente staten Østerrike for brudd for på anskaffelsesregelverket. Domstolen fant at byggets egenskaper var bestemt forut for avtaleinngåelsen med Wiener Wohnen, og at byggingen av tilleggsetasjene, inkludert broen, utgjorde en opsjon på leiekontrakten – ikke et krav til byggets konstruksjon.

Når det gjaldt oppfølgingen av byggeprosessen og krav til gull-sertifisering, så mente domstolen at slike krav ikke var uvanlig for en leietaker. Dessuten var det fordelaktig for utleieren både å oppnå denne sertifiseringen, og at leietakeren var engasjert i byggeprosessen.





«[e]t sentralt moment i denne vurderingen er om innklagede kun har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått ut over dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere...»

3. AVGJØRELSENS PÅVIRKNING AV RETTSTILSTANDEN

I sin avgjørelse gjentok EU-domstolen at leieunntaket kan gjelde i tilfeller hvor det aktuelle leieobjektet ikke er oppført på tidspunktet for kontraktsinngåelse. Avgjørende for denne vurderingen er om det er leie-elementet eller bygge- og anleggs-elementet som utgjør kontraktens hoveddel.

Hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt, fremgår av anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav d. Bestemmelsen er forstått slik at det siste alternativet gjelder situasjoner der det bygges hos andre, jf. bl.a. Kofa sak 2020/917: «utførelsen på en hvilken som helst måte av et bygge- og anleggsarbeid som oppfyller kravene som er satt av en oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging». Det må

altså for det første være tale om et «bygge- og anleggsarbeid». For det andre må oppdragsgiver ha hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging». Vilklårene er kumulative, og dersom minst ett av disse to kumulative vilklårene ikke er oppfylt, kommer leieunntaket i anskaffelsesforskriften § 2-4 a) til anvendelse.

I Wiener Wohnen-saken ble det overnevnte understreket, og deretter kom EU-domstolen med et ytterligere bidrag ved vurderingen av om det er tale om en bygge- og anleggskontrakt.

EU-domstolen uttalte i dommens premiss 53 at en leietaker har hatt avgjørende innflytelse på prosjekteringen dersom det har vært gitt innflytelse på

«denne bygnings arkitektoniske struktur, såsom dens størrelse, dens ydermure og dens bærende

vægge. Krav vedrørende de indvendige indretninger kan kun anses for at påvise en avgjørende innflytelse, hvis de utmärker sig på grund af deres særpræg eller omfang.»

4. ETTERFØLGENDE KOFA-PRAKSIS

I to nye avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er det inntatt henvisning til Wiener Wohnen-dommen.

KOFAs avgjørelser 11. mai 2021 i sak 2020/612 og 20. oktober 2021 i sak 2020/917 gjaldt begge offentlige oppdragsgivere, hhv. Bane NOR Eiendom og Mattilsynet, som hadde inngått avtaler om leie av kontorbygg som skulle oppføres. Det ble anført at kontraktene i realiteten var bygge- og anleggskontrakter, og at kontraktsinngåelsene utgjorde ulovlige direkte anskaffelser.

I sine avgjørelser viser KOFA til Wiener Wohnen-avgjørelsen ved vurderingen av om oppdragsgiver har hatt «avgjørende innflytelse på arbeidets art eller planlegging», jf. FOA § 4-1 bokstav d. KOFA uttaler i begge sakene at

«[e]t sentralt moment i denne vurderingen er om innklagede kun har stilt krav som leietakere i alminnelighet vil kunne stille, eller om man har gått ut over dette ved å spesifisere tilpasninger til egne behov, og i så fall om disse ekskluderer andre leietakere. Dette momentet er senest trukket frem av EU-domstolen i sak C-537/19 Wiener Wohnen, avsnitt 51 følgende».

Deretter er det i begge sakene inntatt direkte sitat fra det overnevnte premiss 53.

KOFA konkluderte i begge tilfellene med at det ikke var tale om brudd på anskaffelsesregelverket,



Avgjørelsen i Wiener Wohnen-saken er altså av praktisk relevans for offentlige oppdragsgivere, da den gir uttrykk for aktuelle vurderingstema som oppdragsgiver må ta stilling til ved inngåelse av leiekontrakter for bygg som ikke allerede er oppført.

da leieunntaket kom til anvendelse for de inngåtte kontraktene.

På bakgrunn av disse to avgjørelsene fra KOFA er det klart at Wiener Wohnen-avgjørelsen utgjør et viktig vurderingstema i norsk anskaffelsesrett. Avgjørelsen gjelder anskaffelsesdirektivet fra 2004, men har full overføringsverdi til dagens direktiv og det norske anskaffelsesregelverket.

5. AVGJØRELSENS PRAKTISKE RELEVANS

Avgjørelsen i Wiener Wohnen-saken er altså av praktisk relevans for offentlige oppdragsgivere, da den gir uttrykk for aktuelle vurderingstema som oppdragsgiver må ta stilling til ved inngåelse av leiekontrakter for bygg som ikke allerede er oppført.

Dommen oppstiller et skille mellom leietakerens krav til byggets arkitektoniske struktur og innvendige innretninger. Det skal mer til før krav til innvendige innretninger er å anse som å ha «avgjørende innflytelse». I tilfeller hvor det offentlige ønsker å inngå leiekontrakt i et bygg som ikke allerede er oppført, kan altså oppdragsgiver i stor grad stille krav til ønsket funksjonalitet, kvalitet og utforming så lenge dette gjelder nettopp innvendige innretninger.

Det understrekes imidlertid at oppdragsgiver alltid må foreta en konkret vurdering av om «leie»-elementet er kontraktens hovedelement, og at kravene som stilles til bygget, ikke går lenger enn det som er vanlig for den aktuelle leiekontrakte