

## Offentlige anskaffelser

Kjøp og leie av bygg som skal oppføres  
– hvilket mulighetsrom har den offentlige  
oppdragsgiveren?

Grensen mot bygge- og anleggskontrakter

Advokat Marianne H. Dragsten



# Utgangspunktene

- Regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på alle kontrakter det offentlige inngår
  - Anskaffelsesforskriften § 1-3(1)
  - Definisjon av kontrakt i § 4-1(a)



# Unntak for leie og erverv av eksisterende bygninger

- Anskaffelsesforskriften § 1-3(2)(b)
  - Overordnet om innholdet i bestemmelsen
    - Kjøp og leie uten hensyn til finansieringsform
    - Jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom og rettigheter til slik eiendom
  - Hensyn bak
    - Geografisk avhengighet - etablert et lokalt marked
    - Berører ikke grenseoverskridende handel

# Betydningen av at unntaket kommer til anvendelse

- Anskaffelsesforskriftens prosedyreregler, herunder kunngjøringsregler må ikke anvendes
- Prinsippene i anskaffelsesloven § 5 må hensyntas
  - Klagenemndas sak 2007/20 (Haugli Eiendom)



# Eksisterende bygninger

- Kommer unntaket til anvendelse på en kjøpsavtale eller leieavtale om en bygning som ikke er oppført på kontraktsinngåelsestidspunktet?
  - Ordlyd;
    - nei
  - EU-domstolen, juridisk teori og klagenemndas praksis;
    - ja, under visse forutsetninger
- Det avgjørende er realiteten
  - Reell kjøpekontrakt eller leiekontrakt?
  - Reell bygge- og anleggskontrakt?

# Leiekontrakt vs bygge- og anleggskontrakt?

- Hvorvidt kontrakten inneholder mange elementer fra en bygge- og anleggskontrakt?
- Kontraktens hovedformål avgjør hvilket regelsett som kommer til anvendelse
  - EU-domstolens sak C-536/07 (Kommisjonen/Tyskland) premiss 57
    - leie av messehaller som ikke var bygget
    - Oppdragsgivers krav oversteg langt kravene som en leier sedvanlig stiller til nybygg
    - Hovedformålet var dermed oppførelse av messehallene  
→ bygge- og anleggskontrakt

- Konkret helhetsvurdering av kontrakten
  - om bygget blir oppført i henhold til oppdragsgivers spesifiserte behov eller ikke
    - EU-domstolens sak C-536/07 (Kommisjonen/Tyskland) premiss 55
    - Eksempel
      - klagenemndas sak 2008/4 (Ola O. K Giæver) premiss 19 flg.

- sees hen til formålet med kontrakten og om formålet gjenspeiler seg i kontraktsbestemmelsene
- oppdragsgivers innvirkning på utforming av bygget/lokalene må ikke gå ut over det som en utleier sedvanlig har
  - Eksempel
    - klagenemndas sak 2007/112 (Sem Holding)
    - klagenemndas sak 2011/109 (Opus Management)
    - Klagenemndas sak 2008/39 (Nordsveen Eiendom)

# Hvilke momenter vil særlig være relevante ved helhetsvurderingen :

- 1) Hvor stor innvirkning oppdragsgiver har på bygningens/lokalenes utforming og byggeprosessen?
- 2) Kontraktsperiodens lengde?
- 3) Tilrettelagt eierskifte?
- 4) Kontraktsbestemmelsenes utforming
- 5) Fastsettelsen av oppdragsgivers vederlag
- 6) Fordeling av risiko i leieperioden

# Kjøp av ikke-eksisterende bygning

- Hovedregel: bygge- og anleggskontrakt
  - Definisjonen av ”bygge- og anleggskontrakt” i anskaffelsesforskriften del I § 4-1 bokstav a er vid
    - ikke avgjørende betydning at oppdragsgiver ikke har fastlagt detaljerte spesifikasjoner for utformingen av bygget
- EU-domstolen sak C- 399/08 (Scala) premiss 52:
  - definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt må fortolkes på en slik måte at den sikrer anskaffelsesregelverkets effektive virkning

- EU-domstolens sak C-536/07 premiss 55
  - avgjørende at bygge- og anleggsarbeidene blir utført i henhold til oppdragsgivers fastlagte behov
- Kan foreligge en reell kjøpekontrakt selv om bygget ikke er oppført på tidspunktet for kontraktsinngåelsen
  - Endel til før unntaket kommer til anvendelse



- Klagenemndas sak 2009/1 (Demokratene Askøy) premiss 61
  - må dreie seg om kjøp av et ferdig prosjekt
  - Kontrakt nr. 1:
    - forprosjekt utarbeidet av en leverandør som hadde kontaktet oppdragsgiver med forespørsel om hvorvidt prosjektet var av interesse
  - Kontrakt nr. 2:
    - Oppdragsgiver vurderte muligheten for å erverve flere leiligheter i samme område
    - oppdragsgivers anskaffelsesbehov måtte dekkes ved nyoppføring

# Kan enerettsunntaket anvendes på kontrakter om ikke-eksisterende bygg?

- Aktuell problemstilling ved erverv av tomt sammen med nyoppførte bygninger
- Klagenemndas sak 2009/170 (Roy Wivestad) premiss 48 flg.
  - Ikke utelukket, men skal mye til



# Hva kan man gjøre - oppsummering

## – Leiekontrakter

- Ingen hindring at bygget ikke er oppført, så lenge kontraktens karakter er en reell leiekontrakt

## – Kjøpekontrakt

- Entreprenører har mulighet til å selge inn ferdige prosjekter til oppdragsgiver
- Oppdragsgiver kan orientere seg i markedet om det er noen som kan selge ferdige prosjekter

## – Anskaffelsesloven § 5

TAKK FOR OPPMERKSOMHETEN !

Advokat Marianne H. Dragsten

[marianne@anskaffelsexperten.no](mailto:marianne@anskaffelsexperten.no)

Mobil: 93 21 97 59

[www.anskaffelsexperten.no](http://www.anskaffelsexperten.no)

