

EUROJURIS INFORMERER

Nr. 3/2017 - 23. årgang

Anskaffelses- og
entrepriserett





Eurojuris Norge AS er en sammenslutning av 16 selvstendige advokatfirmaer spredt over hele landet. Våre advokater bistår næringslivet, organisasjoner, det offentlige og privatpersoner med alle typer juridiske tjenester. Advokatfirmaene i Eurojuris Norge har en sterk lokal forankring og god lokalkunnskap, og de er ledende firmaer innen sine regioner. Eurojuris Norge er dessuten tilsluttet Eurojuris International, Europas ledende uavhengige nettverk av advokatfirmaer.

Ved utgivelsene av Eurojuris Informerer ønsker vi å gi våre kunder og forbindelser innsikt i relevante og praktiske temaer på ulike rettsområder. Denne utgaven inneholder artikler om spørsmål knyttet til anskaffelses- og entrepriseretten.

Utbyggingsprosjekter er komplekse, og store verdier er involvert. God planlegging og et vellykket samspill mellom tekniske og kommersielle interesser er avgjørende for styring av risiko og resultat.

Spillereglene i gjennomføringsfasen er i utgangspunktet like for både offentlige og private byggherrer, men offentlige byggherrer må følge gitte prosedyrer i anskaffelsesfasen. Disse anskaffelsesreglene oppleves ofte som svært formalistiske. Reglene skal sikre åpne og forutsigbare prosesser, og det er derfor grunnleggende at aktørene opplever at reglene følges. Samtidig har det vært eksempler på at reglene i seg selv fører til dyrere prosjekter, og at de kan være prisdrivende og medføre ødsling med fellesskapets midler. Lovgiver har derfor nylig vedtatt praktiske tilpasninger som presenteres i dette heftet. I tillegg inneholder heftet nyttige artikler om emner i ulike faser i et byggeprosjekt.

I Eurojuris Norge har vi mange advokater med høy kompetanse både innen anskaffelses- og entrepriserett. Gjennom deres arbeid høstes erfaringer som deles i nettverket, og som benyttes til ytterligere å øke kvaliteten på våre tjenester. Vi håper tekstene skaper forståelse og kommer til nytte. Ved spørsmål til artiklene eller annet kan advokatene i Eurojuris Norge selvsagt kontaktes for ytterligere og utdypende informasjon.

Avslutningsvis bruker vi anledningen til å kunngjøre at vi i sommer fikk et nytt medlemskontor i Eurojuris Norge. Vi er veldig glade og stolte over at Advokatfirmaet Halvorsen & Co med base på Lillestrøm/Romerike nå er medlemmer, og at de med sin kompetanse og posisjon ytterligere vil styrke Eurojuris Norge. Mer informasjon om dette kontoret og deres fagfelt finner du på eurojuris.no samt på hjemmesiden halvorsenco.no.

God lesing!

Bjarte Røyrvik
Styreleder i Eurojuris Norge AS

Besøk vår hjemmeside
www.eurojuris.no

Utgivelsesdato: Oktober 2017

	Side
Gjennomføring av tilbudskonkurransen og dialogen ved offentlige anskaffelser Advokat Kjersti Andreassen Aas	4
Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten Advokat Liv Shelby	10
Entreprenørens rett til å stanse arbeidet ved forsinket betaling Advokat Trond Bjørnsen	18
Ulovlig anbudssamarbeid – dom i Taxi-saken Advokat Ellen Tangen Eilerås	24
Når er prisoverslag bindende for entreprenøren i forbrukerforhold? Advokat Lars Harald Rylandsholm og advokatfullmektig Siri Kjeldaas	30
Bruk av avtaler om solidarisk ansvar mellom tekniske underentreprenører Advokat Lise Siverts	38
Fravikelse av standardkontrakt Advokat Øyvind Baldersheim og advokatfullmektig Per Erik Juvkam	46
Overtakelse og sluttoppgjør i entreprisesaker Advokat Håkon Sannrud	51
Advokatfirmaet Halvorsen & Co	59

Gjennomføring av tilbudskonkurransen og dialogen ved offentlige anskaffelser

Av advokat Kjersti Andreassen Aas
kjersti.andreassen.aas@ytterbol.com



Kjersti Andreassen Aas er advokat og partner i Advokatfirmaet Ytterbøl & Co. Hun arbeider primært med kontraktsrett og offentlige anskaffelser, særlig innenfor bygg- og anleggsbransjen, og hun bistår jevnlig både byggherresiden og entreprenørsiden (offentlige og private). Bistanden omfatter utforming av konkurransegrunnlag og kontrakter, bistand i forhandlinger og ved klager.

1. NYTT REGELVERK OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1. januar 2017 trådte ny lov og forskrift om offentlige anskaffelser i kraft (heretter henholdsvis LOA og FOA). En av de viktigste endringene i FOA er at oppdragsgivere nå har rett til å forhandle med leverandører ved anskaffelser som hører inn under FOA del II. For bygge- og anleggskontrakter vil det si anskaffelser med en verdi på mellom 1,1 og 44 millioner kroner eks. mva. I den nye forskriften er det innført to nye konkurranseformer for anskaffelser som omfattes av del II.

2. PROSEDYRENE ÅPEN OG BEGRENSET TILBUDSKONKURRANSE

Ved anskaffelser etter del II skal oppdragsgiveren i henhold til FOA § 8-3 bruke prosedyrene åpen eller begrenset tilbudskonkurranse. Dette er to helt nye prosedyrer som er innført med ny forskrift om offentlige anskaffelser. Åpen og begrenset tilbudskonkurranse er også de to eneste konkurranseformene for anskaffelser som reguleres av FOA del II. Begge disse prosedyrene gir oppdragsgiver rett til å ha dialog med leverandørene etter tilbudsfristens utløp.

Ved en åpen tilbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører gi tilbud. Det innebærer at oppdragsgiveren må vurdere og evaluere alle tilbudene som kommer inn. Ved begrenset tilbudskonkurranse kan alle

interesserte leverandører levere forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgiveren skal først foreta en prekvalifisering, hvor han på bakgrunn av de innkomne forespørslene om deltakelse, vurderer om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene. Bare de leverandørene som oppfyller kravene og blir invitert til å delta i konkurransen, kan gi tilbud.

Oppdragsgivere kan nå i alle anskaffelser som reguleres av del II, føre dialog og forhandlinger om alle sider av tilbudet og andre mottatte dokumenter eller opplysninger, jf. FOA § 9-3 (1). Begrepet dialog omfatter all kommunikasjon mellom oppdragsgiveren og leverandørene, dvs. alt fra avklaringer av uklarheter eller retting av avvik til enkle eller mer omfattende forhandlinger med én eller flere leverandører. Dialogen kan også benyttes til å ettersende dokumenter eller lignende. Forhandlingsforbudet er nå opphevet, og oppdragsgiver har fått en forhandlingsrett.

3. PLANLEGGING AV DIALOGEN

Først når tilbudsfristen utløper, må oppdragsgiver bestemme seg for om han vil gjennomføre dialog eller ikke. Men hvis han planlegger å gjennomføre dialog, må han angi dette i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan imidlertid ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp hvis han ikke har behov for å kjøre dialog likevel.



Oppdragsgivere som har planer om å gjennomføre dialog, må også opplyse om planen er å gjennomføre dialog i form av avklaring av uklarheter/retting av avvik, eller om han vil gjennomføre forhandlinger. Videre er oppdragsgiver kun forpliktet til å si noe om gjennomføringen av dialogen hvis han har bestemt seg på forhånd. Dette gjelder blant annet med hensyn til hvor mange runder med forhandlinger som er planlagt, og om han har tenkt å forhandle med alle leverandørene.

Hvis oppdragsgiver planlegger å ikke gjennomføre dialog, kan han i anskaffelsesdokumentene angi at «oppdragsgiver ikke planlegger å ha dialog». Oppdragsgiveren kan også i dette tilfellet ombestemme seg og fravike planene etter tilbudsfristens utløp.

Dette gjelder oppdragsgiverens planer om å gjennomføre eller ikke gjennomføre dialog.

KOFA (Klagenemnda for offentlige anskaffelser) har nylig hatt sin første sak til behandling

Hvis oppdragsgiver planlegger å gjennomføre dialog, må han angi dette i anskaffelsesdokumentene.

vedrørende en tilbudskonkurranse i sak 2017/30 Fredrikstad kommune vs. Lekolar AS. Saken omhandlet kjøp av leker til barnehager og skoler i kommunen. Kommunen hadde i anskaffelsesdokumentene gitt uttrykk for at planen var å tildele kontrakt «uten å ha dialog med leverandørene utover å foreta eventuelle avklaringer eller korrigeringer». Dialog i form av forhandlinger ville likevel bli gjennomført, «dersom oppdragsgiver, etter at tilbudene er mottatt vurderer det som hensiktsmessig».

KOFA uttrykte om dette at

«Det klare utgangspunkt er likevel at oppdragsgiver ikke blir bundet av dette. Oppdragsgiver plikter kun å angi hva han «planlegger» å gjøre, og har som hovedregel rett til å ombestemme seg.»

Det er altså først hvis oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene angir at de har bestemt seg for å gjennomføre dialog, at de ikke kan ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp.

Det samme gjelder for oppdragsgivere som uttrykkelig fraskriver seg muligheten til dialog i anskaffelsesdokumentene. De har heller ikke mulighet til å ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp. En oppdragsgiver som skriver at han har bestemt seg for ikke å ha dialog, går

lenger enn å angi planene sine og kan av hensyn til forutberegnelighetsprinsippet ikke ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp.

En oppdragsgiver bør tenke seg nøye om før han fraskriver seg muligheten til å gjennomføre dialog i en konkurranse da det ofte vil være hensiktsmessig å kunne foreta rettinger og avklaringer. Et tilbud inneholder som regel noen uklarheter eller avvik. Det er også sjelden at en oppdragsgiver ikke vil ha behov for å kunne gjennomføre forhandlinger om løsninger, kvalitet, pris og juridiske forhold i tilbudet.

4. GJENNOMFØRING AV DIALOGEN

Oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt til å velge hva han vil ha dialog om, hvor mange leverandører han vil ha dialog med, og hvordan dialogen skal gjennomføres etter tilbudsfristens utløp. Leverandører må derfor være forberedt på at de ikke kommer til forhandlingsbordet. En første reduksjon av tilbydere kan skje før forhandlingene.

Oppdragsgivers handlefrihet er imidlertid begrenset av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene og da især hensynet til forutberegnelighet og likebehandling av tilbydere.

Oppdragsgivere som uttrykkelig fraskriver seg muligheten til dialog i anskaffelsesdokumentene, har heller ikke mulighet til å ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp.



Av hensyn til forutberegnelighet for leverandørene må det ses hen til hva oppdragsgiver har angitt i anskaffelsesdokumentene. Har oppdragsgiver klart angitt hvor mange han skal ha dialog med, hva dialogen skal gjelde og om den skal skje i én eller flere faser, kan han ikke fravike dette etter tilbudsfristens utløp. Forutberegnelighetsprinsippet fratar imidlertid ikke oppdragsgiveren retten til å ombestemme seg om det kun er gitt uttrykk for oppdragsgiverens planer i anskaffelsesdokumentene.

Likebehandlingsprinsippet setter krav til hvordan dialogen kan gjennomføres. Det er ikke adgang til å forskjellsbehandle leverandørene under dialogen. Leverandørene må gis de samme mulighetene. Oppdragsgiver kan ikke velge å forhandle med noen mens dialogen med andre kun åpner opp for å avklare eventuelle uklarheter eller ettersending av dokumenter. Gis en leverandør mulighet til å gi et forbedret tilbud hva gjelder pris, kvalitet på det som tilbys, eller annet, må alle leverandørene det gjennomføres dialog med, få samme muligheten.

Hvis oppdragsgiver kun velger å forhandle med enkelte av leverandørene, må utvelgelsen skje på

bakgrunn av tildelingskriteriene og slik tilbudene foreligger ved tilbudsfristens utløp. Ønsker oppdragsgiveren å forhandle i flere faser, har han i utgangspunktet anledning til det. Et eksempel på forhandling i flere faser er at oppdragsgiver starter med en leverandør og utvider kretsen ved behov. Det har oppdragsgiver anledning til så sant han ikke har gitt beskjed til de leverandørene som «sitter på gjerdet» om at de ikke lenger er med i konkurransen.

5. OPPSUMMERING

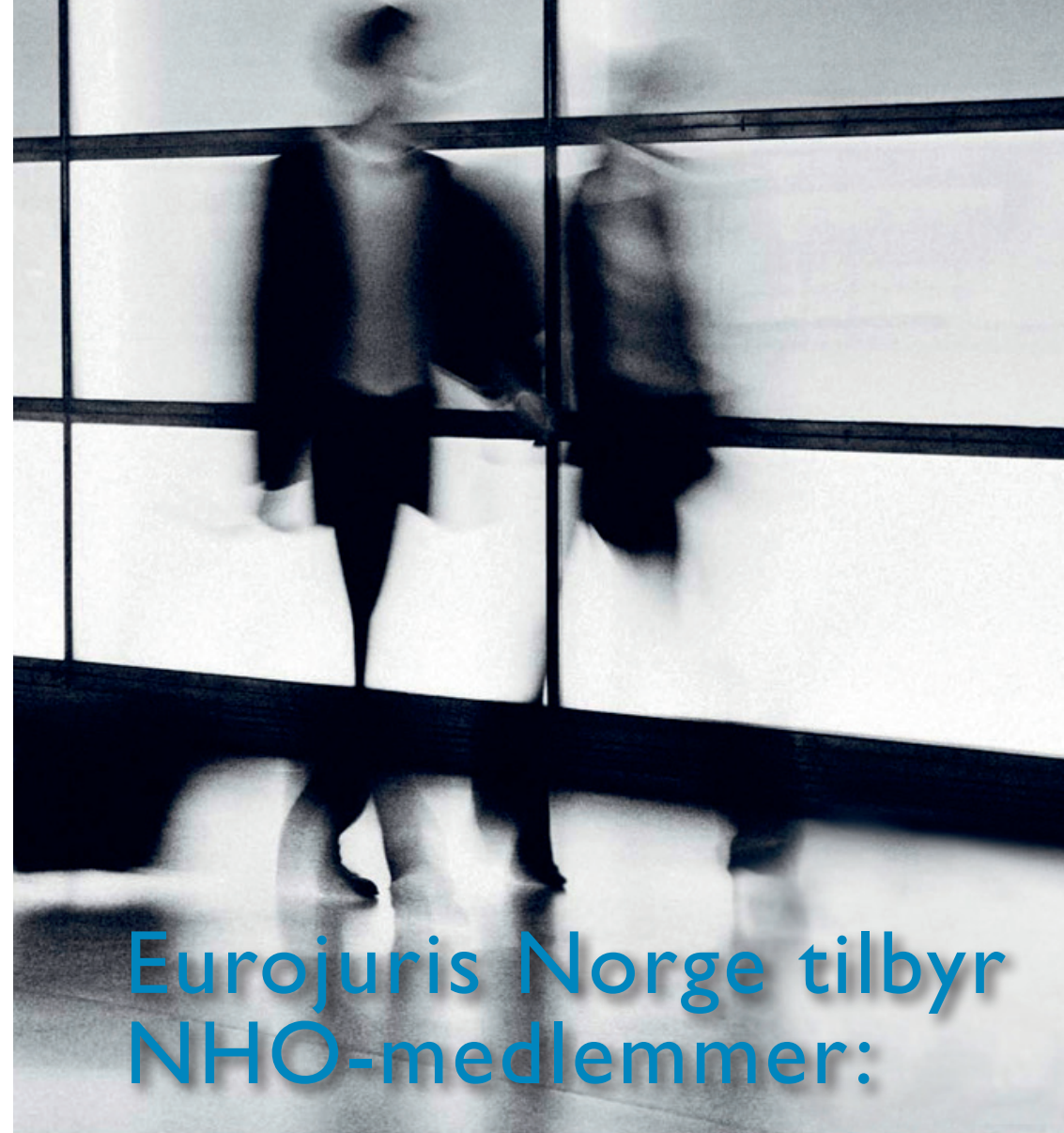
Oppsummert har oppdragsgiver stor frihet ved gjennomføringen av tilbudskonkurransen så lenge oppdragsgiver likebehandler leverandørene og gjennomfører en forutberegnelig prosess. Oppdragsgiver kan i stor grad ombestemme seg etter tilbudsfristens utløp så lenge det ikke er gitt uttrykk for annet enn «planer» i anskaffelsesdokumentene. Dette gjelder spørsmålet om det skal være dialog eller ikke, dialogens innhold og hvordan dialogen skal gjennomføres. Leverandører må derfor lese konkurransegrunnlaget nøye for å avdekke om oppdragsgiver oppgir sine planer for tilbudskonkurransen.



For leverandører er det imidlertid vanskelig å posisjonere seg for forhandlinger i tilbudet når leverandøren ikke vet om det blir forhandlinger. Videre er det usikkert om det gjennomføres forhandlinger med alle leverandørene som har levert tilbud. Med en slik usikkerhet må leverandørene uansett inngi sitt beste tilbud

med en gang. Hensikten med endringen fra forhandlingsforbud til mulighet for å forhandle om alle sider av tilbudet, var å effektivisere ressursbruken og få bedre og mer tilpassede anskaffelser. Det gjenstår å se om endringen blir noe annet enn en ren «pruterunde» for oppdragsgiver.

Forutberegnelighetsprinsippet fratar ikke oppdragsgiveren retten til å ombestemme seg om det kun er gitt uttrykk for oppdragsgiverens planer i anskaffelsesdokumentene.



Eurojuris Norge tilbyr NHO-medlemmer:

- Advokattjenester av høy kvalitet
- En times gratis førstekonsultasjon
- 15 % rabatt på gjeldende priser
- Topp prioritet og 24 timers responstid
- Eget NHO-telefonnummer – 800 32 500

Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten

Av advokat Liv Shelby
liv.shelby@projure.no



Liv Shelby er advokat i Projure Advokatfirma og er del av faggruppen for bygg og anlegg. Hun bistår også med generell kontraktsrett, anskaffelsesrett, forvaltningsrett, og hun håndterer barnevernssaker for offentlige klienter.

1. INNLEDNING

Som for alt regelverk er anskaffelsesretten bygget på et sett hensyn eller grunnleggende prinsipper. Prinsippene har et todelt formål; de kan danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter; og de fungerer som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser. Det betyr at ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, vil den løsningen som støttes av de grunnleggende prinsippene, som utgangspunkt måtte legges til grunn. Derfor er det viktig å vite litt om innholdet i de ulike prinsippene. Det vil kunne bedre forståelsen av enkeltbestemmelsenes formål og utforming, og det gir oppdragstakere og -givere informasjon om hvilke vurderinger som kan bli utslagsgivende.

Prinsippene skal bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål. I anskaffelsesloven § 1 er det formulert slik:

«Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunns-tjenlig måte.»

Med «samfunnstjenlig måte» menes at anskaffelsen skal ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.

Prinsippene har dels utspring i EØS-avtalens regler om de fire friheter; dels er de forankret i

anskaffelsesdirektivene. Det norske regelverket bygger dermed på det som kan utledes av disse regelverkene, i tillegg til forvaltningsrettens prinsipper om forsvarlig saksbehandling.

2. HVILKE KONKRETE PRINSIPPER DREIER DET SEG OM?

Prinsippene er lovfestet i anskaffelsesloven § 4: konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet. Det er ikke dermed slik at andre grunnleggende prinsipper i vårt rettssystem ikke får anvendelse, men de må i så tilfelle avveies mot prinsippene som særlig gjelder i anskaffelsesretten.

Anskaffelsesregelverket og prinsippene det bygger på, skal så langt det er mulig anvendes på samme måte i EØS-området. Det skal virke i til dels svært ulike rettskulturer med vesensforskjellig tilnærming til juridisk metode, herunder hvordan generelle prinsipper kan få gjennomslagskraft. Det nærmere innholdet i og rekkevidden av forpliktelsene som kan utledes av prinsippene, vil derfor i første rekke måtte avklares gjennom praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Det innebærer at det i første rekke er disse domstolene som skal gi føringer både for tolkningsspørsmål og dessuten gi retningslinjer for metodebruken når prinsippene anvendes. Norske rettsanvendere, herunder KOFA og norske domstoler, skal rette seg etter praksis herfra.



Flere av prinsippene gjelder også i norsk rett for øvrig, og en kan reise problemstillingen om en kan legge til grunn det samme innhold og rekkevidde som gjelder ellers i vårt rettssystem. Departementet skriver i lovens forarbeider om dette at det må utvises varsomhet med å legge noe mer eller noe annet i prinsippene enn EØS-retten gir grunnlag for.

Innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. Hva som er forholdsmessig, vil naturligvis avhenge av omfanget og kompleksiteten i anskaffelsen. Det konkrete innholdet i disse kravene beror imidlertid på den konkurranse som er gjennomført, og særlig hva som er kommunisert til markedet og tilbyderne, jf. KOFA sak 2011/328 avsnitt 29.

Utslag av de grunnleggende prinsippene finnes en rekke steder i anskaffelsesregelverket. Som nevnt kan prinsippene danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter. Det innebærer at det ikke er tilstrekkelig for oppdragsgiver å overholde de lovfestede bestemmelsene, hvis han bryter med ett eller flere av prinsippene i måten det gjøres på. Dette kan illustreres med et eksempel. Etter anskaffelsesforskriften §§ 9-4 (2) og 24-1 kan oppdragsgiver avvise et tilbud som kommer etter fristen. Oppdragsgiver kan ikke velge å avvise én leverandør og ikke en annen hvis de begge leverer for sent. Oppdragsgiver må behandle alle leverandører likt med hensyn til hver avvisningsgrunn.

Det kan også være verdt å nevne at de ulike prinsippene av og til må avveies mot hverandre.

Prinsippene er lovfestet i anskaffelsesloven § 4: konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.

Eksempelvis vil prinsippet om forholdsmessighet gjøre at enkelte former for indirekte diskriminering tillates.



3. NÅR GJELDER PRINSIPPENE?

Prinsippene gjelder alltid når loven kommer til anvendelse, jf. anskaffelsesloven § 2. Det vil som hovedregel si alle offentlige anskaffelser over kr 100 000 eks. mva. uavhengig av hvilken forskrift som kommer til anvendelse.

Det er forutsatt fra lovgivers side at oppdragsgiverne også bør opptre i henhold til prinsippene ved anskaffelser under kr 100 000 eks. mva., jf. Innst. 358 L (2015-2016), s. 16–17. Ved slike anskaffelser bør det forventes at den offentlige oppdragsgiver som et minimum innhenter tilbud fra flere leverandører.

4. FORHOLDSMESSIGHET

Forholdsmessighetsprinsippet eller proporsjonalitetsprinsippet er ett av de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene. Det har til formål å sikre at de beslutninger som treffes og de tiltak som settes i verk, er forholdsmessige med hensyn til de mål som ønskes oppnådd. Det skal være en passende balanse mellom mål og virkemiddel.

For anskaffelsesretten har det som konsekvens at oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsens

art, omfang, verdi og kompleksitet. Gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene styres dermed av forholdsmessighetsprinsippet. Oppdragsgiver skal ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen. At det gjelder ulike krav for anskaffelser under og over terskelverdiene, og at enkelte anskaffelser er unntatt fra loven, er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet.

Litt forenklet taler vi om nasjonale terskelverdier og EØS-terskelverdier. Disse er regulert i anskaffelsesforskriften § 5-1 jf. § 5-3, og har betydning for hvilken del av anskaffelsesforskriften som gjelder. Nasjonal terskelverdi er kr 1 100 000. EØS-terskelverdiene er kr 1 100 000 for statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser; kr 1 750 000 for andre oppdragsgivers vare- og tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser; og kr 44 000 000 for bygge- og anleggskontrakter. Alle beløp er eks. mva.

Plikter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, må tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang. Jo mindre og enklere en anskaffelse er, jo mindre vidtrekkende prosedyrekrav kan utledes av de øvrige prinsippene. Dette får betydning for alle ledd i anskaffelsesprosessen som åpner for oppdragsgivers valg og vurderinger; i avgrensningen av ytelsen, spesifiseringen av hva det skal konkurreres om, i fastsettelsen av frister, i forbindelse med en eventuell vurdering av hvor mange leverandører som bør kontaktes, ved vurderingen av den enkelte leverandørs egnethet osv.

5. KONKURRANSE

Konkurranser anses som et egnet virkemiddel for å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk i det offentlige. Konkurransesprinsippet er også sentralt i EU/EØS-retten. Hovedregelen er at konkurranse skal avholdes. Det gjelder alle anskaffelser

som er omfattet av lov og forskrift, både over og under terskelverdiene.

Over terskelverdiene ivaretas konkurranseprinsippet ved at oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen, enten i den nasjonale databasen (Doffin) for anskaffelser etter del II, eller i TED-databasen for anskaffelser etter del III. Ved å kunngjøre har oppdragsgiver mulighet til å nå ut til et større marked. Forutsatt at markedet responderer, vil oppdragsgiver få flere valgmuligheter når det gjelder pris og kvalitet.

Under terskelverdiene må oppdragsgiver også sørge for konkurranse om kontrakten ved at oppdragsgiver gjør oppdraget kjent for et rimelig antall leverandører, for på denne måten å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet. Det kan eksempelvis gjøres gjennom en frivillig kunngjøring av konkurranse på Doffin eller ved at oppdragsgiver selv innhenter tilbud fra flere. I valget av hvilke leverandører som skal få muligheten til å inngi tilbud, bør oppdragsgiver iakttas likebehandlingsprinsippet.

Kravet til konkurranse gjelder så langt det er mulig. Kun unntaksvis vil oppdragsgiver derfor kunne tildele en kontrakt direkte til en leverandør uten konkurranse. De tilfeller som er unntatt i anskaffelsesforskriften kap. 2, er typisk situasjoner hvor konkurranse ikke egner seg, for eksempel leie eller erverv av en eksisterende bygning, jf. anskaffelsesforskriften § 2-4 første ledd bokstav a.

6. LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET

Likebehandlingsprinsippet dekker både diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og usaklig forskjellsbehandling på annet grunnlag. Forbudet mot diskriminering gjelder kun der forskjellsbehandlingen er knyttet til nasjonalitet eller lokal tilhørighet, mens likebehandlingsprinsippet gjelder all forskjellsbehandling.



Prinsippet om ikke-diskriminering er ett av de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsipper og innebærer at det ikke skal diskrimineres mellom leverandører på bakgrunn av nasjonalitet.

Forbudet mot diskriminering innebærer at en oppdragsgiver ikke kan fastsette krav eller kriterier, eller foreta handlinger eller unnlatelser, som gjør at utenlandske leverandører diskrimineres og/eller at norske leverandører favoriseres. Både direkte diskriminering og indirekte diskriminering er forbudt. Dette gjelder både åpenlys forskjellsbehandling, og enhver form for skjult forskjellsbehandling. Stilles det krav om bruk av leverandører/materialer fra et utvalgt EØS-land, vil det være direkte diskriminering, jf. EU-domstolens sak C-243/89 (Storebælt). Indirekte diskriminering kan være dokumentasjonskrav som kun norske leverandører kan tilfredsstille, uten at kravet er saklig eller nødvendig etter en objektiv vurdering.

Språkkrav vil i utgangspunktet være indirekte diskriminerende. Det må vurderes konkret om diskrimineringen er tillatt. Normalt vil det være tillatt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk, eller kreve at tilbudet er på norsk. Hensynet til forholdsmessighet og praktisk gjennomføring har i slike tilfeller slått igjennom. Stilles det krav om at ansatte skal prate og forstå et bestemt språk, vil det trolig være uproblematisk hvis anskaffelsen gjelder kjøp av tjenester hvor kommunikasjon er sentralt. Da er kravet saklig

og objektivt begrunnet. Gjelder anskaffelsen renholdstjenester, er kravet neppe saklig.

Krav om lokal tilhørighet vil også være indirekte diskriminerende. Et slikt krav vil være brudd på likebehandlingsprinsippet hvis kravet for eksempel er begrunnet i lokale myndigheters ønske om å favorisere lokale leverandører. Er det derimot begrunnet i nødvendigheten av hyppig tilstedeværelse på møter mv., kan det etter en konkret vurdering anses som saklig og nødvendig.



Utover prinsippet om forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, gjelder det også et generelt likebehandlingsprinsipp. Dette har også sitt utspring i EU/EØS-retten.

Prinsippet er ikke et generelt forbud mot forskjellsbehandling, men skal sikre at alle potensielle leverandører gis like muligheter. Like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet. For å vurdere om to tilfeller lovlig kan behandles forskjellig, må det derfor først vurderes om tilfellene er sammenlignbare.

Likebehandlingsprinsippet innebærer også at all informasjon som blir gjort tilgjengelig for en leverandør, også må gjøres tilgjengelig for de andre leverandørene. Hvis oppdragsgiver blir kontaktet av én av leverandørene, og gir denne

svar på spørsmål eller ny eller supplerende informasjon, må oppdragsgiver sørge for at de andre leverandørene også mottar denne informasjonen samtidig. Dette prinsippet gjenfinner vi også i forskriften. En leverandør som får informasjon tidligere enn de øvrige, vil kunne få et konkurransefortrinn. Har en leverandør gitt råd til oppdragsgiveren forut for konkurransen, skal oppdragsgiveren treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel hvis han deltar i konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften §§ 8-2 og 12-2.

At oppdragsgiver ikke kan gi fordeler til utvalgte leverandører, kan være vanskelig å håndtere i praksis, for eksempel ved fornying av løpende avtaler. Leverandøren som tidligere har hatt leveransen, vil kunne ha store konkurransefordeler. Ved spesialtilpassede IT-leveranser vil eksisterende leverandør allerede ha utarbeidet programvare tilpasset oppdragsgivers behov. Denne leverandøren vil dermed kunne inngi et prisgunstigere tilbud, fordi en normalt vil unngå eller få sterkt reduserte kostnader med å utvikle ny programvare. I tillegg slipper denne leverandøren kostnadene ved å overføre til et nytt program. Oppdragsgiver plikter å utjevne slike fordeler og må gjøre det på en måte som ikke bryter med de øvrige prinsippene eller lovens formål. Hvordan dette skal løses, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

For anskaffelser som skjer etter anskaffelsesforskriften del II (under EØS-terskelverdiene), har oppdragsgiver mulighet til å velge begrenset tilbudskonkurranse. Dette innebærer at oppdragsgiver selv inviterer aktuelle leverandører, jf. anskaffelsesforskriften § 8-3 jf. § 9-2 (2). Oppdragsgiver står etter ordlyden fritt i dette valget. Det må likevel antas at hvis det i det aktuelle markedet er fem leverandører, vil det være i strid med likebehandlingsprinsippet om kun

fire av disse inviteres uten at det foreligger en saklig grunn. Hvilke skranker de grunnleggende prinsippene vil sette med hensyn til hvordan oppdragsgiver inviterer leverandører, vil trolig måtte fastlegges i rettspraksis.

Anskaffelsesregelverket åpner nå for at oppdragsgiver kan ha dialog med én eller flere leverandører, og dialogen kan gå ut på forhandlinger, jf. anskaffelsesforskriften § 9-3. Likebehandlingsprinsippet vil også gjelde her; noe bestemmelsen også direkte uttrykker, men det er vanskelig å se for seg hvilke utslag det vil gi i praksis. Forhandlinger er typisk individuelle basert på den enkelte leverandørs tilbud, og et forhandlingsresultat må vurderes under ett, ikke på enkeltelementer.

Likebehandlingsprinsippet innebærer også at hvis oppdragsgiver vil vektlegge sine egne erfaringer med leverandørene, må han samtidig åpne for at leverandørene, både dem han har erfaring med og ikke, får mulighet til å dokumentere sin erfaring også på andre måter. Dette kan for eksempel gjøres ved at de får fremlegge attester eller referanser fra andre oppdragsgivere. Dokumentasjon som blir fremlagt, må etter likebehandlingsprinsippet evalueres etter de samme kriterier som oppdragsgivers egne erfaringer.

7. PRINSIPPENE OM FORUTBEREGNELIGHET OG ETTERPRØVBARHET

Dette er prinsipper som springer ut fra det EU-rettslige gjennomsluktighetsprinsippet. Dette skal sikre åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen og forhindre ulovlig forskjellsbehandling.

Forutberegnelighet innebærer at anskaffelsesprosessen skal være forutsigbar for leverandørene og skal sikre åpenhet om alle stadier i prosessen. Kravet om forutberegnelighet skal gjøre det

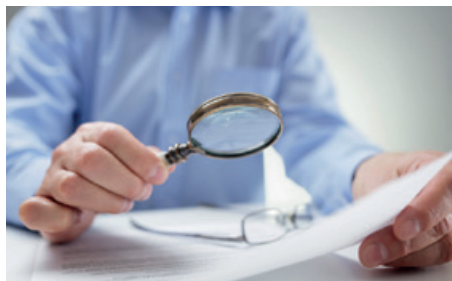


mulig for leverandørene å vurdere om de vil delta i konkurransen, og de skal kunne stole på at opplysningene om konkurransen blir fulgt. Det skal klart fremgå hva som skal anskaffes, hvordan konkurransen skal gjennomføres, hvilke krav til leverandøren som skal gjelde, hvilke kriterier som legges til grunn for valget av leverandør, og omfang og lengde på kontrakten.

KOFA har i flere saker lagt til grunn at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det «for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres», og at det må «inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud», jf. KOFA sak 2011/49 premiss 36. Kravet innebærer dessuten at «oppdragsgiver i anskaffelsesprosessen må forholde seg til de opplysningene som er gitt i kunngjøringen og ellers i prosessen», jf. KOFA 2008/99 premiss 66 og 2008/39 premiss 82.

Kravet om etterprøvbarhet skal ivareta leverandørenes rettsikkerhet og gjøre det mulig, både for leverandører og eventuelle tredjeparter, å sjekke om oppdragsgiver har fulgt reglene som gjelder for konkurransen og dermed har opptrådt på en måte som forvalter samfunnets ressurser effektivt.

Oppdragsgiver må kunne dokumentere hva som har foregått i anskaffelsesprosessen, og



hvilke beslutninger som er tatt. De vurderinger som er gjort, og den dokumentasjonen som har betydning for gjennomføringen av konkurransen, skal være skriftlig og tydelig. Den skal også være tilstrekkelig utfyllende, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan forstå oppdragsgivers vurderinger.

Flere regler i anskaffelsesregelverket kan ses på som et utslag av kravet til etterprøvbarhet. Dette gjelder for eksempel reglene om oppdragsgivers protokollplikt og oppdragsgivers plikt til å gi en begrunnelse for valg av leverandør. På bakgrunn av prinsippet må leverandørene, og allmennheten generelt, også kunne få innsyn i dokumenter som kan vise hvordan anskaffelsesprosessen har foregått, for å kontrollere at oppdragsgiver har fulgt anskaffelsesregelverket.

8. MILJØ, MENNESKERETTIGHETER OG ANDRE SAMFUNNSHENSYN

I omtalen av grunnleggende prinsipper er det også verdt å nevne anskaffelsesloven § 5, som i hovedsak er ny ved 2016-loven. Den pålegger offentlige myndigheter å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Dette skal blant annet skje ved at oppdragsgiveren tar hensyn til livssyklus-kostnader. Disse oppdragsgiverne skal også ha egnede rutiner for å fremme respekt for

grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.

Bestemmelsen i § 5 skal regulere hvordan ulike samfunnshensyn skal og kan ivaretas i en anskaffelsesprosess, og den stiller overordnede krav til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis. Dette innebærer at oppdragsgiver må ha vurdert hvilke anskaffelser som utgjør en vesentlig miljøbelastning, slik at det er relevant å stille miljøkrav, og han skal ha utformet rutiner for hvordan disse anskaffelsene skal følges opp.

Det er forutsatt i lovens forarbeider at kravene til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis må reflekteres i de enkelte anskaffelsene som gjennomføres. Dette må underlegges en grad av rettslig kontroll. Oppdragsgivers anskaffelsesstrategi eller -rutiner, og hvorvidt disse er fulgt opp i den enkelte anskaffelse, vil være vurderingstema. Hvordan oppdragsgiver konkret velger å la disse hensynene komme til uttrykk i de enkelte anskaffelsene, for eksempel hvordan oppdragsgiver formulerer relevante miljøkrav ved utformingen av konkurransegrunnlaget i en konkret anskaffelse, er imidlertid underlagt det innkjøpsfaglige skjønn.

Bestemmelsen viser at oppdragsgiver kan ivareta et vidt spekter av samfunnshensyn i en anskaffelsesprosess, ikke bare pris og økonomiske hensyn i snever forstand. Det må imidlertid gjøres på riktig måte. Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige vilkår er oppfylt.

Det kan stilles spørsmål ved hvordan hensynene i § 5 skal avveies mot de grunnleggende prinsippene i § 4. Som nevnt skal anskaffelser skje på en samfunnstjenlig måte, og hensynene i § 5 må antas å inngå i begrepet samfunnstjenlig. Hensynene i § 5 kan omsettes til krav eller krite-



rier på alle trinn i prosessen. De grunnleggende prinsippene er mer å anse som virkemidler for å nå disse målene, samtidig som de setter skranke for hvordan hensynene kan konkretiseres. Det vil for eksempel ikke være et brudd på likebehandlings- eller konkurranseprinsippet hvis oppdragsgiver setter et bestemt utslippskrav som kvalifikasjonskrav til varen som skal anskaffes, selv om det utelukker fra konkurransen alle som ikke tilfredsstiller angjeldende krav. Derimot kan det være brudd på disse prinsippene hvis utslippskravet ikke har tilknytning til leveransen, men settes som krav til den generelle virksomheten.

I lovforarbeidene drøftet departementet denne problemstillingen opp mot enkelte av prinsippene, og det er nevnt at krav og kriterier må ligge innenfor rammene av disse. Det er understreket at forholdsmessighetsprinsippet alltid må overholdes slik at kravene som stilles, står i rimelig forhold til det som anskaffes. Den miljømessige effekten av kravene må veies opp mot kostnader og administrative byrder som oppdragsgiveren og leverandøren påføres ved oppfølging og overholdelse av dem. Ikke alle anskaffelser utgjør en vesentlig miljøbelastning, og miljøkrav vil ha større effekt i store anskaffelser enn i små.

Flere regler i anskaffelsesregelverket kan ses på som et utslag av kravet til etterprøvbarhet. Dette gjelder for eksempel reglene om oppdragsgivers protokollplikt og oppdragsgivers plikt til å gi en begrunnelse for valg av leverandør.

Entreprenørens rett til å stanse arbeidet ved forsinket betaling

Av advokat Trond Bjørnsen
trond.bjornsen@projure.no



Trond Bjørnsen er advokat og partner i Projure Advokatfirma. Han arbeider primært med rådgivning for eiendomsutviklere, byggherrer, entreprenører og rådgivere innenfor bygg- og anleggsbransjen. Han bistår i alle faser av utbyggingsprosjekter, herunder ved kontraktsinngåelse, offentlige anskaffelser, entrepriseavtaler, rådgiverkontrakter samt tvisteløsning.

1. INNLEDNING

Det er et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten at partenes ytelser skal utveksles samtidig. Utgangspunktet er derfor at entreprenøren ikke kan kreve betaling før bygget eller anlegget overleveres. I entreprisetilfellene er det imidlertid mest naturlig å se det slik at entreprenøren presterer sin yttelse etter hvert som arbeidet utføres, og materialer og utstyr monteres inn i byggverket. Et særtrekk ved entreprise er videre at arbeidet som regel vil være langvarig og kostnadskrevende. Derfor bør det være rimelig sammenheng mellom byggherrens betaling og entreprenørens produksjon, slik at entreprenøren ikke påføres en uforholdsmessig likviditetsbelastning i byggeprosjektet.

Den alminnelige hovedregelen i standardkontraktene er at entreprenøren kan kreve betaling i takt med utførelsen og det som tilføres av materialer, se f.eks. NS 8405 pkt. 28.1. En naturlig konsekvens av at byggherren ikke betaler avdrag eller annet vederlag til avtalt tid, er at entreprenøren kan holde tilbake sin yttelse så fremt betalingsmisligholdet er vesentlig. Stansing av arbeidet kan være et effektivt virkemiddel for å tvinge frem betaling fra byggherren og begrense økonomisk tap i et bygge- eller anleggsprosjekt, men entreprenøren vil ha risikoen for at stansingen er rettmessig. Entreprenøren risikerer sanksjoner fra

byggherren som følge av kontraktsbrudd hvis han feilvurderer situasjonen.

I denne artikkelen behandler vi vilkårene for og risikoen ved å stanse arbeidet med utgangspunkt i reguleringen i standardkontrakten NS 8405.

2. AKTUELT VESENTLIG BETALINGS-MISLIGHOLD

Det følger av NS 8405 pkt. 30.2 at entreprenøren har rett til å stanse arbeidet ved vesentlig betalingsmislighold. Selv om partene ikke uttrykkelig har avtalt å bruke standardvilkårene, vil entreprenøren likevel ha rett til å stanse arbeidet ved forsinket betaling etter alminnelige kontraktsregler, jf. Rt. 1978 s. 1157.

Grunnvilkåret for å kunne stanse arbeidene er at byggherren har «misligholdt» sin betalingsforpliktelse, jf. NS 8405 pkt. 30.2. Om det foreligger et mislighold, avgjøres på bakgrunn av kontrakten mellom partene. Det må altså foretas en vurdering av om entreprenørens krav er berettiget, og om kravet er forfalt.

Hvis forfallstidspunktet ennå ikke har kommet, foreligger det ikke et mislighold. Hvis kravet fra entreprenøren bygger på en uriktig forståelse av at det er byggherren som har risikoen for et inntrådt forhold, foreligger det heller ingen betalingsforpliktelse for byggherren. Det samme



gjelder hvis byggherren har et motkrav, som tilsvarer eller overstiger entreprenørens krav. Entreprenørens krav må altså være rettmessig og forfalt for at det skal foreligge et mislighold.

Hvis den manglende betalingen skyldes manglende betalingsevne eller -vilje, vil det gjerne være enkelt å slå fast at det foreligger betalingsmislighold. Ofte er problemstillingen imidlertid at det foreligger en underliggende og reell uenighet

om hvorvidt et bestemt krav er rettmessig eller ikke. Som et eksempel kan man tenke seg at byggherren er forsinket med levering av tegninger, og at entreprenøren mener forsinkelsen har påført ham økte kostnader som følge av forlenget byggetid og nedsatt produktivitet. I slike tilfeller vil spørsmålet om byggherren har misligholdt sin betalingsforpliktelse, kunne bero på vanskelige faktiske og rettslige vurderinger.

Grunnvilkåret for å kunne stanse arbeidene er at byggherren har misligholdt sin betalingsforpliktelse. Om det foreligger et mislighold, avgjøres på bakgrunn av kontrakten mellom partene.



Det kreves videre at misligholdet er «vesentlig». Begrunnelsen for at det må være en høy terskel for å ta virkemidlet i bruk, er at stansing som regel får alvorlige konsekvenser for fremdriften og kostnadene i bygge- eller anleggsprosjektet. Hvis entreprenøren stanser arbeidet, vil dette påføre andre aktører i byggeprosjektet et økonomisk tap som byggherren er ansvarlig for (med mindre entreprenøren har feilvurdert egen rettsposisjon). Hvis betongentreprenøren stanser sine arbeidere, vil dette eksempelvis kunne medføre at de sidestilte tekniske entreprenørene ikke kommer i gang med sine arbeidere. Byggherren kan i et slikt tilfelle få krav mot seg om vederlagsjustering fra de tekniske entreprenørene, dagmultskrav fra leietakere osv. Stansing er ikke et forholdsmessig virkemiddel, fordi sanksjonen ikke avpasses i forhold til om betalingsmisligholdet er stort eller lite, kort eller langvarig, omtvistet eller ikke. Siden stansing rammer byggherren umiddelbart og hardt, bør rettigheten forbeholdes vesentlig betalingsmislighold. Med andre ord kan ikke entreprenøren stanse arbeidet så og si automatisk hvis et krav ikke betales innen forfall, f.eks. hvis beløpet er bagatellmessig.

Det må foretas en konkret vurdering av om misligholdet er vesentlig. Sentrale momenter i denne vurderingen er beløpets størrelse både isolert sett og sett i forhold til kontraktssummen. Det vil også kunne anses mer inngripende hvis avdragsfakturaen misligholdes, enn hvis misligholdet gjelder krav på vederlagsjustering for tilleggsarbeid. Videre vil det kunne ha betydning om betalingsmisligholdet er et gjentakende problem, eller om det skyldes en engangssvikt i rutiner e.l.

Imidlertid skal det neppe mye til før et betalingsmislighold må anses som vesentlig. Som et eksempel kan det vises til en dom avsagt i Eidsivating lagmannsrett 22. oktober 2003 der domstolen kom til at det forelå stansingsrett basert på at betalingsfristen av flere krav på til sammen ca. kr 150 000 var oversittet med inntil ca. 6 uker. I saken ble det også vektlagt at byggherren hadde få likvide midler, og at entreprenøren kun hadde mottatt en generell innsigelse om at fakturaene ikke ville bli betalt. Kontraktssummen i den aktuelle saken var på ca. MNOK 3.

3. FORVENTET VESENTLIG BETALINGS- MISLIGHOLD

Entreprenøren kan etter omstendighetene også ha rett til å stanse arbeidet der vesentlig betalingsmislighold ikke har inntrådt ennå, men der det er klart at byggherren vil komme til å misligholde sin betalingsforpliktelse vesentlig, jf. NS 8405 pkt. 30.2. For at entreprenøren skal kunne stanse arbeidene i disse tilfellene, må det foreligge høy grad av sannsynlighet for at betalingen av krav som ikke ennå er forfalt, kommer til å bli misligholdt. Måten byggherren har opptrådt på tidligere i kontraktsforholdet, kan gi grunn til bekymring og frykt for at fremtidige krav vil bli misligholdt, men gir som regel ikke tilstrekkelig grunnlag for å stanse produksjonen. Det må foretas en hypotetisk vurdering av utsiktene til å få betaling i fremtiden. Entreprenøren kan bare stanse produksjonen hvis det er «klart» at byggherren ikke vil komme til å oppfylle sin betalingsforpliktelse. Typiske situasjoner der vilkåret vil være oppfylt, er der det foreligger klare holdepunkter for at byggherren vil gå konkurs, eller der byggherren har klaggjort at et krav ikke vil bli betalt ved forfall.

4. VARSEL OM STANSING

Før stansing iverksettes, må entreprenøren varsle byggherren. Varselet må være skriftlig og sendes til byggherrens partsrepresentant, jf. NS 8405 pkt. 8. Varselet må sendes minst 24 timer før stansing iverksettes. Hvis entreprenøren ikke overholder varslingsplikten, vil dette i seg selv kunne medføre erstatningsansvar for ham. Varselet må inneholde en oppfordring om å betale, og det må fremgå klart at arbeidet vil kunne stanses hvis byggherren ikke oppfyller sin betalingsforpliktelse.

Formålet med varselet er å gi byggherren anledning til å oppfylle sin kontraktsforpliktelse, og dermed avverge de økonomiske skadevirkningene stansingen vil kunne føre med seg. At entreprenøren må varsle stansing, følger også av det alminnelige kravet til at partene skal opptre lojalt og aktsomt i kontraktsforhold. Hvis partene ikke har vedtatt at standarden skal brukes i det aktuelle kontraktsforholdet, må stansing derfor varsles uansett.

Hvis arbeidet stanses, vil entreprenøren også ha krav på fristforlengelse og vederlagsjustering i samsvar med standardkontraktens bestemmelser om dette, se NS 8405 pkt. 24 og pkt. 25.

Før stansing iverksettes, må entreprenøren varsle byggherren. Hvis entreprenøren ikke overholder varslingsplikten, vil dette i seg selv kunne medføre erstatningsansvar for ham.

Entreprenøren må derfor passe på å sende varsel om at det kreves mer tid og penger hvis stansingen har konsekvenser for entreprenørens fremdrift og kostnader i prosjektet.

Et varsel om stansing vil som regel være et kraftig signal til byggherren om at entreprenøren ikke kan tåle ytterligere forsinkelse med betalingen. Realiteten vil kunne være at entreprenøren står i fare for å gå konkurs, eller at han vurderer å heve kontrakten. Varslet bør derfor gjøre nærmere rede for det faktiske og rettslige grunnlaget for kravet, slik at byggherren gis anledning til å komme med eventuelle innsigelser før stansing iverksettes. Siden stansing av arbeidene vil kunne få alvorlige konsekvenser, har partene som regel felles interesse i å avklare om konflikten kan løses gjennom forhandling. Entreprenøren bør derfor opptre forsiktig og ta veloverveide beslutninger i slike situasjoner, etter min oppfatning. Hvis konflikten skal løses ved domstolen, vil det naturlig nok ta lang tid før entreprenøren får betalt. Dessuten vil det som regel foreligge risiko for at entreprenøren ikke gis medhold, og at han må dekke både motpartens og egne sakskostnader.

5. GJENNOMFØRINGEN AV STANSING

Stansingen er et midlertidig tiltak for å presse frem betaling og hindre at entreprenøren gir byggherren ytterligere kreditt. I praksis vil stansing innebære at entreprenøren stopper produksjonen på byggeplassen, at bestilling av varer og tjenester settes på vent osv. Entreprenøren må i denne situasjonen forberede seg på å starte arbeidet hvis misligholdet opphører, og han har også en plikt til å begrense det økonomiske tapet byggherren påføres ved stansingen. Eksempelvis må entreprenøren vurdere å omdisponere mannskap og maskiner til andre prosjekter, slik at kravet på vederlagsjustering

begrenses. Spørsmålet om og i hvilken grad det skal iverksettes tapsbegrensende tiltak, må imidlertid vurderes opp mot kostnadene ved demobilisering, omdisponering og gjenopptakelse av arbeidet.

Hvis byggherren betaler, opphører misligholdet. Entreprenøren plikter da å gjenoppta arbeidet, men han kan som nevnt kreve vederlagsjustering og fristforlengelse i henhold til NS 8405 pkt. 24 og 25. Hvis partene ikke kommer til enighet, vil utfallet som regel bli at en av partene hever kontrakten. Dette følger av at entreprenørens standpunkt vil være at det foreligger vesentlig betalingsmislighold, mens byggherrens standpunkt vil være at entreprenøren har vesentlig misligholdt sin arbeidsforpliktelse. I slike tilfeller vil konflikten være fastlåst. Heves kontrakten, skal det foretas et hevingsoppgjør i samsvar med NS 8405 pkt. 46.

6. RISIKOEN VED UBERETTIGET STANSING

I kontraktsretten er det en alminnelig regel at hver av partene bærer risikoen for sine valg og det standpunkt parten inntar til et spørsmål. Hvis entreprenøren tar feil med hensyn til om det foreligger rett til å stanse arbeidet, vil stansingen innebære at entreprenøren misligholder sin kontraktsforpliktelse. Entreprenøren risikerer derfor å bli møtt med erstatningskrav og hevingskrav hvis arbeidet stanses. Siden entreprisekontraktene ofte involverer en rekke aktører og store verdier, vil stansing innebære at entreprenøren eksponerer seg for omfattende erstatningskrav. Før stansing iverksettes, bør derfor entreprenøren foreta en grundig vurdering av om kravet som begrunner stansingen, er berettiget. Han bør også vurdere i hvilken utstrekning byggherren lider et økonomisk tap som han risikerer at byggherren viderefører mot ham i form av et erstatningskrav.



Siden entreprisekontraktene ofte involverer en rekke aktører og store verdier, vil stansing innebære at entreprenøren eksponerer seg for omfattende erstatningskrav.

Ulovlig anbudssamarbeid – dom i Taxi-saken

Av Ellen Tangen Eilerås
ete@halvorsenco.no



Ellen Tangen Eilerås er advokat i Advokatfirmaet Halvorsen & Co AS. Hun har erfaring som senior anbudsrådgiver i Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon. Hos Halvorsen & Co bistår hun bedrifter med deres anbudprosesser. Hun jobber også mer generelt med forretningsjuss, samt familie- og arverett.

1. ANBUD OG SAMARBEID

Hvert år foretar offentlig sektor innkjøp av varer og tjenester for over 15 % av BNP. I 2015 utgjorde det ca. 480 milliarder kroner i henhold til opplysninger fra Statistisk sentralbyrå. Anskaffelsesregelverket som ble innført med EØS-avtalen i 1992, er således et velkomment regelverk som skal hindre vilkårlig fordeling av offentlige midler og motvirke korrupsjon.

Det er attraktivt å vinne anbudskonkurranser til det offentlige, og motsatsen til anskaffelsesregelverket er konkurranselovreguleringen som skal hindre ulovlige konkurransebegrensninger. Konkurransetilsynet ivaretar overholdelse av regelverket og har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr hvis aktører bryter konkurranse-loven. Konkurranselovens formål er å «fremme konkurranse» for å bidra til «effektiv bruk av samfunnets ressurser». Også i lov om offentlige anskaffelser er formålet i henhold til § 1 å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser».

2. TAXI-SAKEN

Mange anskaffelser har en høy økonomisk ramme og store volum. Det kreves derfor ofte at leverandørene har en viss størrelse og kapasitet. Dette var bakgrunnen for den nylig avsatte dommen i Høyesterett. I saken som ble avsaagt den 22. juni 2017 (HR-2017-1229-A),

var de ankende parter Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS, mot Staten v/ Konkurransetilsynet. Spørsmålet var om de tre selskapenes samarbeid i en anbudskonkurranse utgjorde brudd på konkurranse-lovens § 10.

De ankende partene hadde tidligere blitt ilagt overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29, med gebyrer på kr 250 000, kr 400 000 og kr 2 200 000.

3. ANKENDE PARTER

De to drosjeselskapene Ski Taxi SA (heretter Ski Taxi) og Follo Taxi SA (heretter Follo Taxi) hadde et felles datterselskap Ski Follo Taxidrift AS (heretter SFT). SFT, Ski Taxi og Follo Taxi hadde inngitt et felles anbud i en anbudskonkurranse. Tjenesten gjaldt kjøp av drosjetjenester for pasientreiser. Konkurransetilsynet hadde ilagt selskapene overtredelsesgebyr for brudd på konkurranse-loven § 10. Tilsynet fant at deres felles anbud utgjorde et ulovlig samarbeid.

4. RETTSLIG GRUNNLAG

Konkurranse-loven § 10 regulerer at det gjelder et forbud mot avtaler mellom foretak som begrenser konkurranse. Forbudet gjelder avtaler og enhver form for samordnet opptreden som: «har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen».



Videre i bokstav a) til e) er det inntatt eksempler på hva som særlig er omfattet av forbudet.

Spørsmålet i denne saken ble avgrenset til kun å gjelde om anbudssamarbeidet mellom SFT, Ski Taxi og Follo Taxi hadde et «konkurransebegrensende formål».

5. SAKENS BAKGRUNN

Ski Taxi og Follo Taxi yter drosjetjenester med små personbiler. Begge selskapene har drevet

sin virksomhet i hele Follo. Ski Taxi har likevel hovedsakelig drevet i Ski, Ås og Oppegård. Follo Taxi har hovedsakelig drevet i Ås, Nesodden, Vestby, Frogn og Enebakk. Det var høsten 2010 ca. 24 drosjeløyvehavere knyttet til Ski Taxi, og 46 løyvehavere var knyttet til Follo Taxi.

I 2001 opprettet taxiselskapene datterselskapet SFT, som de eide med en halvpart hver. SFT ivaretok administrative fellesoppgaver. Det var oppgaver som sentralbord, kommunikasjon,

Det er attraktivt å vinne anbudskonkurranser til det offentlige, og motsatsen til anskaffelsesregelverket er konkurranselovreguleringen som skal hindre ulovlige konkurransebegrensninger.



drift av bestillingssystem, IT-infrastruktur, betalingssystemer, fakturering, regnskapsføring og kursing. Eierselskapene har ikke hatt ansatte. I anbudskonkurranser har SFT inngitt tilbud på vegne av taxiselskapene. SFT har stått som avtalepart, med taxiselskapene og deres løyvehavere som underleverandører.

6. OVERTREDELSESGEBYR – ANBUDSKONKURRANSENE

Vedtak om overtredelsesgebyr var for to anbudskonkurranser. Den første ble utlyst av Oslo Universitetssykehus HF (heretter sykehuset) med tilbudsfrist 30. august 2010. Konkurransen gjaldt rammeavtale om kjøp av pasientreiser for to år. Konkurransen var oppdelt i ni geografiske områder i Oslo og Akershus. Ett område var Søndre Follo, med kommunene Nesodden, Ås, Frogn og Vestby. Ett annet område var Nordre Follo, med kommunene Ski, Enebakk og Oppegård. Det fremgikk av anbudskonkurransen at tilbud kunne inngis i ett eller flere av områdene. Volum per år for hele Follo var ca. 40 000 turer; et relativt stort volum. Oppdragsgiver kunne inngå inntil tre rammeavtaler for hvert område, hvor

pris og kvalitet ble vektet med 50 % hver. Kvalitet hadde følgende fire underkriterier à 12,5 %: opplæring og kompetanse, kapasitet, vognmateriellets tilstand og utstyr, samt mottaksapparat. Det presiseres at kapasitet altså ville kunne påvirke utfallet av konkurransen, da det tildelingskriteriet samlet telte 12,5 %.

SFT innga tilbud på vegne av Ski Taxi og Follo Taxi, hvor tilbudet dekket både Søndre Follo og Nordre Follo. Det ble ikke inngitt flere tilbud for regionen, og sykehuset avlyste konkurransen for Follo.

Anbudskonkurranse nummer to omfattet bare Follo. Tilbudsfristen var 5. november 2010. Konkurransen gjaldt for Follo, men var oppdelt i fem mindre områder i Follo: Oppegård, Ås, Nesodden, Frogn og Vestby. I konkurransen innga SFT, på vegne av Follo Taxi og Ski Taxi, tilbud på alle fem områdene. Oslo Taxi AS og Konsentra AS innga også tilbud for de samme områdene. Alle tre tilbyderne ble tildelt rammeavtale, SFT ble tildelt på andre prioritet.

Den 4. juli 2011 ila Konkurransetilsynet selskapene overtredelsesgebyr. Selskapene saksøkte staten ved Konkurransetilsynet. Tingretten avsa dom 8. februar 2013 hvor vedtaket ble opphevet. I lagmannsretten fikk derimot staten medhold. Selskapene anket dommen til Høyesterett, som tillot saken fremmet.

7. ANFØRSLER FRA SELSKAPENE SOM ANKENDE PART

Den ankende parten anførte for Høyesterett at samarbeidet mellom selskapene kun var en hensiktsmessig sammenslåing av to små taxiselskaper. Det ble vist til at bransjen besto av mange store konkurrenter; og at en sammenslåing mellom to mindre selskap ikke var skadelig for konkurransen. Det ble også påpekt at samarbeidet skjedde åpent.

8. ANFØRSEL FRA STATEN

Statens hovedanførsel var at enhver avtale som erstatter konkurranse med samarbeid, er forbudt. Staten har vist til at det i denne saken var et prissamarbeid, og at det er av de mest skadelige samarbeidsformer i en anbudskonkurranse. Det er også vist til at det fremgår av selskapenes

dokumenter at de hadde som formål å hindre konkurranse. Staten hadde også som anførsel at hvorvidt selskapene ville inngitt selvstendige tilbud eller ikke, var irrelevant. De hadde anledning til å inngi selvstendige tilbud, og derfor var de konkurrenter som ikke kunne samarbeide, jf. forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd.

9. EFTA-DOMSTOLEN

Som del av forberedelser til saken, stilte Høyesterett spørsmål til EFTA-domstolen om tolkning av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1. EFTA-domstolen ga en rådgivende uttalelse i dom avsagt 22. desember 2016.

I sin dom beskriver EFTA-domstolen blant annet i premiss nr. 1 at

«for at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon (...), må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (...).»

Og videre i nr. 2, så må det i vurderingen *«tas hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenens hensikt ikke er avgjørende for*

Konsekvensen av dommen er at det for leverandørmarkedet fortsatt gjelder strenge regler for samarbeid. Hvis en leverandør kan inngi tilbud alene, så er utgangspunktet at han skal inngi tilbud alene.

vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemyndighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.»

10. HØYESTERETTS BEHANDLING

I sin vurdering fant Høyesterett at det måtte foretas en objektiv vurdering, og at det ikke var tilstrekkelig at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen. Det måtte mer til, og Høyesterett sluttet seg til EFTA-domstolens definisjon om at samarbeidet måtte «*fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen*». Vurderingstemaet er hvordan samarbeidet fremtrer, og ikke en vurdering av samarbeidets faktiske virkning.

I sitt punkt nr. 2 har EFTA-domstolen videre svart at det også skal «*tas hensyn til*» samarbeidsavtalens bestemmelser. Det må foretas en vurdering av samarbeidsavtalens formål, og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i.

I sin vurdering har Høyesterett vist til at begge selskapene kunne inngitt tilbud alene. Da var de per definisjon potensielle konkurrenter, som utsetter hverandre for et konkurransepress. Når de avsto fra å utsette hverandre for det konkurransepresset, så var det manglende presset funnet å ha en «*skadelig natur*» for konkurransen.

Høyesterett viser videre til at konkurransen var innrettet slik at mindre aktører kunne inngi tilbud. Det ble vektlagt at «*blant annet måtte de være klar over at det neppe fantes mange andre konkurrenter i Follo*.» Høyesterett mente at samarbeidet fjernet det såkalte konkurransepresset, og Høyesterett fant da at samarbeidet hadde en skadelig natur.

Videre fant Høyesterett at det ikke endret vurderingen at anbudssamarbeidet var åpent, all den tid samarbeidet ble funnet å skade konkurransen. Eventuelle effektivitetsgevinster ved samarbeidet som kan gi grunnlag for et samarbeid, ble ikke vurdert i noen særlig grad. En slik vurdering reguleres i konkurranseloven § 10 tredje ledd.

11. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Vilkåret som var til behandling, var «*konkurransebegrensende formål*». Vurdering av «*formål*» etter sin ordlyd, taler for at partenes hensikt må kartlegges. Høyesteretts vurdering er objektiv, og handler i liten grad om hensikt og hvordan samarbeidet har påvirket denne konkurransen. EFTA-domstolens uttalelse er at det må mer til enn at samarbeidet er «*egnet*» til å begrense konkurransen. Den aktuelle restriksjonen må «*fremtre som tilstrekkelig skadelig*» for konkurransen.

Høyesterett fant at i denne saken var samarbeidet mellom to aktører i Østfold «*tilstrekkelig skadelig*». De to andre selskapene som også ble tildelt kontrakt i konkurranse nummer to, Oslo Taxi og Konsentra AS, er virksomheter som holder til i Oslo. Deltagerne og konkurrentene kom fra et større geografisk område enn Follo. Høyesteretts vurdering av den «*skadelige naturen*» for konkurransen basert på antall konkurrenter i Follo, fremstår som kunstig. Det er likevel underordnet for Høyesterett. Vilkåret er etter Høyesteretts tolkning at hvis tilbyderne kunne inngitt tilbud alene, så skulle de gjort det.

Høyesterett har også vurdert små aktørers rolle i anskaffelser. Det er presisert at små leverandører kunne inngi tilbud i konkurransen. Høyesterett har i liten grad sett hen til leveran-



dørens kommersielle vurdering i en anskaffelse: Mulighetene for å vinne frem i en konkurranse som liten leverandør når kapasitet teller 12,5 % av tildelingskriteriene. Den vinningsjansen er begrenset. Det ser ut til at adgangen til å inngi tilbud er tilstrekkelig for Høyesterett. Den videre faktiske gjennomføringen av konkurransen, er ikke vektlagt.

Konsekvensen av dommen er at det for leverandørmarkedet fortsatt gjelder strenge regler for samarbeid. Hvis en leverandør kan inngi tilbud alene, så er utgangspunktet at han skal inngi tilbud alene. Det er ikke tilstrekkelig å vurdere at leverandørene ikke ville nådd opp hver for seg,

eller at det finnes større aktører på markedet som er mer sannsynlige vinnere. En slik streng vurderingsnorm gjelder nok særlig i anskaffelser som her, hvor det var flere delkontrakter og flere aktører som ble tildelt kontrakt på hver del.

Dommen stadfester at leverandører bør foreta en grundig vurdering før de eventuelt inngir felles tilbud. Samarbeidende leverandører må kunne dokumentere kostnadsbesparelser og kvalitetsfordeler som gjør samarbeidet lovlig etter § 10 tredje ledd. Et samarbeid må bidra til en bedre leveranse, og ikke svekke konkurransen i markedet. Det må likevel uansett vurderes om leverandør kan inngi tilbud alene.

Når er prisoverslag bindende for entreprenøren i forbrukerforhold?

Av advokat Lars Harald Rylandsholm og advokatfullmektig Siri Kjeldaas
lhr@alver.as og sk@alver.as



Lars Harald Rylandsholm er advokat og partner i Alver Advokatfirma på Lillehammer. Hans primære fagområder er entrepriserett og fast eiendoms rettsforhold.



Advokatfullmektig Siri Kjeldaas er ansatt i Alver Advokatfirma på Gjøvik. Hun har sjørettsbakgrunn og jobber innen allmennpraksis med hovedvekt på forretningsjuss og formuesrettslige problemstillinger.

1. INNLEDNING

Selv når partene ikke har avtalt fastpris på et entreprisoppdrag, er det sjelden en byggherre starter arbeidene uten å ha fått en viss indikasjon på de totale kostnadene fra entreprenøren. De estimatene entreprenøren gir, varierer mye. Estimatenes kan gis som et muntlig utsagn på byggeplassen eller som et skriftlig oppsett med nøye kalkulasjoner og alle sentrale poster.

Utgangspunktet i norsk kontraktsrett, utenfor forbrukerforhold, er at entreprenøren ikke er bundet av et prisestimat der arbeidet skal utføres etter regning. Er arbeidet ellers utført rasjonelt og forsvarlig, er byggherren forpliktet til å betale det arbeidet koster. Entreprenøren kan likevel komme i ansvar hvis han kan bebreides for å ha gitt et for lavt overslag. Dette gjelder særlig der arbeidet ikke ville blitt igangsatt hvis byggherren hadde fått et forsvarlig oppsatt kostnadsoverslag. Entreprenøren har også en varslingsplikt ved overskridelser av betydning.

Byggherren vil ofte innstille seg på det prisoverslaget som er gitt, og kanskje i større grad enn det er rettslig grunnlag for, anse det som bindende. Entreprenøren på sin side kan i langt større grad enn byggherren anse det som uforpliktende, selv om sluttregningen blir vesentlig høyere enn prisoverslaget.

Ved utarbeidelse av håndverkertjenesteloven av 1989, og senere bustadoppføringslova av 1997, var lovutvalget klar over de problemer som oppsto ved at prisoverslaget ikke i større grad var bindende. I forarbeidene til håndverkertjenesteloven NOU 1979:42 er det bl.a. uttalt at det ikke var noe «*ukjent problem at prisen til slutt blir en annen, og større, enn det som ble forespeilet*».

Som en del av forbrukervernet ble det vist til at «*dersom prisoverslag skal ha selvstendig verdi, må det til en viss grad binde oppdragstakeren med hensyn til størrelsen av den endelige pris. Bare da kan det oppfylle sitt formål - å gi forbrukeren et reelt grunnlag for sine vurderinger. Hvis prisoverslag*



får en viss bindende effekt, vil det også mane oppdragstakeren til forsiktighet når han gir sitt prisoverslag, og dermed kanskje føre til mer realistisk overslag.»

Med dette som bakgrunn ble det fastsatt en grense på 15 % for overskridelse i håndverkertjenesteloven § 32. En tilsvarende grense følger av bustadoppføringsloven § 41 tredje ledd.

Hvis entreprenøren har gitt et prisoverslag, er han bundet til en totalpris som ikke må overstige prisoverslaget med mer enn 15 %. Dermed blir det sentralt å avklare når det foreligger et bindende prisoverslag i motsetning til en uforpliktende prisopplysning.

2. MAKSIMALT 15 % OVERSKRIDELSE AV PRISOVERSLAGET

Ifølge loven skal ikke overslaget overskrides

Formålet med 15 %-grensen er å tvinge entreprenøren til å foreta en forsvarlig beregning av kostnadene, slik at forbrukeren kan innrette seg i tillit til de kostnadene han har blitt forespeilet.

vesentlig, og høyst med 15 %. I praksis har ikke vesentlighetsvurderingen vært problematisert i særlig grad, og man har forholdt seg til 15 %-grensen. Vesentlighetskriteriet kan imidlertid få praktisk anvendelse i de tilfeller der entreprenøren har gjort betydelige feil ved beregning av delestimater, men likevel slik at det totale estimatet kommer innenfor 15 %-regelen.

Formålet med 15 %-grensen er å tvinge entreprenøren til å foreta en forsvarlig beregning av kostnadene, slik at forbrukeren kan innrette seg i tillit til de kostnadene han har blitt forespeilet. Grensen på 15 % kan fravikes ved avtale både om økning og reduksjon, jf. buofl. § 41, tredje ledd annet punktum.

Det er viktig for entreprenøren å ha et bevisst forhold til forskjellen mellom de endringer som er omfattet av prisoverslaget, for eksempel mengdeøkninger, og de endringer som gir rett til endringsordre og derigjennom tilleggsvederlag. Hvis entreprenøren kan kreve endringsordre, skal dette arbeidet ikke omfattes av rammene for prisoverslaget, jf. buofl. § 42 tredje ledd annet punktum.

Reduksjon av arbeidet medfører ikke automatisk lavere pris. Hvis det skulle vise seg at arbeidet medfører lavere kostnader enn først estimert, kan forbrukeren kreve prisreduksjon i forbindelse med krav om endringer, eller hvis entreprenøren måtte skjønne at endringen ville medføre et slikt krav, jf. buofl. § 42.

3. NÅR FORELIGGER DET ET BINDENDE PRISOVERSLAG?

3.1 Utgangspunkt

I mange tvister er partene uenige om den rettslige betydningen av et prisutsagn fra entreprenøren.

Forbrukeren oppfattet prisopplysningen som bindende etter buofl. § 41 tredje ledd, mens entreprenøren anfører at det er en uforbindende orientering om hva arbeidet vil koste.

Ved denne typen uenighet er det gitt en særlig bevisbyrderegel i buofl. § 41 fjerde ledd som innebærer at det er «*entreprenøren som må godtgjøre ein påstand om at vederlaget er oppgjøre som eit prisoverslag eller som ei ikkje bindande prisopplysning*». Klarer ikke entreprenøren å bevise at prisopplysningen ikke er bindende, foreligger det et bindende prisoverslag. Regelen er et utslag av at det er entreprenøren som profesjonell part som bør være nærmest til å klargjøre kontraktsgrunnlaget.

Underrettspraksis har vært sprikende når det gjelder spørsmålet om en prisopplysning er uforpliktende eller bindende etter buofl. § 41 tredje ledd. Rettstilstanden er langt bedre avklart etter Høyesteretts dom i 2016-761 (Reitan-dommen). Høyesterett kom frem til at det var gitt et bindende prisoverslag, i motsetning til lagmannsretten som anså det som en uforpliktende prisopplysning.

3.2 Nærmere om Reitan-dommen

Saken gjaldt en kontrakt om omfattende elektrotekniske arbeider i forbindelse med en total ombygging av en større boligeiendom. Entreprenøren hadde oversendt et meget detaljert budsjett til byggherren som ble kalt «*estimert budsjett*». Selv om budsjettet var detaljert, var det likevel ikke fullstendig. En del poster var helt åpne, og det omfattet ikke alle arbeidene.

Høyesterett konkluderte med at entreprenøren var bundet av prisoppsettet etter buofl. § 41 tredje ledd, det vil sin innenfor en ramme på



15 % av overslaget. Dommen fastslår et sterkt forbrukervern når entreprenøren gir prisopplysninger, og den foretar en rekke avklaringer av relevante momenter i vurderingen.

Høyesterett tok utgangspunkt i lovens formålsbetraktninger der det ble understreket behovet for forbrukervern på området og viktigheten av retts teknisk klare og enkle regler for å oppnå vernet. Det ble også vist til at regelen om prisavslag skal bidra til at det gis realistiske overslag, og at den samtidig skal motvirke at entreprenøren gir en urealistisk lav pris for å få oppdrag.

Basert på formålsbetraktningene uttaler førstvoterende at:

«*Når formålet med lovbestemmelsen om prisoverslag sees i sammenheng med de mer overordnede hensynene bak reglene om forbrukervern og den ofte begrensede veiledning selve prisopplysningen gir for om den er et prisoverslag, bør løsningen være at prisopplysninger som entreprenøren gir forbrukeren, og som ikke er å anse som en fast pris, som en klar hovedregel anses som et prisoverslag. Dette synspunktet har støtte i uttalelser i forarbeidene til*

bevisbyrdebestemmelsen i håndverkertjenesteloven § 32 tredje ledd, som tilsvarer bustadoppføringslova § 41 fjerde ledd.»

Høyesterett la til grunn en generell uttalelse om at «*det må kreves et sterkt bevis for å kunne legge til grunn at en prisopplysning i en kontraktssituasjon bare er en ikke bindende prisopplysning*».

Førstvoterende går enda lenger ved å legge til grunn at uttalelsene i forarbeidene «*gir uttrykk for at forbrukeren normalt må kunne oppfatte et prisestimat som en opplysning han kan innrette seg etter, altså som et prisoverslag i lovens forstand. Ved å kreve sterkt bevis for at en prisopplysning ikke skal være et prisoverslag, understrekes at ikke bindende prisopplysninger vil ha et klart unntakspreg. Dette bidrar også til å oppnå klare og enkle reglen*».

Førstvoterende oppsummerer den generelle gjennomgang av lovbestemmelsen med at:

«*Sammenholdt med tilfellene hvor entreprenøren tar forbehold er det etter mitt syn grunnlag for et alminnelig synspunkt om at en prisopplysning bare*

er å anse som ikke bindende i tilfeller hvor forbrukeren ikke med rimelighet kan basere forventninger om hva et arbeid vil koste på opplysningen.»

Det Høyesterett trekker ut av formålsbetraktningen og bevisregelen, er ikke innlysende, men ved avgjørelsen har Høyesterett gått langt for å sikre forbrukervernet. Høyesterett gjør det klart at det skal etableres et sterkt forbrukervern ved prisfastsettelse. Gir entreprenøren en prisopplysning til forbrukeren, må han normalt ta et forbehold hvis han ikke skal bli bundet etter buofl. § 41 tredje ledd.

3.3 De ulike vurderingsfaktorene i Reitan-dommen med hensyn til bindende prisoverslag

3.3.1 Utgangspunkt

Etter at prisavslagsregelens generelle innhold er fastlagt, må man vurdere om det aktuelle utsagnet fra entreprenøren skal klassifiseres som en uforbindende prioritering, og ikke som bindende etter buofl. § 41 tredje ledd. Som nevnt er det kun unntaksvis at dette kan komme på tale.

Høyesterett har lagt til grunn at skjønnstemaet er i hvilken grad forbrukeren ikke med rimelighet skal kunne basere seg på opplysningen fra entreprenøren. Høyesteretts lovforståelse gjør det imidlertid klart at det skal en god del til.

3.3.2 Betegnelsen på prisopplysningen

Selve betegnelsen på prisopplysningen legger Høyesterett ingen vekt på i Reitan-dommen. Oversendelsen fra entreprenøren hadde som nevnt betegnelsen «estimert budsett». Dette må medføre at forbrukeren skal kunne forholde seg til at prisopplysningen er innenfor de rammer som følger av buofl. § 41 tredje ledd, uansett om prisopplysningen oversendes som et overslag,

prisantydning, estimat eller lignende.

Det kan likevel ikke være slik at man kan se helt bort fra entreprenørens omtale av prisopplysningen. Er prisantydningen gjort tilstrekkelig vag, vil det kunne anses som et forbehold, noe tidligere dommer fra lagmannsretten har lagt til grunn. Det er likevel svært usikkert i hvilken grad disse kan vektlegges etter Reitan-dommen.

I Reitan-dommen gjør Høyesterett det klart at buofl. § 41 tredje ledd får anvendelse på prisoverslag gitt både før og etter at avtale er inngått. Dette kan medføre uklarheter hvis det er gitt flere prisopplysninger som er avvikende med hensyn til størrelse og når det gjelder hva de skal omfatte av arbeider. Uklarheter vil ofte gå utover entreprenøren.

3.3.3 Usikkert omfang av arbeidet

Et moment som ofte er trukket fram i underrettspraksis, er at omfanget av arbeidet er usikkert. Med denne usikkerheten kunne man tenke seg at forbrukeren ikke har en berettiget forventning til prisestimatet. I Reitan-dommen er imidlertid Høyesterett nokså avvisende til en slik anførsel. Det fremheves som følger:

«At prosjekteringen fremdeles pågikk og en del poster var åpne eller satt i null, er ikke til hinder for å anse budsettet oversendt 23. august 2011 som et prisoverslag for arbeidene som er prissatt i budsettet. At det kan være usikkerhet om omfanget av disse arbeidene, er normalt ikke i seg selv en innvending mot en slik konklusjon. Som nevnt i NOU 1979:42 side 97 er det når det er usikkerhet ved omfanget av arbeidet at prisoverslag vanligvis forekommer. Uten slik usikkerhet vil oppgitt pris gjerne være fast pris. Prisoverslaget knytter seg bare til de prissatte arbeidene.»

Det er viktig å merke seg at Høyesterett her avgrenser prisoverslaget til de poster som ikke er prissatt i budsettet. Vi skal se nærmere på hva prisoverslaget må anses å omfatte nedenfor.

3.3.4 Muntlig prisantydning

I utgangspunktet skulle det ikke ha noen betydning om prisoverslaget ble gitt skriftlig eller muntlig. Likevel kan en muntlig prisopplysning vurderes som et utspill som ikke er ment å binde entreprenøren. Dette momentet er blitt vektlagt i underrettspraksis, som i Gulating lagmannsretts avgjørelse fra 2005 der det ble uttalt at en muntlig prisantydning i seg selv var indikasjon på at entreprenøren ikke hadde ment å binde seg, særlig fordi det var et stort prosjekt. I hvilken grad en slik innfallsvinkel kan opprettholdes etter Reitan-dommen er noe uklart fordi førstvoterende nettopp påpeker at prisoverslaget her er gitt skriftlig ved oversendelse av budsettet. Det må antas at en muntlig prisantydning lettere kan anses som uforbindende fordi en forbruker i mindre grad kan legge til grunn at dette er forpliktende. Entreprenøren bør likevel også her ta nødvendige forbehold for ikke å bli bundet.

3.3.5 Fakturering og betaling

I Reitan-dommen anførte entreprenøren at fakturering ikke skjedde mot budsettet, og at dette talte for at prisopplysningene ikke var prisoverslag. Etter Høyesteretts syn hadde dette ingen vesentlig betydning for vurderingen.

Dette er en naturlig forståelse fordi et prisoverslag gis når vederlagsformen er regningsarbeider. Det vil da faktureres forløpende for medgått tid og materiell. Det er først når byggherren forsetter å betale fakturaer langt utover 15 %-grensen, at man normalt kan legge til grunn at byggherren ikke har ansett prisoverslaget som bindende.

4. UENIGHET OM HVA PRISOPPLYSNINGEN INNEHOLDER

Entreprenøren kan erkjenne at det er gitt et bindende prisoverslag, men partene kan være uenige om hva prisoverslaget omfatter av arbeider. Det kan for eksempel være gitt prisoverslag på oppføring av hytte, men det er uenighet om grunnarbeidet er omfattet.

For slike tvister gjelder de alminnelige bevis- og tolkningsprinsipper. Utgangspunktet er en

Reitan-dommen har gitt forbrukeren et sterkt vern når entreprenøren gir en prisantydning.

objektiv tolkning av hva man kan utlede av en naturlig språklig forståelse av prisantydningen og dens innhold. Entreprenøren har naturlig nok en oppfordring til å uttrykke seg klart og konkret når det gjelder hva som omfattes av prisutsagnet. Forbrukeren må kreve konkretisering hvis han mener noe er uklart.

Det foreligger likevel særregler for hva som omfattes av avtalen der avtalen omfatter tomt med ny bolig og ved totalentreprise, der entreprenøren både skal stå for planlegging og utførelse, jf. buofl. § 13. Bestemmelsen fastslår at deler og tilbehør som er nødvendige for å ta eiendommen i bruk, skal anses å være del av ytelsen der det ikke særskilt er avtalt at det er unntatt. Denne regelen vil også omfatte avtaler der det er gitt prisoverslag. Har entreprenøren for eksempel gitt et prisoverslag for oppføring av et hus, skal elektriske arbeider anses som del av ytelsen, hvis det ikke er særskilt unntatt. Entreprenøren kan da ikke høres med at detaljene i prisoverslaget mangler oppsett av elektriske arbeider.

Bakgrunnen for regelen er at det kan være vanskelig for forbruker å ha full oversikt over alle detaljene i et tilbud som omfatter boligen. Entreprenøren får en særlig oppfordring til å levere komplett eller positivt avtale det som ikke er medtatt i utførelsen.

5. HVORDAN BØR ENTREPRENØREN FORHOLDE SEG I FORBRUKERKONTRAKTER?

Som det fremkommer ovenfor, har Reitan-dommen gitt forbrukeren et sterkt vern når entreprenøren gir en prisantydning. Forbrukeren skal kunne bygge rett på opplysningen om byggekostnadene, og det er kun unntaksvis at denne typen utsagn betraktes som en uforbindende orientering om prisleiet.

Entreprenørene måtte også tidligere være nøye med sine prisopplysninger, men pliktene er blitt skjerpet i og med Reitan-dommen. Dette medfører at entreprenørene må være langt mer nøye med sin prisinformasjon. Entreprenøren kan selvsagt helt utelate å gi noen form for opplysninger om pris og dermed være helt utenfor buofl. § 41 tredje ledd.

En løsning for entreprenøren er at han kan velge å avtale fastpris som er 15 % over det som ville vært prisantydningen. Med dette er entreprenøren bundet av den samme ramme, men får fullt betalt der man ved regningsarbeider ikke hadde nådd rammen.

Hvis det først gis en prisantydning, kan entreprenøren ta et uttrykkelig forbehold, for eksempel ved å gjøre det klart at dette er en uforpliktende prisinformasjon som forbruker ikke kan bygge noen rett på. Alternativt kan det fastsettes en annen ramme enn 15 % for mulige overskridelser, for eksempel 30 %, noe buofl. § 41 tredje ledd gir rett til å avtale.

15%

En hyggelig tvist

for alle med forsikring hos If



If Skadeforsikring har inngått samarbeidsavtale med advokatkontorene i Eurojuris Norge.

Dette sikrer Ifs privatkunder over hele landet god kvalitet, hurtig saksbehandling og rimeligere priser når de trenger juridisk bistand i rettshjelpssaker. Rettshjelpsforsikring inngår i villa-, hjem-, hytte-, bil- og båtforsikring, og forsikringen dekker utgifter til advokatbistand for en rekke nærmere spesifiserte tvister. **Les mer på eurojuris.no**



Bruk av avtaler om solidarisk ansvar mellom tekniske underentreprenører

Av advokat Lise Siverts
lbs@nordialaw.com



Advokat Lise Siverts er partner i Nordia Advokatfirma DA i Oslo. Hun arbeider hovedsakelig med entrepriserett og offentlige anskaffelser.

I. INNLEDNING

Det er blitt relativt vanlig at totalentreprenører (TE) ønsker å få de tekniske totalunderentreprenørene (TUE) i et prosjekt til å signere en avtale om solidarisk ansvar seg imellom. Innholdet i slike avtaler kan være ganske ulikt. Noen har et begrenset omfang, der det fastsettes felles ansvar for grensesnittene mellom de tekniske underentreprenørene, mens andre er svært omfattende og får i praksis virkning som om de tekniske underentreprenørene ble gjennomført av et «joint venture» (fellesforetak).

Det er ikke vanlig at avtaler om solidarisk ansvar har en formålsbestemmelse. Ut fra avtalenes virkning kan vi likevel slutte noe om TE's sannsynlige formål med avtalene.

Dersom avtalen stort sett regulerer grensesnittproblematikk, er det nærliggende å anta at formålet er å oppnå et best mulig resultat i det samlede prosjektet, ved å sikre at de som er nærmest til å finne de gode løsninger og utføre tilgrensende arbeid, også er de som sitter med ansvaret. Sideentreprenører vil, ved å tiltre avtalen, få et felles insitament til å samarbeide best mulig.

Dersom avtalen fastlegger solidarisk ansvar mellom TUE for flere forhold, som for eksempel fremdrift, koordinering og samlet funksjon, blir resultatet at vesentlige deler av ansvaret flyttes

bort fra TE og over på TUE. Det er nærliggende å anta at dette også er TE's formål med denne typen avtaler.

Ved svært omfattende avtaler om solidarisk ansvar vil entreprisestandardens alminnelige system nærmest bli satt ut av spill, idet mange av de kontraktsmessige forbindelser mellom TUE og TE blir erstattet av bestemmelser som gjelder mellom TUE.

Det er viktig for TUE å være bevisst på hvilke endringer i ansvarsforhold som følger med å signere på en avtale om solidarisk ansvar. For en del av de avtalene som foreslås, kan risikobildet bli så endret fra totalentreprenørens vanlige system at det kan være riktig å ikke gå inn i prosjektet.

2. KOMMENTARER TIL TYPISKE BESTEMMELSER I AVTALER OM SOLIDARISK ANSVAR

Nedenfor er det tatt inn sitater fra avtaler om solidarisk ansvar som er i bruk i dag. Sitatene er fra ulike avtaler, og kan derfor være innbyrdes motstridende.

2.1 Kjennskap til andre TUE's avtalebrevdokumenter

Innledningsvis i en avtale om solidarisk ansvar er det ofte en bestemmelse om TUE's innsyn i dokumenter som bestemmer de andres TUE's kontraktsforpliktelser. Eksempler:



«Det forutsettes at TUE har gjort seg kjent med de øvrige TUE's avtalebrevdokumenter med TE, hvilket er bekreftet ved signering av denne avtale.»

«TUE bekrefter at de har blitt forelagt det totale prosjektmaterialet.»

Det er relativt vanlig at TUE signerer på avtaler med bestemmelser av denne typen, til tross for at de ikke får tilgang til de andre TUE's avtalebrevdokumenter, verken før signering av egen

kontrakt eller gjennom prosjektfasen. Ansvaret for å gjøre dette materialet tilgjengelig for TUE må ligge på TE, men det er ofte slik at TE ikke følger opp spørsmål om dette. TUE har dermed ikke de forutsetninger for å identifisere mulige problemer i forkant som avtalen om solidarisk ansvar forutsetter.

2.2 Grensesnitt / komplett teknisk anlegg

Nedenfor følger to bestemmelser, der den første utelukkende regulerer konsekvensen av feil i

Avtaler om solidarisk ansvar mellom tekniske underentreprenører er blitt relativt vanlige, men innholdet i disse avtalene varierer mye.



grensesnitt, mens den andre synes å koble solidarisk ansvar for grensesnitt med solidarisk ansvar for komplett teknisk anlegg.

Bestemmelse nr. 1

«Ved eventuelle feil og mangler i grensesnittene, dekker den enkelte av TUE sine egne kostnader ved retting. Skyldes derimot feilen manglende, mangelfull eller uriktig informasjon fra en av de øvrige TUE, dekker denne alle kostnadene alene. (Se vedlagte veiledende grensesnittliste)».

Det solidariske ansvaret for feil i grensesnittene ligger i kjernen av det tradisjonelle virkeområdet for en avtale om solidarisk ansvar. I tilknytning til en slik bestemmelse om solidarisk ansvar for grensesnittene, er det ofte utarbeidet en grensesnittmatrise, der TUE og TE har identifisert alle ytelser (fra prosjektering til levering, montering og funksjonsansvar) som gjelder i grensesnittene mellom de tekniske underentrepriser. Slike grensesnittmatriser er nyttige og klargjørende, og vil bidra til å redusere ukjent risiko.

Bestemmelse nr. 2

«De samme TUE vil besørge at det blir levert komplett tekniske anlegg som beskrevet og med den totale funksjon, også mot bygningsmessige anlegg, er ivarettatt. TUE er solidarisk ansvarlige overfor TE for at grensesnittene mellom de tekniske entrepriser og mot de bygningsmessige arbeidene er ivarettatt. Dersom feil eller mangler i grensesnittene skulle oppstå, er TUE solidarisk ansvarlige for å rette disse feil.»

Tatt på ordet sier også denne bestemmelsen at det solidariske ansvaret mellom TUE gjelder for selve grensesnittene mellom de tekniske entrepriser; (og også for grensesnittene mellom de tekniske entrepriser og de bygningstekniske arbeider).

Det er imidlertid ikke uvanlig at TE forsøker å benytte denne bestemmelsen til å statuere solidarisk ansvar også for hele det tekniske anleggets funksjon. Dette utgjør et markant avvik fra entreprisens prinsipp for fordeling av risiko: Risikoen følger funksjonsfordelingen. Eller sagt på en annen måte: Du får bare ansvar for det du selv har prosjektert/utført.

I NS 8417 er TUE's ansvar for kontrakts-gjenstanden nedfelt i punkt 14. Etter punkt 14.1 skal TUE levere kontrakts-gjenstanden i overensstemmelse med avtalte krav. Kontrakts-gjenstanden skal være «i overensstemmelse med kontraktsdokumentene med tilhørende tegninger, modeller og beskrivelse []». Det er TUE's egne kontraktsdokumenter som avgjør TUE's forpliktelser. I denne forbindelse kan det være verdt å påpeke at bestemmelsen om TUE's innsyn i andre TUE's kontraktsdokumenter (i avtalen om solidarisk ansvar) ikke medfører at de andre TUE's kontraktsdokumenter blir en del av TUE's egne kontraktsdokumenter.

2.3 Koordinering

I de mer omfattende avtaler om solidarisk ansvar er det ofte en bestemmelse om koordinering:

«TUE skal koordinere sin prosjektering, planlegging og utførelse slik at de samlede kravene i byggherrens prosjektmateriale ivaretas. Den enkelte av TUE skal uten opphold utveksle nødvendig informasjon som grunnlag for de øvrige TUE's prosjektering slik at denne ikke hindres. Den enkelte skal også planlegge og utføre sitt arbeid på en slik måte at det ikke er til hinder for de andre TUE i deres planlegging og utførelse.»

Denne bestemmelsen omhandler mye av de samme krav til TUE som samordningsplikten etter NS 8417 punkt 21.4.

En viktig forskjell er at samordningsplikten etter punkt 21.4 gjelder innenfor de rammer som er påregnelige «etter kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprenørenes antall, art og fremdrift.» Dersom det blir nødvendig for TUE å legge om sin utførelse i større grad enn det som var påregnelig, er det fastsatt i punkt 21.4 annet ledd at TUE kan påberope det som en endring.

Bestemmelsen i avtalen om solidarisk ansvar har ikke et punkt om at omlegging av arbeid kan påberopes som endring. Her blir det dermed et spørsmål om de to bestemmelsene kan anvendes ved siden av hverandre, slik at retten etter 21.4 til å påberope omlegging av arbeid som en endring består ved siden av plikten til koordinering etter den solidariske ansvarsavtalen.

Et annet forhold som skiller de to bestemmelsene, er TE's rolle som koordinerende. I punkt 21.4 annet ledd forutsettes at det er TE som

Entreprisens prinsipp om at risikoen følger funksjonsfordelingen innebærer at du bare får ansvar for det du selv har prosjektert/utført (med mindre annet er avtalt).

koordinerer: «Medfører totalentreprenørens koordinering av alle aktørene i prosjektet at []».

I bestemmelsen i avtalen (sitert ovenfor) er TE's koordinerende rolle ikke nevnt. Betyr dette at TE ikke har noen rolle som koordinerende i de prosjekter der det er en avtale om solidarisk ansvar med bestemmelse som sitert innledningsvis i dette punktet, eller lever de to bestemmelsene side om side?

I praksis ser vi at TE og TUE ofte har ulikt syn på TE's koordinerende rolle i prosjekter der det er signert en avtale med denne bestemmelsen. Se noe nærmere om tolkning i punkt 2.8 nedenfor.

2.4 Fremdrift

I avtaler om solidarisk ansvar er det ofte tatt inn en bestemmelse om virkningen av at en TUE forsinkes en annen TUE:

«Planlegger eller utfører en av TUE sitt arbeid på en slik måte at det medfører forsinkelse eller unødvendige kostnader for andre TUE og TE, plikter han å dekke det økonomiske tapet de andre TUE og TE påføres som følge av dette.»

Etter denne bestemmelsen vil en TUE som forårsaker en forsinkelse, kunne bli ansvarlig for å dekke kostnader både for andre TUE og for TE. Det er ikke klart etter bestemmelsens ordlyd om dette er et objektivt ansvar, eller om ansvaret bare gjelder dersom TUE har vært uaktsom. Etter standardens system vil en TUE bare bli ansvarlig for andres forsinkelseskostnader dersom han har vært uaktsom. For øvrig er TUE's ansvar for forsinkelse begrenset til dagmølt.

Etter standardens system vil en TUE som blir hindret i sin fremdrift av en annen TUE, kunne kreve fristforlengelse i henhold til NS 8417 punkt 33.1. Dersom kravet er rettmessig, men

likevel avslås, kan TUE velge å anse avslaget som et pålegg om forsering, med tilhørende rett til vederlagsjustering fra TE.

TE vil ha mulighet til å kreve kostnadene for forsering dekket av den TUE som forårsaket forsinkelsen, bare dersom TUE har forsømt sin samordningsplikt, dvs. dersom TUE har vært uaktsom. Dette innebærer at TE har en risiko for at en TUE har krav på forseringstillegg uten at TE kan kreve inn disse kostnadene fra den TUE som var årsak til forseringen.

Styring av fremdrift er regulert i NS 8417 punkt 21, om blant annet frister for fremdrift, fremdriftsplan, og fremdriftsstatus og varsling. Dersom fremdriftskonsekvenser skal håndteres mellom TUE, økes sannsynligheten for at fremdriftsavvik ikke blir kjent oppover. Dette gjør at det kan bli spesielt utfordrende å styre den samlede fremdriften i prosjektet.

2.5 TUE som «joint venture»

Nedenfor følger eksempel på en bestemmelse som trekker det solidariske ansvar svært langt:

«TUE skal være solidarisk ansvarlig overfor TE for ethvert kontraktsmessig krav knyttet til arbeider som berører flere TUE eller grensesnittproblematikk i forhold til de ulike hovedkontraktene som gjøres gjeldende, enten denne reises overfor TUE enkeltvis eller samlet. Eventuell ansvarsfordeling disse imellom er TE uvedkommende.

Dette innebærer at TUE svarer en for alle, alle for en overfor TE med hensyn til

- Koordinering av prosjektering og utførelse, herunder tegningsutsendelse
- Tekniske løsninger. Disse skal tilfredsstille byggherrens/TE's funksjonskrav og spesifiserte krav til utførelse, kvalitet eller merke. Ytelsene skal også



omfatte arbeider som ikke er spesielt beskrevet, men som er nødvendig for at arbeidene samlet skal tilfredsstille de ovenfor nevnte funksjonskrav mv., samt alle relevante lover og forskrifter.

- Utredning og utforming av komplette tekniske løsninger samt de økonomiske konsekvenser av disse, for endringsarbeider som er av en slik art at de berører flere firmaer.»

I denne bestemmelsen er det nesten slik at grensene mellom TUE utviskes, og de behandles som én enhet i forholdet til TE.

I de ordinære kontrakter mellom TUE og TE er det TUE's tilbudsgrunnlag og tilbud som definerer både omfang av og kvalitet på TUE's ytelse. Det er kontraktsdokumentene i TUE's kontrakt med TE som avgjør TUE's forpliktelser (jf. punkt 2.2 ovenfor).

I denne meget omfattende bestemmelsen ser det ut til å bli svært lite igjen av TE's plikter etter NS 8417 punkt 22 – Totalentreprenørens medvirkning.

Blant annet er det i punkt 22.3 fastsatt at TE skal stille til rådighet for TUE det fysiske arbeidsgrunnlaget, herunder andres arbeid på bygget eller anlegget, som TUE skal bygge på.

Videre heter det at det er TE som bærer risikoen for at det fysiske arbeidsgrunnlaget er slik TUE hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene ellers.

I bestemmelsen sitert ovenfor får TUE sammen det samme ansvaret som TE har overfor byggherren, og det er vanskelig å se TE's rolle i prosjektet, annet enn som et fordyrende mellomledd. TE tar i denne modellen minimalt med risiko. Tilsvarende er det vanskelig å se hva som skal gjøre at TUE er villige til å ta denne risikoen, uten å få godt betalt for det.

2.6 Tvister

I avtaler om solidarisk ansvar finnes det vanligvis bestemmelser om tvister mellom TUE som legger opp til at TUE skal ordne opp seg imellom – TE skal holdes utenfor:

«Dersom det skulle oppstå tvist mellom TUE med utgangspunkt i denne avtalen, forplikter alle seg til å søke tvisten løst ved forhandlinger. Dersom dette ikke lykkes innen rimelig tid, kan TE bestemme at TUE skal hente inn en utenforstående fagkyndig som oppmann. TUE bærer kostnadene ved dette. Bestemmelsen i NS 8417 punkt 50 kommer utfyllende til anvendelse.»

«Ved eventuelle tvister er det TE uvedkommende om firmaene er innbyrdes uenige om ansvarsfordelingen. Tvister knyttet til denne avtale skal løses i henhold til bestemmelsen om tvisteløsning i den største (størst kontraktssum) av hovedkontraktene som tvisten gjelder.»

Ofte vil tvisten kunne oppstå fordi det er forhold som ikke er tilstrekkelig regulert i kontraktsdokumentene mellom TUE og TE. Standardens system er at dette er et forhold som skal håndteres mellom TE og TUE. I bestemmelsene ovenfor blir tvister som kan skyldes mangler ved TE's ytelser, overlatt til de som opplever konsekvensene av manglene.

TUE bør være oppmerksom på dette før signering av avtalen, og forsøke å få inn

bestemmelser som ivaretar at dersom tvister skyldes konsekvenser av mangler ved TE's ytelser, skal TUE likevel kunne gå på TE.

2.7 Vederlag for økt risiko

I enkelte avtaler om solidarisk ansvar er det tatt inn en egen bestemmelse om vederlag:

«Eventuelt honorar for ytelser som ikke fremkommer av den enkelte TUE's hovedkontrakt, men som er nødvendig for å tilfredsstille denne avtalen, skal fremkomme her før undertegnelse.»

TUE bør benytte denne bestemmelsen til å legge inn en fornuftig vederlagsjustering for den økte risiko man påtar seg gjennom avtaler om solidarisk ansvar. Dersom TE i utgangspunktet ikke har foreslått en slik bestemmelse, bør TUE insistere på å få den inn.

2.8 Rangordning – tolkningsregler

Avtalene om solidarisk ansvar har vanligvis en bestemmelse som fastsetter at avtalen gjelder i tillegg til TUE's kontrakt med TE, men uten at rangordningen dem imellom eksplisitt slås fast. NS 8417 er normalt sist i rangordningen av kontraktsdokumentene. Ved motstrid vil avtalen

I avtaler om solidarisk ansvar finnes det vanligvis bestemmelser om tvister mellom TUE som legger opp til at TUE skal ordne opp seg imellom – TE skal holdes utenfor.



om solidarisk ansvar dermed gå foran standardbestemmelsene.

Ved tolkning av kontraktens innhold der det finnes bestemmelser om et forhold både i standarden og i avtalen om solidarisk ansvar, kan det være grunn til å være spesielt oppmerksom på tolkningsreglene i NS 8417 punkt 2.2, annet ledd. Der heter det at dokumentene som inngår i kontrakten, utfyller hverandre. Dette kan gi en presumsjon for at bestemmelsene ikke strider mot hverandre, dvs. at bestemmelsene skal tolkes slik at motstrid ikke foreligger.

For å unngå mange og tunge diskusjoner i etterkant bør partene være oppmerksomme på mulighetene for tolkningsuenighet. De bør derfor sørge for å ta direkte inn i avtaledokumentet

anvisninger på hvordan bestemte forhold er regulert, dvs. hvordan en bestemmelse i avtalen om solidarisk ansvar og tilsvarende bestemmelse i NS8417 skal tolkes samlet.

3. AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Som belyst ovenfor, er det flere av de bestemmelsene som TE ønsker å ta inn i avtaler om solidarisk ansvar, som passer dårlig inn i standardens system.

Når man bruker avtaler om solidarisk ansvar som avviker kraftig fra standardens system, får man en svært uoversiktlig kontrakt. Standardens løsninger vil ikke passe, og det vil være vanskelig for partene å bli enige om hva som faktisk gjelder for deres kontrakt.

Fravikelse av standardkontrakt

Av advokat Øyvind Baldersheim og advokatfullmektig Per Erik Juvkam
ob@stiegler.no og pej@stiegler.no



Øyvind Baldersheim er advokat i Advokatfirma Stiegler i Bergen. Han har erfaring fra Skatteetaten, hvor han blant annet jobbet med selskapsrett, innfordring og insolvens. Han inngår i Advokatfirma Stiegler sin faggruppe for næringslivsrett og arbeidsrett.



Per Erik Juvkam er advokatfullmektig i Advokatfirma Stiegler. Han har lang erfaring fra Kystverket, hvor han jobbet med blant annet offentlige anskaffelser og entrepriser. Han inngår i Advokatfirma Stiegler sin faggruppe for næringslivsrett og arbeidsrett.

1. INNLEDNING

Det inngås en rekke entreprisekontrakter over hele landet. Kontraktpartene har ofte et aktivt forhold til kontrakten før signeringen. Dessverre skjer det med jevne mellomrom at partene legger kontrakten i en skuff etter at avtalen er inngått, og ikke forholder seg til kontraktens bestemmelser under byggetiden. Det faktum at partene gjennom byggetiden ikke har fulgt kontraktens bestemmelser, kan ha den følge at hele eller deler av kontrakten ikke lenger regulerer forholdet mellom partene.

I denne artikkelen vil vi kort gjøre rede for hva som skal til for at hele eller deler av kontrakten må ansees å være fraveket. Videre vil vi se på hvilke regler som kommer til anvendelse i de tilfeller hvor kontrakten ikke lenger er gjeldende. Artikkelen er avgrenset mot de tilfeller hvor avtalen ansees å være hevet eller sagt opp.

Vi vil i artikkelen forholde oss til Norsk Standards entreprisekontrakter. I utgangspunktet er det frivillig å bruke Norsk Standard. Partene

kan imidlertid spare både tid og penger ved å benytte seg av en standardkontrakt ettersom denne er godt kjent i markedet, og det er lett å prise kontraktens risiko.

Interesseorganisasjoner og fagpersoner er ofte representert ved utarbeidelse av standardkontrakter. Det kan derfor være en trygghet å inngå en standardkontrakt. Standardene inneholder velkjente og vanlige regler for ulike kontraktsforhold, og de kan gi praktiske og balanserte løsninger alle parter kan leve med. Enkelte kunder forventer at standardkontrakter blir brukt.

2. HVA SKAL TIL FOR Å FRAVIKE KONTRAKTENS BESTEMMELSER?

I dette avsnittet vil vi gjøre rede for hva som skal til for at hele eller deler av kontrakten ansees å være fraveket av partene. Det klare utgangspunktet etter norsk rett er at avtaleparten står fritt til å avtale hvilke regler som skal gjelde dem imellom. Avtalefriheten gjør at kontraktspartene kan fravelge én, flere eller alle bestemmelser i standarden.



Ønsker partene å fravelge bestemmelser, er det vårt klare råd at endringen skjer skriftlig for å sikre etterprøvbarhet etter at endringen er foretatt. Det er viktig at partene først skriver ned hvilke bestemmelser i standarden de ønsker å fravike. For å unngå stor ubalanse i kontrakten, anbefales det å endre så få bestemmelser i kontrakten som mulig. Deretter er det viktig å avtale hva som skal erstatte de bestemmelser i kontrakten man ønsker å fravike. Også dette bør skje skriftlig.

Enkelte ganger kan det tenkes at avtalen – eller i det minste enkelte avtalepunkt – er fraveket ved passivitet. Med passivitet menes det i denne sammenheng at én, eller begge, av partene ikke forholder seg til hele eller deler av kontrakten. Det siktes da spesielt til de prosedyrer og preklusive frister som fremgår av de enkelte standardene. Preklusive frister er absolutte. Det betyr eksempelvis at et mangelskrav må fremsettes innen et gitt tidspunkt bestemt i kontrakten. Har den ene kontraktsparten unnlatt å fremme

Hvis partene ønsker å fravelge bestemmelser i standardkontraktene, er det vårt klare råd at endringen skjer skriftlig for å sikre etterprøvbarhet.



kravet sitt innenfor denne absolutte fristen, vil parten ha tapt muligheten til å få fremmet kravet.

Har begge partene under byggetiden konsekvent unnlatt å forholde seg til kontraktens retningslinjer, for eksempel unnlatt å påberope hverandres fristoversittelser, kan det tyde på at partene har ment å fravike avtalens bestemmelser om preklusive frister. Dette kan få betydning for partens adgang til å fremme et tilsynelatende legitimt krav – også etter at den preklusive fristen er oversittet.

Spørsmålet om hvorvidt kontrakten fremdeles regulerer forholdet, er behandlet en rekke ganger av domstolene. Domstolens praksis viser at spørsmålet om hvorvidt partene ved passivitet har fraveket kontrakten, må avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering.

Sentralt i vurderingen er momenter som i hvilken grad partene har fulgt de resterende av kontraktens bestemmelser, eksempelvis hvorvidt det er sendt endringsmeldinger, om sluttoppgjør

er sendt eller om de øvrige av kontraktens prosedyrer er fulgt.

Lagmannsretten har i avgjørelsen LB-2008-49504 uttalt at «*det er den som påstår at standardens regel er blitt fraveket som har bevisførlingsplikten for det*». Følgelig er det den som hevder at kontrakten er fraveket, som må sannsynliggjøre dette.

Vi mener terskelen ligger høyt for å konstatere at partene, ved passivitet, skal ansees å ha fraveket en skriftlig standardavtale. Det må føres klare bevis for at partene har ment å fravike kontraktens bestemmelser.

3. HVILKE FØLGER FÅR DET AT AVTALEN ER FRAVEKET?

Hva er så følgene av at partene har fraveket én eller flere av kontraktens bestemmelser? Dette vil vi se nærmere på i det følgende.

I norsk rett er det antatt at anerkjente og balanserte kontraktsstandarder kan gi uttrykk for

mer generelle kontraktsrettslige prinsipper. Viggo Hagstrøm legger for eksempel til grunn at noen av vilkårene kan ta sikte på å sammenfatte «*det som forfatterne oppfatter som ulovfestede regler. Har enkelte vilkår vært mye brukt, kan de etter hvert bli ansett som uttrykk for etablert kontraktspraksis og rettsoppfatning*» jf. Knophs oversikt over Norges Rett, 14. utgave s. 4 i kapittelet om kontrakts- og obligasjonsrett.

Også Høyesterett synes å anta en slik holdning. Rt. 1967 s. 1248 gjaldt oppføring av en enebolig. Entreprenør var engasjert av byggherren til å foreta grunnarbeider på boligtomten. Ingen kontraktstandard var avtalt. I forbindelse med fundamenteringen ble det avdekket vanskelige grunnforhold. Entreprenøren orienterte ikke byggherren om forholdet. Høyesterett mente at entreprenøren hadde opptrådt uaktsomt, og viste til lagmannsrettens begrunnelse, men med følgende tilføyelse: «*begrunnelsen så vidt jeg kan se har støtte i Norsk Standard (NS) 401 A, punkt 9.4.*»

Med henvisningen støtter Høyesterett prinsippet om et profesjonsansvar – et sentralt rettslig prinsipp. Henvisningen må etter vår vurdering innebære at standarden har vært relevant som rettskildefaktor.

Et annet eksempel er LB-2003-19361, hvor entreprenøren skulle oppføre et tilbygg på en villaeiendom. Ingen standardkontrakt var vedtatt. Etter uenigheter sa byggherren opp kontrakten, hvorpå entreprenøren slutfakturerte for de arbeider som var utført. Det oppsto tvist om størrelsen på fakturaen. Byggherren anførte bl.a. at kostnadsoverskridelsene i prosjektet skyldtes klanderverdige forhold på entreprenørens side.

Lagmannsretten mente at avtalen måtte «*fylles ut med alminnelige entrepriserettslige prinsipper*»

og gikk deretter nærmere inn på NS 3430 punkt 27.4. Retten anså vilkårene i bestemmelsen som et uttrykk for et alminnelig entrepriserettslig prinsipp. Noe senere uttaler Lagmannsretten, i en litt annen forbindelse, at «*[...] selv om denne bestemmelsen ikke er inntatt i avtalen mellom partene, må dette anses som et generelt prinsipp i entrepriserelasjon*».

Tilsvarende synes å være lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1997 s.1086. Tvist oppsto i forbindelse med oppføring av et forretningsbygg i Svolvær. Retten uttaler at «*NS 3401 er utarbeidet av Norges Byggstandardiseringsråd, og standarden tar sikte på en rimelig avveining av byggherrens og entreprenørens interesser. Standarden anvendes til supplerende av et meget stort antall byggekontrakter, og gir i hovedsak uttrykk for regler av mer sedvane-messig karakter*».

Dette viser at enkelte standardvilkår, særlig omforente vilkår som brukes mye, også kan få betydning for kontraktsforhold der de i utgangspunktet ikke gjelder.

I mangel av bevis for hva som er avtalt om nytt regelverk ved fravikelse av en kontrakt, kan det derfor stilles spørsmål om den entrepriserettslige standarden likevel må anvendes. Kvaliteten på fravikelsen og graden av konkretisering av nytt regelverk, er avgjørende for hvorvidt man mener sedvanerettslige regler er fraveket. Og terskelen vil avhenge av den konkrete regelen.

Ovennevnte rettsavgjørelser gir grunnlag for å mene at enkelte standardvilkår bare kan fravikes i den grad de – i mangel på avtale – heller ikke vil gjelde på ulovfestet grunnlag. Hvis man ikke kan utpeke nye rettigheter og plikter, vil man antagelig også kunne komme til at avtalen ikke er fraveket. Alternativt kan man utfylle den



uklare fravikelsen med disse mer grunnleggende sedvanerettslige ulovfestede prinsipper (fra kontrakten). Rent praktisk er det en smakssak hvilken konklusjon man kommer frem til.

Hertil kommer også avtaleloven § 36, som fastsetter at en avtale helt eller delvis kan «settes til side eller endres hvis det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». Ved avgjørelsen skal man ta hensyn til «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig».



4. AVSLUTNING

I de tilfeller der den ene parten kan føre bevis for at kontrakten er fraveket, men ikke hva som skal tre inn i stedet for kontrakten, er det grunn til å tro at domstolene vil falle ned på en løsning som er sammenfallende med grunnleggende sedvanerettslige ulovfestede prinsipper – i den grad de fremstår som rimelige og gir en balansert løsning. Det kan også tenkes at domstolene vil komme til at avtalen ikke er fraveket fordi alternativet ikke har vært tydelig nok.

Vi vil uansett råde alle til ikke å legge kontrakten i skuffen, men å ha den liggende på pulten. Det innebærer usikkerhet, og dermed risiko, å ikke ha et aktivt forhold til kontrakten, og de prosedyrer og preklusive frister denne inneholder, underveis i byggefasen.

Overtakelse og sluttoppgjør i entreprisesaker

Av advokat Håkon Sannrud
hakon.sannrud@ytterbol.com



Håkon Sannrud er advokat og partner i Advokatfirmaet Ytterbøl & Co AS. Han arbeider primært med kontraktsrett, særlig for entreprenører innenfor bygge- og anleggsbransjen. Hovedsakelig består arbeidet i bistand med avklaringer av sluttoppgjørstviser, både gjennom forhandlinger og rettslige prosesser.

1. INNLEDNING

Bygge- og anleggsarbeider er ofte komplekse, langvarige og med mange parter involvert. I tillegg er normalen at det skjer endringer i entreprenørens arbeidsforpliktelse under byggeperioden. Partene har naturlig nok et behov for avklaring ved entreprisens slutt, og standardkontraktene har derfor formaliserte regler om både overtakelsesforretning og sluttoppgjør.

Denne artikkelen omhandler avtaler som reguleres av standardkontrakter (NS-kontrakter). Entrepriser der partene ikke har avtalt at standardkontrakter skal gjelde, blir altså ikke gjennomgått. Det samme gjelder forbrukerentrepriser.

Artikkelen er ment å gi en overordnet fremstilling av regelverket, og det gis derfor ikke konkrete henvisninger underveis.

2. OVERTAKELSE

Når arbeidene er ferdigstilt, skal de overtas av byggherren. Overtakelse kan etter standardkontraktene skje på tre måter: gjennom ordinær overtakelsesforretning, delovertakelse eller byggherrens urettmessige brukstakelse.

Utgangspunktet i standardkontraktene er at kontraktsarbeidet skal overtas samlet, og at det skjer gjennom overtakelsesforretning når arbeidet er ferdig. Standardkontraktene regulerer blant annet hvordan innkalling til overtakelsesforretning skal skje, hvem som har

Standardkontraktene har formaliserte regler om både overtakelsesforretning og sluttoppgjør ved entreprisens slutt.

rett til å møte, og konsekvensene av at en part ikke møter. Disse reglene gjennomgås ikke her. Vi konsentrerer oss heller om bestemmelsene om konsekvensene av overtakelse og de forskjellige måtene overtakelse kan gjennomføres på.

2.1 Overtakelsesforretning

Standardkontraktene legger opp til at byggherren skal overta kontraktsgjenstanden ved å gjennomføre overtakelsesforretning. Ved gjennomført overtakelsesforretning går risikoen for arbeidet over fra entreprenøren til byggherren. Det medfører at entreprenøren ikke lenger har ansvar for skader kontraktsgjenstanden utsettes for, og at entreprenøren kan si opp forsikringene. For entreprenøren betyr overtakelsen også at det settes et punktum for eventuelle frister som følger av kontrakten, og at dagmukt (eventuelt) slutter å løpe. Byggherren kan på sin side ta kontraktsgjenstanden i bruk uten at det utgjør mislighold.

Under overtakelsesforretningen skal alle synlige mangler nedtegnes. Byggherren kan ikke senere reklamere over synlige mangler som ikke er nedtegnet. Det er derfor viktig å gjøre en grundig gjennomgang av kontraktsarbeidene.

Under overtakelsesforretningen skal alle synlige mangler nedtegnes. Byggherren kan ikke senere reklamere over synlige mangler som ikke er nedtegnet.

Reklamasjonsfristen for skjulte feil og mangler begynner å løpe ved avsluttet overtakelsesforretning. Det er derfor viktig for entreprenøren å faktisk få gjennomført overtakelsesforretningen for ikke å bli sittende med reklamasjonsansvar lenger enn nødvendig. Det er også først ved gjennomført overtakelsesforretning at entreprenøren kan trappe ned sikkerhetene som er stilt for kontraktsarbeidet. Overtakelsesforretningen danner også utgangspunktet for entreprenørens frist for å sende sluttoppgjør. Dette gjennomgås senere.

I tillegg begynner søksmålsfristene som nå finnes i flere av entreprisestandardene, å løpe etter overtakelsen. Søksmålsfristene gjelder imidlertid bare for bestridte endringsarbeider, og for eksempel ikke uenighet om mengdeberegninger. Søksmålsfristene gjelder også først fra hele arbeidet er overlevert. De løper ikke fra delovertakelser, med mindre entreprenøren har benyttet sin rett til å sende delvis sluttoppgjør.

2.2 Delovertakelse

Delovertakelse innebærer at byggherren overtar deler av kontraktsarbeidene før entreprenøren er ferdig med hele kontraktsarbeidet.



Delovertakelse kan være avtalt på forhånd, eller byggherren kan kreve delovertakelse underveis i byggeperioden. Muligheten til å kreve delovertakelse er en nyvinning med standardkontraktene i NS 8400-serien.

Der delovertakelse er avtalt på forhånd, vil det normalt være priset inn hvilken kompensasjon entreprenøren har krav på for de ulemper som oppstår som følge av at byggherren tar deler av kontraktsarbeidet i bruk. Der byggherren krever delovertakelse underveis i byggeperioden, har entreprenøren krav på vederlag for de merkostnader som oppstår som følge av delovertakelsen. Han har også krav på fristforlengelse om nødvendig.

Ved delovertakelse kan entreprenøren sende delvis sluttoppgjør, noe som gjennomgås nærmere nedenfor. Ved delovertakelse kan entreprenøren også starte nedtrapping av garantien. Forsikringen skal derimot gjelde hele kontraktsgjenstanden til hele kontraktsgjenstanden er overlevert.

2.3 Urettmessig brukstakelse

Urettmessig brukstakelse innebærer at byggherren tar (deler av) kontraktsarbeidet i bruk før entreprenøren er ferdig med kontraktsarbeidet. Slik brukstakelse er mislighold av kontrakten, og entreprenøren får krav på vederlag for de merkostnadene som byggherrens mislighold medfører, samt eventuelt fristforlengelse. I tillegg går risikoen for den delen av kontraktsarbeidet som overtas, over til byggherren.

Ved urettmessig brukstakelse kan entreprenøren gi byggherren en kort frist for å rette forholdet. Hvis byggherren ikke retter forholdet, går risikoen for hele kontraktsarbeidet over på byggherren ved utløpet av fristen. Fra samme tidspunkt slutter dagmukt å løpe.

Ved urettmessig brukstakelse utløper reklamasjonsfristen for ferdigstilte arbeider to uker etter fristen entreprenøren ga byggherren for å rette forholdet. Fra samme frist begynner de ordinære reklamasjonsfrister å løpe.



Det er uklart om entreprenøren kan si opp forsikringen før arbeidene er ferdige, men det er antatt at garantiene kan trappes ned.

Dette medfører at konsekvensene av urettmessig brukstakelse kan bli store for byggherren. Etter som byggherren nå kan kreve delovertakelse ved behov for å begynne å bruke deler av kontraktsgjenstanden, og det medfører mindre risikooverføring fra entreprenøren, bør byggherren være seg bevisst hvilke valg som skal tas i disse situasjonene.

2.4 Rett til å nekte overtakelse

Hvis det er mangler ved entreprenørens utførelse som hindrer byggherrens forutsatte bruk, kan byggherren nekte å overta kontraktsgjenstanden. Det samme gjelder hvis det mangler avtalt innregulering eller prøving, og dette er forhold som er nødvendig for at byggherren kan vurdere om kontrakten er oppfylt på vesentlige punkter.

Terskelen for når byggherren kan nekte å overta kontraktsgjenstanden, er noe høyere i utførelsesentrepriser enn i totalentrepriser.

I tillegg til nektelser som skyldes mangler ved entreprenørens leveranse, kan byggherren også nekte å overta kontraktsgjenstanden før avtalt sluttfrist. Hvis entreprenøren underveis i prosessen vurderer det som hensiktsmessig å arbeide raskere enn opprinnelig forutsatt, må det tas med i vurderingen at entreprenøren likevel kan bli sittende med ansvaret for kontraktsgjenstanden frem til avtalt sluttfrist.

3. SLUTTOPPGJØRET

Sluttoppgjøret er i rettslig forstand delt inn i en sluttoppstilling og en sluttfaktura. I det følgende vil sluttoppgjør bli brukt som fellesbetegnelse på begrepene.

Det sentrale med sluttoppgjørsmålingene i entreprisestandardene er at alle forhold skal på bordet. Partene kan diskutere og være uenige om sluttoppgjøret, men rammene for diskusjonene er de krav og innsigelser/motkrav som entreprenøren og byggherren skriftlig har varslet hverandre om etter de reglene som gjennomgås nedenfor.

Det er særskilt regulert at mangelskrav byggherren mener å ha, ikke inngår i sluttoppgjørsdiskusjonene. Slike krav reguleres utelukkende av mangelsbestemmelsene i standardkontraktene. Eventuelle krav om å tilbakeholde oppgjøret må derfor forankres i mangelsbestemmelsene, enten det er snakk om erstatning eller prisavslag for mangler som ikke kan utbedres, eller krav om å tilbakeholde oppgjør i påvente av utbedringsforsøk. Disse reglene blir ikke gjennomgått nærmere.

3.1 Fra entreprenørens side

Entreprenørens sluttoppgjør skal inneholde alle krav som opprettholdes. Det omfatter tidligere fakturerte og betalte krav, tidligere fakturerte, men ubetalte krav, bestridte ufakturerte krav, endelige kontraktssummer basert på oppmålinger og innestående.

Sluttoppgjøret skal være dokumentert og underbygget på samme måte som ordinære avdrags- og tilleggsskuffakuraer.

Hvis entreprenøren glemmer å ta med et krav i sluttoppgjøret, så er dette i utgangspunktet tapt. Fra dette strenge utgangspunktet er det gjort unntak for innestående, arbeid som skal utføres

senere, arbeid der grunnlaget for å fakturere ikke foreligger, og for krav som allerede er brakt inn for tvisteløsning (domstolsbehandling, voldgift eller krav om oppmannsavgjørelse).

Entreprenøren har i utgangspunktet anledning til å rette og supplere sluttoppgjøret frem til fristen på to måneder er utløpt. Dette gjelder imidlertid ikke for kontrakter basert på totalentreprisestandardene, altså NS 8407 og NS 8417. Etter disse standardene er sluttoppgjøret endelig når det er avlagt.

Mulighetene til å justere og supplere tilsier at byggherrene er forsiktige med å akseptere entreprenørens sluttoppgjør fullt ut før entreprenørens frist faktisk er utløpt.

Entreprenørens sluttoppgjør skal foreligge innen to måneder etter overtakelse. I seg selv får det ingen konsekvenser om denne fristen ikke overholdes, men byggherren kan gi entreprenøren frist for å sende sluttoppgjøret. Fristen skal være rimelig, og ikke mindre enn to uker. Hva som vil være rimelig frist, vil måtte vurderes konkret. Ettersom entreprenøren allerede har hatt to måneder på seg, vil det normalt måtte antas

Hvis entreprenøren glemmer å ta med et krav i sluttoppgjøret, så er dette i utgangspunktet tapt.

at en frist på to uker anses tilstrekkelig. Det kan imidlertid være annerledes i tilknytning til ferieavvikling og høytider. Hvis entreprenøren har redegjort for hvorfor sluttoppgjøret er forsinket med en konkret og relevant begrunnelse, vil det neppe være rimelig av byggherren å fastsette en frist som entreprenøren har varslet at han ikke kan overholde.

Hvis entreprenøren ikke sender sluttoppgjør innen fristen byggherren har satt, taper han alle krav som ikke allerede er betalt. Det er bare gjort unntak for innestående, krav på indeksregulering og krav på vederlag for arbeider som skal utføres senere. Ettersom det normalt gjenstår relativt mye å fakturere på sluttoppgjøret, kan manglende innsendelse av sluttoppgjøret derfor ofte være dramatisk.

Særlig bør man være oppmerksom på bestemmelsen i underentrepriseforhold der hovedentreprenøren ved bruk av bestemmelsen kan sikre at underentreprenøren har fremsatt alle sine krav. På den måten kan hovedentreprenøren være sikker på at disse igjen blir videreført byggherren. Hvis hovedentreprenøren ikke er påpasselig i disse situasjonene, kan underentreprenørene ha berettigede krav som skal honoreres, men som ikke er tatt med i sluttoppgjøret mot byggherren.

Et krav anses som akseptert hvis det ikke blir skriftlig avvist av byggherren innen tomånedersfristen.

3.2 Fra byggherrens side

Etter at sluttoppgjøret er sendt, har byggherren en tilsvarende tomånedersfrist til å svare. Byggherren kan akseptere sluttoppgjøret, avise det helt eller delvis, eller be om supplerende dokumentasjon.

Når byggherren bestemmer seg for å avvise et krav, skal det skje skriftlig med en angivelse av hvorfor kravet avvises. Det er ikke tilstrekkelig å unnlate å betale et krav, og det er ikke tilstrekkelig at kravet tidligere er blitt avvist. Et krav anses som akseptert hvis det ikke blir skriftlig avvist av byggherren innen tomånedersfristen.

I tillegg må byggherren varsle at det kreves dagmølt, samt fremme erstatningskrav (utenom mangelskrav) innen den samme fristen.

Hvis et krav er underlagt et tvisteløsningsorgan, taper ikke byggherren sin rett til å gjøre innsigelser gjeldende. I de tilfellene avgjør det valgte tvisteløsningsorganet om kravet er berettiget.

3.3 Delovertakelse

Hvis det er gjennomført delovertakelse, får entreprenøren rett til å sende sluttoppgjør



for denne delen. De ordinære reglene om sluttoppgjør vil i så fall gjelde.

Når det gjelder reglene for sluttoppgjør for delovertakelser, indikerer forskjeller i ordlyden at entreprenøren i kontrakter som reguleres av NS 8406 (den forenklede entreprisestandarden), i utgangspunktet må sende sluttoppgjør for det delovertatte. Det er i så fall ikke bare en rett for entreprenøren etter den standarden, men også en forpliktelse. Denne forskjellen i reglene er ikke nærmere omtalt i kommentarutgavene. Hensynet til sammenheng i regelverket kan trolig likevel tilsi at bestemmelsene skal tolkes likt, slik at det også etter NS 8406 er slik at entreprenøren bare har rett til å sende sluttoppgjør. Vurderingen er noe usikker.

Hvis entreprenøren benytter seg av sin rett til delvis sluttoppgjør, må alle krav fra underentreprenører og leverandører som inngår i det delovertatte, tas med. Entreprenøren kan ikke ta med uteglemte poster i det senere totale sluttoppgjøret. Krav som skulle vært tatt med i delsluttoppgjøret, vil i så fall være tapt.

Delovertakelse vil i en del tilfeller være gunstig for entreprenøren, siden risikoen for den aktuelle delen av kontraktsgjenstanden går over på byggherren. I tillegg begynner reklamasjonsfristene å løpe fra et tidligere tidspunkt.

3.4 Sentrale frister

Etter at både sluttoppgjøret og eventuelle innsigelser til sluttoppgjøret er fremsatt, går partene over i sluttoppgjørsforhandlinger. Disse er ikke underlagt det samme formelle regelverket, men det løper likevel frister som partene bør kjenne til.

For det første løper det en søksmålsfrist på 8 måneder fra overtakelse for endringskrav, med unntak for etter kontraktene i NS 8406 og NS 8416 der det ikke er vedtatt slike frister.

Dette er ikke en lang frist ettersom det normalt tar to måneder før entreprenørens sluttoppgjør foreligger, og deretter to måneder før byggherre svarer. Det er derfor viktig for entreprenøren å være klar over søksmålsfristen for å unngå å tape krav som følge av oversittelse av søksmålsfristen.

Ved reelle forhandlinger løses dette normalt ved at partene avtaler at søksmålsfristen skal utsettes.

Ved lengre prosjekter kan også den alminnelige foreldelsesfristen på tre år være en felle for entreprenører som ikke får betalt. Treårsfristen løper fra arbeidet kunne vært fakturert, hvilket normalt er relativt kort tid etter at arbeidet faktisk ble utført. Arbeider som er utført tidlig i byggeperioden, kan derfor bli foreldet før eller kort tid etter overtakelse om fristene ikke avbrytes. Også denne fristen kan avbrytes ved avtale mellom partene, eventuelt må det inngis forliksklage, stevning eller varsles voldgift.

4. AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Reglene om overtakelse og sluttoppgjør er utførlig regulert i standardkontraktene. Det kan være hensiktsmessig å lese seg opp på de grunnleggende utgangspunktene før hver avslutning av en entrepris.

Begge parter kan risikere å miste retten til å gjøre krav eller innsigelser gjeldende om ikke reglene følges.

Reglene er utarbeidet av bransjen og vil normalt gi en fornuftig risikoavveining basert på hensynene til at begge parter skal kunne ivareta sine interesser, samt begge parter interesser i å få avsluttet prosjektet.

Begge parter kan risikere å miste retten til å gjøre krav eller innsigelser gjeldende om ikke reglene følges. Dette gjelder uavhengig av hvor stor betydning forholdet har for den enkelte parten. Normalt kan det derfor ikke legges til grunn at avtalen settes til side så lenge begge parter har forholdt seg til standarden under kontraktgjennomføringen.

Vi kan forretningsjus

- Sammen finner vi de gode løsningene



Advokatfirmaet
Halvorsen & Co

Storgata 36
2000 Lillestrøm
Tlf. 64 84 00 20
halvorsenco.no



Finn ditt lokale Eurojuris-kontor

Advokatfirmaet Eurojuris Harstad

Telefon: 77 00 21 00
E-post: harstad@eurojuris.no

Advokatfirma Eurojuris Narvik

Telefon: 75 80 34 00
E-post: narvik@eurojuris.no

Angell Advokatfirma Bodø

Telefon: 75 54 45 00
E-post: post@angelladvokatfirma.no

ADNOR Advokat Trondheim

Telefon: 73 99 09 00
E-post: advokat@adnor.no

Larhammer Aarseth Advokatfirma Molde

Telefon: 71 19 16 00
E-post: molde@eurojuris.no

Advokatfirmaet Tollefsen Sogndal

Telefon: 57 62 88 50
E-post: post@advokat-tollefsen.no

Advokatfirmaet Stiegler Bergen

Telefon: 55 21 54 00
E-post: bergen@stiegler.no

Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund

Telefon: 52 70 10 30
E-post: haugesund@eurojuris.no

Projure Advokatfirma Stavanger/Bryne

Telefon: 51 85 84 00
E-post: stavanger@projure.no

Advokatfirma Tofte Kristiansand

Telefon: 38 17 70 00
E-post: post@advtofte.no

Advokatfirmaet Alver Lillehammer/Gjøvik

Telefon: 61 26 87 00
E-post: firmapost@alver.as

Advokatfirmaet Halvorsen & Co Lillestrøm

Telefon: 64 84 00 20
E-post: post@halvorsenco.no

Advokatfirmaet Nordia Oslo

Telefon: 23 10 30 00
E-post: oslo@nordialaw.com

Svensson Nøkleby Advokatfirma Drammen

Telefon: 32 25 55 00
E-post: drammen@eurojuris.no

Advokatfirmaet Frøstrup Loitegaard Porsgrunn

Telefon: 35 93 19 00
E-post: firmapost@lov.as

Advokatfirmaet Ytterbøl & Co Sarpsborg

Telefon: 69 16 18 00
E-post: sarpsborg@ytterbol.com

Fredrikstad

Telefon: 69 36 60 00
E-post: fredrikstad@ytterbol.com