

Offentlig myndighetsutøvelse i entreprisprosjekter

Hvem bærer risikoen for endrede forutsetninger?

Bygge- og anleggsprosjekter strekker seg ofte over lengre tid og det skaper risiko for at uforutsette hindringer kan inntreffe underveis i kontraktgjennomføringen. Hvem skal bære risikoen for endrede forutsetninger når myndighetsutøvelse endrer partenes forutsetninger ved kontraktsinngåelsen – noe som kan resultere i forsinkelser og ekstra kostnader for entreprenøren?



Advokatfullmektig
Amalie Dahle Olsen
Deloitte Advokatfirma



Advokat
Hedda Styrvold Carlberg
Deloitte Advokatfirma

Utgangspunkt

For entreprisprosjekter gjelder det et grunnleggende prinsipp om at partene bærer risikoen for egen *funksjon* som parten har etter kontrakten. Dette kalles funksjonsfordelingsprinsippet. Med risiko menes at partene i utgangspunktet selv må bære ansvaret for forsinkelser eller mangler ved oppfyllelsen av sine kontraktsforpliktelser. Hvis forutsetningene for kontraktsforpliktelsen endres, er dette noe partene i utgangspunktet selv bærer risikoen for.

Utførelses- og totalentrepriser

Entrepriseprosjekter skiller normalt mellom utførelses- og totalentrepriser. I utførelsesentrepriser står byggherren for prosjekteringen, mens entreprenøren står for utførelsen, mens i totalentrepriser står totalentreprenøren også for hele eller det vesentlige av prosjekteringen. Hvorvidt partene har inngått en utførelses- eller en totalentreprise vil sette rammene for risikofordelingen i kontrakten.

Utgangspunktet for hvem som skal bære risikoen for økte kostnader eller

forlenget byggetid, er altså funksjonsfordelingsprinsippet. Det særegne med endrede forutsetninger er likevel at dette ikke enkelt kan plasseres innenfor en av partenes risikofære.

Typetilfeller av endrede forutsetninger

Med endrede forutsetninger menes at de forutsetningene som forelå ved kontraktsinngåelsen, endres underveis i kontraktgjennomføringen. Det vil kunne gjøre det urimelig eller svært byrdefullt for partene å oppfylle kontrakten.

Koronapandemien

Et åpenbart typetilfelle av endrede forutsetninger er koronapandemien. Offentlige myndigheter fikk et behov for å innføre omfattende forbud, påbud og anbefalinger for å begrense smitte i form av påbud om karantene, innreiseforbud, pålegg om hjemmekontor og andre smitteverntiltak som avstandskrav, økt renholdshyppighet mv. Det førte til både tids- og kostnadskonsekvenser for pågående og nye prosjekter.

Krig

Krig er et annet typetilfelle av endrede forutsetninger. Ukraina-krigen medførte for det første leveringsproblematikk av materialer og derav økte materialpriser. For det andre førte krigen til den nye sanksjonsloven som skulle gjennomføre EUs restriktive tiltak raskt og effektivt. Dette innebar blant annet et forbud mot import av russisk jern og stål, som var et tilfelle av offentlig myndighetsutøvelse med stor effekt på bransjen. En følgekonsjens var valutakursendringer som ikke ble dekket av vanlig lønns- og prisjustering.

Ny lovregulering

Underveis i langvarige entreprisprosjekter kan det også inntre endrede forutsetninger knyttet til ny lovregulering, som for eksempel den nye åpenhetsloven og de omfattende restriksjonene knyttet til innleid arbeidskraft til bygningsarbeider. Videre har vi sett andre former for myndighetsutøvelse som gir endrede forutsetninger. Det kan være mange og store rentehevinger, endringer i rammetillatelse eller konsesjoner, samt endrede avgifter.



Endringer i forutsetningene som kan påvirke langvarige bygge- og anleggsprosjekter, skaper et behov for gode og gjennomarbeidede kontrakter mellom partene, med balanserte kontraktsvilkår og en klar risikofordeling.

Felles for all offentlig myndighetsutøvelse er at dette ofte medfører økte kostnader som generelt vil fordyre bransjen eller at prosjektets tidsfrister ikke kan overholdes. Dette skaper en ubalanse i kontraktsforholdet mellom entreprenøren og byggherren. Balansen i kontrakten gjenopprettes ved at entreprenøren får krav på vederlagsjustering og/eller fristforlengelse.

Rettslige utgangspunkter

Utgangspunktet for spørsmålet om endrede forutsetninger gir krav på vederlagsjustering og/eller fristforlengelse, er den konkrete avtalen mellom partene.

NS-standardene

I bygge- og anleggsprosjekter inntas normalt en NS-standard som en del av kontrakten, enten som den er eller med eventuelle egne spesifiseringer i den konkrete kontrakten. Vi vil i det følgende gå gjennom et utvalg av sentrale bestemmelser i NS-standardene som kan belyse spørsmålet om endrede forutsetninger gir grunnlag for vederlagsjustering og/eller fristforlengelse.

Generelle bestemmelser

NS-standardene har generelle bestemmelser om entreprenørens krav på fristforlengelse og vederlagsjustering for forhold som byggherren er ansvarlig for i henholdsvis NS 8405 punkt 24.1/NS 8407 punkt 33.1 og NS 8405 punkt 25.2/NS 8407 punkt 34.1. Spørsmålet er om standardkontraktene har egne særlige bestemmelser som gjelder endrede forutsetninger.

Endrede rammetillatelser

For endringer i rammetillatelser følger det av NS 8405 punkt 19.6 at byggherren er ansvarlig for dette i utførelses-entreprisene. Det vil si at dette anses som byggherrens risiko. Ved totalentreprisene er derimot utgangspunktet at entreprenøren er ansvarlig for offentlige tillatelser, mens byggherren er ansvarlig for øvrige tillatelser, jf. NS 8407 punkt 16.3. For økte avgifter som entreprenøren skal betale for, er det en særbestemmelse i NS 8405 punkt 27.3/NS 8407 punkt 26.3 som gir entreprenøren krav på vederlagsjustering for endringer i avgiftene etter at entreprenøren ga sitt tilbud. For totalentreprisen gjelder dette bare dersom endrin-

gene ikke burde vært tatt i betraktning da tilbudet ble inngitt, og det heller ikke burde vært unngått følgene av dem.

Etter NS 8405 punkt 24.3 har partene «krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser», jf. første ledd. Det er videre krav om at det er snakk om en hindring som entreprenøren ikke «burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av», jf. tredje ledd. Det er klart at koronapandemien og Ukraina-krigen falt innenfor dette, da disse situasjonene hendte. Forsinkelser som inntreffer nå på grunn av pandemien eller krigen vil sannsynligvis ikke være omfattet lenger, med mindre kontrakten ble inngått før eller samtidig med at hendelsene inntraff.

Det fremgår særskilt av femte ledd at partene ikke har «krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen». Det vil si at bestemmelsen kun åpner for at entreprenøren kan få fristforlengelse ved endrede forutsetninger som faller innenfor force majeure-definisjonen som blant annet pandemien, krig og streik. NS 8407 har i punkt 33.3 tilsvarende regulering. Poenget med dette er en deling av risiko for force majeure-forhold mellom byggherren og entreprenøren – byggherren blir ansvarlig for forsinkelsene og entreprenøren blir ansvarlig for merkostnadene.

Spørsmålet er likevel om entreprenøren også kan få dekning for økte kostnader for denne typen endrede forutsetninger knyttet til offentlig myndighetsutøvelse.

Særreguleringer

Det er i NS 8407 egne særreguleringer om endringer i lover, forskrifter og offentlige vedtak etter tilbudstidspunktet for krav til kontraktsgjensstanden og krav til totalentreprisen gjennomføring i henholdsvis punkt 14.4 og 15.2.

Etter begge bestemmelsene har entreprenøren krav på vederlagsjustering dersom det etter at totalentreprenøren avga sitt tilbud, skjer forandringer i lover og forskrifter eller fattes enkeltvedtak og dette innebærer at kontrakts-gjenstanden må endres eller avtalte krav til prosessen må endres. Det gjelder kun dersom totalentreprenøren ikke burde tatt forholdene i betraktning på tilbudstidspunktet og heller ikke burde unngått følgene av dem.

Det er nok flere entreprenører som har krevd dekket merkostnader som følge av restriksjonene knyttet til innleid arbeidskraft med henvisning til NS 8407 pkt. 15.2. Spørsmålet i den sammenheng blir om denne lovendringen er en endring i avtalte krav til prosessen. Det mest åpenbare problemet for entreprenøren ved et slikt krav er at det sjeldent er avtalt krav om innleie i kontrakten. Det kan likevel tenkes at entreprenøren har synliggjort bruk av innleie i sitt tilbud, og da må kravet i større grad være berettiget, gitt at tilbudet ble gitt i god tid før innleierestriksjonene trådte i kraft.

Disse bestemmelsene i NS 8407 åpner altså for at entreprenøren kan få vederlagsjustering for offentlig myndighetsutøvelse underveis i kontraktsgjennomføringen. NS 8405 har ingen tilsvarende regulering, som er litt underlig, da det ikke bør være større grunn til at utførelsesentreprenøren skal bære konsekvensene knyttet til innleierestriksjonene enn det er for totalentreprenøren.

Force majeure-hendelser

Hvis myndighetsutøvelsen har sin bakgrunn i en force majeure-hendelse og vederlagsjusteringskravet er knyttet til forlenget byggetid, er det i rettspraksis konkludert med at dette utelukkende reguleres av force majeure-bestemmelsen, slik at det ikke gis vederlagsjustering for dette. Er det derimot kostnader som ikke er knyttet til byggetiden og forsinkelser, har domstolene holdt det mer åpent for mulige krav om vederlagsjustering fra entreprenøren. Man kan for eksempel tenke seg at et krav på økte kostnader til renhold som følge av offentlige påbud om smittevern vil kunne være berettiget.

Avsluttende betraktninger

De mange endrede forutsetninger som kan påvirke langvarige bygge- og anleggsprosjekter skaper et behov for gode og gjennomarbeidede kontrakter mellom partene, med balanserte kontraktsvilkår og en klar risikofordeling.

Det er begrensede muligheter i NS 8405 og NS 8407 til å nå frem med vederlagsjusteringskrav knyttet til endrede forutsetninger, noe som også er kommet til syne i rettspraksis på området. Dette skyldes risikofordelingen i kontrakten – entreprenøren bærer normalt risikoen for at tilbudsprisen gitt for kontraktsarbeidene vil være tilstrekkelig. Forsinkelser knyttet til slike forhold gir derimot grunnlag for fristforlengelseskrav, ettersom byggherren bærer denne delen av risikoen.

Balansert risikofordeling

En måte å sikre balanse og god risikofordeling i kontraktsforholdet på er å beholde NS-standardenes utgangspunkt om at entreprenøren har krav på lønns- og prisstigning av kontraktssummen – spesielt i langvarige kontraktsforhold. Tiden for å avtale bort denne bestemmelsen for å «spare penger» for byggherren bør nå være forbi. Manglende mulighet for å justere kontraktssummen etter lønns- og prisstigningen kan føre til likviditetsproblemer eller i verste fall konkurs hos entreprenør, og mange entreprenører vil naturligvis legge inn store risikotillegg i tilbudsprisene sine for å dekke opp for disse kostnadene. Dette kan også skje dersom entreprenøren alene må bære risikoen for andre endrede forutsetninger. Slik type risikoplassering i kontraktene vil sjelden gjøre prosjektene rimeligere. Kontraktsvilkår med balansert risikofordeling, også for endrede forutsetninger, kan i mange tilfeller være til det beste for begge parter.

Løsning til kryssord på side 25