

# Byggebransjens Faglig Juridiske Råd

Sekretariat: Bygningsgruppen – Veiten 3, 5012 Bergen – Telefon 91129729 – E-post: [bygninggruppen@bergen.online.no](mailto:bygninggruppen@bergen.online.no) org. Nr. 986 574 859

---

## **Sak nr 604 (2009) DELENTREPRISE; TØMRERARBEIDER OFFENTLIG BYGG. SPØRSMÅL OM TILBUDET FASTPRISTILLEGG ETTER FORHANDLINGER OGSÅ OMFATTET SÆRSKILT KOMPENSASJON FOR FORLENGET VEDSTÅELSEFRIST. NS 8405 (2004) PKT 27.1 – NS 3405 (1984).**

### **1. Innledning**

Twisten gjelder spørsmål om entreprenøren har krav på tillegg for forlenget vedståelsesfrist i tillegg til fastpristillegg basert på forbehold som fremgår av korrespondanse mellom partene forut for kontraktsinngåelse. Partene er et entreprenørfirma som har påtatt seg tømrentrepreisen ved et byggeprosjekt for en offentlig byggherre. Kontrakten er basert på NS 8405 1. utgave, anbudgrunnlag i henhold til NS 3420.

Etter justeringer av prosjektet skriver man til slutt kontrakt i slutten av desember 2008. Da er det allerede klart at partene er uenige om hvorvidt entreprenøren har krav på kr. 550.000 eks. mva som kompensasjon for nevnte forlengede vedståelsesfrist, og partene blir enige om å overlate til BFJR å avgjøre saken som oppmann med en bindende virkning for begge parter.

Entreprenøren fremstilte saken og sin begrunnelse for kravet i brev av 03.04.09. Byggherrens svar forelå 05.05.09, hvorefter begge parter har inngitt siste skriftlige innlegg 08.05.09.

### **2. Sakens faktum**

Anbudet ble avgitt 07.05.07 med sum eks mva kr. 7.762.300,-. Fastpristillegg i byggetiden ble oppgitt til kr 200.000,- eks mva, ved siden av at det ble tatt forbehold om full prisstigning etter SSB i ventetiden før arbeidet ble satt i gang, basert på indekstall pr 15. april.

Totalsummen for prosjektet viste seg å overskride budsjetttrammene. Byggherren fant det derfor nødvendig å foreta en omprosjektering og redusere omfanget av prosjektet og arbeidene for å få prisene ned. Arbeidsomfanget ble anslagsvis redusert med 10 %, og det er opplyst at prisreduksjon for de arbeidene som den her aktuelle kontrakten omfattet var på kr 700.354,- eks mva.

Den 11.10.07 ba byggherrens rådgiver entreprenøren om forlenget vedståelsesfrist til etter kommunens budsjettbehandling; dvs til 31.12.07. Entreprenøren svarte den 17.10. at man hadde foretatt en totalgjennomgang av anbudet, og *”ut fra en totalvurdering mht reelle prisstigninger, så må vårt anbud økes med kr 550.000,- eks mva dersom vedståelsesfristen forlenges til 31/12”*, videre *”vi forutsetter da at fastpristillegget som oppgitt i anbuds brevet av 7/5 07 pålydende kr 250.000,- blir valgt”*

Oppstart viste seg å trekke ytterligere ut, og 08.04.08 skrev byggherrens konsulenter i en e- post til lavbyderne at man hadde måttet redusere byggeprosjektet ytterligere, dels ved reduksjon av omfang, dels utsettelse av innredninger og endret materialbruk.

Reduksjonene fremkom ved at opprinnelige mengder/enhetspriser måtte revideres. Videre ønsket man møter med den enkelte entreprenør der man foruten det reduserte arbeidsomfang ville diskutere både riggekostnader og lønns- og prisstigning. Dersom man ikke kom i mål med kostnadsrammen med de opprinnelig lavbyderne måtte man sende anbudene ut på nytt, alternativt skrinlegge prosjektet.

Det ble avholdt forhandlingsmøte mellom partene den 10.04, og etter dette skriver entreprenøren den 14.04 at man, etter *"en gjennomgang med våre største leverandører / underentreprenører i forbindelse med prosjektet, så ser vi oss nødt for å beholde vårt tillegg for utvidet vedståelse med kr 550.000 eks mva."*

Når det gjaldt *"pristigningen forøvrig"*, pekte man på at den *"må beregnes som forutsatt i vårt anbudsbrief av 07.05.07, men vi kan fravike fastpristillegget som oppgitt med kr. 200.000 eks. mva i byggetiden til at indeks gjøres gjeldende i stedet. Alternativt kan vi tilby et fastpristillegg på kr 990.000 eks mva forutsatt oppstart tømmerarbeider innen utgangen av 2008"*. Utover dette er man villig til å redusere riggen med kr 50.000,- eks mva.

Den 05.05. avholdes kontraktsforhandlingsmøte, og i pkt 1.4 – Kompensasjon for lønns- og prisendringer er fastlagt oppstartsdato for entreprisen, og det refereres videre : *"På bakgrunn av denne fremdriften har entreprenøren tilbudt et fastpristillegg på kr 990.000,- som kompensasjon for lønns- og prisendringer i ventetid og byggeperiode. Byggherren aksepterer dette tilbudet"*.

### **3. Partens synspunkter og Kontraktens innhold på det her aktuelle punkt**

Da kontraktsforslaget forelå høsten 2008, reagerte entreprenøren og hevdet at beløpet knyttet til forlengelse av vedståelsesfristen stort kr. 550.000, skulle komme i tillegg til fastpristillegget på kr 990.000,-

Byggherrens oppfatning var at det avtalte fastpristillegget inkluderte kompensasjonen for utvidet vedståelsesfrist, slik det fremkom i kontrakten.

Saken ble diskutert i møte mellom partene den 07.10.08 hvor man også så på flere alternative måter å løse saken på, uten at man kom til enighet. Kontrakt ble undertegnet i desember 2008. Av dens pkt 2 fremgår følgende: *"partene er uenige om hvorvidt kontraktssummen også er inklusive vederlag for forlenget vedståelsesfrist stor kr 550.000,- eks. m.v.a., dvs. om det vederlaget er inkludert i fastpristillegget eller kommer i tillegg til fastpristillegget."*

Etter dette er partene som nevnt i pkt 1 over blitt enige om å legge saken frem for Rådet som skal avgi en bindende oppmannsavgjørelse.

### **4. Rådets svar**

#### *4.1 Innpassning til regelverket om offentlige anskaffelser*

Når oppdragsgiver ikke kan avslutte en konkurranse med tildeling og avtaleinngåelse innen vedståelsesfristens utløp, og vil sikre seg å kunne nyttiggjøre seg mottatte tilbud, må vedståelsesfristen forlenges. Tilbudene er privatrettslige løfter som er leverandørenes svar på anbudsinnbydelsen og kunngjøringen, jfr avtaleloven 1918 § 2.

Tilbudene må leses på bakgrunn av vedståelsesfristen i konkurransegrunnlagets betingelser, og deltagerne i konkurransen må underforstås å godta disse når annet ikke er sagt (forbehold). Når tilbudene er mottatt, kan verken beløp eller bindingstid endres fra oppdragsgiversiden. Leverandørene må derfor anmodes særskilt om å vedstå seg sine tilbud med utsatt frist og i dette må likhetsprinsippet iakttas, d v s samtlige leverandører må få tilbud om dette , og etter fristutløp kan oppdragsgiver bare anta leverandøren med gyldige og virksomme tilbud.

Et byggeprosjekt med offentlig oppdragsgiver følger regelverket om offentlige anskaffelser, jfr lov 16. juli 1999 nr 69 med tilhørende forskrift 7. april 2006 nr 402.

Et kommunalt kirkelig fellesråd vil være underlagt regelverket om offentlige anskaffelser etter forskriftens § 1-2 (2), jfr flere klagesaker med kommunale kirkelige fellesråd, behandlet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ([www.kofa.no](http://www.kofa.no)), sakene 2004/88, 2004/90, 2005/20, 2005/255 og 2007/99.

Denne saken er ikke opplyst med sikte på dette regelverket, og spørsmålet til Rådet gjelder ikke et forhold som er direkte regulert i forskriften, bortsett fra at en oppdragsgiver etter tilbudsfristen ikke har anledning til å endre sitt eget konkurransegrunnlag for å redusere kostnadene, jfr her forskriften § 8-2 (om anskaffelser under EØS-nivå).

Kan prosjektet ikke gjennomføres innenfor den kunngjorte prosjektbeskrivelse, må oppdraget kunngjøres på nytt etter saklig begrunnet avlysning, jfr forskriften § 13-1.

Rådet er imidlertid ikke bedt om å kommentere forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser, og lar derfor dette ligge.

Partene i denne saken har forhandlet om kontraktsvilkårene. Rådet antar at det da dreier seg om en konkurranse med forhandling etter forskriftens § 5-1 (eventuelt et ikke kunngjort direktekjøp). Forhandlinger som følger § 5-1 gir ikke oppdragsgiver mulighet for å endre sitt eget konkurransegrunnlag. Men heller ikke dette er tatt opp i spørsmålet til Rådet og skal ikke utdypes i det følgende ut over det som konkret gjelder vedståelsesfristens forlengelse.

#### *4.2 Entreprenørens krav på kompensasjon for prisstigning - bakgrunnsregler*

Tildeling av offentlige byggeoppdrag følger forskriftens § 3-11 om at fremforhandlede og balanserte kontraktsstandsarter i bransjen ”som hovedregel” skal følges. NS 8405 er en slik standard for BA-oppdrag og den er lagt til grunn i dette tilfelle (versjon 2004, senere erstattet av ny versjon 2008).

Standardens regel om lønns- og prisstigning er inntatt i NS 8405 (2004-utgaven) pkt 27.1 som fastslår at kontraktsummen reguleres etter NS 3405 – ”Bestemmelser om regulering av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønningen, priser, sosiale utgifter m v – totalindeksmetoden...”. Denne standardens pkt 4.1. omhandler totalindeksmetoden og setter startpunkt ved avregning ved indekstall ”To” for den måned anbudsfriksen utløper i. Dette betyr at avregning skjer i ventetiden fra fristutløp til arbeidenes oppstart, d v s både i tiden fra tildeling/avtaleinngåelse til oppstart og det eventuelt foregående tidsrom fra kunngjort tilbudsfrist til tildeling/avtaleinngåelse. Blir det nødvendig å forlenge vedståelsesfristen, vil tilbyderne ved dette være sikret lønns- og prisstigning også ved den utsettelse som beror på at prosjektet omformuleres eller det av andre grunner ikke er mulig å avslutte konkurransen innen den først satte vedståelsesfrist (verserende klagesak, oppretting av feil ved tildeling osv).

Lønns- og prisstigning vedrører kostnadsnivå både før vedståelsesfristens utløp, etter tildeling før oppstart, og under arbeidets utførelse.

Utsettelse med tildeling/avtaleinngåelse kan imidlertid også få andre økonomiske konsekvenser for entreprenøren. Det kan oppstå problemer i forhold til kontraherte underentreprenører eller i forhold til det beredskap entreprenøren må opprettholde i påvente av at konkurransen avgjøres. Slike forhold er det ikke tatt høyde for i NS 3405, som bare omhandler prisstigningstall etter indeks, jfr *A. Frihagen* Offentlig anbuksregler – innkjøp (1980) s 133-134 og s 212 om stillingen under REFSA 1978 (bl a om innregning av tilleggskompensasjon ved forsinket anbuksbehandling).

#### *4.3 Forhandlingsforbud, konkurransegrunnlag og særskilt kompensasjon ved forlenget vedståelsesfrist*

Det forekommer, men er ikke vanlig, at entreprenører etter anmodning fra oppdragsgiver/byggherre godtar å forlenge sine tilbud, men mot en særskilt kompensasjon, slik som i dette tilfellet. Dette vedrører ikke pristilbudet for de etterspurte arbeider, og slike endringer kan derfor ikke ved anbukskonkurranse anses som en endring av tilbudet etter forskriftens § 12-1 (1).

Ved konkurranse med forhandling fremgår det av forskriftens § 11-8 (2) at det kan forhandles om alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår. I dette tilfelle var det derfor adgang til å forhandle om både prisstigning og særskilt kompensasjon for utsatt vedståelsesfrist.

Dersom vedkommende tilbyder på forhandlingstidspunktet kjenner konkurrentenes priser, ville dette imidlertid kunnet gi muligheter for spekulasjon. Men ved konkurranse med forhandling – som trolig var den aktuelle tildelingsform her – er det i strid med kravet til god forretningsskikk å opplyse om konkurrentens priser, hvilket begrenser tilbyderens muligheter for å forhandle taktisk ut fra kjennskap til prisnivået i åpningstilbudet (KOFA sak 2007/154). Hvis derimot leverandøren er eneste tilbyder, kan dette gi styrke når forhandlingene innledes før tildeling og avtaleinngåelse. Dette verner regelverket ikke mot. Ved anbukskonkurranse med flere tilbydere gjelder offentleglovens (2009) § 23, som gir mulighet for å hemmeligholde åpningsprisene inntil beslutning om tildeling er gjort. Dermed begrenses risikoen for spekulasjon.

Etter dette blir spørsmålet om entreprenøren i dette tilfelle har forhandlet seg frem til en kompensasjon for utsatt vedståelsesfrist i tillegg til den kompensasjon for prisstigning som partene er enige om.

#### *4.4 Tolkning av kontraktsforholdet i lys av de dokumenterte forhandlinger*

Den signerte kontrakt datert 31.12.2008 pkt 2 lar spørsmålet om tillegget 550.000 stå åpent. Punktet fastslår bare at det foreligger uenighet om dette, jf ovenfor.

Entreprenøren er i vår sak antatt til arbeidet, og spørsmålet blir da om det forut for signering av kontrakten kan påvises retningslinjer for hvordan den etterfølgende kontrakt skal forstås eller suppleres. En signert kontrakt behøver ikke være uttømmende; kan det påvises oppnådd enighet eller andre forhold som medfører pre-kontraktuelle bindinger, må dette legges til kontraktens uttrykkelige bestemmelser.

Slik denne er redigert, må den signerte kontrakt ved pkt 2 forstås som en uttrykkelig blanco henvisning til forhistorien om motstrid vedrørende oppnådd "enighet" på et punkt der partene i ettertid har avvikende oppfatning om hvordan enigheten skal tolkes: Det består *enighet "om å være uenige inntil det omstridte spørsmål på annet vis finner sin løsning"*.

Dette hindrer en tolkning basert på det synspunkt at kontrakten uttømmende beskriver partenes forpliktelser overfor hverandre, d v s posisjoner som i så fall ikke har nedfelt seg i ordlyden kan ikke gjøres gjeldende. På den annen side: Kan forhandlingene og de utsagn som sirkulerte mellom partene før formalisering *ikke* løse spørsmålet, er kontraktens "nullstilling" den løsning som følger av bakgrunnsreglene, som er at entreprenøren bare tilkommer indeks på kontraktsummen beregnet fra anbudsfristens utløp (som omtalt ovenfor).

Rådet bemerker at kompensasjon for utsettelse av vedståelsesfristen ikke hører til normalinnholdet i en byggekontrakt. Saken kan ikke løses på det grunnlag at kontrakten ikke har hjemmel for det krav entreprenøren som tilbyder i konkurransen gjør gjeldende med henvisning til uleiligheter ved å måtte avvente tildeling og avtale.

Rådet konstaterer at entreprenørens første tilbud datert 07.05.2007 er et fastpristillegg 250.000 i byggetiden med tillegg av indeksert lønns- og prisstigning før oppstart med basis pr 15.04.2008. Dette ville formentlig betydd avregning etter NS 3405 for tiden fra tilbudsfristens utløp til oppstart.

Byggherrens henvendelse 11.10.2007 er en anmodning om forlenget vedståelsesfrist ut året 2007 (avsluttet budsjettbehandling i kommunen). Dette lå selvsagt ikke inne i entreprenørens tilbud 07.05.2007. Entreprenørens svar på dette 17.10.2007 er bekreftende, men med forbehold om særskilt kompensasjon for utsettelsen satt til 550.000, og knyttet til forutsetningen om at 250.000 som fastpristillegg *i byggetiden* opprettholdes. Det foreligger ingen dokumentasjon på hvorvidt dette tilbudet er akseptert eller forkastet. En antagelse ville løst vår sak dit hen at entreprenøren ville blitt kompensert med 550.000 for utsatt vedståelsesfrist, pluss 250.000 fastpristillegg for prisstigning begrenset til byggetiden, altså en annen regel enn den som ville fulgt av NS 3405 pkt 4.1.

Byggherrens anmodning til del-entreprenørene om prosjektreduksjoner 08.04.2008 må helst forstås som en nullstilling av hele prosjektet med anmodning om at adressatene heretter revurderer sine tilbud for å komme ut med lavere tall basert på et prosjekt redusert med 12-13 mill. Entreprenørens tilbud av 17.10 kan derfor ikke lenger anses relevant.

Avklaringsmøte 10.04.2008 (referat foreligger ikke i Rådets dokumentasjon) ledet ikke til enighet om kompensasjonsspørsmålet, og entreprenøren klargjør på denne bakgrunn en ny posisjon i sitt brev av 14. april 2008. I dette gjentas at kompensasjon for utvidelse av vedståelsesfristen skal settes til 550.000. Vedrørende prisstigning i byggetiden (tidligere tilbud om fastpris 200.000) gis byggherren opsjon til å velge indeksering.

I nytt avsnitt, men uten linjeavstand omtales som alternativ et fastpristillegg 990.000. Hva dette refererer seg til er ikke innlysende, men omtalen av oppstart for tømmerarbeider innen 2008 og henvisningen til reduksjon av prosjektet totalt, leses helst slik at det omtale alternativ *ikke* stilles opp mot beløpet 550.000 som overgripende skal kompensere forlengelse utsatt vedståelse, men ikke ventetiden etter tildeling før oppstart.

Entreprenørens tilbud 14.04. 2009 - gjentatt samme dato som svar på byggherrens brev s d, er i fortsettelsen konsekvent bestridt av byggherren. Byggherren vil i brev 14.04.2008 bare betale kr 910.00 ”som svar på Deres fastpristilbud”. Det fremgår senere at byggherren kan ha forstått dette dit hen at kr 910.00 skal omfatte vedståelsestillegget kr 550.000 og fastpristilbudet kr 990.000.

Rådet har vært i tvil om hvordan saken skal vurderes. *På den ene side* gjelder at avvik fra standardens normalløsning for indeksering etter NS3405 forutsetter klare holdepunkter, og at standardens mal for beregning av prisstigning både før antagelse/avtaleinngåelse og i ventetiden før oppstart tar utløpet av anbudsfristen som startpunkt.

Det kan også med en viss rett anføres at entreprenørens ”alternative” tilbud om 990.000 i brev av 14.4.2008 ikke er tydelig nok på at alternativet bare gjelder prisstigning og ikke kompensasjon for utvidet vedståelse.

Rådet har også stilt seg spørsmålet om de beløp entreprenøren krever dekket ligger i overkant av det naturlige og rimelige i et tilfelle som dette, selv om det tas hensyn til at forutsetningene for prosjektets gjennomførelse ble vesentlig endret ved omfattende reduksjoner.

*På den annen side* har byggherren ikke holdt klare linjer i sin kommunikasjon med entreprenøren. Entreprenørens brev av 17.10.2007 ble på et vis lagt til side ved henvendelsen om ”nullstilling” ved mer omfattende reduksjoner i prosjektet. Og på dette stadium fortsetter dialogen basert på en presis spesifikasjon fra entreprenøren som ikke etterlater tvil som at begge postene kreves kompensert – kr 550.000 for vedståelsesfristen og kr. 990.000 for prisstigning. Byggherren har skapt en uryddig situasjon ved å innføre grunnleggende endringer i det kunngjorte prosjekt (sannsynligvis regelstridig etter forskriften om offentlige anskaffelser), og kan derfor sies å være nærmere enn del-entreprenørene til å bære risikoen for at oversikten er gått tapt for alle involverte.

Det gjelder uvanlig lang tid før tildeling og oppstart – og det gjelder ”nullstillingen” med tilhørende uklarhet om hvilke kontraktsvilkår som heretter skulle gjelde. Det hersker ikke tvil om at entreprenøren aldri under sakens gang har gått bort fra at utvidet vedståelse for tilbudet måtte kompenseres i kroner.

#### 4.5 *Sammenfatning og konklusjon*

Rådet er alt i alt – men under tvil - kommet til at kontraktens henvisning til de forutgående forhandlinger mest naturlig må leses dit hen at entreprenøren på de avgjørende faser i prosessen har fastholdt et krav *både* om kompensasjon for utvidet vedståelse, og kompensasjon som fastpristillegg for prisstigning.

Rådet legger vekt på at byggherren har brukt 19 måneder fra tilbudsfrist til oppstart, samtidig som prosjektet har endret vesentlig karakter. Det ble tidlig klargjort at utvidet vedståelse ca 6 mnd måtte kompenseres særskilt, og dette forbehold har entreprenøren senere ikke veket fra.

Rådet mener alt i alt at denne posisjonen har vært rimelig klart signalisert, og da slik at byggherren hadde oppfordring til å avvise denne posisjonen før man gikk videre i prosessen med reell antagelse ved oppstart (Rt. 1994.1222 ”Sjøen”) og formelle kontraktsforhandlinger.

Etter dette er **Rådets konklusjon** at entreprenøren får medhold i sitt krav om en samlet godtgjørelse for utvidet vedståelse kr 550.000 og prisstigning kr 990.000.