**Veileder**

for byggherrer som skal kontrahere totalentrepriser "post Covid 19"

# Innledning

Norsk Eiendom gikk ut tidlig under koronaen og holdt fast ved at korona ga partene grunnlag for å påberope seg force majeure- bestemmelsene i standardkontraktene (f.eks. NS 8407 og NS 8405). Det betyr i praksis at partene kan kreve fristforlengelse dersom betingelsene er tilstede, men for øvrig kan ikke partene kreve vederlagsjustering. Det innebærer at partene må ta hver sin del av byrdene i pågående kontrakter. De fleste erfarte at dette var riktig juridisk tilnærming, men EBA anbefalte sine medlemmer å også varsle krav på vederlagsjustering på ulikt grunnlag. Vi kjenner ikke til at spørsmålet er behandlet i domstolene. Videre erfarte de fleste byggherrer at entreprenørene la seg i selen for å begrense skadeomfanget. De fleste rapporterer om at byggeplassene har gått langt bedre enn fryktet.

Noen av de offentlige byggherrene har valgt et hovedspor der nye kontrakter som hovedregel ikke skulle innkalkulere merkostnader som følge av Covid-19. Man etablerte så et omfattende regelverk der byggherren på nærmere beskrevne vilkår aksepterer vederlagsjustering og fristforlengelse etter hvert som Covid-19-relaterte problemstillinger varsles av entreprenøren.

Denne tilnærmingen fra de offentlige byggherrene er etter Norsk Eiendoms mening ikke er i tråd med gjeldende entrepriserett. Ved inngåelse av nye entreprisekontrakter må både byggherren og entreprenøren ta hensyn til dagens pandemi. Det fremgår av entreprisestandardene at en part ikke har krav på fristforlengelse for hindring «han eller hans kontraktsmedhjelpere burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av». Det innebærer at partene må vurdere om og hvordan tiltakene og effektene av disse vil kunne påvirke de kontraktsmessige forpliktelsene.

Formålet med denne veiledningen vil først og fremst være å gi byggherren et verktøy for analyse av sin risikohåndtering.

# Risikohåndtering

Entreprisekontrakter handler i stor grad om fordeling av risiko. Totalentrepriser overlater betydelig risiko til entreprenøren som også har påvirkningsmulighet innenfor de rammer kontrakten setter.

Totalentrepriser bygger på prinsippet om at den som har størst mulighet til å håndtere risikoen også får det økonomiske og fremdriftsmessige ansvaret for det aktuelle forholdet.

Kontrakter som inngås nå, vil helt eller delvis kunne komme til utførelse i en tid der det tilnærmelsesvis ikke lengre finnes driftsforstyrrelser som følge av pandemien. Men man kan også tenke seg at hele eller deler av kontraktsarbeidene utføres under samme driftsvilkår som da kontrakten ble inngått. Et mulig senario er også at hele eller deler av kontrakten kommer til utførelse under driftsvilkår som er langt mer krevende enn hva som var situasjonen på kontraktstidspunktet. For å illustrere hva som kan komme til å skje, nevnes en ny "shut down", at det blir innført 2-meters-grense i stedet for 1-meters-grense eller alle restriksjoner blir opphevet. Man kan se for seg enda strengere grensekontroll for både personer og varer, eller man kan se for seg at effekten av slike restriksjoner nærmest ikke blir merkbare.

Nå er Covid-19 et kjent fenomen. Byggherrer må legge dette til grunn for sin anbudsforespørsel, og eventuelt egne leveranser/ytelser, og entreprenører må innkalkulere merkostnadene i sitt tilbud. Det blir langt vanskeligere å påberope seg force majeure som følge av Covid-19..

Siden svært mye av Covid-19-risikoen omhandler bemanning, lønn, arbeidsprosedyrer, renhold, innkjøp av materialer og underentrepriser mv, er det naturlig å tenke at Covid-19-risikoen bør håndteres av entreprenøren så langt det er mulig. Dette er i tråd med dagens regler og entreprenøren må innkalkulere alle merkostnader som han bør ta i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kan ventes å unngå eller overvinne følgene av. Byggherren risikerer til gjengjeld å måtte betale en urimelig høy pris fordi entreprenørenes risiko er uoversiktlig og entreprenøren følgelig beregner et høyt risikopåslag.

Hvilken type risiko det kan dreie seg om, beskrives nærmere i punkt 4 nedenfor. Listen er ikke uttømmende, men gir en veiledning om hva byggherren bør tenke igjennom som del av sin kontraktstrategi.

# Forslag til korona-klausul fra april 2020

I april 2020 ga vi anbefaling til våre medlemmer om å innarbeide følgende bestemmelser i nye kontrakter:

*Ved inngåelsen av denne avtalen har norske myndigheter iverksatt tiltak for bekjempelse av koronavirusutbruddet. Lignende tiltak er også iverksatt i store deler av verden.* *Partene er enige om at myndighetens anbefalinger og pålegg skal følges slik de til enhver tid gjelder. Partene vil også planlegge og legge til rette for å redusere konsekvensene tiltakene medfører for arbeider og leveranser som skal foretas i henhold til denne avtalen. Dersom koronavirusutbruddet medfører at fremdriften for utførelsen av kontraktsarbeidet i avtalen hindres, og dette skyldes forhold utenfor partenes kontroll, har partene krav på fristforlengelse. Dette forutsetter at parten som krever fristforlengelse ikke burde tatt hindringen i betraktning ved inngåelsen av denne avtalen eller med kontraktsmedhjelpere, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av. Kostnader til sikring av kontraktsarbeidene ved stans, skal deles mellom partene. Partene skal i en slik situasjon samarbeide for å finne alternative løsninger slik at kontraktsarbeidet kan fullføres, herunder søke mulige dekningskjøp, vurdere endring av kravspesifikasjonen, foreta omdisponering av mannskaper mv. Dersom partene blir enige om alternative løsninger, skal entreprenøren ha dekket sine dokumenterte merkostnader knyttet til løsningen. Det skal ikke beregnes påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.*

Oppsummert sa bestemmelsen følgende:

1. Myndighetens anbefalinger og pålegg skal følges slik de til enhver tid gjelder
2. I fellesskap planlegge og legge til rette for å redusere konsekvensene
3. Fremdriftskonsekvenser utenfor partenes kontroll, gir partene rett til fristforlengelse
4. Kostnader til sikring av kontraktsgjensstanden ved eventuell stans, deles mellom partene
5. Samarbeidsplikt for å finne løsninger herunder mulig dekningskjøp, endring av kravspesifikasjonen og omdisponering av mannskap
6. Dersom partene blir enige om alternativ løsning, skal entreprenøren få dekket dokumenterte merkostnader uten dekning av indirekte kostander, risiko eller fortjeneste

Klausulen går noe lenger enn standardenes løsning, f.eks. deling av kostnadene ved stans og sikring av arbeidene. I det følgende har vi utdypet og differensiert ulike problemstillinger og hvorledes disse kan håndteres avhengig av byggherrens evne og vilje til selv å ta risiko eller overlate til entreprenøren å ta betalt for å håndtere risikoen.

Vi refererer her Standardens (NS 8407 – totalentreprise) løsning knyttet til force majeure;

*33.3 Partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure*

*Partene har 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.*

*Blir fremdriften hindret av en kontraktsmedhjelper, har parten krav på fristforlengelse dersom kontraktsmedhjelperen hindres av slike forhold utenfor hans kontroll som nevnt i første ledd.*

*En part har ikke krav på fristforlengelse for hindring han eller hans kontraktsmedhjelpere burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av.*

*En part har dessuten krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av at den andre parten har krav på fristforlengelse etter denne bestemmelsen.*

*Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen.*

NS 8405 og NS 8406 har en tilsvarende bestemmelse.

# Risikoforhold

I det følgende har vi forsøkt å beskrive ulike situasjoner som kan oppstå og hvorledes disse kan håndteres.

Vi har angitt fire alternative tilnærminger:

**"Standardens bestemmelser gjelder"**. Det må da "på vanlig måte" vurderes konkret om «hendelsen» kvalifiserer for force majeure. Hvis svaret er ja, har entreprenøren kun krav på fristforlengelse. Slik Norsk Eiendom tidligere har konkludert, gir ikke Covid-19 noe grunnlag for vederlagsjustering. Spørsmålet er ikke vurdert i domstolene. Dette kan likevel være en risiko mange kan leve med, men man risikere en del støy i byggeperioden og ved sluttoppgjøret.

«**April-bestemmelsen**» (se pkt 3 over) står seg også i dag.
Medfører en særlig samarbeidsplikt, og innebærer en overordnet risikodeling.

«**Nullriskalternativet**» fører all risiko over på entreprenøren.
Entreprenøren tar betalt for all risiko. Byggherrens risiko er «begrenset» til en høy pris. For å unngå ny «force majeure» ved nye og ukjente effekter, må dette alternativet avtales særskilt.

«**Balansert risiko**» innebærer at byggherren tar noe mer risiko enn hva som fremgår av en alminnelig force majeure bestemmelse.

Vi har sett for oss at det kan være aktuelt å gruppere risiko i fire ulike typetilfeller og plasserer risikoen hos den som best kan håndtere den.

I alle de fire typetilfellene har partene en samarbeidsplikt for å redusere konsekvensene og finne løsninger - herunder endret rekkefølge på ulike deloppgaver, omdisponering av mannskap, innleie av alternativ kapasitet. Ved begrenset tilgang til varer og tjenester skal man også søke alternative produkter, produksjonsmetoder, løsninger og mulige dekningskjøp.

I alle typetilfellene ser vi for oss at kostnader til sikring av kontraktsgjenstanden ved eventuell stans, deles mellom partene.

I det følgende beskrives hva som er spesielt ved de fire typetilfellene:

## Personelltilgang

Entreprenøren løper normalt risiko grunnet begrenset tilgang til personell eller sykdom og annet fravær i egen arbeidsstokk. Covid-19 kan øke denne risikoen ved at medarbeidere eller deres pårørende blir rammet av Covid-19, enten som følge av sykdom/smitte eller som følge av bestemmelser og retningslinjer innført av myndighetene.

Dokumentert Covid-19-relatert fravær eller mangel på arbeidskraft utover (f.eks.) en uke for mer enn (f.eks.) 20% av arbeidstokken i den angjeldende kontraktfasen, gir grunnlag for forhandling.

Dersom partene med bakgrunn i ovenstående samarbeidsplikt blir enige om alternativ løsning, skal entreprenøren få dekket dokumenterte merkostnader uten dekning av indirekte kostnader, risiko eller fortjeneste. Som grunnlag for merkostnader regnes endrede personellkostnader, men ikke antatte produktivitetsvirkninger. Som en del av kompensasjonen forhandles også om en eventuell fristforlengelse.

## Arbeidsprosedyrer og smittevern

Entreprenøren løper normalt risiko knyttet til hygiene, renhold og smittevernstiltak på arbeidsplassen/byggeplassen i kraft av sitt arbeidsgiveransvar. Covid-19 kan øke denne risikoen ved skjerpede smittevernstiltak, krav om hjemmekontorløsninger, tilpassede rotasjonsordninger, avstandsregler, restriksjoner i antall personer som kan oppholde seg samme sted samtidig, o.l.

Dokumentert Covid-19-relaterte pålegg fra offentlige myndigheter eller avtalte løsninger mellom partene i arbeidslivet utover hva som var gjeldende ved innlevering av tilbudet, gir grunnlag for forhandling.

Dersom partene med bakgrunn i ovenstående samarbeidsplikt blir enige om alternativ løsning, skal entreprenøren få dekket dokumenterte merkostnader uten dekning av indirekte kostnader, risiko eller fortjeneste. Som grunnlag for merkostnader regnes også dokumenterte produktivitetsvirkninger. Som en del av kompensasjonen forhandles også om en eventuell fristforlengelse.

## Karantenebestemmelser

Covid-19 har medført karantene-situasjoner som under normale omstendigheter er ukjent. Under Covid-19 har vi erfart at hele eller deler av arbeidsstokken blir satt i karantene eller hindret i å krysse nasjonalgrenser og innenlandske smittevernsgrenser. Restriksjonene kan redusere mobilitet av varer og personell.

Dokumentert Covid-19-relaterte pålegg fra offentlige myndigheter eller avtalte løsninger mellom partene i arbeidslivet utover hva som var gjeldende ved innlevering av anbudet, gir grunnlag for forhandling.

Dersom partene med bakgrunn i ovenstående samarbeidsplikt blir enige om alternativ løsning, skal entreprenøren få dekket dokumenterte merkostnader uten dekning av indirekte kostnader, risiko eller fortjeneste. Som grunnlag for merkostnader regnes også dokumenterte produktivitetsvirkninger. Som en del av kompensasjonen forhandles også om en eventuell fristforlengelse.

## Tilgang på varer og tjenester

Entreprenøren løper normalt risiko knyttet til anskaffelse av varer og tjenester slik at han kan utføre kontraktsarbeidet i henhold til kontraktens bestemmelser. Covid-19 har ført til produksjonsstans hos ulike tilvirkere av råvarer og bygningskomponenter samt restriksjoner knyttet til transport av varer på tvers av smittevernsgrenser.

Dokumentert Covid-19-relatert svikt i riktig og rettidig tilgang til nærmere definerte varer og tjenester, gir grunnlag for forhandling.

Dersom partene med bakgrunn i ovenstående samarbeidsplikt blir enige om alternativ løsning, skal entreprenøren få dekket dokumenterte merkostnader uten dekning av indirekte kostnader, risiko eller fortjeneste. Som grunnlag for merkostnader regnes ikke antatte produktivitetsvirkninger. Som en del av kompensasjonen forhandles også om en eventuell fristforlengelse.

# Videreføring av risiko

For å unngå at byggherren blir sittende med unødig risiko videre i kontraktskjeden, må følgende forhold også vurderes innenfor rammene av de respektive kontrakter:

1. Varsling til leietager og boligkjøper om fristforlengelse
2. Varsling/avklaring med leietager og boligkjøper om eventuelle endringer i materialvalg og øvrige løsninger
3. Varsling om prisvirkninger

Majorstuen, 15.09.20