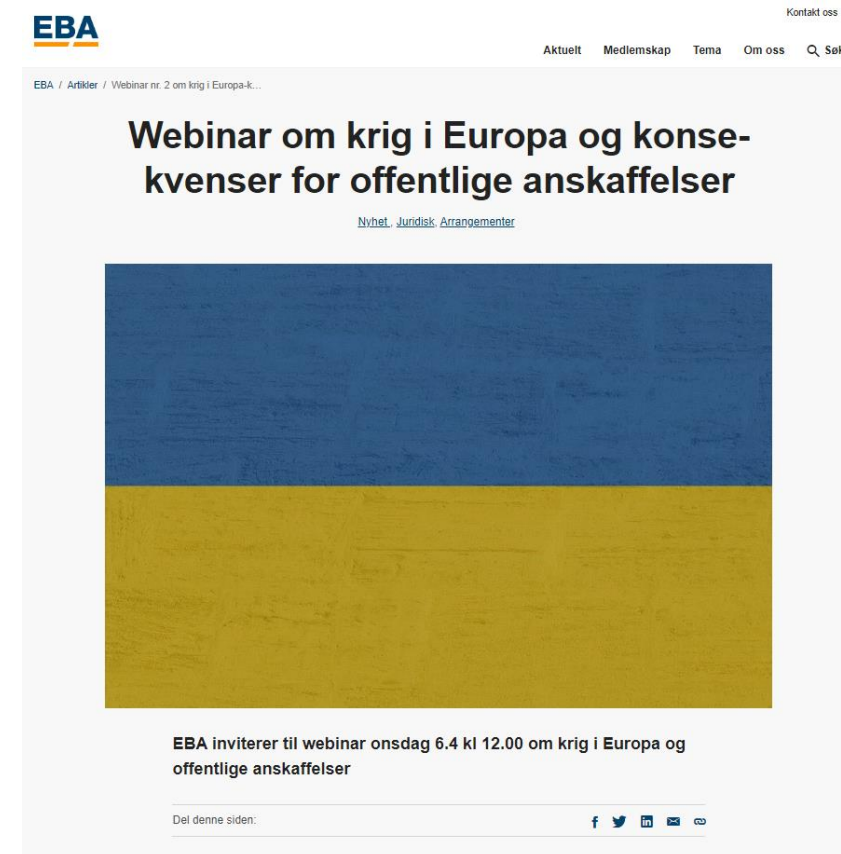


Krig i Europa og konsekvenser for offentlige anskaffelser

Webinar 6.4.2022

Adv Marie Braadland, Advokatfirmaet Grette

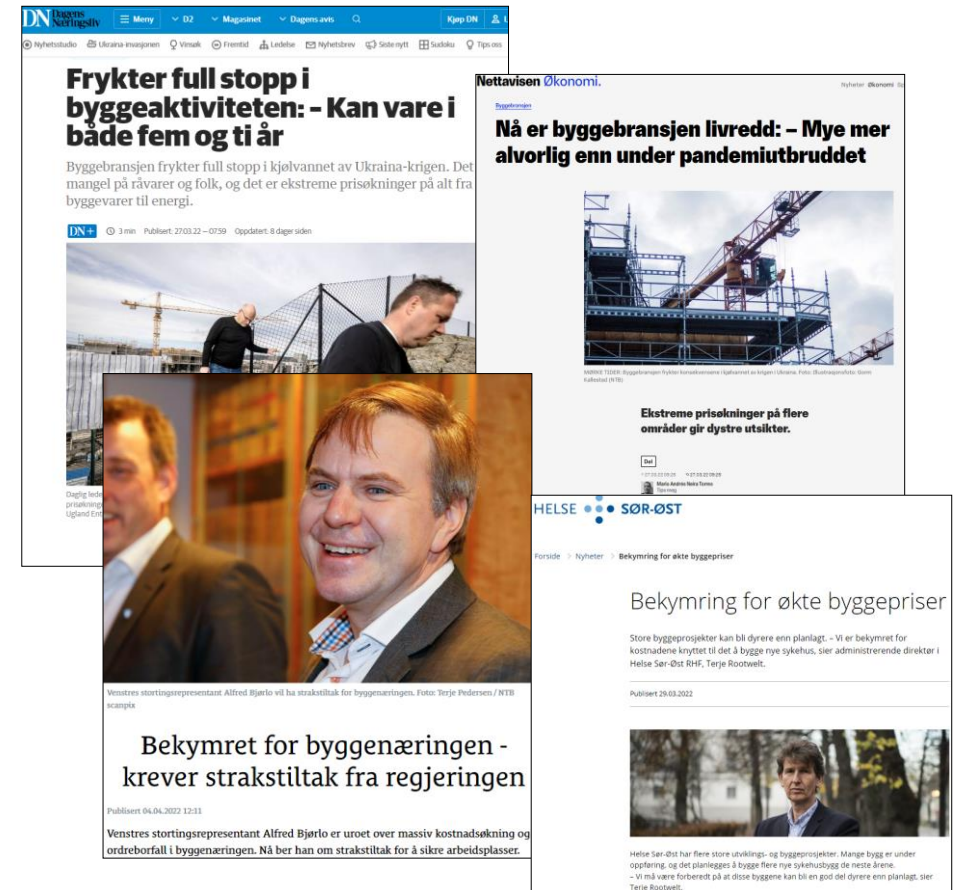
Adv Øystein Seljeflot, EBA



Konsekvenser for offentlige anskaffelser

Prissvingninger og usikkerhet om leveranser

- Nye konkurranser
- Pågående konkurranser



Konsekvenser for offentlige anskaffelser

Bakgrunn – pandemi

- Koronabestemmelser
- Erfaringer

Krigen i Ukraina

- EBA brev til alle landets offentlige oppdragsgivere 17.3.22
- EBA brev til alle landets offentlige oppdragsgivere 31.3.22
 - Balanserte kontraktsstandarder, jf. anskaffelsesforskriften § 8-12 og § 19-1
 - Indeksregulering (jf. eks NS 8407 pkt. 26.2)
 - Eksempler på kontraktsbestemmelser til bruk i nye kontrakter (tid og kostnader)
 - Særlig om hvordan oppdragsgiver bør håndtere pågående konkurranser

Til: Til alle landets offentlige bestillere av bygg og anlegg

Fra: Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (EBA)

Dato: 17. mars 2022

Bruk av standardkontrakter og indeksregulering i nye konkurranser

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (EBA) er tilknyttet NHO og Byggenær og representerer 670 bygg- og anleggsbedrifter over hele landet med en årlig omsetning på over 27 000 ansatte.

Næringen opplever nå en krevende situasjonen med store svingninger i pris på følge av krigen i Ukraina.

I en slik situasjon med en svært usikker prisutvikling er balanserte kontraktsvilkår anskaffelsesforskriften § 8-12 og § 19-1: "Der det finnes fremforhandeledte og skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse", og til at Norsk Standard har utgangspunkt, se for eksempel NS 8407 pkt. 26. Det er spesielt viktig at det ikke benyttes indeksregulering i den foreliggende situasjonen.

Bruk av standardkontrakter og indeksregulering vil fremme både en velfungerende og konkurranse i en situasjon med en svært usikker prisutvikling.

I den foreliggende situasjonen vil imidlertid heller ikke bruk av indeksregulering forutsigbarhet i enhver konkurranse. Vi utarbeider derfor nå forslag til regulering oppdragsgivere kan bruke i nye kontrakter for å fange opp tilfeller hvor krigen og påvirker entreprenørens gjennomføring av kontrakten.

Disse forslagene vil bli ettersendt sammen med en invitasjon til et gratis webinar. Ta gjerne kontakt med oss ved spørsmål:

Advokat Torild Engh	tf. 45 51 00 54
Advokat Øystein Seljefflot	tf. 90 53 71 52
Advokat Siv Linderud	tf. 92 01 13 12
Advokat Snorre Fuhr	tf. 92 66 37 13
Advokat Jan Olaf Dukan	tf. 92 20 06 52

Oslo, 21. mars 2022

Til: Alle landets offentlige bestillere av bygg og anlegg

Fra: Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (EBA)

Dato: 31. mars 2022

Bruk av standardkontrakter og indeksregulering i nye konkurranser- eksempel på kontraktsbestemmelser

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (EBA) viser til vårt brev til alle landets offentlige oppdragsgivere av 17. mars 2022. Brevet ble sendt som følge av den krevende situasjonen vi nå opplever med store svingninger i pris på byggevarer, råvarer og andre innsatsfaktorer.

I brevet fremhevet vi at indeksregulering i bygg- og anleggskontrakter er utgangspunktet i Norsk Standard og anskaffelsesforskriften § 8-12 og § 19-1: "Der det finnes fremforhandeledte og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse".

Som nevnt i brevet vil imidlertid bruk av indeksregulering ikke nødvendigvis gi god nok forutsigbarhet i den ekstraordinære og uforutsigbare situasjon vi nå opplever med hensyn til tilgang på og priser for byggevarer og andre innsatsfaktorer. For å sikre forutsigbarhet og velfungerende konkurranse om offentlige oppdrag ber derfor offentlige oppdragsgivere vurdere å kontraktere regulere de tids- og kostnadsmessige virkninger av krigen i Ukraina.

I den forbindelse har vi utarbeidet et dokument med eksempler på kontraktsbestemmelser som kan benyttes, i tillegg til indeksregulering i nye kontrakter ([vedlegg 1](#)). Vi har også utarbeidet et dokument med noen forslag til hva offentlige oppdragsgivere som befinner seg i pågående konkurranser bør vurdere ([vedlegg 2](#)).

Vi inviterer til et webinar om problemstillingen onsdag 6. april 2022 kl 12.00-13.00. Deltakelse er gratis og krever ingen påmelding. Det vil bli anledning til å stille spørsmål i chat. Link til webinar finner du her: www.entreprenor.no/kalender-offentlige-kontrakter

Ta gjerne kontakt med oss ved spørsmål:

Adv. Øystein Seljefflot	tf. 90 53 71 52
Adv. Siv Linderud	tf. 92 01 13 12
Adv. Torild Engh	tf. 45 51 00 54
Adv. Snorre Fuhr	tf. 92 66 37 13
Adv. Jan Olaf Dukan	tf. 92 20 06 52

Vennlig hilsen
ENTREPRENØRFORENINGEN – BYGG OG ANLEGG

«....Bruk av standardkontrakter og indeksregulering vil fremme både en velfungerende konkurranse og et velfungerende marked i en situasjon med en svært usikker prisutvikling. I den foreliggende situasjonen vil imidlertid heller ikke bruk av indeksregulering nødvendigvis gi god nok forutsigbarhet i enhver konkurranse.»

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – nye kontrakter

Særregulering av kontraktsrettslige konsekvenser – elementer

- Uforutsigbar situasjon – behov for forutberegnelighet og klar og balansert kontraktsregulering
- Hva hvis ikke regulert (NS)? Betydning av anskaffelsesregelverket – mulighet til klargjøring
- Fristforlengelse
- Vederlagsjustering eller kostnadsdekning (med eller uten påslag)?
- Utgangspunkt: Situasjonen på tilbudstidspunktet, men slik at det kun er de konkrete forhold/konsekvenser som man var kjent på tilbudstidspunktet som skal hensyntas (nullpunktet)
- Forholdet til eventuell kompensasjon gjennom indeks for lønns- og prisstigning og rigg- og drift (trekkes fra)
- Kontraktens alminnelige varslingsrutiner gjelder så langt de passer.
Entreprenøren skal holde byggherren orientert om utviklingen

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – eksempler på regulering i nye kontrakter

Vedlegg 1 til EBAs brev til alle landets offentlige oppdragsgivere 31.3.2022

Eksempel på kontraktsregulering av krigen i Ukraina og virkninger av denne til bruk i nye kontrakter

Krav på fristforlengelse og kostnadsdekning som følge av krigen i Ukraina og virkninger av denne

1. Krav på fristforlengelse

Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av krigen i Ukraina og virkninger av denne utover konkrete forhold som var kjent på tilbudstidspunktet.

Krav på fristforlengelse forutsetter at parten ikke med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av hindringen.

Blir fremdriften hindret av en kontraktsmedhjelper, har parten krav på fristforlengelse dersom kontraktsmedhjelperen hindres av slike forhold som nevnt i første ledd. En part har dessuten krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av at den andre parten har krav på fristforlengelse etter denne bestemmelsen.

Kontraktens alminnelige varslingsregler gjelder. Partenes krav på fristforlengelse utelukker ikke krav på kostnadsdekning etter pkt. 2.

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – eksempler på regulering i nye kontrakter

2. Krav på kostnadsdekning

Entreprenøren har krav på å få dekket kostnader som følge av krigen i Ukraina og virkninger av denne på kontrakten i henhold til punktene nedenfor, som gjelder i tillegg til kontraktens alminnelige regler. Kontraktens varslingsregler gjelder.

(a) Kostnader til vesentlig økte priser på materialer, råvarer og andre innsatsfaktorer

Entreprenøren har krav på å få dekket vesentlig økte innkjøpskostnader til materialer, råvarer og andre innsatsfaktorer sammenholdt med prisene som var kjent på tilbudstidspunktet. Kostnadsdekning skal utmåles som nettovirkning, dvs. uten påslag, og slik at eventuell kompensasjon som dekkes gjennom indeksregulering skal trekkes fra.

(b) Endrede lover m.m.

Entreprenøren har krav på å få dekket økte kostnader ved gjennomføringen av kontraktsarbeidet dersom det etter at tilbudet ble inngitt skjer endringer i lover, forskrifter eller fattes enkeltvedtak som følge av krigen i Ukraina eller virkninger av denne.

(c) Regulering av rigg- og drift ved forlenget byggetid

Entreprenøren har krav på å få dekket rigg- og driftskostnader i henhold til kontraktens bestemmelser om dette ved fristforlengelse etter pkt. 1.

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – eksempler på regulering i nye kontrakter

Alternativ regulering til pkt. 2 bokstav (a) over:

(a)

Vederlag for priselementer etter prinsippet om «åpen bok»

Råvarer og materiell for nedenstående priselementer skilles ut fra øvrige arbeider:

- 1) Materialer til tømmerarbeider, montering og innredning
- 2) Armeringsstål
- 3) Konstruksjonsstål
- 5) Betong
- 6) Bitumen
- 7) xxx angi xxx
- 8) xxx angi xxx

For disse elementene er det såkalt «åpen bok». Entreprenøren skal dokumentere innkjøpskostnader (prisene) på tilbudstidspunktet for de ovennevnte priselementene, som danner utgangspunktet for eventuell prisjustering. Dersom innkjøpskostnadene senere øker, bærer byggherre disse kostnadene. Kostnadene byggherre dekker er kun de dokumenterbare merkostnadene fra underleverandørene som følge av prisendringer på

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – eksempler på regulering i nye kontrakter

(forts)

priselementene. Kostnadsdekning skal utmåles som nettovirkning, dvs. uten påslag, og slik at eventuell kompensasjon som dekkes gjennom indeksregulering skal trekkes fra.

Forbehold om justering av pris for råvarer og materiell for øvrige arbeider

Avtalte priser for øvrige arbeider, som ikke omfattes av priselementene nevnt over, vil kunne justeres utover alminnelig indeksregulering i visse tilfeller.

Dersom kostnadene ved en råvare / et materiale øker med mer enn 10 % har entreprenøren rett på vederlagsjustering ut over 10 % for denne råvaren / materialet.

Et vilkår for slik prisjustering er at entreprenøren dokumenterer prisene for råvaren/ materialet som forelå ved tilbudsinngivelse og prisene for råvaren / materialet som foreligger ved tidspunktet for prisøkningen.

Rettigheten til å prisjustere etter denne bestemmelsen prekluderes dersom entreprenøren ikke varsler slik prisøkning uten ugrunnet opphold etter at han oppdaget eller burde oppdaget prisøkningen.

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – pågående konkurranser

Særlig om hvordan oppdragsgiver bør håndtere pågående konkurranser for å sikre forutberegnelighet og velfungerende konkurranse om offentlige oppdrag

1. Pågående konkurranser der tilbudsfristen ikke er utløpt

- Dersom fristforlengelse for virkninger av krigen i Ukraina ikke er regulert i konkurransegrunnlaget, bør oppdragsgiver sende et addendum som regulerer dette, jf. eksempel på regulering i vedlegg 1, pkt. 1 fristforlengelse.
- Dersom kostnadsdekning for virkninger av krigen i Ukraina ikke er regulert i konkurransegrunnlaget, bør oppdragsgiver sende et addendum som regulerer dette, jf. eksempel på regulering i vedlegg 1, pkt. 2 kostnadsdekning.
- Endringer i konkurransegrunnlaget må vurderes konkret, slik at det ikke gjøres vesentlige endringer i dette.

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – pågående konkurranser

(forts)

- a) **Tilfeller der konkurransegrunnlaget/tilbudsforespørselen angir indeksregulering (Norsk Standard medfører også indeksregulering "med mindre annet er avtalt")**
 - Selv om det er avtalt indeksregulering, bør oppdragsgiver sende et addendum som angir at indeksregulering skal benyttes sammen med eksempel på regulering i vedlegg 1, pkt. 2 kostnadsdekning.

- b) **Tilfeller der konkurransegrunnlaget/tilbudsforespørselen angir to alternativer: Enten indeksregulering eller et fastpristillegg (E skal gi tilbud på fastpristillegg og BH kan velge mellom alternativene)**
 - Alternativet om indeksregulering bør benyttes. Oppdragsgiver bør sende et addendum om at alternativet om fastpristillegg utgår og at indeksregulering skal benyttes sammen med eksempel på regulering i vedlegg 1, pkt. 2 kostnadsdekning.

- c) **Konkurransegrunnlaget/tilbudsforespørselen angir fastpris**
 - Anskaffelsesregelverkets forbud mot å gjøre vesentlige endringer, jf. ovenfor, er særlig aktuelt i dette typetilfellet. Hvilke endringer som eventuelt kan gjøres uten ny utlysning av konkurransen, må vurderes konkret. Det bør uansett vurderes en forlengelse av tilbudsfristen ved eventuelle endringer.

Konsekvenser for offentlige anskaffelser – pågående konkurranser

2. Pågående konkurranser der tilbudsfristen er utløpt, men kontrakt ikke er inngått

- Utgangspunktet: Vurderes iht. reglene om vesentlige endringer av inngåtte kontrakter (se f.eks. KOFA 2016/104, KOFA 2014/111)
- Utgangspunkt: Forskriftens §§ 28-1 og 28-2 (del III)
 - § 28-1 (1) a): Lovlig endringsklausul
 - § 28-1 (1) b): De minimis-regelen
 - § 28-1 (1) d) Endringer en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, forutsatt at overordnet verdi ikke endres, og endringen ikke overstiger 50 % av opprinnelig
- Hensynet til likebehandling

Spørsmål/svar

Spørsmål besvares på webinarret eller i etterkant

Ved spørsmål og behov for bistand kan juridisk avdeling kontaktes:

Adv Øystein Seljeflot tlf. 90 53 71 52
Adv Siw Linderud tlf. 92 01 13 12
Adv Torild Engh tlf. 45 51 00 54
Adv Snorre Fuhr tlf. 92 66 37 13
Adv Jan Olaf Dukan tlf. 92 20 06 52