

Avvik fra NS som man bør la være – Et rådgiverperspektiv



Bakgrunn

- ❑ Opp mot 80-90% av rådgivernes kostnader er knyttet til lønnsutgifter
- ❑ Kapasitetsutnyttelse og kostnadsdekning for timebruk er derfor sentralt for lønnsomhet
- ❑ Sjelden at endringer i NS'ene er kilde til tvister
- ❑ Skyldes nok at de mest graverende avvikene fører til at kontrakt ikke inngås

De viktigste kildene til diskusjoner og tvister i rådgivningskontraktene

1. Uenighet om rasjonell drift og timebruk
 2. Tilbakehold av betaling
 3. Strid om skjæringspunkt mot oppfølging i byggetiden – grensesnitt mot hovedstolen i kontraktsarbeidene, ev. spørsmål om feilprosjektering
 4. Hva er avtalt kvalitet? – bransjestandard, regelverk og kravspesifikasjoner er ikke alltid tilstrekkelig
- Disse er imidlertid sjelden knyttet til endringer i standardkontrakten

Praksisavvik

Dette gjelder forhold som vanligvis ikke er formelle avvik (endringer i standardkontraktene), men som konkret gjelder manglende etterlevelse av bestemmelser i kontraktene. Dvs at oppdragsgiver bruker sin markedsrett til å fremtvinge en aksept for oppdragsgivers manglende etterlevelse av kontraktens bestemmelser. Det er spesielt to forhold som er svært vanlig:

- ❑ Manglende hovedfremdriftsplan fra oppdragsgiver (NS 8401 pkt. 9.1, 1. ledd) – sjelden et stort problem, men kan likevel karakteriseres som dårlig kutyme
- ❑ Oppdragsgivers tilbakeholdsrett etter NS 8401 pkt. 15.2.4 (NS 8402 pkt. 14.3)

Manglende spesifisering:

15.2.4 Oppdragsgiverens tilbakeholdsrett

Oppdragsgiveren kan holde tilbake så mye av betalingen etter 15.2.1, 2. ledd at han har tilstrekkelig sikkerhet til dekning av et spesifisert og begrunnet krav.

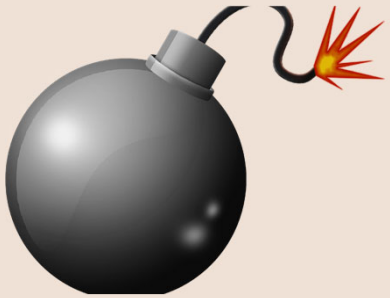
Er et erstatningskrav omtvistet, kan tilbakeholdelse eller motregning ikke finne sted dersom den prosjekterende stiller betryggende sikkerhet i form av selvskyldnerkaushjon fra bank eller annen finansinstitusjon. Som betryggende sikkerhet regnes også erklæring fra forsikringsselskap om at den påståtte skaden er dekket av forsikringen.

For øvrig plikter oppdragsgiveren å betale uomtvistede krav innen de fastsatte tidsfrister.

Generelle syn på avvik fra standardkontraktene

- Bransjekontraktene er kvalitetsmessig gode og gjennomarbeidet av bransjeaktørene i fellesskap – avvik oftest ensidig utarbeidet og uten motforestillinger til endringene
- Ved særavvik er det risiko for at det oppstår utilsiktede konsekvenser
- Bransjekontraktene er omforente og balanserte, noe alle aktørene i bransjen er tjent med i det lange løp – ubalanserte kontrakter gir grobunn for tvister
- Både leverandør/marked og oppdragsgiver er godt kjent med standardkontraktene, som er en fordel for:
 - Markedets interesse for oppdraget
 - Prising av oppdraget og leverandørens vurdering av risiko
 - Gjennomføring av oppdraget, der alle parter kjenner betingelsene godt
- Bruk av bransjekontrakter innebærer en betydelig forenkling og sparer transaksjonskostnader, men avvik pulveriserer denne fordelene
- Enkelte avvik er svært vanskelig ift leverandørens forsikringsavtaler

Typer av egentlige avvik i rådgiverkontrakter



Kritiske avvik

- fører vanligvis til at profesjonelle rådgiverbedrifter ikke inngår kontrakt



Problematiske avvik

- håndterbare for de fleste rådgivere, men som undergraver prinsippet om balanserte bransjekontrakter (og kan medføre økte kostnader for oppdragsgiver)



Redaksjonelle avvik

...og unødvendige, men akseptable avvik

- Ekstrakostnader, ofte uten merverdi for oppdragsgiver



Kurante avvik

- Avvik og suppleringer som standardkontraktene legger opp til at partene skal avtale særskilt
- Hensiktsmessig med separate kontraktsdokumenter

Kurante avvik

Standardkontraktene legger opp til at noen forhold krever litt skreddersøm, og åpner derfor for særskilte bestemmelser for enkelte forhold. Eksempler er:

- > Formkrav til varsling – NS 8401 pkt. 5.8
- > Endring av betalingsfrist fra 28 til 30 dager – imidlertid er 45 eller 60 dager svært utfordrende for kontantflyten
- > Bestemmelser om forhåndsgodkjenning av reklame eller bruk av prosjektmateriell
- > Kodifisering av etablert praksis/tolkning, f.eks. hva som regnes som vesentlig mislighold (dette er ikke uforbeholdent)
- > Rene administrative bestemmelser som utfyller standardkontraktene (rutiner for fakturering, prisregulering (hvor vi anbefaler å knytte denne til RIF-statistikken), lønns- og arbeidsvilkår, HMS-krav, rapporteringsrutiner, formkrav til kvalitetsplaner, kontroll- og leveranseplaner, fremdriftsplaner, etc.)
- > Retningslinjer som bærer mer preg av å være en del av kravspesifikasjonen (BIM-manual, prosjekteringsveileder, dokumenthåndteringskrav, etc.)

For større offentlige oppdragsgivere:

- > Unntak for krav om sikkerhetsstillelse
- > Unntak for fra forsikringsplikt for Staten som selvassurandør

Redaksjonelle avvik

Ofte kommer større offentlige (og enkelte private) oppdragsgivere med «egne» versjoner av standardkontraktene, eller legger ved spesielle kontraktbestemmelser som gjengir ordlyden i standardkontrakten med svært små endringer:

Eks. 1: presisering av at sluttoppstilling skal leveres innen rimelig tid, *og senest innen 3 måneder*

Eks. 2: Utvidet varslingsplikt for mulig overskridelse av honorarbudsjetten ved 70% eller 80% forbrukt budsjett

Eks. 2:

12.2 Varslingsplikt ved overskridelse av fastsatte rammer

NS 8401 pkt. 7.4, 3 ledd utgår og erstattes av følgende bestemmelse:

Er det fastsatt rammer for kostnader eller fastsatt areal- eller funksjonskrav for prosjektet, skal prosjekteringen tilrettelegges slik at disse rammene eller kravene kan overholdes.

Dersom prosjektet ikke lar seg gjennomføre innenfor de angitte rammene, skal den prosjekterende skriftlig varsle oppdragsgiveren uten ugrunnet opphold når denne blir eller burde bli klar over dette. I alle tilfeller skal den prosjekterende varsle når 70% av den totale rammen er nådd.

Dersom den prosjekterende unnlater å varsle eller varsler for sent, er den prosjekterende forpliktet til for egen regning å omprosjekttere prosjektet slik at det kan gjennomføres i henhold til avtalte rammer.

Problematiske avvik

De typiske «vanlige» tilfellene:

- > Endring i dokumentprioritet – medfører avvik fra tidsprioritetsregelen og bytte av prioritet mellom generelle og spesielle bestemmelser

- > Konkurranseforbud

7 RÅDGIVERS UAVHENGIGHET (NS 8402 PUNKT 6.1)

NS 8402 punkt 6.1 suppleres med følgende bestemmelse som nytt andre ledd:

Rådgiver kan ikke – så lenge Oppdraget pågår – påta seg oppdrag i forbindelse med andre prosjekter som står i direkte konkurranse med batterifabrikken til Morrow, med mindre Oppdragsgiver skriftlig aksepterer dette.

- > Valgfrihet for oppdragsgiver mellom erstatning og dagmulkt – forrykker balansen i kontrakten
- > Unntak for vesentlighetskrav for varsling av overskridelse av honorarbudsjetten (NS 8401 pkt.15.1.3, 3.ledd)
- > Fjerning av erstatningsplikt for oppdragsgiver for hel eller delvis avbestilling (NS 8401 pkt. 16)
- > Krav til innsynsrett og vederlagsfri bistand til revisjoner – her er det først og fremst kravet til vederlagsfrihet som er problemet

Innsynsretten omfatter revisjon ved intervjuer, inspeksjon, kontroll og dokumentgjennomgåelse. Den prosjekterende skal vederlagsfritt yte rimelig assistanse ved slikt innsyn. Innsynsretten er begrenset til tre år etter at siste betaling har funnet sted.

Den prosjekterende skal sikre at oppdragsgiver har tilsvarende innsynsrett hos den prosjekterendes direkte og indirekte leverandører, underrådgivere og eventuelle kontraktsmedhjelpere, med mindre leveransen har en klart underordnet betydning for den prosjekterendes evne til å oppfylle sine forpliktelser overfor oppdragsgiver.

Eksempel på forrykking av kontraktsbalansen

SVV:

C2 22 Betalingsmislighold (NS 8402 punkt 14.5)

Er leverandørens betalingskrav omtvistet, kan tilbakeholdelse av prosjektmateriale eller stansing ikke finne sted.

C2 23 Avbestilling (NS 8402 pkt. 15)

Oppdragsgiver har rett å avbestille oppdraget uten at leverandøren har krav på erstatning.

Kritiske avvik

Følgende avvik fra standardkontrakt vil svært ofte (alltid?) føre til at rådgiver ikke kan inngå kontrakt:

- > Bestemmelser om rettigheter til prosjektmaterialet som griper inn i åndsverkslovens bestemmelser eller som omfatter forhold rådgiver ikke har råderett over (lisenser til programvare, eksterne objektbibliotek o.l.)
- > Kontraktsforpliktelser knyttet til kvalitetskrav eller frister som er ukjente

NS 8402 punkt 6.4 erstattes med:

Oppdragsgiver har inngått en intensjonsavtale med Morrow Batteries AS vedrørende etablering av ny batterifabrikk i Eyde Energipark. Intensjonsavtalen innebærer at Oppdragsgivers leveranser i forbindelse med etableringen av batterifabrikken skal avklares nærmere i forbindelse med inngåelse av endelig kontrakt. Rådgiver vil være forpliktet til å utføre oppdraget i henhold til de frister og kvalitetskrav mv. som Oppdragsgiver forplikter seg til overfor Morrow Batteries AS.

- > Endring av ansvarsgrunnlag for erstatning pga forsinkelser (til objektivt ansvar)
- > Garantiansvarsklausuler («fit for purpose»)

Disse to siste avvikene er de mest kritiske, da griper inn i forsikringsavtalene til rådgiverselskaper

Tilpasset NTK 15 (Banenor)

Back-to-back klausul i forslag til prosjekteringskontrakt med TE punkt 3.1 tredje avsnitt hvor det står «Prosjekterende har samme ansvar, plikter og rettigheter overfor Oppdragsgiver som Oppdragsgiver har overfor Byggherren for kontraktsarbeidet definert i punkt 1». Denne viderefører innholdet i kontraktsvilkår 8.5 bokstav f i Banenors tilpassede NTK15-kontrakt, som viser til hovedavtalens kontraktsvilkår i art. 23 hvor det fremgår et fit-for-purpose ansvar.

NTK art. 23 – Fit-for-purpose klausul

Art. 23 LEVERANDØRGARANTI. GODKJENNELSESATTEST

23.1 Leverandøren garanterer:

- a) at Leveransen gjennom Garantiperioden svarer til Selskapets Dokumenter og Leverandørens Spesifikasjon,
- b) at Kontraktsgjenstanden gjennom Garantiperioden svarer til det endelige resultat av Leverandørens prosjektering,
- c) at Leverandørens Spesifikasjon og hans prosjektering er egnet for det formål og den bruk dette etter Kontrakten er ment å tjene,
- d) at Materialer som Leverandøren leverer for inkorporering i Kontraktsgjenstanden er nye, og
- e) for utførelsen av Arbeidet.

NTK – noen fordeler

Sikrer likviditet ved omtvistede endringer

Totalansvarsbegrensning

Byggherrestyrt forsikring

Stringent vedleggsstruktur

Løpende tvisteløsning

Men også noen ulemper...

- Kontraktstypen er lite kjent i bransjen
- Utviklet for større tilvirkningskontrakter i offshore-næringen
- Administrativt krevende
- Utilsiktete endringer i ansvarsforhold

Et eksempel...



BERGEN KOMMUNE

STANDARDKONTRAKT FOR TJENESTEKJØP

Standardkontrakt for tjenestekjøp

Kontrakt om partsforpliktelser mellom:

Bergen kommune
(heretter omtalt som Oppdragsgiver)

og

[Navn på Leverandøren]
(heretter omtalt som Leverandør)

Oppdragsgiveren handler etter fullmakt på vegne av følgende samarbeidspartnere, som også opptrer som Oppdragsgivere etter denne Kontrakten:

Askøy kommune
Fjell kommune
Fusa kommune
Lindås kommune
Samnanger kommune
Sund kommune
Vaksdal kommune
Bergen kirkelige fellesråd
Havforskningsinstituttet
Konkurransetilsynet
Meland kommune
Radøy kommune
Landås menighets eldresenter
Solhaug sjukeheim



- Egen standardkontrakt for tjenestekjøp brukt som hovedavtale i rammeavtaler
- Gis prioritet foran NS'en i det enkelte avrop
- Mange problematiske, kostbare og avvisende kontraktsreguleringer

7.15 Brudd på regler om reklame, kundepleie m.v.

Vesentlige brudd på reglene om reklame, kundepleie mv. innebærer at Oppdragsgiver kan heve Kontrakten med umiddelbar virkning.

Eksempler...

5 LEVERING – TID, STED OG MÅTE

Levering skal skje i henhold til avtalt fremdriftsplan, jf. bilag 3. Dersom Tjenesteytelsen omfatter flere delopdrag, skal det i bilag 3 avtales leveringsdag for det enkelte delopdrag.

Levering anses skjedd når Tjenesteytelsen er gjennomført i samsvar med det som er avtalt og Oppdragsgiveren har godkjent leveringen. Dersom Leverandøren skal utføre et Tjenesteopdrag anses levering først å ha skjedd når aktuelle dokumenter o.l. er overlevert og godkjent av Oppdragsgiveren. Aktuelle dokumenter skal være på norsk, med mindre annet er avtalt. Dersom Kontrakten inneholder plan for testing og godkjenning, anses levering å ha skjedd når testing er gjennomført og godkjent.

4.6.2 Overdragelse av fakturaer

Leverandøren kan ikke overdra fakturaer til tredjemann for innkreving uten forutgående skriftlig samtykke fra Oppdragsgiver.

6.3 Gjennomføring av Tjenesteytelsen

6.3.1 Generelt

Leverandøren skal utføre Tjenesteytelsen kontraktsmessig, i samsvar med Tjenesteytelsens tiltenkte formål.

6.1 Alminnelige forpliktelser

Tjenesteytelsen skal gjennomføres i samsvar med avtalen og skal utføres profesjonelt, effektivt og med høy faglig standard.

7.5 Oppdragsgiverens krav på avhjelp

Oppdragsgiveren kan kreve at Leverandøren for egen rekning foretar avhjelp av enhver manglende oppfyllelse av Leverandørens forpliktelser som viser seg i reklamasjonsperioden. Avhjelp kan skje ved utbedring, omlevering eller tilleggslevering, eller på annen måte som sørger for at Tjenesteytelsen får den etter Kontrakten spesifiserte kvaliteten og at leveransen samlet sett skal fungere som forutsatt.

Leverandørens avhjelp fratar ikke Oppdragsgiveren retten til å kreve erstatning for mangler og/eller forsinket oppfyllelse.

Leverandørens omlevering eller retting fratar ikke Oppdragsgiveren retten til å kreve erstatning for mangler og/eller forsinket oppfyllelse.

2 RANGORDNING

Endringer til den generelle kontraktsteksten skal samles i bilag 5, med mindre den generelle kontraktsteksten henviser slike endringer til et annet bilag.

Ved motstrid skal følgende tolkningsprinsipper legges til grunn:

1. Avtaleskjemaet går foran den generelle kontraktsteksten (dette dokumentet).
2. Den generelle kontraktsteksten (dette dokumentet) går foran bilagene.
3. Bilag 1 går foran de øvrige bilagene.
4. I den utstrekning det fremgår klart og utvetydig hvilket punkt eller hvilke punkter som er endret, erstattet eller gjort tillegg til, skal følgende motstridprinsipper gjelde:
 1. Bilag 2 går foran bilag 1.
 2. Bilag 5 går foran bilag 1.
 3. Hvis den generelle kontraktsteksten henviser endringer foran den generelle kontraktsteksten.
 4. Bilag 3 går foran de øvrige bilagene.
5. Der ikke annet er bestemt, går bilag med lavere nummerering foran bilag med høyere nummerering.
6. For øvrig gjelder prinsippet om at spesielle bestemmelser går foran eldre.

6.5 Overføring av rettigheter

6.5.1 Innhold og eierskap

Oppdragsgivers rettigheter etter kontrakten omfatter eiendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til resultater av tjenesteytelsen, samt rett til endring og videreoverdragelse, Lov av 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) § 68.

7.7 Utbedring mot vederlag

Dersom Oppdragsgiveren krever at Leverandøren foretar avhjelp, og Leverandøren mener behovet for avhjelp ikke skyldes feil eller mangler som Leverandøren svarer for, plikter Leverandøren likevel å foreta avhjelp etter reglene i pkt. 7.5. For at Leverandøren senere skal kunne gjøre gjeldende krav på vederlag for avhjelp, må han på forhånd ha levert et forpliktende pristilbud for avhjelpen til Oppdragsgiver.

7.8 Tilbakehold av betaling

Har Oppdragsgiveren krav som følge av Leverandørens mislighold, kan Oppdragsgiveren holde tilbake så mye av vederlaget som misligholdet synes å utgjøre av det samlede vederlaget. Forsinkelsesrenter skal ikke påløpe for tilbakeholdt beløp, så lenge tilbakeholdelsen ikke er klart urimelig.

10 GARANTI

Leverandøren påtar seg i de første 24 måneder etter levering ansvar for feil og mangler som måtte påvises ved Tjenesteytelsen. For delopdrag regnes fristen fra hele leveransen er levert og klar til bruk. Leverandøren skal i denne garantitid snarest mulig og for egen regning bytte ut defekte deler eller reparere leveransen slik at leveransen er uten feil og mangler av noe slag. Garantitiden skal likevel ikke være kortere enn alminnelig praksis for angjeldende bransje.

Bestemmelsen her utgjør ingen begrensning i Oppdragsgivers adgang til å fremme mangelsansøknader.