

NOTAT

Til: Krødsherad kommune v/ kommunedirektør

Fra: Advokatfirmaet Thallaug ANS v/ advokat Oddvar Møllerløykken og
advokatfullmektig Aslak Årsvoll Undheim

Ansvarlig advokat:
Oddvar Møllerløykken

Vår ref.:
22442/

Deres ref.:

Lillehammer
1.12.2023

HÅNDTERING AV KONTRAKT, RISIKOVURDERINGER OG FULLMAKT

1 INNLEDNING

Kommunestyret i Krødsherad har bedt om en juridisk vurdering ulike spørsmål knyttet til pågående prosess med bygging av ny skole.

Det er bedt om å avklare kostnaden ved å avbestille kontrakt om å bygge ny skole i Krødsherad gjennom en juridisk vurdering av entreprenørens stilling og dernest gjennomføring av en dialog. 20. november 2023 ble det oversendt et foreløpig arbeidsnotat til kommunedirektøren som sa noe om utgangspunktene for vurderingene før man hadde kunnskap om entreprenørs anførsler om mulige kostnader ved en avbestilling og den kalkulererte fortjenesten.

Kommunen og entreprenør med hver sine advokater avholdt 27. november et dialogmøte med formål om å få klarhet i entreprenørs syn på omfang og konsekvenser ved en eventuell avbestilling. Dette endelige notatet adresserer da også det omfang entreprenør har anført at man mener vil foreligge ved en avbestilling innen nær fremtid. Det er videre adressert tre ulike problemstillinger som vi vil vurdere i dette notatet. Kommunestyret vedtok følgende 11. november 2023:

«Kommunedirektøren kommer tilbake til formannskapet og kommunestyret med en juridisk vurdering av følgende:

Advokatfirmaet Thallaug ANS

Storgata 121, postboks 354, NO-2602 Lillehammer

Ringsakervegen 45, Brumunddal | Strandgata 30, Gjøvik

Tlf. 61 27 99 50, post@thallaug.no, www.thallaug.no, org. nr. 950 522 550 MVA

502602



- *forarbeidet og innholdet i kontraktene.*
- *risikovurderingen som er gjort i forkant av kontraktsinngåelse.*
- *gyldigheten av fullmaktene som har blitt gitt.»*

2 UTGANGSPUNKTER FOR VURDERINGENE

Kommunestyret i Krødsherad har i sak 130/2021 besluttet at det skal bygges ny skole for 1 til 10 trinn med idrettshall på tomten der dagens skole og kommunehus ligger. Deretter ble det lyst ut anbudskonkurranse for skole og idrettshall i Noresund. I sak 12/2022 ble anskaffelsen stanset og avlyst på grunn av endrede forutsetninger hva gjelder kommunehus. Prosessen ble vedtatt videreført med visse endringer, herunder at kommunehus skulle bestå. Samtidig ble det fattet nytt vedtak om prosessen videre. I sak 49/2022 ble det fattet ytterligere endringer hva gjelder prosessbeskrivelsen for veien videre, og endelig i sak 17/2023 kom det igjen justeringer av prosessen samt av de økonomiske rammene for prosjektet.

Invitasjon til konkurranse for anskaffelse av ny Krødsherad skole ble sendt 6. mars 2023, og konkurranse for anskaffelse av ny Krødsherad skole ble kunngjort 13. april 2023 som en totalentreprise med designfase og samspill.

Veidekke Entreprenør AS ble valgt, og 4. september 2023 ble det inngått to kontrakter med Veidekke Entreprenør AS om å bygge nye Krødsherad skole på Noresund, henholdsvis for utviklingsfasen (samspill) og faktisk gjennomføring.

Vi har for våre vurderinger hatt tilgang til de vedtak som er fattet i kommunestyret, herunder saksfremlegg og dokumentasjon. Vi har videre hatt tilgang til invitasjon og konkurransegrunnlag for anskaffelsen, innholdet i de ulike tilbud som er innkommet samt til kontraktene inngått med Veidekke Entreprenør AS. Vi har også fått tilgang til de eventuelle skriftlige kommunikasjon som finnes hva gjelder risikovurderinger og kontraktsutforming i forkant av kontraktsinngåelse i september. Vi har i våre vurderinger også hatt flere samtaler med kommunedirektør.

3 KONTRAKTENE, INNHOLD OG FORARBEID

Oppdraget med å prosjektere og bygge Krødsherad skole er en totalentreprise delt inn i to faser med to delkontrakter:

- Fase 1: Utviklingsfasen der partene skal utvikle et forprosjekt i gjensidig samspill (egen samspillskontrakt).
- Fase 2: Gjennomføringsfasen (egen kontrakt - NS8407).

Fase 1 har en totalverdi på NOK 3 137 902,- eks. MVA. og skal ihht. entreprenørs tidsplan løpe fra september til medio desember 2023. Fase 2 har en totalverdi på NOK 156.127.313 + korreksjoner på kr 1.576.485, eks. MVA. og skal ihht. tidsplan løpe fra nyttår 2024 til skolestart august 2025.

Prosjektet er blitt benevnt som en totalentreprise i anbudsdokumentene, men i realiteten er det en samspillsentreprise kommunen har skissert og inngått. Et samspillsentreprise-prosjekt består av to faser – prosjektutviklingsfasen og utførelsesfasen. I (prosjekt)utviklingsfasen samarbeider partene om å planlegge og prosjektere det beste bygget innenfor de rammebetingelsene byggherren har satt for prosjektet. Utviklingsfasen skal da lede til en omforent prosjektbeskrivelse. I utførelsesfasen gjennomføres prosjektbeskrivelsen ved at bygget oppføres. Det inngås gjerne en avtale for hver av fasene – slik som også Krødsherad kommune har gjort. Det er derimot normal praksis at man ofte først gjennomfører utviklingsfasen og dernest på det tidspunkt prosjektbeskrivelsen er ferdigstilt og godkjent inngår avtale om utførelsen, eller at man har en klar frigjøringsklausul som regulerer en mulig exit mellom de to fasene dersom begge kontrakter er inngått.

Kontraktene er bygget over standarder, og innholdet er i tråd med normal praksis i forbindelse med denne type prosjekter. Å splitte prosjektet i ulike faser gir ulike type samvirkninger mellom byggherre og entreprenør, og bidrar jevnt over til et bedre sluttprodukt da flere interessenter har fått bidra inn i prosjektet.

Avtalene er utformet uten frigjøringsklausuler utover at det er fastsatt forutsetninger som må være innfridd. Etter det opplyste er kommunedirektørens oppfatning at forutsetningene per nå er oppfylt. Nærmere om dette nedenfor i punkt 5. Selv om det er inntatt forutsetninger i kontrakten vedr. fase

1 har det likevel liten betydning for kommunens forpliktelser etter kontrakt for fase 2 når denne er signert og anskaffelsen er lagt opp som en totalentreprise og ikke en samspillsentreprise. De fleste av forutsetningene i første kontrakt vil kun fungere som et korrektiv for prosjektet, men ikke som en frigjøringsmulighet for kommunen fra forpliktelsen til å gjennomføre, eller nærmere bestemt fra den økonomiske forpliktelsen som er inngått overfor Veidekke.

Vi har ikke identifisert større avvik fra normal praksis ved selve kontraktene eller innholdsmessige avvik i kontraktene. Men, det er å bemerke at det i samspillskontrakter ofte inntas en frigjøringsklausul som innebærer at det er mulig å avslutte prosjektet etter fase 1. Ved å ikke innta frigjøringsklausul, utover rene enkle forutsetninger, så medfører det en meget større grad av forpliktelse samtidig som exit-mulighetene som kunne vært til stede begrenses sterkt.

4 FULLMAKT TIL INNGÅELSE AV KONTRAKTER

Prosjektet er vedtatt innenfor rammene av sak 130/21, 12/2022, 49/2022 og sak 17/2023. Følgende vedtak ble fattet i de ulike sakene:

Vedtak 130/21:

«-Det vedtas å bygge skole og idrettshall på Noresund. Kommunedirektøren gis i oppdrag å tildele kontrakt iht. pågående anskaffelsesprosess. Ordfører gis fullmakt til å signere kontrakt etter karensperioden.

-Det vedtas å søke spillemidler til idrettshall og nærmiljøtiltak på Noresund. Kommunedirektør iverksetter nødvendig prosess for dette.

-Det settes av en ramme på 155 millioner kroner til prosjektet. Revidert budsjett utarbeides i starten på 2022 i egen sak når betalingsplan for prosjektet er avklart etter kontraktsmøte med entreprenør. Økonomiplanen for påfølgende år reguleres tilsvarende.

-Av de 155 millioner settes det av 2.6 millioner kroner fra skolefondet til midlertidige moduler ved Krøderen skole og bikostnader. Denne summen reguleres i egen sak når anbud for moduler er gjennomført i 2022.»

Vedtak 12/2022:

«Vedtak 130/21 opprettholdes, med unntak av at anbudskonkurranse for skole og idrettshall på Noresund stanses og avlyses på grunn av endrede forutsetninger.

Det tegnes ny skole på Noresund som integreres med og tilpasses til svømmehall, kommune- og samfunnshus. De deler av anlegget som kommuneadministrasjonen ikke har behov for, rehabiliteres og inngår som del av skolen. Deler av eller hele eksisterende skolefløy kan rives. Rom- og funksjonsprogrammet for skolen tar utgangspunkt i det som foreligger, med tillegg av folkebibliotek og kulturscene.

For nybygg og rehabilitering for skole gjennomføres en pris- og designkonkurranse med samspill. Inntil 4 tilbydergrupper prekvalifiseres.

Krødsherad skole skal fra høsten 2022 etableres midlertidig på Krøderen.

Kommunedirektøren etablerer og leder komitéen som vurderer og rangerer tilbudene. I tillegg til kommuneadministrasjonen skal rektor, en representant for lærerne og ekstern arkitekt og landskapsarkitekt inngå i gruppen.

I samspillsperioden skal lærerne involveres særskilt og deres innspill vektlegges. Som forutsetning i konkurransen settes ferdigstilling til 1. august 2023. Kontrakt med valgt entreprenør skal skrives innen 1. september 2022 og arbeid med den nye skole og tilpasninger skal starte i løpet av høsten 2022.

Det er komiteens ansvar å gjennomføre prosjektet uten politisk medvirkning til de fastsatte tidsfrister.

Uenighet i komiteen skal avgjøre med simpelt flertall og det skal skrives referat fra møter som holdes.

Kommunedirektøren avklarer om eier av tilstøtende eiendom er villig til å selge areal som gjør det mulig å integrere idrettshall med skolen. Om det er mulig uten å forsinke prosjektet skal idrettshall

tas inn i romprogrammet for pris- og designkonkurransen. Uavhengig av dette åpnes det for at tilbyderne kan foreslå løsning for idrettshall i sine tilbud.»

Vedtak 49/2022:

«Kommunedirektøren etablerer og leder komitéen som vurderer og rangerer tilbudene. I tillegg til kommuneadministrasjonen skal rektor, en representant for lærerne og ekstern arkitekt og landskapsarkitekt inngå i gruppen. I samspillsperioden skal lærerne involveres særskilt og deres innspill vektlegges. Det skal skrives referat fra møter som holdes.

Konkurransen gjennomføres og kontrakt signeres med valgt entreprenør så raskt som mulig. Prosjektet gjennomføres uten politisk medvirkning, dette gitt at prosjektet holder seg innenfor de tidligere vedtatte rammene i saken.»

Vedtak 17/2023:

«- Det settes av inntil 205 mill. kr til gjennomføring av skoleprosjektet vedtatt i sak 12/2022. Investeringen innarbeides i budsjett 2024 – økonomiplan 2025-2027.

- Kommunedirektøren gis fullmakt til å gjennomføre prosjektet innenfor ramma som angitt i punkt 1, herunder midler avsatt i budsjett 2023.

- Det vedtas å søke spillemidler til idrettshall og nærmiljøtiltak på Noresund. Kommunedirektør iverksetter nødvendig prosess for dette.

- Ordfører gis fullmakt til å signere avtale med valgt entreprenør, jf. prosessbeskrivelse i vedtak 12/2022.

- Kostnader til midlertidig skoledrift på Krøderen dekkes av skolefondet.»

Det er vår klare vurdering basert på ovenstående at kommunedirektøren har fått fullmakt til å gjennomføre prosjektet innenfor vedtatte rammer uten politisk medvirkning, jf. kommunestyrets sak 12/2022, sak 49/2022 og sak 17/2023, samt at ordfører har fått fullmakt til å signere prosjektet innenfor samme rammer. Det fremgår videre ikke slik at kommunestyret gjennom sine vedtak har gitt ordfører nærmere føringer om at kontraktene skal undertegnes på ulike tidspunkt.

Rammene i vedtakene er ikke tydelig definerte til prosess og enkeltdeler. Vi har fått opplyst at flere kommunestyrerepresentanter nok har lagt et annet innhold i vedtakene enn hva ordlyden tilsier, vi må likevel basere vår tolking på hvordan man objektivt sett forstår vedtaket og hvordan en tredjeperson vil kunne lese vedtaket. Det er i vedtakene som nevnt ikke presisert at kontraktsinngåelsen måskje på ulike tidspunkt, eller gitt føringer på signering så lenge prosjektet som helhet er innenfor fastsatte rammer.

Det medfører en større grad av forpliktelse for kommunen når begge kontrakter signeres samtidig. Men, det kan ikke sees at kommunestyrets vedtak i saken gir føringer på denne delen av prosessen som tilsier at man gikk utover de fattede vedtak ved slik signeringen. Vi forstår derimot at det kan stilles spørsmål ved de valg som ble gjort hva gjelder å inngå begge avtaler samtidig uten en frigjøringsmulighet mellom fase 1 og 2, det vurderer vi nærmere i neste punkt.

5 RISIKOVURDERING I FORKANT AV KONTRAKTSINNGÅELSE

Vi har ikke grunnlag for å uttale oss om prosessen hva gjelder selve tildelingen, og legger til grunn at denne har skjedd i henhold til de tildelingskriterier som er fastsatt i konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke etterspurt at vi skal se nærmere på spørsmål relatert til dette.

Vi forstår kommunestyrets vedtak dithen at problemstillingen knytter seg til den risikovurderingen som ble gjort ved valget om å signere begge avtaler på samme tidspunkt, hvilket medfører en større grad av bundethet enn om man hadde delt opp både arbeid og kontrakt i to faser med henholdsvis først samspill, prosjektering og design, og dernest utførelse.

Vi forstår det slik at kommunens administrasjon og kommunens advokat begge gav råd om at det ville gi mindre konsekvenser for kommunen å dele opp kontraktene og da innta en frigjøringsmulighet for kommunen mellom fase 1 og fase 2, altså ultimo 2023 basert på Veidekkes tidsplan. Det ble likevel politisk vedtatt av ordfører, og etter vår vurdering innenfor den fullmakt gitt ordfører og kommunedirektør i de fattede vedtak fra kommunestyret, at man gikk for en motsatt løsning der det ikke skulle inntas en frigjøringsmulighet mellom fase 1 og fase 2 og at begge kontrakter da ble lyst ut, tildelt og signert.

Konkurransen som ble utlyst ble da benevnt som en totalentreprise med designfase og samspill, og var ikke benevnt som en samspillsentreprise (selv om realitetene tilsier at det var en samspillskontrakt). Kontraktene for begge faser var da en del av konkurransen og tildelingen. At begge kontrakter ble signert samtidig lå slik sett som en del av konkurransegrunnlaget. Det kan nok likevel tenkes at man kunne ha avvendt signeringen av selve utførelseskontrakten, men man kunne blitt møtt med at entreprenør i så tilfelle mente konkurransen gav grunnlag for at begge skulle inngås og i alle tilfeller hadde hatt krav på erstatning for sin tillit til at også utførelseskontrakten skulle inngås (erstatning for avlyst anbud må likevel ikke likestilles med erstatning for avbestilt kontrakt).

Vi har ikke vurdert, eller kan vurdere, de politiske vurderinger som ble gjort i forkant av utlysningen av konkurransen med kontraktens da fastsatte innhold. Juridisk sett er det derimot vår vurdering at både kontraktens innhold og senere signering lå innenfor de fullmakter som var gitt av kommunestyret.

Selv om det ikke har betydning for vår vurdering av bundethet i saken så nevner vi likevel kort i det følgende om ordførers kompetanse til å binde kommunen.

Kommuneloven § 6-1 annet ledd regulerer ordførers kompetanse til å underskrive på kommunens vegne. Kompetansen innebærer en rett til å signere på vegne av kommunen, men signeringsretten gir ingen rett til å fatte beslutninger. Ordfører må ha de nødvendige grunnlag i beslutninger fra kommunestyret for å binde kommunen. Konsekvensen av overskridelse av representasjonsretten er tydeliggjort i kommuneloven § 9-18 om kommunale foretak (som vil ha samme betydning som ordførers eventuelle overskridelse etter § 6-1).

Hovedregelen etter § 9-18 er at dersom en representant for kommunen overskrider sin myndighet, blir ikke disposisjonen, som en signert avtale, ansett bindende for kommunen. Det vil si at hovedregelen er at dersom ordfører signerer en avtale på vegne av kommunen uten det nødvendige beslutningsgrunnlaget fra kommunestyre som bakgrunn for disposisjonen, skal ikke signeringen anses bindende for kommune.

§9-18 har imidlertid et betydelig unntak som ofte medfører at kommuner uansett anses juridisk bundet til avtaler inngått selv utover overskredet myndighet. Dersom den andre parten ikke innså eller **burde ha innsett** at representanten (ordfører) sin myndighet var overskredet er likevel

disposisjonen bindende. Det avgjørende er derfor om den andre parten har opptrådt i god tro og på redelig vis lagt til grunn at den nødvendige myndighet lå hos kommunens representant.

Basert på det dokumentgrunnlaget vi har hatt tilgjengelig er det etter vår vurdering klart at anbudet og vedtakene forut for avtaleinngåelsen har gitt Veidekke den tro at kommunen ønsket å gå i gang med arbeidet fullt ut (ordfører gikk etter vår vurdering heller ikke juridisk sett utover disse). Anbudet gikk ut på en totalentreprise med en prosjekterende del, og ikke en samspillsavtale som kunne ende i en totalentreprise. Veidekke har slik vi ser det dermed klart vært i den tro om at kommunen har ment at totalentreprisen var en forutsetning ettersom anbudet ble definert til å være en totalentreprise med designfase og samspill, og ikke en samspillsentreprise og deretter en totalentreprise.

6 AVBESTILLING AV KONTRAKT – DET JURIDISKE UTGANGSPUNKT

Opphør av kontraktsforholdet reguleres av NS 8407 kap. X og avbestilling spesifikt er nærmere regulert av pkt. 44:

«Byggherren har rett til å avbestille hele eller deler av arbeidet under kontrakten.

Avbestilling skal foretas skriftlig i så god tid som mulig.

Dersom det samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeidene reduseres med mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15 % eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling

Ved avbestilling har totalentreprenøren krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen.

Inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører eller prosjekterende, med mindre totalentreprenøren har misligholdt sin plikt til å utbedre etter 20.5.»

1. Avbestillingen skal skje i så god tid som mulig.

Selv om Veidekke er varslet om at en avbestilling høyst sannsynlig vil skje fra kommunens side, løper kontraktsansvaret helt til avbestillingen formelt er gjennomført. Kommunen må naturligvis ta de nødvendige vurderinger i forkant, samt at prosessen automatisk forsinkes noe av at beslutningsmyndigheten ligger hos kommunestyret. Det er likevel viktig å ha med seg denne normen helt til avbestillingen har skjedd. Dette betyr at kommunen er fullt ut ansvarlig for alle kostnader som påløper for Veidekke i relasjon til kontraktsforholdet frem til avbestillingen faktisk skjer.

Det er et formkrav til avbestillingen at denne skjer skriftlig.

2. Byggherre er kontraktsrettslig ansvarlig for å dekke det økonomiske tap entreprenør lider.

Det økonomiske tapet utgjør den positive kontraktsinteressen for Veidekke. Det vil si at Veidekke skal stilles slik økonomisk som om kontrakten hadde blitt gjennomført og det økonomiske tapet skal gjenspeile hvilket sluttoppgjør Veidekke ville sittet igjen med etter endt kontraktsgjennomføring. Det innebærer at det har stor betydning hvilke kalkyler Veidekke opererer/ har operert med. Kostnader Veidekke blir påført som følge av en avbestilling må følgelig erstattes, herunder blant annet kostnader som er pådratt overfor underentreprenører og leverandører. Har Veidekke kontraktsrettslig bundet seg opp overfor slike parter vil avbestillingserstatning til sine underentreprenører og leverandører som hovedregel inngå i den positive kontraktsinteressen. Allerede påløpte kostnader omfattes også vanligvis av den positive kontraktsinteressen

3. Entreprenør har en innrettelses- og tapsberegningssplikt i etterkant av avbestillingen.

Innrettelses- og tapsbegrensingsplikten til Veidekke slår inn etter at kommunen velger å avbestille kontrakten. Veidekke må da innrette seg etter kommunens valg og må dermed jobbe for å begrense tapet mest mulig.

Det er her viktig å ha med seg Veidekkes ansvar overfor sine potensielle underentreprenører og leverandører. Kommunens avbestilling medfører også at Veidekke må terminere sine underentrepriser snarest. Som nevnt er kostnader knyttet til dette er en direkte følge av kommunes avbestilling og kommunen er dermed også ansvarlig for disse kostnadene som

påføres Veidekke. Tapsbegrensingsplikten gjør seg her gjeldende ved at dersom Veidekke ikke umiddelbart foretar den videre termineringen av oppdrag og en underentreprenør påfører dem ytterligere kostnader, skal dette som hovedregel ikke belaste kommunen, da kostnadene kunne vært unngått. Eksempelvis følger det for materialleveranser som regel en rett til tilbakelevering mot et vederlag.

Når det kommer til totalentreprisekontrakten som har et vederlag på kr 156.127.313 + korreksjoner på kr 1.576.485, eks. MVA. er det ut fra dette vederlaget det må tas en samlet vurdering av hva som ville utgjort Veidekke sitt dekningsbidrag for prosjektet. Det er da Veidekke som har bevisbyrden for å dokumentere sitt økonomiske tap.

Adgangen til avbestilling av samspillskontrakten følger av NS 8401 pkt. 16. Entreprenør skal betales for (de delene av det prosjekterende som er utført og har videre krav på erstatning for sitt påregnelige tap som følge av avbestillingen. Det avtalte vederlaget for denne delen er på kr 3.137 902 eks. MVA. Påløpte kostnader for entreprenør frem til avbestilling skal dekkes av byggherre. I tråd med samspillskontrakten er det utarbeidet en betalingsplan 17. oktober 2023. Denne viser hvilke månedlige beløp som er avtalt mellom Veidekke og kommunen fra oktober 2023 til desember 2025. I tråd med tidsplan og betalingsplan er partene i desember 2023 i en overgangsfase mellom utviklingsfasen med samspill og starten på gjennomføringsfasen. Vår vurdering er derfor at kommunen er ansvarlig for å dekke kostnadene ved den prosjekterende delen fullt ut basert på hvor i kontraktsløpet arbeidet har kommet. Veidekkes to påløpte fakturaer på henholdsvis kr 1.6 og 1.8 millioner er følgelig påløpte kostnader kommunen skal dekke ved en avbestilling. Den planlagte faktureringen for desember utgjør kr. 2.687.902 millioner eks. MVA. Det må likevel presiseres at det fremstår noe uklart fra fakturaene hvorvidt beløpene relaterer seg til den ene eller andre kontrakten, men det er underordnet all den tid dette må anses som påløpte kostnader.

7 VEIDEKKES ANFØRTE ØKONOMISKE TAP SOM FØLGE AV EN AVBESTILLING

Under avklaringsmøte med Veidekke ble kommunen ved ordfører, varaordfører og kommunedirektør orientert om hvilket økonomisk tap Veidekke per 27.11.23 estimerte som reelt ved en evt. avbestilling fra kommunens side. Veidekke ga klart uttrykk for at tallene var omtrentlige,

og tok klare forbehold om at tallene både kan være høyere og lavere samt endre seg dersom det tar noe tid før en evt. avbestilling skjer. Videre understreket Veidekke at de har til hensikt å fremstå som seriøse og nøkterne overfor sine kontraktsparter, også dersom kommunen vedtar at kontrakten skal avbestilles. De var likevel Veidekkes absolutt klare ønske er at kontrakten gjennomføres som avtalt.

Den foreløpige vurderingen av det økonomiske tapet Veidekke vil bli påført som følge av en avbestilling av kontraktene fra kommunens side samlet sett, med forbehold om beregningsfeil eller feil i eget oppsett, utgjør per 27.11.23 ca. kr 47 millioner eks. MVA. Legger man til grunn ukene som går til en evt. avgjørelse om avbestilling fra kommunestyret vil trolig det anførte kravet fra Veidekke kunne være passert kr 50 millioner eks. MVA. Beregnet ut fra kontraktens totalbeløp utgjør dette i overkant av 30 % av det samlede kontraktsbeløpet på kr 160 millioner.

Veidekke vil ved en avbestilling påberope seg den positive kontraktsinteressen og deler denne inn i to ulike tapskategorier: Bortfall av fortjeneste og kostnader knyttet til pådratte kostnader i kontraktens ordinære forløp samt særskilte kostnader som påløper som følge av en avbestilling. Dette er i tråd med alminnelig praksis innen entrepriseretten.

7.1 Fortjenestetapet

Veidekke har vist til en kalkulert fortjeneste på ca. 15 % av kontraktens totalbeløp og estimerer dette beløpet til i overkant av kr 21 millioner eks. MVA. med forbehold om omtrentlige utregninger.

7.2 Kostnader som følge av avbestilling og allerede pådratte kostnader

Veidekke har anført å ha pådratte kostnader vedrørende prosjekteringsperioden på kr 3.3 millioner (dette er fakturert kommunen, men foreløpig ubetalt). Videre anføres det diverse honorarer pt. til ca. kr 1.5 millioner og løpende utgifter til juridisk bistand som følge av at kommunen vurderer avbestilling (denne kostnaden utgjør pt. mindre beløp, men vil klart bli mer betydelig dersom avbestilling faktisk skjer).

Videre kommer kostnader som per nå er pådratt for Veidekke, eller bundet opp slik som kontraktsforhold med tredjemenn osv. Inn under denne posten anfører og regner Veidekke kostnader til blant annet funksjonærkost, arbeidere som tømrere og betongarbeider mv. Kostnadene knyttet til denne posten utgjør etter Veidekkes syn reelle kostnader på et samlet beløp

i overkant av kr 20 millioner eks. MVA. Slik vi oppfatter det opplyste fra Veidekke utgjør en stor del av denne posten en anførsel om at kommunen som byggherre har et ansvar opp mot Veidekkes ansvar for sine arbeidere gitt at markedet for entreprise og bygg i dag er preget av sterk og vedvarende nedgang.

8 SÆRSKILT VURDERING AV DET ØKONOMISKE TAPET TIL VEIDEKKE

For avbestilling av totalentrepriser er standardkontrakten og praksis klar på at entreprenøren skal ha krav på å få dekket sin positive kontraktsinteresse. I den positive kontraktsinteressen ligger det en forutsetning om at skal entreprenør skal stilles i økonomisk samme stilling som om kontrakten hadde blitt oppfylt etter sitt innhold.

I det økonomiske tapet til Veidekke vil normalt evt. ekstra kostnader entreprenør blir påført som følge av avbestillingen også være omfattet. Veidekke har mest sannsynlig forpliktet seg overfor andre underentreprenører allerede og Veidekke må på samme måte som kommunens avbestilling, avbestille overfor sine underentreprenører. Dette påfører Veidekke ekstra kostnader.

Veidekke skal normalt også ha dekket generalomkostningene som ville påløpt i kontraktsperioden – kostnader til administrasjon og generell drift. Her vil Veidekkes regnskap gi holdepunkter for å beregne hvor store kostnader som er knyttet til denne typen utgifter.

Spesielt for denne saken er at avbestillingen skjer mot slutten av prosjekteringsfasen, men før det faktiske arbeidet etter hovedkontrakten faktisk er påstartet. Veidekkes fremdriftsplan som utgjorde en del av tilbudet, legger som nevnt over til grunn en avslutning av prosjekteringsfasen og oppstart av gjennomføringsfasen ultimo 2023. Likevel er både kontrakt for prosjekteringsfasen og gjennomføringsfasen signert uten frigjøringsklausuler, i motsetning til vanlige samspillsentrepriser der signering av gjennomføringsfasen gjøres ved utgangen av prosjekteringsfasen. Siden gjennomføringsfasen er signert, har Veidekke i løpet av høsten hatt mulighet til å forhandle seg frem evt. avtaler med tredjepersoner de ønsker å engasjere til utføringen av gjennomføringsfasen og vi finner det høyst sannsynlig at Veidekke har inngått slike bindende arbeidsavtaler med underentreprenører og leverandører. Vi vet konkret ikke om og i hvilket omfang Veidekke har gjort dette, men vi legger til grunn at slike kontrakter allerede er inngått.

Praksis er da slik at utmålingen av det økonomiske tapet bør ta utgangspunkt i hva som er prosjektert inn som fortjenesten av oppdraget for Veidekke. Fortjenesten gjenspeiles normalt sett av oppdragets dekningsbidrag for entreprenøren. Ettersom oppdraget ikke er utført, er det likevel mange usikkerhetsmomenter knyttet til beregningen av fortjenesten/dekningsbidraget, slik Veidekke selv også har tatt til orde for. Praksis har derfor vært klar på at det dreier seg om en konkret samlet vurdering, men dersom det kan tas utgangspunkt i tidligere sammenlignbare

prosjekter bør oppnådd dekningsbidrag fra disse prosjektene veie tungt. Veidekke har som nevnt lagt til grunn en prosjektert fortjeneste på ca. 15 % av kontraktssum og utgjør ca. kr 21 millioner. Selve prosentandelen fortjeneste som opprinnelig her er beregnet er innenfor slingringsmonnet til hva vi anser som normalt, men det er likevel ikke dermed et likhetstegn med at det faktisk kan sidestilles med det økonomiske tapet Veidekke har krav på fullt ut. Erfaringsvis vil det også være avvik mellom prosjektert fortjeneste og reell fortjeneste.

Veidekke har i sitt tilbud til kommunen vist til tre tidligere totalentrepriser som referanseprosjekter for sitt tilbud om å bygge Krødsherad skole. Disse var ferdigstilt i årene 2018, 2020 og 2022, og bør ha stor sammenligningsverdi for beregning av Veidekke sin normale fortjeneste i slike prosjekter. Ved en avbestilling vil det være naturlig at kommunen gis innsikt i disse tallene. Det samme gjelder også andre sammenlignbare prosjekter. Per nå har vi ikke innsikt i disse fortjenestene.

Beregning av fortjenesten til prosjektet kommer ikke frem av kontraktsdokumentene som følger av innkjøpskontorets arkivpakke om både prekvalifiseringen og tilbudsfasen (dette er verken normalt eller unormalt). Vi har per nå derfor kun kontraktssummen å ta utgangspunkt i, samt Veidekkes egne avrundede anførsel om den prosjekterte fortjenesten.

Samlet sett viser gjennomgangen av rettspraksis at det er tilkjent erstatning opp mot 30 % av kontraktssum og ned til under 10 % av kontraktssum. De høye dekningsbidragene kommer imidlertid fra entrepriser om oppføring av hus, altså mindre entrepriser, og kan ikke anses for å ha samme overføringsverdi som tersklene som er oppstilt i saker om større totalentrepriser. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering i den enkelte sak og beror på kalkylene til den enkelte entreprenør i saken. Høyesterett uttalte følgende generelt om fortjenestetap i **Rt-2003-486**:

«Fortjenestetapet må fastsettes i forhold til den enkelte kontrakt. Det er tapet som avbestillingen av den konkrete ytelsen har medført, som kan kreves erstattet. Det kan være større eller mindre enn gjennomsnittlig fortjeneste i virksomheten».

Øvrig tap er som nevnt estimert av Veidekke til samlet i overkant av kr 20 millioner eks. MVA. Posten består av ulike elementer som nevnt ovenfor, men er ikke nærmere spesifisert av Veidekke på nåværende tidspunkt. Dersom denne posten for det meste består av kontrakter som er inngått med underentreprenører som nå må avbestilles, mener vi tapet som et utgangspunkt bør være å

anse som reelt. Det er likevel Veidekke som har bevisbyrden for å dokumentere eventuelt tap, og det kan være uenighet både om dokumentasjonen, det rettslige grunnlaget og blant annet spesifikt tidspunktet for inngåelse av kontraktene Veidekke har inngått.

Dersom det i større grad er egne ansatte man refererer til i denne erstatningsposten så er det andre problemstillinger som melder seg både vedrørende det faktiske og det juridiske. Veidekke har, dersom kontrakten blir avbestilt, en tapsbegrensningsplikt. I denne plikten ligger også å foreta interne handlinger for å redusere tapet. Ved en lang og vedvarende nedgang i byggebransjen er det etter vår vurdering ikke rettslig grunnlag for å utsette en nødvendig intern omstrukturering gjennom erstatningsutmåling.

Veidekke har utover forrige avsnitt også en generell tapsbegrensningsplikt. I erstatningen som utmåles skal det skje fradrag for besparelser og andre fordeler Veidekke har oppnådd gjennom avbestillingen (det er det økonomiske tapet som skal dekkes), men også for besparelser som burde ha vært gjort. Det blir i denne forbindelse ofte et spørsmål om hvor langt plikten til å begrense tapet kan strekkes.

9 OPPSUMMERING ØKONOMISK TAP

Det er vår vurdering at det samlede tap som Veidekke kan kreve erstattet ved en eventuell avbestilling ligger mellom kr 30 millioner (19 %) og i overkant av kr 50 millioner (32 %), begge eks. MVA. Bakgrunnen for det store spennet beror på at man forut for en avbestilling i denne saken ikke har dokumentasjon på de anførte tapspostene og særlig den ene posten fremstår svært uavklart hva gjelder innhold. Det kan videre foreligge uenighet om det både det faktiske og ikke minst det rettslige grunnlaget for noen av postene.

Som nevnt over inngår kostnader som pådras i kontraktens ordinære forløp frem til avbestilling skjer, samt kostnader Veidekke påføres som følge av en avbestilling inn i det økonomiske tapet Veidekke vil bli påført. At tapsposten på i overkant av kr 20 millioner uansett innehar underposter som faller innenfor den positive kontraktsinteressen legger vi til grunn som klart, som nevnt er usikkerheten knyttet til hvor stor denne posten de facto er, både basert på de faktisk poster og den rettslige normen. Kommunen må derfor ikke anse det som usannsynlig at et reelt økonomisk tap vil lande på et pengebeløp rundt kr 40 millioner, men der både den nedre terskelen på rundt kr 30 millioner og den øvre terskelen på over kr 50 millioner heller ikke vil være usannsynlig.

Vårt mandat er likevel å gi kommunen en avklaring og risikovurdering av hva det potensielt vil koste kommunen å avbestille og kommunen må derfor være forberedt på at i verste fall, rent økonomisk, vil dette kunne utgjøre over kr 50 millioner eks. MVA.

10 PROSESSRISIKO VED EN AVBESTILLING

For det tilfelle at flertallet i kommunestyret vedtar å avbestille kontrakten med Veidekke så vil forholdet gå over til et spørsmål om utmåling av kompensasjonen/erstatningen til Veidekke. Retningslinjene for dette er som skissert ovenfor i dette notatet. Det vil da være Veidekke som har bevisbyrden for sitt økonomiske tap. Uten at vi per i dag kjenner detaljene for dokumentasjonen til de tapsposter som vil kunne fremmes så er det klart ut fra de sonderinger som har vært at det kan knytte seg uenigheter både til det faktiske og til det juridiske i et spenn på rundt kr 25 millioner. Ved en avbestilling må partene, som begge klart regnes som profesjonelle, selvfølgelig søke å løse et oppgjør på en minnelig måte. Gitt det potensielt store gapet mellom kravet Veidekke vil fremsette og hva kommunen endelig vil komme til som det de anser som det reelle økonomiske tapet, er risikoen for en rettslig prosess til stede.

Hva gjelder potensielle uenigheter om juridiske forhold, knytter dette seg (slik vi oppfatter det opplyste fra Veidekke) særskilt til omfang av byggherres ansvar opp mot Veidekkes ansvar for sine arbeidere gitt at markedet for entrepris og bygg i dag er preget av sterk og vedvarende nedgang. Omfang av ansvar for denne posten kan utgjøre store beløp. Det finnes lite rettspraksis på spørsmålet om omfang av ansvar i denne sammenheng i nedgangstider. En rettslig prosess om denne type spørsmål vil derfor også fort kunne medføre at man må innom i alle fall to instanser før man kan sette sluttstrek. Hva gjelder faktisk uenighet vil dette kunne knytte seg til omfang av fortjenestetapet og andre særskilte poster. Dette kan også utgjøre betydelige beløp, igjen avhengig av hvilken type dokumentasjon som Veidekke kan fremlegge.

Risikoen for å nå frem eller ikke med krav er derfor i stor grad avhengig av den dokumentasjon og de eksakte krav Veidekke fremmer. Det er derfor vanskelig på nåværende tidspunkt å kvantifisere tvistegjenstanden som sådan.

Det er da noe enklere å si noe om de naturlige følger av en eventuell rettslig prosess. En prosess om denne type spørsmål som nevnt ovenfor vil kreve mye forberedelse, ta flere rettsdager og involvere juridisk bistand over lengre tid. Det igjen medfører store kostnader og tidsbruk for administrasjonen. Dersom man skulle vinne frem ved en eventuell rettslig tvist er hovedregelen at motparten må dekke kostnadene til juridisk bistand også for den vinnende part. Dersom man ikke skulle få medhold vil man motsatt kunne bli idømt erstatningsplikt også for utgiftene motparten har hatt til juridisk bistand. Vi vil anslå at dette i seg selv vil utgjøre betydelige beløp, anslagsvis fra flere hundretusen kroner til millionbeløp. En rettsprosess kan videre også ende i at begge parter vinner delvis frem og da vil hovedregelen være at hver av partene dekker egne saksomkostninger.

Å ta en sak videre i rettssystemet innebærer alltid en risiko. Her vil risikoen som nevnt i stor grad være avhengig av den dokumentasjon som fremlegges dersom kontrakten avbestilles. En endelig vurdering vil måtte tas etter at formell avbestilling i tilfelle er gjort og et krav er detaljert presentert fra Veidekke.

I første omgang bør kommunen alltid søke å finne en minnelig løsning på eventuelle uenigheter, men gitt erstatningspostens størrelse kan man ikke unngå å nevne at det kan lede til en rettslig prosess. Det er poster her, særskilt grunnet markedsnedgang, som kan være juridisk uriktig at byggherre skal måtte dekke. Dersom det viser seg at en stor del av tapspostene skyldes slike forhold mener vi det i tilfelle bør være gjenstand for rettslig prøving om man ikke oppnår en minnelig ordning. Men, som nevnt må det gjøres endelig vurdering på det tidspunkt postene og grunnlaget for disse er presentert.
