

Ekstraordinære kostnader kan gi grunnlag for prisjusteringer i kontrakter

Karen Anne Rekkedal og Shagha Yousefi

Medlemsmøte i entreprisforeningen

17.11.2022



Agenda

- 1) Bakgrunn
- 2) Kort om regelverket for å kunne gjøre endringer i offentlige anbudskontrakter
- 3) Hva sier lovgiver og veiledere?
- 4) Eksempler fra Danmark
- 5) Eksempler fra Sverige
- 6) Hva er status – er oppdragsgivere villig til å gjøre nødvendige prisendringer?
- 7) Noen eksempler på fleksible prisingsmekanismer

Store utfordringer med et uforutsigbart prisbilde

- Store økninger i leverandørers kostnadsbilde – først i tilknytning til Covid, så som følge av Russlands invasjon av Ukraina
- Økte kostnader særlig tilknyttet frakt, råvarer, strøm og annet energiforbruk, samt ressursknapphet og økte forsinkelser
- Mange opplever at kontrakter inngått med offentlige oppdragsgivere ikke lenger er regningssvarende – eller i verste fall leder til store tap og/eller konkurs

Store utfordringer med et uforutsigbart prisbilde

Endringer i kostnader for veganlegg i alt siste år

3. kvartal 2021 - 3. kvartal 2022

14,5 %

Byggekostnadsindeks for veganlegg. 1. kvartal 2004=100

	3. kvartal 2022	Endring i prosent	
		2. kvartal 2022 - 3. kvartal 2022	3. kvartal 2021 - 3. kvartal 2022
Veganlegg, i alt	221,2	2,6	14,5
Veg i dagen	218,0	3,3	15,2
Betongbru	226,5	-1,7	9,2
Fjelltunnel	224,7	5,9	19,1
Drift og vedlikehold av veger, i alt	220,5	1,8	14,2
Asfaltering av veger	253,1	-0,6	18,2
Vinterdrift av veger	212,1	2,4	16,7

Store utfordringer med et uforutsigbart prisbilde

Endring i byggjekostnadsindeks for rørleggjararbeid

September 2021 - September 2022

15,5%

Byggjekostnadsindeks for rørleggjararbeid i kontor- og forretningsbygg. 2000=100

	September 2021	September 2022	Endring frå førre år (prosent)
Rørleggjararbeid i alt	254,9	294,5	15,5
Administrasjon	193,6	204,0	5,4
Arbeidskraft ¹	207,0	212,1	2,5
Materialar	295,9	360,1	21,7
Sanitærinstallasjonar	249,0	293,9	18,0
Administrasjon	193,6	204,0	5,4
Arbeidskraft ¹	207,0	212,1	2,5
Materialar	279,2	347,7	24,5
Varmeinstallasjonar	261,9	295,1	12,7
Administrasjon	193,6	204,0	5,4
Arbeidskraft ¹	207,0	212,1	2,5
Materialar	319,9	377,8	18,1

Store utfordringer med et uforutsigbart prisbilde

Endring i byggjekostnadsindeksen

September 2021 - September 2022

5,2%

Byggjekostnadsindeks for bustader. 2015=100

	September 2022		
	Endring frå førre månad, prosent	Endring frå førre år, prosent	Indeks
Bustader i alt¹	-0,1	5,2	136,8
Bustader i alt, arbeidskraft²	0,0	3,1	120,2
Bustader i alt, materialar	-0,2	7,5	159,9
Einebustader av tre, i alt	-0,1	4,2	140,4
Einebustader av tre, materialar	-0,1	4,0	165,2
Einebustader av tre, byggjearbeid unnateke stein-, jord- og sementarbeid	-0,1	3,0	144,6
Einebustader av tre, byggjearbeid unnateke stein-, jord- og sementarbeid, materialar	-0,2	2,5	169,4
Bustadblokker, i alt	0,1	7,1	131,8
Bustadblokker, materialar	-0,5	13,7	151,4

Næringsministeren oppfordrer oppdragsgivere til å fordele risiko



Iht liste

Deres ref

Vår ref
22/4177-1

Dato
30. mai 2022

Balanserte kontraktsvilkår i offentlige anskaffelser

Offentlige anskaffelser utgjør en betydelig del av den norske økonomien. Dere som offentlige oppdragsgivere bidrar hver dag til å løse viktige samfunnsutfordringer, samtidig som dere tar samfunnsansvar.

Mange næringsdrivende, også blant deres leverandører, opplever nå en krevende situasjon. Etter å ha kommet gjennom pandemiens utfordringer knyttet til blant annet transport, ser vi effektene av krig i Europa. Krigen fører for enkelte næringer til uforutsigbare rammebetingelser, blant annet gjennom svingende råvarepriser.

Jeg vil oppfordre offentlige oppdragsgivere til å være spesielt oppmerksomme på sitt ansvar for å tilby balanserte kontraktsvilkår i denne situasjonen. Bruk av balanserte kontraktsvilkår kan bidra til å fremme konkurranse i markedet i en usikker situasjon.

Det følger av anskaffelsesreglene at dersom det finnes fremforhandlende og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse. Det følger også av anskaffelsesregelverket at oppdragsgiveren kan fastsette endringsklausuler, for eksempel prisindeksklausuler. I uoversiktlige situasjoner kan det være ekstra god grunn for oppdragsgiver til å vurdere å benytte slike klausuler.

Jeg vil også oppfordre dere til å vurdere det grundig, for dere eventuelt utarbeider særvilkår som avviker fra standardkontraktene eller tar forbehold som skaper ubalanse i forholdet mellom kontraktspartene. Jeg minner om at ubalanserte kontrakter særlig går ut over mindre leverandører, som også kan gjøre det vanskelig for dem å levere tilbud i offentlige anskaffelser. Uten disse mindre leverandørene svekkes konkurransen om kontraktene. I tillegg kan ubalanserte kontrakter også føre til prisøkninger, fordi leverandørene må prise inn

Postadresse: Postboks 8090 Dep 0032 Oslo
Kontoradresse: Kongens gate 8 Telefon: 22 24 90 90
Org.no.: 912 660 680



Iht liste

Deres ref

Vår ref
22/4177-

Dato
16. september 2022

Krevende tider for næringslivet - fleksibilitet i offentlige kontrakter

Den 30. mai d.å. sendte jeg alle innkjøpere i Norge et brev for å minne om at mange næringsdrivende er i en krevende situasjon blant annet på grunn av effektene av krig i Europa. Som det fremkommer av brevet har krigen ført til uforutsigbare rammebetingelser, blant annet gjennom svingende råvarepriser. Dessverre har denne situasjonen blitt forverret gjennom sommeren og vi går utfordrende tider i møte.

I brevet fra mai oppfordret jeg offentlige oppdragsgivere til å være spesielt oppmerksomme på sitt ansvar for å tilby balanserte kontraktsvilkår, ettersom det kan bidra til å fremme konkurranse i markedet i en usikker situasjon. Jeg oppfordret også til bruk av kontraktsstandarder og endringsklausuler.

Jeg har fått tilbakemeldinger om at brevet ble godt mottatt, at mange oppdragsgivere har god leverandørdialog og legger til rette for en bedre balanse i sine kontrakter, for eksempel ved å bruke prisindeksklausuler i fremtidige kontrakter. Det er gode nyheter.

Nye tall fra Statistisk sentralbyrå i september viser at inflasjonen fortsetter på et historisk høyt nivå. Usikkerhet om for eksempel fraktkostnader, råvarepriser, strømpriser og andre utfordringer i globale verdikjeder gir usikkerhet om fremtiden for mange næringsdrivende.

Disse tallene understreker behovet for dialog mellom oppdragsgivere og leverandører om hvordan fremtidige kontraktsvilkår kan utformes slik at de balanserer risikoen på en god måte. Tallene indikerer imidlertid også at det i enkelte situasjoner kan være behov for å gjøre endringer i allerede inngåtte kontrakter.

“

DFØs veiledning inneholder også nærmere informasjon om muligheten til å gjøre endringer i allerede inngåtte kontrakter. Utgangspunktet er at endringer som ikke er vesentlige, er tillatt. Det avgjørende for om en endring er vesentlig, er om den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. Jeg oppfordrer derfor oppdragsgivere til å vurdere henvendelser fra leverandører som følge av økte råvarekostnader. Når det gjelder inngåtte avtaler mellom det offentlige og private aktører, må det først og fremst være opp til oppdragsgiver og oppdragstaker å sørge for god kontakt seg imellom om eventuelle utfordringer man har knyttet til overholdelsen av avtaler. Begge sider bør ha felles interesse i dette.

Hva sier den generelle bakgrunnsretten?

- Avtaleloven § 36:

"En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig."

Hva sier anskaffelsesregelverket

- Anledning til å gjøre endringer i allerede inngåtte kontrakter såfremt disse ikke er vesentlige
- Forhold som utgjør en vesentlig endring etter FOA § 28-2:
 1. Nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt
 2. Nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør
 3. Betingelser som endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren i andre tilfeller enn dem nevnt i FOA § 28-1
- Konsekvensen av brudd på regelverket
 - Oppdragsgiver kan illegges overtredelsesgebyr
 - Kontrakten kan kjennes uten virkning

Hva sier anskaffelsesregelverket

- Når det gjelder adgangen til å gjøre endringer i inngåtte kontrakter som følge av økte kostnader viser næringsministeren til DFØs veileder om anskaffelser i en krisetid. Veilederen nevner tre relevante bestemmelser i anskaffelsesforskriftens del III som kan benyttes for å foreta endringer i inngåtte kontrakter:
 - endringer som blir foretatt i medhold av en endringsklausul (FOA § 28-1(1) bokstav a),
 - endringer som kun medfører en begrenset prisøkning (FOA § 28-1(1) bokstav b),
 - endringer som skyldes uforutsette omstendigheter (FOA § 28-1(1) bokstav d)
- Dersom endringene er foretatt med grunnlag i en av disse bestemmelsene anses de ikke som vesentlige og vil derfor være lovlige.

Nærmere om uforutsette omstendigheter

- Anskaffelsesforskriften § 28-1 bokstav d)

" Oppdragsgiveren kan foreta følgende endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften:

*endringer som **er nødvendige** som følge av **omstendigheter** som en **aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse**. Dette gjelder bare når*

1. anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret; og

2. prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring. Slike endringer må ikke foretas for å omgå forskriften;"

“

«Konsekvensene er gjerne midlertidige, slik som er påregnelig i den aktuelle situasjon. Det vil da normalt ikke være grunnlag for varig prisjustering. Eventuell prisjustering bør følgelig avgrenses til det som er nødvendig for å fange opp den antakelig midlertidige prisøkning. Oppdragsgiver bør kreve grundig dokumentasjon av leverandørens økte kostnader. Det er kun en reell økning i leverandørens kostnader til ytelser som inngår i leveransen som kan gi grunnlag for en endring i kontrakt, ikke for eksempel økte kostnader for fremtidig innkjøp av råvarer.»

Se til Danmark

- *«I forhold til de konsekvenser som krigen mellem Rusland og Ukraine har medført, eller kan medføre, i form af uforholdsmæssigt store prisstigninger, varemangel og leveringsproblemer mv. så kan dere efter Konkurrence og Forbrugerstyrelsens vurdering være tale om begivenheder, der ikke med rimelighed kunne have været forudset af odregiveren før den 24. februar 2022.*
- *Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at konsekvenserne af krigen mellem Rusland og Ukraine efter en konkret vurdering kan danne grundlag for anvendelse af § 183, hvis ændringen overholder betingelserne i § 183 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed.»*

Se til Sverige

- I Sverige har flere kommuner og sentrale offentlige innkjøpsorgan varslet at de kan være villige til å endre pris utover det som er regulert i avtalene med leverandørene sine som følge av krigen i Ukraina.
- I mangel av rettskilder og nærmere veiledning om hvordan dette gjøres her hjemme kan det være nyttig å se hen til svenske oppdragsgiveres praksis.

Angående prisjustering utöver avtalade villkor – information till dig som leverantör

Adda Inköpscentral (Inköpscentralen) har under den senaste tiden fått in ett ökat antal önskemål om prisjusteringar utöver de möjligheter som regleras i våra ramavtal. Även om vi har förståelse för de svängningar som vi ser i marknaden idag, är vår utgångspunkt att det är avtalet som är styrande och vi kan därför inte acceptera eller förhålla oss till allmänt hållna förfrågningar om prishöjningar. I och med att omständigheterna just nu är svåra är vi dock villiga att utreda och ta upp till diskussion tillfälliga prisregleringar utifrån de enskilda avtalens **unika** situation.

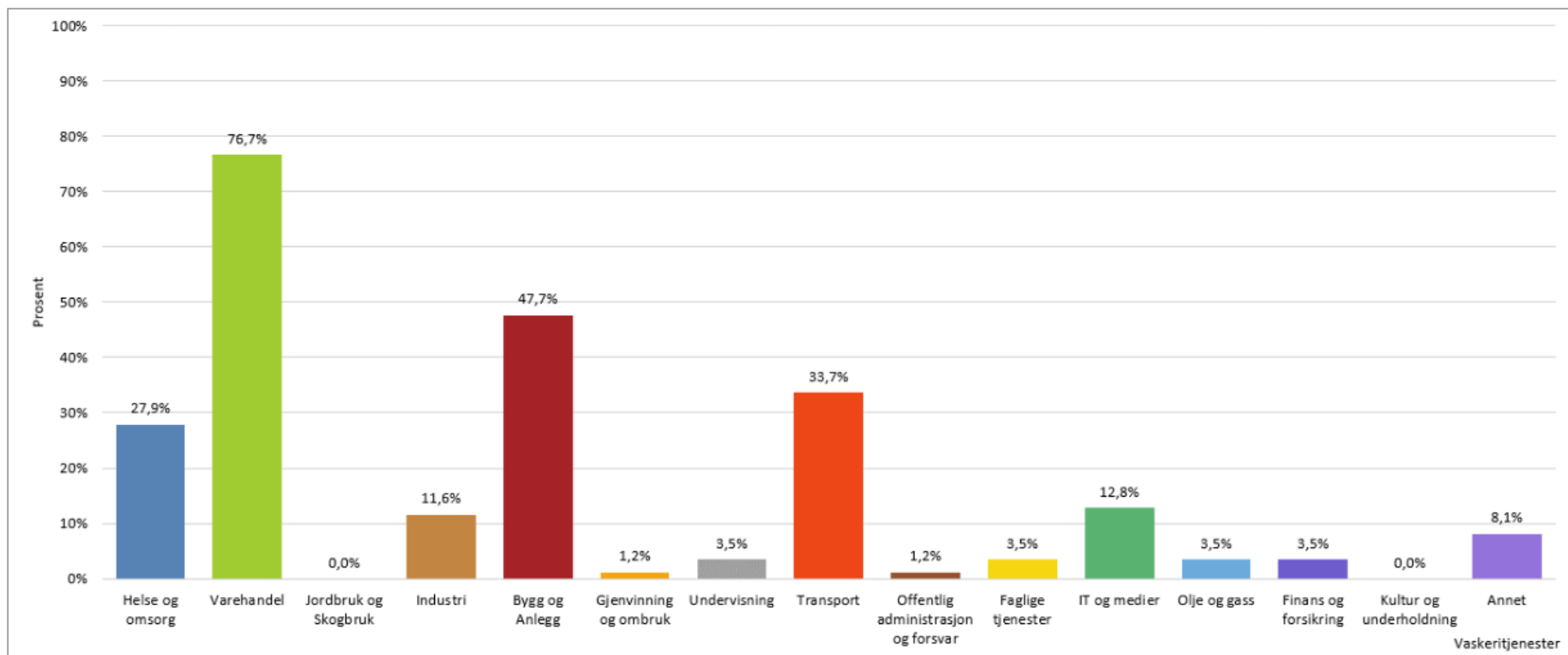
Inköpscentralen har därför beslutat att utreda möjligheten till tillfällig prisjustering i de ramavtal som omfattar kritiska varor och tjänster eller där transporter och drivmedel kan utgöra en väsentlig del av en produkts kostnad/pris till kund. Det är även viktigt att vi kan se att en tillfällig kostnadsökning fördelas jämt mellan leverantör, privat- och våra kunder i offentlig sektor.

För att ni som leverantör ska ha möjlighet till prisjustering utöver vad som regleras i ramavtalet krävs att ni kan visa vad de ökade kostnaderna grundar sig på, samt vilken påverkan de har på produktens kostnad. För att vi ska kunna ta ställning till era önskemål om prisjustering behöver ni därför inkomma med följande underlag:

1. En kalkyl avseende det i anbudet lämnade priserna där era kostnader bryts ned i detalj på produktnivå - samt vad som påtvingat er önskan om reglering och hur mycket den påverkar de olika kostnadsposterna.
2. Kostnadsökningar behöver verifieras genom hänvisning till relevanta index, fakturor från tillverkare eller dylikt som styrker kostnadsökningarna.
3. En uppskattning över hur kostnaderna kommer se ut framöver och hur länge omständigheterna som föranleder kostnadsökningarna förväntas kvarstå.
4. En fördelning över hur stor andel av kostnadsökningen som ni lägger på offentlig sektor, privat sektor och som ni som leverantören bär själv.

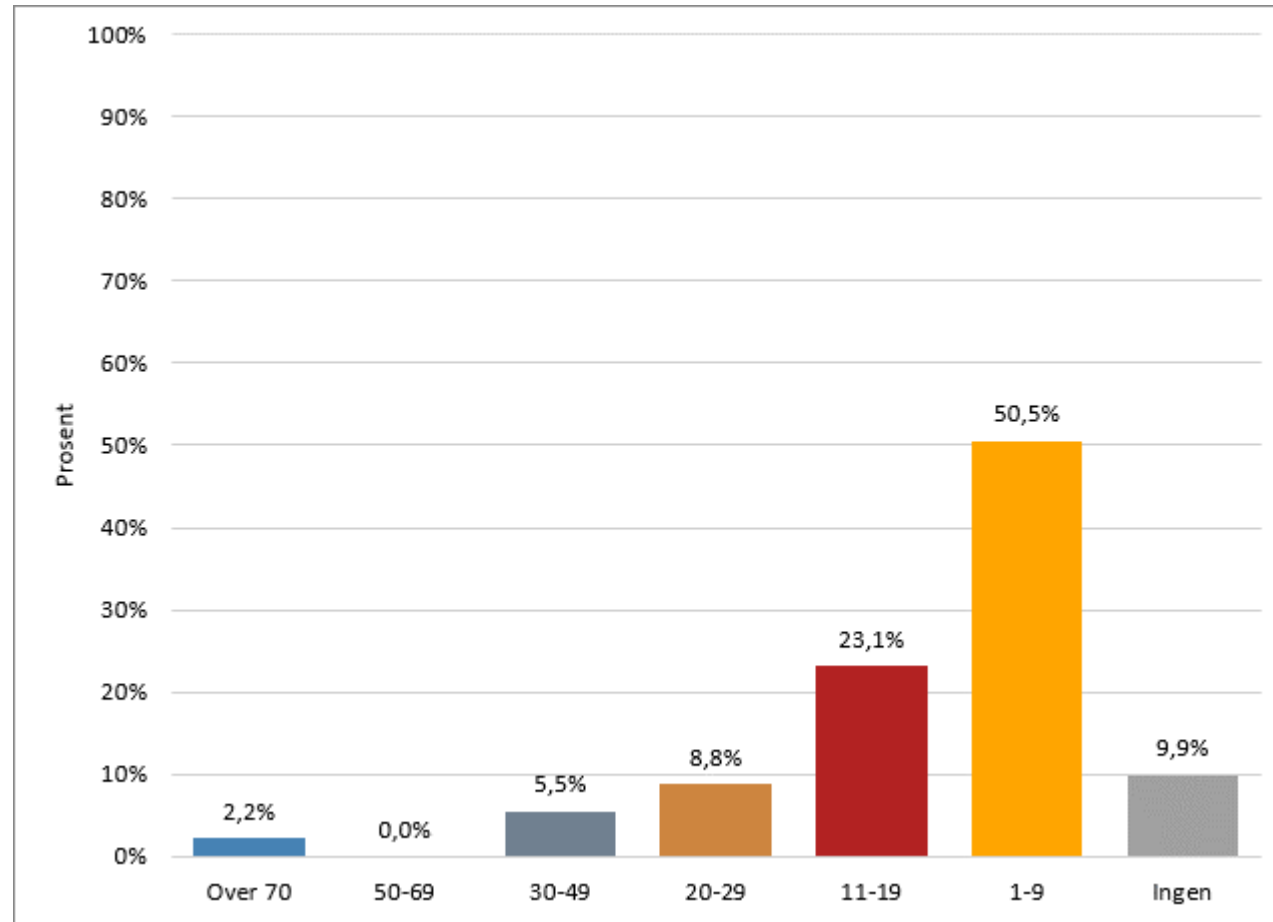
Undersøkelse fra KS

Følgende bransjer har sendt inn henvendelser om ekstraordinære prisjusteringer til våre medlemskommuner i KSI:



Kommunene ivaretar kommuneøkonomien, men forstår næringslivets endrede vilkår - KS

Undersøkelse fra KS



Undersøkelse fra KS

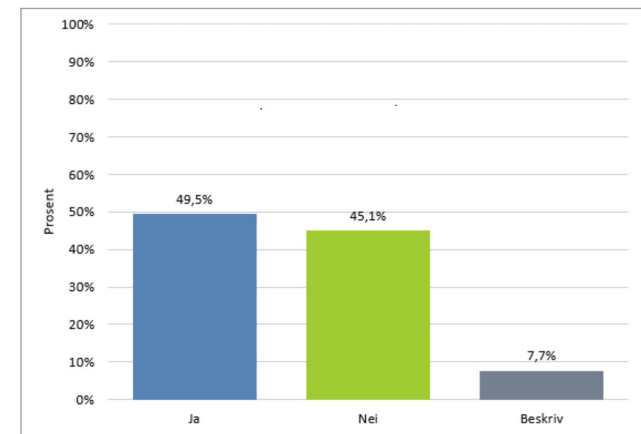
Har kommunene godtatt henvendelsene?

Analysen viser at 54 prosent av respondentene *ikke* har godkjent *noen* av de forespørslene de har mottatt.

På den andre side, har 13 prosent av respondentene godkjent *alle* henvendelser de har mottatt.

54 prosent av henvendelsene som er mottatt, er ikke hjemlet i kontrakten.

Likevel svarer 41 prosent av alle respondentene at de henvendelser de har godkjent, faktisk er hjemlet i kontrakt.



Bilde 2: Vurderer deres kommune å endre til mer fleksible prisjusteringsklausuler i nye kontrakter fremover?

Eksempler på mer fleksible prisingsmekanismer

- **Statens innkjøpscenter**
 - Leverandørene er gitt en mulighet til å si opp fellesavtalen uten begrunnelse med 6 måneders varslingsfrist
 - Bruk av påslagsprosent
 - Bruk av rabatter
 - Ved svingninger i forholdet mellom EUR og NOK utover 5 % kan 60 % av prisene på berørte produkter endres tilsvarende

Takk for oss!

Advokat, partner Karen Anne Rekkedal

E-post: k.rekkedal@selmer.no

Mobil: 917 75 654

Advokatfullmektig Shagha Yousefi

E-post: s.yousefi@selmer.no

Mobil: 994 89 522