



DET KONGELIGE FORNYINGS-  
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Østfold kommunerevisjon IKS  
Postboks 24  
1662 ROLVSØY  
Att. Torbjørn Østby

Deres referanse  
2009/332-5-20464/2009-EIGU

Vår referanse  
200900581-/CPM

Dato  
25. august 2009

### **Bruk av CM-kontrakter i forhold til anskaffelsesregelverket**

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) viser til brev fra Østfold kommunerevisjon IKS av 19. februar 2009. I brevet ber Østfold kommunerevisjon IKS om en generell vurdering av forholdet mellom bruk av såkalte CM-entrepriser (Contract Managing entrepriser) og lov om offentlige anskaffelser. Østfold kommunerevisjon IKS ber også om en konkret vurdering av vedlagte CM-kontrakter inngått av Sarpsborg kommune.

Østfold kommunerevisjon IKS opplyser med henvisning til juridisk litteratur<sup>1</sup> at en CM-entreprise består i at CM-entreprenøren påtar seg å utføre tekniske og administrative tjenester for byggherren; CM-entreprenøren administrerer hele byggeprosjektet for byggherren. Dette innebærer at CM-entreprenøren inngår kontrakter om prosjektering og entreprise på vegne av byggherren. I gjennomføringsfasen er det CM-entreprenøren som kontrollerer fremdriften i prosjektet. En CM-entreprenør blir også kalt "totalentreprenør uten økonomisk risiko".

Som FAD har forstått henvendelsen, benytter Sarpsborg kommune i de konkrete kontraktene en modell, der CM-entreprenøren har det samlede ansvaret for gjennomføring av entrepriseoppdraget. Det er CM-entreprenøren som i eget navn inngår kontrakter med de forskjellige entreprenørene mv, men vederlaget til disse entreprenører refunderes etterfølgende av byggherren (dvs. kommunen). Byggherren har fullt innsyn i alle faser av prosjektet.

---

<sup>1</sup> Ola Lædre, Valg av kontraktstrategi i bygg- og anleggsprosjekt, doktoravhandling ved NTNU 2006:140 og Hans Cappelen, Byggherren og kontraktene; kontraktsinngåelse for bygg og anlegg, 2001.

FAD skal innledningsvis bemerke at det er domstolen og ikke departementet som har den rettslige kompetansen til å tolke lov og forskrift med bindende virkning, og at departementet ikke har mulighet til å gi konkret juridisk veiledning i enkeltsaker. FAD kan derfor heller ikke gi en konkret vurdering av Sarpsborgs kommunes CM-kontrakter.

I lys av at spørsmålet om bruk av CM-entrepriser reiser generelle anskaffelsesrettslige problemstillinger, vil FAD likevel bemerke følgende:

Som FAD forstår Østfold kommunerevisjon IKS' beskrivelse har en CM-entreprise, der CM-entreprenøren har det samlede ansvaret, likhetstrekk med både totalentreprise/generalentreprise og byggherrerådgivning. I det følgende redegjøres derfor også kort for anskaffelsesregelverket ved bruk av henholdsvis totalentreprise/generalentreprise og byggherrerådgivning.

### **Anskaffelsesregelverket ved bruk av totalentreprise/generalentreprise**

Ved totalentreprise står totalentreprenøren både for prosjektering og utførelse av bygg- og anleggsarbeidet. Det er mulig å ha flere sidestilte totalentreprenører, for eksempel én for hver av de forskjellige tekniske fag. Byggherren kan også velge å inngå kontrakt bare med én totalentreprenør. I så fall blir totalentreprenøren også generalentreprenør og har da alle andre som deltar i prosjektering og utførelse som underentreprenører.

Underentreprenørene påtar seg utførelsen av en del av totalentreprenørens kontraktforpliktelser overfor byggherren. Totalentreprenørens kontraktsansvar overfor byggherren endres imidlertid ikke ved bruk av slike underentreprenører. Byggherren kan altså ikke gjøre kontraktansvar gjeldende overfor underentreprenørene, men må alene forholde seg til totalentreprenøren. Tilsvarende skal underentreprenørene alene forholde seg til totalentreprenøren.

Offentlige byggherrers valg av totalentreprenør må skje i overensstemmelse med reglene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Dette innebærer blant annet at en totalentreprisekontrakt må utlyses når den overstiger terskelverdiene.

Når en totalentreprenør leverer inn tilbud til byggherren, gjelder dette en "samlet pakke" for prosjektering og utførelse til en total pris, dvs. inklusive de arbeider som skal utføres av underentreprenører. Totalentreprenøren må derfor ta høyde for utgifter til underentreprenørene i sitt tilbud/sin pris, og det er totalentreprenøren som bærer risikoen for disse utgiftene. Blir utgiftene til underentreprenører høyere enn forventet, for eksempel fordi en underentreprenør går konkurs og skal erstattes av en ny underentreprenør, påvirker dette ikke prisen som den offentlige byggherren skal betale.

Når det gjelder de kontraktene som totalentreprenøren inngår med sine underentreprenører, er disse i utgangspunktet ikke omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette betyr at totalentreprenøren i utgangspunktet står fritt til å velge sine egne

underentreprenører og at den offentlige byggherren ikke har noen innflytelse med hensyn til hvilke underentreprenører totalentreprenøren inngår kontrakt med.

Det finnes likevel noen bestemmelser i anskaffelsesregelverket som gjelder i forhold til underleverandører, blant annet bestemmelsene om opplysninger om underleverandører i § 17-1 (2) bokstav h<sup>2</sup>, om skatteattester i § 3-3 (4)<sup>3</sup> og om normale lønns- og arbeidsvilkår i § 5 i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter<sup>4</sup>. Disse bestemmelsene endrer imidlertid ikke ved at det utelukkende er totalentreprenøren som har kontraktsansvar overfor den offentlige byggherren.

### **Om anskaffelsesregelverket ved bruk av byggherrerådgivning**

I forbindelse med et byggeprosjekt engasjerer byggherren typisk en eller flere byggherrerådgivere. Slike rådgivere kan for eksempel bistå med utarbeidelse av konkurransemateriale, prosjektledelse, byggeledelse mv. Når byggherren inngår slike rådgivningskontrakter skal dette skje i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket.

Som FAD forstår henvendelsen fra Østfold kommunerevisjon IKS ligner en CM-entreprisen på byggherrerådgivning: Som beskrevet ovenfor administrerer CM-entreprenøren hele byggeprosjektet for byggherren. CM-entreprenøren får også fullmakt av byggherren til å gjennomføre anskaffelsesprosessen og inngå kontrakter med entreprenører, prosjektledere, m.fl. i byggherrens navn og for dennes regning.

Også valg av en CM-entreprenør i et slikt tilfelle må skje etter reglene om offentlige anskaffelser. Dette er uttrykkelig slått fast i EF-domstolens avgjørelse av 20. oktober 2005 i sak C-264/03 (premiss 53-55):

*”I medfør af [fransk lovgivning] kan byggherren betro fuldmægtigen en række opgaver, der indebærer repræsentationsfunktioner. Dette gælder bl.a. for så vidt angår undertegning af projektledelsesaftalen og entreprisaftalen, samt når fuldmægtigen udbetaler vederlag til tjenesteyderne og de valgte entreprenører.*

*Selv om fuldmægtigen – som generaladvokaten med rette har bemærket i punkt 41 i forslaget til afgørelse – måtte have fuldmagt til at underskrive projektledelsesaftaler og entreprisaftaler i byggherrens navn, har han ved udførelsen*

---

<sup>2</sup> Ifølge denne bestemmelsen kan byggherren kreve at totalentreprenøren i sitt tilbud opplyser hvor stor en del av kontrakten som eventuelt skal tildeles underleverandører, samt hvilke underleverandører totalentreprenøren foreslår.

<sup>3</sup> Ifølge denne bestemmelsen skal totalentreprenøren kreve skatteattest i alle underliggende entrepriserforhold ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til det offentlige bygge- og anleggsarbeid, som overstiger en verdi på 100.000 kroner ekskl. mva. Har en underentreprenør ikke oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter og avgifter, kan byggherren kreve at underentreprenøren erstattes.

<sup>4</sup> Etter denne bestemmelsen skal oppdragsgivere i sine kontrakter stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

*af disse handlinger ikke tilstrækkelig selvbestemmelse til, at han kan anses for at have fået overdraget offentlig myndighed. Ifølge artikel 2 i lov nr. 85-704 bestrider byggherren som hovedansvarlig for arbejdet et hverv i almenhedens interesse, som han ikke kan nedlægge. Endvidere kan fuldmægtigen kun handle efter byggherrens godkendelse. Hvad angår udbetaling af vederlag til tjenesteyderne og entreprenørerne sikres finansieringen heraf af byggherren, hvorfor fuldmægtigen heller ikke har noget råderum på dette område. Han skal blot udbetale midler, som han får godtgjort af byggherren.*

*Under sådanne omstændigheder er aftaler om fuldmagt til at optræde som offentlig byggherre, hvis genstand er opgaver, som indebærer repræsentationsfunktioner for byggherren, omfattet af artikel 9 og bilag I B til direktiv 92/50.”*

Når det gjelder de entreprisekontraktene som rådgiveren inngår på vegne av byggherren (i byggherrens navn og for dennes regning), vil byggherren både være den formelle og den reelle oppdragsgiver. Kontraktene blir inngått mellom byggherren og entreprenørene med CM-entreprenøren som ”formidler”. Det foreligger derfor utvilsomt en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom byggherre og entreprenører, og tildeling av slike kontrakter må derfor også skje i overensstemmelse med anskaffelsesreglene.

### **Om anskaffelsesregelverket ved bruk av CM-entrepriser, der CM-entreprenøren har det samlede ansvaret**

Som beskrevet innledningsvis er det også mulig å anvende en modell, der CM-entreprenøren har det samlede ansvaret for gjennomføring av entrepriseoppdraget. Etter denne modellen inngår CM-entreprenøren kontrakter med de forskjellige entreprenører, rådgivere, m.fl. (betegnes heretter samlet som ”underleverandører”) i eget navn. Vederlaget til underleverandører refunderes etterfølgende av byggherren.

Valg av CM-entreprenør må også i denne situasjon skje i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket.

Spørsmålet oppstår da om kontraktene CM-entreprenøren inngår med underleverandørene også blir omfattet av regelverket. Slike kontrakter inngås formelt sett mellom CM-entreprenører og underleverandørene. Byggherren derimot er ikke formell kontraktspart i forhold til underleverandørene.

Forholdet mellom partene i en CM-entreprise ligner på noen punkter forholdet mellom totalentreprenøren, underentreprenøren og byggherren i en totalentreprise. I motsetning til ved en totalentreprise vil imidlertid ikke CM-entreprenøren gi tilbud på en ”samlet pakke” til en samlet pris. CM-entreprenøren vil derimot løpende inngå kontrakter med underleverandører, og utgiftene til dette vil etterfølgende bli dekket fullt ut av byggherren. CM-entreprenøren må altså ikke i sitt tilbud ta høyde for utgiftene til underleverandører, og han bærer ikke risikoen for disse.

At byggherren ikke er formell kontraktspart er et argument som taler for at det ikke foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt som omfattes av anskaffelsesregelverket. Etter FADs vurdering må en imidlertid også se på hvem som reelt er oppdragsgiver.

FAD viser i denne forbindelsen til definisjonen av en bygg- og anleggskontrakt i anskaffelsesforskriftens § 4-1 bokstav c). Definisjonen her lyder:

*”kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver.” [FADs uthevelse.]*

Definisjonen siste ledd om ”utførelse på en hvilken som helst måte” har til formål å sikre at alle offentlige bygg- og anleggsarbeider som oppføres svarende til de krav og behov som er fastsatt av den offentlige byggherren blir omfattet av anskaffelsesregelverket. Ifølge Dragsten og Lindalen<sup>5</sup> er definisjonen på bygg- og anleggsarbeider vid, og denne formuleringen betyr at bestemmelsen også omfatter ”forskjellige former for kontrakter der oppdragsgiver også lar leverandøren utføre andre oppgaver i forbindelse med utførelsen av bygge- og anleggsarbeider. Eksempler på slike oppgaver er finansiering, kjøp av byggegrunn, prosjekteringsarbeid mv. Det foreligger dermed en bygge- og anleggskontrakt selv om oppdragsgiver overlater hele gjennomføringen fra finansiering til oppføring til leverandøren.”

I den danske veilederen til anskaffelsesdirektivene står følgende om utførelse av et bygg- og anleggsarbeid på en hvilken som helst måte, s. 51-52:

*”Udførelse ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde tager fx sigte på situationer, hvor der ikke indgås almindelige entreprisekontrakter mellem bygherren og entreprenøren, men i stedet indgås aftaler om entreprenørøpført skræddersyet byggeri eller sale-and-lease-back aftaler. Karakteristisk for et skræddersyet byggeri er, at en privat virksomhed overtager bygherrerollen til et byggeri med offentligt formål fra den ordregivende myndighed.*

Den danske veilederen finnes her:

<http://www.ks.dk/udbud/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006-pdf-format-2523-kb/>

I en CM-entreprise er det ingen tvil om at det er den offentlige byggherren som er ”slutmottager” av arbeidet. Bygg- og anleggsarbeidet blir utført etter byggherrens

---

<sup>5</sup> Marianne H Dragsten og Esther Lindalen, Offentlige anskaffelser, kommentarutgaven, s. 453.

spesifiseringer og behov. Videre er det den offentlige byggherren som har det reelle ansvaret for utgiftene til bygg- og anleggsarbeidet, idet han refunderer alle CM-entreprenørens utgifter til underleverandører. Dette taler for at kontraktene med underleverandørene bør omfattes av anskaffelsesregelverket.

Dersom byggherren har full innsyn i alle faser av prosjektet og kan instruere CM-entreprenøren underveis i prosjektet, herunder utøve innflytelse på eller har "vetorett" i forhold til hvilke underleverandører CM-entreprenøren inngår kontrakt med, vil dette være vektige elementer som trekker i retning av at underleverandørkontraktene skal tildeles i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket.

Det vil også være relevant å se på konkrete bestemmelser om den offentlige byggherrens rolle i kontraktene mellom CM-entreprenøren og underleverandørene. Hva skjer for eksempel dersom CM-entreprenøren går konkurs: Vil byggherren da kunne tre inn i kontrakten i stedet for CM-entreprenøren, og vil underleverandøren kunne gjøre krav gjeldende direkte mot byggherren? Og hva skjer dersom CM-entreprenøren misligholder CM-entreprisekontrakten overfor byggherren: Har da byggherren mulighet til å skifte ut CM-entreprenøren også med virkning for underleverandører? Dersom svaret på disse spørsmålene er ja, vil dette være en sterk indikasjon på at det faktisk foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt som blir omfattet av anskaffelsesregelverket.

Også alminnelige omgåelsesbetraktninger taler for at anskaffelsesregelverket bør finne anvendelse når CM-entreprenøren inngår kontrakter med underleverandører.

Ved en totalentreprise skal riktig nok ikke kontraktene med underentreprenørene konkurransesutsettes av totalentreprenøren. Slike kontrakter vil imidlertid indirekte være gjenstand for konkurranse gjennom totalentreprenørens tilbud til den offentlige byggherren. Totalentreprenøren vil da ta hensyn til at kontraktene med underentreprenøren skal bidra til at totalentreprenørens samlede tilbud blir best mulig i forhold til den offentlige byggherrens tildelingskriterier.

Dersom anskaffelsesregelverket ikke gjelder i forhold til CM-entreprenørens kontrakter med underleverandørene, vil slike kontrakter ikke på noen måte være gjenstand for konkurranse. CM-entreprenøren vil i så fall fritt kunne velge underleverandører uten hensyn til pris og kvalitet. Dette er ikke i overensstemmelse med formålet bak regelverket om å sikre mest mulig effektiv ressursbruk av offentlige midler.

I denne forbindelsen er også EF-domstolens avgjørelse av 12. juli 2001 i Scala-dommen, sak C-399/98, relevant. Saken gjaldt et kommunalt byggeprosjekt i Milano som bestod i restaurering og ombygning av Scala-teatret, ombygning av et kommunalt eiendomskompleks samt oppførelse av et nytt stort teater, Bicocca-teatret. Prosjektet var knyttet til et privat prosjekt om byplanmessig endring av området og en rekke ombygninger i denne forbindelse. Etter den regionale italienske lovgivning skulle grunneiere/private byggherrer for å oppnå byggetillatelse betale et bidrag til

kommunen til dennes utgifter til infra- og servicestruktur, for eksempel veier, kloakker, belysning, skoler, sportsanlegg mv. Grunneierne kunne imidlertid også velge selv å utføre arbeidene med etterfølgende reduksjon i bidraget som skal betales til kommunen, dersom arbeidene ble stilt vederlagsfritt til rådighet for kommunen.

I den konkrete saken inngikk kommunen kontrakt med grunneiere om å oppføre Bicocca-teatrets ytre skall. Grunneierne skulle selv sørge for at visse infrastrukturarbeider ble utført, med etterfølgende reduksjon i beløpet som skulle betales til kommunen. Spørsmålet som ble behandlet i saken var om det infrastrukturarbeidet som skulle utføres, var omfattet av anskaffelsesregelverket.

EF-domstolen uttalte først følgende om bygg- og anleggskontrakter og det avgjørende formålet med det tidligere bygg- og anleggsdirektiv (premiss 52 og 75 i dansk versjon):

*”Idet det er en betingelse for, at direktivet finder anvendelse, at der foreligger en »offentlig bygge- og anlægskontrakt«, skal artikel 1, litra a), fortolkes på en sådan måde, at dets effektive virkning sikres. Det er i den forbindelse vigtigt at bemærke, at direktivet, som det fremgår af dets præambel og anden og tiende betragtning, har til formål at fjerne begrænsningerne for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter med henblik på at åbne disse kontrakter for en effektiv konkurrence. Udviklingen af denne konkurrence nødvendiggør, som det er præciseret i tiende betragtning, offentliggørelse på fællesskabsplan af de udbudsbekendtgørelser, der vedrører de pågældende kontrakter.*

*[..] Det er således åbningen for konkurrencen inden for Fællesskabet ifølge de i direktivet fastsatte procedurer, der garanterer, at der ikke er risiko for, at de offentlige myndigheder udøver favoritisme. Den omstændighed, at de offentlige myndigheder ikke har mulighed for at vælge deres medkontrahent, kan derfor ikke i sig selv begrunde, at direktivet ikke anvendes, idet en sådan mulighed vil føre til, at udførelsen af et arbejde, som dette direktiv ellers ville have fundet anvendelse på, udelukkes fra konkurrencen inden for Fællesskabet.”*

Den innklagede i saken anførte at anskaffelsesregelverket ikke fikk anvendelse, fordi grunneierne ikke kunne anses som entreprenører i direktivets forstand, jf. det tidligere bygg- og anleggsdirektivs artikkel 1b. Domstolen mente imidlertid ikke at det hadde betydning, at grunneieren overlot arbeidet til tredjemann, da dette ikke kunne frata kommunen status som oppdragsgiver; kontrakten måtte uansett anses som et offentlig bygg- og anleggsarbeid. Domstolen uttalte videre (premiss 100):

*”Dette betyder ikke, at det, for at direktivet overholdes i tilfælde af udførelse af et infra- og servicestrukturarbejde, nødvendigvis er kommunalforvaltningen selv, der skal anvende de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåder med hensyn til indgåelse. Direktivets effektive virkning tilgodeses fuldt ud ligeså godt, hvis den nationale lovgivning gør det muligt for kommunalforvaltningen at forpligte den*

*grundejer, der er indehaver af tilladelsen, til, ved de aftaler den indgår med grundejeren, at udføre de aftalte arbejder under anvendelse af de i direktivet fastsatte fremgangsmåder, hvilket sker for at opfylde de forpligtelser, der påhviler kommunalforvaltningen i henhold til direktivet. I dette tilfælde skal grundejeren således i henhold til de med kommunen indgåede aftaler, der som modydelse for udførelsen af et offentligt infra- og servicestrukturarbejde fritager ham fra bidraget til infra- og servicestrukturudgifterne, anses for indehaver af en fuldmagt udstedt af kommunen til brug for dette arbejdes udførelse. En sådan mulighed for, at direktivets bestemmelser om offentliggørelse anvendes af andre personer end den ordregivende myndighed, er i øvrigt udtrykkeligt fastsat i direktivets artikel 3, stk. 4, i tilfælde af offentlige bygge- og anlægskoncessioner.”*

CM-entreprenøren kan – på samme måte som grunneieren i Scala-dommen – anses for å være innehaver av en fullmakt til å gjennomføre det offentlige bygg- og anleggsarbeid. Det er på denne bakgrunn FADs vurdering at den offentlige byggherren derfor må forplikte CM-entreprenøren i en slik modell til å følge anskaffelsesregelverket ved inngåelse av kontrakter med underleverandører.

Samlet sett er det således FADs vurdering at samtlige kontrakter som blir inngått i forbindelse med en CM-entreprisemodell som beskrevet, i utgangspunktet må være omfattet av anskaffelsesregelverket.

Skulle man i en konkret situasjon komme til at en kontrakt mellom en CM-entreprenør og en underleverandør ikke er omfattet av regelverket, kan bestemmelsen om offentlig subsidierte bygg- og anleggsarbeider være relevant. Forskrift om offentlige anskaffelser får nemlig anvendelse på visse private bygge- og anleggskontrakter, forutsatt at de er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent, jf. forskriftens § 1-2 (3). Dette gjelder kontrakter om anleggsarbeider som nevnt i forskriftens vedlegg 1, kategori 3 eller kontrakter som gjelder sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger til forvaltningsformål.

Med hilsen

Bente Hagelien (e.f.)  
fungerende avdelingsdirektør

Christina Paludan Melson  
rådgiver