

UTLÅTANDE AV BYGGSEKTORNS RÄTTSNÄMND 2010-06-21

BKK har efter framställan från [redacted], och [redacted] uppdragit åt Byggsektorns rättsnämnd att avge utlåtande i fråga nedan. Håkan Albrecht, Johan K Nilsson och Per Karlsson har utsetts till ledamöter i nämnden.

Bakgrund och ostridiga omständigheter

[redacted] har genom offentligt upphandlingsförfarande ingått ramavtal avseende ombyggnads-, anläggnings- och installationsarbeten med [redacted]. Kontraktshandlingarna består i kontrakt av den 28 december 2005, Administrativa föreskrifter av den 22 september 2005 samt anbud av den 18 november 2005. Av dessa handlingar framgår att AB 92/ABT 94 skall vara tillämpligt mellan parterna.

Enligt kontraktshandlingarna är [redacted] berättigad till entreprenörsarvode om 6 % på kostnaden för underentreprenör och 14 % på kostnaden för hjälpmedel.

I oktober 2008 har avropats markarbeten i enlighet med ramavtalets bestämmelser. För schaktarbetenas utförande har [redacted] anlitat utomstående företag som utfört arbeten med egna maskiner och förare.

[redacted] har gjort gällande att de anlitade maskinföretagens tjänster skall betraktas som ett hjälpmedel enligt avtalet mellan [redacted] och [redacted]. [redacted] har å sin sida gjort gällande att de anlitade maskinföretagens tjänster skall anses vara utförda av underentreprenör enligt avtalet mellan [redacted] och [redacted].

Frågan - som Rättsnämnden får förstå parterna - är om vad de anlitade maskinföretagen tillhandahållit till [redacted] är ett hjälpmedel eller om maskinföretagen utgör en underentreprenör till [redacted] i detta bolags avtalsförhållande med [redacted].

Rättsnämndens bedömning

Rättsnämnden konstaterar inledningsvis att parterna i den aktuella entreprenaden inte uttryckligen avtalat om att maskin med förare ska anses vara hjälpmedel eller underentreprenör.

Enligt Begreppsbestämningar i AB 92 och ABT 94 är hjälpmedel "anordningar som erfordras för entreprenadens utförande - exempelvis maskiner, redskap, ställningar, bodar, formvirke,

instrument – samt transporter”. Begreppet anordning i det allmänna språkbruket förknippas normalt med fysiska föremål men inte med att en fysisk person med redskap eller maskin utför något.

I avsnitt AFH i AF AMA 98 Administrativa föreskrifter för byggnads- anläggnings- och installationsentreprenader finns koder och rubriker för olika allmänna hjälpmedel. Utmärkande för allmänna hjälpmedel i AFH är att arbetsprestation normalt inte ingår när hjälpmedlet används i entreprenader. Exempel är bodar i AFH.2 och ställningar i AFH.6.

E... har framhållit att formuläret LR06 Ersättningsgrunder, som är framtagen av Sveriges Byggindustrier i samverkan med Vägverket, under rubriken Hjälpmedel har "Inhyrda maskiner med förare". Rättsnämnden konstaterar att LR06 eller tidigare förlagor till detta dokument inte är åberopade som avtalsvillkor i den aktuella entreprenaden. Dokumenten utgör heller inte i förevarande fall sådant handelsbruk eller sedvänja som anses bindande för parterna.

I maskin med förare ingår såväl arbetsprestation och hjälpmedel där arbetsprestationen utgör en icke oväsentlig del. Utan att parterna uttryckligen avtalat om det finner rättsnämnden därför att maskin med förare inte kan anses utgöra enbart hjälpmedel.

Enligt Begreppsbestämningar i AB 92/ABT94 är en underentreprenör den som inom arbetsområdet utför entreprenad åt entreprenören. Begreppet entreprenaden inbegriper både arbetsprestation och användande av hjälpmedel. Om någon annan än beställaren utför detta åt entreprenören är det - som frågeställningen är redovisad i begäran om utlåtande av Rättsnämnden - i den begreppsapparatur som AB 92/ABT 94 använder, en underentreprenad.

Mot bakgrund av ovan sagda finner Rättsnämnden vid en samlad bedömning att maskinföretagen utgjort en underentreprenör till E... i detta bolags avtalsförhållande med B...

För arbetet med detta utlåtande begär nämnden ersättning med sextioåtusensjuhundra (62 700) kr jämte mervärdesskatt. Arvodet ska fördelas lika mellan Per Karlsson och Håkan Albrecht. Administrationsavgifter är sedan tidigare inbetalda till BKK.

Stockholm som ovan

Per Karlsson

Håkan Albrecht

Johan K Nilsson

(Skiljaktig, se sid 3-7)

Skiljaktig mening

Inledning

Nedan kompletteras majoritetens beskrivning av bakgrunden samt parternas respektive uppfattningar. För att detta avsnitt ska bli enklare att läsa upprepas delar av majoritetens recit. Därefter kompletteras majoritetens redovisning av innehållet i kontraktshandlingarna.

Vidare redogör jag för min bedömning och skälen för densamma. Slutligen redovisar jag några ytterligare synpunkter.

Bakgrund och parternas resp. uppfattningar

B. träffade efter en offentlig upphandling ett ramavtal avseende ombyggnads-, anläggnings- och installationsarbeten med E. Enligt kontraktshandlingarna skulle entreprenörarvudet vara sex procent på kostnader för underentreprenörer och fjorton procent på kostnader för hjälpmedel.

För att utföra schaktningsarbeten åt Landstingsservice anlitade E maskinföretagen X och Y. De resurser som dessa företag utförde arbeten med bestod av vardera en grävmaskin med förare.

E. anser att de anlitade maskinföretagens tjänster är hjälpmedel. B. anser att maskinföretagen utfört underentreprenader. Frågan är vilken uppfattning som är korrekt.

E. har som skäl för sin uppfattning, sammanfattningsvis, anfört följande.

- a) Maskinföretagen har inte upphandlats som underentreprenörer med ett självständigt ansvar för egna prestationer utan under former som närmast motsvarar ett hyresavtal. I de muntliga avtal som träffats med Maskinföretagen har således dessas åtaganden inskränkts till att avse att till E. förfogande ställa en grävmaskin med förare.
- b) All arbetsledning utövades av E. egen platsledning som lämnade dagliga anvisningar om vilket arbete som skulle utföras.
- c) Den ersättning som E. utgivit till maskinföretagen har endast omfattat ersättning för förarnas arbete och deras maskiner.

E. har vidare anfört att det av begreppsbestämningarna i AB 92 framgår att maskiner är hjälpmedel samt att det av SBEF:s formulär 15/86, Byggentreprenörernas formulär 15/95

samt Sveriges Byggindustriers formulär LR 06 - vilka samtliga avser ersättningsgrunder för arbeten på löpande räkning - framgår att maskiner med förare utgör hjälpmedel.

B har redogjort för innehållet i kontraktshandlingarna samt till stöd för sin uppfattning anført dels att det vid upphandlingen lagts stor vikt vid tolkning av hur hjälpmedel inkluderats, dels att ingen anbudsgivare reserverat sig mot innehållet i förfrågningsunderlaget. B har även upplyst bl.a. att maskinförarna arbetat som anläggningsarbetare när det inte funnits behov av grävmaskinerna samt att maskinföretagen för sådan arbetstid endast debiterat "gubblid".

Kontraktshandlingarna mm

Parterna har avtalat att både AB 92 och ABT 94 ska gälla. Nedan hänvisas endast till AB 92.

Mellan parterna är det ostridigt att ersättning ska utgå på löpande räkning. Vad som då ersätts anges i AB 92 kap 6 § 7 som lyder enligt följande.

"Enligt självkostnadsprincipen utgår ersättning för

- 1 kostnader för material och varor
- 2 kostnader för arbetsledning
- 3 kostnader för arbetare
- 4 kostnader för hjälpmedel
- 5 kostnader för underentreprenader
- 6 kostnader för försäkringar ...
- 7 kostnader i övrigt ...
- 8 entreprenörarvode ... beräknat som en i kontraktet angiven procent av kostnaderna enligt 1-7 ovan, ...
- 9 entreprenörarvode ... för arbete ... som tillhandahålls av beställaren".

Enligt kontraktet ska entreprenörarvodet uppgå till fjorton procent beräknat på entreprenörens "självkostnader för material, varor, arbetsledning hjälpmedel mm" samt till sex procent beräknat på entreprenörens självkostnader för underentreprenörer. Entreprenörarvodet är avsett att ersätta entreprenören för dennes kostnader för bl.a. centraladministration, räntor, vinst och risk.

Min bedömning

Majoritetens slutsats synes i allt väsentligt bygga på att definitionen av begreppet "entreprenaden" som återfinns i begreppsbestämningarna i AB 92 inbegriper både

arbetsprestation och hjälpmedel. Definitionen ifråga syftar emellertid till att ange vad som ingår i entreprenörens åtagande mot beställaren och alltså inte, såsom majoriteten måste anse, till att bestämma Innebörden i termen "entreprenad". Det kan tilläggas att begreppsbestämningarnas definitionen av "entreprenaden" även torde sakna relevans därför att begreppet saknas i AB 92 kap 6 § 7.

Begreppet "underentreprenad", vilket återfinns i AB 92 kap 6 § 7, definieras inte i AB 92.

Termen "entreprenad" används inom byggbranschen som beteckning på ett uppdrag att självständigt utföra visst arbete på en viss plats och med ett ansvar för slutresultatet av det slag som följer av reglerna i AB 92. Detta framgår exempelvis av Plan- och byggtermer, femte utgåvan, 1994, vilken utgivits av Tekniska Nomenklaturcentralen och är avsedd att fungera som samordningsinstrument för terminologin i byggbranschen. Beträffande termen "entreprenad" anges således i Plan- och byggtermer dels att termen betyder "åtagande att ... utföra visst arbete", men även att termen inte brukar användas för renodlat projekteringsarbete samt inte heller för arbete utfört av uppdragstagare. Med "uppdragstagare" avses, enligt Plan- och byggtermer, "person som utför arbete för annans räkning utan att anställningsförhållande föreligger".

Att det är typiskt för ett entreprenadavtal att en entreprenör självständigt och mot ersättning ska prestera visst resultat framgår även av Bertil Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, sid 86 där följande anges.

"I detta avsnitt skall behandlas den praktiskt viktiga avtalsform som avser uppförande eller ändring (reparation, ombyggnad) av byggnad eller annan anläggning på fast egendom (entreprenadavtal).

Avtalet går alltså ut på en arbetsprestation. I motsats till vid tjänsteavtalet är emellertid den som skall utföra arbetet (entreprenören) inte anställd hos uppdragsgivaren (här kallad beställaren). Han uppbär inte lön för arbete viss tid hos arbetsgivaren, utan skall mot vederlag prestera visst resultat - t.ex. uppföra ett hus. Han är inte liksom arbetstagaren underordnad den för vilket arbete utföres, och personligen beroende av denne, utan han arbetar som självständig företagare."

I detta ärende har inte framkommit annat än att aktuella maskinföretag ställde maskiner med förare till E 11 förfogande och att E 11 löpande instruerade förarna om vilket arbete som dessa skulle utföra.

Det finns i ärendet inga omständigheter som talar för att avtalen mellan E 11 och maskinföretagen ska betraktas som "entreprenadavtal", E 11, kostnader för anlitandet

av maskinföretagen kan alltså inte betraktas som kostnader för, såsom det anges i kontraktet, "underentreprenörer" eller, såsom det anges i AB 92 kap 6 § 7, "underentreprenader".

Enligt begreppsbestämningarna i AB 92 utgörs "hjälpmedel" av "anordningar som erfordras för entreprenadens utförande – exempelvis maskiner, redskap, ställningar, bodar, formvirke, instrument – samt transporter".

Maskiner utgör tveklöst hjälpmedel. Däremot framgår inte av begreppsbestämningarna om maskiner inklusive förare ska betraktas som hjälpmedel eller om kostnader för förare ska anses vara en annan typ kostnad.

Frågan som parterna har ställt är dock om maskiner inklusive förare är att betrakta som underentreprenad eller hjälpmedel. Det finns således inte utrymme för en bedömning enligt vilken kostnaden för själva maskinen ska vara hjälpmedel samt kostnaden för föraren hänförs till någon annan punkt i AB 92 kap 6 § 7. Det är tydligt att det inte föreligger någon underentreprenad samt att i vart fall själva maskinerna är hjälpmedel. Redan detta medför att det i just detta ärende inte går komma till annan slutsats än att maskiner med förare ska anses utgöra hjälpmedel.

Min bedömning är således att ~~de~~ kostnader för maskiner och förare utgör kostnader för hjälpmedel

Ytterligare synpunkter

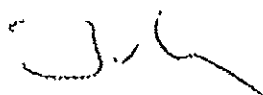
Majoritetens bedömning att det föreligger en "underentreprenad" därför att föraren av maskinen utför en arbetsprestation, får bl.a. till konsekvens att då en entreprenör av ett bemanningsföretag hyr in yrkesarbetare per timme, så ska bemanningsföretaget anses utföra "entreprenad" åt entreprenören och betraktas som "underentreprenör". Detta synsätt är naturligtvis orimligt. Det kan därför även noteras att jag – om jag skulle ha ansett det föreligga någon oklarhet samt därmed en teoretiskt möjligt att betrakta nu aktuella kostnader som inte bara kostnader för hjälpmedel utan även som kostnader för underentreprenader – torde ha kommit till slutsatsen att kostnaderna avser hjälpmedel. Skälen är bl.a. följande.

- a) Det är ~~B~~ som har utformat kontraktet och i detta, med avsteg från reglerna i AB 92, stipulerat olika entreprenörarvode för underentreprenader och hjälpmedel. ~~B~~ bör bära risken för otydligheter som dess kontraktsutformning har medfört (jfr. AB 92 kap 1 § 3 samt ABT 04 kap 1 § 4).

b) Motivet till att ha olika nivåer på entreprenörarvode för underentreprenader och hjälpmedel kan inte vara annat än att huvudentreprenörens egna kostnader och risker - i jämförelse med vad som gäller för hjälpmedel - är mindre för underentreprenörer vilka anlitas för att självständigt utföra arbete med egen arbetsledning samt ett ansvar baserat på reglerna i AB 92. Beträffande kostnader för företag som, i likhet med maskinföretagen som E har anlitat, tillhandahåller maskiner med förare samt utför sitt arbete under förhållande som liknar rena hyresavtal, saknas däremot skäl att ge ett lägre arvode än för övriga kostnader.

Vidare bör uppmärksammas att om parterna inte hade ställt en "antingen-eller-fråga", så hade det varit möjligt att komma till en slutsats enligt vilken kostnader maskiner med förare delas upp i en maskindel som är hjälpmedel samt en uppdragstagarandel som enligt AB 92 kap 6 § 7 torde få betraktas som arbetare. En sådan ordning skulle dock vara mycket opraktisk och redan detta talar starkt emot densamma. Principen bör i stället vara att om maskinen/hjälpmedlet, såsom i detta fall, är det huvudsakliga, så ska samtliga kostnader som erfordras för att nyttja hjälpmedlet betraktas som kostnad för hjälpmedel. I kostnaden bör således, förutom förare, ingå kostnader för bränsle, transport, ev. underhåll, reservdelar, rengöring mm. En sådan princip vinner även stöd av de formulär som E har åberopat; låt vara att det i detta ärende inte framkommit att eller utretts om formulären i sig är uttryck för handelsbruk eller sedvänja som måste anses bindande för parterna

Avslutningsvis, eftersom arbetet i rättsnämnden har utförts inom ramen för min ordinarie anställning avstår jag från arvode.



Johan K Nilsson

