

PROSJEKTERINGSRISIKOEN

Årsmøte Norsk Forening for Bygge-
og Entrepriserett, 12. april 2012

Ph.d. Herman Bruserud

Herman Bruserud



- » Cand. jur. 2002 (UiO), Ph.d. 2010 (UiO)
- » I Advokatfirmaet Haavind AS 2002 – 2004
- » Stipendiat ved IfP 2004 – 2008
- » I Kluge Advokatfirma DA 2008 – 2011
- » Lovavdelingen, JD 2011 – 2012
- » Førsteamanuensis ved IfP fra august 2012

Dagens tema:

PROSJEKTERINGSRISIKOEN

- Hva er PROSJEKTERINGSRISIKO?
- Tiltransport av PROSJEKTERENDE
- Overføring av risiko for utført PROSJEKTERING
- Tiltransport av TOTALENTREPRENØR

Hva er PROSJEKTERINGSRISIKO?

- Det helt grunnleggende: Prosjektering er en av innsatsfaktorene frem mot det endelige og forutsatte resultatet



Hva er PROSJEKTERINGSRISIKO?

- Noen grunnleggende utgangspunkter (forts.)
 - Risikoen for svikt i entrepriseprojekter følger i utgangspunktet funksjonsfordelingen
 - Det avgjørende spørsmålet er normalt hvor årsaken til svikten ligger
 - Ved en svikt er ikke spørsmålet (nødvendigvis) løst ved å vise til at det foreligger en «prosjekteringssvikt» - det er en rekke konklusjoner som ligger innbakt i en slik konklusjon, ev. ikke er tatt stilling til

Hva er PROSJEKTERINGSRISIKO?

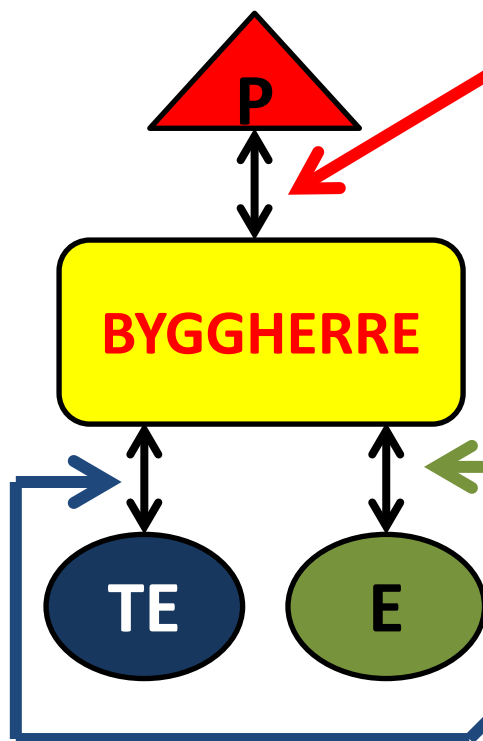
Kan bety så mangt

Pragmatisk innfallsvinkel: Hvilke kontraktsrettslige konsekvenser har **prosjekteringssvikt** (eller **annen svikt** som kan tilbakeføres til prosjekteringen)?



Hva er PROSJEKTERINGSRISIKO?

- "Risiko" som et funksjonelt begrep – egentlig bare et navn på resultatet (avhengig av ståsted og involverte parter)



- ✓ Svikt innenfor Ps prosjekteringsansvarsområde?
- ✓ JA: Kontraktsbruddssanksjoner (utbedring/erstatning)
- ✓ NEI: Endringer – fremdrifts- og vederlagsjustering
- ✓ Svikt innenfor Es begrensede prosjekteringsansvarsområde?
- ✓ JA: Kontraktsbruddssanksjoner (utbedring/prisavslag/erstatning/dagmulkt)
- ✓ NEI: Endringer – fremdrifts- og vederlagsjustering
- ✓ Svikt innenfor TEs prosjekteringsansvarsområde?
- ✓ JA: Kontraktsbruddssanksjoner (utbedring/prisavslag/erstatning/dagmulkt)
- ✓ NEI: Endringer – fremdrifts- og vederlagsjustering

Hva er **PROSJEKTERING**SRISIKO?

- Ikke uttrykkelig definert verken i NS 8401, NS 8402, NS 3430, NS 3431, NS 8405, NS 8406 eller NS 8407
 - ...men i noen grad indirekte

Byggherrens plikter etter NS 8405 pkt. 19.2 og NS 8406 pkt. 18.1 bokstav a:

«... tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige og egnet som grunnlag for utførelsen av kontraktsarbeidet»

Hva er **PROSJEKTERING**SRISIKO?

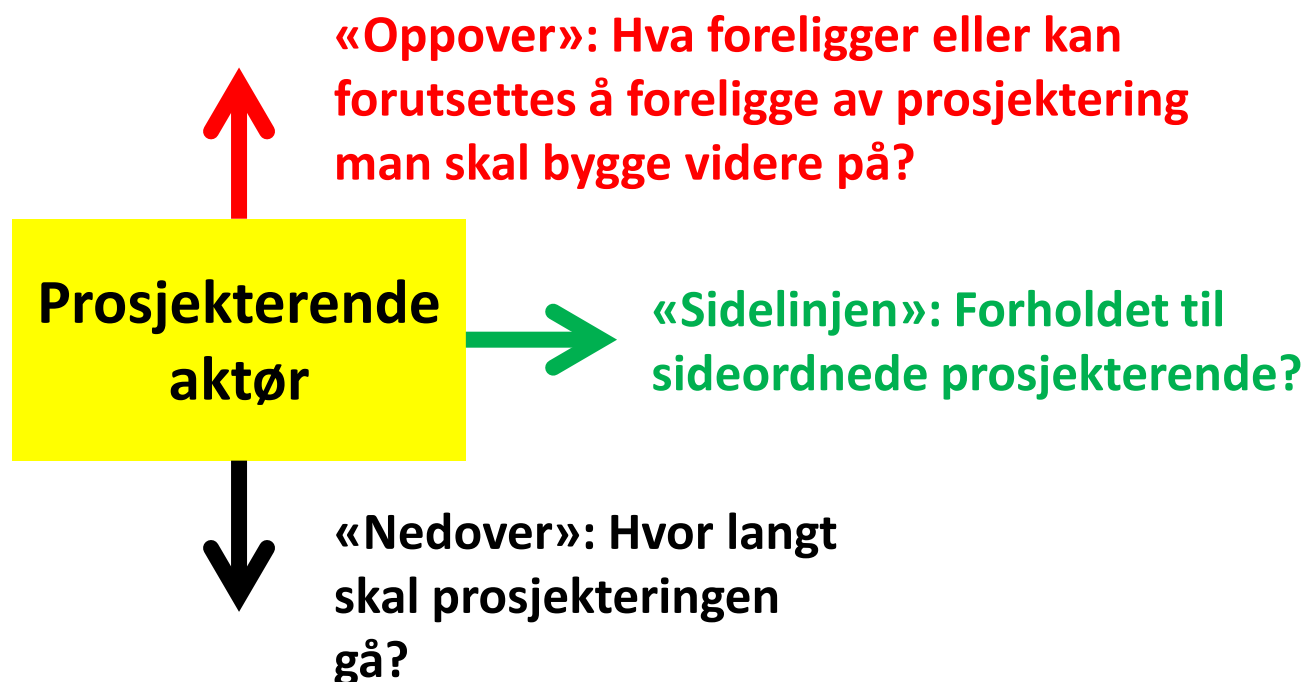
«PROSJEKTERING – Utarbeidelse av løsninger som grunnlag for utførelsen. Det kan være tegningsmateriale, statiske beregninger, beskrivelser, geotekniske rapporter o.l.» (www.byggesak.com)

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Ikke nødvendig med en helt nøyaktig *generell* presisering av hva prosjektering *er* – det viktige er å plassere de ulike *oppgavene* / *beslutningene* på *riktig sted* (funksjonsfordeling)
- Det vil – i realiteten – aldri være slik at alt som kan omfattes av et vidtgående prosjekteringsbegrep vil tilligge *én aktør* (prosjekterende, byggherre eller (total)entreprenør) – det vil fremstå som et (*potensielt*) *grensesnittsspørsmål* mellom de ulike aktørene

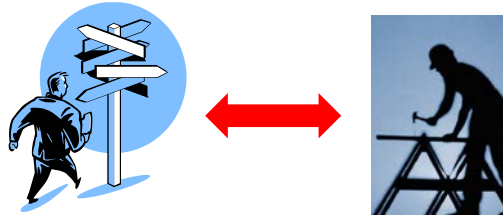
Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Nærmere om rammene for den enkelte prosjekterende aktør – grensesnitt mulig i – i hvert fall – tre relasjoner

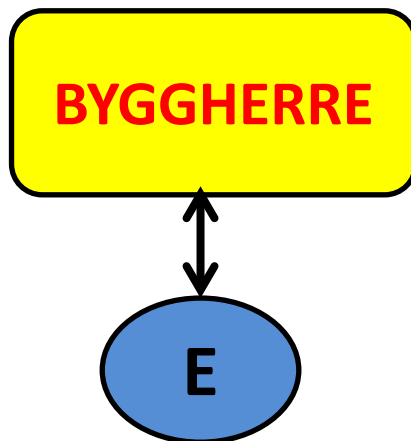


Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Hvor langt skal prosjekteringen gå?
 - Grensesnitt mellom prosjektering og utførelse



- Forutsetningsvis: Nødvendig og tilstrekkelig for utførelsen ("beskrivelsesnivå")



- ✓ Sedvanlig beskrivelsesnivå – hvilke beslutninger overlates normalt til den utførende?
- ✓ Kontrakten (selvfølgelig)
 - ✓ Prosjektering uttrykkelig pålagt E
 - ✓ Funksjonsbeskrivelse

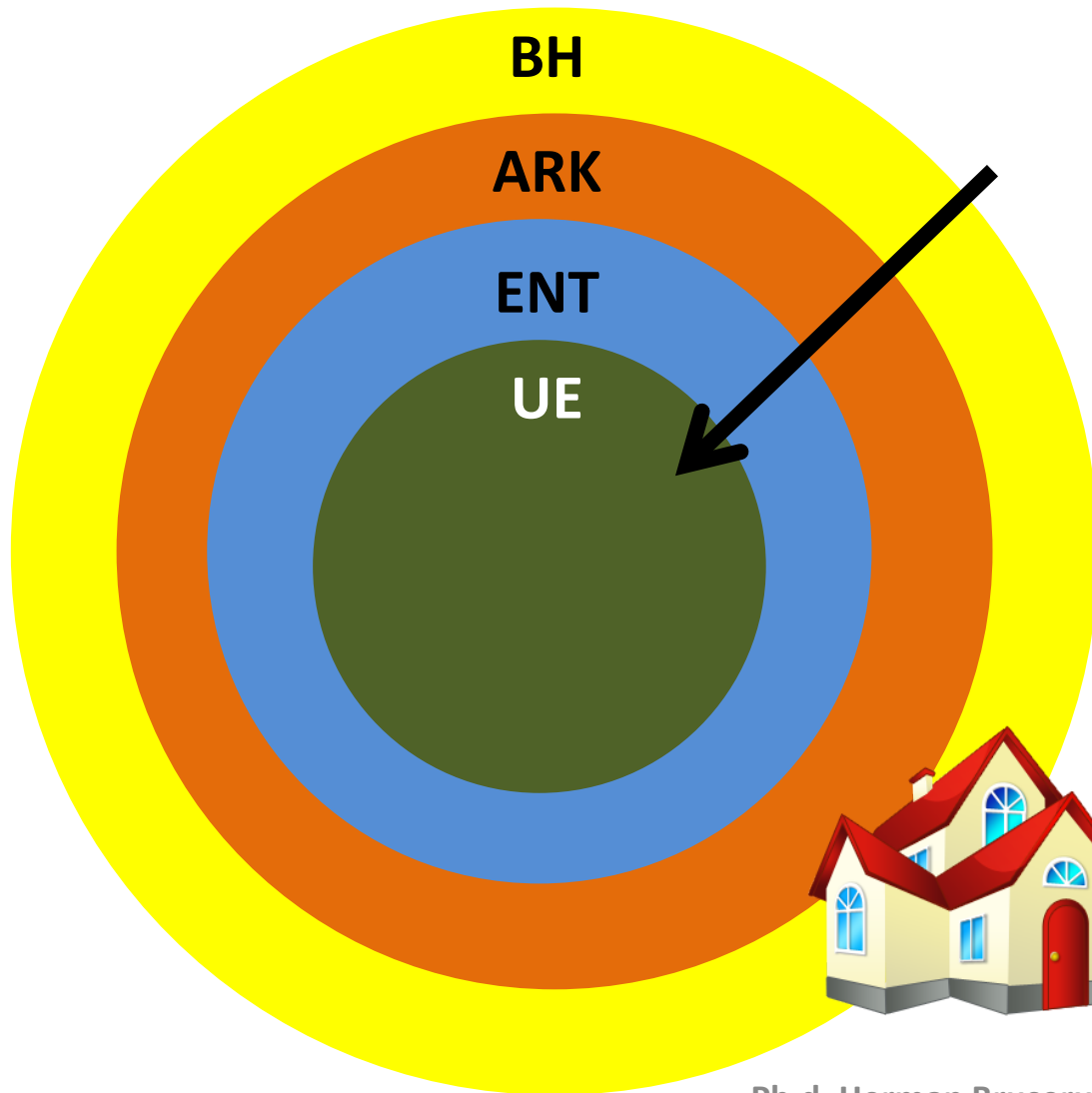
Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Nedadgående grensesnitt kan også være et spørsmål i andre relasjoner enn i forholdet BH – utførende entreprenør
- Kontrakten kan uttrykkelig definere et prosjekteringsnivå som kan gi mer eller mindre klare føringer for hvor langt prosjekteringen skal gjennomføres
 - F.eks. at ARK skal gjennomføre prosjektering frem til rammesøknad
- Byggeforetakets totale kontraktuelle struktur

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Oppadgående grensesnitt: I noen grad et speilbilde av det nedadgående grensesnittet, men ikke fullt ut
- Et spørsmål er hvilket *minimumsnivå* prosjekteringen som aktøren skal bygge på må forventes å være – speilbildebetraktninger
- Men like praktisk er spørsmålet hvordan man skal forholde seg til prosjektering som *går lenger enn minimumsnivået* – for eksempel (meget) detaljert beskrivelse fra BH overfor en TE
 - Den faktisk foretatte prosjekteringen fra BH blir definerende for TEs prosjekteringsplikter – «resten» (LA-2006-126227, LF-2006-19724)

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?



Beslutningsrommet blir
snevrere, jo lenger inn
man kommer

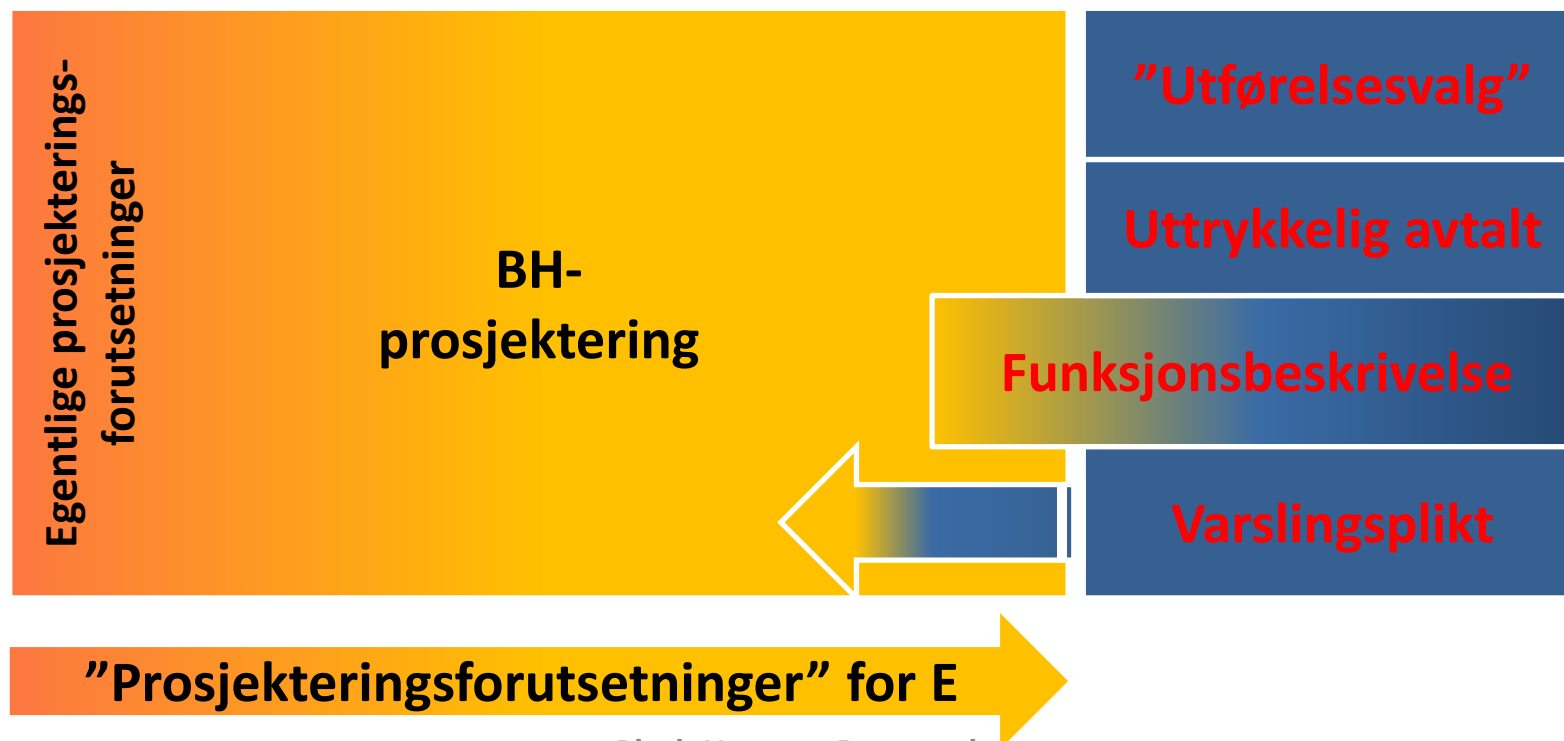


Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

UTFØRELSESENTREPRISE –
FORHOLDET **BYGGHERRE** – **ENTREPRENØR**

BYGGHERRENS RISIKOOMRÅDE

**ENTREPRENØRENS
RISIKOOMRÅDE**

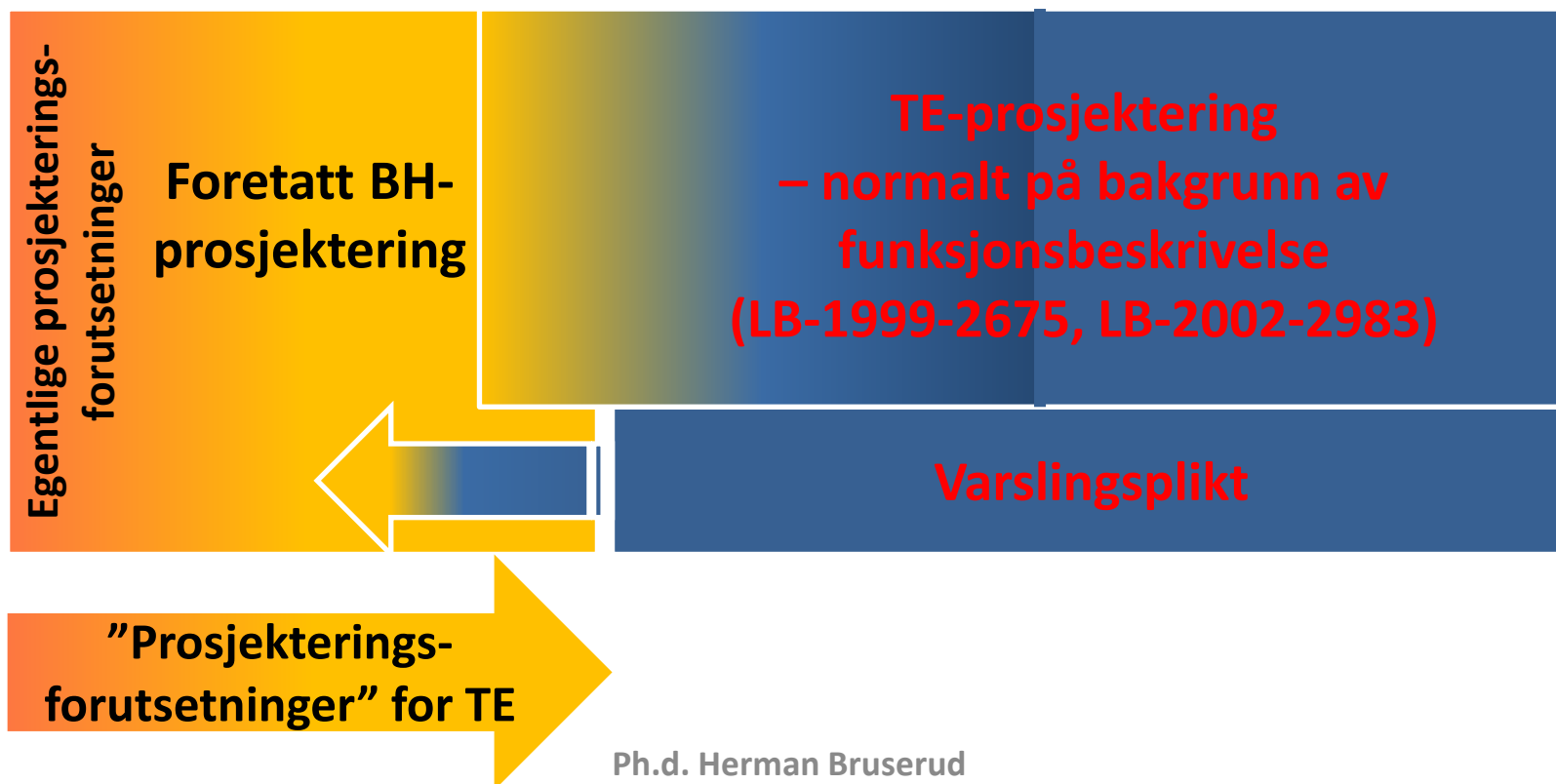


Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

TOTALENTREPRISE –
FORHOLDET **BYGGHERRE** – **TOTALENTREPRENØR**

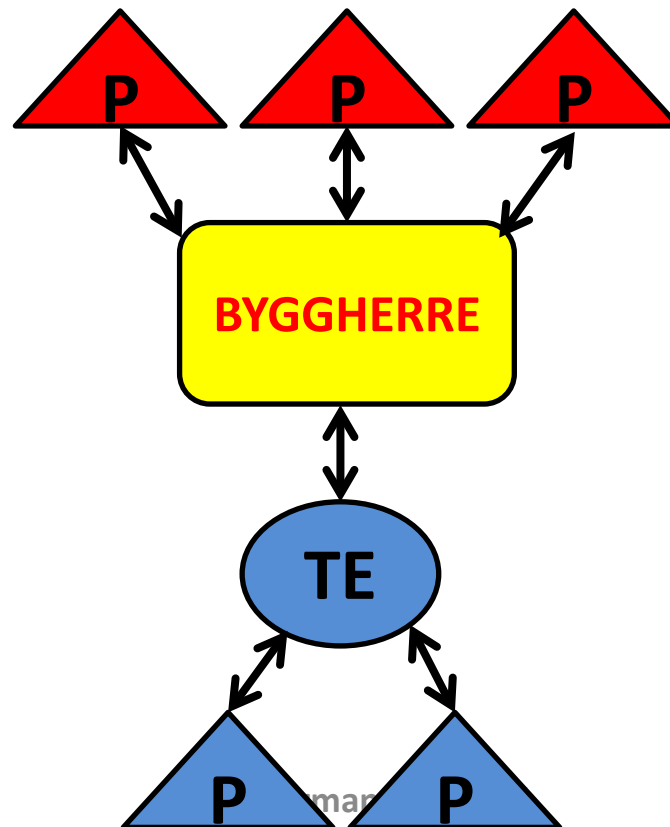
**BYGGHERRENS
RISIKOOMRÅDE**

**TOTALENTREPRENØRENS
RISIKOOMRÅDE**



Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Grensesnitt sideveis: Hvem forestår hvilke deler av prosjekteringen (de ulike «fagene»)?



Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Kontrakten vil ofte definere et prosjekteringsområde eller –fag som skal dekkes av aktøren
 - Ofte – i hvert fall i noen grad – knyttet til offentligrettslig ansvarsbelegging etter pbl.
 - Men vil ofte kunne være vanskelig å trekke helt klare grensesnitt, basert på den enkelte kontrakt alene
- Byggeforetakets totale kontraktuelle struktur
- Offentligrettslig ansvarsbelegging
- Sedvane

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Prosjekteringsplikten innhold – ”norminnholdet”

”Den prosjekterende skal dra omsorg for oppdragsgiverens interesser og utføre oppdraget i samsvar med kontrakten og god faglig standard, herunder i rimelig utstrekning vurdere og påpeke for oppdragsgiveren alternative løsninger på de spørsmål som behandles i de enkelte faser” (NS 8401 pkt. 7.4 (2))

”Det foreligger prosjekteringsfeil når oppdraget ikke er utført i samsvar med kontrakten og dette skyldes at kravet til faglig forsvarlig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt” (NS 8401 pkt. 13.1 (1))

 **Aktsomhets- eller innsatsforpliktelse**

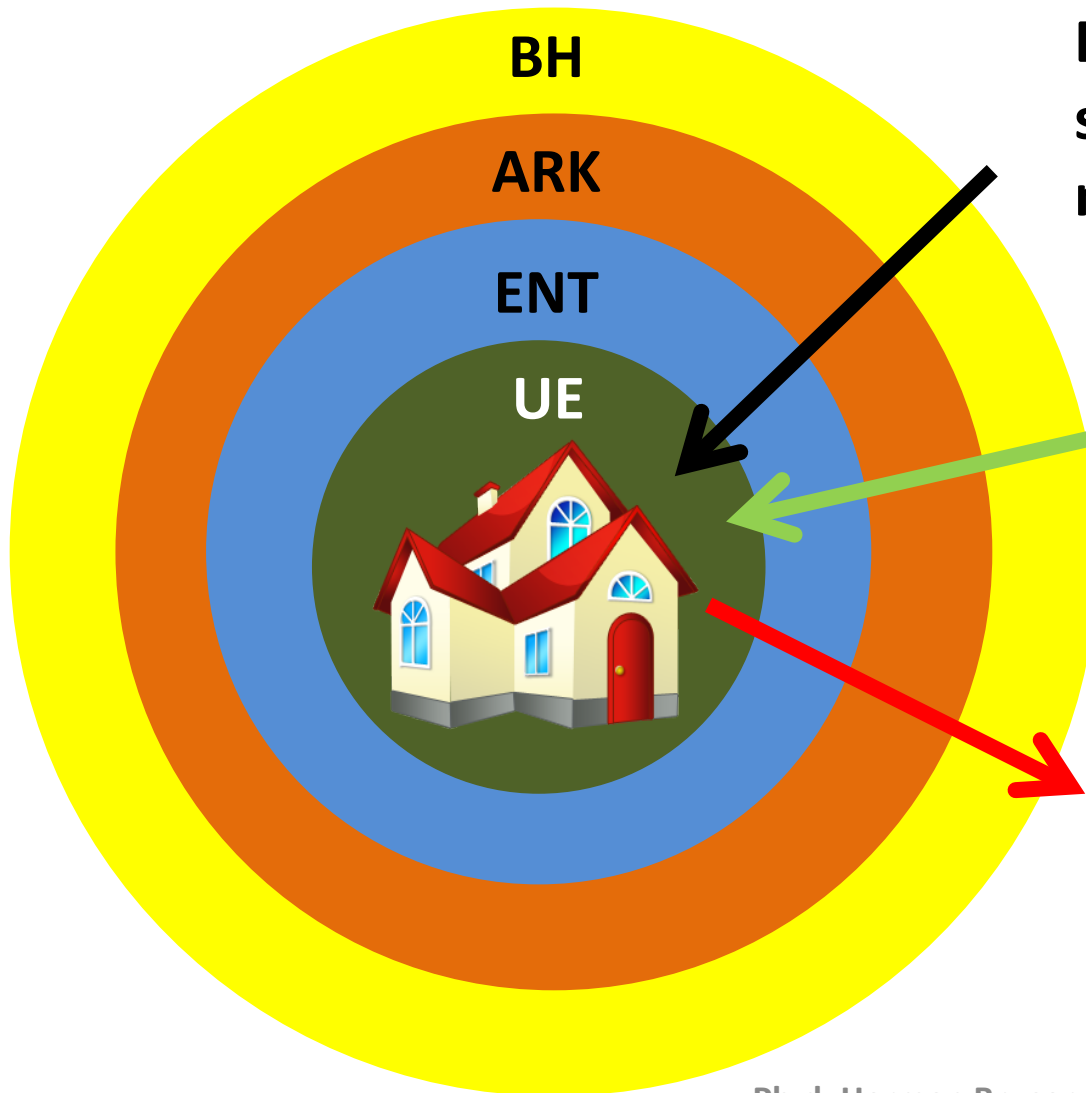
Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Viktige ”premisseleverandører” for den nærmere fastleggelse (LG-2004-77251, LB-1998-637, LE-2011-167783, LG-2009-159980)
 - Kontrakten – i den grad den sier noe om dette
 - Oppdragsgiverens (BH) formål, interesser, instruksjoner og kompetanse
 - Offentligrettslige krav til kvalitet og prosess
 - Faglighetsvurderinger – bransjenormer
- Informasjonsgrunnlaget for beslutninger
- Utviklingsrisikoen

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Vi har nå lagt de «ytre» (grensesnitt) og «indre» (aktsomhetsplikt) rammene for å plassere risikoen
- Regler om undersøkelses- og varslingsplikt modifierer disse utgangspunktene
- «Intervensjoner» gjennom instruksjon modifierer disse utgangspunktene

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?



Beslutningsrommet blir snevrere, jo lenger inn man kommer

«Intervensjon» gjennom instruksjon går samme vei som «beslutningsstrukturen»

Undersøkelles- og varslingsplikter virker (i første rekke) motsatt vei – sammenlignet med «beslutningsstrukturen»

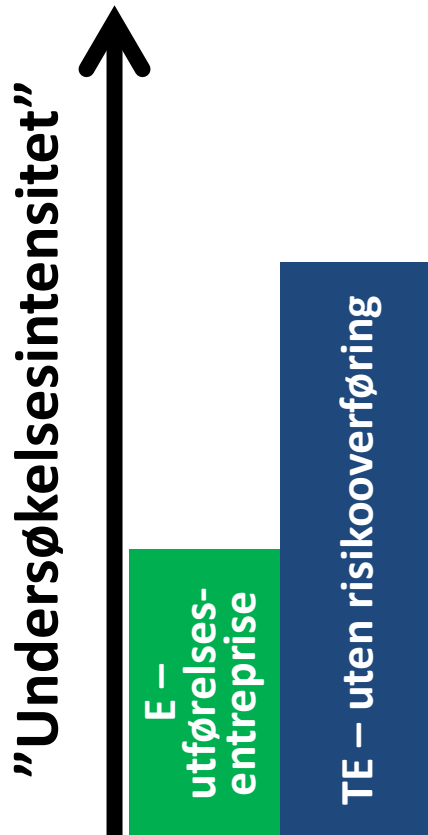
Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Vi har en rekke regler om undersøkelses- og varslingsplikt knyttet til den annen parts bidrag – herunder prosjektering
- Det som her er poenget er at en aktør kan bli ansvarlig utover de rammer vi hittil har beskrevet ved manglende undersøkelse av – og manglende varsling ved svikt i – den annen parts prosjektering (LB-2005-178511)
- Kan potensielt medføre at man får risikoen for prosjekteringssvikt som i utgangspunktet ligger innenfor en annen aktørs ansvarsområde – typisk erstatningsansvar
- «Intervensjon» gjennom instruksjoner

Hva er **PROSJEKTERINGSRISIKO**?

- Undersøkelses- og varslingsplikt knyttet til BH-prosjektering

**Konsekvenser
av mislighold**



Undersøkelse med sikte på produksjon av egen prosjektering og utførelse – særlig vekt på svakheter ved BHs prosjektering (NS 8407 pkt. 25)

Gjennomgang med sikte på produksjon – utførelse på bakgrunn av BHs prosjektering (NS 8405 pkt. 21)

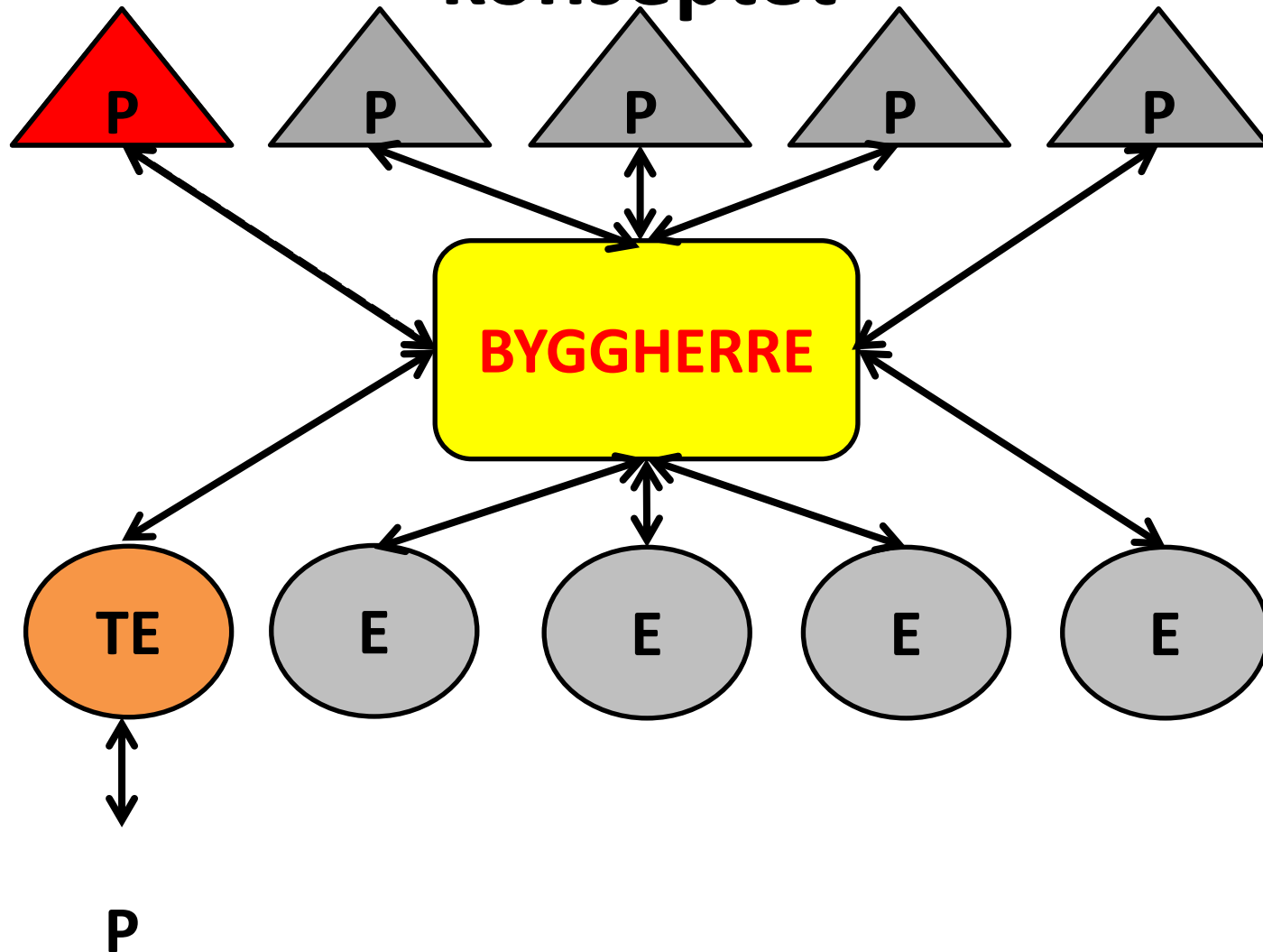
Erstatningsplikt og mulig bortfall av retten til justering av frister og verdlag

Erstatningsplikt (?) og mulig bortfall av retten til justering av frister og vederlag

Tiltransport av PROSJEKTERENDE og overføring av risiko for utført PROSJEKTERING

- Dynamiske elementer av betydning for prosjekteringsrisikoen
- Verken tiltransport av prosjekterende eller overføring av risikoen for utført prosjektering er ukjente fenomener, men NS 8407 har en mer utviklet regulering for begge fenomener enn man fant i NS 3431

Tiltransport av PROSJEKTERENDE - konseptet



Tiltransport av PROSJEKTERENDE

- Situasjonen etter NS 3431

17.2 Overtagelse av ansvar for underentreprenører og prosjekterende

Inneholder kontrakten bestemmelse om at totalentreprenøren plikter å overta ansvar for tiltransportert underentreprenør eller prosjekterende, kan han likevel, innen 14 dager etter at han har fått melding om hva byggherren har bestemt, nekte å overta dette ansvar dersom nektelsen har saklig grunn i den annen entreprenørs eller prosjekterendes forhold, herunder hans insolvens.

17.3 Påslag

Er det ikke avtalt vederlag for totalentreprenørens ansvar for tiltransportert underentreprenør eller prosjekterende, har han krav på sedvanlig påslag. Påslaget beregnes av det endelige og totale vederlag til underentreprenør eller prosjekterende.

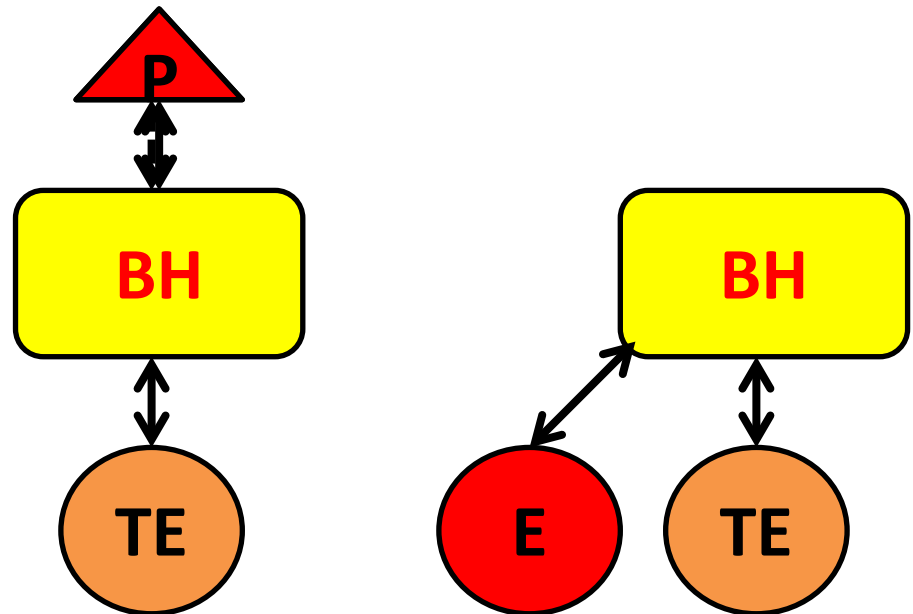
Tiltransport av PROSJEKTERENDE

- Hovedtrekk i reguleringen i NS 8407
 - Forutsetter avtalehjemmel – pkt. 13.1
 - Normalt inntreir virkningene ved kontraktsinngåelse mellom BH og TE – pkt. 13.1
 - Det forutsettes at det gis adekvat informasjon fra BH til TE, slik at risikoen kan prises ved tilbudsinngivelsen – protokollen
 - Virkningene av tiltransport...

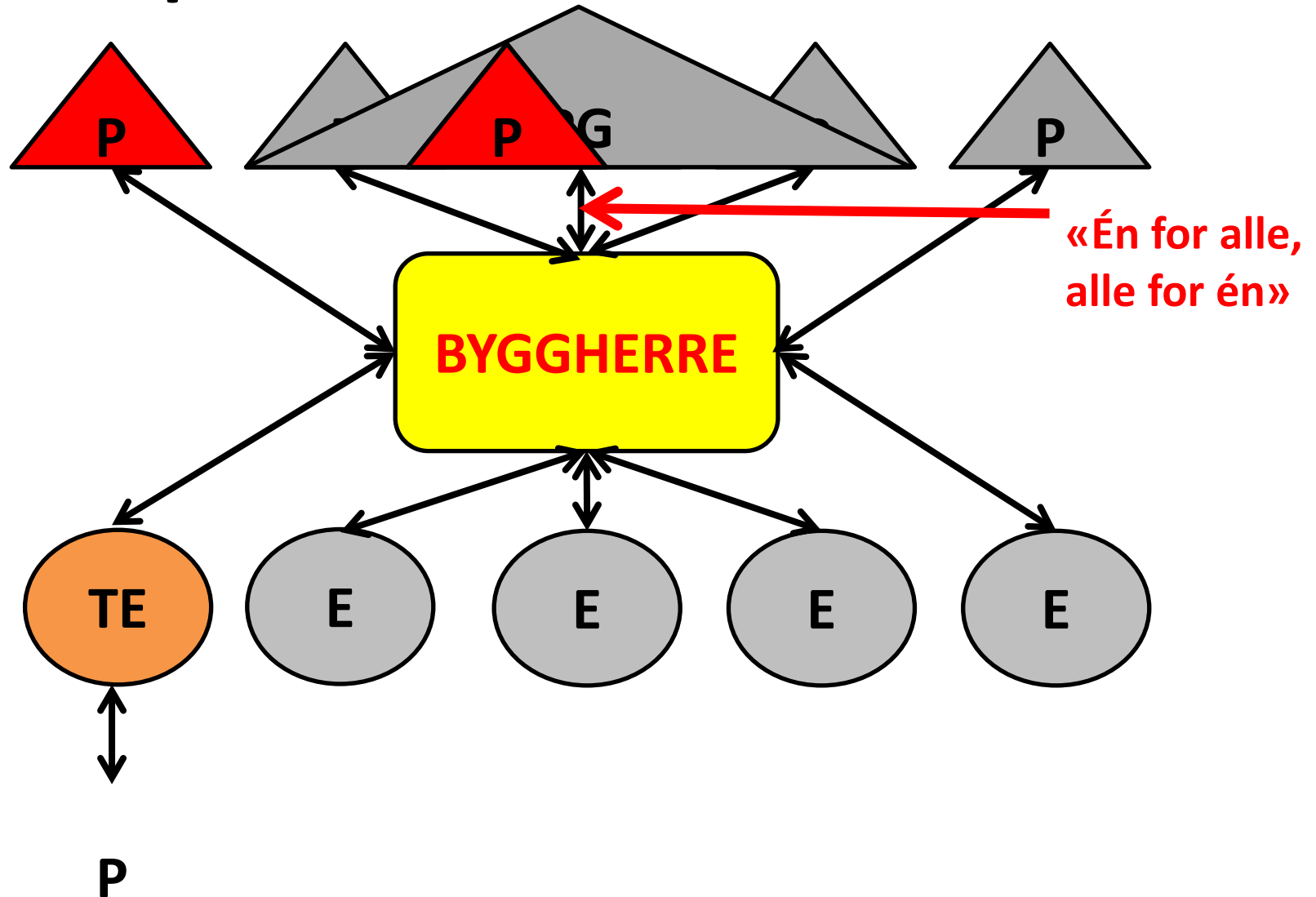
Tiltransport av PROSJEKTERENDE

- Virkningene av tiltransport

- ✓ P blir TEs kontraktsmedhjelper
- ✓ TEs kontrakt med BH endres (normalt) – verken i innhold eller omfang
- ✓ BH har risikoen for prosjektering foretatt før tiltransporten – TE risiko etter tiltransport



Tiltransport av PROSJEKTERENDE – PG



Overføring av risikoen for utført PROSJEKTERING

- Situasjonen etter NS 3431
 - Ingen regulering
 - En ikke helt ubetydelig skepsis å spore i rettspraksis (LA-2004-39953, TOSLO-2007-110178)
 - Kanskje ikke så rart – overføring av risiko for beslutninger man verken har tatt eller påvirket – det som ellers ville fremstå som «prosjekteringsforutsetninger» for TE

Overføring av risikoen for utført **PROSJEKTERING**

- Hovedtrekk i reguleringen i NS 8407
 - Forutsetter avtalehjemmel – pkt. 24.2.1
 - Forutsettes kun benyttet i de situasjoner hvor TE vil ha mulighet til å håndtere risikoen – det vesentligste av prosjekteringen bør gjenstå – protokollen
 - TE skal få en frist for gjennomgang av materialet
 - TE får i utgangspunktet risikoen for førtidig prosjektering som om han hadde valgt løsningene selv – pkt. 24.2.1

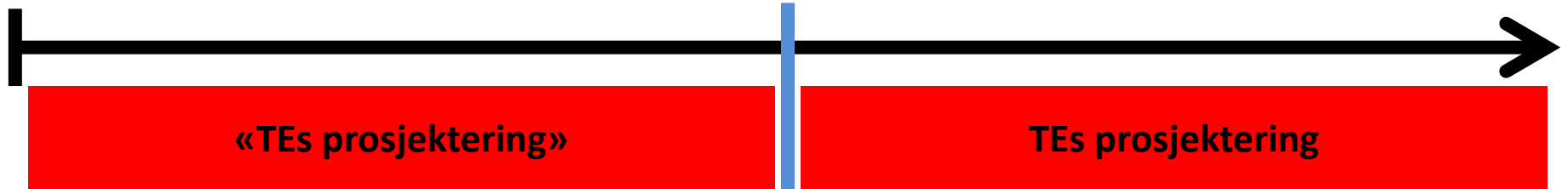
Overføring av risikoen for utført PROSJEKTERING

- Hovedtrekk i reguleringen i NS 8407 (forts.)
 - Modifikasjoner:
 - Prosjektering basert på uriktige opplysninger fra BH / off. etater (med mindre det burde vært oppdaget) – 24.2.1
 - Varslede «kontraktsstridige» løsninger som BH fastholder eller nye løsninger fra BH som ikke er i samsvar med eventuelt forslag fra TE – pkt. 24.2.2
 - Virkningene av risikooverføringen...

Overføring av risikoen for utført PROSJEKTERING

Kontraktsinngåelse

BH – TE



Undersøkelses- og varslingsplikt knyttet til BH-PROSJEKTERING



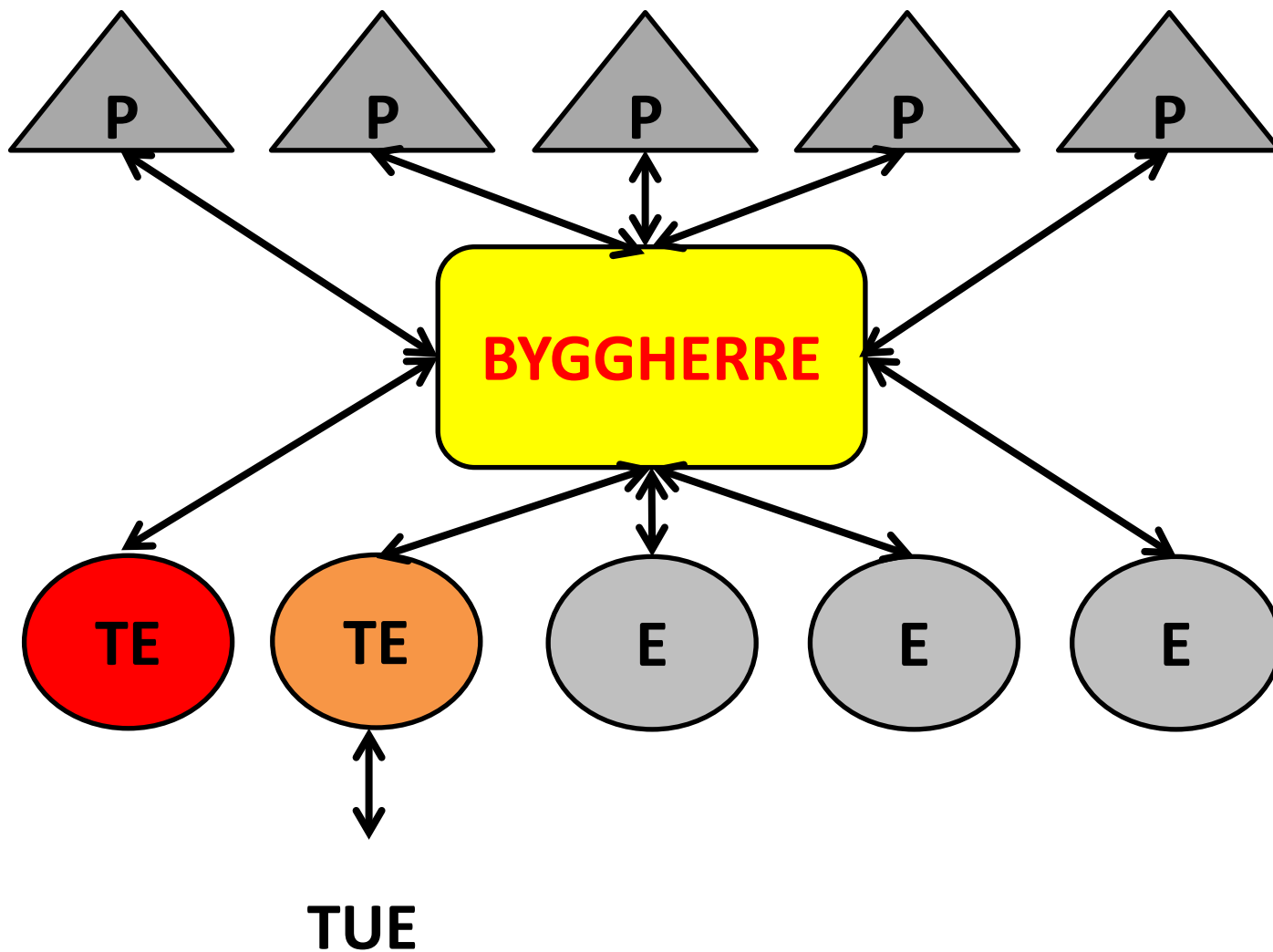
Konsekvenser av mislighold

Full risiko

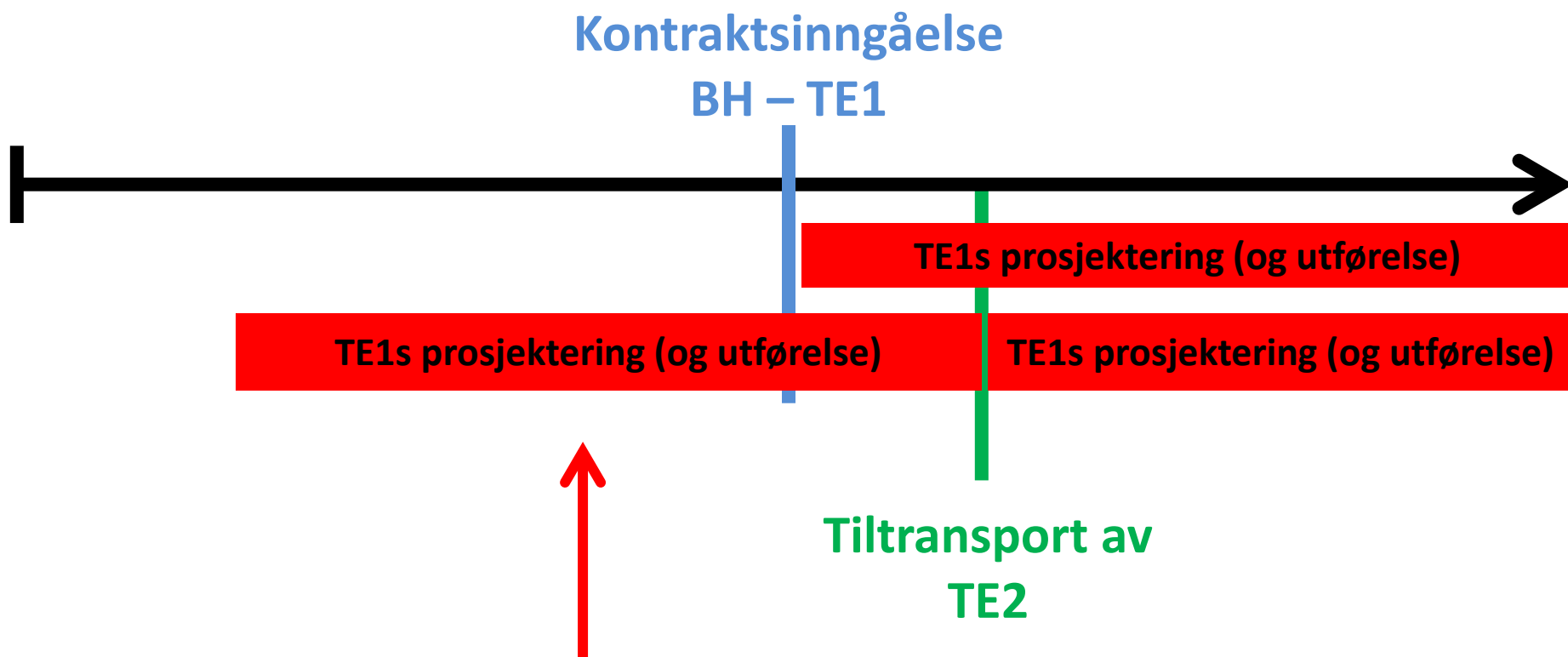
Erstatningsplikt og mulig bortfall av retten til justering av frister og vederlag

Erstatningsplikt (?) og mulig bortfall av retten til justering av frister og vederlag

Tiltransport av TOTALENTREPRENØR



Tiltransport av TOTALENTREPRENØR



I realiteten en potensiell overføring av risiko for "førtidig" prosjektering uten de samme rutinene rundt overføringen som ved "ordinær" overføring av risiko for "førtidig" prosjektering