



Overtakelse av prosjekteringsrisiko i totalentreprise

Advokat Helge Morten Svarva og advokatfullmektig Svanhild Vesterheim

Vierholm

| Innledning

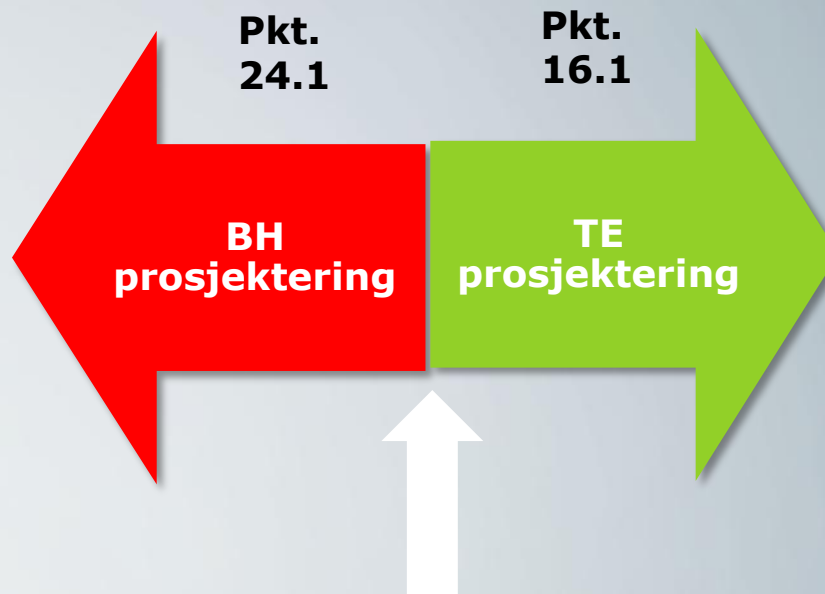
Valg av tema – erfaring fra problemer i praksis med risikooverføringsklausuler – tvisteskapende

Hovedregelen

Risikoen følger funksjonsfordelingen i kontrakten

Pkt. 24.1:

«Byggherren har risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som enten fremgår av kontraktsdokumenter utarbeidet av ham, eller som han etter kontraktsinngåelse Pålegger total-entreprenøren å følge.»



Kontraktsinngåelse

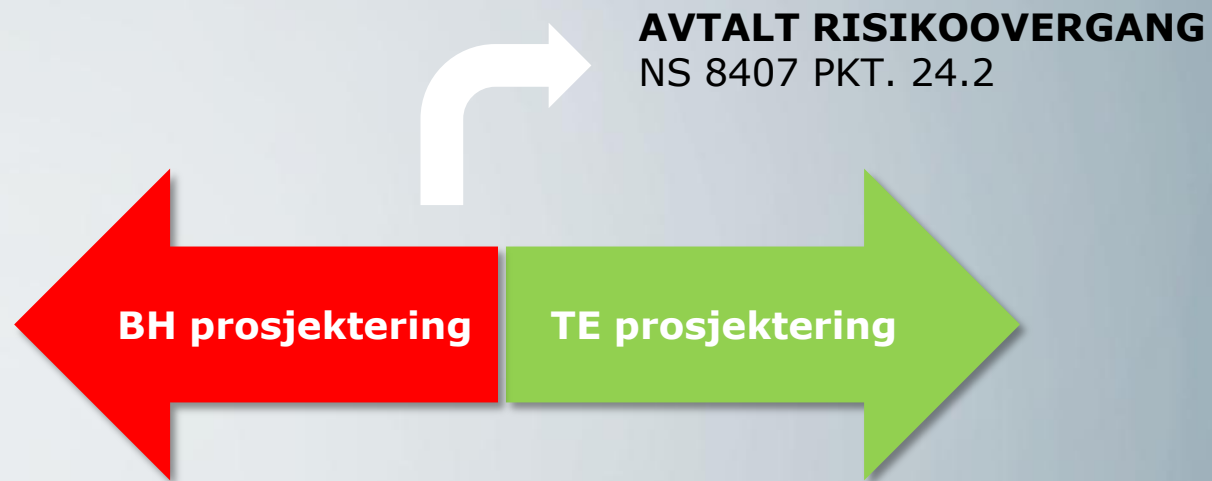
Pkt. 16.1

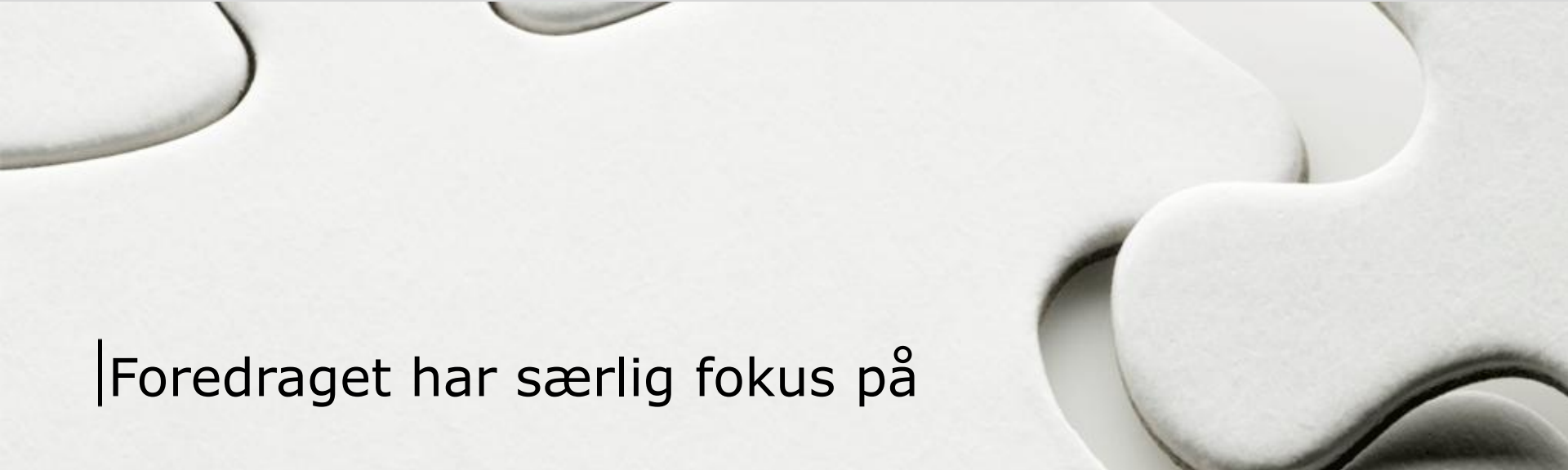
Er ikke annet avtalt, skal total-entreprenøren sørge for all nødvendig prosjektering for å kunne levere kontraktsgjenstanden i samsvar med kontrakten, herunder reglene i punkt 14.»

Tema for foredraget

Unntaket

- **Situasjonen** – hvor risikofordelingen endres ved at totalentreprenøren kontraktsmessig påtar seg risikoen for prosjekteringsmaterialet utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse





|Foredraget har særlig fokus på

- Problemene som avtalt risikoovergang kan medføre
- Reglene i NS 8407 pkt. 24.2
- Hvilke forhold som kan begrense risikoen TE påtar seg

Hvorfor risikooverføring?

Forutberegnelighet
om sluttkostnader
og ferdigstilling

Tredjeparter med
interesse i prosjektet

**KOMMERSIELLE
HENSYN**

«Forhandlings-
balansen»
i markedet

Unngå
vanskelige
grensesnittsspørsmål

|Eksempler

«Ved kontraktsinngåelsen overtar totalentreprenøren alt ansvar for tegninger og beskrivelser som er utarbeidet av byggherrens arkitekt og rådgivere, som inngår i tilbudsgrunnlaget. Eventuelle feil ved disse tegninger og beskrivelser gir ikke totalentreprenøren rett til fristforlengelse, tillegg eller erstatning.»

«Dokumentene fra byggherren er overlevert uten ansvar for denne. Totalentreprenøren godtar ved sin signatur på denne kontrakt at dokumentene som inngår i hans tilbud og omfattes av hans kontraktsansvar på samme måte som om han selv hadde utviklet dem fra først av.»

Problemene og bakgrunnen for pkt. 24.2

- Begrensede muligheter til reell vurdering og kontroll av risikoen før avtaleinngåelsen
- Ressurs- og tidkrevende
- Kort tilbudsfrist
- Påslag; men forutsetningene for en realistisk prising reduseres
- Urimelig risikofordeling – forskyvning av balansen
- Utsettes for økonomiske og fremdriftsmessige konsekvenser:
 - Ikke er hensyntatt i tilbudet
 - Ikke kan gjøres gjeldende ved krav om frist- og vederlagsjustering
- NS 3431 regulerte ikke situasjonen
- Uklarheter om rekkevidden og tvisteskapende
- Bakgrunnen for NS 8407 pkt. 24.2
- Retningslinjer i protokollen

| Protokollens anbefalinger

Protokollens anbefalinger

En unntaksregel?

- Understreker at pkt. 24.2 er en unntaksregel og fraråder mot for vidtgående overføring av risiko

*«Komitéens medlemmer er enige om at **denne unntaksregelen kun skal benyttes** i tilfeller hvor totalentreprenøren vil ha mulighet til å håndtere den risikoen han påtar seg. Dette vil i de fleste tilfeller innebære at det vesentlige av prosjekteringen skal gjenstå på tidspunktet for innhenting av tilbud. (...) Forholdene ved kontraktsinngåelse kan også tilsi at overføring av risiko kan avtales hvor prosjekteringen har kommet lengre, eksempelvis hvor totalentreprenøren gjennom forhandlinger har fått god innsikt i prosjekteringen han overtar risikoen for.»*

Protokollens anbefalinger

En unntaksregel?

- Klare anbefalinger om når avtalt risikooverføring bør finne sted
- Pkt. 24.2 forutsettes kun anvendt hvor TE har reell mulighet til å vurdere og håndtere risikoen:
 - Det vesentlige av prosjekteringen gjenstår (avsluttet forprosjekt/rammetillatelse)
 - God innsikt i prosjekteringen
- Tanken: risikoen og balansen endres ut fra et forutsetningsgrunnlag som TE har større mulighet til å håndtere ved prising og beregning av fremdrift
- Praksis: risikooverføring forekommer utenfor situasjonene som protokollen forutsetter
 - Prosjekteringen kommet langt (omfattende og detaljert)
 - Uten mulighet til å gjennomgå materialet grundig
- Sjeldent fremforhandlet resultat («stilltiende»)

NS 8407 pkt. 24.2

Krav til avtalegrunnlag

- Krav til særskilt avtalegrunnlag jf. pkt. 24.2.1 første ledd:

*«Har partene **avtalt** at totalentreprenøren skal overta risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse (...)*»

- Risikooverføringsklausuler
- Tilstrekkelig å fravike pkt. 24.1 og henwise til pkt. 24.2
- Slik henvisning: Reduserer omfanget av uklare bestemmelser

| Kontroll, frist og varsel

Nærmere om fristen

Utgangspunkt og lengde

- Ordlyden i pkt. 24.2.2 første ledd:

«Totalentreprenøren har en frist til å gjennomgå materialet. Er ikke annet avtalt, skal fristen være fem uker regnet fra kontraktsinngåelsen. Dersom totalentreprenøren først får materialet på et senere tidspunkt, utsettes fristen tilsvarende.»

- Etterfølgende kontrolladgang
- Avhjelper problemene tilknyttet prekontraktuell kontroll
- Anledning til å kontrollere prosjekteringsmaterialet
- Deklaratorisk frist 5 uker
- Fristens utgangspunkt:
 - Avtaleinngåelsen
 - Prosjekteringsmaterialet overleveres samtidig

Utfordringer

kontrollen i praksis

- Gjennomgangen er ofte summarisk og i enkelte tilfeller ikke eksisterende
- Ved utløpet av kontrollfristen: risikoen overføres med de virkninger det innebærer
- Derfor viktig å være grundig i kontrollperioden
- Kostnadene bør innkalkuleres

Nærmere om varselet

Krav til presisering

- Feil som oppdages må varsles jf. pkt. 24.2.2 annet ledd:

«Dersom totalentreprenøren mener at det byggherren har gitt anvisning på ikke vil lede til oppfyllelse av de krav til kontraktsgjenstanden som følger av punkt 14, må han varsle byggherren innen fristens utløp. Varselet skal presisere hvilke forhold det dreier seg om og begrunne behovet for endringer.»

- Varselet skal presisere:
 - Hvilke forhold det dreier seg om
 - Begrunne behovet for endringer

Nærmere om varselet

- Hva ligger i varselet?
 - Generelle forbehold kan anses uvirksomme
 - Konkret varsle om hvilke forhold (identifisering)
- Begrunnelsen:
 - TE skal ikke kunne unngå å overta risikoen ved generelle varsler
 - Motvirker selve formålet med risikooverføringen

Virkningen av rettidig varsel

- Konsekvenser av rettidig og presisert varsel jf. pkt. 24.2.2 annet ledd siste punktum:

«Varsler totalentreprenøren innen fristen, overtar han ikke risikoen for denne delen av byggherrens materiale.»

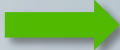
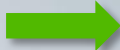
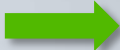
- Risikoen for denne delen forblir på BHs hånd
- Pkt. 24.2.2 tredje ledd regulerer situasjonen etter at TE har varslet:

«Når byggherren mottar et varsel i samsvar med annet ledd, må han uten ugrunnet opphold besvare varselet og gi beskjed om hvordan totalentreprenøren skal forholde seg.»

- Byggherrens påfølgende opptreden avgjør den endelige risikoplasseringen for løsningen og hvilke krav TE kan gjøre gjeldende

Virkningen av rettidig varsel

Følgende scenario kan oppstå:

- | | | |
|---|---|---|
| 1. BH fastholder løsningen, jf. pkt. 24.2.2 tredje ledd |  | BH risiko |
| 2. BH pålegger ny løsning, jf. pkt. 24.2.2 tredje ledd |  | BH risiko |
| | Vederlagsjustering og fristforlengelse |  |
| 3. BH enig i varselet og evt. forslag til løsning |  | TE risiko |
- Omprosjekteringen innebærer endring skal BH utstede endringsordre, jf. pkt. 31.3 jf. pkt. 24.2.2 fjerde ledd
 - **Vederlagsjustering og fristforlengelse**
4. BH forholder seg passiv
- Ordlyden «skal gi beskjed»
 - Ikke regulert men neppe preklusjon
 - Beslutningsvegring kan lede til krav om fristforlengelse jf. pkt. 33.1 bokstav c
- Resterende prosjekteringsmaterialet overtar TE risikoen for

Virkninger av avtalt risikoovergang

Virkninger av avtalt risikoovergang

Viser seg først når prosjekteringsmaterialet svikter

- Pkt. 24.2.1 første ledd:

*«Har partene avtalt at totalentreprenøren skal overta risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse, innebærer dette at han **har risikoen som om han hadde prosjektert eller valgt løsningen selv.**»*

- TE stilles som om han hadde valgt eller prosjektert løsningen selv
- TE er objektivt ansvarlig på lik linje med prosjekteringsmaterialet han selv utarbeider
- Utgangspunktet fullstendig risikooverføring som medfører at de ordinære virkningene av svikt i BHs prosjektering uteblir

Virkninger av avtalt risikoovergang

Vederlagsrisikoen overføres

- TE kan verken kreve justering av
 - Fremdriften eller vederlaget
 - Egen regning overvinne følgen av svikten for å sikre kontraktsmessig oppfyllelse (f.eks. omprosjektere, merutgifter ved endret utførelse, forsering)
 - Svikten oppdages (for) sent: Forsinkelse eller mangel (misligholdssanksjoner)
- Ergo; vederlagsrisikoen flyttes i stor grad
- Derfor viktig å avklare om og eventuelt hvordan risikoen kan begrenses



|Begrensninger

- Reglene om etterfølgende kontroll, jf. pkt. 24.2.2 (2) siste punktum, jf. ovenfor
- Retten til å gjøre krav gjeldende overfor prosjekterende, jf. pkt. 24.2.1 (3)
- Unntak for «uriktige opplysninger», jf. pkt. 24.2.1 (2)
- Bakgrunnsrettens begrensninger (opplysningsplikt), jf. pkt. 3
- Protokollen?

| Krav overfor den prosjekterende

Krav overfor den prosjekterende

- TE skal kunne gjøre direktekrav gjeldende
- BH er i medhold av pkt. 24.2.1 tredje ledd pålagt å transportere evt. krav mot den prosjekterende til TE:

*«Ved avtalt risikoovergang overtar totalentreprenøren byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende. Byggherren skal i sin kontrakt med den prosjekterende **sikre at totalentreprenøren har rett** til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende.»*

Krav overfor den prosjekterende

- Kravet har samme innhold som på BHs hånd
- Utfordringer?
 - Ansvarsgrunnlagene for den prosjekterende og TE er forskjellige (innsatsforpliktelse vs. resultatforpliktelse)
 - Beløpsmessig ansvarsbegrensning i forholdet mellom den prosjekterende og BH (NS 8401 pkt. 13.3)
 - TE har ikke forhandlet kontrakten med den prosjekterende (hindrer «back to back»)
- Poenget: TE sikres ikke fullt ut mot et potensielt økonomisk tap (kostandene kan overstige den prosjekterendes ansvar i betydelig grad)

Krav overfor den prosjekterende

- Hva blir konsekvensen dersom BH ikke har transportert kravet?
- Pkt. 24.2.1 tredje ledd fastsetter at BH skal sikre slike krav

kontraktsforpliktelse

- Angir ikke virkningen av unnlatelse
- Teorien: TE kan gå direkte på BH i henhold til alminnelige erstatningsregler
 - Økonomisk tap som oppstår som følge av TE ikke kan gjøre kravet gjeldende mot prosjekterende
- Begge parter interesse å sikre slik rett mot den prosjekterende

Unntaket for «uriktige opplysninger»

- Pkt. 24.2.1 annet ledd fastsetter:

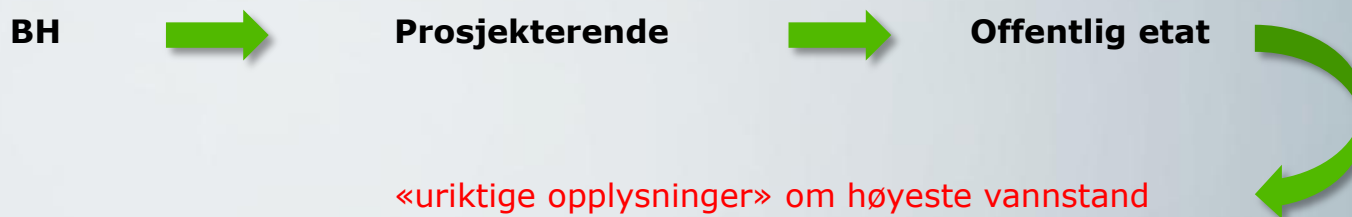
«Totalentreprenøren har under ingen omstendighet risiko for løsninger og annen prosjektering som bygger på uriktige opplysninger den prosjekterende har mottatt fra byggherren eller offentlige etater, med mindre totalentreprenøren burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang av materialet etter 24.2.2.»

- Utgangspunktet modifiseres hvor prosjekteringssvikten kan tilbakeføres til uriktige opplysninger fra byggherren eller offentlige etater
- Regelen er at forholdet unntas fra risikooverføringen med mindre TE burde oppdaget dette ved sin gjennomgang etter pkt. 24.2.2
- Konsekvensen:
 - Krav på vederlagsjustering og fristforlengelse
 - BH avskåret fra å gjøre misligholdssanksjoner gjeldende

Hva omfattes av unntaket?

- I henhold til rettspraksis omfatter «uriktige opplysninger» både feilaktige og misvisende opplysninger
- Dog; kun uriktige opplysninger som kan tilbakeføres til BH eller offentlige etater
- Dvs. at unntaket ikke omfatter uriktige opplysninger gitt av den prosjekterende
- RG 2012 s. 400 illustrerer en situasjon som vil omfattes

Erstatningskrav grunnet prosjekteringsfeil (høydesatt bygget for lavt) førte ikke frem



Situasjoner der unntaket fravikes

- Eksempler i praksis hvor unntaket i pkt. 24.2.1 forsøkes fraveket
- Typisk:
 - «orienterende»
 - «ikke har vært underlagt kvalitetssikring»
 - Forbehold «kan være beheftet med feil»
- Høyesterett la i Rt. 2010 s. 1345 («Veisalt-dommen») til grunn at slike generelle forbehold skal tolkes innskrenkende:

«Som jeg tidligere har fremholdt, kan imidlertid disse forbeholdene bare dekke mindre vesentlige feil i tallmaterialet. (...) Når anbudsgrunnlaget er beheftet med så vesentlige feil som her, finner jeg at staten må hefte til tross for de forbehold som er tatt.»

- Mao: Kun mindre vesentlige feil dekkes av slike forbehold

Situasjoner der unntaket fravikes

- Eksempler hvor unntaket uttrykkelig fravikes

«NS 3431 pkt. 9.8 og 9.9 fravikes, slik at totalentreprenøren ikke i noe tilfellet har rett til fristforlengelse eller kostnadsdekning som følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som er levert av byggherren eller innhentet av offentlig myndighet.»

- Risikoen for riktigheten av gitt informasjon overføres
- Må uttrykkelig avtales (krav til klarhet)
- Regelen i pkt. 24.2.2 annet ledd bør i slike tilfeller uttrykkelig fravikes
- Ellers uklarheter om rekkevidden som kan åpne for harmonisering

| Byggherrens opplysningsplikt

Byggherrens opplysningsplikt – ytterligere ett unntak?

- Påhviler BH en generell opplysningsplikt
- Utslag av alminnelig lojalitetsplikt nedfelt i NS 8407 pkt. 3
- Opplysningsplikten forsterket der
 - Kontrakten legger betydelig risiko på TE
 - BH sitter på hele opplysningsmaterialet
 - Bekreftes av: Rt. 2010 s. 1435 («Veisalt-dommen») og LA-2012-21676:

BH  tilbakeholdt opplysninger om at data var hentet fra annen region

Spørsmålet: opplysningsmangel som berettiget dekning av merutgifter?

Retten bemerket: Bør settes strenge krav til at opplysningene i anbudsdokumentene er korrekte og fullstendige. Dette skaper forutberegnelighet og « (...) *et solid grunnlag for tilbydernes kalkulasjoner* (...) Dette gjelder **ikke minst når kontrakten legger betydelig risiko på entreprenøren** og der den ene part sitter på hele grunnlags- og opplysningsmaterialet.»



|Byggherrens opplysningsplikt

- Domstolene: bør stilles strenge krav til at opplysningene i anbudsdokumentene er korrekte og fullstendige
- Tilbudsgrunnlaget utgjør premissene for TEs kalkulasjoner og vurdering av opplysningenes pålitelighet
- Strenge krav fordi materialet er utarbeidet av BH og TE ikke har hatt mulighet til å påvirke eller kontrollere materialet før inngivelsen av tilbudet
- Risikoen TE påtar seg for BHs prosjektering må derfor avveies mot omfanget og innholdet av BHs opplysningsplikt

Konsekvensen av brudd på opplysningsplikten

- Virkningen er ikke regulert i NS 8407 pkt. 24.2 (kun «uriktige opplysninger»)
- Situasjonen med opplysningssvikt støttes av samme bakenforliggende hensyn:
 - BH skal ikke uavkortet kunne påberope seg risikooverføring ved feil som BH selv har bidratt til og er nærmest til å bære risikoen for
- Omfanget av risikooverføringen vil kunne modifiseres ved brudd på opplysningsplikten
- Tendens i rettspraksis: underkjenne ansvarsfraskrivelser hvor betydelige kontraktsbrudd (misligholdt opplysningsplikt) blir uten virkning

Fortsettelse - konsekvensen av brudd på opplysningsplikten

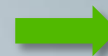
- Entreprisekontrakter preges av lojalitets- og samarbeidsplikt
- Full risikooverføring til tross for egen illojalitet vil være:
 - I strid med det partene har forutsatt med kontrakten
 - Rokke ved den grunnleggende balansen i kontraktsforholdet
- Taler for at det må oppstilles unntak for prosjekteringssvikt som kan tilbakeføres til opplysningssvikt fra BH
- Konsekvensen vil være at TE kan kreve vederlagsjustering og fristforlengelse

| Kan protokollen vektlegges?

Kan protokollen vektlegges?

- Situasjonen utenfor protokollens forutsetninger

- Langt utviklet prosjekteringsgrunnlag
- Ikke innsikt gjennom forhandlinger e.lig.
- Etterfølgende kontroll fravikes



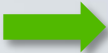
Balansen forrykkes
– urimelig
risikofordeling

Vektlegges?



- Pkt. 24.2 uttrykk for kompromisser
- Avhjelper problemene ved klare grensedragninger og rimelig risikobalanse
- Bør ikke fritt kunne gjøres endringer
- Standarden selv forutsetter anvendelse uten avvik

Kan protokollen vektlegges?

- Prekontraktuelt dokument (anbefalinger)
- Ingen materielle begrensninger
- Sentral tolkningsfaktor?  Urimelig risikofordeling – hensynet til rimelig resultat
- Protokollen fraråder omfattende endring av risikobalansen
- Klare anbefalinger om *når* risikooverføring bør finne sted
- Sterkt uttrykk:

«Komitéens medlemmer er enige om at denne unntaksregelen **kun** skal benyttes (...)»

Kan protokollen vektlegges?

- Understrekes i innledningen til protokollen at slike avvik:

« (...) vil kunne være **illojale** i forhold til de forutsetninger standarden bygger på og som ligger til grunn for balanseringen av de løsninger den angir.»

- Hva vil utgjøre illojale avvik?
 - Vurderes konkret
 - Graden av skjevheter i risiko
 - Entrepriekontrakter preges av spesielt samarbeid (strengt lojalitetskrav)

Kan protokollen vektlegges?

- Hva blir i så fall virkningen av illojale avvik?

Urimelig risiko → Strid med protokollen → Rimelig resultat på spissen

- Relevant ved tolkningen jf. avtl. § 36
- Indirekte rimelighetssensur også i kommersielle forhold
- Retningslinjene vil kunne utgjøre tolkningsmoment
- Begrunnelsen:
 - «En uavkortet risikooverføring vil bringe en skjevhet inn i kontraktsforholdet, som domstolene viser seg motvillig til å medvirke til.»
- Konsekvensen kan være:
 - Vederlagsjustering og fristforlengelse
 - Erstatningskrav basert på illojal opptreden

Avtalemekanismer

Avtalemekanismer

- Forutsetning: foreligger klausul om risikooverføring av prosjekteringsansvaret
- Individuelle forutsetninger for tilbudet som begrenser rekkevidden av risikoen TE har vært villig til å påta seg etter pkt. 24.2
- Inn tatt i tilbudet eller referat fra forhandlingsmøter e.l.
- Individuelle forutsetninger contra avtaleforbehold
- Må synliggjøres med tilstrekkelig notoritet
- LB-2010-27697 (Borgarting)
 - Risikoen for «alle forhold i grunnen» herunder fundamenteringsmetode plassert hos TE
 - TE hevdet tilbudet bygget på forutsetning om en bestemt fundamenteringsmetode som begrenset kontraktens risikofordeling



|Avtalemekanismer

Til dette bemerket retten:

*«Bermingrud har gjort gjeldende at tilbudet (...) forutsatte kompensert fundamentering, som var den billigste fundamenteringsløsningen. Lagmannsretten betviler ikke at det kan ha vært en forutsetning for Bermingrud. **Denne eventuelle forutsetningen fremgår imidlertid ikke** av de skriftlige tilbudene, og det er heller ikke inntatt noen forbehold om dette i kontrakten.»*

Avtalemekanismer

- Avvikende risikoplassering er vanskelig å innberegne i tilbudet
- Risiko for at prosjekteringsmaterialet i ettertid kan svikte og velte kalkylen
- Derfor praktisk å innta forbehold for å begrense omfanget
- Eksempelvis forbehold mot:
 - Spesifikk løsning
 - Deler av prosjekteringsmaterialet
 - «Vesentlige avvik»
- Men; forhandlingsposisjonen og reglene om offentlige anskaffelser reduserer muligheten til å kreve begrensninger og egne betingelser

Oversikt

NS 8407 pkt. 24.1

**Hovedregelen –
risikoen følger
funksjonsfordelingen**

NS 8407 pkt. 24.2

**Unntaket – avtalt
risikoovergang**



Unntak fra unntaket



**Tilbake i
hovedregelen**

Rettidig varsel jf. pkt. 24.2.2 (2)

«Uriktige opplysninger» jf. pkt. 24.2.1 (2)

Opplysningssvikt jf. pkt. 3

**Eventuelle individuelle forutsetninger
og forbehold**

Kierholm

Avsluttende bemerkninger

- Avtalt risikoovergang hensiktsmessig?
- Avtalefriheten muliggjør tilpasninger til ulike markedsbehov
- Ytterste konsekvens:
 - Uheldige virkninger og kraftig forskyvning av balansen
 - Uheldige økonomiske utslag øker konfliktpotensialet
- Partene og bransjen er i lengden tjent med normalsituasjonen
- Reglene i NS 8407 pkt. 24.2 kan avhjelpe og virke prosessbesparende
- Avgjørende for suksess:
 - Lojalt forholder seg til standarden uten endringer
 - Allerede eksempler på at standarden fravikes
- Har det i realiteten blitt enklere å fravike normalløsningen?
- Vår anbefaling er at partene lojalt legger standardens løsning til grunn



wiersholm.no

Advokatfirmaet Wiersholm AS
Ruseløkkveien 26
P.O.Box 1400 Vika
NO-0115 Oslo

Wiersholm