

Risikoovergang for prosjektering

Kjersti Lerkerød og Fredrik Verling
Farris Bad, 5. september 2024

Opplegg for gjennomgangen

- Presentasjon av reglene om risikoovergang for prosjektering i NS 8407
- Særlig fokus på
 - Hva omfattes av risikoovergangen
 - Konsekvensen av at risiko er overtatt
 - Unntaket for uriktige opplysninger
 - Byggherrens plikter overfor egen rådgiver
 - Entreprenørens gjennomgang av materialet og påfølgende varslings

Utgangspunktet - funksjonsfordelingsprinsippet

Utgangspunktet – funksjonsfordelingsprinsippet

[D]et synes å være en almen regel at hver av partene har risikoen for svikt på eget funksjonsområde.

Hagstrøm, Obligasjonsrett (2011) s. 333

NS 8407 pkt. 16.1 Prosjektering

Er ikke annet avtalt, skal totalentreprenøren sørge for all nødvendig prosjektering for å kunne levere kontraktsgjenstanden i samsvar med kontrakten, herunder reglene i punkt 14



NS 8407 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 totalentreprenøren å følge

NS 8407 pkt. 22.4

Dersom byggherren krever at totalentreprenøren benytter navngitte materialer eller produkter, anses dette som valg av løsninger og annen prosjektering, jf. punkt 24.

Overordnet om risikoovergang for prosjektering

Presentasjon av bestemmelsene i NS 8407 kap. 24.2

Pkt. 24.2.1 Risikoovergangen

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 løsningene selv.

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

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.

Pkt. 24.2.2 Kontroll, varsling og svar

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.

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

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. Fastholder byggherren sin opprinnelige løsning eller prosjektering, bærer byggherren risikoen for sitt valg. Det samme gjelder dersom han pålegger en ny løsning eller prosjektering som ikke samsvarer med eventuelt forslag fra totalentreprenøren.

Innebærer byggherrens svar en endring, skal han utstede endringsordre etter 31.3. Dersom totalentreprenøren mener at byggherrens svar innebærer en endring uten at det er utstedt en endringsordre, skal han varsle etter 32.2

Historisk utvikling - rettskildebildet

- Ikke bestemmelser om risikooverføring for prosjektering i NS 3431
 - Likevel utbredt i praksis
- Bestemmelser inntatt i NS 8407 pkt. 24.2 (2011)
- Vårt inntrykk: Risikooverføring avtales i utstrakt grad
- Økt grad av tidlig involvering av entreprenører
 - Reduserer betydningen av problemstillingen?
- Relativt lite rettspraksis direkte om pkt. 24.2



Administrerende direktør Helge J. Nakken (t.h) og kalkulasjonssjef Knut Brøste i Miljøbygg reagerer på at de stadig møter på totalentrepriser i offentlig regi der kontrakten avviker fra bestemmelsene i NS8407.

ÅDNE HOMLEID

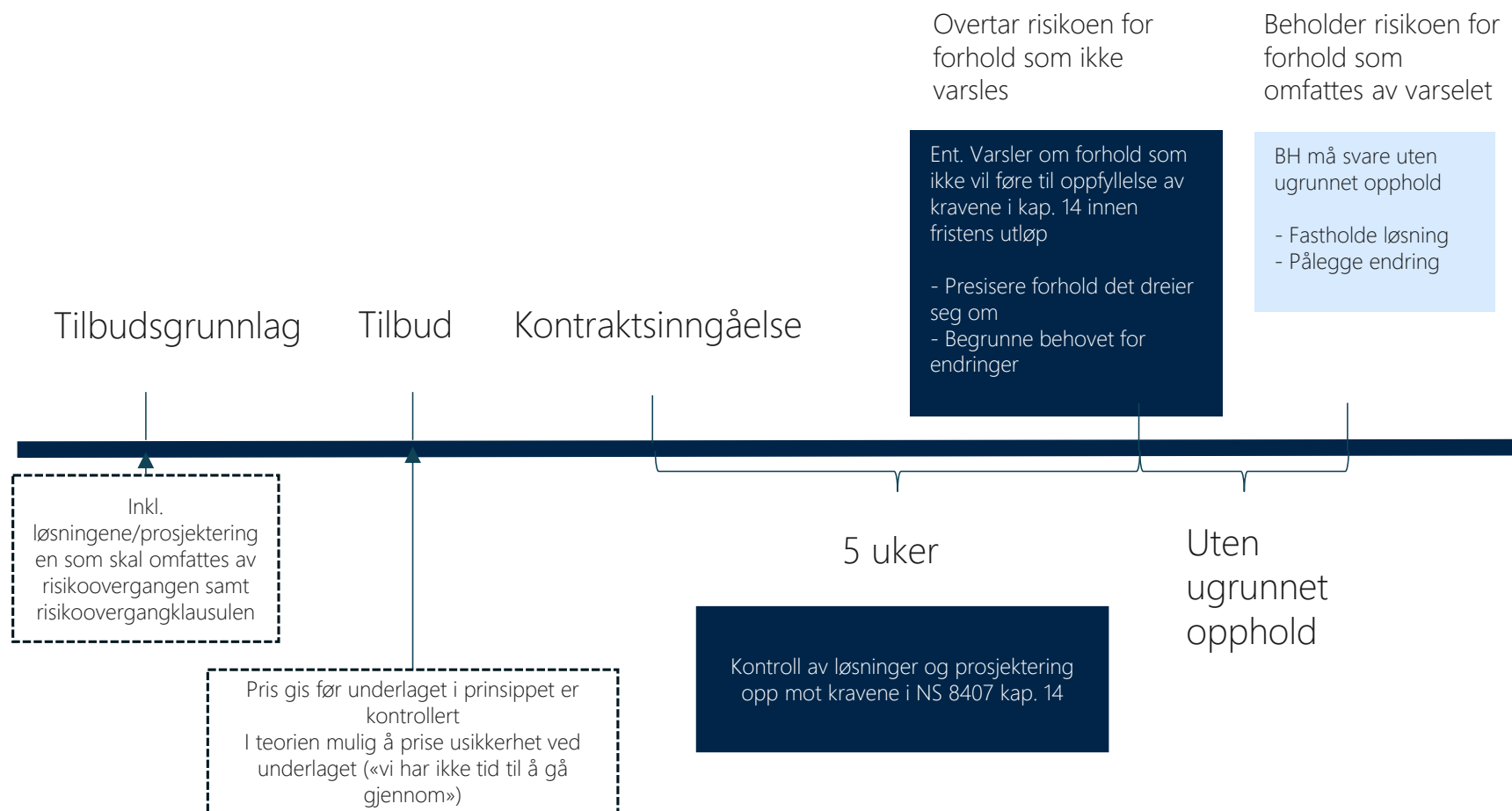
Miljøbygg reagerer på offentlig risikofraskrivelse

Publisert 24.11.2014 13:53

Ledelsen i Miljøbygg AS er kritiske til at de ved stort sett alle offentlige anbudskonkurranser blir pålagt risiko som avviker fra hovedbestemmelsene i NS8407.

Bygg.no 24. november 2014

Situasjonen ved risikoovergang



Situasjonen ved risikoovergang



NS 8407 pkt. 24.2.2
Ent. Har risikoen «som om hadde
prosjektert og valgt løsningene selv»

Unntak:

- Løsninger som pålegges etter kontraktsinngåelse
- Løsninger det varsles om etter pkt. 24.2.2
- Løsninger som bygger på uriktige opplysninger, jf. pkt. 24.2.1

Mulig krav mot rådgiver

Forholdet til NS 8507 pkt. 25

- Ent. har plikt til å undersøke løsninger og prosjektering i god tid før informasjonen/leveransen skal benyttes
- Varslingsplikt
- Ansvar for tap som kunne vært unngått ved rettidig varsel

Forutsetningene for avtale om risikoovergang

- Det vesentligste av prosjekteringen skal gjenstå, eller
- Forholdene ved kontraktsinngåelsen har gitt entreprenøren god innsikt i prosjekteringen
- Det sentrale: Entreprenøren har mulighet til å håndtere risikoen han påtar seg
- Avtalefrihet, jf. LB-2023-44642 (Vinpart):

Avtalen er avgjørende, ikke protokollen. Dette har for så vidt komitéen selv også understreket i protokollen.

Til pkt. 24

Komiteens medlemmer er enige om at denne unntaksregelen kun skal benyttes i tilfeller hvor entreprenøren vil ha mulighet til å håndtere den risikoen han påtar seg. Dette vil i de fleste tilfeller innebære at det vesentligste av prosjekteringen skal gjenstå på tidspunktet for innhenting av tilbud. Det vesentligste av prosjekteringen anses normalt å gjenstå ved avsluttet forprosjekt eller ved at det er utført den nødvendige prosjektering for å søke om rammetillatelse. Forholdene ved kontraktsinngåelsen kan også tilsi at overføring av risiko kan avtalens hvor prosjekteringen har kommet lengre. Eksempelvis hvor totalentreprenøren gjennom forhandlinger har fått god innsikt i prosjekteringen han overtar risikoen for.

Til pkt. 13

«Det er begrensninger i adgang til overføring av risiko, se protokollteksten til 24.2

Hensyn bak reglene om risikoovergang

- Unngå oppsplitting av ansvar
- Avdekke feil tidlig
- *Speile den reelle funksjonsfordelingen i visse typer samarbeid?*



- Entreprenørens gjennomgang av materialet - varsel
- Mulighet for videreføring av krav mot rådgiver
- (en viss) mulighet for prising av risiko

Utgangspunktet ved risikooverføring

Pkt. 24.2.1 første avsnitt

Utgangspunktet ved risikooverføring

Pkt. 24.2.1 første avsnitt

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 løsningene selv.

- Risikooverføring må avtales
 - Krever klar avtale, jf. LG-2003-2453 og LA-2023-172723
 - Relativt enkelt (eksempel, Statsbygg):

32 Avtalt risikoovergang – prosjektering (NS 8407 pkt 24.2)

- Alternativ 1: Byggherren har risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse.
- Alternativ 2: Totalentreprenøren har risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse.

- Ikke risikooverføring for fremtidig prosjektering og løsninger
- Ingen automatisk risikooverføring ved tiltransport av rådgiver, se NS 8407 pkt. 13.2.2 tredje ledd

Utgangspunktet for risikooverføring

Pkt. 24.2.1 annet avsnitt

«Løsninger og prosjektering»

- Utgangspunktet, Nordtvedt m.fl.:

Bestemmelsen gjelder all form for instruksjon knyttet til arbeidene som byggherren har gitt. Dette kan bl.a. gjelde overordnede krav som er inntatt i kontrakten eller det kan gjelde mer spesifikke løsninger eller produkter som er beskrevet av han

- Marthinussen

Dette innebærer en fullstendig overføring av byggherrens risiko til totalentreprenøren. Byggherren sitter da som utgangspunkt igjen uten risiko for prosjektering og valg av løsninger i den utstrekning det omfattes av avtalen om overføring.

- Kan også gjelde materialvalg, se NS 8407 pkt. 22.4 siste avsnitt
- Avgrensning av «løsninger og prosjektering» mot annet materiale
 - Eksempel ved LB-2017-177705, salgsdokumentasjon overfor boligkjøpere ikke ansett som prosjektering

Avgrensning mot andre former for risiko (som kan virke inn på prosjekteringen)

- Det fysiske arbeidsgrunnlaget, jf. NS 8407 pkt. 22.3
 - *Menneskeskapte konstruksjoner som byggherren skal bygge videre på*
- Grunnforhold, jf. NS 8407 kap. 23
 - *De fysiske forholdene ved og i byggegrunnen*
- Grensedragningen mellom prosjektering og grunnforhold
 - *Glidende overgang mellom angivelse av grunnforhold, tolkning og løsninger for håndtering av disse*
 - *«Totalentreprenørens risiko for grunnforhold», Nielsen m.fl.*

Vurderingen må etter vår oppfatning ta utgangspunkt i hvor svikten reelt sett ligger. Dersom prosjekteringen var riktig basert på de foreliggende opplysningene, tilsier dette at svikten knytter seg til grunnforholdene. Skyldes derimot slutningen en feiltolkning av foreliggende grunnrapporter, vil dette i utgangspunktet være en prosjekteringsfeil.

- Risikoen for uklart grensesnitt
 - *«Totalentreprenørens risiko for grunnforhold», Nielsen m.fl.*

Hvis svikten ligger i grensesnittet mellom grunnforhold og prosjektering, og totalentreprenøren kun har overtatt risikoen for det ene, vil konsekvensen etter vårt syn raskt måtte bli at byggherre fortsatt sitter med risikoen

Konsekvensen av at risiko er overtatt

Pkt. 24.2.1 første avsnitt

Konsekvensen av at risiko er overtatt

Pkt. 24.1 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 løsningene selv.

- Ingen gradering av risikoen, som ved overføring av risiko for grunnforhold
- Vederlagsrisiko
- Overtar ikke utviklingsrisikoen (vil ikke være prosjekteringsfeil)
- Overtas skaderisikoen, jf. NS 8407 pkt. 49.3?

I forholdet mellom partene, er byggherren ansvarlig for skade på miljø, tredjemanns person eller eiendom når totalentreprenøren har fulgt fremgangsmåten som er beskrevet i kontrakten eller i senere instruks fra byggherren. Totalentreprenøren er likevel ansvarlig for skaden i den grad den skyldes unnlatt varsel etter 49.1 eller uaktsomhet hos totalentreprenøren

- Ja, dersom skade kan føres tilbake til prosjekteringsfeil omfattet av risikoovergangen

Unntaket for uriktige opplysninger

Pkt. 24.2.1 annet avsnitt

Unntaket for uriktige opplysninger

Pkt. 24.2.1 annet avsnitt

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.

- «den prosjekterende»

- *Marthinussen:*

Uten at det fremgår direkte av ordlyden må det samme gjelde der det er byggherren som har valgt løsningen uten å konferere med eller koble inn sine prosjekterende

- «har mottatt fra byggherre eller offentlige etater»

- Det er altså tale om opplysninger som byggherrens prosjekterende i forprosjektet har mottatt fra enten byggherre eller offentlige etater
- Hva med private institusjoner?
- Kan by på bevismessige problemer for TE

Unntaket for uriktige opplysninger

- Hva er uriktige opplysninger?
 - I alle fall alt som beviselig er feil
- Gode grunner for at unntaket for uriktige opplysninger må få anvendelse også ved tilbakeholdte, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger
 - Sml. NS 8407 pkt. 23.1 siste ledd (om grunnforhold)
«Dersom byggherren gir uriktige, mangelfulle eller ufullstendige opplysninger, jf. tredje ledd, har han risikoen for konsekvensene av dette, med mindre man kan gå ut fra at dette ikke har virket inn på tilbudet.»
- Ingen gode grunner til at regelen skal være annerledes ved risikoovergang for prosjektering
 - Kun aktuelt der opplysningssvikten får konsekvens
 - Entreprenøren vil neppe ha regresskrav mot rådgiver der feil kan føres tilbake til byggherrens opplysningssvikt i vid forstand
- Tolkning i tråd med alminnelige prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold, jf. NS 8407 pkt. 3
 - Handling eller unnlattelse egnet til å påføre entreprenøren økonomisk tap
 - Tap oppstår på en for skadelidte urimelig måte (subjektivt klanderverdig)
 - Synlig at handling/unnlattelse kunne føre til tap for entreprenøren

Byggherrens plikter overfor egen rådgiver

Pkt. 24.2.1 tredje avsnitt

Byggherrens plikter overfor egen rådgiver

Pkt. 24.2.1 tredje avsnitt

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

- Bestemmelse det ofte syndes mot fra byggherrens side ift. å aktivt innta bestemmelser i kontrakten
 - Men er det strengt tatt rettslig nødvendig med en formulering i UE-kontrakten om at man har rett til å overdra kravet mot den prosjekterende?
 - Fri rett til overdragelse av fordringer
 - Denne retten kan imidlertid begrenses gjennom avtale
 - Dette BH må være særlig oppmerksom på
- Konsekvenser av brudd på plikten er ikke regulert i standarden
 - Men vil være et kontraktsbrudd å ikke ha «sikret» denne muligheten

Betydningen av at entreprenøren ikke har regressmulighet mot rådgiver

- Formelle hindre
 - Byggherre og rådgiver har avtalt forbud mot transport av krav
 - Avtalte ansvarsbegrensninger som avviker fra standardkontrakten
- Ikke materielt grunnlag for krav mot rådgiver
 - Byggherren har selv valgt eller prosjektert løsning
 - Rådgiver har tatt forbehold/gjort forutsetninger overfor byggherre som ikke er videreført til entreprenør
- Manglende/reduisert dekningsmulighet hos rådgiver
 - Byggherre har ikke kontrollert at rådgiver har tegnet forsikring
 - Byggherre er kjent med at rådgiver har svak økonomi

Betydningen av at entreprenøren ikke har regressmulighet mot rådgiver

Pkt. 24.2.1 tredje avsnitt

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 om regressmulighet følger ikke av ordlyden
- Årsaken til at regressmulighet ikke foreligger trolig sentral
- Flere av typetilfellene omfattes trolig av unntaket for uriktige opplysninger, jf. pkt. 24.2.1 annet avsnitt
- Byggherre kan bli erstatningsansvarlig for entreprenørens tap på grunnlag av alminnelige erstatningsregler i kontrakt

Fristen for gjennomgang av materialet

Pkt. 24.2.2 første avsnitt

Fristen for gjennomgang av materialet

Pkt. 24.2.2 første avsnitt

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.

- Femukersfristen fravikes ofte i praksis (TE får kortere tid)
- Oversiktelse av fristen?
- Motsetningsvis regulert i andre avsnitt:

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

Entreprenørens gjennomgang av materialet

Pkt. 24.2.2 andre avsnitt

Entreprenørens gjennomgang av materialet

24.2.2 annet avsnitt

Dersom totalentreprenøren mener at det byggherren har gitt anvisning på ikke vil lede til oppfyllelse av de krav til kontraktsgjensstanden 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. Varsler totalentreprenøren innen fristen, overtar han ikke risikoen for denne delen av byggherrens materiale.

- Feil i byggherrens prosjektering som er temaet for gjennomgangen
- LB-2023-44642 (Vinpart):

Som det fremgår av ordlyden sitert ovenfor, er temaet for totalentreprenørens gjennomgang å avdekke om byggherrens prosjektering gir anvisning på noe som «ikke vil lede til oppfyllelse» av kontraktens krav. Det er med andre ord eventuelle feil i byggherrens prosjektering det er tale om.

Entreprenørens gjennomgang av materialet

- Henvisningen til pkt. 14 kan skape vanskelige spørsmål om risikofordeling
- Pkt 14:
 - 14.1: Avtalte krav
 - 14.2: Uspesifiserte deler
 - 14.3: Byggherrens formål mv.
 - 14.4: Lover, forskrifter og offentlige vedtak
 - 14.5: Allmenne normer mv
- Må leses i sammenheng med «det byggherren har gitt anvisning på»
 - Hva med f. eks krav som følger av byggherrens formål?

Varselets innhold

24.2.2 annet avsnitt

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

- Varsel må inneholde to elementer
 - Hvilke forhold det dreier seg om
 - Begrunne behovet for endringer
- Nordtvedt mfl., NS 8407 Kommentirutgave 2013 s. 354:

Det er m.a.o. ikke tilstrekkelig at han påpeker et forhold han mener inneholder en feil. Han må foreta en konkret vurdering og gi en begrunnelse for hvorfor forholdet må løses annerledes. Slikt krav kan synes strengt og vil nok i en del sammenhenger fordre at totalentreprenøren engasjerer rådgiver til å foreta gjennomgangen og begrunnelsen. På den annen side kan det anses nødvendig å stille strenge krav til varslene for å unngå generelle varsler og som fører til utvanning av den avtalte risikooverføringen og den prosessen som er nedfelt i punkt 24.2.1.

Entreprenørens gjennomgang av materialet

Eksempel:

Vi har avdekket at løsningen byggherren har valgt for oppbygging av takterrasse ikke vil la seg gjennomføre slik den er beskrevet i forprosjektet uten å være i strid med forskriftskrav. Byggherren har ved prosjekteringen i forprosjektet lagt feil krav til grunn for krav til taklast. Det vil derfor være behov for å omprosjekttere løsningen slik at den oppfyller kravene til taklast. Dette vil for eksempel kunne løses ved å forsterke dekket under takterrassen.

Entreprenørens gjennomgang av materialet

- Kan ikke ta forbehold for løsninger som ennå ikke er prosjektert eller gitt anvisning på i risikoovergangen
- Detaljprosjektering er TEs ansvar uansett
- Må også avgrenses mot risiko som uansett ligger hos byggherren (f. eks grunnforhold og det fysiske arbeidsunderlaget)

LB-2023-44642 (Vinpart – MBF):

Retten vil komme tilbake til dette forholdet konkret under det kravet det gjelder, men bemerker her at det MBF påpekte ikke kan anses som noen «feil». Det fremgår at MBF hadde oppdaget at eksisterende konstruksjon ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å oppfylle kravene til nytt bygg i funksjonsbeskrivelsen, og at dette var et forhold som ikke var omtalt i forprosjektet. På bakgrunn av det som er gjennomgått ovenfor kunne imidlertid ikke MBF forutsette at alle forhold var behandlet i forprosjektet, tvert imot. Dette forholdet gjaldt noe som ikke var prosjektert ennå, hvilket må anses som det normale utgangspunktet ved en totalentreprise. MBF synes på dette punkt, og en rekke andre tilsvarende, og ha forutsatt at tilbudsforespørselen inneholdt et tilnærmet ferdig prosjektert grunnlag. Retten mener at MBF ikke hadde noe grunnlag for å forutsette det.

Entreprenørens gjennomgang av materialet

- Må avgrenses mot forhold som kunne vært tatt forbehold om i tilbudet
- Risikoovergangen gir ikke en ny anledning til å ta forbehold som kunne vært tatt i tilbudet

LB-2023-44642 (Vinpart – MBF)

Det er etter dette ikke nødvendig for retten å ta stilling til om forholdene tatt opp i brevet av 28. august 2018 må anses som forbehold eller bare som presiseringer av hva MBF mente måtte avklares senere, evt. burde vært beskrevet i forprosjektet. Det kom uansett etter at avtale var inngått, og da var det ikke lenger anledning til å ta forbehold. På dette tidspunktet var det kun påpeking av feil i byggherrens prosjektering som kunne gitt grunnlag for endringskrav, jf. NS 8407 pkt. 24.2.2 annet ledd.

Takk for oss!



Fredrik Verling

E-post: fredrik.verling@dlapiper.com
Tlf: 419 16 573



Kjersti Lerkerød

E-post: kle@adeb.no
Tlf: 980 05 089

ARNTZEN
DEBESCHE

