

Overtakelse av prosjekteringsrisiko i totalentreprise, herunder uforutsette forhold

Helge Morten Svarva og Fatima Dahri

Entreprenørens forening, 27. februar 2020

Wiersholm

Agenda

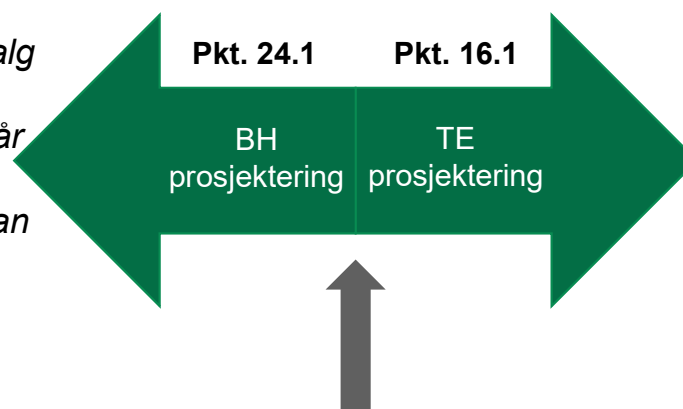
- 01 Problemstillinger - kort om bestemmelsene
- 02 Bakgrunnen for klausulen i pkt. 24.2
- 03 Virkningene av avtalt risikoovergang
- 04 Hvordan unngå eller begrense risikoen, herunder uforutsette forhold
- 05 Oppsummering og avslutning

Hovedregelen

- TEs kontraktsforpliktelse: Utførelse, samt stå for "all nødvendig prosjektering" for å levere kontraktsgjenstanden, jf. pkt. 16.1
- Kontraktens funksjonsfordeling: TE har utførelses- og prosjekteringsrisikoen, i utgangspunktet kun fra kontraktsinngåelsen, jf. pkt. 24.1

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.»

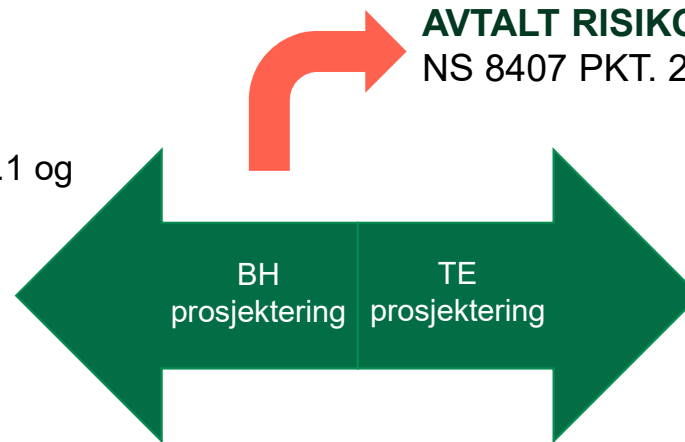


Pkt. 16.1:

«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.»

Unntaket – temaet for foredraget

- Risikofordelingen endres ved at partene avtaler at totalentreprenøren skal ha risikoen for prosjekteringsmaterialet utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse
- Krav til særskilt avtalegrunnlag
 - Risikooverføringsklausuler
 - Tilstrekkelig å fravike pkt. 24.1 og henvise til pkt. 24.2.1



AVTALT RISIKOOVERGANG
NS 8407 PKT. 24.2

Pkt. 24.2.1 (1):

«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 prosjertert eller valgt løsningen selv.»

Hva er prosjektering?

- Ikke definert i NS 8407

- NS 8405 pkt. 19.2:

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

- LB-2017-177705:

«...entreprisekontraktens bestemmelser om tiltransport av ansvaret for "prosjekteringsmateriale og valgte løsninger" (...) innebærer [ikke] at Bermingrud har påtatt seg ansvaret for eventuelle feil i salgsprospektet. Bestemmelsen innebærer at entreprenøren har overtatt risikoen for byggherrens tidlige prosjektering (...). Salgsdokumentasjonen overfor boligkjøperne er ikke en slik prosjektering. Heller ikke bestemmelsen om varsling i NS 8407 punkt 24.2.2, kan derved komme til anvendelse.»

Wiersholm



02 Bakgrunnen for bestemmelsen

Hvorfor avtale overtakelse av prosjekteringsrisiko?

Forutberegnelighet om sluttkostnader og ferdigstillelse



Tredjeparter med interesse i prosjektet
- Overføre krav – TE fulle ansvar



KOMMERSIELLE HENSYN

"Forhandlingsbalansen" i markedet
- Praktisk viktig
- Forbehold problematisk



Unngå vanskelige grensesnittspørsmål
- TE bedre egnet



Utfordringer og bakgrunnen for pkt. 24.2



Risikovurdering

Begrensede muligheter til reell vurdering og kontroll av risikoen før avtaleinngåelsen



Urimelig risikofordeling – forskyvning av balansen

TE påtar seg en ukjent risiko



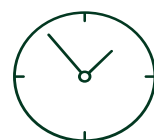
Ressurs- og tidkrevende

Tilbudskonkurranse – usikkert om TE blir tildelt kontrakten



Utsettes for økonomiske og fremdriftsmessige konsekvenser

Ikke hensyntatt i tilbudet – og heller ikke krav på frist- og vederlagsjustering



Kort tilbudsfrist

TE bruker tiden på å utarbeide tilbudet



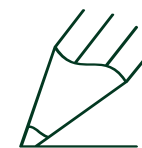
NS 3431 regulerte ikke situasjonen

Uklarheter om rekkevidden og tvisteskapende



Påslag

Men forutsetningene for en realistisk prising reduseres



Bakgrunnen for NS 8407 pkt. 24.2

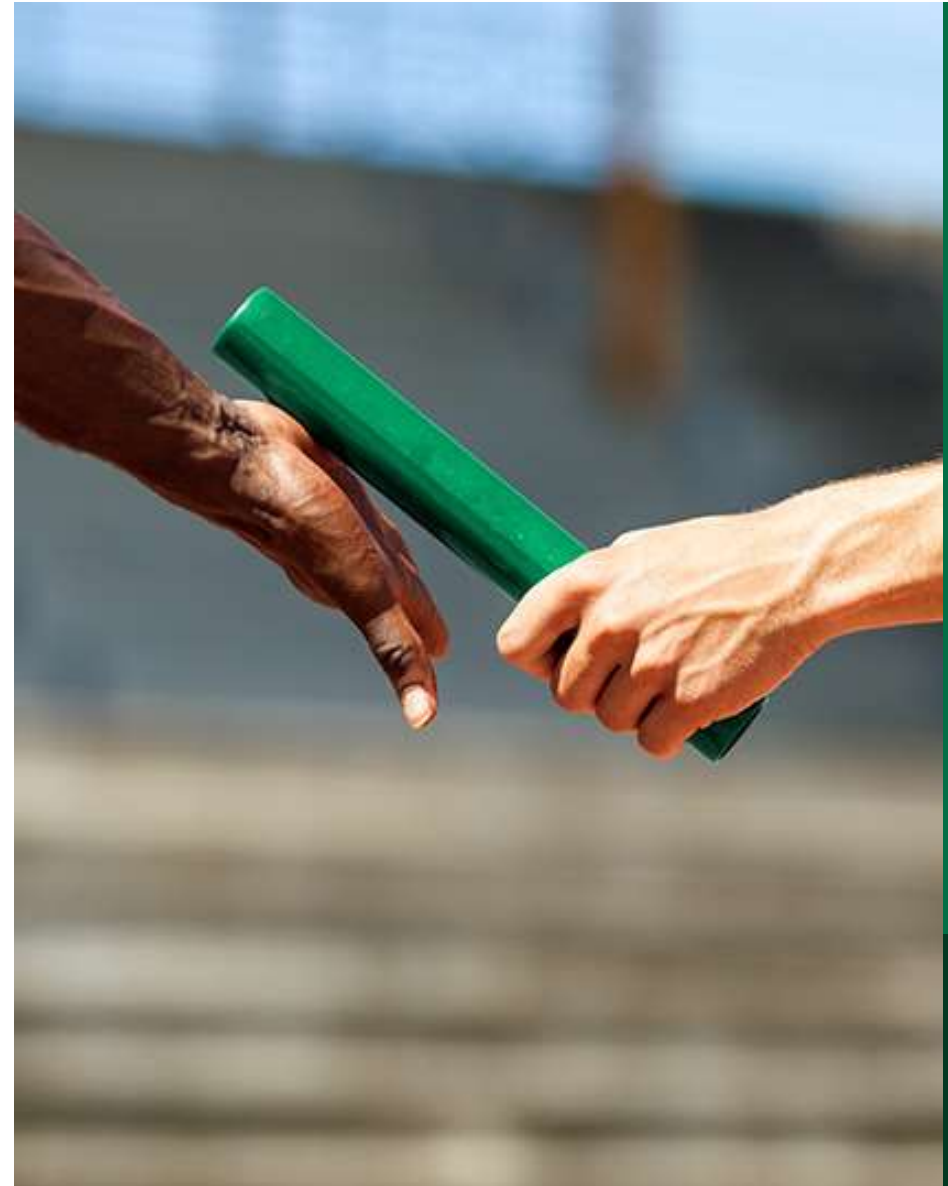
Retningslinjer i protokollen

Protokollens anbefalinger

- Pkt. 24.2 en unntaksregel (?)
- Forutsettes kun anvendt hvor TE har reell mulighet til å vurdere og håndtere risikoen:

*«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.(...)»*

- Hvor det vesentlige av prosjekteringen gjenstår (avsluttet forprosjekt/rammetillatelse)
 - Hvor TE har god innsikt i prosjekteringen
- Praksis: Risikooverføring forekommer utenfor situasjonene som protokollen forutsetter



03 Virkningene av avtalt risikoovergang

Virksomninger av avtalt risikoovergang

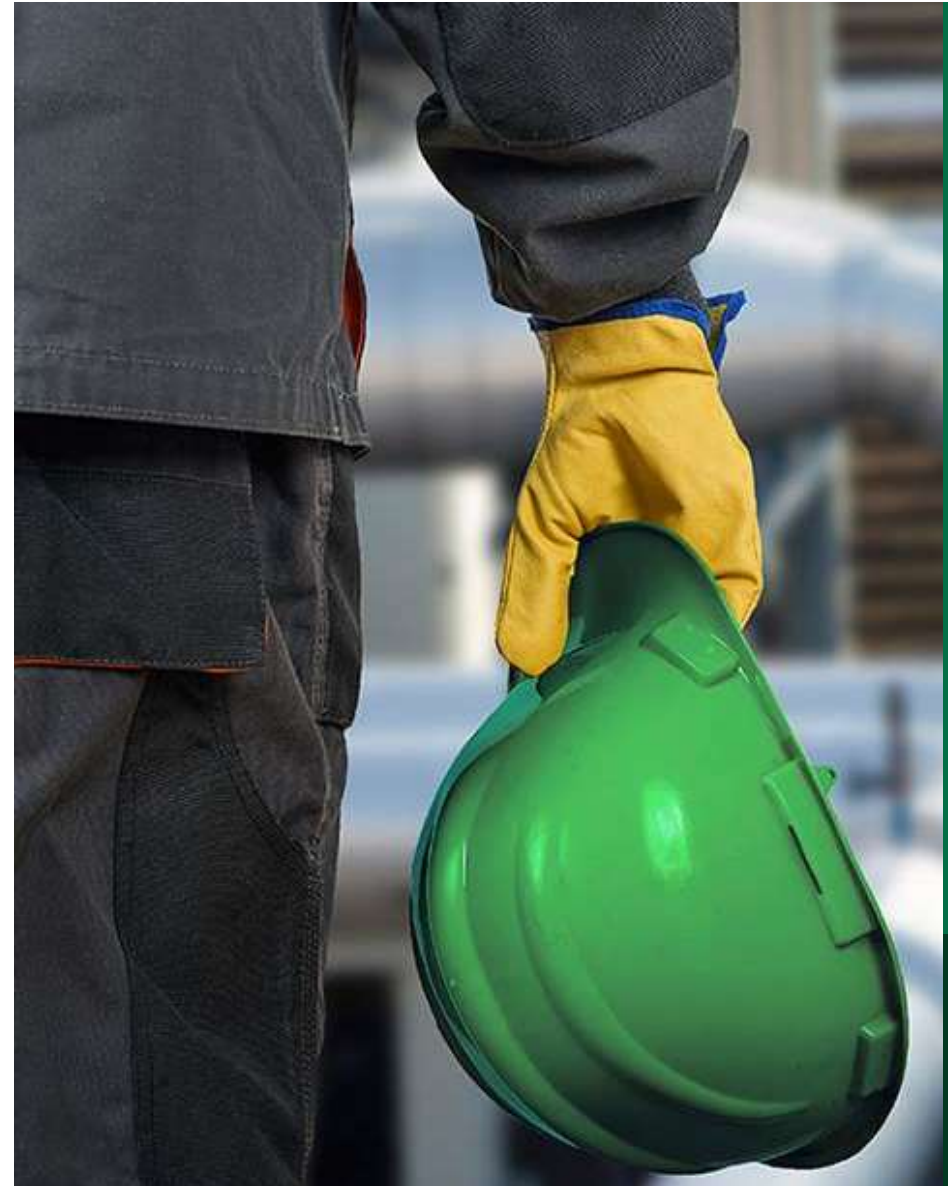
- Viser seg først når prosjekteringsmaterialet svikter
- TE stilles "som om han hadde prosjektert eller valgt løsningen selv"
 - Kan verken kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering
 - Må overvinne følgende av svikten på egen regning
 - Forsinkelse og/eller mangel
- Vederlagsrisikoen flyttes i stor grad
- **Hvordan risikoen kan begrenses? →**



04 Hvordan unngå eller begrense risikoen, herunder uforutsette forhold

Begrensninger

1. Etterfølgende kontroll, jf. pkt. 24.2.2 (2)
2. Krav mot den prosjekterende, jf. pkt. 24.2.1 (3)
3. Unntak for "uriktige opplysninger", jf. pkt. 24.2.1 (2)
4. Bakgrunnsretten (opplysningsplikt), jf. pkt. 3
5. Protokollen?
6. Avtalemekanismer: TEs forutsetninger og forbehold
7. Kan uforutsette forhold representere en begrensning i TEs ansvar?



1. Etterfølgende kontroll – TEs varsel

Fristens utg. og lengde

- NS 8407 pkt. 24.2.2 (1) gir TE en etterfølgende kontrolladgang
- Frist: Fem uker
- Fristens utgangspunkt:
 - Avtaleinngåelsen
 - Forutsatt at prosjekteringsmaterialet er overlevert

Utfordringer

- Gjennomgangen er ofte summarisk
- I enkelte tilfeller ikke eksisterende
- Varierende kontrollmuligheter
- Ressurskrevende
 - Kostnadene bør innkalkuleres i tilbudet

Krav til varselet

- Feil som oppdages må varsles jf. pkt. 24.2.2 (2)
 - Presisere hvilke forhold det dreier seg om
 - Begrunne behovet for endringer
- Generelle forbehold?
 - Vil ofte anses uvirksomme
 - Formålet med risikooverføringen

Virkninger av varselet

- Risikoen for feilen forblir på BHs hånd, jf. pkt. 24.2.2 (2)
- BH skal besvare varselet, jf. pkt. 24.2.2 (3)
 - Svaret avgjør den endelige risikoplasseringen for løsningen og hvilke krav TE kan gjøre gjeldende

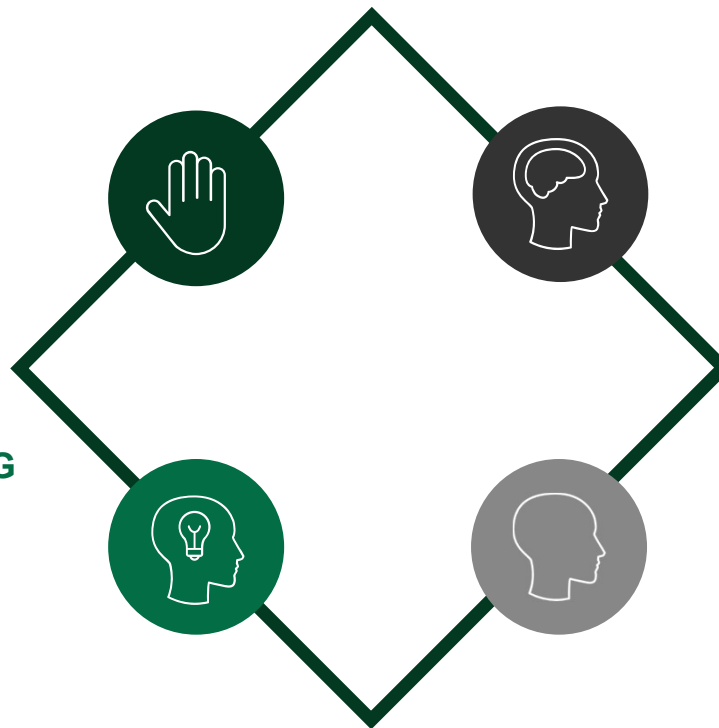
1. Etterfølgende kontroll - BHs svarplikt

BH FASTHOLDER LØSNINGEN

- BH har risikoen for sitt valg

BH PÅLEGGER EN NY LØSNING

- BH har risikoen for sitt valg
- Hvis det innebærer en endring skal BH utstede endringsordre, jf. pkt. 31.3 jf. pkt. 24.2.2 (4)



BH ENIG I VARSELET

- TE har risikoen
- Hvis det innebærer en endring skal BH utstede endringsordre, jf. pkt. 31.3 jf. pkt. 24.2.2 (4)
- BFJR 638 (2018)

BH FORHOLDER SEG PASSIV

- "Må (...) uten ugrunnet opphold besvare varselet og gi beskjed"
- Ikke regulert i NS 8407
- Krav om fristforlengelse, jf. pkt. 33.1 c

2. Krav mot den prosjekterende

- BH skal transportere ev. krav mot den prosjekterende til TE, jf. 24.2.1 (3)
- TE har rett til å fremsette direktekrav mot den prosjekterende
- Utfordringer:
 - Ansvarsgrunnlagene for den prosjekterende og TE er forskjellige
 - Beløpsmessig ansvarsbegrensning: 60G/150G, jf. NS 8401/8402 pkt. 13.3/10.3
 - NS 8402: Ikke regler om direktekrav mot den prosjekterendes underrådgivere, jf. HR-2018-2256-A
 - TE har ikke forhandlet kontrakten med den prosjekterende
- TE ikke fullt ut sikret mot et potensielt økonomisk tap
- Hva hvis BH ikke sørger for transport av eventuelle krav?
 - Antatt i teorien at BH ikke kan fremsette krav mot TE for feilen og at TE ev. kan fremsette krav mot BH

3. "Uriktige opplysninger"

- TE har ikke risikoen for "uriktige opplysninger" fra byggherren eller offentlige etater, jf. pkt. 24.2.1 (2)
- Unntak: TE har likevel risikoen hvis TE burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang etter pkt. 24.2.2
- Både feilaktige og misvisende opplysninger er omfattet
 - Identifikasjonsproblematikk?
- F.eks. RG-2012-400: Arkitekt mottatt uriktige opplysninger fra offentlige kart – BHs krav førte ikke frem

Mulig å fravike regelen i pkt. 24.2.2?

Generelle forbehold

- Skal tolkes innskrenkende, jf. Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei):

*«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.»*

Kan uttrykkelig fravikes

- Skille mellom opplysninger som er gitt:
 - (i) i aktsom god tro/ved simpel uaktsomhet
 - (ii) forsettlig/ved grov uaktsomhet
- Klarhetskrav
- Kan uttrykkelig fravike regelen i pkt. 24.2.1 (2)

4. Bakgrunnsretten: BHs opplysningsplikt

BH har en generell opplysningsplikt

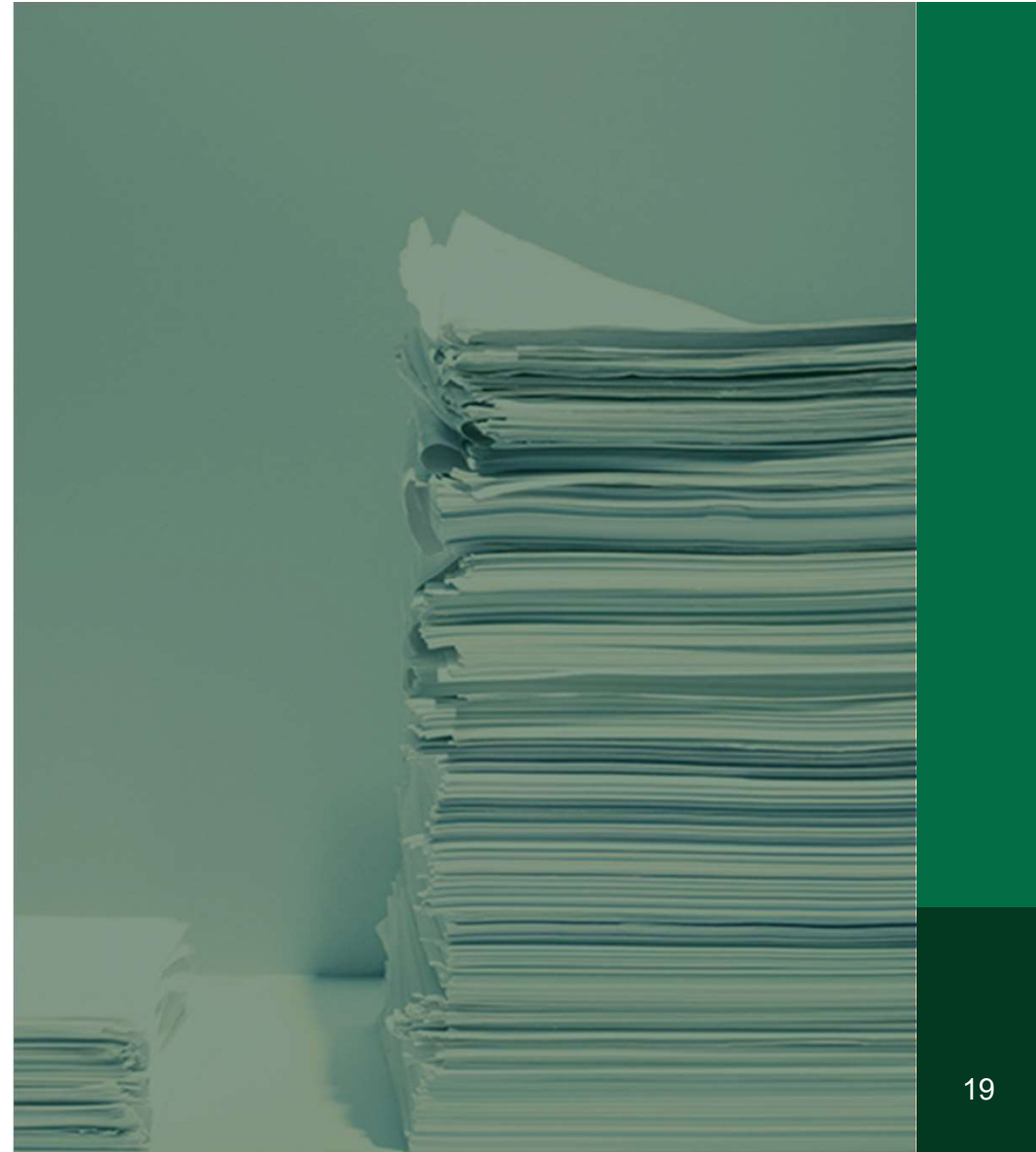
- Alminnelig lojalitetsplikt, jf. pkt. 3
- Strengt krav til at opplysningene i anbudsdokumentene er korrekte og fullstendige, jf. Rt-2007-1489 (Byggholt)
- Særlig når kontrakten legger betydelig risiko på TE og BH sitter på hele grunnlags- og opplysningsmaterialet, jf. LA-2012-21676 og Rt-2010-1345 (Oslo Vei)
- Konkurransesituasjonen – streng aktsomhetsplikt



4. Bakgrunnsretten: BHs opplysningsplikt forts.

Konsekvenser ved brudd på opplysningsplikten

- Ikke regulert i NS 8407
- Feil som BH selv har bidratt til og er nærmest til å bære risikoen for
- Full risikooverføring til tross for illojalitet?
 - I strid med partenes forutsetninger
 - Rokker ved den grunnleggende balansen
- Tendens i rettspraksis: Underkjenne ansvarsfraskrivelser
- Tilsier unntak for prosjekteringssvikt som kan tilbakeføres til opplysningssvikt fra BH. Konflikt eller supplement til 24.2.1 (2)?



5. Protokollen – kan den vektlegges?

- Prekontraktuelt dokument - anbefalinger
- Ingen materielle begrensninger, men protokollen fraråder omfattende endring av risikobalansen
- Klare anbefalinger om *når* risikooverføring bør finne sted
- Protokollen forutsetter anvendelse uten 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.»
- Retningslinjene vil kunne utgjøre et sentralt tolkningsmoment
- Illojalitet: Rimelighetssensur v/innskrenkende fortolkning.

«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.»

6. Avtalemekanismer: TEs forutsetninger og forbehold

Utgangspunkt: Foreligger klausul om risikooverføring av prosjekteringsansvaret

TEs forutsetninger:

- Kan utgjøre et tolkningsmoment
- Forutsatt at forutsetningene er synliggjort med tilstrekkelig notoritet, jf. f.eks. LB-2010-27697
 - «*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.***»
- Alternativt bristende forutsetninger

TEs forbehold:

- Praktisk å innta forbehold for å begrense omfanget - for eksempel forbehold mot:
 - En spesifikk løsning
 - Deler av prosjekteringsmaterialet
 - "Vesentlige avvik"

Forhandlingsposisjonen og reglene om offentlige anskaffelser reduserer muligheten til å kreve begrensninger og egne betingelser

7. Uforutsette forhold

Behov for endret prosjektering og utførelse (TE overtatt prosjekteringsrisikoen)

- **Pkt. 23.1:** Uforutsette grunnforhold som BH er ansvarlig for - opphever ikke avtalt risikofordeling – TE har risikoen for den nye prosjekteringen
 - LE-2017-113189
- **Pkt. 23.2:** Uforutsette grunnforhold som TE er ansvarlig for - omfatter ikke vesentlige avvik
- **Pkt. 14.4 og 15.2:** Endret lovgivning eller offentlige vedtak etter tilbud – endringskrav med mindre TE burde tatt i betraktning og unngått følgene
- **Pkt. 31.1:** Endringsreglene - krav på tilleggsvederlag og/eller fristforlengelse
- **Pkt. 33.3:** Force majeure - krav på fristforlengelse, ikke tilleggsvederlag
- **Bristende forutsetninger:** *"Det har lenge vært hevdet som en sikker setning innen entrepriseretten, at vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed en vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort m.h.t. tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten"* (Hagstrøm/Rt-1999-922)

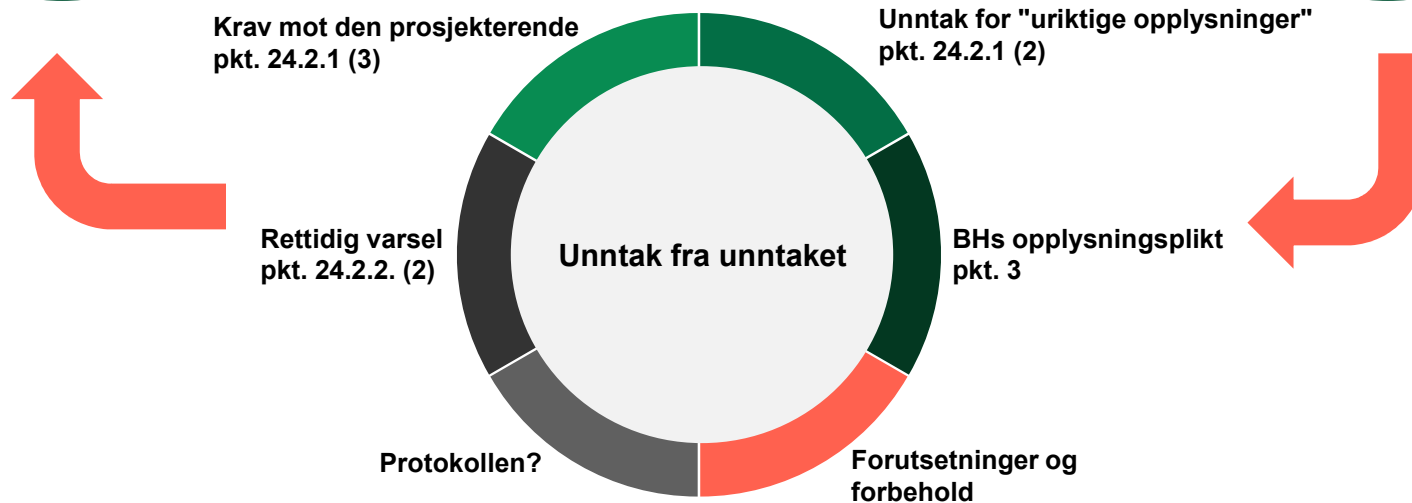
05 Oppsummering og avslutning

Oppsummering

NS 8407 pkt. 24.1



NS 8407 pkt. 24.2



Avsluttende bemerkninger

- Reglene i NS 8407 pkt. 24.2 kan virke prosessbesparende
- 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
- Har standarden medført økt risikooverføring? Og i strid med protokollens forutsetninger?
- Vår anbefaling er at partene lojalt legger standardens hovedregel til grunn eller pkt. 24.2 iht. protokollens forutsetninger og med forbehold for vesentlige avvik

Takk for oppmerksomheten



Helge Morten Svarva

PARTNER
hms@wiersholm.no
+47 900 79 735



Fatima Dahri

ADVOKAT
fada@wiersholm.no
+47 482 38 423

wiersholm.no

Wiersholm