

# Prosjekteringsrisiko i totalentrepriser

*Entrepriserettsforeningen i Bergen*



4.12.2019 | Advokat Ole Christian Hyggen

SCHJØDT

# OM SCHJØDT

Schjødt er et av Norges største forretningsjuridiske advokatfirmaer med over 180 advokater og kontorer i Oslo, Stavanger, Bergen, Ålesund og London. 1. januar 2020 fusjonerer Schjødt med svenske Hamilton, og øker da med ytterligere 65 advokater. Sammen kan vi tilby en fullservice praksis for offentlige og private aktører med virksomhet eller interesser i Norge.

- Vi er stolte av vår lange tradisjon som en viktig bidragsyter i Norges viktigste transaksjoner, rettsvister og juridiske utviklinger.
- Vi kan vise til enestående resultater i retten. 16 av våre advokater har møterett for Høyesterett og har prosedert 26 viktige saker i Høyesterett de to siste årene.
- Schjødt har ni advokater med doktorgrad og mer enn 50 % av våre advokater har juridisk utdanning og/eller arbeidserfaring fra utlandet med et utstrakt samarbeid med advokatfirmaer globalt.
- Våre advokater har utgitt en rekke bøker og publikasjoner som anses å være ledende rettskilder innen deres respektive fagområder.
- Schjødts advokater bistår i de største og mest komplekse transaksjonene og har gjennom de siste ti årene bistått i flere transaksjoner enn noe annet norsk advokatfirma. (kilde: Mergermarket)
- Vi bistår som juridisk rådgiver ved en betydelig andel av børsnoteringene i Norge, og har bistått ved over 50 gjennomførte børsnoteringer siden 2006.



# OPPLEGG FOR FOREDRAGET

- Om totalentreprise og risikobegrepet
- Funksjonsfordeling og kontraktstolkning
- Kontraktens beskrivelse som grunnlag for risikofordelingen
- Overføring av risiko for byggherrens prosjektering

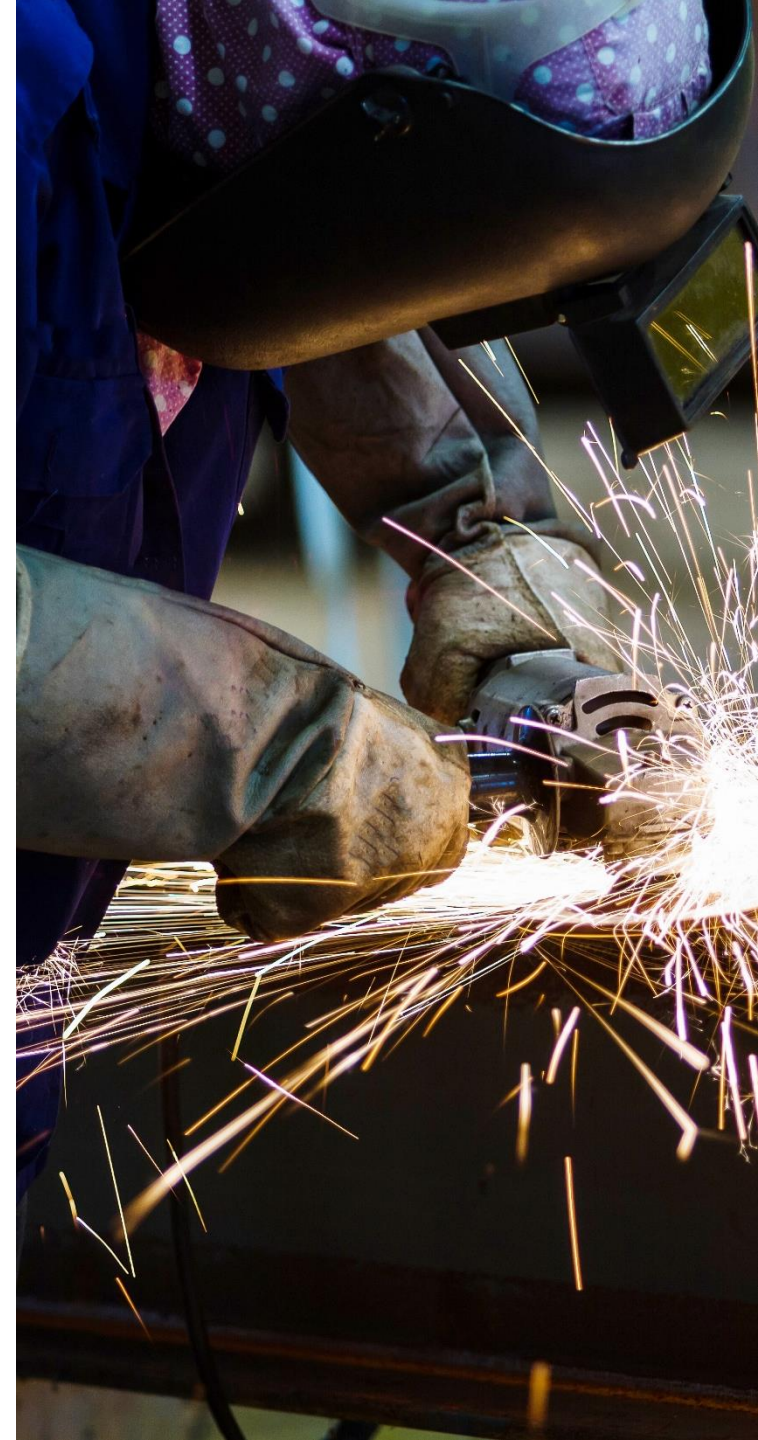


The background of the slide is a photograph of an asphalt road with white painted markings, including a solid line and a curved arrow. A semi-transparent purple rectangle is overlaid on the center of the image, containing the text.

# I. OM TOTALENTREPRISE OG RISIKOBEGREPET

# TOTALENTREPRISE

- Fordel: Entreprenørene kan påvirke byggemetoder og løsninger.
- Gir lavere pris for BH og høyere fortjeneste for entreprenøren.
- Fordrer at prosjekteringen ikke er ført for langt.  
Stor variasjon i grad av prosjektering på tilbudsstadiet.



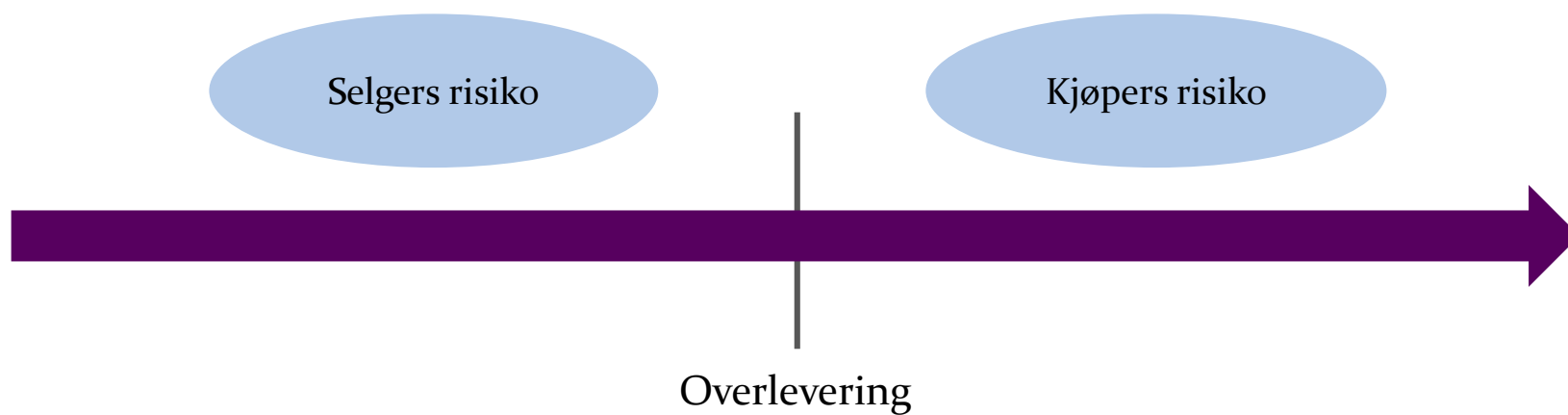
# RISIKOBEGREPET

- Hva er «prosjekteringsrisiko»?
  - Risikoen for at den prosjekteringen som gjøres, oppfyller kontraktens krav (misligholdssiden)
  - Risikoen for kostnadene med den prosjektering som er påkrevd for å oppfylle kontraktens krav (vederlagssiden)
  - Til sammen vanligvis omtalt som vederlagsrisikoen
- Risiko vs. ansvar
  - Begrepet «ansvar» er mer upresist og flertydig enn «risiko»
- Ansvar for BHs eller TEs konsulent er et tema som er avledet av risikoplasseringen mellom BH og TE

The background of the slide features a blurred, artistic photograph of a beach. The lower portion shows the dark, rhythmic lines of waves crashing onto a sandy shore. The upper portion is a bright, hazy sky. A solid purple rectangular box is centered over the image, containing the title text in white, serif, all-caps font.

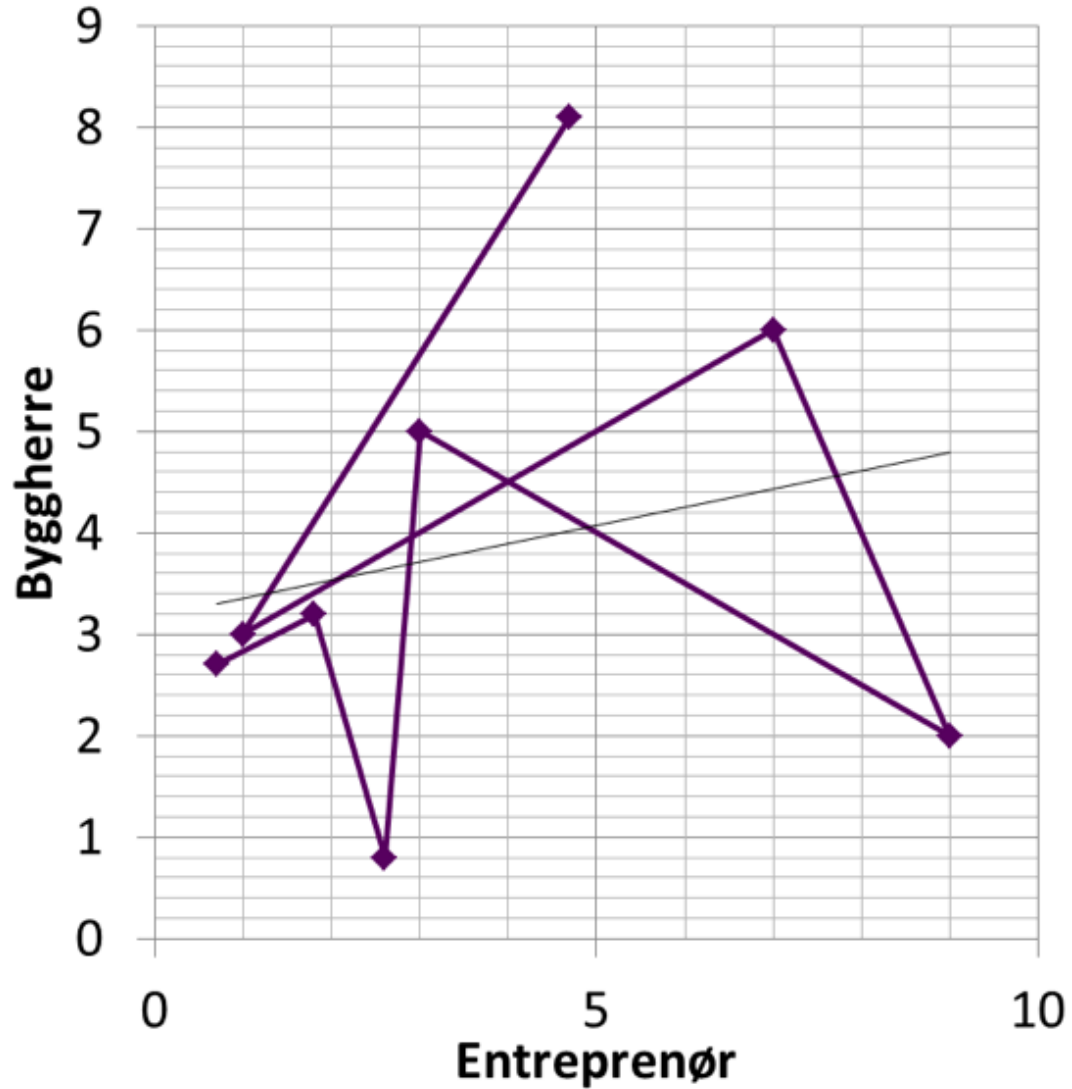
## II. FUNKSJONS- FORDELING OG KONTRAKTSTOLKNING

# RISIKOPROBLEMET I KJØPSKONTRAKTER





# RISIKOPROBLEMET I ENTREPRISEKONTRAKTER



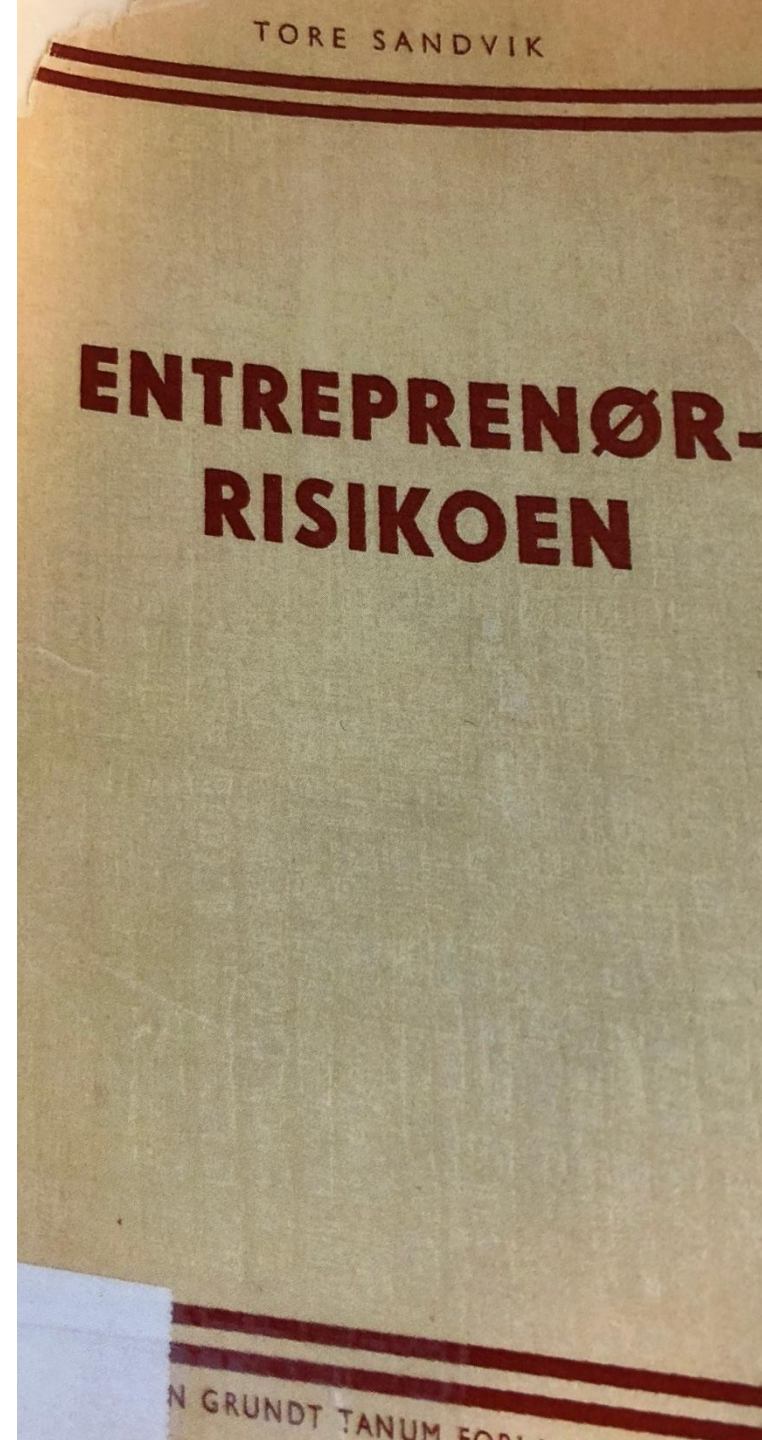
# MANGE ULIKE KOMBINASJONER AV HVOR SENTRALE FUNKSJONER KAN TENKES PLASSERT

Funksjon	BH	TE
Kostnad	X	X
Tomt	X	o
Grunnundersøkelser	X	o
Beskrivelse av leveransen	X	
Tillatelser	X	X
SHA	X	
HMS		X
Prosjekteringsforutsetninger	o	X
Prosjektering	o	X
Valg/innkjøp av materialer	o	X
Utførelse	o	X

# TORE SANDVIK: ENTREPRENØRRISIKOEN

S. 112:

*«En analyse av risikofordelingen forutsetter derfor en gjennomgåelse av hvert enkelt kontraktsforhold, og en undersøkelse av de bestemmelser om byggearbeidets art og omfang og om vederlagsberegningen som kontrakten inneholder, med henblikk på å fastslå hvilken innsats entreprenøren plikter å yte for det betingede vederlag.»*



# OVERORDNET ER DET SNAKK OM KONTRAKTSTOLKNING

- I og med at partene regulerer risikoen spesifikt i den enkelte kontrakt, vil svaret på et risikospørsmål alltid ligge i en tolkning av kontrakten
- Reelle hensyn kan spille inn i tolkningen
  - Hvem av partene har best muligheter for å forebygge/avdekke risikoen?
  - Ofte lik grad av kompetanse/profesjonalitet på begge sider
- Overføring av risiko krever klar hjemmel, jf. Hagstrøm og Monier-dommen fra 1917
- Samsvar mellom valgfrihet og risiko
  - Grunnleggende: Den som velger løsningen, har risikoen for den
  - Entreprenørens gevinst i en tot.entreprise ligger mye i valgfriheten
  - Fratas entreprenøren valgfriheten, har han heller ikke risikoen

A large, rusted metal anchor is shown on a concrete surface. The anchor has a prominent curved fluke and a shank. The word "BEAN" and the number "X54" are stamped on the fluke. A purple rectangular box is overlaid on the center of the anchor, containing white text. The background is a grey concrete surface with some debris and a rope running across it.

III. KONTRAKTENS  
BESKRIVELSE SOM  
GRUNNLAG FOR  
RISIKOFORDELINGEN

# NÅR KAN BESKRIVELSE LEGGES TIL GRUNN FOR PLASSERING AV RISIKOEN?

- Utgangspunkt: NS 8407 pkt. 24.1: BH har risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som framgår av konkurransegrunnlaget



# PROBLEM 1: FORHOLDET MELLOM TILBUDSGRUNNLAGETS LØSNINGER OG TEs PROSJEKTERINGSANSVAR

- Case: Prosjekterte løsninger i tilbudsgrunnlaget kan ikke gjennomføres, og påfører TE ekstrakostnader eller mangelsansvar
- *Kan TE ha prosjekteringsrisikoen selv om løsningen er beskrevet i konkurransegrunnlaget?*
- Positivt beskrevne løsninger eller fravær av løsninger?
- Skal-krav?
- Ev: kan beskrevne løsninger i tilbudsgrunnlaget oppfattes slik at det kun gjenstår detaljprosjektering?
- BH har muligheten til å overføre risikoen for prosjektert materiale. Når han ikke gjør det, kan det være et argument for at risikoen forblir hos BH.

# OMFANG AV BYGGHERRENS PROSJEKTERING

## Varianter av kontrakter

Pris- og  
design/samspill

Minimalt  
prosjektert

Detaljert  
prosjektert

Stort  
mulighetsrom

Middels  
mulighetsrom

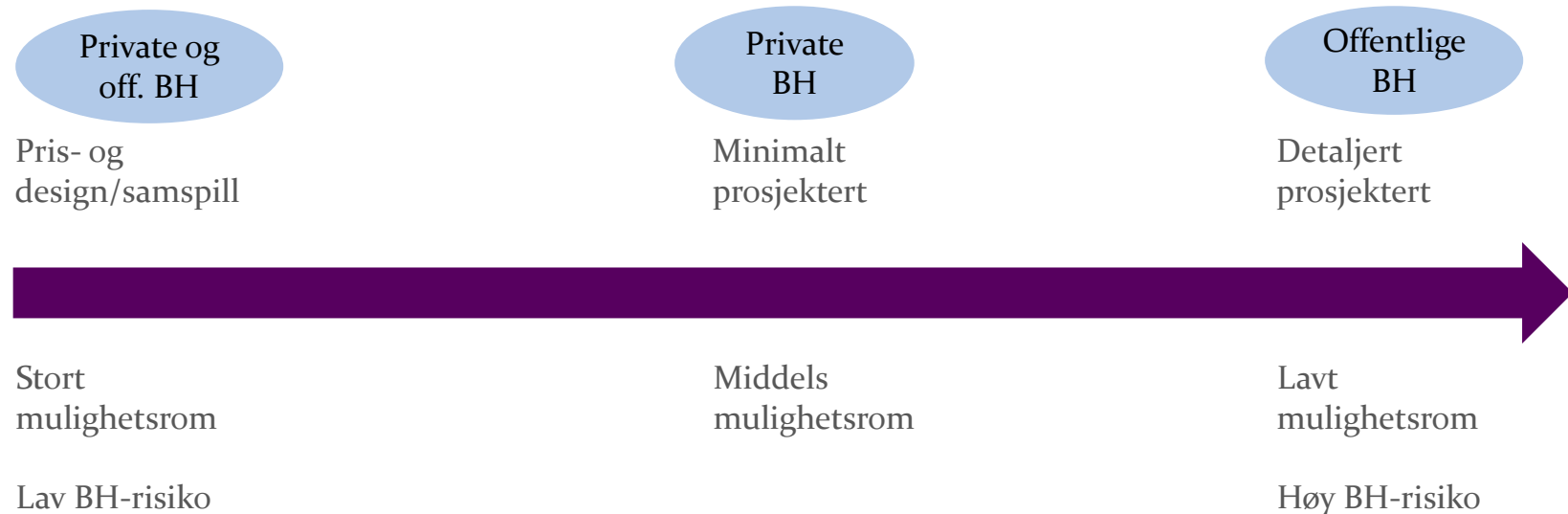
Lavt  
mulighetsrom





# OMFANG AV BYGGHERRENS PROSJEKTERING

## Varianter av kontrakter



## EKSEMPEL FRA RETTSPRAKSIS

- Skedsmo kommune – Kruse Smith, bo- og omsorgssenter
- Arkitektkonkurransen med etterfølgende detaljering av vinnerkonseptet til et forprosjekt som ble ført fram til rammetillatelse – deretter utlysning av totalentreprise
- KS krevde endring pga vertikal deling i brannseksjoner
- Kommunen anførte prinsipalt at KS hadde overtatt risikoen for BHs prosjektering, subsidiært at det var entreprenørens ansvar å prosjektere ferdig bygget basert på funksjonskravene

## FORTS.

- Opplyst i konk.grunnlaget at brannkonseptet var av «orienterende karakter» og ikke kunne «regnes som prosjektering»
- Tingretten kom til at entreprenøren ikke hadde overtatt risikoen for byggherrens prosjektering, MEN:

## FORTS.

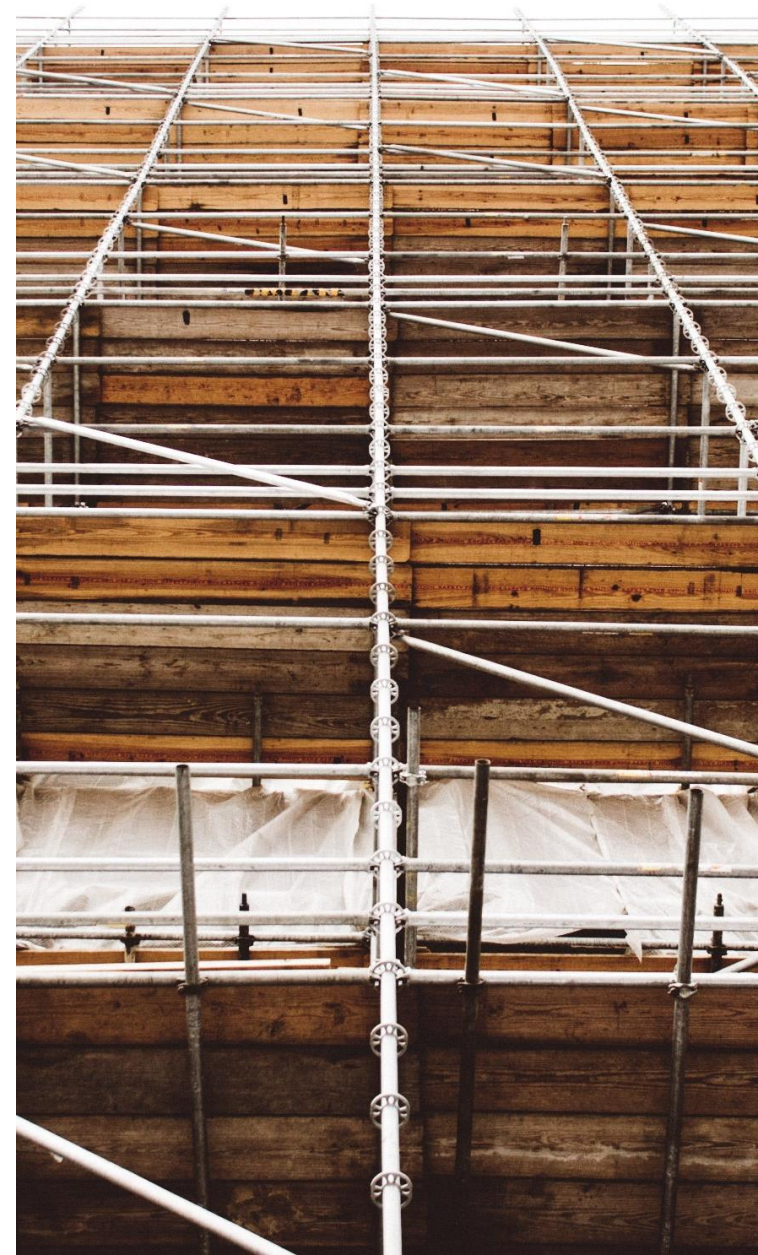
- Tingrettens flertall la til grunn at tilbudsgrunnlaget «*kun gir uttrykk for en overordnet og generell angivelse av kravene til brannsikkerhet og at dette ikke kan leses som en ferdig prosjektert brannstrategi ... Det var således Kruse Smith sitt ansvar som totalentreprenør å prosjektere brannstrategien i henhold til tilbudsgrunnlagets funksjonsbeskrivelse, herunder å oppfylle aktuelle offentlige myndighetskrav.*»
- Mindretallet viste til at konkurransegrunnlaget ga svært klar veiledning om hva kommunen ønsket pris på, og at det var angitt hva som skulle være brannceller, rømningsveier og krav til overflater

# NOEN OBSERVASJONER

- Dobbeltkommunikasjon fra byggherren!
- Problematisk at risikoen for prosjekteringen i forprosjektet overføres på en uklar måte
- Lite lojalt mot systemet i NS 8407 om overføring av risiko for byggherrens prosjektering
- Hvorfor legger BH et uferdig brannkonsept inn i konkurransegrunnlaget?
- Advokatens perspektiv: De gule lampene blinket ut fra hvordan BH hadde valgt å formulere seg



ANDRE MOMENTER SOM  
KAN VÆRE RELEVANTE  
FOR SPØRSMÅLET OM  
HVEM SOM HAR RISIKOEN  
FOR PROSJEKTERTE  
LØSNINGER I  
KONKURRANSEGRUNNLA  
GET



# AKTIVITETSPLIKT FOR TILBYDERNE FØR TILBUDSFRIST?

- Et spørsmål om hvor langt den prekontraktuelle lojalitetsplikten strekker seg
- Mika-dommen: Tilbyderne kan ikke ved «*enhver mulig uklarhet*» legge til grunn den forståelsen av konkurransegrunnlaget som er i vedkommendes interesse
  - Men kan påberope seg en reell uklarhet
- Staten anførte at Mika hadde en plikt til å avklare uklarhet i konkurransegrunnlaget med oppdragsgiver
  - Det tok ikke HR stilling til
- Hva kan ev. endres? Ikke-vesentlige forhold

# BESTEMMELSER I KONKURRANSEGRUNNLAGET

- Typisk:

*«Dersom en tilbyder oppdager mangler eller uklarheter i konkurransegrunnlaget som har betydning for prissettingen eller tidsfrister, plikter han umiddelbart å varsle byggherren om dette.»*

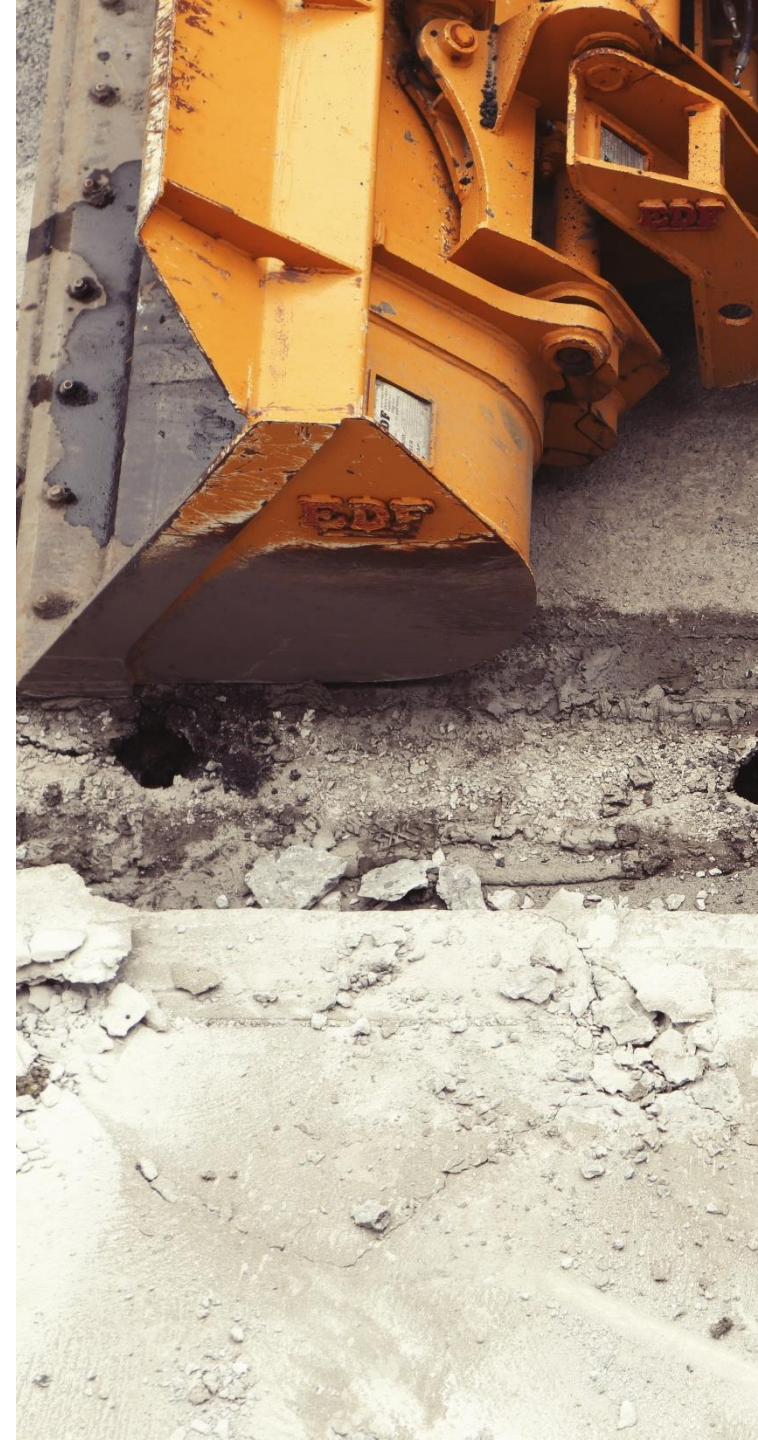
- Hvilken rettslig betydning?

- Byggholt premiss 73 og 74: *«Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av konkurransegrunnlaget.»*
- At det noen ganger kan være hensiktsmessig for tilbyderne å varsle, er en annen sak
  - Tilbyderne er redd for å miste en konkurransefordel, og gjør det derfor ikke
- Hensynet til likebehandling og at oppdragsgiver skjerpes ved utarbeidelse av konkurransegrunnlag, taler for at feil i KG er oppdragsgivers risiko



# ANDRE MOMENTER

- Konkurransesgrunnlaget kan definere hvilken status opplysningene har
- Bane NOR gjør dette i sine nye maler
- Bane NOR tar bare risikoen for riktigheten av opplysningene i Del I, ikke Del II
  - Grunndata i Del I
  - Tolkning av grunndata i Del II



# MODIFISERING AV BH-RISIKO

- TE har en undersøkelsesplikt i produksjonsplanleggingen som skal avdekke feil i BHs prosjektering
- NS 8407 pkt. 25.1: Avdekke forhold som kan forstyrre framdriften
- NS 8407 pkt. 25.2: Avdekke om byggherrens prosjektering fører til det resultatet BH har angitt i kontrakten
- Ved manglende varsling kan TE pådra seg erstatningsansvar



# PROBLEM 2: «BELTE- OG BUKSESELE-SPEKK»©

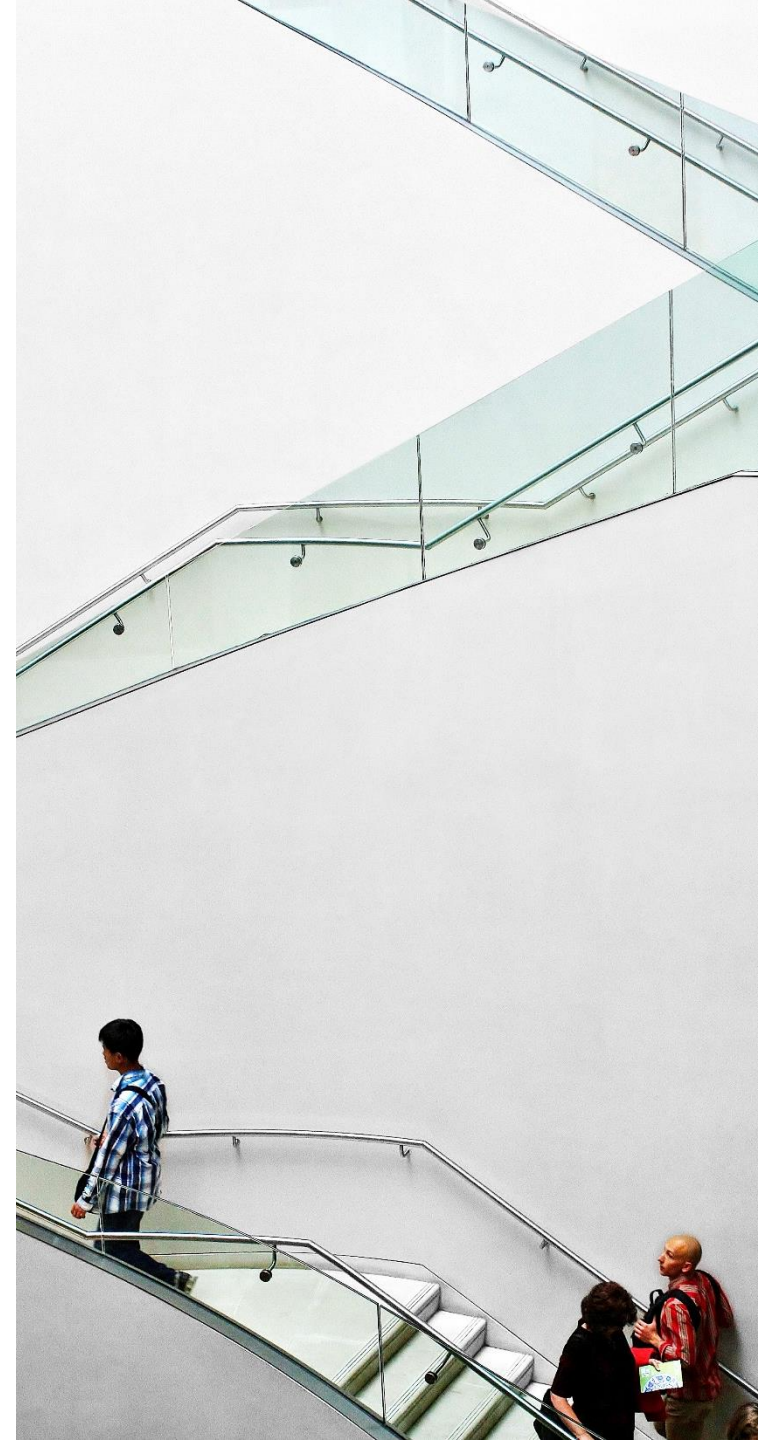
- Case: Konkurranses grunnlaget inneholder både funksjonskrav og spesifikasjoner.
  - TE leverer iht spesifikasjonen, men ikke funksjonen.
- Eks: Dørskjema i strid med funksjonskrav
- Løses normalt gjennom motstridsreglene
  - Yngre dok foran eldre
  - Spesielt foran generelt
- Når TE ikke har valgfriheten, har han normalt heller ikke risikoen



IV. OVERFØRING AV  
RISIKO FOR  
BYGGHERRENS  
PROSJEKTERING

# RETTSLIG UTGANGSPUNKT

- NS 8407 pkt. 24.2.1: Partene kan avtale at TE overtar risikoen for den prosjektering byggherren har gjort i forprosjektet
- Hvilken risiko som er overført, er i utgangspunktet et konkret tolkningsspørsmål
- Protokollen til NS 8407 anbefaler at prosjekteringen ikke har kommet lenger enn til rammetillatelse
- Tiltransport og overføring av risiko for prosjektering er to atskilte forhold



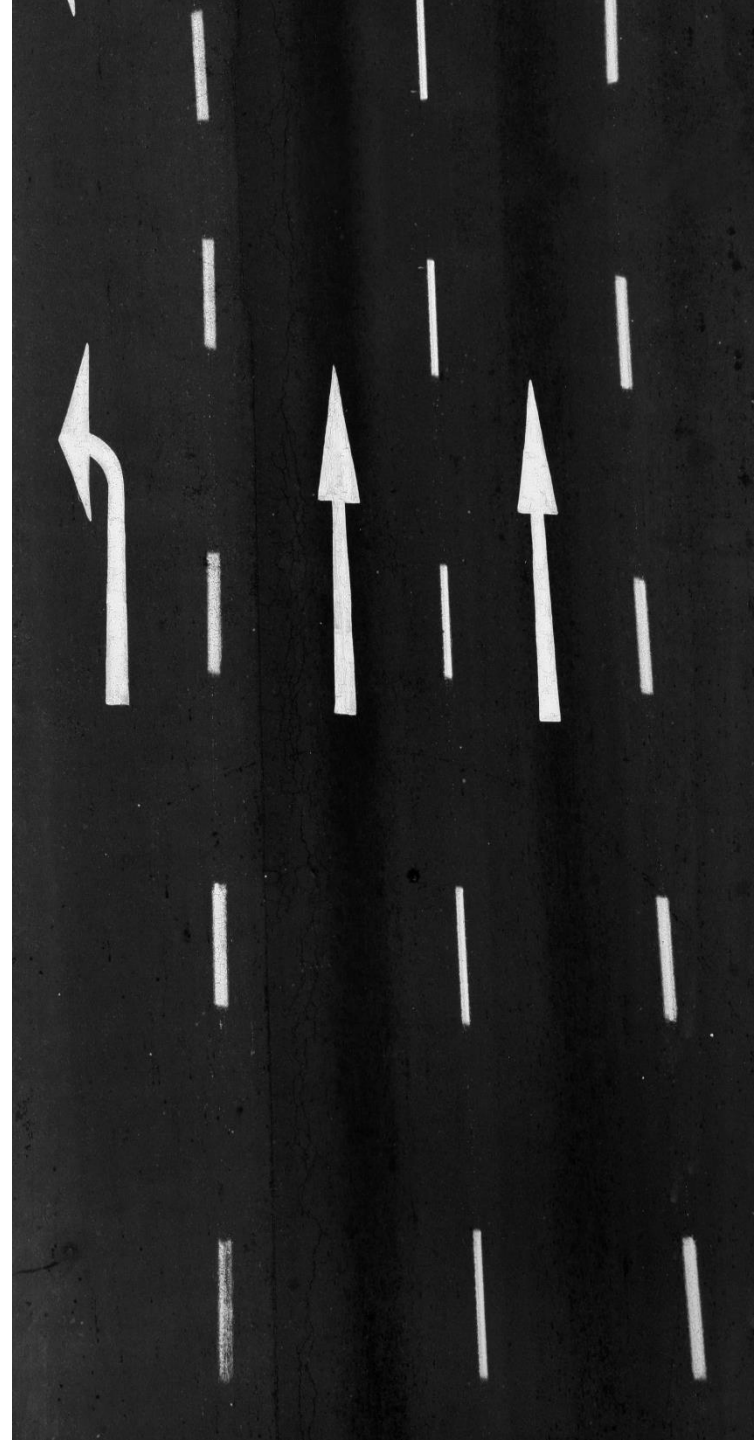
# KONTROLLPERIODEN

- Dersom TE mener byggherrens prosjektering ikke vil lede til oppfyllelse av kontraktens krav, kan han fri seg fra denne risikoen ved å varsle byggherren innen fem uker
- Det er ikke bare feil TE *burde* oppdaget han overtar risikoen for
  - Risikoen er i utgangspunktet overført gjennom klausulen i kontrakten
  - 24.2.2 gir en åpning for å flytte risikoen tilbake til byggherren
- 5 uker er kort tid



# VIDERE PROSEDYRE

- Varselet må presisere *"hvilke forhold det dreier seg om og begrunne behovet for endringer"*
- Byggherren må besvare varselet uten ugrunnet opphold og gi beskjed om hvordan TE skal "forholde seg"
- Byggherren kan deretter 1) fastholde opprinnelig løsning, 2) velge totalentreprenørens løsning, eller 3) pålegge en ny løsning
- I tilfelle 1 og 3 «bærer byggherren risikoen for sitt valg». I tilfelle 2 får TE risikoen for løsningen.



# HVORDAN HÅNDTERER ENTREPRENØRENE PROSJEKTERINGSRISIKOEN?

Risikoen er avhengig av:

- Hvor mye er prosjektert
- Hva er prosjektert
- Hvem har prosjektert
- Kontrakten med de prosjekterende
- Inntrykket av prosjektert materiale
- Byggherren
- Tiden til å kontrollere

Håndtering:

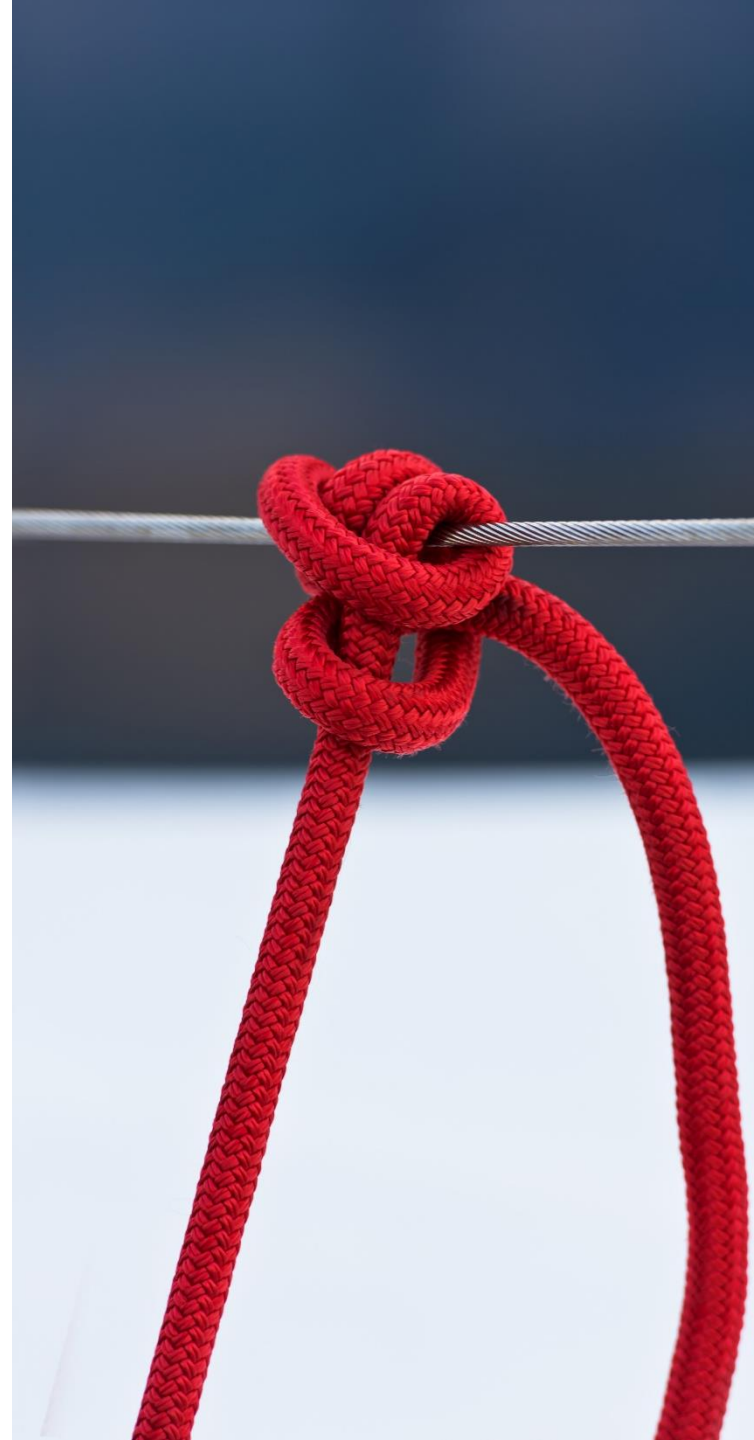
- Prise risikoen
- Droppe å gi tilbud





# ER BH TJENT MED Å OVERFØRE RISIKOEN?

- Lønnsomt hvis TE ikke forstår/priser risikoen
- Lønnsomt hvis BH vet at prosjekteringen er mangelfull
- Store flergangs-BH: overføring av risiko, og prising av denne gir høyere kostnad
- Risikerer å få færre tilbud



# ERSTATNINGSKRAV MOT RÅDGIVEREN

- *"Ved avtalt risikoovergang overtar totalentreprenøren byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende."*
- Totalentreprenøren kan altså fremme byggherrens krav mot den prosjekterende, ikke sine «egne» krav
- Dette kan komme som en overraskelse, f.eks. der rådgiveren hevder at feilen ikke ville påført BH tap
- Den prosjekterende kan gjøre gjeldende alle de innsigelser han kunne gjort gjeldende overfor byggherren, f.eks. motregne hvis han har krav mot BH

## ERSTATNINGSKRAV FORTS.

- *"Byggherren skal i sin kontrakt med den prosjekterende sikre at totalentreprenøren har rett til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende"*
- I de fleste tilfeller en overflødig bestemmelse, fordi den prosjekterende normalt ikke kan motsette seg at byggherren overdrar sine krav til TE
- Likevel ryddig å avklare med den prosjekterende at byggherrens ev. krav overdras til TE



## Ole Christian Hyggen

Partner / advokat  
och@schjodt.no  
m: +47 909 11 427

<https://www.schjodt.no/en/news/newsletters/nyhetsbrev---entreprise-fast-eiendom-og-offentlige-anskaffelser/>