



NOTAT

Til: Sykehuset i Vestfold HF v/ Jostein Todal
Fra: Arntzen de Besche Advokatfirma
v/ Jon Gresseth og Erlend L. Solberg
Kopi:

Trondheim, 5. januar 2017
Ansvarlig advokat: Jon Gresseth

OVERORDNET SAMMENLIGNING AV RISIKO FOR PROSJEKTERINGSFEIL: IPD OG NS-KONTRAKTENE

Etter spørsmål i e-post fra Birger Stamsø den 23. desember 2016, har Sykehuset i Vestfold ("SiV") bedt Arntzen de Besche Advokatfirma Trondheim AS ("AdeB") om en overordnet sammenligning av risikoen for prosjekteringsfeil i det fremforhandlede utkastet til Integrated Project Delivery Agreement ("IPD-avtalen") med de alminnelige norske rådgiverkontraktene, NS 8401 eller NS 8402, i kombinasjon med standarden for utførelsesentrepriser, NS 8405.

Som påpekt i vårt notat den 23. desember 2016, er IPD-avtalen ennå ikke ferdig forhandlet. Vår sammenligning i det følgende er derfor basert på utkastet slik det forelå pr 12. desember 2016. Av de punkter som er gjenstand for fortsatt forhandling, er nettopp spørsmål knyttet til prosjekteringsgruppens ansvar for prosjekteringsfeil, samt tilhørende forsikringsordninger.

Innledningsvis i vårt notat av 23. desember 2016 gjorde vi rede for den overordnede strukturen i IPD-avtalen. Det fremkom der at IPD-avtalen er en treparts-avtale, hvor både byggherre (SiV), entreprenør (Skanska) og rådgiver (Cura) er avtaleparter. Partene skal gjennomføre en omfattende samhandlingsfase, hvor de sitter samlet på samme sted og planlegger hele byggefasen i fellesskap før de starter å bygge. Grunntanken er at de på denne måten kan finne de beste og mest kostnadseffektive løsningene, og at de gjennom grundig planlegging vil unngå tidsspille og forsinkelser i byggefasen. For å gi entreprenør og rådgiver et økonomisk incitament er disses fortjeneste skilt ut fra kostnadene og forhåndsbestemt til et gitt beløp, slik at fortjenesten ikke blir påvirket av hvor mye arbeid eller hvor mye materialer som legges inn i prosjektet.

Vi vil nedenfor redegjøre for ansvarsreglene for de aktuelle kontraktene, men understreker innledningsvis at disse reglene alltid må ses i sammenheng med de forsikringer man tegner i prosjektene. I prosjekter basert på ordinære NS-kontrakter vil rådgiver normalt tegne en ansvarsforsikring som dekker konsekvensene av en prosjekteringsfeil. Riktignok vil en slik ansvarsforsikring normalt ikke dekke rådgivers egne kostnader tilknyttet omprosjektering av forhold omfattet av prosjekteringsfeilen. Men den vil innenfor den fastsatte beløpsgrensen dekke rådgiverens erstatningsansvar for det sentrale av byggherrens økonomiske tap som er en følge av prosjekteringsfeilen, f.eks. kostnadene ved at entreprenøren må utføre sine arbeider på nytt. Vi presiserer at NS 8401 og NS 8402 ikke uttømmende regulerer hvilket ansvar forsikringen skal dekke i det enkelte kontraktsforhold, slik at dette vil bero på den forsikringen som er avtalt tegnet i det konkrete prosjektet.

Også under IPD-avtalen vil det bli tegnet en tilsvarende forsikring, og partene er i ferd med å avklare at forsikringsdekningen ikke vil bli påvirket av IPD-avtalens ansvarsregulering. Det er en forutsetning for prosjektet at det vil være mulig å tegne forsikringer som gir minst like bra beskyttelse for



prosjekteringsfeil som de forsikringer som benyttes i NS-kontraktene, og dette er et forhold som partene er i ferd med å avklare.

De fleste aktuelle tilfeller av prosjekteringsfeil vil være dekket av de forsikringer som tilbys i det norske markedet for NS-kontrakter. Men det er viktig å være klar over at detaljene i forsikringsdekningen vil være regulert av forsikringsavtalen. Videre vil forsikringen normalt også inneholde en beløpsmessig begrensning. I de tilfellene man etter dette er utenfor forsikringsdekningen vil derfor kontraktens reguleringer avgjøre ansvarsforholdene mellom partene.

Vi vil i det følgende gi en skjematisk oppstilling av hvordan risiko for prosjekteringsfeil fordeles i de to kontraktssystemene, for deretter å gi en oppsummerende sammenligning mellom disse.

Tema	IPD-avtalen	NS-kontraktene (NS 8401/02 i kombinasjon med NS 8405)
<p>Prosjekteringsrisiko</p>	<p>Risikoen før overtakelse: Prosjektet legger til grunn at det vil være mulig å tegne forsikringer som gir minst like bra beskyttelse for prosjekteringsfeil som de forsikringer som benyttes i NS-kontraktene</p> <p>Det er viktig å være klar over at detaljene i forsikringsdekningen vil være regulert av forsikringsavtalen. Videre vil forsikringen normalt også inneholde en beløpsmessig begrensning. I de tilfellene man etter dette er utenfor forsikringsdekningen vil derfor kontraktens reguleringer avgjøre ansvarsforholdene mellom partene.</p> <p>I IPD-avtalen gjelder det som et overordnet prinsipp at partene i fellesskap skal bære risikoen for feil og andre forhold som medfører fordyrelser i kontraktgjennomføringsfasen, frem til overtakelsen.</p> <p>Dette vil også gjelde for prosjekteringsfeil som faller utenfor forsikringsdekningen, og som oppdages før overtakelsen. Disse fordyrende elementene vil i første omgang bli dekket av risikopåslagene opp til det beløp som er fastsatt som "Target Cost", jf. IPD-avtalens punkt 6.3 og 9.1. I dette kostnadsområdet vil økte kostnader redusere partenes avtalte delte besparelser, da besparelser under Target Cost skal deles med 50% til byggherre og 50% til rådgiver, entreprenør og de øvrige deltakerne i Risk Reward Team (det vil si de fire tekniske underentreprenørene).</p> <p>Dersom kostnadene i prosjektet</p>	<p>I en tradisjonell utførelsesentreprise, vil byggherren inngå individuelle kontrakter med rådgiver og entreprenør. Kontrakt med rådgivere baseres gjerne på NS 8401 (fast pris) eller NS 8402 (oppgjør etter medgått tid), mens kontrakt med entreprenør gjerne inngås etter NS 8405.</p> <p>Ettersom det er byggherren som engasjerer rådgiverne, er det i en tradisjonell utførelsesentreprise i utgangspunktet byggherren som overfor entreprenøren bærer risikoen – og overfor entreprenøren må dekke kostnadene – for prosjekteringsfeil.</p> <p>Rådgiverne vil likevel være ansvarlige overfor byggherren i tråd med kontraktsforholdene disse i mellom.</p> <p>Dette i motsetning til i en totalentreprise etter NS 8407, hvor det i utgangspunktet er totalentreprenøren som engasjerer rådgiverne og som bærer risikoen for prosjekteringsfeil overfor byggherren.</p> <p>De norske standardiserte rådgiverkontraktene har ikke noen ulik regulering av risikoen for prosjekteringsfeil før og etter overtakelse.</p> <p>Utgangspunktet er at rådgiveren er ansvarlig overfor sin oppdragsgiver for tap som påføres som følge av prosjekteringsfeil.</p> <p>Dette fremkommer ved at rådgiveren etter NS 8401 skal rette prosjekteringsfeil for egen regning og risiko hvor dette kan gjøres uten å påføre rådgiveren urimelig kostnad eller ulempe, jf. NS 8401 punkt 13.1. Tilsvarende</p>



	<p>overstiger terskelen for Target Cost, vil disse bli dekket av den forhåndsfastsatte fortjenestemargin ("ICL") til rådgiver, entreprenør og de øvrige deltakerne i Risk Reward Team, som reduseres tilsvarende. Dette følger av IPD-avtalens punkt 7.3 og 8.8.</p> <p>Kostnader utover ICL må byggherren dekke alene. Byggherren bærer dermed alene risikoen for de merkostnader som medfører slik kostnadsoverskridelse. Dette følger av at det ikke er noen begrensning i byggherrens plikt til å dekke Chargeable Costs. Vi finner dog grunn til å understreke at disse kostnadene ikke inkluderer noen fortjeneste til rådgivergruppen eller entreprenør.</p> <p>Noe av grunntanken i IPD-avtalen er at disse økonomiske mekanismene vil – sammen med partenes nære samspill – medvirke til at den <i>faktiske</i> risikoen for prosjekteringsfeil reduseres, og gir incentiv til å avdekke og rette prosjekteringsfeil tidligst mulig.</p> <p>Risikoen etter overtakelse: Etter overtakelsen, vil risikoen for prosjekteringsfeil være mer lik som ved en tradisjonell utførelsesentreprise, jf. IPD-avtalen pkt. 12.</p> <p>Entreprenøren vil ha krav på betaling for utbedringsarbeider som skyldes prosjekteringsfeil.</p> <p>I forholdet mellom byggherre og rådgivergruppen, er det i utgangspunktet rådgivergruppen som bærer risikoen for prosjekteringsfeil som avdekkes etter overtakelsen. Nærmere angivelse av hvilke former for tap byggherren kan kreve dekket er angitt i IPD-avtalens punkt 12.2.</p> <p>Rådgiverens erstatningsansvar er i utgangspunktet begrenset til beløpsgrenser angitt i punkt 12.4. Disse er fremforhandlet til 180 G for ansvar som ikke er dekket av forsikringsplikten etter punkt 13.4, og 1500 G (ca 138,8 millioner pr 1. mai 2016) for ansvar som er dekket av forsikringsplikten.</p>	<p>har rådgiveren rett til å foreta slik retting, dersom oppdragsgiveren ikke har særlig grunn til å motsette seg dette.</p> <p>En tilsvarende regel gjelder også etter NS 8402 punkt 10.2, dog fremkommer det der at rådgiveren ikke vil kunne kreve større vederlag enn han ville hatt krav på dersom oppdraget hadde vært utført kontraktmessig.</p> <p>Etter NS 8401 og 8402 er rådgiveren erstatningsansvarlig overfor oppdragsgiveren for påregnelig tap som følge av prosjekteringsfeil. Som vi har vært inne på, gjelder denne erstatningsbestemmelsen uavhengig av om bygget er overtatt eller ikke.</p> <p>I NS 8401 og 8402 gjelder tilsvarende ansvarsbegrensninger som er inntatt i IPD-kontrakten. I standardene er disse i utgangspunktet 60 G for ansvar som ikke er omfattet av forsikringsplikten og 150 G for ansvar som er omfattet av forsikringsplikten.</p> <p>I den opprinnelige kontrakten for Tønsbergprosjektet var disse tersklene økt til de samme verdier som er inntatt i IPD-avtalen.</p>
--	--	---



	<p>Ansvarsbegrensningene gjelder ikke for tap som er forårsaket av grov uaktsomhet eller ved forsettlig handlinger.</p>	
	<p>Sammenligning av risiko:</p> <p>Å sammenligne byggherrens risiko for prosjekteringsfeil i IPD-avtalen med byggherrens risiko for prosjekteringsfeil i de nevnte NS-kontraktene byr på visse utfordringer på grunn av ulikhetene mellom kontraktsformene. Risikoen vil dog i betydelig grad være lik, men med enkelte nyanser som beskrevet nedenfor.</p> <p>Tilleggs kostnader vil etter IPD-avtalen bli dekket av avsatte risikopåslag innenfor Target Cost eller av ICL (jf beskrivelsen ovenfor). Men dersom kostnadene blir så store at de overstiger alle risikopåslag og ICL, må byggherren fremdeles dekke kostnadene (unntatt fortjeneste). Summen av risikopåslag (ca 58 millioner) og ICL (ca 125 millioner, tilsammen ca 183 millioner) i IPD-avtalen overstiger dog den økte ansvarsgrensen som var avtalt for rådgiver i dagens NS 8401-kontrakt (ca 138,8 millioner). Dette betyr at ved en prosjekteringsfeil som medfører slike svært høye tilleggs kostnader ville byggherrens ansvar – i den forstand at han må velge å dekke kostnadene dersom prosjektet skal ferdigstilles – ha inntrådt tidligere under denne NS-kontrakten enn under IPD-avtalen. Slik sett vil risikopåslaget og ICL sammen virke som en slags beløpsgrense for rådgivers ansvar på tilsvarende måte som i NS-kontraktene.</p> <p>Videre kan det hevdes at risikoen, i hvert fall før overtakelse, er mindre i IPD-avtalen i den forstand at IPD-avtalens nære samhandling og felles prosjektering, kombinert med fraværet av fortjeneste for arbeid som må gjøres på nytt på grunn av prosjekteringsfeil, medfører at prosjekteringsfeil <i>rent faktisk</i> er mindre sannsynlig i IPD-avtaler sammenlignet med ordinære NS-kontrakter.</p> <p>De mekanismer som medvirker til en reduksjon av den <i>faktiske</i> risikoen for prosjekteringsfeil før overtakelse vil også komme byggherren til gode etter overtakelse. Dersom det ikke oppstår noen prosjekteringsfeil før overtakelse vil det jo heller ikke oppstå noen prosjekteringsfeil etter overtakelse. Men dersom en prosjekteringsfeil oppstår før overtakelse, men ikke blir oppdaget før etter overtakelse, vil situasjonen under IPD-avtalen i all hovedsak tilsvare situasjonen under NS-kontraktene.</p> <p>Og i alle tilfeller er det viktig – som påpekt innledningsvis og i tabellen ovenfor – å se risikoen i sammenheng med forsikringsmulighetene, og det forhold at de forsikringer som partene i fellesskap vurderer å benytte i prosjektet i de aller fleste tilfellene vil dekke kostnader for utbedringer som skyldes prosjekteringsfeil.</p>	