

***Forholdet mellom vederlagmodellen i totalentreprise
og i samspillavtaler***

Spesielt om hva som regulerer målprisen

Kandidatnummer: 324

Veileder: Kristin Mortensen

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 15756 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildesituasjonen	4
1.3	Definisjoner og avgrensning	6
1.4	Hva er forskjellen på en samspillavtale og en tradisjonell avtale	11
1.5	Hva har skapt behovet for samspillavtaler?	17
1.6	Samspillkontrakter i et internasjonalt perspektiv	18
1.7	Samspillavtaler i fremtiden.	19
<u>2</u>	<u>VEDERLAGFORMATET</u>	<u>20</u>
2.1	Innledning	20
2.2	Vederlagformatet i totalentreprise	21
2.2.1	Hvilke elementer inngår i vederlaget	21
2.2.2	Fast pris	22
2.2.3	Incitamentskontrakter	23
2.3	Vederlagformatet i samspillavtaler	26
2.3.1	Videre om målprisen	27
2.4	Hva regulerer målprisen?	28
2.4.1	Ytelsesnivået er angitt i kontrakten	29
2.4.2	Ytelsesnivået er ikke angitt i kontrakten	30
2.4.3	Hva er en endring?	31
2.4.4	Oppgjørsreglene ved endringer	34
2.4.5	Hva er risiko?	34

3	<u>HVA JUSTERER MÅLPRISEN I NCC MODELLEN, SAMMENLIGNET MED BÆRUMSMODELLEN</u>	39
3.1	Endringsordre	39
3.2	Byggherrens rett til å pålegge entreprenøren endringer	40
3.3	Plikten til å utføre endringsarbeider	40
3.4	Terskelen for byggherrens rett til å pålegge endringer	40
3.5	Hva er en endring i Bærumsmodellen?	42
3.6	Endringsordren	43
3.7	Hva er et byggherrerelatert forhold?	46
3.7.1	Byggherrens innflytelse på prosjekteringen	46
3.7.2	Tiltransport av prosjekterende fra byggherren til totalentreprenøren.	48
3.7.3	Byggegrunnen	49
3.7.4	Uforutsette krav fra myndighetene	52
3.7.5	Dekning av merutgifter	53
4	<u>KILDEREGISTER</u>	55
4.1	Litteratur	55
4.2	Rettspraksis	55
4.3	Lover og standardavtaler	56
4.4	Figurer	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Formålet med denne oppgaven er å belyse hva som skiller vederlagmodellen i totalentreprise fra vederlagmodellen i samspillavtalene, da med særlig vekt på regulering av målprisen.

Samspillavtaler tar utgangspunkt i utvidet samarbeid i forhold til tradisjonelle entrepriseformer mellom byggherre, rådgivere og entreprenører. Avtalene bygger som regel på samarbeid med åpen økonomi og man løser alle problemstillinger underveis, til det beste for prosjektet. Man lar menneskene samarbeide og styre prosjektet, og det blir mindre fokus på dokumenter. Innholdet og omfanget av en samspillavtale kan variere fra prosjekt til prosjekt, men fellesnevneren er at alle parter deltar aktiv i et utvidet samarbeid fra prosjektets begynnelse, og partene inngår avtalen med henblikk på felles optimering, felles verdigrunnlag og felles målsetning.

I moderne totalentreprisekontrakter, så som i samspillavtaler, benytter partene en målpris i stedet for en fastpris. Målprisen er den prisen partene styrer imot, og som de håper å realisere prosjektet til. Målprisen består i de fleste tilfeller av fastpriselementer i bunnen og en bevegelig del. Ved byggeprosjektets slutt, vil målprisen bli målt opp mot de faktiske kostnadene. Det resultatet som man kommer frem til da avgjør om partene får et overskudd eller underskudd i prosjektet. Viser det seg at de faktiske kostnadene er lavere enn målprisen, vil besparelsesdelen fungere som en bonus både for byggherre og entreprenør, og summen vil bli fordelt ut fra en fordelingsnøkkel som partene har avtalt i samspillkontrakten. Viser det seg derimot at de faktiske kostnadene er høyere enn målprisen, vil overskridelsen på samme måte som ved bonus bli fordelt mellom partene etter en fordelingsnøkkel. Dette kalles ofte for malus. Det motsatte av bonus.

Fordelingsnøkkelen er det samme som en incitamentsavtale. Denne bestemmer blant annet fordelingen av overskuddet eller underskuddet. En viktig del av samspillavtalene er fordelingen av risiko. Der hvor den ene part i en vanlig entreprise må ta hele kostnaden, vil man i stedet fordele denne mellom partene etter en fordelingsnøkkel.

I en totalentreprise vil vederlaget som oftest være fastpris. Her vil vederlaget være låst fast til en bestemt sum. Skal vederlaget endres, må dette skje i samsvar med den standard som er lagt til grunn. Hva som er en endring i samspillavtalene vil være noe annerledes, avhengig av hvordan kontrakten er utformet.

En endring vil foreligge når byggherren ønsker å utføre tillegg eller fradrag som ikke fremkommer av kontrakten.

Det er fastpris og målpris som vil danne hovedgrunnlaget for denne fremstillingen. Som nevnt vil man i en totalentreprise med fastsum kunne regulere vederlaget ut fra bestemmelsene i NS 3431. Men hvordan foregår dette i samspillkontraktene. Hva består målprisens hoveddeler av, og hvordan kan denne reguleres.

Hovedproblemstillingen blir derfor: Hvilke elementer inngår i målprisen og hva skal til for at målprisen kan reguleres?

Begrunnelsen for at jeg har valgt å fokusere på reguleringen av målprisen, er at det vil være her de største juridiske forskjellene vil gjøre seg mest gjeldende. Det vil i utrednings og prosjekteringsfasen også være store forskjeller, men de virkelig store tvistene vil sannsynligvis oppstå i vederlagsituasjonen.

For å kunne komme frem til svaret på problemstillingen ovenfor, er man nødt til også å se på hva som er en endring og risikofordelingen i begge disse entrepriseformene.

I dette arbeidet vil jeg benytte meg av Bærum kommunes alminnelige kontraktsbestemmelser for samspillkontrakter¹ og NCC Construction AS sin partneringavtale.

NCC Construction AS er et av landets ledende utvikler og leverandør av boliger, bygg, veier, tunneler og broer. NCC Construction AS er et heleid datterselskap av NCC AB. I Norge har de ca. 1700 ansatte og omsatte for 5.216 mrd NOK i 2006. Selskapet er organisert i en landsdekkende bygg- og anleggsvirksomhet.

Samspillkontraktene er på full fremmarsj i Norge, og det finnes mange varianter av denne entreprisemodellen, derfor anser jeg det som svært viktig for oppgavens helhet å gi en dypere forklaring på hva samspillavtaler er. Dette vil føre til at jeg i oppgavens del 1 gir en forklaring på hva som karakteriserer samspillavtaler, mens oppgavens del 2 og 3 vil være den drøftende delen av oppgaven, hvor problemstillingen vil bli forsøkt besvart.

Det bør nevnes at en rekke større byggeprosjekter i Norge er i løpet av den senere tiden blitt gjennomført ved hjelp av samspillkontrakter eller kontrakter som ligner svært mye på denne kontraktstypen. Både offentlige og private byggherrer har gått inn for denne avtalemодellen. Både det nye Nasjonalbiblioteket på Solli plass i Oslo, og St.Olavs Hospital i Trondheim er utført etter en samspillmodell.

Til slutt i innledningen vil jeg takke alle som har hjulpet meg i arbeidet med oppgaven. Store og små firmaer både fra entreprenørsiden og byggherresiden har stilt sin tid og rådighet til bruk for meg. Også en rekke advokater har vært svært hjelpelige. De har brukt av sine dyrebare tid, og har utvist stor interesse. Dere har alle vært en stor inspirasjonskilde. Jeg vil også rette en ekstra takk til Tekniske Foreningers Servicekontor AS som har vært svært hjelpelig. Til slutt, men ikke minst, går den største takken til min veileder advokat Kristin Mortensen. Hun har ved hjelp av sine faglige kvalifikasjoner og

¹ Bærum kommune, prosjekt og utbygging, Sandvika, 21.08.2006

rike erfaringer på området kunne stilt kritiske spørsmål til mitt arbeid, og har derfor utført sin veilederjobb på en førsteklasses måte.

1.2 Rettskildesituasjonen

Oppgaven vil bære preg av å være et arbeid med spor av flere juridiske profesjoner.

Entrepriseretten og kontraktsretten/obligasjonsretten går som hånd i hanske, og oppgaven vil derfor bære preg av innslag fra begge sider av disse to profesjonene.

Under arbeidet med oppgaven har jeg benyttet både juridisk og sosiologisk litteratur.

Jeg vil derfor i denne oppgaven bruke tradisjonell rettskildelære og metode, men visse særegenheter i entrepriseretten vil gjøre seg gjeldende i vurderingen:

Sammenlignet med andre former for formuerettslige fag er entrepriseretten nokså fattig på rettskilder. Entrepriseretten er i det alt vesentlige ulovfestet, man har siden slutten av forrige århundre hatt en tradisjon med selvregulering i form av utarbeidelse av standardkontrakter. Det eksisterer derfor ikke noe lovverk som konkret regulerer entrepriserettslige spørsmål utenfor forbrukerforhold. Det eksisterer heller ikke forarbeider. Standardavtalene bygger til dels på grunnleggende prinsipper i entrepriseretten og vil derfor være av betydning uavhengig av om de er avtalt å skulle gjelde eller ikke, jf. Rt. 1967 s. 1248. Standardkontraktene har inneholdt klausuler om tvisteløsningsmekanismer og voldgift, og på grunn av dette har de alminnelige domstoler i liten grad tatt stilling til entrepriserettslige spørsmål.

Entrepriseretten er allikevel en del av den alminnelige obligasjonsretten, noe reglene i entrepriseretten bærer tydelig preg av. Tendensen er at reglene i entrepriseretten følger utviklingen av tilsvarende regler i obligasjonsretten. Det vil derfor ved fortolkningsproblemer være relevant å se på hvordan tilsvarende problemer er løst i den alminnelige obligasjonsretten.

Når det gjelder rettskildesituasjonen vedrørende samspillmodellene ser den ut til å være forholdsvis begrenset, både i Norden og internasjonalt. Så vidt meg bekjent er det i skrivende stund ikke noen byggeprosjekter som er utført etter samspillmodellene som har endt opp i rettsystemet. Dette kan ha sin forklaring i samspillavtalenes anvendelse av

alternative konfliktløsningsmodeller. Siden det ikke foreligger noen Høyesterettspraksis som konkret sier noe om hovedproblemstillingen, vil eventuell annen Høyesterettspraksis og lagmannsrettspraksis fra andre områder av avtaleretten være tungtveiende i den grad de kan ha en overføringsverdi.

Mangelen på tradisjonelle rettskilde på området, vil føre til en betydelig bruk av reelle hensyn. Slike rimelighetsvurderinger vil derfor få en fremtredende plassering i de ulike drøftelsene.

Det er fortsatt mye ugjort på samspillfeltet. Mike Bresnen og Nick Marshall påpeker at mesteparten av publikasjonene omkring parterning er oppskriftsorienterte, og at empirisk forskning delvis har hatt karakter av anekdoter og enkeltbeskrivelser. Det er dessuten en tendens til at litteraturen beskriver suksesshistoriene, men mer nøytrale omfattende studier er også gjort.

I denne avhandlingen er utgangspunktet at partene har avtalt at NS 3431 skal legges til grunn for kontrakten. Dette er en standard som er fremforhandlet i regi av Norges Byggestandardiseringsråd, nå: Standard Norge, som er faglig ansvarlige for standardens innhold. Standarden er blitt utarbeidet av representanter både fra byggherresiden og fra entreprenørsiden. Dette skulle tilsi at partenes interesser ivaretas, og at klausulene inneholder rimelig avveining av de hensyn som måtte gjøre seg gjeldende.

Det er allerede påbegynt en revidering av NS3431. Dette har kommet i kjølvannet av at det er kommet en ny NS 8405 (utførselsentreprise), og man har innsett at også totalentreprisestandarden er moden for revidering. Da arbeidet med å utarbeide en ny standard innenfor totalentreprise ikke er ferdig, forholder jeg meg til NS 3431.

Endringsbestemmelsene i avtalene kan være omfattet av selve avtaleteksten eller kan fremgå etter en tolkning av denne. Når man ved tolkning av avtalen skal forsøke å fastslå hvilken fremgangsmåte partene skal forholde seg til for risiko og endringer, er det naturlig

å ta utgangspunkt i avtalens ordlyd. Uklarhetsregelen kan også få betydning. Den bygger på et alminnelig prinsipp som innebærer at man tolker kontrakten i disfavør av den som har forfattet den² - eller som Høyesterett uttrykker det:

*”En kontrakt må i tvilstilfeller tolkes mot den som etter forholdene burde ha uttalt seg tydeligere.”*³

1.3 Definisjoner og avgrensning

Samspillmodellen er et så nytt begrep at den enkleste måten å definere en samspillavtale på er, hva den ikke er. I praksis kan samspillavtaler tilrettelegges på en rekke måter, noe som jeg kommer tilbake til senere, men de sentrale egenskapene i samspillmodellen er avspeilet i den danske definisjonen. Dette er en definisjon som i Danmark har blitt støttet av organisasjonene på byggherre og entreprenørens side: *”Begrebet ”partnering” anvendes om en samarbejdsform i et bygge- og anlægsprosjekt, der er basert på dialog, tillid, åbenhed og med tidlig inddragelse af alle partnere. Prosjektet gennemføres under en fælles målsætning formulert ved fælles aktiviteter og basert på fælles økonomiske interesser”*.⁴

Definisjonen fra Erhvervs- og Byggestyrelsen⁵ i Danmark lyder noe annerledes: *”Begrepet ”partnering” brukes for å beskrive en samarbejdsform i et bygg- eller anleggsprosjekt, når dette gjennomføres med en felles målsetting, gjennom felles aktiviteter og basert på felles økonomiske interesser”*.

I Norge har NCC kommet frem til denne definisjonen på en samspillavtale: *”NCC Partnering er en forretningsmodell der kunde og entreprenør i et bygg- eller anleggsprosjekt har felles målsetninger, felles aktiviteter og felles økonomiske interesser. Samarbeidet reguleres av Standardavtale for NCC Partnering, som bygger på NS 3431”*.⁶ NCC har valgt å kalle sin samspillavtale for partnering. Dette er i tråd med den internasjonale definisjonen. De har også valgt å bruke

² Knoph, Ragnar, Lilleholt, Kåre, Andenæs, Johs. *Knops oversikt over norsk rett*. 11 utg. Oslo 1998, s. 253

³ Rt. 1979 s.676

⁴ Høgsted, Mogens, Olsen Steen, Ib. *Partnering i byggeriet*, 1 opplag. København 2006 s. 18

⁵ Erhvervs- og Byggestyrelsen er en del af Økonomi- og Erhvervsministeriet

⁶ Definisjonen er avgitt pr. e-mail den 8. feb 2007 fra NCC.

begrepet forretningsmodell, og ikke samarbeidsform, fordi NCC Partnering nå er mer enn bare en samarbeidsform - de har en standardavtale, retningslinjer, verktøy mm som skal brukes.

I Norge har man i mange foretak valgt å kalle modellen for samspillmodellen, mens andre benytter seg av begrepet partnering. I Sverige har de valgt å kalle det for förtroende enterprise eller partnering. Jeg har valgt å benytte meg av begrepet samspillavtaler. Begrunnelsen for dette er at man i Norge ikke har kommet til noen enighet om hva man skal kalle denne avtaleformen, og det vil forhåpentligvis virke mer nøytralt.

Definisjonene gir i praksis mulighet for en rekke fremgangsmåter, men har noen avgjørende fellestrekk:

- En aktiv byggherre, som beslutter å gjennomføre et samarbeid i samspill, og som deltar i en dialog med utvalgte virksomheter om byggets utforming.
- En dialog og et samspill, hvor de utførendes viten inndras i prosjekteringen.
- En samspillavtale som blant annet beskriver partenes felles målsetninger, fastlegger rammene for samarbeidet og beskriver de verktøy som er valgt for å gjennomføre og følge opp samarbeidet. Det kan være etablering av en styregruppe, bruk av incitamenter, nøkkeltall tilretteleggelse av workshops og metoder for løsning av uenigheter.

Samspillkontrakter kan ytterligere beskrives ved hjelp av en rekke verktøy eller byggeklosser, hvor man kan bygge sammen en individuell fremgangsmåte, som matcher vilkårene og ønskene i den enkelte sak. I stikkordform kan disse verktøy nevnes:

- Formulering av felles verdier og mål.
- Klarlegging av partens suksesskriterier.
- Etablering av en felles styregruppe.
- Utvikling av kompetanse i forbindelse med samarbeidet.
- Avtaler om bruk av incitamenter og bonus.
- Oppfølging gjennom synlige resultater og benchmarking.

- Bruk av åpne kalkulasjoner og regnskaper.
- Bruk av workshops.
- Prosjektering med deltagelse av de utførende virksomheter.

En samspillavtale består av følgende:

Avtaledokument: Kontrakt som er undertegnet av begge parter, eller skriftlig bekreftelse av inngått kontrakt, jf NS 3431 punkt 2.1

Byggherre: Kontraktspart som skal ha prosjektet og utført det bygg- eller anleggsarbeid som kontrakten omfatter.

Entreprenør: Kontraktspart som har påtatt seg utførelsen av det bygg- eller anleggsarbeidet som kontrakten omfatter, jf NS 8405 punkt. 2.4 Denne definisjonen kan suppleres med definisjonen som man finner i NS 3431 punkt 2.3. Den eneste forskjellen på disse definisjonen er at NS 8405 ikke nevner prosjekteringsdelen. I en samspillkontrakt vil definisjonen i NS 3431 passe bedre på grunn av at entreprenøren kan ha ansvaret for prosjekteringen i samarbeid med byggherren.

Når jeg snakker om de prosjekterende, vil dette være alle parter som er engasjert i byggeprosjektet. Det kan være entreprenører, byggherre, arkitekter, rådgivere og andre medarbeidere i prosessen.

Vederlag er det beløp byggherren skal betale til entreprenøren for oppfyllelse av entreprenørens kontraktsforpliktelse⁷. Det avgrenses mot betaling, da det er størrelsen på vederlaget som står i sentrum, og ikke hvordan betalingen skal foregå.

I motsetning til kontraktssummen er vederlaget det endelige beløpe byggherren skal betale til entreprenøren. Det inkluderer derfor alle krav entreprenøren får som et resultat av utførelsen av kontraktarbeidet. Vederlaget består av det opprinnelige avtalte vederlag for totalentreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift. Til kontraktssummen hører også det opprinnelige avtalte anslag over vederlag for ytelser som

⁷ Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 2 utg. Oslo 2006 s. 65

skal avregnes etter enhetspriser, jf NS 3431 punkt 2.10. Enhetspriser er priser hvor man betaler etter en avtalt pris per mengdeenhet (kvadratmeter, kubikkmeter, løpemeter, og lignende) og faktisk utført mengde.

Målpris eller målsum er den pris partene styrer mot at prosjektet kan realiseres til. Målprisen er som oftest basert på selvkost med et tillagt påslag som skal inkludere fortjeneste, faste kostnader og administrasjon. I tillegg opereres det med en risikoavsetning som skal ta høyde for enkelte uforutsette forhold. Da begrepene målpris og målsum betyr det samme, har jeg har valgt å benytte meg av begrepet målpris. Begrepet målsum vil kunne dukke opp i forbindelse med Bærumsmodellen da de har valgt å benytte seg av dette begrepet.

De to kontraktene som vil bli benyttet i dette arbeidet, er som allerede nevnt, hentet fra NCC og Bærum kommune. Disse vil i tillegg til deres offisielle navn, som er partneringavtale for NCC Construction AS og Bærum kommunes alminnelige kontraktsbestemmelser for samspillkontrakter, bli kalt NCC-modellen og Bærumsmodellen. I Bærumsmodellen vil også forkortelsen BK forekomme. Dette er en forkortelsen for Bærum kommune.

Med Incitament i totalentreprise menes en premie som entreprenøren skal få, dersom han når visse mål.⁸ Skal man benytte seg av en incitamentsavtale, må det avtales i hvert enkelt kontraktstilfelle. I en samspillmodell vil incitamentet som oftest deles mellom byggherre og entreprenør etter en fordelingsmodell som de har avtalt. Det er flere måter å gjøre dette på, både i totalentreprise og i samspillkontrakter, og det kan for eksempel avtales at incitamentet bare skal gjelde for visse deler av kontrakten.

Opgaven vil bli avgrenset mot anbudslovgivningen. Lov om offentlige anskaffelser fra 1999 kan skape vanskeligheter ved benyttelse av samspillkontrakter, fordi man ved

⁸ Hans Cappelen. *Byggherren og kontraktene, kontraktsinngåelser for bygg og anlegg*. Drammen 1994 s .114

anskaffelsen ikke er sikker på priselementet. Målprisen er ofte ikke definert, og det vil derfor bli vanskelig når tildelingskriteriet er pris eller mest fordelaktige økonomiske tilbud.

Oppgaven vil bli avgrenset til å gjelde kun totalentreprise og de ulike samspillavtalene. Det vil si at andre entreprisereformer ikke vil bli berørt i denne oppgaven, allikevel vil det på enkelte områder være behov for å trekke paralleller til utførelsesentreprise. Det vil derfor være på sin plass og kort gi en oversikt og en definisjon over hvilke former for entreprise som norsk byggevirksomhet tradisjonelt har operert innenfor:

Hovedentreprise/ utførselsentreprise:	Kontrakt med entreprenør som påtar seg ansvar for alle Byggingsmessige arbeider, inkludert å kontrahere underentrepriser For dette. Byggherren kontraherer selv prosjektering og annen rådgivningshjelp, samt de nødvendige tekniske anleggsentrepriser.
Totalentreprise:	Her påtar entreprenøren seg også hele eller deler av prosjekteringsansvaret. Byggherren overlater med andre ord det aller meste til entreprenøren.

Oppgaven vil også bli avgrenset mot varslingsreglene i entreprise.

Videre vil oppgaven bli avgrenset til å gjelde bare for profesjonelle aktører innen byggebransjen, og vil derfor ikke omhandle oppføring av bygg for privatpersoner, noe som blant annet reguleres av bustadsoppføringslova., eller andre områder, som for eksempel offshore, som benytter seg av samspillkontraktene i stor grad.

1.4 Hva er forskjellen på en samspillavtale og en tradisjonell avtale

Forskjellen på en avtaleinngåelse ved samspillavtalen og den tradisjonelle avtaleinngåelse kan beskrives med en meget forklarende metafor.

Den metafor som skal beskrive samspillmodellen som nyskapende innenfor avtaleretten er inspirert av en hendelse i Athen i 1994. Denne hendelsen fant sted i forbindelse med avholdelse av konserten ”Yanni at the Acropolis with the Royal Philharmonic Concert Orchestra”.⁹

To fiolinister, den ene mann, den andre kvinne, reiste seg for å fremføre en improvisert duett. Den øvrige del av orkesteret holdt seg passive. Det var kun de to fiolinistene på scenen.

Musikken var fantastisk, fast og presis med utgangspunkt i en tett og dyp kommunikasjon mellom de to fiolinistene. Deres øyne og uttrykk fortalte tilhørerne om deres innbyrdes samtale, kontakt og forståelse. Skiftevis spilte den ene og den andre mer og mer medrivende, de fulgtes og de skiltes, hurtigere og høyere. Noen ganger sammen med hverandre, noen ganger som konkurrenter. De smilte og sendte hverandre varme blikk, og de visste begge at den musikken de skapte sammen var bedre enn hva hver enkelt av dem kunne ha prestert alene.

De var to profesjonelle musikere som arbeidet sammen, men individuelt på samme grunnlag og bakgrunn med uante muligheter. De visste ikke hvordan resultatet ville bli før de startet, men de delte et sett med felles normer, et felles språk og de visste at mulighetene for suksess var tilstede, og at de aldri ville få denne sjansen igjen.

⁹ Anne Deering & Anne Murphy, *The different engine*, Gower Publishing Limited 1998, s. 107-108.

Denne metaforen kan brukes til å beskrive avtaleformenes forskjellighet, og spesielt for å beskrive samspillavtalenes potensial. For samspill handler nettopp om at resultatet kan bli betydelig større gjennom en felles innsats enn ved individuell innsats.

Hvis metaforen skulle ha beskrevet den tradisjonelle, så ville fiolinistene på forhånd ha avtalt hva de skulle spille, hvem som skulle spille hva, hvilke misligholds- og erstatningsbeføyelser som var til rådighet hvis den ene part ikke leverte sin ytelse og ikke minst ytelsens pris og kvalitet.

Her ville fiolinistene på forhånd presisert hvordan resultatet ville bli før de startet, med et felles kontraktsrettslig grunnlag og hvor hver part hadde forsøkt å innføre sine regler, normer og språk.

Og hver fiolinist ville forsøke å maksimere sin egen prestasjon og profitt, også selv om han visste at han ikke fikk denne sjansen igjen.

At samspillmodellen kan medvirke til å øke den samlede profitt i et avtaleforhold, og at denne maksimeringen av felles verdier kan være til fordel for begge parter illustreres fint med den ovenstående metafor.

Samspillavtaler er ennå ikke definert i avtaleretten. Et juridisk kjennetegn ved disse avtalene er at det er en fundamental annerledes form for avtale mellom virksomheter, herunder også offentlige myndigheter. Samspillavtaler kan anvendes i Norge, da det i henhold til avtaleloven § 1 er avtalefrihet for partene. Partene blir derfor ikke avskåret fra å benytte seg av denne avtaletypen. Dette gjelder allikevel ikke i offentlige byggesaker, hvor reglene om offentlige anskaffelser regulerer hvordan partene inngår avtaler.

Det sentrale i samspillmodellen er å spille på lag og få det beste ut av de involverte parter fremfor å posisjonere seg med skjulte agendaer. Det dreier seg derfor om en målrettet fokusering på positivt samarbeid mellom aktørene og kontinuerlig oppfølging av dette samarbeidet.

I den tradisjonelle kontraktstype er avtalen en styringsmekanisme for partene, og har således til formål å oppstille et sett av utvetydige spilleregler, og skal derfor virke som et konfliktforebyggende dokument for å skape klarhet om rettsfaktum (forbud og påbud) og rettsfølgen (konsekvenser). Den tradisjonelle avtale bør inngås hvor graden av behov for samarbeid er lav.¹⁰

Man kan som motsetning til den tradisjonelle avtaleform definere samspillavtalen som en avtale, hvor partene forsøker å endre adferd for å fokusere på optimering av egen nytte og inntjening til å fokusere på felles optimering og samarbeide. Det har derfor avgjørende betydning for samspillavtalen, at partene skifter fra å være parter til å være partnere, med det felles mål å maksimere felles nytte og inntjenning, og å minimere de omkostninger som er forbundet med gjennomføringen av transaksjonen. Dette bør gjelde uansett om det tale om private eller offentlige parter. samspillavtaler bør inngås hvor behovet for samarbeide er høyt, hvor graden av konkurranse er høy, eller hvor presset på velferdssamfunnet er høyt.¹¹

De sentrale elementer i et samspillprosjekt som skiller seg ut fra et tradisjonelt byggeprosjekt, typisk være:

- Bruk av *målpris og økonomiske insentiver* for å fremme samarbeidsånd, rettidig levering og bedre kostnadskontroll. Dette gir for partene et fokus på felles økonomiske interesser. Mer om dette i punkt 2.3.
- *Åpne kalkyler – åpen økonomi* – byggherren vil kunne se kostnadselementer og fortjenestemarginer hos entreprenører og rådgivere.
- *Tidlig involvering* av entreprenør(er), som trekkes med allerede fra starten av prosjekteringen og som allerede på dette tidspunktet bidrar med sin kompetanse i forhold til optimaliseringen av byggeriet. I en totalentreprisekontrakt gjelder

¹⁰ Tvarnø, Christina D. *Partnering er et barn av globaliseringen*. Logistikk og Innkjøp årg. 8 2004/3 s. 9-10

¹¹ Tvarnø, Christina D. *Partnering er et barn av globaliseringen*. Logistikk og Innkjøp årg. 8 2004/3 s. 9-10

riktignok også dette helt eller delvis. Men forskjellen til totalentreprise er likevel at i samspillavtaler trekkes også rådgivere og eventuelt underentreprenører integrert og likestilt med i en teambasert arbeidsmodell, med bl.a. faglig utveksling og læring for øyet.

- En praksis med utstrakt *dialog*, personlig relasjonsbygging og ”samsnalking” mht mål og midler for partnerigprosessen, gjennom hele prosjektets syklus, og for alle parter: byggherre, rådgivere, entreprenører. Dels skjer dette i formelle former via workshops og andre møteformer, dels mer uformelt, inspirert og initiert av den samme møtevirksomhet.
- En *nærhet og fleksibilitet* i dag-til-dag-samarbeidet på byggeplassen i en grad som ellers ikke er vanlig, og som minner mer om samarbeidet internt i en organisasjon.
- Høy grad av *tillit* mellom partene, lav grad av kontroll og konkurranse, formelle varsling- og kontrollrutiner settes ofte til side.
- En intensjon om å arbeide mot visse definerte *felles mål* i byggeprosjektet og redusere det tradisjonelle motsetningsforholdet mellom byggherre og leverandører.
- Egne *konfliktløsningsprosedyrer* som inkluderer egne organer eller oppnevnte personer, og som er innrettet på løsning av konflikter hurtigst mulig og på lavest mulig nivå, uten å skape forsinkelser i arbeidet.
- Eget element av *felles evaluering og læring* knyttet til samarbeidet, til bruk i senere prosjekter.
- Formell forankring i en *samspillkontrakt* som fungerer som felles overbygning på de enkelte tosidige rådgivnings- og entreprisekontrakter som også inngås. De tosidige kontrakter følger ofte visse kontraktsstandarder i bransjen. Samspillkontrakten setter vanligvis visse bestemmelser i standardene til side, for eksempel rutinene for kontroll og varsling, som i samspillmodellen erstattes av den mer uformelle møteprosessen.

Det er også viktig å bemerke at i samspillavtaler fastsettes en forpliktelse til å etablere en intern dialogbasert konfliktløsningsmodell, som skal medvirke til å sikre at samarbeidet og hele transaksjonen gjennomføres i henhold til samspillavtalens innhold. Denne

bestemmelsen angir hvor lang tid en konflikt skal befinne seg på et sted i organisasjonen, samt beslutning om anvendelse av megler eller mediator hvis en konflikt ikke kan løses av partene selv. Hvis den interne dialogbaserte konfliktløsningsmodellen ikke virker, vil konflikten bli løst ved voldgift, oppmannsavgjørelse eller ved de alminnelige domstoler. Erfaring tilsier at de fleste interne konflikter løses ved hjelp av den interne dialogbaserte konfliktløsningsmodell. I samtaler med NCC kom det frem at de fleste konflikter ble løst internt, og at det ikke har vært noen konflikter som har endt opp i rettsapparatet ved benyttelse av samspillavtaler. Dette er i samsvar med danskenes erfaring ved bruk av samspillavtaler.

Det bør i denne sammenhengen nevnes at det i skrivende stund ikke er noen standard kontrakt for prosjekter som skal utføres etter samspillmodellen i Norge, men bransjen ved EBA (Entreprenørforeningen bygg og anlegg) er i ferd med å bli enig om en mal som man foreslår benyttet. I Danmark har man operert med en standardkontrakt innenfor dette feltet, og man antar at den norske kontrakten vil ligne på den danske. I mellomtiden benytter man seg av en mellomløsning. I en gitt kontraktssituasjon mellom byggherre og totalentreprenør vil man gi samspillkontrakten forrang, men man bygger på med en NS 3431 i bunnen. Dette skjer ved at man utarbeider samspillavtaler hvor man inntar klausuler om at samspillavtalen skal gjelde fremfor den standarden som er lagt til grunn.

En samspillkontrakt etter NCC-modellen blir beskrevet som en prosess som kan deles inn i fire faser. Det er i denne sammenheng viktig å påpeke at dette er kun en form for samspill, og at det er mulig å utføre denne samspillprosessen på mange forskjellige måter. NCC-modellen preges i høy grad av de personer som deltar i samarbeidet. Det er både viktig og en forutsetning at samarbeidet fungerer i hver enkelt fase av prosjektet for at det skal bli et fremgangsrikt prosjekt. I samspillavtalene skal de aktørene som vil ha en stor innflytelse på prosjektets sluttresultat involveres tidlig i prosessen. Dette kan føre til at dobbeltarbeid, feil

og misforståelser reduseres. Nedenfor skal vi kort se på hvordan de fire fasene i en samspillprosess henger sammen¹². Fasene er inndelt fra 0 – 3.

Det er i fase 0 at forutsetningene for det videre samspillsamarbeidet utarbeides. Byggherren må være pådriver i prosessen, men det er fordelaktig å gjøre det med potensielle partnere som rådgivere. Det kan være hensiktsmessig å undertegne en intensjonserklæring med det formål å i fellesskap ta frem disse forutsetningene, for så i neste trinn å undertegne en samspillavtale. Det er i denne fasen viktig for partene å finne ut om de kan arbeide sammen. Kjemien i prosjektet må stemme. Hvis partene har tillitt til hverandre og har lyst til å fortsette samarbeidet, avsluttes fase 0 med at en samspillavtale inngås. Denne avtalen er utgangspunktet for hele det videre forløpet.

Når deltakerne i prosjektet har blitt enige og skrevet en samspillavtale, og sammen har slått fast de grunnleggende forutsetningene for prosjektet, som for eksempel valg av samarbeidsform, målpris og valg av partnere, går samspillavtalen over i fase 1.

Fase 1 er et integrert og åpent samarbeid, en dialog på kryss og tvers mellom byggherre, brukere, entreprenører, arkitekter, rådgivere og andre prosjektmedarbeidere. I denne prosessen som finner sted som en workshop, og som kan vare i flere måneder, vil ansvar og roller fordeles. I dialogen finnes også prosjektets økonomi, slik at deltakerne kan sikre at prosjektets utforming hele tiden holder seg relatert til målprisen. I begynnelsen vil prosjektbudsjettet basere seg på noen hovedposter, men etter hvert som arbeidet går fremover, vil det bli mer og mer detaljert. Fase 1 resulterer i et hoveddokument med tilhørende prosjektbudsjett, som er kostnadsestimatene deltakerne er enige om at prosjektet kan gjennomføres etter. Disse dokumentene gjelder som underlag byggeprosjekteringen og utførelse under fase 2 – 3. Hoveddokumentene og prosjektkostnaden er underlaget for den incitamentsavtale som trer i kraft når prosjektet går over i fase 2. Byggherren har rett til å bryte avtalen hvis prosjektet under fase 1 kommer frem til at målprisen vil få vesentlige

¹² NCC Construction AS. *Partnering i praksis*. 3 utg. Oslo 2005. s. 16 flg.

overskridelser. Vilkårene for dette vil fremgå av den undertegnede samspillavtalen, jf NCC sin samspillavtale punkt 6.6.

”Under fase 1 kan byggherren frigjøre seg fra nærværende avtale, som i så fall opphører å eksistere. I så fall må byggherren utbetale til de øvrige parter vederlag for utført arbeid i fase 1”.

En lignende bestemmelse er også tatt inn i Bærum kommunes samspillkontrakt i punkt 34.

”Bærum kommune har i prosessen frem til at forprosjekt med tilhørende målsum foreligger og er godkjent av begge parter, rett til å avbestille det videre kontraktsarbeidet, mot å betale alliansen for utført arbeid og leverte materialer mv, etter netto selvkost, tillagt kontraktsfestede påslag mv. Økonomisk kompensasjon utover dette vil ikke bli gitt”.

Når kostnadsestimatet og hoveddokumentene for prosjektet er fastsatt, går samarbeidet inn i fase 2. Her blir alt klargjort for utførselen. Her blir detaljene bestemt. Det kan være spørsmål om vinduene skal være av tre eller aluminium eller om gulvet skal være parkettbelagt eller med fliser.

Fase 3 er avslutningen på samspillprosessen og leveringen av prosjektet.

1.5 Hva har skapt behovet for samspillavtaler?

Samspillmodellen som avtaleform er oppstått fordi først og fremst private virksomheter på grunn av globaliseringen og den derav følgende økte konkurranse, har hatt behov for nye samarbeidsformer. Det har vært nødvendig å inngå avtaler med det formål å samarbeide om å senke og dele omkostninger samt å skape større effektivitet for å øke virksomhetenes konkurransemessige fordeler. Den har også kommet på bakgrunn av en bransje som har slitt med mye tvister, dårlig kvalitet, lav lønnsomhet og lite nyskapning. De forskjellige aktørene i byggeprosjektet blir gjennom samspillavtalen parter med et fokus på felles økonomi og samarbeidsånd. Der hvor aktørene tidligere kun har jobbet for å optimalisere sin egen gevinst i prosjektet, skal det nå samarbeides om å nå felles mål og felles gevinst.

Den globale økonomi er karakterisert ved omskriftelighet og aggressiv konkurranse. Derfor kan virksomheter i dag sjelden stå alene om å skape verdier. Det er forandringen i

virksomhetenes verdiskapelse som er årsaken til at det er oppstått et behov for å inngå i en ny samarbeidsform både på nasjonalt og internasjonalt nivå.

Undersøkelser viser at kun ca. 1/3 av tidsforbruket for håndverkere er direkte verdiskapende. Resten av tiden blir brukt til å for eksempel bringe materialer frem til byggeplassen, noe som man selvfølgelig er helt avhengig av, men som kan gjøres på en mer effektiv måte. Resten av tiden er spilt tid. Byggeriet har derfor vært fanget i en ond sirkel. En av årsakene er blant annet at priskonkurransen har ført ut i det ekstreme, slik at det ikke har blitt rom for utvikling. Noe som igjen har ført til stagnasjon og konflikter. Når en svært ofte – både for entreprenørene og rådgiverne oppnår fornuftige dekningsbidrag, stiger sannsynligheten drastisk for at samarbeidet går i stykker. Derfor ender ofte byggesaker i rettssystemet. Byggherren får derfor verken oppfylt kvalitet, tid eller pris.

1.6 Samspillkontrakter i et internasjonalt perspektiv

Selv om samspillavtaler er en forholdsvis ny kontraktsform, er denne formen for samarbeid ikke en ny foreteelse. Den har eksistert i flere hundre år, selv om vi i dag bruker andre ord. De første og mer organiserte tilløp til samspillavtaler kan føres tilbake til USA på begynnelsen av 80-tallet. Dette førte til at byggerrapporter i England på 90-tallet tok opp ideen, og videreførte interessen i Europa. Danmark kom forholdsvis tidlig med i utviklingen, og begynte med en rekke forsøktbyggerier i 1999 – 2002. Utenfor Europa ble det omtrent på samme tid iverksatt en rekke utviklingsinitiativ i Australia, New Zealand og Hong-Kong. Disse var sentrert om byggherrens rolle og nye samarbeidsformer. I starten av 2000-tallet har Holland vist stor interesse for området, og har derfor startet et omfattende utviklingsprogram. Det er likeledes i Norge og Sverige en voksende interesse. Det er for tiden England og Holland som for tiden står for den største utviklingen på området.

1.7 Samspillavtaler i fremtiden.

Mange spør seg om samspillavtalene bare er en populær døgnflue som vil dø ut etter noen år, eller om fenomenet vil overleve. Dette er vanskelig å svare på, men tendensen i Norge er at samspillkontraktene er på full fart inn i byggebransjen. Min erfaring er at mange fortsatt er skeptiske til denne samarbeidsformen. De som derimot har valgt å benytte seg av den har uttrykt at de er svært fornøyde. De som er skeptiske har kanskje vanskelig for å løsrive seg fra det gamle trygge tankemønsteret. Personlig tror jeg at de som våger å benytte seg av denne modellen, vil få en positiv opplevelse. I den senere tiden har vi i Norge opplevd at kvaliteten på hva som leveres innenfor byggebransjen kan ha store utslag. Tunneltakene som kollapset på E18 i Vestfold kunne kanskje vært unngått ved benyttelse av samspillmodellen. Det er naturlig at man vil finne de beste løsningene i samarbeid. Selv om den løsningen som blir valgt kan koste litt mer enn alternativene, kan det lønne seg i det lange løp. I samspillavtaler kan man lete etter en vinn-vinn løsning, og støtte hverandre i det. Man må allikevel være klar over at dette kan koste den part som ikke er berørt av situasjonen noen resurser. Det er et sentralt trekk ved denne samarbeidsformen. Dette har sitt utspring i samspillavtalenes fordeling av risiko. Dette må allikevel aksepteres for å nå den felles målsetningen med byggesaken, og for å bevare et fremtidig samarbeid i kommende byggesaker. Den beste effekten av samspillavtalene vil man kanskje oppnå i et langvarig samspillforhold. Det vil si de tilfeller hvor entreprenøren også påtar seg vedlikehold for et visst antall år. I disse tilfellene vil det også være i entreprenøren sin interesse å finne de kavitetsmessige beste løsninger.

Det kan videre virke som om samspillavtalen er løsningen på alle problemer, men så enkelt er det ikke. Ett av problemene med samspillmodellen er at det, som tidligere nevnt, ikke er utviklet noen egen standardkontrakt for samspillavtaler i Norge. Derfor vil avtalene kunne variere fra gang til gang, noe som igjen gir grobunn for konflikter.

Hva som vil skje med samspillavtalene i Norge vil bare fremtiden vise.

2 Vederlagformatet

2.1 Innledning

I oppgavens del 2 skal vederlaget behandles. Det vil bli fokusert på hvordan man kan regulere målprisen i en samspillkontrakt. Det er her de store juridiske utfordringene oppstår. Målprisen er i de fleste tilfeller basert på selvkost med et tillagt påslag som skal inkludere fortjeneste, faste kostnader og administrasjon. I tillegg opereres det med en risikoavsetning som skal ta høyde for enkelte uforutsette forhold. Dersom NS-systemet legges til grunn skal målprisen i prinsippet reguleres i tråd med endringssystemet i den NS som avtalen bygger på. Dette forutsetter at avtalen legger en NS til grunn. Dette er i utgangspunktet ikke nødvendig, da partene i utgangspunktet har avtalefrihet. For å få en helhetlig fremstilling av vederlagformatet, vil det derfor bli redergjort for vederlagformatet i NS 3431 som ofte legges til grunn i samspillavtalene. Det er da særlig fastpris som er aktuelt. Videre vil målprisen bli forklart. Incitament og bonus/malus ordninger vil bli behandlet under vederlagformatet i totalentreprise, men er like aktuelt for målprisen da en samspillavtale som oftest vil ha regler om regulering av målprisen. Det vil bli fokusert på sammenhengen mellom målprisen og risikofordelingen da risikofordelingen vil spille en stor rolle vedrørende endring av målprisen. Jeg har særlig lagt vekt på to kontrakter i dette arbeidet. Den ene er NCC sin standardkontrakt for samspillavtaler, og den andre er Bærum kommunes alminnelige kontraktsbestemmelser for samspillkontrakter. Begge kontraktene bygger på en samspillmodell, men skiller seg fra hverandre når det gjelder hva som skal regulere målprisen. NCC sin samspillkontrakt legger til grunn en uforandret standardkontrakt, i dette tilfellet NS 3431, hva angår risikofordelingen og endringer mellom partene. Det vil si at risiko skal plasseres der den ligger nærmest. Det vil si at endringer som byggherren pålegger i de fleste tilfeller ikke vil være inkludert i prosjektets målpris eller risikoavsetningen. Risikoavsetningen vil i de fleste tilfeller ta høyde for eventuelle uforutsette forhold for entreprenørens risiko. Det vil derfor si at ethvert forhold som etter NS 3431 er en endring, også er en endring etter samspillavtalen. Dette fører til at det som etter NS 3431 ligger innenfor byggherrens risiko skal kompenseres, fortrinnsvis ved regulering av målpris. Motsvarende vil ethvert forhold innenfor entreprenørens risiko ikke ha noen betydning for målprisen, men vil inngå som en prosjektkostnad og ”spise” av

kostnadstaket. Samspillkontrakten fra Bærum kommune legger andre elementer vedrørende endringer og risiko til grunn. Her vil blant annet feilprosjektering fra byggherren ikke regulere målprisen, men inngå som en prosjektkostnad. Det samme gjelder grunnforhold som etter NS 3431 ligger innenfor byggherrens risiko.

2.2 Vederlagformatet i totalentreprise

Vederlagformatet i NS 3431 er regulert i standardens punkt 28.. Man kan velge mellom to hovedformer når man skal stilling til hvordan entreprenørens vederlag skal fastlegges.

Entreprenøren kan ha krav på å få dekket sine faktiske kostnader med å få arbeidene utført, eller han kan kreve å få et forhåndsbestemt vederlag. I utførselsentrepriser kan man også benytte seg av en mellomform, enhetspriskontrakter, hvor vederlaget fastsettes etter oppmåling basert på forhåndsavtalte enhetspriser. Oppgaven er avgrenset mot dette, men i enhetspriskontrakter beregnes vederlaget ut fra en avtalt pris per mengdeenhet multiplisert med faktisk utført mengde. I enhetspriskontraktene er det byggherren som har risikoen for arbeidets omfang.

Fastpris er det aktuelle vederlagformatet i totalentreprise. Her er vederlaget blitt fastsatt til en bestemt sum som inkluderer alt arbeid som skal utføres. En fastsumkontrakt overfører risikoen for mengder og ressursinnsatsen. Når det gjelder prisstigningsrisikoen, er hovedregelen at dette er byggherrens risiko, jf NS 3431 punkt 28.1.

2.2.1 Hvilke elementer inngår i vederlaget

Uansett hvilken vederlagform man benytter seg av, vil disse elementene inngå i prisen:

Arbeid: Lønninger og sosiale utgifter. Timesatser for de forskjellige medarbeidere.

Redskaper som de bruker og som medgår til prosjektet.

Materialer: Enkeltmaterialer og elementsleveranser. Transport til byggeplassen.

Maskinbruk: Alminnelige og spesielle for prosjektet. Timeleiesatser.

Dokumentasjon: Papirer eller dataprogrammer med beskrivelser, tegninger og testresultater som viser hvordan arbeid og materialer er levert, og eventuelt hvordan de kan eller skal

brukes ved forvaltning, drift og vedlikehold. Dessuten kan entreprenøren ha spesiell kvalitetssikring og kontrolldokumentasjon.

Rigg og drift: Dette består også av arbeid, materialer og maskiner – eventuelt dokumentasjon. Men spesielt tenker man her på stillaser, brakker, strøm osv. Noen er faste uansett arbeidenes omfang og varighet, mens andre er variable.

Generalomkostninger: Dette er utgifter til administrasjon, kapitalutgifter m.m.).

Prisstigning: I tiden fra anbudet/tilbudet blir kalkulert og frem til kostnadene påløper, kan det forekomme prisstigninger. Prisstigning kan være etter indeks eller være faktisk og dokumentert, eventuelt anslått og inkludert på forhånd.

2.2.2 Fast pris

Hvilken kontrakt man står ovenfor beror på en konkret tolkning av kontrakten.

Fastpriskontraktene styres etter prinsipper for fastpris.

Praksis viser at de fleste kontrakter inneholder elementer fra alle prinsippene for vederlagberegning. Noen deler av kontrakten er en fastsumkontrakt, andre deler er en enhetspriskontrakt med regulerbare mengder og enkelte poster skal utføres som regningsarbeider. Det er derfor sjelden at en kontrakt selv om den kaller seg for en fastsumkontrakt, innebærer at vederlaget er endelig fastsatt selv om det ikke skulle oppstå forhold som berettiger korrigerings senere.

I enhetspriskontrakter beregnes vederlaget ut fra en avtalt pris pr. mengdeenhet multiplisert med faktisk utført mengder. Mengdeenhetene varierer ut fra hva slags tjenester som er utført. Den kan være regnet ut fra hvor mange lysarmaturer som er montert til hvor mange m² gulv som er lagt. Det er byggherren som har risikoen for arbeidets omfang i enhetspriskontrakter.

I fastsumkontraktene er vederlaget fastsatt til en bestemt sum som inkluderer alt arbeid som skal utføres i henhold til byggherrens beskrivelser. En fastsumkontrakt overfører risikoen til entreprenøren for det som er beskrevet. Avvik i volum i forhold til avtalte mengder er entreprenørens risiko. Fastsumkontraktene kalles også fikssum- eller rundsumkontrakter.

2.2.3 Incitamentskontrakter

Med incitament menes en premie som entreprenøren skal få, dersom han oppnår visse mål.¹³ En incitamentsavtale kan inneholde en fordelingsnøkkel av fortjenesten hvis oppdraget lykkes i samsvar med det som er avtalt i kontrakten. Selv om dette punktet er plassert under vederlagformatet i totalentreprise, er det viktig å nevne at incitamentskontrakter forekommer svært ofte i samspillkontrakter også. Punkt 6.4 i NCC sin samspillkontrakt gir et eksempel på en fordelingsnøkkel:

”Modell for overskudds/underskuddsdeling er avtalt som følger:

- 1. Dersom prosjektets sluttkostnad blir lik målprisen, honoreres Entreprenøren som nevnt i punkt 6.3 uten at det gjøres fradrag eller tillegg i respektive vederlag.*
- 2. Dersom prosjektets sluttkostnad kommer under målprisen deles den oppnådde besparelse som følger:*

Byggherre: XX

Entreprenør: XX

- 3. Dersom prosjektets sluttkostnad kommer over målprisen deles overskridelsen som følger:*

Byggherre: XX

Entreprenør: XX”

2.2.3.1 Hva er incitament og bonus/malus

Ved benyttelse av incitament vil partene avtale et felles mål. En oppnåelse eller ikke oppnåelse av dette målet vil derfor medføre gevinst (bonus) eller tap (malus) for de partene som er omfattet av incitamentet. Et incitament kan derfor være både være positivt eller

¹³ Hans Cappelen. *Byggherren og kontraktene, kontraktsinngåelser for bygg og anlegg*. Drammen 1994 s .114

negativt, mens bonusen som regel er positiv. Det vil si at bonusen blir utbetalt hvis målet blir nådd, men ikke hvis det ikke blir nådd. Bonusen forstås dit hen at byggherren utbetaler et beløp ved oppnåelse av bestemte mål. Det er ikke nødvendigvis penger det er snakk om. Det kan dreie seg om andre goder som for eksempel sosiale kulturelle aktiviteter. Byggherren oppnår ikke noen direkte besparelse i form av penger, men han skaper verdier.

2.2.3.2 Formålet med incitamenter og bonus

Formålet med bruken av incitamenter og bonus, er å skape felles økonomiske interesser.

Byggherrens mål er at overholde de økonomiske rammene, men det vil også føre til at de øvrige partene maksimerer innsatsen for å oppnå de overordnede målene. Det kan føre til økonomiske besparelser eller reduksjon av byggetiden.

Den adferd, som kan påvirkes, kan f.eks. være:

- rådgiveren og entreprenøren velger de beste medarbeidere til oppgaven
- det avsettes tid til å øke samarbeidet.
- der fokuseres på løsninger i stedet for problemer og ansvarsfraskrivelse
- rådgiveren eller entreprenøren skjerper generelt sin oppmerksomhet på oppgavens løsning til å være mer omhyggelig og forutseende i sin prosessplanlegging.
- prosjektoptimering og logistikk får ekstra oppmerksomhet.
- de stive faggrensene hvikes ut
- entreprenøren er nøye ved inngåelse av underentrepriseavtaler og innkjøp.

Et incitament kan virke på den måten at det kommer alle til gode, men det kan også ha den virkningen at den favoriserer de parter som kan påvirke oppfyllelsen. Det vil derfor være både i entreprenøren sin interesse og byggherrens interesse å realisere prosjektet til en lavest mulig pris, slik at bonusen blir så stor som mulig.

Bonusen bør komme de som jobber med byggesaken i det daglige til gode, og ikke fungere som et dekningsbidrag for byggevirksomheten.

Ved incitamenter skal den gevinsten som kommer til deling, komme fra en effektivisering av prosessene, eller gjennom en optimering av løsningene i prosjektet.

2.2.3.3 Typer av incitamenter

I dette punktet, vil hovedvekten bli lagt på incitamenter benyttet i samspillkontrakter

2.2.3.4 Deling av besparelse mellom byggherre , prosjekterende og utførende.

Denne typen av incitament innebærer at besparelsen som blir benyttet av partene i prosjekterings eller utførelsesfasen, fordeles mellom partene. Det skal selvfølgelig være tale om besparelser som ikke innebærer en forringelse av kvaliteten eller reduksjon av omfanget. Besparelsen kan bestå i at det velges en billigere løsning med samme kvalitet. Summen av besparelsen relateres til et grunnlag som for eksempel kan være et prosjektforslag med budsjett. I oppgjøret av incitamentet inngår både besparelser og fordyrelser som følge av uforutsette utgifter. Det oppstår en rekke spørsmål som bør avklares i avtalen bl.a. om alle uforutsette utgifter som skal påvirke incitamentet.

2.2.3.5 Deling av beløp som er avsatt til uforutsette utgifter.

Incitamenter defineres som et mindreforbruk av et beløp som er avsatt hos enten byggherren eller hos entreprenøren innenfor kontraktsummen i fast pris. Bli det et mindre forbruk – uansett årsak – deles dette mellom partene. Ofte vil byggherren benytte sin del av besparelsen til å øke kvaliteten.

2.2.3.6 Resultatorientert dekningsbidrag ved regning med målpris eller makspris

I denne incitamentstypen betales entreprenøren løpende med regning til kostpris pluss et minimum dekningsbidrag eller uten dekningsbidrag. Det aktuelle dekningsbidrag gjøres opp ved ferdigstillelsen. Modellen forutsetter at partene benytter seg av åpne regnskaper, og at det inngår en makspris som er fastsatt av byggherren. Konkurransen om oppgaven/prosjektet kan prismessig foregå på målprisen., alternativt kan incitamentstrukturen, herunder målprisen forhandles.

2.2.3.7 Incitamentspulje deles etter oppfyllelse av nøkkeltall/Benchmarks

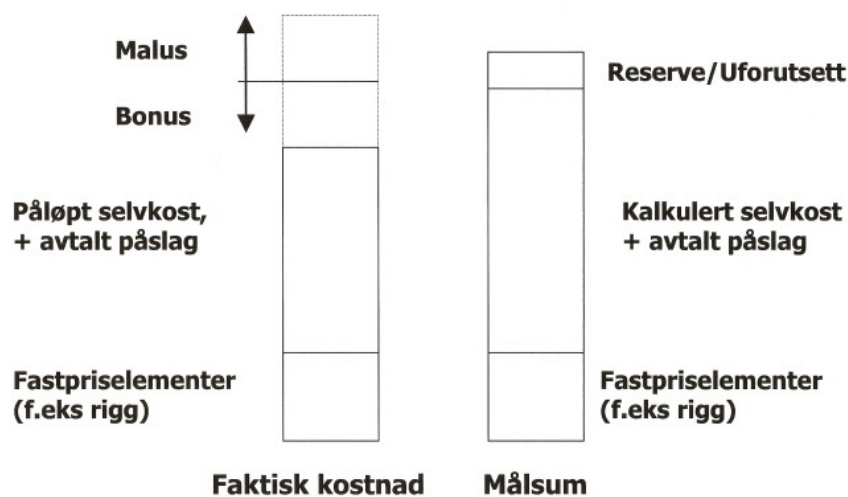
Det er blitt beskrevet et eksempel fra drift og vedlikehold av veier. Utførelsesprosessene optimeres, og besparelsene fremkommer ved at omkostninger ved den nye utførelsesmetode sammenholdes med prisen i henhold til tilbudslisten. Ved besparelsen endres tilbudslistens enheter og enhetspriser. Denne direkte besparelse deles mellom entreprenør og oppdragsgiver. Forløper utførelsen som forventet, deles besparelsen med 50/50 %, men går det på en rekke områder bedre eller dårligere, vil fordelingen avhenge av utførelsen i relasjon til oppfyllelse av byggherrens mål.

2.3 Vederlagformatet i samspillavtaler

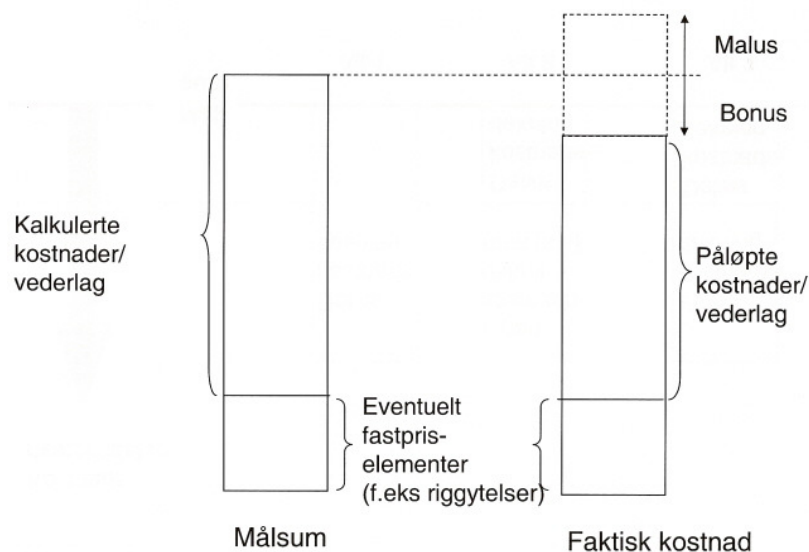
I samspillkontrakter er det en grunnleggende forutsetning at alle parter har fullt innsyn i alle aspekter vedrørende prosjektets økonomi til enhver tid. I stedet for en fastpris som alltid benyttes i totalentreprise, benytter man seg av en målpris som har blitt utarbeidet i felleskap i prosjekteringsfasen. Disse to vederlagformene skiller seg fra hverandre når det gjelder hvilke gevinst eller tap som entreprenøren sitter igjen med etter av byggeprosjektet er over. En fastpris, kan man kalle ”alt eller ingenting”. Dette henger sammen med at entreprenøren ved en fastpris kan bli sittende igjen med hele overskuddet hvis han klarer å realisere byggeprosjektet til under fast prisen, mens han oppnår ingen gevinst hvis han overskrider fast prisen. I samspillkontraktene er målprisen den totalkostnad som partene styrer mot, og den bør oppdateres løpende gjennom hele prosjektet. Grunnen til dette er selve formålet med samspillkontrakter og målpris. Hvis man ikke regulerer målprisen under veis, vil prosjektet utarte seg som en ren totalentreprise med fastpris, og hele virkningen av målprisen som f. eks, motivasjon til å finne besparende løsninger fra begge sider vil falle bort. Det knyttes ofte en incitamentsavtale til målprisen (se ovenfor). Dette bidrar forhåpentligvis til at partene føler et felles ansvar for økonomien i prosjektet. Som nevnt under innledningen i punkt 3.1 gir reguleringen av målprisen et betydelig tvistepotensial. Det er dette som er kjernen i framstillingen, og problemstillingen blir derfor: Hvilke elementer inngår i målprisen, og hvordan kan denne reguleres.

2.3.1 Videre om målprisen

Det finnes mange definisjoner av målprisen. En måte å definere den på kan være denne: ”Den pris partene styrer mot at prosjektet kan realiseres til”. Eller ”En nærmere definert kalkulert prosjektkostnad som partene har avtalt skal være målsum i kontraktsforholdet”, jf punkt 2.8 i Bærum kommunes alminnelige kontraktsbestemmelser for samspillkontrakter. Målprisen kan illustreres på ved at man har et fastpriselement (for eksempel rigg) i bunnen. Over dette har man den bevegelige delen som inneholder kalkulert selvkost pluss avtalt påslag. Målprisen kan også illustreres på denne måten.



Figuren er hentet fra Pål Grønstad



Figuren er hentet fra Arne Scot

Det er som nevnt viktig at partene møtes med jevne mellomrom for å diskutere og regulere målprisen. Det er flere forskjellige utgangspunkter for regulering av målpris: Den kan reguleres i tråd med endringssystemet i den standarden som er lagt til grunn i avtalen, jf punkt 6.5 i NCC sin standard. Dette må da presiseres i avtalen. En annen måte å regulere målprisen på, er den som vi finner i Bærum kommunes samspillavtale. Denne standarden plasserer risikoen andre steder enn hva som fremgår av NS-systemet. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

2.4 Hva regulere målprisen?

Reguleringen av målprisen henger som sagt sammen med endringsadgangen og risiko i totalentreprise. Endringsadgangen er en viktig rettighet for byggherren, og den blir ofte benyttet av byggherren. Retten til endringer er så viktig at den vil gjelde selv om den ikke er avtalt. Retten til endringer dreier seg om tillegg, fradrag og/eller å gjøre arbeidet annerledes. Dette dreier seg da om arbeider som fraviker fra det som er presisert i kontrakten. For å kunne svare på hva som er en endring, er vi først nødt til å se på hva som faktisk skal leveres.

2.4.1 Ytelsesnivået er angitt i kontrakten

Hva som skal leveres i en totalentreprise, kan formuleres gjennom ytelsesomfang og ytelsesnivå. Ytelsesomfanget er hvilket arbeid som totalentreprenøren har påtatt seg, mens ytelsesnivået er hvilke krav som gjelder til kvaliteten på arbeidet.

Formuleringen av de krav som stilles til entreprenørens ytelser er det sentrale punkt i prosjekteringen i en totalentreprise. Hvis disse kravene ikke er utformet på hensiktsmessig måte, kan en konkret mangelsvurdering bli svært komplisert og uklar. Det er derfor mest hensiktsmessig å oppstille totalentreprenørens ytelsesplikt gjennom funksjonskrav og spesifikasjonskrav til bygget. Funksjonskrav er krav som sier noe om at bygget skal ha visse bestemte funksjoner og egenskaper.¹⁴ Eksempler kan være krav om at lagerbygg skal ha et visst antall kubikkmeter lagerplass, krav om at temperatur og luftfuktighet i et bygg må kunne holdes innenfor visse marginer uansett værforhold osv. Spesifikasjonskravene gjelder løsninger. Det er valg av en bestemt materialtype, dimensjoner, produkter, produksjonsmetoder etc.

Det er viktig at funksjonskravene blir formulert på en måte som gjør det mulig ut fra objektive kriterier kontrollbart om funksjonskravene er oppfylt. Hvis det ikke er mulig å kontantere at kravene er oppfylt ut fra måling, prøving eller bruk, vil disse kravene ha liten verdi som middel til å fastlegge innholdet av entreprenørens ytelsesplikt. Vurderingen vil da bli skjønnsmessig og lite forutsigbar.¹⁵

Det er ikke unormalt at det oppstår motstrid mellom funksjonskrav og spesifikasjonskrav. Det kan tenkes at byggherren i tilbudsgrunnlaget har fremsatt funksjonskrav, mens totalentreprenøren bare angir løsninger (spesifikasjonskrav) i sitt tilbud. Ved en slik motstrid går normalt byggherrens funksjonskrav foran totalentreprenørens løsning, jf NS 3431 4.2.

¹⁴ Jan Einar Babro, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1. utg. Tano 1990 s. 37

¹⁵ Jan Einar Babro, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1. utg. Tano 1990 s. 36

I NS 3431 punkt 4.2 finner vi tolkningsreglene som man skal legge til grunn. Ved en eventuell motstrid gjelder dokumentene i rekkefølgen som er angitt i punkt 4.1

Byggherren kan i avtalen gjøre avvik fra tolkningsreglene. Det kan skje ved at man fastsetter at ved motstrid i tilbudsgrunnlaget gjelder funksjonskrav foran spesifikasjonskrav. Byggherre overfører da risiko for egne feil til entreprenøren, og entreprenøren m derfor få tid til å kontrollere løsning mot funksjonskrav.

Ved uttrykkelige krav plikter totalentreprenøren å foreta prosjektering, levering og utførelse i overensstemmelse med avtalte krav. Kontraktsarbeidet skal være i samsvar med kontraktsdokumentene med tilhørende tegninger, modeller og beskrivelser, bortsett fra det som er særlig unntatt eller som klart ikke er ment å gjelde kontraktsarbeidet. På dette området skiller totalentreprisen seg fra en utførelsesentreprise. I NS 8405 punkt 3.2 heter det at "Utførelse som bare er angitt på tegning, men som også burde ha vært angitt i beskrivelsen eller mengdefortegnelsen, omfattes ikke av kontrakten.

2.4.2 Ytelsesnivået er ikke angitt i kontrakten

Hvis ytelsesnivået ikke er angitt i kontrakten, skal kontraktsarbeidet passe for de formål som byggherren har med kontraktarbeidet, og som totalentreprenøren var eller måtte være kjent med da kontrakten ble inngått, jf NS 3431 punkt 11.2,1 jf 9.8 og 9.7.

Totalentreprenøren har derfor ikke ansvar for anvendelse av løsninger som byggherren forlanger, så lenge han har oppfylt sine forpliktelser til å undersøke kvaliteten på løsninger foreskrevet av byggherren, jf punkt 9.7.

Hvis det ikke er avtalte krav skal prosjekteringen og utførelsen skal være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer. Kontraktsarbeidet skal være nøyaktig, solid og fagmessig utført. Er det ikke kvalitetskrav til materialer angitt i kontrakten, gjelder slike kvalitetskrav som er vanlige for

standarden, jf NS 3431 punkt 12.3 Kontraktsarbeidet skal dessuten utføres i samsvar med de til enhver gjeldende lover, forskrifter og andre offentlige vedtak, jf NS 3431 punkt 13.

Uspesifiserte deler skal være av samme standard som andre kontraktskrav det er naturlig å sammenligne med, jf punkt 12.2.

Videre skal ytelsen være i henhold til Norsk standard, allment aksepterte normer, nøyaktig, solid og fagmessig vanlig for tilsvarende arbeider, jf punkt 12.3

Ytelsen skal også oppfylle myndighetskrav, jf punkt 6.1, 6.4 og 13. Samt at kravene til ytelser på byggeplassen skal være oppfylt, jf. punkt 6.6, 6.7, 6.8 og 6.9

2.4.3 Hva er en endring?

Endringsreglene i NS 3431 er utformet på samme måte som endringsreglene i NS 3430, men det vil være store forskjeller på hva som er en endring. Det er plikt- og risikoreglene som er de største forskjellene. Hva skal entreprenøren yte, og hvem har risiko for hva? Endringsbegrepet kan deles i to hovedkategorier¹⁶. Man kan snakke om en tilsiktet omlegging av kontraktsforholdet, og en utilsiktet omlegging. Rettsvirkningene av disse endringene er tilleggsvederlag og/eller fristforlengelse. Ved en tilsiktet omlegging er kjernen i begrepet at endringsordenen utspringer av et bevist valg hos byggherren. Det trenger ikke nødvendigvis å være ønskelig fra byggherren, men det er et bevisst valg han tar. Den utilsiktede virkningen kan være forhold som partene ikke tok i betraktning da kontrakten ble inngått. Den utilsiktede virkningen betegnes også som endrede forhold. Dette kan være særlig aktuelt i samspillkontrakter hvor prosjektets utforming ofte ikke er endelig fastlagt ved kontraktsinngåelsen. Disse endrede forholdene vil ofte være nødvendige for å oppnå det tilsiktede resultatet ved kontrakten. De endrede forholdene kan også gjøre det vanskelig for entreprenøren å nå det mål kontrakten oppstiller. Entreprenøren kan derfor reise krav mot entreprenøren i form av fristforlengelse og/eller

¹⁶ Jan Einar Barbo. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. 1 utg. Oslo 1997 s. 287

tilleggsvederlag. Det er ikke alltid at den utilsiktede virkningen har en negativ virkning for en av partene. Det kan også tenkes at det inntrer gunstige forhold som kan føre til krav om vederlagreduksjon og/eller fristforkortelse fra byggherrens side. I de fleste entrepriseforhold vil dette svært sjelden forekomme. Dette på grunn av at de færreste entreprisekontrakter innehar regler om dette, men også fordi entreprenøren sjelden sier ifra at det har inntråd forhold som har ført til besparelser. I samspillkontraktene vil derimot dette kunne forekomme. Her vil man kunne oppleve at vederlaget justeres når man kommer fram til besparende løsninger både fra byggherre og totalentreprenør.

Endringsbegrepet kan forstås på den måten at det omfatter enhver omlegging av det kontraktsforholdet som forelå før endringen inntrådte. I vid forstand kan en endring kunne relatere seg til flere sider av kontraktens innhold. Det kan være endringer av kontraktsvilkår, endringer av partenes hovedforpliktelser eller partenes sideforpliktelser. Sideforpliktelser kan være avgrensede plikter som for eksempel plikten til å tegne forsikring.¹⁷ Partene kan innefor rammene av preseptoriske rettsregler i utgangspunktet avtale omlegginger av kontraktsforholdet av enhver art.

Det er byggherrens ensidige rett til å pålegge entreprenøren endringer i totalentreprenørens hovedforpliktelse som er interessant. En slik endring, vil i de fleste tilfeller føre til at byggherrens hovedforpliktelse – plikten til å betale vederlaget til entreprenøren – også vil endres, når entreprenøren etterlever endringsorderen. Endringsarbeider vi ikke bare kunne påvirke vederlaget, men også entreprenørens krav om mer tid.¹⁸

Det avgjørende for om det foreligger en endring, er om arbeidet ligger utenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelser, etter en konkret tolkning av kontrakten.

En totalentreprise vil ofte være beskrevet for funksjoner, og derfor vil det være minimalt med endringer, fordi totalentreprenøren har ansvar for poster og mengder selv. Ved benyttelse av spesifikasjonsbeskrivelser i kontrakten, vil det svært sjelden foreligge noen valgrett for entreprenøren, og derfor vil ethvert avvik som er foreskrevet fra byggherren representerer en endring.

¹⁷ Jan Einar Barbo. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. 1 utg. Oslo 1997 s. 43.

¹⁸ Jan Einar Barbo. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. 1 utg. Oslo 1997 s. 45.

Videre når det gjelder endringsbegrepet, forekommer det at man i tillegg til endringer også sonderer mellom tillegg og fradrag. Det kan også forekomme i kontrakter at man er nøst til å trekke dette skillet. Denne er i følge Barbo¹⁹ ikke noe behov for denne sonderingen da en konsekvens av at noe skal utføres annerledes enn opprinnelig avtalt, innebærer at noe arbeid tas ut av kontrakten, mens annet arbeid legges til. Endringen vil derfor utgjøre en nettoeffekt av både tillegg og fradrag.

Byggherren har rett til å pålegge totalentreprenøren endringer i prosjekteringen og utførelsen, jf NS 3431 punkt 33.1. første ledd. Endringene må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art. Endringen kan blant annet gå ut på både tilleggsarbeider og reduksjon av arbeidets omfang.

Endringer vil henge sammen med ytelsesomfang og nivå. En endring kan inntreffe når nødvendige ytelser mangler. Typiske eksempler på dette er angitte funksjonskrav i kontrakten omfatter ikke byggherrens opprinnelige eller revurderte behov, eller at de løsninger som er angitt i tilbudsgrunnlaget, ikke oppfyller de angitte funksjonskrav.

Utgangspunktet er punkt 11.1 i NS 3431. Totalentreprenøren har en rett til valg av hva slags materialer, utførelse og tekniske løsninger som han vill oppfylle kontrakten med innenfor de rammer som kontrakten setter. Det finnes allikevel enkelte begrensninger i entreprenørens valgrett. Byggherren kan pålegge entreprenøren å velge spesifikke løsninger. Pålegget er ikke endring dersom byggherrens løsning ligger innenfor funksjonskravet og løsningen ikke gir en vesentlig/ikke uvesentlig kostnadsøkning i forhold til den løsningen entreprenøren har foreslått.

¹⁹ Jan Einar Barbo. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. 1 utg. Oslo 1997 s. 46.

2.4.4 Oppgjørsreglene ved endringer

Det sonderes mellom to typer oppgjørsregler i totalentreprise. Det er endringer der enhetspriser er avtalt, jf punkt 33.4, og endringer der enhetspriser ikke er avtalt eller ikke er anvendelige, jf punkt 33.5

En enhetspris er pris som er avtalt på forhånd for et beskrevet arbeid. Det kan være pris pr. kvm ferdig lagt parkettgulv.²⁰

Det er punkt 33.5 som er den anvendelige reglen. 33.4 er vanlig ved utførelsesentrepriser. Ved ikke anvendelige enhetspriser må entreprenøren gi byggherren et tilbud på tillegg eller fradrag. Hvis byggherre og entreprenør ikke blir enige om dette, går arbeidet på regning. Tilbudet skal være så spesifisert at byggherren har mulighet til kontrollere hvilket arbeid som inngår, prisen på de forskjellige arbeidsoperasjoner og materialprisene. Ved endringer som reduserer arbeidets omfang, skal entreprenørens tilbud på fradrag tilsvare besparelsen ved reduksjon av arbeidsomfanget. Ved en tolkning av denne bestemmelsen, finner man ikke noe i ordlyden som tilsier at tilbudet på fradrag skal være spesifisert. Det må likevel være et klart krav til spesifisering, fordi byggherren må ha krav på dokumentasjon av kostnadene.²¹

Ved samspillavtaler benyttes det flere enhetspriser, og det vil derfor ikke være nødvendig å gi tilbud. Man benytter i stedet reglene i punkt 33.4 om avtalte enhetspriser.

2.4.5 Hva er risiko?

Begrepet ”risiko” og ”ansvar” har i norsk juridisk teori aldri vært entydig fastlagt. Brunsvig hevder at risikobegrepet har vært brukt i forskjellige betydninger,²² og ”ansvar” definerer han på denne måten: ”*alle rettskrav som kan bli gjort gjeldende på grunn av en*

²⁰Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 2 utg. Oslo 2006 s. 376.

²¹Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 2 utg. Oslo 2006 s. 380.

²²Jan Einar Babro, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1. utg. Tano 1990 s. 28

*konstruksjonsmangel, som for eksempel krav om utbedring, omlevering, heving, erstatning etc.”.*²³

Dette er et meget vidt ansvarsbegrep, og omfatter det som også vanligvis betegnes som risikospørsmål. Det er allikevel er rent terminologisk spørsmål. En kan si at ethvert spørsmål om erstatningsansvar er et spørsmål om fordeling av en viss risiko eller å pålegge noen risikoen for dette er å ilegge et ansvar på objektivt grunnlag.

Risikobegrepet kan deles opp i to kategorier. Oppfyllelsesrisiko og vederlagrisiko.

Plikten til å oppfylle sin del av kontraktsytelsen uansett hvilke hindringer som skulle oppstå, blir betegnet som oppfyllelsesrisikoen. Den part som ikke oppfyller sine avtalerettslige forpliktelser kan bli møtt med sanksjoner som dagmulkt eller erstatning.

Når det gjelder vederlagrisikoen, er det to spørsmål som må stilles²⁴ Hvilke betingelser må oppfylles for at vederlaget skal opptjenes, og hvilke forhold fører til at kreditor mister sitt krav på det avtalte vederlag.

Hvis det er totalentreprenøren som må stå til ansvar for disse forholdene, på grunn av at det er han som har risikoen, vil hans manglende evne til å overvinne feilen eller hindringen som har oppstått, føre til forsinkelse eller ikke oppfyllelse av kontrakten. En annen mulighet er at bygget leveres mangelfullt. Her må totalentreprenøren rette opp i de feil som foreligger for egen regning.

Hvis det er byggherren som har risikoen, vil totalentreprenøren få krav på fristforlengelse slik at han ikke blir forsinket. Det som er mest aktuelt er at totalentreprenøren oppfyller kontrakten selv om han ikke har risikoen for forholdet. Han vil da kunne kreve tilleggsvederlag for den merutgift oppfyllelsen har kostet han.

²³ Jan Einar Babro, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1. utg. Tano 1990 s. 28

²⁴ Jan Einar Babro. *Kontraktssomlegging i entrepriseforhold*. 1.utg. Oslo 1997 s. 295 flg.

2.4.5.1 Funksjonsfordelingen

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk entrepriserett at risikoen i utgangspunktet skal trekkes etter funksjonsfordelingen i kontrakten. I en totalentreprise slutter byggherren og entreprenøren en kontrakt som omfatter så vel prosjektering som utførelse. Byggherren har minimalisert sin risiko og sitt ansvar ved å overføre risikoen for prosjektering og utførelse til totalentreprenøren. Totalentreprenøren overtar derfor mye av funksjonsfordelingen i kontrakten. Derfor vil risikoen for svikt i byggverket som er en følge av den utformingen av prosjekteringen som totalentreprenøren har stått for tilfalle totalentreprenøren.

Funksjonsfordelingsprinsippet ble slått fast i Rt. 1917 s. 673 (Pæledommen):

”At risikofordelingen skal rette seg etter funksjonsfordelingen anser en i praksis som noe selvsagt, som et utslag av alminnelige rettsgrunnsetninger”.

Dette har senere blitt fulgt opp både i rettspraksis og juridisk litteratur.

I følge NS 3431 punkt 16.1 og Rt. 1978 s. 1157 har avtalepartene risiko også for arbeidet som er utført av dere kontraktsmedhjelpere. Avtalepartene har derfor ikke bare risiko for sitt eget arbeid.

2.4.5.2 Konstruksjonsrisikoen

Entreprenøren har påtatt seg en resultatforpliktelse. Han skal utføre et arbeid, og han har risikoen for at dette oppnås. Dette innebærer at det er irrelevant hvilken metode han benytter seg av, bare kontrakten blir oppfylt.

Ved totalentreprise vil entreprenørens risikoområde utvides betraktelig. Utgangspunktet er at entreprenøren har risikoen for at det forventede resultatet oppnås. For at resultatet skal kunne oppnås, må bygget ha visse egenskaper eller funksjoner. Hvis entreprenøren oppfører en bro, og broen raser sammen, oppfyller den ingen funksjonskrav lenger. Konstruksjonsrisikoen henger nær sammen med funksjonsrisikoen. Dette fordi man ikke kan si at det foreligger noen konstruksjonssvikt som entreprenøren har risiko for hvis ikke

denne konstruksjonssvikten også medfører at de funksjoner bygget skal ha i følge kontrakten ikke oppfylles. En konstruksjonssvikt vil kun være en årsak til at det inntreer en funksjonssvikt.

2.4.5.3 Funksjonsrisikoen

Funksjonsrisikoen kan defineres som risikoen for at det ferdige byggeobjektet oppfyller visse funksjonskrav.²⁵ Funksjonskrav er både tydelige formulerte funksjonskrav, og funksjonskrav som fremkommer av en fortolkning av kontrakten. For de funksjonskrav som fremkommer uttrykkelig gjennom kontrakten, må entreprenøren ha en vid funksjonsrisiko. Ofte vil funksjonskravene være den eneste måten byggherren kan få entreprenørens ytelsesplikt entydig definert. I de tilfeller hvor funksjonskravene er godt utformet vil ikke entreprenøren være i tvil om hva han skal levere. Dette fører til at entreprenøren vil sitte på funksjonsrisikoen hvis det kan bevises at funksjonskravene ikke er oppfylt.

Funksjonskravene må fortolkes slik at det bringes på det rene hvilke krav kontrakten stiller til byggeobjektets funksjoner. Dette blir etterfulgt av bevismessige spørsmål om funksjonskraven i dette tilfellet er oppfylt eller ikke.

2.4.5.4 Risiko i samspillavtaler

En samspillavtale vil som oftest føre med seg en større deling av risiko mellom byggherre og entreprenør. Dette henger ofte sammen med at feil og forsømmelser som er relatert til utførelse og/eller prosjektering som avdekkes i prosjektet før overlevering, belastes prosjektet som en kostnad.

Et meget sentralt tema i totalentreprisekontraktene er forholdet til de prosjekterende og spørsmålet om hvem som har risikoen for den prosjekteringen som er foretatt. Dersom en rådgiver i en totalentreprise har gitt et råd i forbindelse med totalentreprenørens utarbeidelse av sitt tilbud, vil unnlaterer normalt få direkte økonomiske følger. Her skiller

²⁵ Jan Einar Babro, *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1. utg. Tano 1990 s. 54

modellen seg fra rådgivningen i en utførselsentreprise, hvor byggherren vil ha problemer med å dokumentere et tap for utelatelse av nødvendige elementer i prosjektet. Dersom elementet hadde vært med, måtte byggherren uansett ha betalt ekstra for dette. I en samspillkontrakt kan problemene bli enda større på grunn av det nære samarbeidet. Byggherren vil kunne ha løpende innflytelse på prosjektet på en rekke måter. Blant annet gjennom forslag til løsninger, kontroll av løsninger og godkjenning av løsninger. I alle disse tilfellene vil spørsmålet om byggherren pådrar seg risiko ved sin innflytelse på prosjektet. I en tradisjonell totalentreprise, når man har kommet så langt at prosjekteringen er over, vil som regel byggherrens funksjonsbeskrivelse være låst. Totalentreprenøren vil da være bundet av de valg som byggherren har foretatt. Ved samspillavtaler har byggherren derimot en aktiv rolle under hele prosjekteringen, og løsninger kan derfor diskuteres fortløpende. Hvor risikoen i en samspillavtale ligger, er en helhetsvurdering i hvert enkelt kontraktstilfelle. Det normale vil være at ansvars og risikofordelingen mellom partene skal være i samsvar med systemet i den NS som gjelder mellom partene. Partene har dermed et selvstendig ansvar for forhold innenfor sine respektive beskrevne ansvars- og arbeidsområder.

Problemstillingen blir derfor hvor skal risikoen plasseres når det inntreffer en eller annen form for svikt i en samspillkontrakt. For å svare på dette er man nødt til å se på risikofordelingen i en totalentreprise. Dette vil skje under punkt 3 med hjelp av de to kontraktmodellene. Det finnes mange måter å fordele risikoen på i samspillkontrakter og modellen til Bærum kommune og NCC er kun to eksempler på dette.

3 Hva justerer målprisen i NCC modellen, sammenlignet med Bærumsmodellen

”Kontrakten følger endringssystemet i den standardkontrakt (NS) som er valgt. Byggherreinitierte prosjektendringer i form av avbestillinger eller endringer regulerer målprisen. Målprisen endres tilsvarende ved andre byggherrelaterte forhold som etter NS gir Entreprenøren rett til tillegg eller Byggherren krav på fradrag. De alternative prosjektoptimaliserende og besparende løsningene som fremkommer gjennom partnersamarbeidet reduserer ikke målprisen, men blir en besparelse for prosjektet.”, jf punkt 6.5 i NCC sin standardkontrakt for samspill.

I NCC-modellen fremgår det av punkt 6.5 at det er NS 3431 som er lagt til grunn, og således vil derfor endringssystemet være i samsvar med reglene i punkt 33 i NS 3431:

”Byggherren har rett i overensstemmelse med 33.2 å pålegge totalentreprenøren endringer i prosjekteringen og utførelsen. Endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art. Endringen kan blant annet gå ut på så vel pålegg om tilleggsarbeid som reduksjon av arbeidets omfang.

Totalentreprenøren er ikke forpliktet til å utføre tilleggsarbeider som omfatter mer enn 15 % netto tillegg til kontraktsummen, jf 2.10. Merarbeid som skyldes variasjoner i avtalt anslåtte mengder, anses ikke som tilleggsarbeider i denne sammenheng, med mindre variasjonene i vesentlig grad overstiger det totalentreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten. For øvrig plikter totalentreprenøren å utføre den pålagte endring selv om partene er uenige om vederlaget eller andre konsekvenser av endringen”.

3.1 Endringsordre

Byggherrens pålegg om endringer skal være skriftlig og gi klar beskjed om hva endringen består i. Pålegget skal gis totalentreprenøren i god tid før endringen gjennomføres.

Totalentreprenøren har ikke plikt til å utføre endringen med mindre han har mottatt skriftlig pålegg fra byggherren, jf NS 3431 punkt 33.2.

3.2 Byggherrens rett til å pålegge entreprenøren endringer

Byggherren har rett til i overensstemmelse med 33.2 å pålegge totalentreprenøren endringer i prosjekteringen og utførelsen. Endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art. Endringen kan gå ut på tilleggsarbeid eller reduksjon av arbeidets omfang.

3.3 Plikten til å utføre endringsarbeider

Når entreprenøren mottar en endringsordre i samsvar med NS 3431 punkt 33.2 blir han forpliktet til å utføre endringsarbeidet. Entreprenøren kan ikke nekte å utføre et pålegg fra entreprenøren selv om han er uenig i om det er en endring eller ei.

3.4 Terskelen for byggherrens rett til å pålegge endringer

Hvis tilleggsarbeidet overstiger mer enn 15% netto tillegg til kontraktsummen, er entreprenøren ikke forpliktet til å påta seg disse tilleggsarbeidene, jf NS 3431 punkt 33.1.

Reduksjonen innenfor 15 % av kontraktsummen følger som utgangspunkt de ordinære oppgjørsregler for endring. Hvis det foreligger en reduksjon på mer enn 15 % skal reduksjonen behandles delvis som avbestilling, jf punkt 33.6

Grensen på 15 % beregnes ut fra netto tillegg til kontraktsummen. Det tas hensyn til både tillegg og fradrag i kontraktsummen. Har byggherren trukket ut arbeider som tilsvarer 10 % av kontraktsummen og deretter bestilt tillegg tilsvarende 25 % av opprinnelig kontraktsum, er det et nettotillegg på 15 %. Man er da innenfor grensen av hva byggherren kan pålegge med hjemmel i punkt 33.1.²⁶

²⁶ Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 2 utg. Oslo 2006 s. 301

Endringer innenfor 15 % - regelen kan pålegges når som helst i byggeperioden. Dette betyr at entreprenøren i utgangspunktet plikter å utføre endringer innenfor denne grensen selv om dette skulle bli pålagt dagen før overtakelsen.

Totalentreprenøren er ikke forpliktet til å utføre arbeidet hvis det byggherren krever utført i endringsarbeider fører til et tilleggskrav på mer enn netto 15 % av kontraktsummen, jf punkt 33.1. Hvis de ikke kommer til enighet om betingelsene for tilleggssarbeidene, kan det føre til en reforhandling av kontrakten. Hvis de fortsatt ikke er enige, kan konsekvensen bli at entreprenøren ikke utfører endringene. Det skal i denne sammenheng nevnes at det av og til kan være vanskelig å fastslå når 15% - grensen er nådd. Det kan i enkelte tilfeller være vanskelig for entreprenøren å fastslå hva endringsarbeidene vil koste, men han kan ikke av den grunn ta et generelt forebehold om at dersom det viser seg at endringsarbeidene vil overskride 15 %, så vil han kreve prisen regulert eller endringer i kontrakten. Dette kan byggherren nekte å godta. Derfor kan ikke totalentreprenøren avbryte arbeidet hvis det blir mer omfattende enn det han hadde tenkt seg da de ble igangsatt.

det kan bli snakk om et forsettelig brudd på kontraktens dersom entreprenøren nekter å utføre endringsarbeidene fordi han tror at grensene blir overskredet, men at det senere viser seg at han tar feil.²⁷

Det er muligheter for å dele opp endringsarbeider, hvis entreprenøren tar forbehold om dette. Hvis byggherren krever et endringsarbeide som overskrider 15 %- grensen, vil entreprenøren være forpliktet til å utføre arbeider opp til 15 %. Hvis ikke byggherren godtar dette, kan entreprenøren nekte å utføre dette arbeidet. Hvis det ikke er mulig å dele opp, kan entreprenøren også nekte å utføre arbeidet.

²⁷ Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl. *NS 8405 med kommentarer*. 2 utg. Oslo 2006 s. 303

3.5 Hva er en endring i Bærumsmodellen?

Reglene om hva som er en endring, finner vi i punkt 33. Det er bare forhold som er beskrevet i punkt 22.1, jf 33 som kan endre målprisen.

”33 Endring

Disse bestemmelser gjelder for kontraktperioden etter at forprosjekt er vedtatt og tilhørende målsum er avtalt.

BK har rett til å pålegge alliansen endringer i kontraktarbeidets utførelse og fremdrift.

Det foreligger en endring dersom:

- 1. BK pålegger alliansen å utføre arbeid som ikke i uvesentlig grad avviker fra det arbeid eller den fremdrift som følger av forprosjektet eller forutsetningene for forprosjektet. Eventuell justering av forprosjektet for å tilfredsstille de programkrav som er grunnlaget for forprosjektet anses likevel ikke som endring.*
- 2. BK eller noen BK svarer for ikke overholder frister som er avtalt i forprosjektet.*
- 3. BK endrer byggherrekostnader slik at kalkulasjonsforutsetningene ikke i uvesentlig grad endres i forhold til forprosjektet.*
- 4. Dersom lover eller forskrifter endres etter at forprosjektet er godkjent av begge parter, og dette fører til at alliansen må utføre arbeid som pkt 1 ovenfor.*

Når det foreligger en endring kan partene kreve en justering av målsummen som tilsvarer endring av alliansens ytelsesomfang, likevel slik at avtalt påslag eller sum for reserve/uforutsett skal være fast og uavhengig av evt. endring av målsum.

Uforutsette grunnforhold eller svikt i materialer eller arbeidsunderlag fra BK er ikke en endring, jf. pkt 8 og 10.

Vil en av partene kreve endring av målsum, skal dette tas opp i ”samspillgruppen”. Varsel skal gis så snart den av partene som krever endring er klar over at det er, eller vil oppstå forhold som medfører krav om endring av målsum.

Dersom det ikke oppnås enighet om hvorvidt det foreligger en endring som har økonomiske konsekvenser for avtalt målsum, forelegges dette for styringsgruppen.

Selv om det foreligger uenighet om hvorvidt det foreligger en endring, har alliansen plikt til å utføre det som er pålagt av BK”.

Det er store forskjeller når det gjelder endringsreglene i disse to modellene.

3.6 Endringsordren

Endringsordren i Bærumsmodellen skal settes frem i ”samspillgruppen”, jf punkt 33 4. ledd. Samspillgruppen er en gruppe med representanter fra alliansen og Bærum kommune som vil forestå den løpende daglige styring av prosjektet. Gruppen ledes av en utpekt prosjektleder, jf punkt 2.15 i Bærumsmodellen. Varselet skal gis så snart den av partene som krever endringen er klar over at det er, eller vil oppstå forhold som medfører krav om endring av målpris.

Det foreligger en endring dersom Bærum kommune ”pålegger alliansen å utføre arbeid som ikke i uvesentlig grad avviker fra det arbeid eller den fremdrift som følger av forprosjektet eller forutsetningene for forprosjektet”, jf punkt 33 3.ledd 1.punkt.

Denne bestemmelsen sier ingen ting om at hvis tilleggsarbeidet overstiger mer enn 15% netto tillegg til kontraktsummen, er entreprenøren ikke forpliktet til å påta seg disse tilleggsarbeidene. Den er også taus når det gjelder 15%-regelen vedrørende reduksjon av arbeidet.

Regler pålegger alliansen til å utføre arbeid som ”ikke i uvesentlig grad avviker fra det arbeid eller...”)” Hva som ligger i *uvesentlig*-begrepet må bli en tolkning i hvert enkelt kontraktstilfelle. Hva som er uvesentlig i ett prosjekt kan være vesentlig i et annet. Man kan tenke seg at dette vil skape store tolkningsmessige problemer i kontraktsforholdet. Jeg antar

at man i en konflikt vedrørende vesentlighetsvurderingen vil bli nødt til å trekke paralleller til 15%-regelen selv om avtalen er taus på dette området.

Punkt 33 7. ledd sier at dersom det ikke oppnås enighet om hvorvidt det foreligger en endring som har konsekvens for målprisen, skal dette forelegges styringsgruppen. Styringsgruppen er en gruppe med representanter fra Bærum kommune og alliansen som har den overordnede kontroll av at kontraktens intensjon og målsetning blir etterlevd, jf punkt 2.16.

Punkt 33 8. ledd pålegger alliansen å utføre endringen som er pålagt av Bærum kommune selv om det foreligger uenighet om hvorvidt det foreligger en endring. Heller ikke her gjelder det noen 15%-reglen.

Det er i denne sammenheng viktig å se på bestemmelsens punkt 33 4 ledd. *”Når det foreligger en endring, kan partene kreve en justering av målsummen som tilsvarer ending av alliansens ytelsesomfang, likevel slik at avtalt påslag eller sum for reserve/uforutsett skal være fast og uavhengig av evt. endring av målsum”*. Det vil være mulig å foreta en endring av målprisen tilsvarende ytelsen om er foretatt. Har man foretatt endringer tilsvarende 20%, har man også krav på justering av målprisen tilsvarende.

Det foreligger endring dersom *”Bærum kommune eller noen Bærum kommune svarer for ikke overholder frister som er avtalt i forprosjektet”*, jf punkt 33 3 ledd punkt 3. Dette punktet skiller seg ikke stort fra NCC-modellen, hvor dette vil bli ansett som et byggherrerelatert forhold jf punkt 6.5 i standardkontrakten til NCC.

Det samme vil også gjelde hvis *”Bærum kommune endrer byggherrekostnadene slik at kalkulasjonsforutsetningene ikke i uvesentlig grad endres i forhold til forprosjektet”*, jf punkt 33 3 ledd punkt 3.

Når det gjelder *”dersom lover eller forskrifter endres etter at forprosjektet er godkjent av begge parter, og dette fører til at alliansen må utføre arbeid som punkt 1 ovenfor”*, jf punkt 33 3 ledd punkt 4 vil det antas at dette vil være i samsvar med NCC modellen.

Bestemmelsen referer til punkt 1, det vil si bestemmelsen om at det foreligger en endring dersom Bærum kommune pålegger alliansen å utføre arbeid som ikke i uvesentlig grad avviker fra det arbeid eller den fremdrift som følger av forprosjektet eller forutsetningene for prosjektet.

Merkostnader på grunn av nye forskrifter skal også i NCC-modellen regulere prisen, da den i de fleste tilfeller vil være en risiko som må bæres av byggherren.

All risiko som byggherren bærer, slik som merkostnader på grunn av nye forskrifter, skal regulere målprisen. Det samme gjelder endringer i kvalitet og omfang.

I NCC sin standardkontrakt punkt 8 om ansvar og forpliktelser heter det:

”Ansvars- og risikofordelingen mellom partene skal være i samsvar med systemet i den NS som gjelder mellom partene. Partene har dermed et selvstendig ansvar for forhold innenfor sine respektive beskrevne ansvars- og arbeidsområder”. Som tidligere nevnt vil risikovurderingen, sammen med endringsreglene danne hovedgrunnlaget for hva som regulerer målprisen. Punkt 8 i NCC-kontrakten må ses i sammenheng med kontraktens punkt 6.5, om at *”målprisen endres tilsvarende ved andre byggherrrelaterte forhold som etter NS gir entreprenøren rett til tillegg eller byggherre krav på fradrag. De alternative prosjektoptimaliserende og besparende løsninger som fremkommer gjennom partenrings samarbeidet reduserer ikke målprisen, men blir en besparelse for prosjektet”*.

Bærum kommunes kontraktbestemmelser bygger på en annen risikofordeling.

I punkt 3 2. ledd sier kontrakten at *”For å oppnå en mest mulig rendyrket samspillmodell, og slik at man tar begrepet samarbeid, åpenhet og tillit på alvor, vil også Bærum kommune være med på å dele risiko sammen med alliansen”*. Videre står det i 4 ledd:

”Alliansepartnerne har solidaransvar for oppfyllelse av kontrakten med Bærum kommune. En alliansepartners solidaransvar omfatter likevel ikke øvrige alliansepartners mislighold

som skyldes insolvens eller andre alvorlige økonomiske problemer. Bærum kommune bygger på en risikomodell som er videre enn den NCC følger.

3.7 Hva er et byggherrerelatert forhold?

Hovedregelen i NCC sin kontrakt er at hver av partene svarer for sitt bidrag i byggeprosessen. Risikoen følger partenes funksjon i kontrakten.

”Målprisen endres tilsvarende ved andre byggherrerelaterte forhold som etter NS gir entreprenøren rett til tillegg eller fradrag”, jf punkt 6.5 i NCC sin standard. Bærum kommune fastsetter at *”alliansen kan bare kreve endring av målsum som følge av forhold beskrevet i punkt 22.1.”* I følge punkt 22.1 har alliansen bare rett til fristforlengelse dersom den blir forsinket som følge av endringer jf punkt 33 (se punkt 33 ovenfor). For å få frem forskjellene er vi nødt til å se på hva som er et byggherrerelatert forhold.

3.7.1 Byggherrens innflytelse på prosjekteringen

Byggherren kan i løpet av prosjekteringsgjennomføringen hos totalentreprenøren forsøke å påvirke prosjektet på en rekke forskjellige måter. Det kan for eksempel dreie seg om forslag til løsninger, samarbeid om løsninger, pålegg om løsninger, kontroll av løsninger og godkjenning av løsninger. For alle disse tilfellene oppstår spørsmålet om byggherren pådrar seg risiko ved sin innflytelse på prosjektet.

I følge NS 3431 punkt 9.8 2 ledd svarer totalentreprenøren ikke for feil i tegninger og dokumenter som er levert av byggherren, eller som er innhentet fra offentlig myndighet. Totalentreprenøren vil derfor ikke ha ansvar for prosjekteringen som har foregått hos byggherren, men dette er forutsatt av at totalentreprenøren har oppfylt sin undersøkelsesplikt, jf punkt 9.8 3 ledd jf punkt 9.7. Totalentreprenøren har altså ikke ansvar for anvendeligheten av løsninger som byggherren forlanger så fremt undersøkelsesplikten vedrørende kvaliteten på løsningen som er foreskrevet av byggherren er oppfylt. Totalentreprenøren skal i rimelig utstrekning vurdere om det er feil ved de dokumenter som leveres av byggherren, eller om løsningene av andre grunner vil føre til uheldige konsekvenser i form av nedsatt anvendelighet eller dyrere drift av det ferdige

bygg eller anlegg. I hvilken grad totalentreprenøren plikt til å vurdere slike forhold, skal avgjøres blant annet under hensyn til om byggherren har hatt egne fagkyndige til å utarbeide eller vurdere dokumentene. Konsekvensene av at totalentreprenøren ikke varsler byggherren om klare feil eller klart uheldige konsekvenser av løsningene, anses som en mangel ved kontraktsarbeidet. Det er allikevel viktig å merke seg at undersøkelsesplikten imidlertid er forsiktig utformet. Totalentreprenøren skal i ”rimelig utstrekning” vurdere om det er feil ved de dokumenter som leveres av byggherren. Dessuten antyder regelen at det bare er ”klare feil eller klart uheldige konsekvenser” som skal varsles. Det skal videre tas hensyn til ”om byggherren har hatt egne fagkyndige”.

Totalentreprenøren har også en undersøkelsesplikt etter reglene i NS 3431 punkt 9.6.1 *”Totalentreprenøren skal undersøke de dokumenter som utarbeides av byggherren, og varsle dersom de ikke gir tilstrekkelig veiledning for utførelsen eller inneholder uoverensstemmelser. Ved uoverensstemmelser mellom dokumenter kan han kreve byggherrens skriftlige avgjørelse av hvilket dokument som skal følges”.*

Videre skal totalentreprenøren etter punkt 9.6.2 *”vurdere om krav eller løsninger beskrevet i dokumenter fra byggherren vil få slik innvirkning på byggeprosessen for øvrig at de vil lede til krav fra ham om fristforlengelse og dekning av merutgifter”.*

Det er derfor viktig at totalentreprenøren varsler uten ugrunnet opphold etter 9.6.1 og 9.6.2 jf 9.6.3, ellers taper totalentreprenøren retten til å påberope seg dokumentene fra byggherren som grunnlag for fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning.

Så lenge totalentreprenøren ikke blir ansvarlig for feil i tegninger eller dokumenter som er levert av byggherren, kan han forlange regulering av målprisen, jf NCC sin kontrakt punkt 6.5. I Bærumsmodellen ville dette ha inngått som en prosjektkostnad jf punkt 10.

Bestemmelsen lyder: *”Selv om det påløper tilleggs kostnader som følge av at materialer og arbeidsgrunnlag som Bærum kommune leverer, eller forlanger brukt, ikke har den nødvendige kvalitet eller anvendelighet, skal målsummen ikke endres. Kostnadene ved utbedring regnes som prosjektkostnad, jf. punkt 2.9”.*

3.7.2 Tiltransport av prosjekterende fra byggherren til totalentreprenøren.

I de fleste totalentreprisavtaler har byggherren gjennom sine prosjekterende foretatt en delvis prosjektering av prosjektet. Når totalentreprenøren inngår avtale om å føre prosjektet videre, oppstår spørsmålet om hvem av partene som har risikoen for den prosjekteringen som har foregått i byggherrens regi.

Regelen om overtagelse av ansvar for underentreprenør og prosjekterende i punkt 17.2 i NS 3431 har visse svakheter. Det har vist seg at dette kan være en retts teknisk vanskelig risikoregel²⁸. Bidragene fra partene har en tendens til å flette seg inn i hverandre, og vil således være vanskelig å etterspores. Det blir derfor vanskelig å finne ut av hvem som er årsaken til en feil som blir observert i ettertid.

Tiltransport av prosjekterende skjer når byggherren står for deler av prosjekteringen, men at totalentreprenøren skal overta prosjekteringen senere. Her kan det oppstå problemer hvis de prosjekterende som skal tiltransporteres starter på en feil hos byggherren og viderefører den hos totalentreprenøren. Utgangspunktet her er at risikofordelingen følger NS 3431 punkt 9.8 andre ledd.. Totalentreprenøren svarer altså ikke for feil i tegninger og dokumenter som er levert av byggherren. Årsaken til dette er at prosjekteringen som har funnet sted hos byggherren vil være med i kalkulasjonsgrunnlaget til totalentreprenøren. Det kan tenkes at byggherreprosjekteringen har valgt enkle og billige løsninger der hvor det er nødvendig med kompliserte og dyre løsninger. Det er derfor svært vanlig at man både i samspillavtaler og i totalentreprise tar inn klausuler om risikooverføring. Dette fører ofte til en økning av målprisen. Dette kan for eksempel fremgå på den måte at man redegjør i avtalen for hvilket prosjekteringsansvar man forutsetter skal inngå i påslaget, og hvilke andre forutsetninger, løsninger og beregninger som er en del av ansvaret og risikoen etter tiltransport, og som ikke vil endre målprisen.

²⁸ Lasse Simonsen, Arne Scott. *Kursmateriale NS 3431 Totalentreprise*. Oslo 28 feb. – 1. mars 2007.

3.7.2.1 Hva om avtalen er taus?

Det oppstår her to problemstillinger: Hvem bærer risikoen for utført prosjektering, jf punkt 9.8, og plikten til å utføre eventuelle endringer. I LF-2006-19724: Byggetorget AS mot Skodje Maskin AS var tvisten om hvorvidt permanent sikring av fjellvegg etter sprengningsarbeider på byggetomt var inkludert i prisen. Hvem hadde risikoen for at avtalen var taus på dette punktet. Avtalen nevnte at *”kontrakten omfatter komplett leveranse av detaljprosjektering og arbeid som spesifisert i 1.1.4 Norsk Standard NS 3431”*. Retten kom frem til at Byggetorget sørget for det alt vesentlige av prosjekteringen gjennom blant annet Sivilingeniør Rolf Olset AS, og at Skodje bare detaljprosjekterte mindre forhold ved egne arbeidere.

Dommen viser at selv om partene i utgangspunktet hadde avtalt at S 3431 skulle gjelde på dette punktet, så var det den underliggende realitet som ble lagt til grunn. Byggherren hadde i realiteten foretatt detaljprosjekteringen. Det er en tendens til at domstolene legger den underliggende realitet til grunn ved bedømmelse av hvem som har risikoen. Det er ikke alltid nok å nevne det i avtalen hvis realiteten er en annen.

3.7.3 Byggegrunnen

I følge NCC sin kontrakt, har byggherren fortsatt risikoen for uforutsette forhold i grunnen, og det vil derfor ikke føre til noen endring av målprisen. Her skiller NCC-kontrakten seg fra Bærumsmodellen hvor man i de alminnelige bestemmelsene for samspillavtaler i punkt 8 har tatt inn bestemmelsen om at målprisen ikke endres som følge av eventuelle uforutsette forhold i grunnen. Alle kostnader vedrørende grunnforhold er dermed en prosjektkostnad.

Under punkt 8 i Bærum kommunes alminnelige kontraktsbestemmelser for samspillkontrakter står det: *”Målsummen endres ikke som følge av evt. uforutsette grunnforhold, herunder evt forurensning og konstruksjoner/installasjoner i grunnen. Alle kostnader vedr grunnforhold er en prosjektkostnad”*.

Det generelle utgangspunktet er at byggherren har risikoen hvis opplysninger som gir i anbudsgrunnlaget gir et feilaktig bilde. Skulle opplysningene om grunnforholdene være feilaktige, vil entreprenøren ha rett på fristforlengelse eller tilleggsvederlag så lenge dette medfører forsinkelse eller fordyrelse.

Ved å benytte Bærum kommunes standard, vil utgangspunktet være at målprisen ikke blir endret selv opplysningene som byggherren har gitt om byggegrunnen er feilaktige. Hva som ligger i uforutsette grunnforhold er noe uklart. Men siden målprisen ikke skal endres for uforutsette forhold som forurensning og konstruksjoner/installasjoner i grunnen, vil jeg anta at uforutsettbegrepet er ganske vidt.

Ved å benytte seg av NCC sin samspillstandard som bygger på NS 3431 vil totalentreprenøren ha risikoen når grunnundersøkelser ikke er foretatt. Dette fordi i en vanlig totalentreprise er totalentreprenøren i prinsippet ansvarlig for hele byggeprosessen, og derfor må en slik plikt korrespondere med et tilsvarende risiko for grunnforholdene.²⁹

Barbo antyder at denne regelen kan være for generell,³⁰ og velger derfor å skille mellom totalentreprise med og uten konkurranse. I totalentreprise uten konkurranse kontraheres det bare på bakgrunn av forhandlinger, og hvem som skal bære risikoen må baseres på en fortolkning av kontrakten og forholdene rundt kontrakts forholdet i vid forstand.³¹ Men hvis byggherren bare har antydning eller ikke gitt noen opplysninger i det hele tatt om grunnforholdene, må man anta at entreprenøren må bære risikoen. Det er snakk om en opplysningsplikt fra byggherren og en undersøkelsesplikt fra entreprenøren. Byggherren plikter å opplyse entreprenøren hvis han har kunnskap eller mistanke om at grunnforholdene ikke er tilfredsstillende.

²⁹ Jan Einar Barbo. *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1.utg. Tano 1990 s. 50.

³⁰ Jan Einar Barbo. *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1.utg. Tano 1990 s. 50.

³¹ Jan Einar Barbo. *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1.utg. Tano 1990 s. 50.

Ved totalentrepriser med konkurranse vil det mest praktiske være at byggherren har risikoen³². Dette på grunn av at grunnundersøkelser er svært kostbare, og det ville være urimelig om alle entreprenørene i en anbudskonkurranse måtte innhente grunnundersøkelser. Tidsaspektet spiller også en viktig rolle her, da det vil være knapt med tid i en anbudskonkurranse, og derfor ikke tid nok til å foreta grundige undersøkelser. Selv om dette burde være hovedregelen, viser BFJR sin uttalelse nr 265 det motsatte. En entreprenør som hadde fått godtatt sitt anbud på oppføring av en kommunal barnehage basert på byggherrens forprosjekt, oppdaget da byggingen startet at massene var mindre bæredyktige enn antatt. BFJR kom fram til at det var entreprenøren som måtte bære risikoen for dette, da totalentreprenøren har den totale risiko for prosjektering, herunder grunnforholdene. Det er dette synspunktet som er gjeldende rett.

Etter NCC modellen antas det at det vil bli snakk om en deling av risikoen hvis byggherren har mislighold sin opplysningsplikt, og totalentreprenøren ikke har funnet feil ved sine undersøkelser av grunnen. Dette vil allikevel bero på en konkret tolkning i hvert enkelt tilfelle. Følgende er tatt inn i NCC sin standard punkt 8 under ansvar og forpliktelser:

”Ansvars- og risikofordelingen mellom partene skal være i samsvar med systemet i den NS som gjelder mellom partene har dermed et selvstendig ansvar for forhold innenfor sine respektive beskrevne ansvars- og arbeidsområder.

Prismekanismen i kontrakten forutsetter at eventuelle feil og forsømmelser relatert til utførelse og/eller prosjektering som avdekkes i prosjektet før overlevering, belastes prosjektet som en kostnad. Dette gjelder imidlertid ikke forhold som kan tilbakeføres til uaktsomhet hos en av partene. Slike forhold dekkes alene av den uaktsomme part og holdes i sin helhet utenfor prosjektregnskapet”.

³² Jan Einar Barbo. *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1.utg. Tano 1990 s. 50.

3.7.4 Uforutsette krav fra myndighetene

Problemstillingen under dette punktet er hvem av partene i kontrakten, etter at entreprenøren har gitt bindende tilbud, som har risikoen for at myndighetene kommer med uforutsette krav som medfører at prosjektet blir dyrere enn antatt.

Utgangspunktet må være at byggherren har risikoen for nye og skjerpede regler dersom han ikke burde ha tatt endringen i betraktning da anbudet eller tilbudet ble gitt, eller dersom han burde ha unngått følgene av den, jf NS 3431 punkt 13.2:

”Medfører endring i lover og forskrifter etter at totalentreprenøren har avgitt sitt anbud eller tilbud at kontraktarbeidet må endres, har totalentreprenøren bare rett til å kreve fristforlengelse og tilleggsvederlag dersom han ikke burde ha tatt endringen i betraktning da anbudet eller tilbudet ble gitt, eller dersom han burde ha unngått følgende av den”.

Det er derfor bare i de tilfeller der hvor entreprenøren var eller burde være klar over at en slik generell skjerpelse av reglene at risikoen går over på entreprenøren. I disse tilfellene er entreprenøren den som er nærmest til å bære risikoen, idet han enkelt kunne tatt forbehold om en eventuell kostnadsøkning pga disse forholdene.³³

Når det gjelder enkeltvedtak etter punkt 13.3 i NS 3431, er det totalentreprenøren sin risiko for at kontraktsarbeidet skal utføres etter de enkeltvedtak som fattes av offentlig myndighet.

Totalentreprenøren har bare rett til fristforlengelse og tilleggvederlag dersom et enkeltvedtak gjør kontraktsarbeidet mer byrdefullt enn det totalentreprenøren etter et faglig skjønn burde ha tatt i betraktning.

Hovedregelen må derfor være at byggherren kun har risikoen hvis enkeltvedtaket ikke forelå på det tidspunktet da entreprenøren avga sitt tilbud. Hvis derimot regelen forelå da entreprenøren avga sitt tilbud, bør entreprenøren være innehaver av risikoen.

³³ Jan Einar Barbo. *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. 1.utg. Tano 1990 s. 63.

I vgd. av 13/6-83 (FTV-Trondheim) ble entreprenøren ansett å ha risikoen for en rekke byggetekniske krav fordi disse ikke var upåregnelige for entreprenøren. Enkelte krav ble allikevel ansett for å stå i en særstilling, og kontrakten og omstendighetene rundt gjennomføringen av kontraktsforholdet tilsa at byggherren måtte betale tilleggsvederlag for kostnader som var påført som følge av disse krav.

Det foreligger en endring som gir grunnlag for endring av målpris *”dersom lover eller forskrifter endres etter at forprosjektet er godkjent av begge parter, og dette fører til at alliansen må utføre arbeid som punkt 1 ovenfor”*, jf punkt 33 3. ledd punkt 4 i Bærum kommunes samspillkontrakt. Bestemmelsen har en henvisning til punkt 1. Det vil si at arbeidet må avvike i vesentlig grad fra det arbeid eller fremdrift som følger av forprosjektet eller forutsetningene.

I NCC-modellen vil dette være et forhold som regulerer målprisen hvis det kan bevises at dette er et byggherrelatert forhold. Da må det bevises at totalentreprenøren ikke burde ha tatt endringene i betraktning da anbudet eller tilbudet ble gitt, eller at han burde ha unngått følgene av den.

3.7.5 Dekning av merutgifter

Totalentreprenøren vil ha krav på dekning av merutgifter ved forsinkelse som skyldes byggherrens forhold, jf punkt 26 i NS 3431. Dette gjelder kun merutgifter som nevnt i punkt 22.1. Det vil derfor kun være for endringer byggherren krever, jf 22.1 a) (drøftet ovenfor), forhold som er nevnt i 13.2 og 13.3, jf 22.1 b) (dvs nye skjerpede regler og enkeltvedtak, også drøftet ovenfor). Videre har også totalentreprenøren rett til fristforlengelse dersom han blir forsinket som følge av feil ved, eller forsinket levering av tegninger, beskrivelse, utførelse, materialer, utstyr m.m. som byggherren skal lever selv eller ved andre, jf 22.1 c). Til slutt nevner punkt d) at Totalentreprenøren har rett til fristforlengelse dersom han blir forsinket som følge av annet som må henføres til byggherrens forhold. Dette er en meget vid bestemmelse, og kan bare avgjøres ved en tolkning av hva som kan henføres til byggherrens forhold i hvert enkelt kontraktstilfelle.

Målprisen vil i NCC sin standard kunne bli endret ved alle disse tilfelle. Det samme må antas å gjelde i Bærumsmodellen da alliansen bare kan kreve endring av målpris som følger av forhold beskrevet i punkt 22.1. Punkt 22.1 sier at alliansen bare har rett til fristforlengelse dersom den blir forsinket som følge av endringer, jf punkt 33. Dette er en ganske uklar regel. Og jeg antar at en forsinkelse vil være en endring da punkt 33 3. ledd 2. punkt sier at det foreligger en endring dersom Bærum kommune eller noen Bærum kommune svarer for ikke overholder frister som er avtalt i forprosjektet.

4 Kilderegister

4.1 Litteratur

- Barbo, Jan Einar *Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko.*
Tano 1990.
- Barbo, Jan Einar *Kontraktomlegging i entrepriseforhold.* Oslo 1997.
- Cappelen, Hans *Byggherren og kontraktene, kontraktinngåelse for bygg og anlegg.*
Drammen 1994 s. 114
- Deering, Myrphy *The different engine.* Gower Publishing Limited 1998.
- Hagstrøm, Viggo *Entrepriserett, utvalgte emner.* Oslo 1997.
- Høgsted, Mogens/
Marthinussen, Karl *Partnering i byggeriet.* Nyt Teknisk Forlag. 1. utg. København 2006
- NS 8405 med kommentarer.* Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl.
2 utg. Oslo 2006.
- NCC Constr. AS *Partnering i praksis.* 3. utg. Oslo 2005.
- Olsen Steen, Ib
- Scott, Arne/
Simonsen, Lasse *NS 3431 Totalentreprise.* Kursmateriell fra 28. februar–1. mars
2007. Tekniske Foreningers Servicekontor AS.
- Tvarnø, Christina D. *Partnering er et barn av globaliseringen.* Logistikk og Innkjøp
årg. 8 2004/3
- Woxholth, Geir *Avtalerett.* 5. utg. Oslo 2003

4.2 Rettspraksis

Norsk rettstidende

Rt. 1967 s. 1248

Rt. 1917 s. 673 (Pæledommen)

Rt. 1978 s. 1157

Voldgiftsavgjørelser

Voldgiftsdom av 13. juni 1983

4.3 Lover og standardavtaler

Lover

Lov om avtaleslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4. (avtaleloven).

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999.

Standardavtaler

NS 3431 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise 2. utgave. Norges Byggstandardiseringsråd (NBR) 1994.

NS 8405 – Norsk bygge- og anleggskontrakt. 1. utg. Norges Byggstandardiseringsråd (NBR) 1994.

4.4 Figurer

Figurene på side 27 og 28 er gjengitt med tillatelse fra advokat Arne Scott og advokat Pål Grønstad.