

Utbedring før overtakelse

Advokat Asbjørn Lyséll Dølvik

Medlemsmøte Entrepriseforeningen, 16. november 2023



GLITTERTIND





Tema for innlegget

- Entreprisestandardenes regler om mangler og utbedring *etter* overtakelse er kjent stoff.
- Men også underveis i byggeprosjekter – dvs. *før* overtakelse og dermed *før* det per definisjon foreligger en «mangel» overhodet - hender det at det avdekkes feil/avvik/kontaktsstridig utførelse.
- Denne «uegentlige» mangelssituasjonen avstedkommer enkelte særskilte problemstillinger.
 - Entreprenørens valgfrihet
 - Byggherrens reservasjonsrett
 - Utjenlige utbedringsmetoder
 - Forholdet til byggherrens endringskompetanse



Rettslig bakteppe

- Risikoovergang og mangelsvurdering i entreprisprosjekter skjer ved overtakelse
- Frem til overtakelse eksisterer ikke mangelsbegrepet.
- Frem til overtakelse er i stedet kontraktgjensstanden fullt og helt entreprenørens ansvar og risiko.
- Det er altså først per overtakelse at det kan konstateres mislighold.
- Får betydning for E's valgfrihet og BHs eventuelle reservasjons/instruksjonsrett mht utbedring av feil



NS 8405 pkt 11.2 / NS 8407 pkt 20.5 første ledd

11.2 Kontraktsstridig utførelse og skader på kontraktarbeidet i byggetiden

Har entreprenøren utført deler av kontraktarbeidet i strid med kontrakten, eller det konstateres skade på kontraktarbeidet som entreprenøren bærer risikoen for, skal han varsle byggherren så snart han blir klar over dette. Entreprenøren skal meddele byggherren hvorledes utbedring vil bli foretatt.

20.5 Kontraktsstridig utførelse og skader på kontraktsgjenstanden i byggetiden

Har totalentreprenøren prosjektert eller utført i strid med kontrakten, eller det konstateres skade på kontraktsgjenstanden som totalentreprenøren bærer risikoen for, skal han varsle byggherren så snart han blir klar over dette. Totalentreprenøren skal meddele byggherren hvorledes og når utbedring vil bli foretatt.



NS 8405 pkt 11.2 annet ledd /NS 8407 pkt 20.5 annet og tredje ledd

8405 pkt 11.2 annet ledd

Entreprenøren skal deretter foreta utbedring og dekke eventuelle utgifter til tilkomst og andre nødvendige utgifter som følger av utbedringen, med mindre kostnadene vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås. Byggherren kan i så fall kreve prisavslag etter bestemmelsene i 36.4. Dersom den kontraktsstridige utførelsen eller skaden fører til skade på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten, gjelder 36.5 tilsvarende.

NS 8407 pkt 20.5 annet ledd

Totalentreprenøren skal deretter foreta utbedring og dekke eventuelle utgifter til tilkomst og andre nødvendige utgifter som følger av utbedringen, med mindre kostnadene vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås. Byggherren kan i så fall kreve prisavslag etter bestemmelsene i 42.4.

Dersom den kontraktsstridige utførelsen eller skaden fører til skade på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten, er totalentreprenøren ansvarlig overfor byggherren i den grad dette følger av alminnelige erstatningsregler.



Bestemmelsenes anvendelsesområde – «kontraktsstridig utførelse»

- Hvis (T)E's prosjektering eller utførelse er «i strid med kontrakten» skal det varsles og utbedres
- Gir anvisning på samme vurdering som for mangel ved overtakelse (objektivt avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse), men i en byggeperiode hvor mangel per definisjon ikke kan foreligge, og risikoen i sin helhet ligger hos E.
- Hva er da formålet/poenget med en slik regel?
- Grunntanken må være å bidra til at E per overtakelse faktisk leverer kontraktsmessig, og å unngå at mangler «bygges inn».
- Haavinds kommentarutgave:
 - *Det er i begge parter interesse at eventuelle kontraktsmessige avvik blir oppdaget så tidlig som mulig slik at det lar seg gjøre å rette på forholdene uten at konsekvensene blir for store.*
- Føyens kommentarutgave:
 - *Videre er det kostnadsbesparende og hensiktsmessig at arbeid eller materialer som ikke er i samsvar med kontrakten, blir oppdaget så tidlig som mulig slik at det kan rettes opp før overlevering*



Entreprenørens varslingsplikt

- Hvis entreprenøren «*blir klar over*» kontaktstridig utførelse underveis i byggetiden, «*skal han varsle byggherren*» om dette
- Etter ordlyden ingen nedre grense – et hvert avvik skal varsles
 - Gir ikke mening, må leses i lys av at vi tross alt er forut for overlevering. Småfeil gjøres daglig og rettes løpende.
 - Føyen: «*Et visst skjønn ved utøvelsen av bestemmelsen må kunne innfortolkes*».
- Plikten inntreer «*så snart*» entreprenøren «*blir klar over*» avviket = faktisk kunnskap, ingen aktsomhetsnorm («burde»)
- Manglende varsling = mislighold, men ikke helt lett å se hva beføyelsen skal være. Erstatningskrav forutsetter at det får en økonomisk virkning for BH.
 - Kontaktstridig utførelse som (pga utbedring) forsinker overtakelse vil være dekket av bestemmelsen om varsling av fremdriftsavvik (8405 pkt 18.2 og 8407 pkt 21.3)



Entreprenørens valgfrihet

- NS 8405 pkt 11.2 første ledd i.f.:
 - *Entreprenøren skal meddele byggherren hvorledes utbedring vil bli foretatt.*
- NS 8407 pkt 20.5 første ledd i.f.:
 - *Totalentreprenøren skal meddele byggherren hvorledes og når vil bli foretatt.*
- Det er E som skal «meddele hvorledes» = opplyse hvordan/på hvilken måte
- Naturlig språklig forståelse: Entreprenøren har valgfrihet mht utbedringsmetode
- Bestemmelsen lest isolert: **Uinnskrenket valgfrihet, uten reservasjonsrett for BH («skal meddele»)**



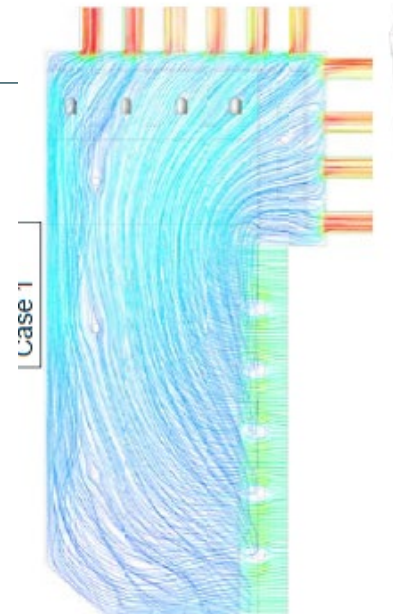
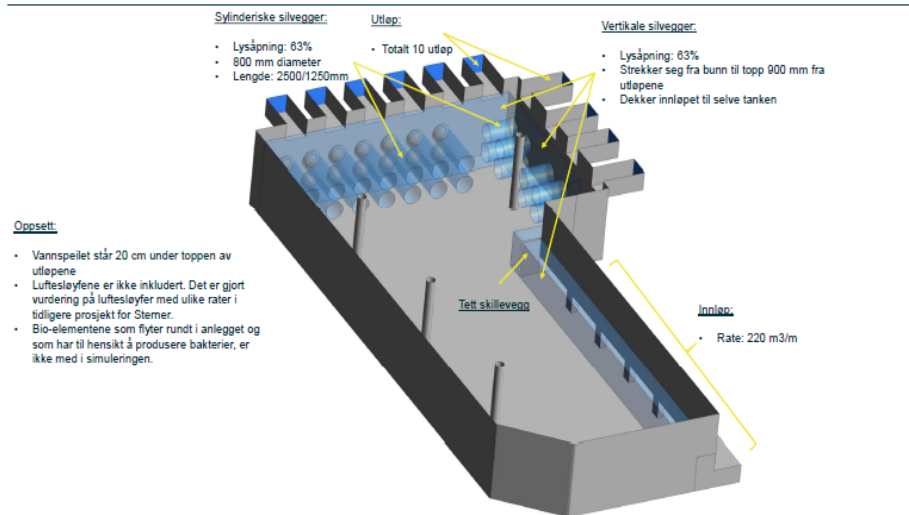
Entreprenørens valgfrihet forts. – reservasjonsrett?

- Haavinds kommentarutgave til 8407:
 - *Bestemmelsen sier heller ikke noe om hvordan utbedringen skal utføres. Byggherren kan kreve at kontraktsgjenstanden er kontraktsmessig ved overtakelse. Som utgangspunkt må totalentreprenøren stå fritt til å avgjøre hvordan utbedringen skal skje så lenge kontraktens krav blir oppfylt. Byggherrens interesse ligger i å kunne kontrollere at det skjer*
- Føyens kommentarutgave til 8405:
 - *I og med at entreprenøren står for utførelsen av arbeidet, har han innenfor kontraktens rammer valgfrihet med hensyn til selve utførelsen. Det må således i utgangspunktet være entreprenørens valg hvorledes utbedring skal foregå dersom kontraktens krav blir ivaretatt. Derfor må det kreves gode grunner for at entreprenøren ikke skal kunne få utbedre sitt arbeid når og slik han ønsker det.*
- Introducerer en slags grunnforutsetning om at utbedringsmetoden må fungere. I motsatt fall – reservasjonsrett?

Byggherrens reservasjonsrett? Forts.

- Eksempelet LG-2021-85186
- **Kontaktstridig utførelse** biofilterreaktor avdekket i byggeperioden: Opphopning av biolegemer i ene enden av reaktoren.

Geometri - Base Case



Byggherrens reservasjonsrett? Forts.

- Eksempelet LG-2021-85186
- **Meddelt utbedring** fra entreprenør: Bruke store airlift-pumper til å skape tilstrekkelig sirkulasjon/omrøring i MBBR

Geometri

Sylindriske silvegger:

Lysåpning: 63%
800 mm diameter
Lengde:
7500/6250/2500/1250mm

Utløp:

- Totalt 10 utløp

Vertikale silvegger:

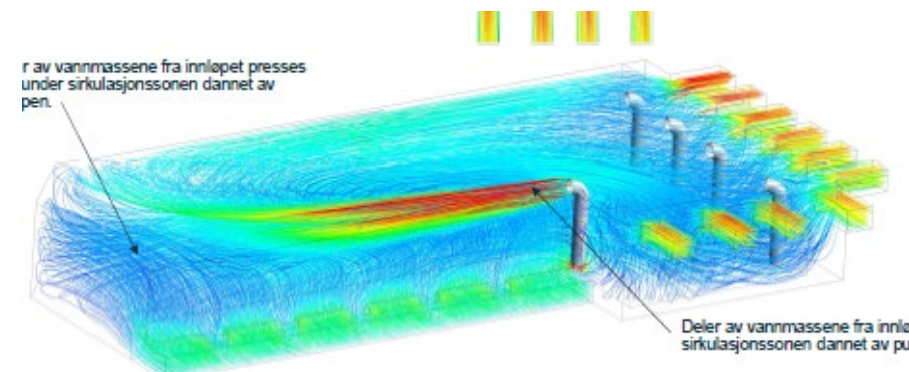
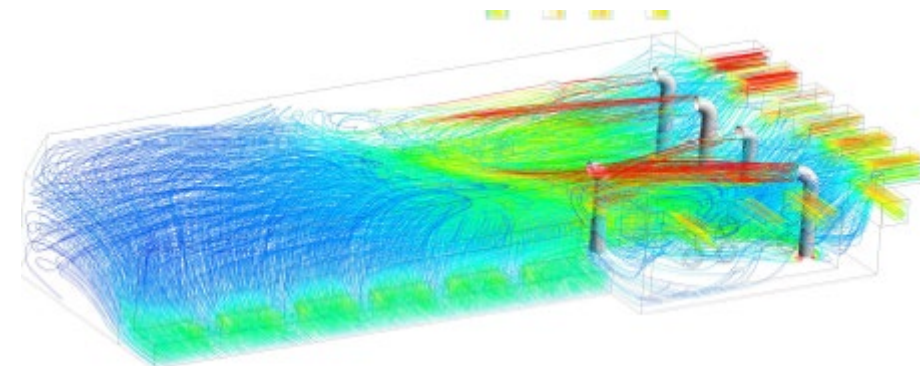
- Lysåpning: 63%
- Strekker seg fra bunn til topp 900 mm fra utløpene
- Dekker innløpet til selve tanken

Oppsett:

Vannspeilet står 20 cm under toppen av utløpene
Luftesøyfene er ikke inkludert. Det er gjort vurdering på luftesøyfene med ulike rater i tidligere prosjekt for Sterner.
Bioelementene som flyter rundt i anlegget og som har til hensikt å produsere bakterier, er ikke med i simuleringen.

Tett plate på undersiden av nedre sylindersiler:

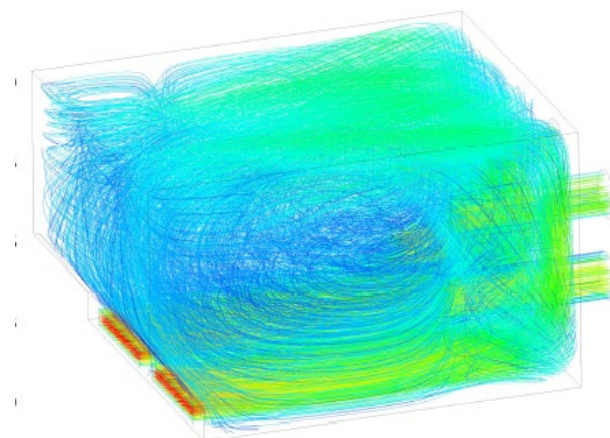
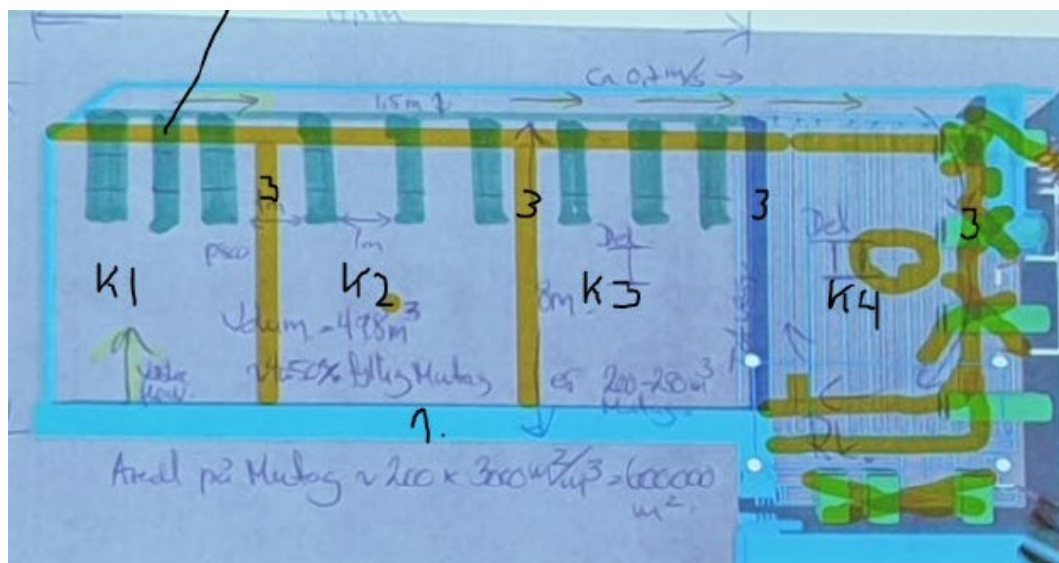
- Fra ca kl 4 til kl 8
- Dette for å sikre at luft ikke forsvinner i bunnen av sylindersilene (luftesøyfene er fremdeles ikke inkludert i simuleringen).
- Betyr en reduksjon av silveggarealet, som vil påvirke hastigheter og strømningsbildet i MBBR.



Byggherrens reservasjonsrett? Forts.

- Eksempelet LG-2021-85186
- **Reservasjon** fra byggherren: Oppfattet meddelt utbedringsmetode som usikker. Referatført at «*Det ble tommelen ned og avslag på forslaget*»
- Hadde BH en slik reservasjonsrett? Kom ikke på spissen.

Lagmannsretten har etter ei samla vurdering av bevisa som er ført i saka komme til at Sterner og Bremnes vart einige om at ei utbetring av problema med oppstuvning av bioelement skulle skje ved at MBBR-reaktorane i hall 2 og 3 vart ombygd til fire kammer.



Byggherrens reservasjonsrett? Forts.

- Argumenter i favør uinnskrenket valgfrihet:
 - Ordlyden:
 - «Skal meddele» - entreprenørens frie valg
 - Systembetragtninger:
 - Vi er før overtakelse – det er entreprenørens risiko at metoden fungerer.
 - Bevisbetragtninger:
 - Reservasjonsrett for BH fratar entreprenøren muligheten til å bevise at hans utbedringsmetode faktisk vil fungere.
 - Reservasjonsrett for BH stiller dermed entreprenøren i en kinkig bevissituasjon: Hvordan skal E i ettertid sannsynliggjøre at meddelt utbedringsmetode ville fungert?
 - Rettstekniske hensyn:
 - Reservasjonsrett gir en rettsteknisk vanskelig praktikabel regel. Byr opp til en svært krevende ettertidsvurdering av om Es metode var god nok eller ikke.
 - Samfunnsøkonomiske hensyn:
 - Reservasjonsrett kan hevdes å være samfunnsøkonomisk uheldig, idet en byggherre gjennomgående vil ønske seg «belte og bukseseler» - Adgang til inngrep i totalentreprenørens valgfrihet vil kunne bidra til unødig økning i byggekostnadene.



Byggherrens reservasjonsrett? Forts.

- I den grad det likevel kan/skal innfortolkes en reservasjon i valgfriheten, må det være forbeholdt **åpenbart utjenlige utbedringsmetoder**.
- Høy terskel og omvendt bevisbyrde:
- Sandvik:
 - *Det gir derfor den mest treffende karakteristikk om en sier at byggherrens adgang til å påberope seg mangler under utførelsen, er betinget av at påvist svikt er av den art at de representerer antesipert mislighold. Det må altså være sikkert eller foreligge en til visshet grensende sannsynlighet for at den svikt som er påvist under utførelsen, også vil representere en mangel ved overtakelsen så sant den ikke blir utbedret»*
- LB-2020-24426:
 - *Etter lagmannsrettens syn har [BH] ikke sannsynliggjort at det er nødvendig å pigge opp hele gulv, og at utbedring i form av fylling av riss og sprekker slik som foreslått av [E] ikke vil være tilstrekkelig.*



Byggherrens instruksjonsrett – endringspålegg

- Dersom Es utbedringsmetode ikke er åpenbart utjenlig, er Es valgfrihet mht ubedringsmetode i behold.
- Ønsker BH en annen metode må han evt. benytte sin endringskompetanse til å instruere om dette.
- Fra eksempelet LG-2021-85186:

Det er i utgangspunktet ein totalentreprenør som vel måtar å utbetre på når det er avdekka avvik, men byggherren har ei klar interesse i den metoden som vert vald, særleg dersom det er avvik frå det som er skildra i kontrakta. Ein byggherre kan pålegge ein bestemt utbetringsmetode, noko som kan vere eit endringspålegg etter NS 8407 punkt 31, dersom ikkje partane er einige i metoden som vert vald.

- Dersom E ved mottak av pålegg/instruks varsler at BHs inngrep anses å utgjøre en endring, må konsekvensen være at E blir berettiget vederlagsjustering for differansen mellom meddelt/nektet utbedringsmetode og pålagt/akseptert utbedringsmetode



Avslutning – oppsummering

- Hovedregel: Ved utbedring før overtakelse er utg.p full valgfrihet for E
- Unntak 1: Åpenbart utjenlige metoder – vederlagsfri reservasjonsrett for BH
- Unntak 2: Endringspålegg – instruksjonsrett for BH mot vederlagsjustering

Takk for oppmerksomheten!