

## **Sak nr. 661 - avsagt 01.07.2020**

***Sluttoppgjørstvist mellom totalentreprenør og byggherre. Uenighet om ansvar for ekstra kostnader pådratt som følge av byggherrens fargevalg på materialer i totalentreprise. Tolkning av kontrakt og forholdet mellom ulike krav i kravspesifikasjonen. NS 8407 pkt. 14.6 og 16.1.***

### **1. INNLEDNING**

A AS (Totalentreprenøren) har henvendt seg til Byggebransjens Faglige Juridiske Råd (BFJR/Rådet) og bedt om en uttalelse i forbindelse med uenighet oppstått i en totalentreprise for B kommune (Byggherre). B kommune presiserer i sitt innlegg at partene ikke er omforent om å fremlegge saken for BFJR, men har likevel valgt å gi tilsvar.

### **2. SAKENS BEHANDLING I BFJR**

Totalentreprenørens innlegg til Rådet ble oversendt i brev av 22.05.2020. B kommune, representert ved X, sendte sitt tilsvar til Rådet pr brev datert 28.05.2020.

Rådet behandlet saken i sitt møte den 10. juni 2020.

Til stede under behandlingen deltok alle Rådets medlemmer med unntak av Herman Bruserud som hadde forfall.

### **3. KORT OM SAKENS BAKGRUNN**

A har gjennomført totalentreprise for B kommune i prosjekt Skole 9910 (ny skole for X og Y B kommune). Kontrakten er inngått med grunnlag i NS 8407, og lagt opp som en samspillsentreprise. Kontrakt for gjennomføring av samspillsfase ble inngått 30. oktober 2017. Kontrakt for selve gjennomføring er inngått i april 2018.

Kontraktsarbeidene er overlevert, og det gjennomføres for tiden prøvedrift av det tekniske anlegg. Partene er enige om alle punkter i sluttoppgjør bortsett ett punkt som omfatter

tilleggskostnad for farge på lydplater som er nødvendig for å tilfredsstille lydkravene i enkelte rom.

Kontrakten stiller krav til støy og støydemping i henhold til NS 8175. Etter ferdigstilling ble det foretatt lydmålinger på oppdrag for Totalentreprenøren. Målingene viste avvik i forhold til disse kontraktskravene. Som tiltak foreslo Totalentreprenøren montering av felt med lydabsorberende veggplater i forskjellige rom. Dette ble akseptert, men Byggherren stilte krav om at platene måtte ha en godkjent farge og ikke være i leverandørens standard hvit-farge. Partene er uenige om hvem som skal bære de ekstra kostnadene som dette innebar.

Totalentreprenørens standpunkt er at han iht. kontrakt står fritt til å velge lydplater så lenge disse oppfyller kontraktens funksjonskrav om lyd og akustikk. Når Byggherre ønsker annet enn standardfargen påløper det en ekstrakostnad som Byggherren må bære.

Byggherren begrunnelse for ønske om en annen farge enn standard hvit, var at platene da ville passe bedre inn i forhold til fargepalletten på resten av skolen som Totalentreprenøren hadde foreslått og som Byggherren hadde godtatt. Byggherren mener at han innenfor kontrakten har rett til å godkjenne fargevalg innenfor RAL eller NCS fargesystem og at merkostnaden må ligge på Totalentreprenøren. Når Totalentreprenøren velger å bruke lydplater for å tilfredsstille kontraktskravene knyttet til støy og støydemping, følger det av Kontrakten at Byggherrens har rett til å godkjenne farge.

Lydplatene er per d.d. ikke montert, men det er enighet om at selve monteringen er Totalentreprenørens ansvar. Platene skal ved monteringen gis en innramming i listverk.

Partene er i noen grad også uenige om hva Rådet skal ta stilling til.

Totalentreprenøren har presisert spørsmålsstillingen slik:

*Kan kommunen kreve at Totalentreprenøren, som en del av fastprisen, leverer lydplater med den farge som kommunen bestemmer, selv om dette innebærer levering av lydplater som er mer kostbare enn standardplatene som vil være tilstrekkelige for å tilfredsstille kontraktens funksjonskrav til støy og akustikk?*

*Eller må kontrakten tolkes slik at kommunen står fritt til å beslutte fargevalg, men må dekke tilleggskostnaden som pådras som følge av at fargevalget innebærer innkjøp av mer kostbare produkter enn det som er nødvendig for å tilfredsstille kontraktens funksjonskrav til støy og akustikk?*

Byggherren mener dette er upresist, og ber Rådet ta stilling til følgende:

1. *Er leveranse av hvite plater kontraktsmessig? – og*
2. *Vil A ha krav på tillegg dersom lydplater skal ha annen farge?*

Tilleggskravet fra Totalentreprenøren som det er uenighet om består av:

Annen farge enn hvit           kr 300,000,-

Innramminger av lydplatene kr 90.000,-

#### 4. ENKELTE SENTRALE KONTRAKTSBESTEMMELSER

Rådet er ikke blitt forelagt selve Kontrakten, men det opplyses at det er en kontrakt basert på NS 8407. Det er ingen uenighet om dette.

*Bok 1 – Kravspesifikasjon Bygg og Utomhusarbeider* forutsettes å være en del av Kontrakten. Det fremkommer ikke i innleggene fra noen av partene at det er tvist om det.

I denne kravspesifikasjonen er det to bestemmelser som er vesentlige i forhold til uenigheten mellom partene:

##### 4 TILPASNINGSDYKTIGHET

*4.4 Støy og akustikk: Bygget skal beregnes ut fra NS 8175 Lyd i bygninger Klasse C.*

...

##### 7 FASADER

###### 7.16 Overflate

*7.16.2 Alle farger konfereres med og godkjennes av byggherren. Det skal være farger i henhold til RAL eller NCS fargesystem. Det skal benyttes akrylmaling med glans 40.*

#### 5. TALENTREPRENØRENS ANFØRSLER

Totalentreprenøren bestrider ikke at bestemmelsen om fargevalg gir Byggherren rett til å godkjenne farge på lydplatene som skal leveres. Bestemmelsen sier imidlertid ingenting om hvem som dekke kostnadene for materialene som skal benyttes basert på fargevalget.

Totalentreprenøren mener disse ekstrakostnadene må dekkes av Byggherren så lenge disse er av en høyere kvalitet og pris enn det som er nødvendig for å tilfredsstille lydkravet i kravspesifikasjonen pkt. 4.4. gjengitt over.

Kontrakten som Totalentreprenøren har med Byggherren inneholdt en samspillsfase. Hensikten med denne var å optimalisere og utvikle skisseprosjekt til et omforent forprosjekt. Behov for lydplater var ikke tema i samspillsfasen eller i gjennomføringsfasen. Det ble besluttet å ikke montere noen lyddempende tiltak under utførelsen, – og i stedet avvente med kartlegging av behovet til etter at bygget var ferdig.

Det er utvilsomt Totalentreprenørens ansvar å gjennomføre tiltak som forbedrer den høye etterklangstiden som er påvist i forbindelse med lydmålinger foretatt. Spørsmålet er om det kan kreves iht. NS 8407 punkt 14 at Totalentreprenøren leverer og tar ekstrakostnaden for spesiallagde lydplater med den farge som Byggherren krever. Standard hvite plater ville også tilfredsstilt funksjonskravet til støy og akustikk satt i kontrakt.

Totalentreprenør viser til Byggholt-dommen som presiserer at det er oppdragsgivers ansvar å sørge for et klart og entydig konkurransegrunnlag, og at det er oppdragsgiver som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.

Han viser videre til at Kravet til klarhet ved utformingen av konkurransegrunnlaget er gjentatt av Mika-dommen fra 2012 (Rt. 2012 s. 1729) og i Sveen-dommen fra 2019 (HR-2019-830-A).

Det vises videre totalentreprenørens valgfrihet i hht NS 8407 pkt 14,6.

*Innenfor de rammer som fremgår av kontrakten, herunder 14.1 til 14.5, har totalentreprenøren rett til å velge hva slags materiale, utførelse og løsning han vil oppfylle kontrakten med. Dersom byggherren gir pålegg, jf.32.1, som begrenser totalentreprenørens valgrett, foreligger en endring. Vil totalentreprenøren påberope seg at en slik endring foreligger, må han varsle etter 32.2.*

Totalentreprenøren viser videre til Giverholt, Arvesen og Marthinussen sin kommentarutgave til bestemmelsen:

*Dersom kontrakten ikke gir anvisning på en bestemt løsning, og det er flere måter å oppfylle kontraktens krav på, er det totalentreprenøren som har rett til å velge hvilken løsning han vil bruke til å oppfylle kontrakten med.*

*Det vises videre til ovennevnte «Ønsker byggherren en annen løsning, vil dette være en endring som behandles etter reglene om endringer. Dette gjelder også dersom det byggherren krever ligger innenfor kontraktens spesifisering.*

Dette innebærer at en beslutning fra byggherren vedrørende materialvalg etter at kontrakten er inngått, også vil innebære en endring selv om materialvalget ligger innenfor kontraktens spesifikasjoner. Totalentreprenøren mener dette har overføringsverdi til foreliggende sak, der både standardplatene og spesialplatene tilfredsstillers funksjonskravet satt i kontrakt.

Det fremgår av punkt 4.4 i kravspesifikasjonen (Bok 1) at støy og akustikk for skolebygningen som Totalentreprenøren skal prosjektere og oppføre skal beregnes ut fra «NS 8175 Lyd i bygninger Klasse C.»

Dette gir Totalentreprenøren en rett til å velge materiale, blant annet for lydplater, såfremt den valgte løsningen tilfredsstillers kravene i NS 8175. Det finnes flere lydplater som kan gi tilfredsstillende lydforhold. I henhold til NS 8407 punkt 14.6 står derfor Totalentreprenøren fritt til å velge blant disse.

Totalentreprenørens valgrett er et av kjerneprinsippene i totalentrepriskontrakten. Dersom byggherren ønsker å begrense denne må det fremgå klart og tydelig av kravspesifikasjonen. Det er ikke tilfellet i foreliggende sak.

Totalentreprenøren er uenig i at punkt 7.16.2 i kravspesifikasjonen gir kommunen en rett til å bestemme fargevalg for lydplatene og at tilleggskostnaden for lydplatene som må leveres iht. kommunens fargevalg skal dekkes av entreprenøren som en del av fastprisen.

Det fremgår av punkt 7.16.2 at: «Alle farger konfereres med og godkjennes av byggherren. Det skal være farger i henhold til RAL eller NCS fargesystem. Det skal benyttes akrylmaling med glans 40.»

Totalentreprenøren forstår denne bestemmelsen slik at Byggherre har en rett til å godkjenne Totalentreprenørens fargevalg. Bestemmelsen kan imidlertid ikke tolkes dithen at Byggherren står fritt til å foreta fargevalg uten å kompensere for kostnadskonsekvensene av fargevalget, såfremt entreprenørens eget valg ligger innenfor funksjonsbeskrivelsene angitt i kontrakt. Totalentreprenøren viser her til at det ikke er spesifisert i punkt 7.16.2 at byggherren med denne bestemmelsen har ment å innskrenke entreprenørens valgrett iht. funksjonskravet angitt i punkt 4.4 i Bok 1.

Det fremgår heller ikke av punkt 7.16.2 at byggherrens rett til å godkjenne farger innebærer at entreprenørens valgrett iht. NS 8407 punkt 14.6 er fraveket eller innskrenket.

I henhold til gjeldende rett skulle slike presiseringer ha fremgått klart av kontrakt, for det tilfellet at entreprenøren skulle hensynta i sin prising at byggherren - etter avtaleinngåelsen - ville stå fritt til å beslutte fargevalg selv om dette skulle innebære at entreprenøren måtte bekoste materialer som var dyrere enn materialene som var nødvendige for å tilfredsstille kontraktens funksjonskrav. Dette er forhold som er avgjørende for entreprenørens «utgiftsposter som forutsettes priset», jf. uttalelsen i Byggholtdommen.

Videre inngår punkt 7.16.2 som en del av hovedpunkt 7 «Fasader», noe som peker hen på bestemmelser vedrørende utvendige overflater. Totalentreprenøren bestrider imidlertid ikke at flere punkter under hovedpunkt 7 også omhandler innvendige forhold ved bygget, men det er likevel nok et moment som indikerer at bestemmelsen i punkt 7.16.2 i alle tilfeller ikke tilfredsstiller det klarhetskravet som er oppstilt i rettspraksis til utformingen av anbudsgrunnlaget og prosjektbeskrivelsen, og særlig poster til utforming av bestemmelser/poster som har betydning for entreprenørens prising.

Totalentreprenøren mener at kommunen sitt standpunkt om tilbakeholdsrett fordi entreprenøren ikke vil levere og montere fargede spesialplater innenfor den avtalte fastpris er uberettiget. Totalentreprenøren vil imøtekomme Byggherrens ønske om fargevalg, men når dette innebærer levering av spesialplater som er mer kostbare enn standardplatene som Totalentreprenøren kunne ha levert innenfor rammene av kontraktens funksjonskrav, må Byggherren dekke tilleggskostnaden for spesialplatene.

Totalentreprenøren mener han ligger innenfor den valgrett som totalentreprenøren er gitt i henhold til NS 8407 punkt 14.6 med tanke på valg av løsninger for prosjektet.

Totalentreprenøren plikter ikke å levere annet enn det som er tilstrekkelig for å tilfredsstille kontraktens funksjonskrav. Totalentreprenørene er enig i at det er hans ansvar å gjennomføre tiltak som forbedrer den høye etterklangstiden er påvist, men oppfylt ved

montering av hvite standardplater. Hvite standardplater er også godkjent av arkitekt i egen e-post fra C arkitekter AS. I en totalentreprise må byggherren gjerne kreve andre løsninger som er mer kostbare fordi byggherren mener disse estetisk sett er finere, men tilleggskostnaden må dekkes av byggherre.

## **6. BYGGHERRENS ANFØRSLER**

Byggherren presiserer i utgangspunktet at saken formelt egentlig ikke dreier seg om lydplater – men at Totalentreprenøren skal levere et bygg der kontraktens funksjonskrav til støy – og bestemmelsene som fargevalg - oppfylles. Hvordan disse oppfylles er Totalentreprenørens valg – og risiko.

Som nevnt tidligere mener Byggherren at spørsmålsstillingene bør være:

1. Er leveranse av hvite lydplater kontraktsmessig?
2. Vil A ha krav på tillegg dersom lydplater skal ha annen farge enn hvit?

Byggherren henviser til kontraktens krav om lydforhold og fargevalg.

Hva angår Kontraktens lydkrav, er det enighet om at Bok 1 pkt 4.4 viser til NS 8175. Hvordan kravene oppnås er opp til Totalentreprenøren. Det er enighet mellom partene at pr dags dato er ikke kravet oppfylt. Bruk av lydplater er byggherren innforstått med, men samtidig kan ikke Totalentreprenøren misligholde plikten mht overflatefarger.

Totalentreprenøren synes å akseptere Byggherrens rett til valg av overflatefarger, men dersom Byggherren velger annen farge enn hvit gir dette Totalentreprenøren rett til tillegg. Byggherren anfører at det klart følger av Kontrakten at han har rett til å velge overflatefarge. Dersom dette var ment å utløse tilleggsvederlag måtte det stått i kontraktsbestemmelsene.

Byggherren angir at Totalentreprenørens engasjerte arkitekt (C arkitekter) har anbefalt lydplater «som passer inn i fargepalletten, i stedet for hvite plater som ikke passer inn og vil virke fremmed».

Byggherren viser også til Mika-dommen. Kontraktens ordlyd er etter Byggherrens oppfatning klar. Bestemmelsene er klar – at Totalentreprenøren utsetter å sikre lydkravene til etter at bygget er ferdigstilt er dennes risiko.

Påstand:

1. Totalentreprenøren plikter å levere bygg som både oppfyller krav til lyd og farger.
2. Leveranse av hvite lydplater er i strid med kontraktens bestemmelse om fargevalg.
3. Leveranse av lydplater som oppfyller kontraktens krav til farger (godkjent av byggherre) vil være kontraktsmessig, men innebærer ingen endring som gir Totalentreprenøren krav på tilleggsvederlag.

## 7. RÅDETS VURDERING

Det fremgår i saken at den inngåtte kontrakten mellom Totalentreprenøren og Byggherren er en totalentreprise etter NS 8407. Derved ligger prosjekteringsansvaret på Totalentreprenøren.

Rådet har ikke fått forelagt seg selve Kontrakten, men forutsetter at det ikke er gjort noen avvik fra standarden hva angår hvem som har ansvaret for prosjekteringen.

For ordens skyld forutsettes også det at det er rettidig reklamert da det ikke er noe saken slik den er opplyst for Rådet som skulle tilsi noe annet.

Å sikre at lydforholdene er i henhold til standarden og den inngåtte kontrakten påhviler Totalentreprenøren. Rådet tar her utgangspunkt i at det er Totalentreprenørens ansvar å sørge for at prosjektering omfatter alle forhold, – herunder også akustisk prosjektering. At det ble besluttet å ikke gjøre lyddepnende tiltak under utførelsen, men vente til kartlegging av eventuelle nødvendige behov etter at bygget var ferdig, fritar *ikke* Totalentreprenøren for dette ansvaret. Målinger utført av tredjepart påviste at tiltak er nødvendig.

Rådet ser det på denne bakgrunn slik at det ved ferdigstilling foreligger et avvik i forhold til Kontrakten som har sin årsak i mangelfull prosjektering av det arbeidet som til da var utført, jf. NS 8407 pkt. 16.1. Dette er Totalentreprenørens sitt ansvar som han må rette å opp i. Opprettingen må videre gjennomføres i samsvar med Kontraktens øvrige bestemmelser. Anførselene fra A oppfattes også slik at han erkjenner dette.

Totalentreprenøren ville innenfor standardens bestemmelser stå rimelig fritt til å velge hvilke plateprodusenter/kvaliteter han ønsker å oppfylle lydkravet med. Kontrakten inneholder ikke spesifikke bestemmelser om lydplater bortsett fra et krav til robusthet i pkt. 7.16.1 som partene ikke har omtalt eller fokusert på. Det som er poenget i saken for Rådet er at Kontrakten i pkt. 7.16.2, gjengitt over, gir byggherren rett til å godkjenne farger på overflater. Med det omfanget og den eksponeringen platene vil få i de aktuelle rommene, er det Rådets vurdering at Byggherren kan påberope seg denne bestemmelsen. Det innebærer at dersom plateleverandørens standard hvit ikke er i samsvar med den fargepaletten som ellers gjelder og er benyttet, kan Byggherren kreve at disse platene uten kostnad for seg leveres og monteres i en annen farge som da er i samsvar med denne paletten.

Slik Rådet ser det, har Totalentreprenøren forholdt seg til Kontraktens lydkrav på en måte som ville kunne føre til at han måtte iverksette lyddepnende tiltak som disse etter at bygget ellers var ferdigstilt. Valgfrihet når det gjelder malingsfarge har liten eller ingen økonomisk betydning, med mindre antall varianter blir uforholdsmessig mange. Når det derimot gjelder andre materialtyper og overflater, kan fargevalg ha stor betydning for prisen. Lydplater er ett eksempel, andre eksempler er gulvbelegg, keramisk flis og

laminatoverflater. Slik Rådet ser det, er det Totalentreprenørens risiko at han har fremlagt, og av byggherren fått godkjent, en fargepalett som, for de senere prosjekterte lydplater, gir ekstra kostnader utover standardfargen (hvit).

## **8. KONKLUSJON**

Når Totalentreprenøren skal rette opp avviket på lydforhold må Byggherrens rett til å godkjenne farge på overflater også gjelde lydplater som Totalentreprenøren ønsker å rette opp avviket med.

I forhold til partens påstand gjengitt i pkt. 3 over, innebærer dette at Rådet svarer ja på Byggherrens første spørsmål så sant Byggherrens fargekrav er i samsvar med omforent og godkjent fargepalett. På samme måter svarer Rådet nei på om Byggherren i så fall må dekke tilleggskostnadene dette fører til .

Til Byggherrens spørsmål gjengitt samme sted svarer Rådet nei så sant denne hvit-fargen ikke er i samsvar med den aktuelle fargepaletten, og nei på spørsmålet om Totalentreprenøren har krav på tillegg for levering og montering av de aktuelle platene i en annen farge en leverandørens standard hvit.