



FOLLO OG NORDRE ØSTFOLD TINGRETT

DOM

Avsagt: 9. desember 2021 i Follo og Nordre Østfold tingrett, Mysen

Saksnr.: 21-057937TVI-TFNO/TMYS

Dommer: tingrettsdommer Marius Sandvig

Saken gjelder: Sluttoppgjør entreprise

Boger Bygg AS

Advokat Andreas Falch Haugland

mot

Indre Østfold kommune

Advokat Per Gustav Lilleaasen

DOM

Boger Bygg AS (heretter uten selskapsbetegnelse) var totalentreprenør for Indre Østfold kommune som byggherre, ved oppføring av Birkelund PU-bolig i Mysen. Tvisten gjelder sluttoppgjøret etter endt entreprisprosjekt. Boger bygg anfører at de måtte forsere byggearbeidene på grunn av korona-epidemien, og krever ekstra betalt for forseringskostnader. Kommunen bestrider kravet, og anfører uansett at det er mangler ved kontraktarbeidet, som de motregner i Boger byggs krav.

1. Sakens bakgrunn

Kontrakten ble inngått med Eidsberg kommune som byggherre. Mellom kontraktsinngåelsen og stevningen ble Eidsberg kommune slått sammen med flere andre kommuner til Indre Østfold kommune.

Kommunen ønsket å oppføre tilrettelagte boliger for funksjonshemmede. De engasjerte Norconsult som utarbeidet anbudsinnbydelse.

Kontrakt mellom Boger Bygg og kommunen ble inngått 6. august 2019. NS 8407 gjelder for avtalen.

Oppstart på byggeplassen var 4. september 2019. Avtalt overtakelse var opprinnelig 1. juli 2020, men ble etter kort tid endret til 20. august 2020.

I endringsmelding 11 krevde Boger bygg forlenget byggetid og etter hvert i stedet ekstra vederlag for forseringskostnader.

I endringsmelding 10 krevde Boger bygg dekket utgifter til smittevern i anledning korona restriksjonene.

I endringsmelding 12 krevde Boger bygg vederlagsjustering for rigg og drift for forlenget byggetid.

I endringsmelding 39 krevde Boger Bygg tilleggsvederlag for gjerde og skilting i Ordfører Voldens vei og Birkelundveien, for sikring av byggeplassen mot trafikk.

Kommunen avviste endringsmeldingene.

Avtalt overleveringsdato var 20. august 2020. Kommunen nektet overtakelse fordi midlertidig brukstillatelse ikke var gitt, og overtakelse ble gjennomført 7. september 2020. Da var midlertidig brukstillatelse gitt.

Kommunen krever dagmulkt på grunn av for sen overlevering, FDV-dokumentasjon og «som bygget» dokumentasjon. Kommunen har også reklamert over en rekke mangler. Kommunen har holdt tilbake kr. 1 749 664,- inkl. mva. av kontraktssummen.

Boger bygg, ved advokat Falch Haugland, inngav stevning 20. april 2021. Kommunen, ved advokat Lilleaasen, inngav rettidig tilsvaer 1. juni 2021. Senere har partene inngitt en rekke prosesskrift. Hovedforhandling ble avholdt 2. til 5. november 2021 i Follo og Nordre Østfold tingretts lokaler på Mysen. To sakkyndige avgav vitneforklaringer og fem vitner avgav forklaring. For øvrig ble det foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

2. Boger byggs påstandsgrunnlag:

Endringsmelding 11 - Forsering

Boger bygg hadde forseringskostnader i forbindelse med koronaen, og Boger bygg har krav på å få dekket disse forseringskostnadene. Kravet kan hjemles i NS 8407 pkt. 33.8, jf. pkt. 33.3, alternativt i NS 8407 pkt. 15.2 og alternativt i NS 8407 pkt. 34.1.2.

Det anføres at Boger bygg hadde rett til fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1, jf. pkt. 15.2.

Helt fra oppstart til 12. mars 2020, var planlagt sluttdato 6. juli 2020. Pr 12. mars 2020, var Boger bygg noenlunde på fremdriftsplanen.

Kommunen anfører at entreprenøren bare har krav på fristforlengelse dersom dagmulktbelagte frister påvirkes. Dette bestrides. Det vises til Marthinussen, side 507 og 508 og Nordtvedt, side 478-481. Det anføres at både planlagt og avtalt ferdigstilling er uten betydning. Spørsmålet er om fremdriften hindres.

Koronaen hindret fremdriften betydelig. Boger bygg krevde 40 dager fristforlengelse, noe som var et forsiktig krav.

Kravet om fristforlengelse var utføring begrunnet og spesifisert i Erik Bogers e-poster av hhv 30. mars 2020 kl. 1000, og 29. april 2020.

Utfordringene med fremdriften skyldes myndighetspåleggene som kom i anledning bekjempelsen av koronaepidemien. Det anføres at NS 8407 pkt. 15.2 gjelder, selv om myndighetspåleggene skyldes force majeure. Dersom vilkårene i NS 8407 pkt. 15.2 er oppfylt, så gjelder denne bestemmelsen ved siden av pkt. 33.3.

Kommunen anfører at de avtalte kravene til prosessen ikke er endret. De anfører at prosessene var de samme under koronaen som før. Dette bestrides. NS 8407 pkt. 14.4

regulerer endring av kontraktsgjenstanden. NS 8407 pkt. 15.2 gjelder endring av prosessen frem til ferdigstilling, selv om kontraktsgjenstanden ikke blir endret. Det anføres at alle forhold som virker inn på entreprenørens arbeider, virker inn på de avtalte krav til prosessen.

Det anføres videre at Boger bygg hadde rett til fristforlengelse pga. force majeure, jf. NS 8407 pkt. 33.3.

Partene er enige om at korona var et force majeure-forhold.

Det følger av NS 8407 pkt. 33.3 femte avsnitt at partene ikke har krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter bestemmelsen. Dette innebærer imidlertid ikke at ethvert krav på justering av vederlaget er avskåret. Begrensningen gjelder kun kostnader som er en følge av innvilget fristforlengelse. Dersom byggherren avslår et berettiget krav på fristforlengelse, så har entreprenøren krav på vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 33.8. Entreprenøren kan også ha krav på vederlagsjustering etter andre bestemmelser.

Det anføres at Boger bygg hadde rett til å forsere etter NS 8407 pkt. 33.8.

Det anføres at fremdriftsplanen pr 5. mars 2020 var realistisk, og at Boger bygg måtte forsere 40 dager for å ferdigstille til rett tid.

Kommunen anfører at på grunn av at Boger bygg i sin fremdriftsplan hadde planlagt ferdigstilling 6. juli, så påløper det ingen dagmulkt ved 40 dager forsinkelse, og at det dermed ikke er noen rett til å forsere. Dette bestrides. Det vises til at dette ville innebære at det er kommunen som «eier slakken» i prosjektet.

Det anføres at når man skal beregne forseringsvederlaget etter NS 8407 pkt. 33.8, så må man legge fristforlengelsen entreprenøren skulle hatt på sluttfristen, for å finne vederlaget entreprenøren har krav på, ikke motsatt; at man trekker fristforlengelsen fra sluttfristen.

Kommunen anfører at NS 8407 pkt. 33.8 andre punktum medfører at et eventuelt forseringsvederlag skal settes til kr. 0,-. Dette bestrides. Det anføres at andre punktum gjelder en begrensning oppad, som en sikkerhet mot uforsvarlig høye forseringskostnader, og ikke som en begrensning nedad, om hvor liten en fristforlengelse må være for å iverksette forsering.

Det er entreprenøren som lager fremdriftsplanen. Det er entreprenøren som kan velge å strekke produksjonen ut i tid til avtalt sluttfrist, eller bygge fortere, og bruke ressursene på andre prosjekt. Retten til forsering styres ikke av fremdriftsplanen, men om entreprenøren blir forsinket.

Entreprenøren har krav på fristforlengelse når fremdriften blir hindret, jf. NS 8407 pkt. 33.3 og pkt. 15.2, og entreprenøren har rett til å forsere inn berettiget fristforlengelser, som byggherren har avslått.

Om kravene til prosessen er endret, så gir NS 8407 pkt. 15.2 hjemmel for vederlagsjustering direkte. Det samme gjør NS 8407 pkt. 34.1.2.

I anledning endringsmelding 11 krever Boger bygg kr. 3 550 011 inkludert mva.

Endringsmelding 10 – Kostnader smittevern

Det anføres at Boger bygg har hatt utgifter til smittevern med kr. 196 125,- inkludert mva., i anledning restriksjonene med korona. Det anføres at Boger bygg har rett til å få dekket disse utgiftene fra kommunen i medhold av NS 8407 pkt. 15.2 og pkt. 34.1.2.

Endringsmelding 12 – Rigg og drift

Når det gjelder endringsmelding 12, så måtte Boger bygg ha riggen stående lengre enn planlagt. Byggeperioden var beregnet til å vare ut juni, med overlevering 6. juli 2020. Faktisk overlevering var 9. september 2020. Det anføres at når byggetiden ble lengre, på grunn av forhold kommunen hefter for, så har Boger bygg rett til dekning av rigg og drift i den ekstra byggetiden.

Hjemmelen for kravet er NS 8407 pkt. 34.1.3 første avsnitt, jf. pkt. 34.1.1, jf. pkt. 15.2, eventuelt i medhold av NS 8407 pkt. 34.1.3 første ledd, jf. pkt. 34.1.2 første ledd.

Prisen for rigg og drift var kr. 113 651,- eks. mva. pr. måned. For juli, august og frem til 9. september, kreves det til sammen kr. 326 746,- inkl. mva.

Endringsmelding 39 – Freseasfalt og skilting

Kommunen har akseptert å dekke disse utgiftene til over påske 2020. Det anføres at kommunen har ansvaret for denne sikringen i hele byggeperioden.

Kommunens motkrav

- Isolasjon av ventilasjonskanal:

Det anføres at Boger Bygg har frihet til å detaljprosjekttere løsningene. Det var lav himlingshøyde i de aktuelle rommene, og det ble prosjektert på nytt for å vurdere løsninger. Det ble avtalt sprøytelakkering av føringer for ventilasjon og sprøytelakkerte

føringer isoleres ikke. Kommunen har ikke reklamert på manglende oppnåelse av funksjonskrav.

Kommunen har beregnet redusert komfort på kr. 5 000,- pr år, og krevd kompensasjon for en periode på 50 år. Det anføres at anlegget ikke en gang har en levetid på 50 år.

- *Manglende drepsrenne garsjeport:*

Drepsrennen var for å håndtere innendørs avrenning fra kjøretøy. Dette er en vanlig totalentreprise med funksjonskrav, og Boger Bygg har valgt en annen løsning som ivaretar behovet for avrenning fra biler.

- *Inndører med list:*

I tråd med brannkonseptet er det levert terskler på inndører. Kommunen har bestilt ytterligere to dører med terskel.

Uklassifiserte dører kan leveres terskelløse. Her har Boger Bygg tilbudt seg å utbedre ved å ta bort tersklene, eventuelt gi kr. 15 000,- i prisavslag. kommunen krevde i tillegg epoxybehandling av gulvet, og forholdet ble derfor ikke rettet.

- *Manglende fotlist gipsvegger:*

Kommunen har bare pekt på et krav til inervegger. Kravet er tilfredsstilt. Det er heller ikke reklamert på veggene. Det er ikke krav om fotlist noe sted i beskrivelsen.

- *Feil trevirke utomhuskonstruksjoner:*

Det følger av beskrivelsen at ytterveggene var tiltenkt utført som royalimpregnert furu, eller tilsvarende. Entreprenøren kan foreslå alternative valg. Løsningen Boger Bygg valgte er preakseptert.

- *Manglende sirkulasjon varmtvann:*

Under test fant entreprenøren at det tar 16,2 sekunder før vannet blir varmt, noe som er innenfor det som er anbefalt i rørhåndboka fra Rørentreprenørene Norge. Der er anbefalingen på 20 sekunder.

- *Manglende kantstein langs Birkelundveien:*

Kommunen påberoper følgende tekst i beskrivelsen: «For o_V1, o_V2 og P1 skal det brukes granittkantstein med fas langs kjørearealet». Det er imidlertid ingen tegning eller annet som heter o_V1 eller o_V2.

Reguleringsplanen kommunen viser til, var ikke oversendt Boger Bygg, og heller ikke publisert da Boger Bygg inngav tilbud.

Det bestrides at reguleringsplanen stiller krav om kantstein mot Ordfører Voldens vei. Dette fremgår heller ikke av kontraktstegning L_100.

- *Faktura fra Bråthen/krysning Ordfører Voldens vei:*

Det anføres at det ikke var avtalt at Boger Bygg skulle anlegge krysning av Ordfører Voldens vei. Kommunen utleder leveranseplikten av dette fra reguleringsplanen. Denne reguleringsplanen var imidlertid hverken publisert eller oversendt Boger Bygg da tilbudet ble inngitt. Reguleringsplanen gjelder dessuten bare selve byggeplassen, og Ordfører Voldens vei er utenfor reguleringsplanen.

- *Manglende innkassing av soilrør:*

Boger Bygg anfører at manglende innkassing av soilrør ikke utgjør noen mangel.

- *Sluk rom 211:*

Det er ikke anlagt sluk i rommet. Entreprenøren kan foreslå alternative løsninger. Boger Bygg har tilbudt seg å utbedre ved å anlegge en lokasse med pumpe som renholdsmaskinen kan benytte.

- *Isolasjon vinduer/dører utført med skum:*

Det fremgår av beskrivelsen i kontrakten at det skulle tettes rundt dører og vinduer med dytt og fug. Boger Bygg har frihet til å detaljprosjektare løsningene, og valgte å benytte skum. Dette innebærer ingen kvalitetsforringelse, ingen besparelser og løsningen er preakseptert.

- *Gulvvarme montert uten isolert påstøp:*

Under Boger Byggs detaljprosjektering ble det bestemt at vannbåren gulvvarme skulle legges på betonggulvet. Løsningen er preakseptert.

- *Brannslanger ikke montert innfelt i vegg:*

Angjeldende brannskap var plassert på lydvegg, og kunne ikke felles inn. Skapet ble flyttet til en brannvegg, og felt inn så mye som mulig. Det anføres at dette lå innenfor Boger Byggs rett til å detaljprosjektare.

- *Tapsutmålingen:*

Det anføres at utmålingen for kommunens erstatningskrav og krav om prisavslag er udokumenterte.

- *Dagmulkt sluttfrist:*

Sluttfrist var avtalt til 20. august 2020. Boger Bygg har krav på fristforlengelse med minimum 40 dager, hvilket betyr at sluttfristen forskyves, og bygget er overlevert rettidig.

Når det gjelder dagmulkt for FDV-dokumentasjon og «as built» tegninger, så anføres det at dette skulle overleveres samtidig som søknaden om ferdigattest ble sendt. Søknaden om ferdigattest ble sendt 19. oktober, som er senere enn den datoen kommunen krever dagmulkt frem til.

Det er uansett ikke dokumentert at FDV-dokumentasjonen var mangelfull.

- *Utgifter Norconsult og Føyen:*

Boger bygg bestrider at de er ansvarlige for kommunens utgifter til Norconsult og advokatfirmaet Føyen. Boger bygg viser til at dette reguleres av NS 8707 pkt. 42.5 andre ledd, der det er et vilkår om grov uaktsomhet, og at de ikke har vært uaktsomme.

Forsinkelsesrenter

Det kreves forsinkelsesrente av kontraktssummen fra 30. november 2020, og av det resterende fra 28. oktober 2020. Det vises til at forfall i fakturaene var hhv 28. oktober og 30. november 2020.

3. Boger byggs påstand

1. Indre Østfold kommune dømmes til å betale Boger Bygg AS kr 6 118 282,- inkl. mva., med tillegg av forsinkelsesrenter beregnet slik:
Av kr 1 749 664,- inkl. mva. (kontraktssummen) fra 30.11.20.
Av kr 196 125,- inkl. mva. (EM 10) fra 28.10.20.
Av kr 2 753 217,- inkl. mva. (EM 11) fra 28.10.20.
Av kr 426 191 inkl. mva. (EM 12) fra 28.10.20.
Av kr 60 900,- inkl. mva. (EM 39) fra 28.10.20.
Av kr 7000,- inkl. mva (EM 27a) fra 28.10.20.
For det resterende fra 14 dager etter forfall.
2. Indre Østfold kommune dømmes til å betale sakens omkostninger.

4. Indre Østfold kommunes påstandsgrunnlag

Det anføres at Boger bygg ble forsinket, og at de forkler kravet som et vederlagskrav på grunn av forsering.

Endringsmelding 10, 11 og 12

Det anføres at ingen av vilkårene for fristforlengelse og vederlagsjustering er oppfylte. Det er ingen relevante byggherreforhold.

Det anføres at koronautbruddet ikke er et byggherreforhold. Det medførte ingen endringer i kravet til prosessen, jf. NS 8407 pkt. 15.2. Det er Boger bygg som har forsinket seg selv.

Boger bygg har ikke dokumentert noen fremdriftshindring eller økte kostnader, og heller ikke vist til anvendelig vederlagsjusteringsbestemmelse.

Boger bygg har ikke oppdatert byggherren ukentlig, og alle planer viser rettidig overtakelse/ferdigstillelse.

Boger bygg har ikke konkretisert kravet, hverken grunnlag, årsak eller virkning. Retten har ikke anledning til å utøve skjønn over dette. Det vises til HAB-dommen premiss 83, 108 og 109.

Det er heller ikke dokumentert årsakssammenheng.

Boger bygg har hverken krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering.

Alle fremdriftsplanene viser rettidig overtakelse og det er hverken faktisk eller rettslig grunnlag for forsering for byggherrens regning.

Ettersom alle planer viser rettidig ferdigstillelse, så må forsering koste mindre enn kr. 0. Det vises til at retten til forsering avhenger av dagmulkten, jf. NS 8407 pkt. 33.8 første avsnitt andre punktum.

Det anføres at det ikke er endringer i krav til prosessen, jf. NS 8407 pkt. 15.2. Det anføres at Boger byggs e-post 29. april 2020 ikke viser endringer i krav til prosessen.

Det anføres at det ikke er noen andre forhold som kan føres tilbake til byggherren, jf. vilkårene i NS 8407 pkt. 33.1 og 34.1.

Eventuell forlenget byggetid eller forsering skyldes Boger byggs egen forsinkelse. Det anføres at Boger bygg var forsinket allerede før koronaepidemien med to til to og en halv måned.

Det er flere svakheter ved Boger byggs fremdriftsplaner. De viser ikke reell kritisk linje, de er ikke logisk bygget opp, og lite egnet som prosjektstyringsverktøy.

Det anføres at det ikke er årsakssammenheng. Det vises til HAB-dommen avsnitt 66 og 82. Det anføres at Boger bygg ikke har sannsynliggjort forstyrrelser for Boger byggs arbeid, hvilke arbeidsoperasjoner som er påvirket, i hvilke perioder dette har skjedd, og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet dette har medført for Boger bygg.

Boger bygg har heller ikke underbygget kravet, hverken kvalitativt, eller kvantitativt.

Boger byggs krav er basert på en differansebetraktning mellom fremdriftsplanen av 5. mars 2020 og hjelpedokument satt opp av Boger bygg. Det anføres at det ikke er rettslig grunnlag for å basere forseringskrav på differansebetraktninger.

Det anføres at det ikke er noen fremdriftshindringer, eller at Boger bygg har hatt økte kostnader. Boger bygg iverksatte ingen smitteverntiltak som kunne påvirke fremdriften. Det var ikke krav om noen spesielle smitteverntiltak i byggebransjen under koronapandemien. Avstandskravene kunne ivaretas med full drift. Ingen av fremdriftsplanene viste heller forsinket ferdigstilling.

Ingen av Boger byggs krav er vurdert opp mot kritisk linje. Forsinkelser som ikke ligger på kritisk linje, medfører ikke rett til forlenget byggetid.

Det anføres at Boger bygg ikke hadde rett til å forsere for byggherrens regning. NS 8407 pkt. 33.3 femte avsnitt kan ikke omgås ved å iverksette forsering. Det innebærer også et brudd på tapsbegrensningsplikten å avslå tilbud om fristforlengelse.

Totalentreprenørens rett til å forsere er videre begrenset dersom vederlaget må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %. Det er derfor bare anledning til å forsere dersom en dagmulktbelagt frist overskrides. Slakk kan ikke forseres.

Arbeidene ble ferdigstilt på avtalt overtakelsesdato 20. august 2020. Overtakelse ble nektet fordi brukstillatelsen manglet. Det ville derfor ikke påløpt noen dagmulkt, og Boger bygg hadde ikke rett til å forsere for kommunens regning.

Under enhver omstendighet, så er det ikke varslet i tråd med kontraktens krav, jf. NS 8407 pkt. 33.8 andre avsnitt.

Når det gjelder riggkravet, så har Boger bygg ikke vist til relevante bestemmelser for dette kravet. Det anføres at rund sum ikke kan reguleres. En del av kravet gjelder i byggetiden, noe som inngår i kontraktssummen, en del av kravet gjelder egen forsinkelse, som ikke gir grunnlag for økt vederlag og Boger bygg krever også rigg etter overtakelsen, noe som også savner hjemmel.

Når det gjelder utgifter til smittevern, så er korona ikke et byggherreforhold. Vilklårene i NS 8407 pkt. 15.2, jf. 15.1 er ikke oppfylt. BNLs retningslinjer faller ikke inn under bestemmelsen.

Situasjonen faller uansett inn under reglene om force majeure, jf. NS 8407 pkt. 33.3, som ikke gir grunnlag for å kreve vederlagsjustering. Force majeure gir kun krav på fristforlengelse.

Det anføres at kravet ikke er dokumentert. Det er den parten som påberoper rett til fristforlengelse, som har risikoen for å bevise at vilkårene er oppfylte. Det vises til HAB-dommen, avsnitt 74, 75 og 83. Det følger av dommen at entreprenøren må påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene.

Boger bygg har unnlatt å fremlegge bevis, og manglende bevisfremleggelse må tillegges vekt, jf. blant annet HAB-dommen avsnitt 84 og Rt-2004-1968 avsnitt 41.

Kravet er ikke varslet i tråd med kontraktens krav. Det vises til HAB-dommen, avsnitt 84. Konsekvensen av manglende varsel er at bevistvil må gå utover Boger bygg.

Boger bygg har ikke overholdt sin tapsbegrensningsplikt. Entreprenøren har bare krav på kompensasjon i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler.

Endringsmelding 39 – Freseasfalt og skilting

Det anføres at skilting allerede er oppgjort. Kommunen har akseptert og utbetalt vederlag til og med påsken 2020. Kommunen har ikke bestilt skilting etter det. Dersom entreprenøren ønsker videre sikring, så kan entreprenøren ha det, men det kan ikke kreves dekket av byggherren.

Når det gjelder freseasfalt, så har byggherren ikke bestilt dette, og det må anses som en del av Boger byggs rigg.

Endringsmelding 39 avvises.

kommunens motkrav

Kommunen har holdt tilbake kr. 1 749 664,- inkludert mva., på grunn av motkrav som følge av anførte mangler og dagmulkt.

- Manglende isolasjon av ventilasjonskanaler:

Det følger av kontraktsgrunnlaget at ventilasjonskanaler skulle isoleres helt frem til ventiler. Boger Bygg har ikke levert dette, noe som medfører at kald luft smitter unødig ut til arealer. Dette medfører at anlegget må gå lengre for å levere ønsket kaldluft til ventilene. Dette er en mangel.

Kommunen krever prisavslag beregnet til Boger Byggs besparelse ved ikke å ha levert iht. kontrakt og prisavslag/erstatning for ekstra energikostnader i 50 år, til sammen kr. 250 000,- eks mva.

- *Manglende dreneringsrenne garasjeport:*

Det følger av kontrakten at Boger Bygg skal levere dreneringsrenne ved garasjeporten. Boger Bygg har ikke levert dette, uten at det har vært avklart med kommunen.

Dette er mangel, og kommunen krever prisavslag tilsvarende utbedringskostnaden, som anføres å være kr. 50 000,- eks mva.

- *Boger Bygg har ikke levert terskelløse innerdører:*

Det følger av kontrakten at Boger Bygg skulle levere terskelløse dører der det er mulig. Brannkrav utgjør ingen begrensning. Det er under enhver omstendighet 27 dører som ikke inngår i brannceller.

Boger Bygg har ikke levert terskelløse dører, og dette utgjør en mangel. Det kreves erstatning /prisavslag begrenset til utbedringskostnaden, kr. 150 000,- eks mva.

- *Manglende fotlist/beskyttelse gipsvegger:*

Det anføres at det følger av kontrakten at Boger Bygg skulle montert fotlist på gipsveggene, eller annen beskyttelse av disse, uten at dette er levert. Dette utgjør en mangel. Det kreves erstatning for utbedringskostnadene med kr. 7 500,- eks mva.

- *Feil trevirke inngangsparti:*

Boger Bygg har levert en billigere type treverk, i strid med kontrakten, noe som er en mangel. Det kreves prisavslag med kr. 20 000,- eks mva.

- *Manglende sirkulasjon av varmtvann:*

Det er kontraktsfestet at det maksimalt skal ta ti sekunder å få varmtvann. Det kan ta opptil 40 sekunder før vannet er varmt. Dette utgjør en mangel. Det kreves prisavslag med kr. 200 000,- eks mva, for lavere komfort i 50 år og redusert omsetningsverdi.

- *Manglende kantstein mot Birkelundveien:*

Det følger av kontrakten at det skal være kantstein mot Birkelundveien. Boger Bygg har ikke levert dette, og forholdet utgjør en mangel. Det kreves kr. 34 000,- eks mva for utbedringskostnad/prisavslag for redusert omsetningsverdi.

- *Manglende innkassing av soilrør:*

Soilrør er ikke innkasset, noe som utgjør en mangel. Det kreves kr. 5 000,- eks mva i erstatning for utbedringskostnadene med innkassing.

- *Sluk rom 211:*

Det følger av kontrakten at det skulle være sluk i rom 211. Det er ikke montert, noe som utgjør en mangel. Det kreves 100 000,- eks mva. i utbedringskostnader.

- *Ikke dytt og fuget vindu/dører, men utført dette med skum:*

Det følger av kontrakten at kommunen bestilte dytting og fugging av dører og vinduer. Boger Bygg har ikke gjort dette, men brukt skum. Dette er en mangel. Det kreves kr. 38 250,- eks mva. i utbedringskostnader.

- *Gulvvarme montert uten isolert påstøp:*

Etter kontrakten skulle det legges varmfordelingsplater med påstøp. Boger Bygg har lagt gulvvarmen rett på betongen, noe som utgjør en mangel. Det kreves kr. 40 000,- i utbedringskostnader.

- *Brannslanger ikke montert innfelt i vegg:*

Ihht. kontrakten skulle brannskap innfelles i vegg. Ett brannskap er ikke innfelt. Dette utgjør en mangel, og det kreves prisavslag med kr. 30 000,-, som tilsvarer Boger Byggs besparelse.

- *Faktura for Maskinentreprenør Morten Bråthen AS/tilrettelagt krysning av Ordfører Voldens vei:*

Det fremgår av kontrakten at Boger Bygg skulle lage en tilrettelagt krysning av Ordfører Voldens vei, noe de ikke har gjort. Kommunen har engasjert Maskinentreprenør Morten Bråthen AS til å utføre dette, og utgiftene på kr. 15 650,- eks. mva. kreves erstattet av Boger Bygg.

- *Dagmulkt:*

Det kreves dagmulkt for forsinket overlevering, FDV-dokumentasjon og «som bygget» tegninger, med kr. 440 000,-, fra avtalt ferdigstillelse 20. august 2020 til 3. september 2020.

- *Kjøp brakkerigg:*

Partene er enige om at Boger Bygg skal betale kommunen kr. 10 000,- for kjøp av brakkerigg.

- *Erstatning for Norconsult og juridisk bistand:*

Kommunen krever erstattet utgifter den har hatt til Norconsult AS i saken med kr. 265 561,- eks mva., og erstatning for utgifter den har hatt til advokatfirmaet Føyen AS frem til 20. april 2021, da stevningen ble inngitt, med kr. 369 675,- eks. mva. Det anføres at bistanden har vært nødvendig blant annet for kontroll av prosjektering og konstatering av mangler.

Boger byggs krav på forsinkelsesrenter

Det anføres at Boger bygg ikke har krav på forsinkelsesrenter fra hhv 28. oktober og 30. november 2020. Kravene er hverken forklart, spesifisert, eller dokumentert. De er heller ikke fakturert.

5. Indre Østfold kommunes påstand

1. Indre Østfold kommune v/ordføreren frifinnes.
2. Boger Bygg AS v/styrets leder dømmes til å betale sakens kostnader.

6. Rettens vurdering

Kommunen dømmes til å betale kr. 4 116 627,- inkludert mva. til Boger bygg, og til å erstatte Boger Byggs saksomkostninger med kr. 700 000,-.

6.1 Endringsmelding 11

Boger bygg krever kr. 3 550 011,- inkludert mva. for ekstra kostnader på grunn av forsering av byggeprosessen som følge av korona. Kommunen bestrider at de er forpliktet til å betale for forsering.

6.1.1. Force majeure NS 8407 pkt. 33.3

Partene er enige om at korona utgjør force majeure. Det følger av NS 8407 pkt. 33.3 første, tredje og femte avsnitt at:

«33.3 Partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure

Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser.»

«En part har ikke krav på fristforlengelse for hindring han eller hans kontraktsmedhjelpere burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av.»

«Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen.»

Etter denne bestemmelsen, og forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylte, har entreprenøren krav på fristforlengelse ved force majeure, men ikke krav på vederlagsjustering som følge av den forlengede byggetiden.

6.1.2 Om NS 8407 pkt. 33.3 utelukker bruk av NS 8407 pkt. 15.2

Kommunen anfører at NS 8407 pkt. 33.3 uttømmende regulerer forholdet mellom byggherren og entreprenøren ved force majeure. Bøger Bygg anfører at NS 8407 pkt. 15.2 kan påberopes ved siden av reglene om force majeure, om vilkårene for øvrig er oppfylte.

Det følger av NS 8407 pkt. 15.2 at:

15.2 Forandringer i lover, forskrifter mv.

Dersom det etter at totalentreprenøren avga sitt tilbud

a) skjer forandringer i lover og forskrifter eller

b) fattes enkeltvedtak

som innebærer at de avtalte krav til prosessen, jf. 15.1 første ledd, må endres, kan totalentreprenøren påberope dette som en endring, og skal i så fall varsle etter 32.2.

Dette gjelder bare dersom totalentreprenøren ikke burde tatt forholdene i bokstav a og b i betraktning da tilbudet ble gitt, og han heller ikke burde unngått følgene av dem.

Et forhold som kan tilsi at NS 8407 pkt. 33.3 alene regulerer force majeure også når force majeure medfører endrede lover, forskrifter eller enkeltvedtak, er at offentlige påbud og forbud uttrykkelig er nevnt i pkt. 33.3 første avsnitt. Offentlige påbud og forbud vil alltid være med grunnlag i lover, forskrifter eller enkeltvedtak. Det kan synes uhensiktsmessig at to bestemmelser som får anvendelse på samme vilkår, medfører forskjellige resultat. Det kan medføre behov for harmonisering. På den annen side, så følger det av rettspraksis at det må foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden. Retten viser til Hr-2020-228-A, avsnitt 50, der det fremgår at:

«Vår sak gjelder uttrykket «innsigelser». Ved tolkningen tar jeg utgangspunkt i tolkningsprinsippene som gjelder for standardkontrakter og spesielt for kontrakter som er utarbeidet av representanter fra berørte bransjeorganisasjoner, slik tilfellet er for NS 8407 PKT. 8415. For slike kontrakter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2010-1345 Oslo Vei avsnitt 59. Tolkningsnormen er utdypet i Rt-2014-520 Repstad Anlegg, hvor førstvoterende uttaler i avsnitt 26:

«Med dette som bakgrunn går jeg over til forståelsen av NS 8407 PKT. 8406 punkt 28. Bestemmelser av denne karakter må fortolkes objektivt med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse. I Rt-2010-961 avsnitt 44 heter det om fortolkningen av NS 8407 PKT. 3431:

'Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må

tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn. '»

Retten kan ikke se at det er holdepunkt for at partene som har utarbeidet NS 8407 pkt. har hatt en felles forståelse for at NS 8407 pkt. 15.2 ikke skal gjelde ved force majeure, og det er ingen tvil om at ut i fra en naturlig forståelse av ordlyden av pkt. 15.2, så omfattes lover, forskrifter og enkeltvedtak av bestemmelsen, selv om disse endringene er foranlediget av force majeure.

Retten kommer etter dette til at NS 8407 pkt. 15.2 gjelder ved forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak, selv om forandringen er foranlediget av force majeure.

6.1.3 Fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1

Boger Bygg anfører at de hadde krav på fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1. Det følger av bestemmelsen at:

*«33.1 Totalentreprenørens krav på fristforlengelse som følge av byggherrens forhold
Totalentreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av
a) endringer, jf. punkt 31 og 32, eller
b) forsinkelse eller svikt ved byggherrens ytelser etter punkt 22,23 og 24, eller
c) andre forhold byggherren har risikoen for.»*

I og med at forandring i lover, forskrifter eller enkeltvedtak kan påberopes som endring, jf. NS 8407 pkt. 15.2, og entreprenøren skal varsle etter NS 8407 pkt. 32.2, så legger retten til grunn at dette er en endring etter pkt. 33.1, eller i alle fall «andre forhold byggherren har risikoen for», om også de øvrige vilkår er oppfylte.

Retten legger etter dette til grunn at forandringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak kan gi rett til fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1, selv om forandringene skyldes force majeure.

6.1.4 Oppsummering NS 8407 pkt. 33.1 jf. pkt. 15.2 og pkt. 33.3

Der en entreprenør blir forsinket på grunn av force majeure, og forholdet som utgjør force majeure medfører forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak, vil entreprenøren ha rett til fristforlengelse både etter NS 8407 pkt. 33.3 og etter NS 8407 pkt. 33.1 jf. pkt. 15.2, om også de øvrige vilkårene er oppfylte.

6.1.5 Om Boger bygg var forsinket før koronaepidemien

Kommunen anfører at Boger bygg var forsinket med om lag to til to og en halv måned før koronaepidemien, slik at det ikke var koronaen som medførte forsinkelse. Boger bygg bestrider dette.

Det fremgår av fremdriftsplanen av 30. september 2019, som var første fremdriftsplan, at bygget skulle ferdigstilles 6. juli 2020. Det samme fremgår av fremdriftsplanen av 5. mars 2020, som var siste fremdriftsplan før koronaen. Om Boger Bygg var blitt forsinket fra oppstart til rett før koronaen, så hadde det vært naturlig at det gav utslag i forlenget byggetid. På den annen side, så var avtalt overlevering 20. august 2020, slik at Boger Bygg uansett hadde god tid til å forsere inn eventuell forsinkelse. Fremdriftsplanene var dessuten av relativt dårlig kvalitet, jf. nedenfor.

I fremdriftsplanen av 30. september 2019 skulle «plasstøpt betong» være ferdig 22. oktober 2019. I fremdriftsplanen av 5. mars 2020 var dette forskjøvet til uke 51 2019. I fremdriftsplanen av 30. september 2019 skulle «tett bygg» være ferdig 8. januar 2020. I fremdriftsplanen av 5. mars 2020 var dette forskjøvet til 5. mars 2020. At oppgaver ble forskjøvet i fremdriftsplanen, kan tilsi at byggingen var forsinket. På den annen side, var fremdriftsplanen av 30. september 2019 den første fremdriftsplanen i prosjektet. Erik Boger forklarte at detaljgraden i denne planen var liten, og at de i denne planen hadde satt opp alle oppgavene i prosjektet som de da kjente til, og at dette var en «helt skrå linje frem til ferdigstillelse». Videre så forklarte sakkyndig vitne Per Andreas Nøkleby, som har vurdert fremdriftsplanene på oppdrag fra kommunen, at disse var mangelfulle og ikke særlig gode. Han forklarte at han selv ikke ville kunne benyttet disse fremdriftsplanene. Sveinung Johannes Sloreby forklarte at kommunen ba om fremdriftsplaner i løpet av byggeprosessen, og at Boger bygg svarte at det ikke ble jobbet etter fremdriftsplanene, fordi basene hadde god kunnskap til de kritiske punkt. Boger bygg er en relativt liten aktør og retten har inntrykk av at Boger bygg ikke prioriterte arbeidet med fremdriftsplanene særlig høyt. Retten er derfor i tvil om hvor nøyaktige fremdriftsplanene var og hvor mye vekt endringer i fremdriftsplanene kan tillegges.

Boger bygg monterte vindsperre feil. Dette ble utbedret og ferdig i månedsskiftet februar/mars 2020. Det er naturlig å anta at dette medførte en viss forsinkelse.

Det fremgår av referat fra byggherremøte nr. 10 den 10. januar 2020 at byggarbeidene lå ca. to uker etter, og at det var satt inn en del ekstra ressurser for å ta dette inn i løpet av februar. Det fremgår av referat fra byggherremøte 11 den 21. januar 2020 at de lå ca. én uke bak. Det fremgår av referat fra byggherremøte 12 den 4. februar 2020 at fremdriften lå noe bak fremdriftsplanen. Det fremgår ikke noe om forsinkelse av referatet fra byggherremøte 13 den 18. februar 2020, utover at kommunen ønsket at start/sluttdato på de enkelte identitetene skulle synliggjøres. Det fremgår heller ikke noe om forsinkelse av referatet fra byggherremøte 14 den 3. mars 2020, utover at kommunen har tatt inn i referatet at fremdriftsplanen var under revidering, og at faktisk fremdrift må fylles ut, også

for tekniske fag, samt at utomhusarbeider måtte synliggjøres. Det fremgår av månedsrapporten for februar 2020, datert 6. mars 2020 at:

«Arbeid ligger noe bak planen, det har vært noe utfordrende vær slik at vi har blitt hengende ca. en uke etter. Vi jobber med å ta det igjen, tiltak er å sette på noe flere folk.»

Så er det føyd til med fet skrift: *«Vi ligger pr. nå noenlunde på planen.»*

Erik Boger, Magnus Breilid og Richard Strand forklarte alle at de ikke var forsinket i særlig grad da koronarestriksjonene ble innført 12. mars 2020. Erik Boger har direkte interesse i utfallet av saken, som eier av Boger bygg. Hverken Breilid eller Strand jobber imidlertid lengre i Boger bygg, slik at retten legger til grunn at deres forklaringer ikke er påvirket av et ønske om å beholde egen arbeidsplass.

Sveinung Johannes Sloreby forklarte at kommunen og Boger bygg begge var klare over at fremdriftsplanene var «tichte» og at de hadde en «gentlemens agreement» om ikke å snakke om det på byggeplassen.

Etter dette legger retten mest vekt på referatene fra byggherremøtene og månedsrapporten, og legger til grunn at da koronarestriksjonene ble innført 12. mars 2020, så var fremdriften ikke forsinket i nevneverdig grad.

6.1.6 Om Boger bygg har varslet kommunen om kravet på fristforlengelse

Kommunen anfører at Boger bygg ikke har varslet i tråd med kontraktens krav. Boger bygg anfører at de har varslet.

Det følger av NS 8407 pkt. 33.4 at dersom entreprenøren vil kreve fristforlengelse, skal han varsle byggherren uten ugrunnet opphold.

Den 12. mars 2020 sendte Erik Boger e-post til Sveinung Sloreby med emne:

«VS: Birkelund - Varsel om fristforlengelse på grunn av force majeure og varsel om endring i form av pålegg»

Det fremgår av e-posten at:

«Jeg må dessverre varsle dere om disse forholdene. Vi varsler nå, siden vi ser at gjennomføringen av vår entreprisen enten direkte eller indirekte kan bli påvirket av følgene av Korona-pandemien. Vi får alle krysse fingrene for at eventuelle konsekvenser blir så små som mulig.»

Varsel om fristforlengelse på grunn av force majeure (NS 8407 PKT. 8407 pkt 33.3)

Varsel om endring/krav på fristforlengelse på grunn av force majeure, i form av offentlige påbud/forbud eller andre ekstraordinære forhold utenfor Boger Byggs kontroll, som følge av Korona-pandemien.

Vi varsler om at dersom det kommer påbud/forbud fra offentlig myndighet, eller andre ekstraordinære forhold utenfor Boger Byggs kontroll, som følge av Korona-pandemien, så vil dette behandles som en endring/kav på fristforlengelse mot byggherren.»

Etter rettens syn har Boger bygg her varslet kommunen om kravet på fristforlengelse, jf. NS 8407 pkt. 33.4.

6.1.7 Om Boger bygg uten ugrunnet opphold har angitt og begrunnet det antall dager de krever fristforlengelse

Kommunen anfører at Boger bygg ikke har angitt og begrunnet antall dager Boger bygg krever som fristforlengelse. Boger bygg anfører at de har angitt og begrunnet fristforlengelsen.

Det følger av NS 8407 pkt. 33.6.1 at:

«Når parten har grunnlag for å beregne omfanget, skal han uten ugrunnet opphold angi og begrunne det antall dager han krever som fristforlengelse. Gjør han ikke dette, har han bare krav på slik fristforlengelse som den andre parten måtte forstå at han hadde krav på.»

Den 25. mars 2020 sendte Erik boger e-post til Sveinung Sloreby med emne:

«SV: Birkelund - Varsel om fristforlengelse på grunn av force majeure og varsel om endring i form av pålegg»

Det fremgår av e-posten at:

«Hei Vi varsler med dette om fristforlengelse på 14 dager på grunn av manglende leveranser til prosjektet. Vi tar forbehold om at det kan bli ytterlige behov for fristforlengelser.»

Boger bygg varslet her antall dager, og begrunnet det med manglende leveranser til prosjektet.

Det fremgår av Erik Bogers e-post av 30. mars 2020, kl. 1000, at:

«Vi har flere hendelser som i sammen og alene kan / vil medføre forsinkelser for prosjektet.

For eksempel så er heis en ting som kan bli forsinket. Kone har 60 000 ansatte og mottar komponenter i fra hele verden. En av elektronikkleverandørene til Kone, Slimpa, er lokalisert i Pero, nord for Milano.

9. mars 2020 iverksatte italienske myndigheter lockdown av alle virksomheter med noen få unntak. 60 millioner mennesker er i karantene i Italia. Det er grunn til å anta at heis vil bli forsinket.

Mer nasjonale og lokale forhold kjenner vi alle. Jeg går ikke inn på disse. Følgene av disse på vår byggeplass er forskjellige og de endres nærmest daglig. Vi gjør også daglige tiltak for å avhjelpe og begrense.

I tillegg til at vi kan få manglende leveranser av varer så har vi manglet leveranse av tjenester. Innleid personell har blitt sendt hjem og opphold seg i karantene.

Våre egne ansatte er også berørt.

Noen er i karantene fortsatt, og vil være det til dette er over. Andre er pårørende til barn som må ha omsorg , eller de er pårørende til mennesker som har samfunnskritiske oppgaver f. eks. innen helse.

Jeg opplever at jeg blir veldig stolt over hvor mange som bretter opp ermene og fullfører etter beste evne de oppgavene de hadde før krisen inntraff. Mange tar på seg et større ansvar og flere oppgaver.

Ledelse er påvirket både privat og på jobb. Det brukes mye ressurser til tiltak, til informasjon og til å løse de mange utfordringene med at vi ikke vet hvilke mennesker som kan ta på seg hvilke oppgaver i fra dag til dag.

Det er under dette feltet vi til nå har hatt flest oppgaver, samtidig som vi til tider har hatt utfordringer med fravær.

Tiltakene for fortsatt fremdrift er gjort så enkle og forutsigbare som mulig. Oppgaver som er tildelt fullføres av de personene som er satt av til de oppgavene. Her er det mindre forsinkelser, alt i fra noen dager til opp imot et par uker.

På den andre side så er andre oppgaver som det ikke har lyktes å starte til forventet tid. Som eksempel er tekniske rom i underetasje. Det påvirker de fleste fag, så det er grunn til å anta at prosjektet vil bli forsinket som følge av at oppgaver ikke har blitt startet / utført. Foreløpige anslag er 14 dagers forsinkelse.

Med dette så har jeg konkretisert i noen eksempler hvilke utfordringer vi har og vil få. Fremdriftsplan angir den ønskede rekkefølgen på oppgavene. Med flere mindre endringer, ofte i fra dag til dag så vil ikke en revidert plan avhjelpe noe, eller kunne forutsi noe konkret om forsinkelsene foreløpig.

I tillegg så er administrasjon en de ressursene som er hardest presset om dagen, derfor prioriterer vi ikke planverket per i dag.

Et viktig åpent spørsmål bør vi drøfte allerede i morgen. Indre Østfold kommune er en stor organisasjon med store ressurser, kompetanse og muligheter. Spørsmålet stilles siden de fleste myndigheters, offentlige byggherrer kommer med en rekke egne tiltak for å avhjelpe prosjektene og avhjelpe entreprenørene i en krise som vi ikke har sett tidligere i Norge.

Hvilke tiltak vil Indre Østfold kunne tilføre til prosjektet?»

Her opplyste Boger bygg at heisleveranse kunne bli forsinket, at innleid personell måtte i karantene, at egne ansatte var i karantene, omsorg for barn, utfordringer for ledelsen med å vite hvem som kunne ta på seg hvilke oppdrag fra dag til dag, utfordringer med farvær, oppgaver som er tildelt fullføres med mindre forsinkelser, oppgaver, som teknisk rom, har det ikke lyktes å starte med til forventet tid, at dette påvirker de fleste fag, at foreløpig anslag for forsinkelse er 14 dager, at administrasjonen var av de ressursene som var hardest presset og derfor ikke prioriterte fremdriftsplanene.

Det fremgår av månedsrapporten for mars 2020 pkt. 4 at:

«Personene som vanligvis utfører, reviderer fremdriftsplan er i karantene per dags dato. Befaring på byggeplass med byggherre og Boger Bygg er tiltak som Boger Bygg har tilbudt for at byggherre kan med selvsyn vurdere fremdrift i sammen med oss. Forslag til dato er tirsdager samme tidspunkt som byggherremøter. Det vil si annenhver uke med møte og annenhver uke med befaringer. Det vil med dette tiltaket være en ukentlig oppfølging av fremdrift som tilbudt i e-post til byggherre tidligere.»

Det fremgår av pkt. 4 at:

*«Karantene, omsorg for barn, fravær i siste periode, hjemmekontor
Person 1, Prosjekteier, hjemmekontor, omsorg for barn i deler av perioden
Person 2, Prosjektleder, hjemmekontor, omsorg for barn i deler av perioden
Person 3, Ass. Prosjektleder, hjemmekontor, karantene i deler av perioden
Person 4, Controller, hjemmekontor, omsorg for barn i deler av perioden
Person 5, Bas / formann, karantene, omsorg for barn i deler av perioden
Person 6, tømrer, karantene
Person 7, tømrer, karantene
Person 8, tømrer, karantene, sykmeldt, omsorg for barn i deler av perioden
Person 9, tømrer, karantene, sykmeldt, omsorg for barn i deler av
Person 10, omsorg for barn i deler av perioden
Person 11, lærling, karantene
Person 12, utplasseringselev, hjemmeværende»*

Her oppgir Boger bygg situasjonen for ressursene på prosjektet.

Det fremgår av fremdriftsplanen av 21. april 2020 at overlevering er forskjøvet fra 6. juli til 15. august 2020.

Det fremgår av referat fra byggherremøte 18, 28. april 2020 at:

«TE ligger nå 3 uker bak planen, og har ytret ønske om 4 uker fristforlengelse, med bortfall av dagmulkt.»

Her opplyser Boger bygg om tre ukers forsinkelse, og ønske om fire ukers fristforlengelse.

Det fremgår blant annet av Erik Boger e-post av 29. april til Sveinung Sloreby at:

«Vi har tidligere varslet krav på fristforlengelse på 14 dager, se f.eks. vår rapport av 08.03.20. Vi ser nå at effekten av forsinkelsen vil være lenger, og varsler ytterligere 1 uke forsinkelse og fristforlengelse. Dette gjør imidlertid at vi vil havner inn i bygningsferien før ferdigstilling, hvilket medfører at byggetiden vil bli enda lenger. Vi varsler derfor krav på fristforlengelse på totalt 40 dager.

Årsaken til forsinkelsene og kravet på fristforlengelse er flere og sammensatte. I det følgende har vi listet opp noen av grunnene:

- *Det er redusert antall utførende på byggeplassen. Produksjonen reduseres både i timer og i effektivitet. Dette gjelder både i hele dager og i deler av dagene.*
- *Det er redusert antall ledere på byggeplassen. Produksjonen reduseres både i timer og i effektivitet.*
- *Det er mer effektivt med plassleder i stedet for de midlertidige og delvise løsningene som er i dag.*
- *Det er redusert effektivitet ved at oppgaver som utføres blir avbrutt og påbegynt igjen.*
- *Det er redusert effektivitet ved at oppgaver som utføres ikke har fulle arbeidsdager grunnet redusert antall timer per dag. Det vil si at tiden til å rigge seg til for dagens produksjon øker i forhold til produserte timer.*
- *Det er redusert ledelse som hindrer leveranser til rett tid i enkelte tilfeller.*
- *Det er redusert oppfølging av fremdrifts og planlegging av fremdrift. Det har ikke vært mulig å oppnå ønsket kapasitet.*
- *Personer som til vanlig ikke har sitt hovedvirke som leder må vikariere for ledere. Det gir en reduksjon av effektivitet av plassledelse, og av utførende kapasitet for produksjon.*

- *Personer som vanligvis jobber effektivt i lag er forhindret til dette siden en eller flere av ordinær lagsammensetning er endret.*
- *Planlagte oppgaver blir utsatt eller får en endret rekkefølge som følge av forholdene, som gir en redusert effektivitet.*
- *Det er et økt antall innleide for å redusere forsinkelser. Disse er ikke så effektive i våre produksjonsmetoder. De har ikke kjennskap til prosjektet / løsningene i fra tidligere.*
- *Det er et økt antall egne ansatte for å redusere forsinkelser. De har ikke kjennskap til prosjektet / løsningene i fra tidligere som medfører forsinkelser.*
- *Det tar noe lenger tid å skifte, spise i brakkerigg pga. krav til redusert person antall av gangen.*
- *Det har vært nøkkelpersoner som både har hatt karantene og omsorg for barn. Dette er personer som hadde utarbeidet og satt seg inn i en rekke løsninger. Den planlagte effekten av den kunnskapen de hadde har ikke vært ikke tilstede.*
- *Det er noe mer administrasjon til smittevern, mer informasjon alle ol.*

Dersom kravet avslås varsles at dette anses som et pålegg om forsering, og vi ber derfor at denne e-posten i så måte anses som krav på forseringstillegg i tillegg til krav på fristforlengelse.»

Her varsles krav om 40 dager fristforlengelse og det opplyses om årsaken for forsinkelsen.

Det fremgår av fremdriftsplanen av 7. mai 2020 at overlevering er forskjøvet til 6. oktober 2020.

Etter rettens syn er den ovennevnte informasjonen både angivelse og begrunnelse for det antall dager Boger bygg krevede som fristforlengelse.

Retten finner derfor at Boger bygg uten opphold har angitt og begrunnet det antall dager de krever som fristforlengelse, jf. NS 8407 pkt. 33.6.1.

6.1.8 Ytterligere om Boger Bygg ble forsinket pga korona

Både Erik Boger, Richard Strand og Magnus Breilid forklarte at koronaen forsinket byggingen.

Magnus Breilid, som var bas, forklarte at han fikk flere oppgaver fordi hans ledere var på hjemmekontor. Siden han fikk flere oppgaver, måtte snekkerne få hans oppgaver. Han forklarte at han selv satt i karantene og måtte være mye hjemme på grunn av ansvar for barn. Han forklarte at han var på byggeplassen stort sett halve dager.

Richard Strand var prosjektleder for Boger Bygg, og forklarte at han måtte ha hjemmekontor på grunn av at han hadde to barn med hjemmeundervisning, og hans kone var i kritisk yrke. Han forklarte at det var vanskelig å lede prosjektet fra hjemmekontoret, og at det oppstod forsinkelser i bestillinger, leveringer og utførelse.

Spørsmålet om forsering kom først opp 29. april 2020, det vil si halvannen måned etter at kravet om fristforlengelse ble fremsatt. Retten har derfor et klart inntrykk at det primære for Boger Bygg var å få lengre tid til å ferdigstille bygget, og ikke å få mer betalt for arbeidet de uansett skulle gjøre, noe som etter rettens syn indikerer en reell forsinkelse.

Boger Bygg har beregnet hvilke ekstra ressurser som har gått med i anledning koronaen. Beregningen er gjort ut ifra varighet av oppgavene angitt i fremdriftsplanen av 5. mars 2020, sammenholdt med faktisk varighet av oppgavene, og er som følger:

Id	Oppgave	Dager faktisk varighet	Dager varighet fremdriftsplan 5.3	Økning dagsverk
287	Bindingsverk innervegger og gips	169	109	60
324	Himling: plast, lekter og gips	101	65	36
325	Isolasjon, plast, påforing, isolasjon	51	44,2	6,8
283	Vegg i trappesjakt nord	9	1	8
277	Gesims, forkant bord og vindskier	14	4,8	9,2
276	Vindsperre, musebånd og lekter	36	15,2	20,8
326	Teknisk rom	2	4,3	2,3
278	Kledning, vannbrett, belistning	137	41,4	95,6
232	OSB på bad, garderobe og bøttekott	16	12	4
278	Fasadeplater	25		25
282	Rømningstrapp	6		6
324	Trykktest	19		19
331	Branntetting	11	3,6	7,4
340	Innerdører, gerikt, vrider	18	14	4
347	Rydding	28	13	15
348				
338	Parkett	24	23,5	0,5
345	Rekkverk balkonger	2	1,7	0,3
341	Lister, utforing	32	14	18
342				
	Klargjøring garasjeport	2	0	2
348	Utvendig sittebenk	6	4,3	1,7
	Sum	789,93	376,67	379,27

På bakgrunn av det ovennevnte, finner retten at Boger Bygg var forsinket på grunn av korona med minst 40 dager.

6.1.9 Om forsinkelsene skyldtes forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak

Forsinkelsen skyldtes korona, som er force majeure. Spørsmålet er om koronarestriksjonene også medførte forandringer i lover og forskrifter som innebærer at de avtalte krav til prosessen må endres. Kommunen bestrider dette.

Koronatiltakene medførte inngripende restriksjoner i samfunnet. Restriksjonene var både i form av påbud og anbefalinger, og dette ble stadig endret. De restriksjonene som er relevante for NS 8407 pkt. 15.2, er de som er gitt ved lov, forskrift eller enkeltvedtak.

Boger bygg viser til anbefalinger fra Byggenæringens landsforening. Dette er imidlertid ikke offentlig myndighet, slik at de ikke kan gi lov, forskrift eller fatte enkeltvedtak, og entreprenøren kan ikke påberope deres anbefalinger som endring etter NS 8407 pkt. 15.2.

Covid-19 forskriften trådte i kraft 27. mars 2020. Det fulgte av § 4 at Helsedirektoratet kunne gi anbefalinger om fysisk avstand mellom personer og begrensninger på antall personer som kunne samles i en gruppe. Selv om dette nok av de fleste ble oppfattet som påbud, så var disse endringene hverken gjort ved lov, forskrift eller som enkeltvedtak, i den opprinnelige forskriften. Entreprenøren kan derfor ikke påberope disse anbefalingene som endring etter NS 8407 pkt. 15.2.

Eksempel på endring gitt i forskrift er covid-19 forskriften § 8, der nærkontakter til smittede ble pålagt å oppholde seg i karantene. Ett annet eksempel er § 12, der det ble besluttet at barnehager og skoler skulle stenge, noe som ville få konsekvenser for foreldrenes mulighet til å møte fysisk på arbeid.

Også den enkelte kommune kom med en stor mengde anbefalinger og vedtak for å håndtere koronaviruset. Retten har ikke oversikt over de aktuelle forskriftene og vedtakene fattet av Eidsberg/Indre Østfold kommune, eller av de ansattes hjemkommuner, som kunne få betydning for byggeprosessen.

På bakgrunn av det ovennevnte finner retten at det har vært endringer i lover og/eller forskrifter og/eller enkeltvedtak i NS 8407 pkt. 15.2 sin forstand, etter at kontrakten ble inngått.

6.1.10 Om de avtalte krav til prosessen måtte endres pga. endringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak.

For at entreprenøren skal kunne påberope forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak som en endring etter NS 8407 pkt. 15.2, må forandringene innebære at de avtale krav til prosessen må endres.

Når personell ikke kan jobbe fordi de er i karantene, eller må være hjemme med barn på grunn av stengte skoler og barnehager, så finner retten det klart at dette går utover byggeprosessen, og at de avtalte krav til prosessen derfor må endres.

6.1.11 Om forsinkelsene var på kritisk linje

Det er bare forsinkelser på kritisk linje som gir rett til fristforlengelse.

Det følger av Marthinussen side 176 at:

«For at hindringen skal være relevant, må den medføre at aktiviteten som ligger på kritisk linje blir forskjøvet. Kritisk linje er et uttrykk som brukes for å karakterisere at en rekke av de arbeidsoperasjoner som totalentreprenøren skal utføre, er innbyrdes avhengig av hverandre. Rekkefølgen av disse kan derfor ikke legges om uten at dette får betydning for fremdriften. Betonggulvet må for eksempel legges før parketten.

Et eksempel på en hindring eller forstyrrelse som ikke påvirker kritisk linje, og heller ikke fremdriften, vil være der hvor totalentreprenøren uforstyrret kan utføre andre arbeidsoperasjoner, eventuelt på andre steder, enn opprinnelig planlagt. Totalentreprenøren kan i slike tilfeller kreve sine kostnader ved slik omdisponering dekket etter bestemmelsen i pkt. 34.1.3.»

Kommunen anfører at det ikke er bevist at det var forsinkelser på kritisk linje.

Fremdriftsplanene var mangelfulle, slik at det er vanskelig å lese kritisk linje ut av disse.

Retten har over kommet til at Boger Bygg ikke var forsinket i særlig grad den 12. mars 2020. Erik Boger forklarte at de planla å ferdigstille 6. juli 2020. Dette samsvarer også med fremdriftsplanene til og med 5. mars 2020. Noe som taler mot dette, er at avtalt overtakelse ble endret fra 6. juli 2020, til 15. august 2020, da kontrakten ble inngått eller kort tid etter. På den annen side, så fremstår det også som fornuftig at Boger Bygg ønsket å gjøre seg ferdig med bygget før sommerferien, selv om overtakelsen skulle være først etter sommerferien.

Som det fremgår over, så opplyste Erik Boger også til kommunen at en del av forsinkelsen skyldtes at de kom inn i byggeferien. Retten legger derfor til grunn at Boger Bygg bygget med sikte på å ferdigstille 6. juli 2020.

Bygget ble forsøkt overlevert 20. august 2020, men kommunen aksepterte ikke overlevering, fordi midlertidig brukstillatelse ikke var gitt.

Retten legger etter dette til grunn at forsinkelsen lå på kritisk linje.

6.1.12 Om Boger bygg har krav på fristforlengelse bare om dagmulktbelagte frister påvirkes

Kommunen anfører at Boger bygg bare vil kunne ha krav på fristforlengelse og forseringsvederlag om dagmulktbelagte frister påvirkes. Boger bygg bestrider dette.

Kommunen viser til NS 8407 PKT. 8407 pkt. 33.8, som lyder:

Hvis byggherren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan totalentreprenøren velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. Totalentreprenøren har ikke en slik valgt rett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Retten forstår kommunens anførsel slik at kommunen mener at dersom Boger Bygg ville overlevet til avtalt tid, så ville det ikke påløpt noen dagmulkt, da ville Boger Bygg ikke hatt rett til å forserer for kommunens regning, og da ville heller ikke Boger Bygg ha rett til fristforlengelse.

Til og med fremdriftsplanen 21. april 2020 viste rettidig overlevering, men fremdriftsplanen 21. april 2020 viste en forsinkelse i forhold til fremdriftsplanene før koronaen, der overlevering var satt til 6. juli 2020. Fremdriftsplanene viser således en forsinkelse, uten at overleveringstidspunktet ble påvirket. Fordi overleveringstidspunktet ikke blir påvirket, så ville det heller ikke påløpe dagmulkt. Spørsmålet er om Boger Bygg hadde rett til fristforlengelse fordi ferdigstillelsen ble forsinket med 40 dager.

Spørsmålet er om byggherren kan benytte seg av slakken entreprenøren har lagt inn i prosjektet. Boger bygg anfører at byggherren ikke kan gjøre det, og viser til Marthinussen side 177, der det fremgår at:

Det har vært reist spørsmål om enhver liten endring eller forstyrrelse som kan dokumenteres å påvirke fremdriften, gir krav på fristforlengelse. Bakgrunnen for at spørsmålet har vært reist er at byggherrene ofte har hevdet at man må kunne legge til grunn at totalentreprenøren legger inn noe slakk i fremdriften rett og slett fordi det ikke er mulig å planlegge et byggeprosjekt i detalj. Samtidig vet en med rimelig grad av sikkerhet at det vil komme endringer og tillegg som vil påvirke fremdriften. Problemstillingen har vært formulert som hvem som eier «slakken» i en fremdriftsplan.

Svaret på dette spørsmålet er at enhver hindring som har betydning for fremdriften gir krav på fristforlengelse. Har totalentreprenøren innlagt slakk i sin fremdriftsplan, hvilket ikke behøver å være tilfellet, har han rett til å bruke denne slakken til å overvinne fremdriftshindrende konsekvenser som han selv bærer risikoen for. Skal byggherren kunne benytte seg av denne slakken, må dette skje ved pålegg om forsering etter pkt. 31.2 med de virkninger dette har.

Det fremgår av Marthinussen at byggherren ikke har rett til å benytte slakken entreprenøren har lagt inn i prosjektet. Det vil si at dersom det er en forsinkelse på kritisk linje, som byggherren har ansvaret for, så har entreprenøren rett på fristforlengelse.

Forholdet kan for eksempel være at entreprenøren har lagt inn en slakk på to måneder. Byggherren er ansvarlig for to måneders forsinkelse, og bygget vil kunne ferdigstilles til avtalt tid om byggherren benytter slakken. Entreprenøren vil likevel ha rett på at ferdigstillingen utsettes med to måneder. Årsaken for dette kan for eksempel være at det kan oppstå forsinkelser som entreprenøren er ansvarlig for, slik at entreprenøren ønsker å holde av de ekstra to månedene til sine egne arbeider, eller at entreprenøren har tatt på seg andre prosjekt, slik at han ikke har tilgjengelige ressurser til å arbeide på fulltid de to ekstra månedene. Dersom byggherren ønsker å fastholde den dagmulktbelagte fristen for overlevering, må byggherren derfor gi pålegg om forsering.

Retten legger derfor til grunn at det ikke er noe vilkår at dagmulktbelagte frister påvirkes for at entreprenøren skal ha rett til fristforlengelse.

6.1.13 Om årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og forsinkelsen er sannsynliggjort

Det følger både av NS 8407 pkt. 33.1 og pkt. 33.3 at det må være årsakssammenheng mellom forholdene som er kommunens ansvar og forsinkelsen. Kommunen hevder at det ikke er dokumentert årsakssammenhengen, mens Boger Bygg anfører at årsakssammenhengen er dokumentert.

Kommunen viser til HAB-dommen, HR-2019-1225-A, premiss 66, der det fremgår at:

«Årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn. Først skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det deretter sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.»

I denne sammenheng vurderer retten første trinn av årsakssammenheng.

Det fremgår av dommen at utgangspunktet er at skadelidte – entreprenøren – skal påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene, men at beviskravene ikke kan settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevisene.

Hab-dommen gjelder spørsmålet om håndtering av plunder og heft, som er et stadig tilbakevendende tema mellom byggherrene og entreprenørene, noe som kan tilsi at entreprenørene bør ha særlig fokus på dokumentering. Situasjonen er en annen ved force majeure, som i sin natur ikke er noe hverken byggherrene eller entreprenørene kan forberede seg på, og legge planer for.

Når det gjelder spørsmålet om forsinkelse, så er både korona – force majeure – og endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak byggherreforhold.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet dette har medført for entreprenøren, så viser retten til det som fremgår over om dette. Opplysningene både til kommunen underveis og under hovedforhandlingen, var imidlertid lite spesifikk. Samtidig vil noe redusert produktivitet i alle ledd raskt medføre flere forsinkelser på kritisk linje, som til sammen, særlig når det går over bygningsferien, utgjør en stor forsinkelse. Retten har en viss forståelse for at det vil være vanskelig å synliggjøre forsinkelser på timer og dager, særlig når fremdriftsplanene hadde dårlig kvalitet. At fremdriftsplanene hadde dårlig kvalitet er et forhold entreprenøren har ansvar for, men uten force majeure, ville fremdriftsplanene neppe vært noe problem. Videre var virkningen av koronaen inngripende våren 2020, og etter rettens syn er det nærliggende å anta at koronaen medførte lavere produktivitet i byggebransjen.

På bakgrunn av det ovenstående finner retten under tvil at årsakssammenheng mellom force majeure – koronaen - og en forsinkelse på 40 dager er sannsynliggjort.

Boger Bygg krever også fristforlengelse på grunnlag av NS 8407 pkt. 15.2. Etter NS 8407 pkt. 15.2 er spørsmålet om det er dokumentert årsakssammenheng mellom endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak og forsinkelsen. Det er klart at mye av forsinkelsen skyldes koronarestriksjonene gitt med hjemmel i lov, forskrift eller enkeltvedtak. Men det er også klart at mye av fremdriftshindringene skyldes annet enn endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak, for eksempel forsinkede leveranser, lav terskel for bruk av egenmelding, anbefalinger fra bransjeorganisasjoner etc. Forholdstallet mellom hva som skyldes force majeure og hva som skyldes endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak, må nødvendigvis være skjønnsmessig. Retten legger til grunn at omtrent halvparten av forsinkelsen skyldes forhold som omfattes av NS 8407 pkt. 15.2, dvs. at omkring 20 av de

40 dagene forsinkelse skyldes endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak, i tillegg til at det skyldes force majeure.

Retten finner derfor under sterk tvil at årsakssammenhengen mellom force majeure – koronaen – og 40 dager forsinkelse er sannsynliggjort, og at årsakssammenhengen mellom forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak under sterk tvil er sannsynliggjort for omkring 20 dager forsinkelse.

6.1.14 Boger Bygg hadde rett til fristforlengelse

Retten har etter dette kommet til reglene i NS 8407 pkt. 33.3 og pkt. 33.1, jf. pkt. 15.2, gjelder, at Boger Bygg ikke var forsinket i nevneverdig grad før koronaen, at Boger Bygg varslet kommunen, at Boger Bygg uten ugrunnet opphold anga og begrunnet antall dager de krevde fristforlengelse, at forsinkelsene skyltes forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak, at de avtalte krav til prosessen måtte endres, at forsinkelsen var på kritisk linje at entreprenøren har rett til fristforlengelse, selv om dagmulktbelagte frister ikke påvirkes og at årsakssammenhengen mellom force majeure og 40 dager forsinkelse er sannsynliggjort og at årsakssammenhengen mellom forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak og 20 dager forsinkelse er sannsynliggjort.

På bakgrunn av det ovennevnte, finner retten at Boger Bygg hadde rett til 40 dager fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.3 og 20 dager fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1, jf. pkt. 15.2.

6.1.15 Om NS 8407 pkt. 33.8 om forsering får anvendelse

Boger Bygg anfører at de hadde rett til å forsere i medhold av NS 8407 pkt. 33.8. Kommunen anfører at Boger Bygg ikke hadde rett til å forsere.

Det følger av NS 8407 pkt. 33.8 at:

«33.8 Forsering ved uberettiget avslag

Hvis byggherren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan totalentreprenøren velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. Totalentreprenøren har ikke en slik valgreit dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal byggherren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.»

Retten har over kommet til at Boger Bygg hadde rett til fristforlengelse både etter NS 8407 pkt. 33.1, jf. pkt. 15.2 og etter pkt. 33.3.

6.1.16 Om vederlaget kan kreves justert ved force majeure

Kommunen anfører at det ikke kan kreves vederlagsjustering ved force majeure, og viser til NS 8407 pkt. 33.3 femte ledd, der det fremgår at:

«Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen.»

Retten kan ikke se at denne bestemmelsen utelukker anvendelse av NS 8407 pkt. 33.8, der krav på fristforlengelse blir avslått.

6.1.17 Om Boger Bygg har avslått tilbud om fristforlengelse og derved brutt tapsbegrensningsplikten

Kommunen anfører at Boger Bygg har brutt tapsbegrensningsplikten ved å avslå tilbud om fristforlengelse.

Kommunen var villige til å akseptere fristforlengelse, men stilte krav om at Boger Bygg måtte frafalle kompensasjonskrav.

Retten er over kommet til at Boger Bygg hadde rett til fristforlengelse, og kommunen hadde da ikke anledning til å stille vilkår for å akseptere fristforlengelse. Etter rettens syn må derfor aksepten av fristforlengelse på vilkår anses som avslag på berettiget krav på fristforlengelse, noe som gav Boger Bygg rett til forsering.

Retten finner derfor at Boger Bygg ikke brøt tapsbegrensningsplikten ved ikke å frafalle sine kompensasjonskrav.

6.1.18 Om Boger Bygg bare har krav på vederlag for forsering om dagmulktbelagte frister påvirkes

Kommunen anfører at det er en begrensning i totalentreprenørens rett til forsering dersom vederlaget må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpet hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %. Dette følger av NS 8407 pkt. 33.8 første avsnitt andre punktum. Kommunen anfører at det ikke er mulig å forsere slakk.

Retten har behandlet spørsmålet over under forsinkelse, og kommet til at entreprenøren har rett til fristforlengelse, selv om entreprenøren har lagt inn slakk i prosjektet. Dersom

byggherren uberettiget avslår et krav på fristforlengelse, vil entreprenøren derfor ha krav på å forsere, forutsatt at også de øvrige vilkår er oppfylte

Retten finner derfor at denne innsigelsen ikke kan føre frem.

6.1.19 Om kommunen ble varslet om forseringskravet

Det følger av NS 8407 pkt. 33.8 andre ledd at entreprenøren må varsle byggherren før forsering iverksettes, med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Det følger av Giverholdt m.fl. side 537 at:

«Etter annet ledd har totalentreprenøren en varslingsplikt før forsering iverksettes. Varselet skal angi både at forsering vil bli igangsatt, at dette skal skje på byggherrens regning og at det skal angi hva forseringen antas å koste. Varselet skal være skriftlig, jf. pkt. 5 og kommentaren til denne bestemmelsen.

Når bestemmelsen angir at det skal oppgis hva forseringen antas å koste, innebærer det at totalentreprenøren skal gi et veloverveid anslag over det vederlagskrav han regner med å få som en konsekvens av forseringen. Dette overslaget vil som regel måtte bli omtrentlig, blant annet fordi forsering alltid vil virke forstyrrende på totalentreprenørens arbeidsopplegg for øvrig, og fordi forsering ofte må gjennomføres på en urasjonell måte. Det vil da være vanskeligere å kalkulere kostnadene enn når man skal kalkulere vederlagskravet i forbindelse med inngivelse av tilbud. Som nevnt må det være rom for et betydelig slingringsmonn.

Formålet med varselet er todelt. For det første skal byggherren kunne ombestemme seg og likevel innrømme fristforlengelse. For det andre skal varselet sikre at byggherren får etablert den kostnadskontroll som er nødvendig for å sikre seg at han ikke faktureres for mye for forseringen.

Det kreves ingen aksept fra byggherren før forsering kan iverksettes. Er varselet sendt, kan forsering igangsettes nokså umiddelbart.

Det er ikke angitt hva som blir konsekvensen for totalentreprenøren dersom varslingsplikten ikke overholdes. Totalentreprenøren taper ikke sin rett til forsering. Dette var antatt i teorien om den tilsvarende bestemmelsen i NS 3430, jf. Kolrud s. 157. Dette må være løsningen også etter denne bestemmelsen. Varslingsplikten må således betraktes som en ordensforskrift hvor konsekvensene først og fremst vil være knyttet til hvilket krav som kan settes til bevis for at de påståtte kostnader faktisk er påløpt.»

Det fremgår av Erik Bogers e-post av 29. april 2020 til Sveinung Sloreby at Boger Bygg ville anse avslag på kravet om fristforlengelse som et pålegg om forsering, og det ble bedt om at e-posten skulle anses som krav på forseringstillegg i tillegg til krav på fristforlengelse. Det ble her varslet om at forsering ville bli iverksatt.

I advokat Falch Hauglands brev av 11. mai 2020, ble det varslet at forsinkelsen ville bli forsert inn for byggherrens regning, med mindre fristforlengelsen ble akseptert, og at kostnadene måtte forventes å beløpe seg til maksimal døgnmulkt pluss 30 prosent, jf. NS 8407 PKT. 8407 pkt. 33.8.

Boger Bygg har med dette varslet kommunen om at forsering vil bli iverksatt, at det vil skje på byggherrens regning og gitt et anslag over det vederlagskravet han regner med å få på grunn av forseringen. Det kunne vært redegjort mer nøye for overslaget på vederlagskravet. Når det bare nevnes maksimalt vederlagskrav, uten en gang å nevnte summen, så er retten noe i tvil om dette vil være tilstrekkelig varsel til byggherren, men hverken i bestemmelsen eller i kommentarutgaven kan retten se at dette ikke skulle være tilstrekkelig. Retten er derfor kommet til at Boger Bygg har varslet i tråd med NS 8407 pkt. 33.8 andre avsnitt.

6.1.20 Nærmere om det økonomiske kravet

Boger Byggs krav i anledning endringsmelding 11 er kr. 3 550 011 inkludert mva.

Boger Bygg beregner kravet slik:

- 379,27 ekstra dagsverk, jf. over, à 7,5 timer pr dag, pluss mva., til sammen kr. 2 311 156,-
- Merkostnader overtid, 301 timer à kr. 200,-, pluss mva., til sammen kr. 75 250,-
- Tillegg Richard Strand fra 8. juni 2020, 225 timer à kr. 1 200,-, pluss mva., til sammen kr. 337 500,-
- Tillegg Magnus Breilid fra 8. juni 2020, 285 timer à kr. 650,-, pluss mva., til sammen kr. 231 562,-
- Tillegg Arne Magnus Halvorsen fra 8. juni 2020, 242 timer à kr. 1 200,-, pluss mva., til sammen kr. 363 120,-
- Utgifter til Firesafe, branntetting, kr. 149 330,- inkl. mva.
- Utgifter Tjenestecom, rydding/vasking, kr. 67 312,- inkl. mva.
- Utgifter til Marker anlegg, rydding, kr. 14 781,- inkl. mva.

6.1.21 Om Boger bygg har dokumentert årsakssammenheng mellom konsekvensene av koronaen og Boger Byggs merutgifter

Kommunen anfører at Boger Bygg ikke har dokumentert årsakssammenhengen mellom konsekvensene av koronaen og Boger Byggs merutgifter. Boger Bygg anfører at årsakssammenhengen er dokumentert.

Kommunen viser til Hab-dommen, HR-2019-1225A avsnitt 66, jf. over. Det fremgår av siste punktum i avsnitt 66 at:

«Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det deretter sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.»

Når det gjelder årsakssammenhengen mellom konsekvensene for Boger Bygg og Boger Byggs merutgifter, så viser retten til det som fremgår over under pkt. 6.1.20. Boger Bygg har forsert ved å benytte mer personell og ved å leie inn hjelp til oppgaver de normalt ville utført selv, men på grunn av forsinkelsene på grunn av koronaen ikke har fått utført selv.

Boger bygg har beregnet de to første strekpunkt under pkt. 6.1.20 ut i fra anslått varighet på hver enkelt oppgave pr 5. mars 2020, sammenholdt med faktisk varighet. Dette medfører en viss unøyaktighet da det forutsetter at Boger bygg ikke er forsinket av forhold de selv hefter for, utover det som allerede var lagt inn i fremdriftsplanen av 5. mars 2019.

Strekpunkt tre til fem gjelder de angjeldende personenes arbeid fra bygget skulle vært ferdig, til det faktisk ble overlevert, dvs i tiden retten har lagt til grunn ble forsert inn.

De tre siste strekpunkt gjelder faktiske pådratte kostnader, ihht. fakturaer.

På bakgrunn av det ovennevnte finner retten årsakssammenhengen mellom force majeure og Boger Byggs merutgifter på kr. 3 550 011,- inkl. mva. sannsynliggjort, dog også her under sterk tvil.

Boger Bygg krever også tilleggsvederlag på grunnlag av NS 8407 pkt. 33.1, jf. pkt 15.2. Retten er over kommet til at det er sannsynliggjort at 20 dager av forsinkelsen skyldes endringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak, og på bakgrunn av det ovennevnte, finner retten det sannsynliggjort at forsinkelsen på 20 dager har medført kr 1 775 000,- inkl. mva. i økte utgifter for Boger Bygg.

6.1.22 Begrensningen i NS 8407 pkt. 33.8

Etter NS 8407 pkt. 33.8 kan entreprenøren ikke forser om vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpet hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Det følger av Giverholdt m.fl (201) side 1214 at:

«Forsering i strid med pkt. 33.8 første ledd annen setning, vil derfor ikke innebære bortfall av ethvert krav på vederlagsjustering. Konsekvensen må være at kravet nedsettes til antatt påløpt dagmulkt tillagt 30 %. Dette synes også å være i overensstemmelse med det som Kolrud 8405 hevder på s. 317.»

Det følger av dagmulktbestemmelsene E 1 at dagmulktene skulle være som følger:

- Overtakelse (sluttfrist)	kr. 20 000,-
- Som bygget dokumentasjon	kr. 10 000,-
- FDVU-dokumentasjon, sluttdokumentasjon	<u>kr. 10 000,-</u>
- Sum	kr. 40 000,-

Forseringen er på 40 dager. Dagmulkten på kr. 40 000,- i 40 dager tillagt 30 % er kr. 2 080 000,-. Retten legger til grunn at tilleggsvederlaget gjelder vederlaget til entreprenøren, slik at entreprenøren i tillegg har rett til merverdiavgift, det vil si 2,6 millioner kroner inkludert mva.

Etter NS 8407 pkt. 33.8 er derfor høyeste mulige krav på forseringsvederlag etter NS 8407 pkt. 33.8, 2,6 millioner kroner, og Boger Byggs krav overstiger dette.

6.1.2 Om NS 8407 pkt. 34.1.2 om vederlagsjustering får anvendelse

Boger Bygg anfører at de har rett til vederlagsjustering i medhold av NS 8407 pkt. 34.1.2. Kommunen bestrider det.

Det følger av bestemmelsens første avsnitt at:

«34.1.2 Svikt i byggherrens ytelser mv.

Totalentreprenøren har krav på justering av vederlaget som følge av forsinkelse eller svikt ved byggherrens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller som følge av andre forhold byggherren har risikoen for.»

byggherren har risikoen for endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak, jf. NS 8407 pkt. 15.2, slik at entreprenøren har krav på vederlagsjustering for forhold som omfattes av NS 8407 pkt. 15.2.

Retten har imidlertid funnet over at det bare er dokumentert årsakssammenhengen mellom kr. 1 775 000,-, av Boger Byggs merutgifter, og forsinkelsen på grunn av forandringer i lov, forskrift og enkeltvedtak. Vederlagsjustering i medhold av NS 8407 pkt. 34.1.2, jf. pkt. 15.2 vil derfor gi lavere vederlagsjustering enn etter NS 8407 pkt. 33.8.

6.1.3 Konklusjon endringsmelding 11

Retten har etter dette funnet at:

- korona utgjør force majeure, jf. NS 8407 pkt. 33.3
- NS 8407 pkt. 33.3 utelukker ikke NS 8407 pkt. 15.2
- NS 8407 pkt. 33.1, jf. pkt. 15.2 kan anvendes
- Boger Bygg var ikke forsinket før koronaen
- Boger Bygg varslet om kravet på fristforlengelse
- Boger Bygg angav og begrunnet kravet om fristforlengelse uten opphold
- noe av forsinkelsene skyldtes forandringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak, jf. NS 8407 pkt. 15.2
- de avtalte krav til prosessen måtte endres
- forsinkelsene var på kritisk linje
- Boger Bygg har krav på fristforlengelse selv om dagmulktbelagte frister ikke påvirkes
- årsakssammenhengen mellom force majeure – koronaen – og forsinkelsen er sannsynliggjort
- årsakssammenhengen mellom endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak og forsinkelsen er sannsynliggjort for en del av forsinkelsen
- Boger Bygg hadde rett til fristforlengelse
- NS 8407 pkt. 33.8 om forsering får anvendelse
- vederlaget kan kreves justert ved force majeure
- Boger Bygg ikke har avslått tilbud om fristforlengelse
- det ikke er noe vilkår for forseringsvederlag at dagmulktbelagte frister påvirkes
- Boger Bygg varslet om forseringskravet
- Boger Bygg har hatt utgifter på grunn av forsinkelse på grunn av koronaen på kr. 3 550 011,- inkludert mva
- Boger Bygg har dokumentert årsakssammenheng mellom forsinkelsen som skyldes force majeure og kravet på vederlagsjustering
- Boger Bygg har dokumentert årsakssammenheng mellom forsinkelsen som skyldes endringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak og kr. 1 775 000,- inkludert mva. av kravet på vederlagsjustering
- forseringsvederlaget begrenses av NS 8407 pkt. 33.8 til 2,6 millioner kroner
- vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 34.1.2 vil gi lavere tilleggsvederlag enn etter NS 8407 pkt. 33.8.

På bakgrunn av det ovennevnte er retten kommet til at Boger Bygg har rett til forseringsvederlag i medhold av NS 8407 pkt. 33.8 for endringsmelding 11 på 2,6 millioner kroner inkludert merverdiavgift.

6.2 Endringsmelding 10

Boger bygg krever i medhold av NS 8407 pkt. 15.2 og pkt. 34.1.2 dekket utgifter til smittevern med kr. 156 900,- eks mva., kr. 196 125,- inkludert mva., i anledning restriksjonene med korona.

Det følger av NS 8407 pkt. 15.2 at dersom det skjer forandringer i lover og forskrifter eller fattes enkeltvedtak som innebærer at de avtalte krav til prosessen må endres, så kan entreprenøren påberope dette som en endring, og skal varsle etter 32.2.

Kommunen bestrider at dette er noe kommunen skal dekke. Kommunen anfører at korona (force majeure) er uttømmende regulert av NS 8407 pkt. 33.3.

NS 8407 pkt. 33.3 står i kapittel 33, som gjelder fristforlengelse, og pkt. 33.3 gjelder partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure. Utgifter til smittevern har ikke noe med fristforlengelse å gjøre. Retten kan derfor ikke se at NS 8407 pkt. 33.3 regulerer kravet, og pkt. 33.3 utelukker derfor heller ikke anvendelse av NS 8407 pkt. 15.2, om de øvrige vilkår også er tilstede.

Boger Byggs krav er som følger:

Tiltak	Antall	Beløp kr.	Sum kr
- Varsling byggherre	1	1 200,-	1 200,-
- Juridisk bistand varsel	1	5 400,-	5 400,-
- Karantene/sykepenges 14 dager AGP = 13.-16. mars 2020 = 1 arb. dag	1	4 875	4 875,-
- Karantene/sykepenges 14 dager innleid arb. taker, AGP = 13.-16. mars 2020 = 1 arb. dag	1	4 875	4 875,-
- Karantene/sykepenges 14 dager AGP = 3 dager	3	4 875,-	14 625,-
- Omsorgspenges 50 % 3 hele dager = AGP	3	2 374,62	7 123,-
- Omsorgspenges 100 % AGP = 3 dager	5	4 875	24 375
- Rigg og drift, renholdshyppighet økt. Tjenestecompaniet			92 874
- Såpe, hurtitiltak	5	13,33	66,-
- Hånddesinfeksjons Blåtind – Optimera	1	1 073,-	1 073,-
- Hånddesinfeksjon og overflatedrsinfeksjon Felleskjøpet	2	206,40	412,-
Sum			156 900,-

Spørsmålet er om de avtalte krav til prosessen må endres på grunn av det ovennevnte.

Når det gjelder strekpunkt tre til sju, så har Boger Bygg fått medhold i at de skal få dekket forseringsutgifter med 2,6 millioner kroner med tillegg av merverdiavgift. En del av begrunnelsen for behovet for fristforlengelse, var arbeidstakerne i karantene og med omsorg for barn. Når Boger Bygg får dekket utgiftene til forsering, så ville de etter rettens syn fått dekket samme utgift to ganger, om de også skulle få dekket utgiftene de har hatt til årsaken for forseringen, og kravet relatert til strekpunkt tre til sju tas ikke til følge. Retten anser dette for å være innenfor kommunens påstandsgrunnlag.

Retten er ikke kjent med at ekstra renhold og hygienetiltak var regulert ved lov, forskrift eller enkeltvedtak, og retten er derfor kommet til at dette ikke omfattes av bestemmelsen i NS 8407 pkt. 15.2, slik at strekpunkt åtte til elleve tas ikke til følge.

Når det gjelder strekpunkt en og to, så kan retten ikke se at de avtalte krav til prosessen må endres på grunn av disse utgiftene.

Kravene fremmet i endringsmelding 10 tas etter dette ikke til følge.

6.3 Endringsmelding 12

I medhold av NS 8407 pkt. 34.1.3 første ledd, jf. pkt. 34.1.1, jf. pkt. 15.2 og NS 8407 pkt. 34.1.3 første ledd, jf. pkt. 34.1.2 første ledd, krever Boger Bygg vederlagsjustering for rigg og drift med kr. 326 746,- inkludert mva. for forlenget byggetid.

Boger Bygg beregner kravet ved at rigg og drift i tilbudet var på kr. 1 136 510,-, og planlagt ferdigstillelse var 6. juli 2020. Boger Bygg anfører at pris pr måned for rigg og drift var kr. 113 651, og at de har rett til ekstra vederlag for rigg og drift fra 6 juli til 9. september 2020.

Kommunen bestrider kravet.

Det følger av NS 8407 pkt. 34.1.3 første ledd at:

«Totalentreprenøren kan kreve en særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter til kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging som er en nødvendig følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2. Det kan avtales egne regler for slik vederlagsjustering.»

Retten har kommet til at Boger bygg har forsert inn 40 dager i egen «slakk». Dersom de ikke ble forsinket av koronaen, som er et byggherreforhold, så ville ytterligere rigg og drift ikke vært nødvendig. Retten er derfor kommet til at Boger bygg har rett til vederlag i 40 dager for ytterligere rigg og drift. Retten tar utgangspunkt i summen som er fakturert for rigg og drift hver måned, og setter skjønnsmessig tilleggsvederlaget for rigg og drift i ytterligere 40 dager til kr. 220 000,- inkludert mva.

6.4 Endringsmelding 39

I endringsmelding 39 krever Boger Bygg kr. 60 900,- inkludert mva. Dette gjelder gjerde i Ordfører Voldens vei og Birkelundveien og skilting, for å sikre byggeplassen mot trafikk på disse veiene.

Sikringen ble satt opp i veien, og fordi veien ble smalnet av, ble det lagt fresasfalt mot fortauskanten på motsatt side av veien.

Kommunen har akseptert å dekke disse utgiftene til over påske 2020, men ikke etter dette. Kommunen anfører at freseasfalt var en del av Boger byggs rigg, og at skilting og gjerder etter påsken 2020 var unødvendig.

I og med at kommunen har dekket dette frem til og med påsken, så kan det tilsi at partene har vært enige om at dette var kommunens ansvar. Retten kan ikke se at det har inntrådt forhold som skulle tilsi at dette likevel ikke skulle være kommunens ansvar, og retten legger til grunn at det var nødvendig med sikring av byggeplassen helt til bygget ble ferdig. Retten tar derfor kravet fra Boger bygg i anledning endringsmelding nr. 39 til følge med kr. 60 900,- inkludert mva.

6.5 Kommunens motkrav

Kommunen anfører at det er flere mangler. Boger Bygg bestrider dette.

Det følger av NS 8407 pkt. 14.1 at entreprenøren skal levere kontraktsgjenstanden i overensstemmelse med avtalte krav. Videre følger det av pkt. 14.3 at kontraktsgjenstanden skal passe for de formål som byggherren har med denne, og som entreprenøren var eller måtte være kjent med da kontrakten ble inngått. Det følger av NS 8407 pkt. 42.1 at det foreligger mangel om kontraktsgjenstanden ikke oppfylles kravene etter punkt 14, og dette skyldes forhold entreprenøren svarer for.

Entreprenøren har plikt til å utbedre mangelen med mindre kostnadene til utbedringen vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås, jf. NS 8407 pkt. 42.3.1. Dersom entreprenøren ikke foretar utbedringen, kan byggherren kreve at entreprenøren betaler kostnadene til utbedring, jf. NS 8407 pkt. 42.3.4. Der vilkårene for å kreve utbedring ikke er oppfylt, kan byggherren i stedet kreve prisavslag, jf. NS 8407 pkt. 42.4. Det følger av andre avsnitt at prisavslaget størrelse fastsettes på grunnlag av den reduksjonen av byggets verdi som mangelen representerer, likevel mist tilsvarende den besparelsen entreprenøren har oppnådd som følge av at utførelsen ikke er kontraktsmessig.

Entreprenørens erstatningsansvar er betinget av at det er utvist uaktsomhet. Entreprenøren driver profesjonelle virksomhet. Virksomheten er da underlagt profesjonsansvaret. Høyesterett har gjennom sin praksis fastsatt en streng aktsomhetsstandard for profesjonsansvaret, jf. bla Rt-2002-286.

Boger Bygg anfører at det ikke er mangler. kommunen anfører at Boger Bygg har hatt anledning til å velge alternative løsninger. Boger Bygg viser til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C, der det fremgår at:

«Det er utarbeidet tegninger (vedlagt) og kravspesifikasjon. Det er opp til anbyder å foreslå alternative løsninger til de som er vist på tegning og i beskrivelse, og angi kostnadskonsekvenser for disse. Alternative løsninger skal dokumenteres på et sammenlignbart nivå.»

Videre viser Boger Bygg til offentlige spørsmål og svar av 24. april 2019, der det fremgår at:

«Det er ikke utarbeidet flere tegninger enn hva som ligger vedlagt konkurransen. Skjemaer og andre detaljtegninger er valgt overlatt til totalentreprenøren for å gi han et handlingsrom og frihet til å gjøre dette slik han selv finner det hensiktsmessig (så fremt alle relevante krav kan tilfredsstilles). Dette i tråd med god skikk om ikke å fjerne alle entreprenørens muligheter til å påvirke prosjektet.»

Boger Bygg viser også til referat fra forhandlingsmøte 19. juni 2019, der det fremgår at:

«00.1 Entreprenørens handlingsrom

Møtet var klargjørende vedrørende entreprenørens handlingsrom. Flere av beskrivelsens elementer var av forslags art, og hensikten i beskrivelsen er funksjonskravene som i en normal totalentreprise.»

Kommunen anfører at referatet fra forhandlingsmøtet 19. juni 2019 bare gjaldt enkelte forhold Boger bygg priset ned.

NS 8407 er gjort til en del av avtalen. Det fremgår av «Protokoll», under «innledende om standarden» at:

«Denne standarden har til formål å regulere kontraktsforholdet der en part (totalentreprenøren) påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid (herunder anlegg, nybygg, vedlikehold, reparasjon og ombygging) for den annen part (byggherren).»

Retten legger derfor til grunn at det har vært meningen å modifisere kravene i kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2 noe, slik at entreprenøren skulle kunne påvirke prosjektet og at hensikten med beskrivelsene først og fremst er funksjonskravene som i en normal totalentreprise.

Magnus Bergli Deilhaug i Norconsult har beregnet kravet for kommunen. Kommunen har fått takstmann Arne Martin Hoel til å gjennomgå Deilhaugs beregning, og Hoel forklarte at Deilhaug gjennomgående hadde vært svært forsiktig i sine anslag.

Boger bygg anfører at Bergli Deilhaugs og Hoels beregninger ikke er tilstrekkelig dokumentasjon for kravet om prisavslag og erstatning. Bergli Deilhaug og Hoel er fagkyndige, og retten legger derfor vekt på deres vurderinger, uten at retten nødvendigvis er enig i alle deres vurderinger.

6.5.1 Manglende isolasjon ventilasjonskanaler

Ventilasjonskanalene er uisolerte. Kommunen anfører at det er en mangl, noe Boger Bygg bestrider.

Boger Bygg anfører at dette ikke er en mangel, fordi behandlet luftmengde og kanaldimensjoner er relativt små, slik at fare for temperaturtap/reduert kjøleeffekt grunnet uisolert kanal, er liten.

Det fremgår av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.18.5366 at:

«Tilluftskanaler for system 360.001, isoleres generelt for kjølt tilluft med 30 mm lamellmatte med fiberarmet alufolie helt frem til ventiler.»

Boger Bygg har ikke levert isolasjon av ventilasjonskanaler helt frem til ventilene, og har heller ikke levert en annen løsning for å ivareta funksjonskravet. Det er Boger Bygg som har bevisbyrden for at dette er unødvendig, og retten finner det ikke sannsynliggjort at det er unødvendig å isolere ventilasjonskanalene. Retten finner derfor at manglende isolering isolasjonskanaler utgjør en mangel, jf. NS 8407 pkt. 42.1, jf. pkt. 14.1.

Kommunen anfører at dette også er i strid med arbeidsmiljøloven § 4-4. Retten finner det imidlertid ikke bevist at det vil være i strid med arbeidsmiljøloven § 4-4 at ventilasjonskanalene ikke er isolert.

Kommunen krever kr. 250 000,- i prisavslag, som er beregnet til Boger Byggs besparelse ved ikke å ha levert iht. kontrakten, og prisavslag/erstatning for ekstra energikostnader i 50 år/prisavslag i redusert omsetningsverdi.

Retten kan ikke se at «reduisert komfort» er dekningsmessig. Retten finner det heller ikke sannsynlig at omsetningsverdien reduseres i nevneverdig grad. Dette måtte i tilfellet beregnes ut ifra hvor mye mindre en kjøper ville være villig til å betale for bygget på grunn av forhøyede energiutgifter. Retten antar også at ventilasjonsanlegget uansett ikke vil holde i 50 år. Retten finner at prisavslaget skal settes til entreprenørens besparelse, og tar også en viss høyde for økte energikostnader og setter skjønnsmessig prisavslaget for denne posten til kr. 40 000,- eks. mva.

6.5.2 Manglende drenering garasjeport

Det er ikke drenering ved garasjeporten. Kommunen anfører at dette er en mangel.

Det fremgår av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.41.2731 at:

«Utenfor port til parkering medtas avløpsrenne med sandfang i kjøresterk utførelse. Lengde avløpsrenne ca. 2800 mm. Utvendig avløpsrenne tilkobles utvendige overvannsledninger.»

Boger Bygg anfører at de hadde frihet til å velge annen løsning, og at funksjonskravet er ivaretatt.

Det fremgår av tilsvaret at hensikten med dreneringen er å ivareta smelte vann fra innsiden, siden det ikke er sluk i bygget, og at formålet med dreneringen ikke var å lede bort regnvann.

Det fremgår av byggherremøte nr 4. 7. oktober 2019 at:

«Gulv i garasje støpes med 1:100 fall mot midten (under biloppstillingsplass), dette for å sikre at vann ikke renner mot porten og fryser, det monteres ikke sluk i gulv.»

Det fremgår av e-post fra Marker anlegg 20. oktober 2020 at:

«Drenering foran garasjeport er tatt vekk ifbm. Prosjektering av overvann, da det er tilstrekkelig med fall og det er montert to ekstra sluk i p-plass, dette er også avklart med Richard og slik jeg forstod det så var det også avklart med byggherre.»

Retten legger etter dette til grunn at dreneringen skulle ivareta smelte vann fra biler om vinteren, og at kommunen tidlig i byggeprosessen ble informert om at det ble gjort en endring i prosjekteringen, slik at det ikke skulle monteres drenering, men fall i gulvet med sluk. Retten antar at dette ligger innenfor totalentreprenørens valgrett, og kan ikke se at løsningen som ble valgt er mindre egnet til å ta seg av avrenning av snø fra biler. Retten finner derfor at manglende drenering ikke utgjør noen mangel.

6.5.3 Innerdører ikke ihht kontrakt

Det følger av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.7.2 244 at:

«Det skal leveres terskelløse dører eller dører med slepelist der dette er mulig.»

Terskelløse dører er ikke levert, og kommunen anfører at dette utgjør en mangel for 30 dører.

Tre dører er til brannceller, og må oppfylle krav til brannsikring. Det er på det rene at de 27 dørene som ikke er til brannceller har terskel, og derfor utgjør en mangel.

Boger Bygg anfører at brannkravene medfører at det ikke er mulig å levere de tre dørene til branncellene terskelløse. Kommunen anfører at terskel heller ikke er nødvendig for disse dørene.

Det følger av brannkonsept utarbeidet av Norconsult pkt. 3.7.1 at:

«Generelt: Alle dører i brannklassifiserte bygningsdeler og sjakter som ikke er klassifisert for røyktetthet (klasse Sa), må ha terskel/anslag og tettelist på alle sider for å oppnå tilstrekkelig røyktetthet.»

Brann dørene må ha terskel eller anslag. Retten går ut i fra at anslag også står opp fra gulvet, og formålet med terskelløse dører er at det ikke skal være ubehagelig for beboere som må transporteres. Retten kan ikke se at anslag vil redusere ubehaget i særlig grad, i forhold til terskel, og retten legger derfor til grunn at brann dørene er i samsvar med kontrakten, og ikke utgjør noen mangel.

Boger bygg anfører at kommunen har bestilt ytterligere to dører med terskel. Retten forstår det slik at dette gjelder to bad, der terskel ville være nødvendig for lekkasjesikring. Retten legger dette til grunn, og at heller ikke disse to dørene kan gjøres terskelløse. Det foreligger derfor heller ikke mangel for så vidt gjelder disse to dørene.

Når det gjelder de 25 andre dørene, så anfører Boger Bygg at kommunen ikke har rett til prisavslag, fordi de har avslått tilbud om retting. Det fremgår av advokat Lilleaasens brev av 19. februar 2021 til advokat Falch Haugland at:

«Boger har tilbudt å utbedre resterende dører, og byggherren godtar dette. IØK krever at disse dørene settes i kontraktsmessig stand. Boger må påse at de leverer en komplett og helhetlig løsning, herunder epoxybehandle gulv der dette er nødvendig.»

Etter dette brevet, ble retting ikke utført.

Retten forstår det slik at det var kravet til epoxybehandlet gulv som medførte at retting ikke ble utført. Dersom entreprenøren vil utbedre, så legger retten til grunn at mangelen skal rettes så langt det lar seg gjøre innenfor akseptable kostnadsrammer, og at eventuelle restmangler kan gi rett til erstatning/prisavslag. En aksept kombinert med vilkår er reelt sett et avslag, og retten legger til grunn at byggherren har begrensede muligheter til å stille vilkår til eller for rettingen. Dersom rettingen ikke kunne gjøres uten at gulvet ble epoxybehandlet, så antar retten at vilkåret var uproblematisk. Dersom mangelen kunne utbedres uten at gulvet ble epoxybehandlet, så legger retten til grunn at byggherren uberettighet har avslått entreprenørens rett til utbedring. Det er kommunen som har bevisbyrden for hva som ligger i vilkåret, og kommunen har ikke sannsynliggjort at det var på sin plass å stille dette vilkåret.

Retten legger etter ett til grunn at kommunen har avslått Boger Byggs rett til å utbedre mangelen, og kravet om prisavslag tas ikke til følge.

6.5.4 Manglende fotlist/beskyttelse gipsvegger

Gipsveggflatene i kjelleren mangler fotlist.

Kommunen anfører at dette er en mangel, og viser til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.7.1 242, der det fremgår at:

«Alle veggflater skal være glatte, smussavvisende og tåle den tiltenkte bruk.»

Boger Bygg anfører at kravet til innervegger er tilfredsstilt, og at det ikke er noe krav om fotlist noen steder i beskrivelsen.

Selv om entreprisen er en totalentreprise, så er det relativt detaljerte beskrivelser og krav til utførelsen. Når fotlist ikke er nevnt i beskrivelsen, så kan det tilsi at dette ikke er bestilt. På den annen side, så mener retten at gipsvegger i et slikt bygg, ikke vil kunne tåle den tiltenkte bruk uten fotlist, eller annen type forsterkning ned mot gulvet. Retten er derfor kommet til at forholdet utgjør en mangel.

Boger Bygg anfører at det ikke er reklamert på veggene. Kommunen anfører at mangelen er forsettlig, eller i det minste grovt uaktsomt, og at det derfor ikke løper noen reklamasjonsfrist, jf. NS 8407 pkt. 42.2.3.

Retten er enig i at det er såpass åpenbart at gipsplatene ikke kan stå rett mot gulvet uten noen beskyttelse, at det ikke løper noen reklamasjonsfrist for dette forholdet.

Kommunen krever kr. 7 500,- i prisavslag. Retten finner det sannsynlig at utbedringskostnadene utgjør minst kr. 7 500,-.

6.5.5 Feil trevirke

Boger Bygg har levert bygget med inngangsparti med trevirket Møre royal. Kommunen anfører at Boger Bygg skulle brukt et mer kostbart trevirke, Kebony, og at dette er en mangel.

Det fremgår av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.40 72 at:

«Det skal benyttes Kebony eller tilsvarende miljøvennlig trevirke i alle konstruksjoner knyttet til utomhusanlegget.»

Det fremgår av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.9 26 at:

«Det skal etableres takoverbygg utenfor hovedinngang. Dette skal være en frittstående konstruksjon fundamentert på gruben til fotskraperistene. Hele konstruksjonen skal oppføres i treverk med tilsvarende overflate som kledning for øvrig.»

Det fremgår av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.6.1 232 at:

«Alle vegger over kjeller er tenkt utført som stenderverksvegger med utvendig trekledning av type royalimpregnert furu eller tilsvarende vedlikeholdsfri kvalitet. Arkitekten skal stå fritt til å velge farge og det skal kunne kombineres flere farger på bygget uten at dette gir rett til tillegg i pris.»

Det følger av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C2.45.1771 at:

«Stedstilpasset benk i oppholdsarealet i sør-vest, 45 cm sittehøyde. Materiale på synlige flater i Kebony Radiata®.»

Boger Bygg anfører at Boger Bygg hadde rett til å foreslå alternativt trevirke.

Hoel forklarte at levetiden er like lang på Møre royal som Kebony, og at forskjellen først og fremst er «finishen». Retten legger det til grunn.

Når det gjelder benken, så fremgår det at materialet på synlige flater skal være i Kebony Radiata, jf. punkt C.2.45.1771. Retten kan hverken se at Boger Bygg har varslet kommunen, eller at kommunen har akseptert annet trevirke på benken, og etter rettens syn er det derfor en mangel at benken er laget i et annet materiale.

Når det gjelder inngangspartiet, så fremgår det av kontraktsgrunnlaget at det skal brukes Kebony, eller annet miljøvennlig trevirke. Videre fremgår det at takoverbygget skal oppføres i treverk med tilsvarende overflate som kledning for øvrig. Det fremgår at kledningen for øvrig skal være royalimpregnert furu, eller tilsvarende vedlikeholdsfri kvalitet.

Retten forstår dette slik at det i takoverbygget skulle brukes Kebony, eller annet royalimpregnert furu. Retten finner det sannsynlig at Møre royal er royalimpregnert furu. Retten kan derfor ikke se at det er i strid med kontrakten at Boger Bygg har brukt Møre royal til takoverbygget.

Kommunen har krevd kr. 20 000,- i prisavslag, som anføres å være Boger Byggs besparelse. Skjønnsmessig legger retten til grunn at halvparten gjelder benken, og retten finner det sannsynlig at Boger Byggs besparelse ved å bruke Møre royal i stedet for Kebony er kr. 10 000,-.

6.5.6 Manglende sirkulasjon av varmtvann

Det fremgår av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.15.2312 at:

«Hovedledninger for kaldt og varmt tappevann skal legges av kobberør og ligge tilgjengelig for inspeksjon og nødvendige utbedringer. Anlegget utformes slik at det kan tappes kaldt og varmt vann uten unødvendig ventetid, maks. 10 sekunder.»

Det fremgår av mangelsliste 20. august 2020 at det på rom 224 tok 40 sekunder før det kom varmtvann. Kommunen anfører at dette er en mangel.

Underentreprenøren Rørcompaniet AS opplyser i brev av 20. oktober 2020 at:

«Slik anlegget er konstruert har vi kaldtvann og varmtvann lagt med pex rør i fra underetasjen og rett opp i tappevannskapet i plan 1, og videre rett opp i tappevannsskapet i plan 2. Horisontale strekk i kjeller har varmtvanns sirkulasjon, dette går frem til hvert oppstikk mot nevnte fordelerskap. Vi har i dag vært og testet tappetiden i badene 123 og 223.

Det tok 16,2 sekunder fra vi startet å tappe varmtvann i servanten til vi hadde oppnådd 38° C i rom 123. Vedlegger video fra målingen. Til bad 223 tok det omtrent samme tid. Dette er et bygg som skal være i drift, og ved normal bruk av lokalene vil man ikke ha utfordringer med lang tappetid, slik det omtales i punktet fra Byggherre. Vi viser for øvrig til Rørhåndboka fra Rørentreprenørene Norge pkt. 312.71, der det angis en anbefaling på 20 sekunder. Kravet om et fradrag for dette pålydende KR 50.000, - avvises derfor i sin

helhet, da en differanse på 6,2 sekunder mellom beskrivelse og virkelighet blir meget urimelig.»

Retten antar at forskjellen i målingene skyldes at Rørcompaniet først målte i førsteetasje og deretter i andreetasje, og at kommunen og kommunens rådgivere målte vannet bare i andreetasje. Det er dessuten mulig at kommunen målte til en noe varmere temperatur.

Det er døgnkontinuerlig bemanning, og retten antar at det tappes varmtvann jevnlig gjennom døgnet, slik at det relativt sjelden vil ta så lang tid som 40 sekunder før vannet som tappes er varmt. Det er imidlertid et klart funksjonskrav i kontraktsgrunnlaget, som entreprenøren ikke kan se bort ifra, og forholdet utgjør derfor etter rettens syn en mangel.

Bergli Deilhaug har beregnet lavere komfort til kr. 1 000,- pr år i 50 år, til sammen kr. 50 000,-.

Hoel har beregnet utbedringskostnaden til 3 – 400 000,-, og mener at utbedringskostnaden i alle fall er kr. 200 000,-.

Boger Bygg krever kr. 50 000,- i prisavslag, og anfører at utgjør redusert markedsverdi.

Retten legger til grunn at hvor lang tid det tar før vannet blir varmt, vil være av betydning for markedsverdien og at dette utgjør minst kr. 50 000,-.

6.5.7 Manglende kantstein mot Birkelundveien

Boger Bygg har ikke lagt kantstein mot Birkelundveien. Kommunen anfører at dette er en mangel. Boger Bygg anfører at det ikke følger av kontrakten at de skulle legge kantstein mot Birkelundveien.

Til støtte for anførselen viser kommunen til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.43.2752, der det fremgår at:

«For o_V1, o_V2 og P1 skal det brukes granittkantstein med fas langs kjørearealet.»
Med o_V2, mente kommunen Birkelundveien. At dette var Birkelundveien fremgår forutsetningsvis, ved at Birkelundveien i reguleringsplanen er omtalt som o_SV2.

Boger Bygg anfører at reguleringsplanen kommunen viser til hverken var oversendt Boger Bygg, eller publisert da kontrakten ble inngått. Det fremgår av en intern e-post i Indre Østfold kommune at reguleringsplanen pr. 5. juni 2020 ennå ikke lå i kommunekart, og at reguleringsplanen måtte søkes opp i planarkivet. Retten legger derfor til grunn at reguleringsplanen var vanskelig tilgjengelig da Boger Bygg inngav sitt tilbud.

Det fremgår også av reguleringsplanen at det var mot Ordfører Voldens vei at det skulle legges kantstein.

Det er den som utarbeider anbudsgrunnlaget som må sørge for at det er tilstrekkelig klart hva entreprenørene skal gi tilbud på. Under tvil finner retten at kontrakten også omfatter kantstein mot Birkelundveien, og prisavslaget for dette settes til kr. 34 000,- som krevd av kommunen.

6.5.8 Tilrettelagt krysning av Ordfører Voldens vei

Kommunen anfører at tilrettelegging av krysning over Ordfører Voldens vei var inkludert i kontrakten. Boger Bygg anfører at dette ikke var noen del av deres entreprise, og kommunen engasjerte Maskinentreprenør Morten Bråthen AS til å utføre arbeidet. Kommunen krever utgiftene til Maskinentreprenør Morten Bråthen AS dekket av Boger Bygg. Kravet er kr. 15 650,- eks. mva.

Det følger av kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.38.1701 at:

«Krav som stilles i gjeldene reguleringsplaner forutsettes fulgt.»

Det følger av reguleringsplanen § 7 «Krav om rekkefølge for gjennomføring (PBL § 12-7 NR.10)» at:

«d) Det skal være etablert tilrettelagt krysning over Ordfører Voldens vei før det gis ferdigattest eller midlertidig brukstillatelse.»

Reguleringsplanen gjelder bare byggetomten, og ikke andre siden av veien. Retten legger likevel til grunn at kommunen kan stille vilkår om tilrettelagt krysning for en slik utbygging, og retten tar derfor kravet til følge og setter prisavslaget for denne posten til kr. 15 650,-

6.5.9 Manglende innkassing av soilrør

Soilrør er ikke innkasset. Kommunen anfører at dette utgjør mangel, og viser til at dette er rett utenfor hovedinngangen til det eneste fellesrommet i bygget, og at det fremstår sjenerende. Kommunen krever prisavslag tilsvarende utbedringskostnaden med kr. 5 000,-, som er innkassing med blikk.

På grunn av rørets plassering, legger retten til grunn at røret skulle vært skjult, og at dette utgjør en mangel. Prisavslaget settes til 5 000,- for dette forholdet.

6.5.10 Sluk rom 211

Det er ikke sluk i rom 211. Kommunen anfører at dette utgjør en mangel.

Kommunen viser til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.15.3315, der det fremgår at:

«BK/WC 211:

- 1 stk. vegghengt WC, innebygget sisterner med lekkasjesikring, sete og lokk av hardplast. 1 stk. servant ca. 560 x 430, servantbatteri, avløp med vannlås.
- 1 stk. gulvsluk i rustfritt stål.
- 1 stk. utslagsvask, stor type med bakplate, bøtterist og veggmontert blandebatteri.»

Arkitekten, Skule Stensrud Marstein, forklarte at rommet var ment som toalett for ansatte. Det var også tiltenkt at renholdere kunne hente vann i rommet, og helle ut i toalettet. Det var ikke arkitekten som tegnet inn sluk, men det kom inn i Norconsults beskrivelse. Det er likevel ingen tvil om at rommet skulle vært bygd med sluk. At Boger Bygg har vært uoppmerksomme på dette ligger innenfor Boger byggs kontrollansvar.

Boger Bygg anfører at de har rett til å foreslå alternative valg. Retten kan imidlertid ikke se at et toalett uten sluk er et alternativ til toalett med sluk, og retten legger til grunn at forholdet utgjør en mangel.

Kommunen krever kr. 100 000,- i prisavslag, som utgjør utbedringskostnadene. Etter rettens syn vil kostnadene til utbedring bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås, jf. NS 8407 pkt. 42.3.1 og prisavslaget settes skjønnsmessig til kr. 25 000,-, jf. NS 8407 pkt. 42.4 andre avsnitt.

6.5.11 Ikke dytt og fuget vindu/dør (utført skum)

Boger Bygg har isolert/tettet rundt dører og vinduer med skum. Kommunen anfører at dette er en mangel, da det skulle vært isolert/tettet med dytting og fugging. Kommunen viser til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.6.2 234, der det fremgår at:

«Det skal fuges og dyttes mot tilstøtende konstruksjoner (2-trinns tetting).»

Boger Bygg anfører at de hadde frihet til å velge løsning, og at skum ikke medførte noen kvalitetsforringelse, ingen besparelse, og at dette er en preakseptert løsning.

Dytting/fugging og skum har noe forskjellige egenskaper, men retten er kommet til at dette er så vidt like måter å isolere på, at dette hører under entreprenørens rett til detaljprosjektering, og derfor ikke utgjør noen mangel.

6.5.12 Gulvvarme montert uten isolert påstøyp

Boger Bygg har montert gulvvarmen på støyp uten varmfordelingsplater og påstøyp. Kommunen anfører at dette er en mangel, og viser til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.8 25, der det fremgår at:

«Det skal generelt legges opp til vannbåren gulvvarme som primær varmekilde i hele bygget. Dette betyr at det skal medtas påstøp/flytavretting og isolasjon/varmfordelingsplater i alle slike arealer, se VVS-kapittel.»

Boger Bygg anfører at de har valgfrihet til å legge gulvvarmen direkte på betongen, og at dette er en preakseptert løsning.

Retten kan ikke se at det vil oppfylle funksjonskravene å legge gulvvarmen direkte på betongen uten varmfordelingsplater, med påstøyp. Retten viser til at det nødvendigvis vil bli dårligere fordeling av varmen.

Kommunen krever kr. 40 000,- i prisavslag, som de anfører tilsvarer Boger Byggs besparelse. Retten finner det sannsynlig at besparelsen er minst kr. 40 000,-, og tar kravet til følge.

6.5.13 Brannslanger ikke montert innfelt i vegg

Ett brannskap med brannslange er ikke innfelt i vegg. Kommunen anfører at dette er en mangel, og viser til kontraktsgrunnlaget, tekniske krav, punkt C.2.17.1331, der det fremgår at:

«For hvert brannskap (4 stk.) medregnes en brannsikker kasse for innfelling i vegg.»

Boger Bygg anfører at brannskapet opprinnelig var montert på en lydvegg, der det ikke kunne felles inn, og at de flyttet dette til en brannvegg, der skapet er felt inn så mye som mulig. Kommunen hever at skapet i sin helhet er plassert utpå veggen. Ut i fra bilde, fremgår det at det som stikker ut fra veggen er smalt, anslagsvis ti cm tykt. Retten finner det derfor mest sannsynlig at skapet er noe innfelt. Videre legger retten til grunn at alternativene for brannskap var enten på lydveggen, eller delvis innfelt i brannveggen. Retten er derfor kommet til at det ikke har vært mulig for Boger Bygg å montere brannskapet helt inn i veggen.

Retten er etter dette kommet til at forholdet ikke utgjør noen mangel.

6.5.14 Prisavslag

Manglende isolering ventilasjonskanaler	kr. 40 000,-
Manglende drensrenne garasjeport	kr. 0,-
Terskelløse dører	kr. 0,-
Manglende fotlist	kr. 7 500,-
Feil trevirke benk	kr. 10 000,-
Manglende sirkulasjon av varmtvann	kr. 50 000,-
Manglende kantstein mot Birkelundveien	kr. 34 000,-
Tilrettelagt kryssing av Ordfører Voldens vei	kr. 15 650,-
Innkassing soilrør	kr. 5 000,-
Sluk rom 2011	kr. 25 000,-
Ikke dytt og fug vindu/dør	kr. 0,-
Gulvvarme montert uten isolert påstøp	kr. 40 000,-
Brannskap ikke innfelt i vegg	kr. 0,-
Sum	<u>kr. 227 150</u>
Mva.	<u>kr. 56 787,-</u>
Prisavslag/erstatning	kr. 283 937,-

Kommunen tilkjennes etter dette prisavslag med til sammen kr. 283 937,- inkludert mva.

6.5.15 Dagmulkt

Avtalt overlevering var 20. august 2020. Bygget ble overlevert 7. september 2020. Kommunen krever dagmulkt fra 20. august 2020, til og med 2. september 2020, med kr. 440 000,-.

Boger Bygg anfører at de hadde rett til 40 dager fristforlengelse, og at det derfor ikke skulle påløpe dagmulkt.

Retten har over kommet til at Boger Bygg hadde rett til 40 dager fristforlengelse, og at kommunen uberettiget avslo fristforlengelsen. Dersom Boger Bygg var gitt fristforlengelse, så ville dagmulkt ikke påløpt. Boger Bygg valgte imidlertid å forsere, noe kommunen dømmes til å betale ekstra for. Etter rettens syn ligger det i forseringen at opprinnelig sluttfrist opprettholdes. Når fristen oversittes, så er vilkårene for dagmulkt oppfylt.

Retten finner etter dette at sluttfristen ikke ble forskjøvet og bygget er overlevert for sent. Kommunen gis medhold i kravet om dagmulkt for oversittet sluttfrist med kr. 220 000,-.

Når det gjelder dagmulkt for forsinket FDV-dokumentasjonen og «som bygget» tegninger, så anfører Boger Bygg at kommunen har lagt til grunn feil frist, og at fristen skulle vært beregnet fra søknaden om ferdigattest, som ble sendt den 19. oktober 2020. Boger Bygg viser til e-post av 5. august 2019 fra Frank Bjøringsøy i daværende Eidsberg kommune, der

det fremgår av punkt 18, under «konkurransgrunnlaget», bokstav E «Frister og dagmulker» at:

«Som bygget dokumentasjon (tegninger etc) leveres i sammen med søknad om ferdigattest. FDV leveres sammen med søknad om ferdigattest»

Kommunen anfører at kontraktsgjenstanden ikke kan tas i bruk før brukstillatelse foreligger og at brukstillatelse ble nektet som følge av manglende oppfyllelse av flere kontraktuelle rekkefølgekrav. Etter NS 8407 pkt. 16.3, så skal entreprenøren innhente nødvendig dokumentasjon og forestå søknad om tillatelse fra offentlig myndighet til å utføre og ta i bruk kontraktsgjenstanden, jf. plan- og bygningsloven § 21-10. Kommunen anfører at det ikke er ført bevis for at annet er avtalt, og at det ikke en gang er avtalt med partsrepresentant.

Ved overtakelsesforretning forelå det hverken ferdigattest eller midlertidig brukstillatelse, og kommunen nektet overtakelse. Ved overtakelsesforretning 7. september 2020 forelå midlertidig brukstillatelse, men ikke ferdigattest. Retten legger derfor til grunn at kommunen kunne ta bygget i bruk 7. september 2020.

På grunn av e-posten av 5. august 2019 fra Bjøringsøy i kommunen, mener retten at Boger Bygg kunne legge til grunn at «som bygget» dokumentasjon og FDV dokumentasjon skulle leveres sammen med søknad om ferdigattest. Retten kan ikke se noen grunn for at Boger Bygg skulle ha forstått at det som fremgikk av denne e-posten likevel ikke skulle gjelde. Retten legger derfor til grunn at dagmulkt for «som bygget dokumentasjon og FDV-dokumentasjon ikke startet å løpe før søknaden om ferdigattest ble sendt, som var den 19. oktober 2020. Retten finner derfor at kommunen ikke har rett til dagmulkt for «som bygget tegninger» og FDV-dokumentasjon.

Dagmulktkravet tas etter dette til følge med kr. 220 000,-.

6.5.16 Oppgjør brakkerigg

Retten forstår det slik at partene er enige om at Boger Bygg skal kreditere kommunen kr. 10 000,- for en brakkerigg Boger Bygg har overtatt. Retten tar kravet til følge med kr. 10 000,-.

6.5.17 Erstatning for kommunens utgifter til Norconsult og juridisk bistand

Kommunen krever erstattet utgifter de har hatt til Norconsult AS i saken med kr. 265 561,- eks mva., og erstatning for utgifter de har hatt til advokatfirmaet Føyen AS frem til 20. april 2021, da stevningen ble inngitt, med kr. 369 675,- eks. mva. Kommunen anfører at

bistanden har vært nødvendig blant annet for kontroll av prosjektering og konstatering av mangler.

Boger bygg viser til at dette reguleres av NS 8707 pkt. 42.5 andre ledd. Det fremgår av bestemmelsen at:

«Har mangelen påført byggherren et økonomisk tap som ikke dekkes av de foregående bestemmelsene, kan byggherren bare kreve dette dekket dersom mangelen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos totalentreprenøren.»

Boger bygg anfører at de ikke har vært grovt uaktsomme.

På grunnlag av det som fremgår over, kan retten ikke se at Boger bygg har opptrådt grovt uaktsomt.

NS 8707 pkt. 42.5 andre ledd gjelder bare mangler, og retten går ut i fra at det alminnelige cuplaansvaret gjelder for kostnader til kontroll av prosjektering, uten at retten kan se at det foreligger erstatningsbetingende uaktsomhet fra Boger byggs side i den anledning.

Kravet om erstatning for kommunens utgifter tas etter dette ikke til følge.

6.6 Oppsummering

Boger bygg tilkjennes etter dette:

Endringsmelding 11	kr. 2 600 000,- inkl. mva.
Endringsmelding 10	kr. 0,-
Endringsmelding 12	kr. 220 000,- inkl. mva.
Endringsmelding 39	kr. 60 900,- inkl. mva.
Utestående kontraktssum	<u>kr. 1 749 664,- inkl. mva.</u>
Sum	kr. 4 630 564,- inkl. mva.

Til fradrag kommer kommunens krav på:

Prisavslag pga mangler	kr. 283 937,- inkl. mva.
Dagmulkt	kr. 220 000,-
Oppgjør brakkerigg	kr. 10 000,-
Erstatning utgifter Norconsult og Føyen	<u>kr. 0,-</u>
Sum	kr. 513 937,- inkl. mva.

Indre Østfold kommune dømmes etter dette til å betale kr. 4 116 627,- til Boger bygg.

6.7 Forsinkelsesrenter

Boger bygg krever forsinkelsesrente av kontraktssummen fra 30. november 2020. Av det resterende krever de forsinkelsesrente fra 28. oktober 2020. Det fremgår av fremlagte fakturaer at forfall var hhv 28. oktober og 30. november 2020. Kommunens motkrav går til fradrag i fakturaene med forfall 28. oktober 2020. Retten tar rentekravet til følge.

7 Saksomkostninger

For så vidt gjelder endringsmelding 11 har Boger bygg fått medhold i 2,6 millioner kroner inkl. mva., av et krav på kr. 3 550 011,- inkludert mva. Videre har Boger bygg fått medhold i kr. 220 000,- inkl. mva. for endringsmelding 12, av et krav på kr. 326 746,- inkl. mva. for så vidt gjelder endringsmelding 39, har Boger bygg fått medhold i hele kravet, på kr. 60 900,- inkl. mva.

Kommunen har fått medhold i prisavslag på ni poster, og ikke medhold på fire poster. For flere av postene er prisavslaget satt lavere enn det kommunen anførte. Videre har kommunen fått medhold i dagmulktkravet for så vidt gjelder forsinket overlevering, men ikke for FDV-dokumentasjon og «som bygget» tegninger.

Retten kan etter dette ikke se at noen av partene har vunnet saken etter tvisteloven § 20-2 andre, jf. første ledd.

Med det resultat retten er kommet til, må Boger bygg anses for å ha fått medhold av betydning, jf. tvisteloven § 20-3. Det følger av bestemmelsen at saksomkostnader helt eller delvis kan tilkjennes dersom tungtveiende grunner tilsier det. Det skal særlig legges vekt på om motparten har avslått et rimelig forlikstilbud. Den 19. april 2021 fremsatte Boger bygg et forlikstilbud og i rettsmeklingen avsto kommunen et forlikstilbud som innebar at kommunen skulle betale 3 millioner kroner til Boger bygg. Forlikstilbudene var mer fordelaktige for kommunen enn det retten har kommet til.

Videre skal det legges vekt på hvor mye parten har fått medhold. Boger bygg har fått betydelig medhold.

Et forhold som taler mot at kommunen skal erstatte Boger byggs saksomkostninger, er at retten har vært i sterk tvil når retten har kommet til at Boger bygg har dokumentert årsakssammenhengen.

Retten er etter dette kommet til at særlige grunner tilsier at Boger bygg skal tilkjennes delvise saksomkostnader fra kommunen, jf. tvisteloven § 20-3.

I samsvar med tvisteloven § 20-5 har Boger byggs prosessfullmektig lagt frem saksomkostningsoppgave, der det totalt kreves kr. 1 206 641,-. kr. 408 635,- for 138,25 timer gjelder frem til stevningen, kr. 636 075,-, for 202,25 timer gjelder frem til

hovedforhandlingen og kr. 148 000,- for 48 timer gjelder gjennomføringen av hovedforhandlingen. I tillegg kreves kr. 13 931,- i utlegg, samt rettsgebyr.

Ut i fra sakens kompleksitet og omfang, finner retten at det har vært rimelig og nødvendig å pådra kostnadene.

Retten tilkjenner delvise saksomkostninger, og Indre Østfold kommune dømmes til å betale Boger byggs saksomkostninger med kr. 700 000,-.

På grunn av stor arbeidsbyrde er dommen ikke avsagt innen lovens frist.

DOMSSLUTNING

1. Indre Østfold kommune dømmes til innen 2 –to- uker fra dommens forkynnelse å betale 4 116 627 –firemillioneretthundreogsekstentusensekshundreogtjuesju- kroner inkludert merverdiavgift til Boger bygg, med tillegg av lovens forsinkelsesrente av 2 366 963
–tomillionertrehundreogsekstisektusenihundreogsekstire- kroner fra 28. oktober 2020 til betaling skjer og av 1 749 664
–enmillionsjuhundreogførтинisekshundreogsekstifire- kroner fra 30. november 2020 til betaling skjer.
2. Indre Østfold kommune dømmes til innen 2 –to- uker fra dommens forkynnelse å erstatte Boger bygg AS' saksomkostninger med 700 000 –sjuhundretusen- kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.


Marius Sandvig

