



AGDER LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 09.04.2024

Saksnr.: 23-172723ASD-ALAG

Dommere:

Lagdommer

Lagdommer

Ekstraordinær lagdommer

Ingeborg Fogt Bergby

Ketil Sondresen

Hanne Helle Arnesen

I Anke

Ankende part Tangvallveien 323 AS

Advokat Reidar Smedsvig

Rettslig medhjelper:

Advokatfullmektig Grete-Marie

Varhaug

Ankemotpart Hrl Entreprenør AS

Advokat Glumur Orri Högnason

Rettslig medhjelper:

Advokat Marius Undersrud Borgen

II Avledet anke

Ankende part Hrl Entreprenør AS

Advokat Glumur Orri Högnason

Rettslig medhjelper:

Advokat Marius Undersrud Borgen

Ankemotpart Tangvallveien 323 AS

Advokat Reidar Smedsvig

Rettslig medhjelper:

Advokatfullmektig Grete-Marie

Varhaug

DOM

Saken gjelder sluttoppgjør i totalentreprise etter oppføring av et næringsbygg.

1. Sakens parter og spørsmål

Tangvallveien 323 AS er et datterselskap av Seabrokers Eiendom AS. Seabrokers Eiendom utvikler, investerer i og drifter fast eiendom. Selskapet er en del av konsernet Seabrokers Group AS. Selskapene har hovedsete i Stavanger.

HRL Entreprenør AS er et entreprenørselskap med hovedsete i Porsgrunn. Amundsen Graf AS var tidligere et selvstendig entreprenørselskap, men fusjonerte i 2023 med HRL Entreprenør AS.

Saken har sitt utspring i entreprisekontrakt inngått i desember 2020 mellom SGB Tangvall AS (senere Tangvallveien 323) som byggherre, og Graf Entreprenør AS (senere Amundsen Graf/HRL Entreprenør) som totalentreprenør. Partene har underveis i saken benyttet seg av navnene «Seabrokers» for Tangvallveien 323 og «AG» for HRL Entreprenør. Lagmannsretten vil hovedsakelig benytte seg av samme terminologi.

Av kontraktens punkt 3 fremgår at NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser gjelder. Som kontraktsgjenstand er i punkt 4 angitt «Nybygg for Seabrokers Fundamentering AS, bestående av verkstedhall og kontorbygg». Seabrokers Fundamentering AS er et søsterselskap til Seabrokers Eiendom, og skulle være leietaker i bygget.

Næringsbygget ligger på Stathelle i Bamble kommune. Bygget sto ferdig i mai 2022. Etter opprinnelig hovedfremdriftsplan skulle bygget blitt overlevert 25. oktober 2021. Ferdigstillelsen ble forsinket, hovedsakelig som følge av at fremdriften på byggeplassen ble stoppet og byggetiden ble forskjøvet. Fremdriften på byggeplassen ble stoppet da det ble oppdaget at høyden på bygget i tegningene AG hadde mottatt fra Seabrokers, ikke samsvarte med høydebegrensninger gitt i reguleringsplanen og rammetillatelsen.

Sakens hovedspørsmål er om AG har krav på dekning av tilleggskostnader som følge av byggetidsforskyvningen. I denne sammenheng må lagmannsretten først ta stilling til om Seabrokers innsigelser til sluttoppjøret er prekludert. Hvis innsigelsene står ved lag, må lagmannsretten avgjøre om AG eller Seabrokers har risikoen for forholdet som forårsaket byggetidsforskyvningen. Om Seabrokers har risikoen for forholdet, må det gjennomføres en utmåling av AGs krav på dekning av tilleggskostnader.

2. Nærmere om sakens gang

Seabrokers søkte 18. juni 2019 om rammetillatelse til nytt industribygg og parkeringsplass på gnr. 38 bnr. 25 på Stathelle i Bamble kommune. Arkitektfirmaet Niras Norge AS avdeling Stavanger (Niras) sto som ansvarlig søker. Vedlagt søknaden lå tegninger datert 11. juni 2019. Byggehøyden var her totalt 14,40 meter.

Den 29. oktober 2019 utarbeidet Niras nye tegninger. Byggehøyden var her redusert til 11 meter. Ved e-post 6. november 2019 fra Bamble kommune til Niras ved arkitekt Atle Lenschow, gjorde kommunen oppmerksom på at byggehøyden i reguleringsplanen for området var satt til «maks 11 meter fra gjennomsnittlig terreng». Kommunen forsto søknaden som at en del av bygget ble vesentlig høyere - 15 meter - noe som fordret dispensasjon. Niras svarte samme dag at reviderte tegninger med byggehøyde 11 meter var sendt over 30. oktober 2019. Tegningene ble vedlagt på nytt.

Bamble kommune ga 2. desember 2019 rammetillatelse for nytt næringsbygg. Tillatelsen ble gitt «i tråd med søknad av 18.6.19 og nedjusterte tegninger mottatt 6.11.19». Dette innebar at rammetillatelsen forutsatte en byggehøyde på 11 meter.

Den 9. juni 2020 utarbeidet Niras nye tegninger. Terrenknoten var her angitt til 22,40 og 34,90, og differansen mellom disse angir byggehøyden. Det vil si at byggehøyden nå var endret til 12,5 meter.

Seabrokers sendte 7. juli 2020 ut anbudsinnbydelse på totalentreprise for nybygg for Seabrokers Fundamentering. Det ble oppgitt at konkurransen gjaldt et kombinasjonsbygg med grunnflate på ca. 2427 m² bestående av verkstedshall samt administrasjonsbygg. Videre at arbeidene skal utføres som en totalentreprise basert på NS 8407. I punkt 1.3 ble fremholdt at totalentreprenør «skal forestå prosjektering av bygget iht. vedlagte tegninger». Anbudet ble angitt å være en «fikssumkontrakt» som medfører at entreprenør ikke kan kreve noen form for tillegg ut over anbudssum, og at pris ikke skal reguleres for lønns- og prisstigning. I punkt 1.7 ble opplyst at «Prosjektet er i tråd med gjeldende reguleringsplan». For en nærmere beskrivelse av anbudsinnbydelsens innhold, vises det til tingrettens dom side 2 til 5.

Tegningene vedlagt anbudsinnbydelsen var datert 9. juni 2020, hvor byggehøyden var 12,5 meter. Tegningene av 29. oktober 2019 hvor byggehøyden var 11 meter, og som det var gitt rammetillatelse for, var ikke vedlagt.

AG ga tilbud på totalentreprise 22. september 2020.

I november 2020 ba prosjektleder Herman Kastet hos AG om å få oversendt rammetillatelsen. AG fikk da oversendt rammetillatelsen av 2. desember 2019. Seabrokers hadde

ikke sendt inn noen annen rammesøknad enn den av 18. juni 2019. I rammetillatelsen var det satt visse forutsetninger, blant annet at «gjennomføringsplanen endres til å omfatte nedjustert tegningsmaterieell» og at igangsettingssøknad må sendes før oppstart etter at Arbeidstilsynet hadde behandlet søknad.

Partene inngikk 10. desember 2020 kontrakt om totalentreprise. Avtalt kontraktssum var 33 496 639 kroner eksklusiv merverdiavgift. Kontrakten inneholdt ikke bestemmelser om tiltransport av Seabrokers arkitekt Niras. Tidsfrist for igangsettelse var 5. januar 2021 og sluttfrist 20. september 2021.

Som følge av tele i grunnforholdene vinteren 2020/2021 og enkelte endringer i prosjektet, ble partene enige om noe utsatt igangsettelse. Dette skulle ikke få økonomiske konsekvenser for noen av partene. Av hovedfremdriftsplan datert 1. mars 2021 fremgikk at forprosjektet startet 7. januar 2021 og ny dato for overlevering var 25. oktober 2021. Videre at betongarbeidene skulle starte 8. mars 2021 og stålarbeidet 6. april 2021.

I begynnelsen av mars 2021 forelå fortsatt ikke samtykke fra Arbeidstilsynet, og prosjektet kom i en kritisk fase tidsmessig fordi stålet skulle leveres 6. april 2021. AG besluttet derfor å sende inn en avgrenset søknad om igangsettingstillatelse. Under arbeidet med søknaden 8. mars 2021 oppdaget AG at det var avvik mellom byggehøydene i tegningene datert 9. juni 2020 som de hadde mottatt fra Seabrokers i anbudsinnbydelsen, og byggehøyden som var godkjent i rammetillatelsen. AG varslet Seabrokers om dette forholdet per telefon 9. mars 2021.

E-post 10. mars 2021 fra Herman Kastet i AG til Seabrokers representant Terje Aasen gjaldt varsel om fremdrift og økonomikonsekvenser. Det ble klargjort at man sto overfor to alternativer:

Alternativ 1:

Fortsette arbeidene, for å få til dette må vi ha en IG på betong og grunn. Vi får bare muligheten til å søke på dette da Arbeidstilsynets godkjenning ikke foreligger. IG skulle vi motta til torsdag slik at vi kunne begynne med støp fredag denne uken, dette var før høydene ikke stemte mellom ramme og kontraktstegninger.

Skal vi kunne søke IG for betong og grunn må vi ha arkitekt tegninger som viser 11m høyde på bygget, slik at dette stemmer med ramme og reguleringsplan. For så å søke om dispensasjon fra denne til 12.4m senere.

Fordelen med dette alternativet er at vi kan fortsette mer eller mindre på fremdriften, mulig den vil havne noen dager bak om vi ikke lenger får IG til torsdag denne uken.

Ulempen er at det løper flere risiki ved at kommunen ikke gir dispensasjon. Da har vi et stort problem ved at mye er prosjektet og satt i bestilling. Den største ulempen vil være at produsert stål ikke lenger er korrekt, og at teknisk rom ikke vil kunne gi plass i høyden til bestilte aggregater. Traverskran vil ikke lenger kunne passere over vaskehallen i verksteddelen som tenkt.

Det tydeliggjøres at all risiko og kostnader knyttet til dette ligger på byggherren. Om vi ikke skulle få dispensasjon vil det påløpe store kostnader og fremdriftskonsekvenser vi ikke kjenner til nå. Man kan jo selv tenke seg til konsekvensene av dette når ståler er produsert. Kostnader vedr. forsering grunnet forsinket IG og kostnader knyttet til søknadsprosessen ligger på BH

Oppstart stålarbeider er 6 april. Det betyr at Arbeidstilsynet må foreligge før dette slik at vi rekker å søke IG på denne.

Alternativ 2.

Stoppe alle arbeider og bestillinger som lar seg gjøre, frem til vi har en IG og eventuelt dispensasjon på 12.4m. Dette kan ta tid, da det må nabovarsels og at kommunen har mulighet til å bruke 12 uker på en dispensasjonssak . Om vi ikke får dispensasjon må vi omprosjektere høyden på verkstedhallen og teknisk rom. Dette påvirker flere fag og leveranser.

Det tydeliggjøres at all risiko og kostnader knyttet til dette ligger på byggherren. Dette vil gjøre at leveranse og UE vil måtte dyttes på, noe som gjør at bestillingstider og montasjetiden kan bli en annen en hva som er lagt til grunn nå. Kostnader knyttet til søknadsprosessen ligger på BH.

Hvilket alternativ ønsker Byggherre, for hver dag som går får det konsekvenser.

Ber om tilbakemelding innen slutten av torsdag denne uken på hva vi skal foreta oss.

Terje Aasen svarte i e-post samme dag:

Du må sjekke produksjonen på prefab og om det er mulig å stoppe, søk om grunn og betong asap.

Ansvarlig søker bar og sendt feil grunnlag til byggherre i dette tilfelle når de hentet inn pris så eg foreslår et teamsmøte i morgen når du har sjekket ut om det er kommet for langt i produksjon til å endres på ??

Kastet kontaktet kommunen vedrørende muligheten for å søke dispensasjon fra reguleringsplanens bestemmelser om byggehøyde. Han fikk opplyst at dispensasjon ikke var aktuelt, og at reguleringsendring var påkrevd ved byggehøyde over 11 meter. Det ble etter dette søkt om endring av reguleringsplanen hvor høyeste tillatte byggehøyde ble satt til 12,5 meter.

I tiden mars til juni 2021 ble det utført noe grunn- og betongarbeid. Øvrig arbeid ble satt på vent i påvente av behandling av søknaden om reguleringsendring.

AG sendte 2. juni 2021 Varsel om Endring nr. 9 (VOE 09) knyttet til pris- og fremdriftskonsekvenser som følge av byggestansen på grunn av høydeproblematikken. Det ble opplyst at AG «mener de ikke kan holdes ansvarlig for utsettelsen», og de krevde derfor å få dekket alle ekstrakostnader som skyldes byggestansen. Det ble videre opplyst at underentreprenører også kan kreve å få dekket ekstrakostnader, herunder eventuelle

prisøkninger. Ekstrakostnadene kunne da foreløpig ikke estimeres, men skulle bli opplyst når saken var avklart.

Samme dag, 2. juni 2021, ble søknaden om reguleringsendring behandlet av Bamble kommune. Det ble vedtatt endring på maksimum byggehøyde fra 11 til 12,5 meter. Klagefrist på vedtaket var tre uker.

Den 21. juni 2021 oversendte AG oppdatert fremdriftsplan. Stålarbeider skulle starte opp 6. september 2021. Overlevering var fastsatt til 11. april 2022.

AG sendte 15. juli 2021 revisjon 1 av VOE 09. Det ble vist til at byggherren hadde misligholdt kontrakten, da tegninger utsendt entreprenøren i kontrakten avvek fra tegninger innsendt av byggherren til Bamble kommune. AG krevde igjen alle ekstrakostnader som følge av byggestoppen dekket. Disse var da estimert til kr. 1 491 996 eksklusiv merverdiavgift. Om det nærmere innholdet i varselet og detaljert om partenes kontakt i tiden etter dette, vises det til tingrettens dom side 9 til 12.

Ved e-post 16. august 2021 fra Aasen til Kastet, avviste Seabrokers prisstigning på stålarbeider under henvisning til at det var en fastpriskontrakt. Forlenget leie av brakkerigg, nedstenging og oppstart av byggeplass, leie prostrøm skap og søknadsarbeider i forbindelse med dispensasjon ble akseptert, med den begrunnelse at «Entreprenøren har ikke har skyld i utsettelsen på disp. søknaden».

VOE 09 revisjon nr. 2 ble sendt 17. november 2021. Oppdaterte kostnader utgjorde nå kr 2 967 778 eksklusiv merverdiavgift. Seabrokers ved Aasen fastholdt ved e-post samme dag sitt tidligere standpunkt inntatt i e-posten 16. august 2021.

VOE 09 revisjon nr. 3 med ytterligere dokumentasjon for kravet ble sendt 17. desember 2021. Det ble fra AGs side fremholdt:

Kontraktens bestemmelser om at anbudet er en fikssumkontrakt og at pris ikke skal reguleres for lønns- og prisstigning gjelder bare innenfor kontraktens opprinnelige forutsetninger og fremdrift. Det er enighet om at entreprenør ikke har skyld i utsettelsen. Slik utsettelse utover kontraktens rammer gir rett til dekning av våre merkostnader. Vi viser til NS 8407 punkt 34.1.2 og 34.1.3. Dette gjelder både økninger i rigg og drift, som byggherre allerede har akseptert at det er grunnlag for, i tillegg til andre merkostnader som eksempelvis lønns- og prisstigning.

Etter dette var det flere e-poster mellom partene knyttet til VOE 09, hvor det fra Seabrokers side blant annet ble fremholdt at endringskravet ikke var rettmessig fordi AG hadde vært for sene med å bestille materialer, og at fremdriftsproblemene også skyldtes AGs underentreprenører. I e-post 1. mars 2022 erkjente Seabrokers ved daglig leder Rolf Aarthur ansvar for posten knyttet til fasadetillegget og noe for rigg og drift, men ikke i den størrelsesorden som AG krevet.

AG engasjerte etter dette advokatfirmaet Glittertind ved advokat Högnason. I brev 25. mars 2022 fra advokat Högnason ble AGs krav begrunnet og opprettholdt.

Seabrokers på sin side engasjerte advokatfirmaet Arntzen de Besche ved advokat Smedsvig. I brev 2. mai 2022 fra advokat Smedsvig ble det bestridt at de krav som AG hadde framsatt under VOE 09 bygget på noen svikt i byggherrens ytelser eller noe annet som byggherren hadde risikoen for.

Overtakelsesforretning ble holdt 6. mai 2022. Partene hadde da blitt enige om endret sluttfrist fra 11. april 2022 til 12. mai 2022. En del konkrete feil og mangler ved bygget ble påvist og inntatt i overtakelsesprotokollen.

I møte mellom partene 3. juni 2022 fremsatte Seabrokers et forlikstilbud på 1,5 millioner kroner eks. mva., som fullt og endelig oppgjør for alle AGs krav under VOE 09.

VOE 09 revisjon nr. 4 ble sendt 5. juli 2022. Vederlagskravet var her ytterligere oppjustert til kr 3 188 946 eks. mva.

Den 5. juli 2022 sendte AG også slutfaktura og sluttoppstilling til Seabrokers. Betalingsfristen var 3. september 2022 (60 dager). Ved e-post 2. september 2022 bestred Seabrokers slutfakturaen i sin helhet med grunnlag i påberopte mangler.

Den 26. august 2022 sendte Finexa Norge AS på oppdrag fra AG inkassovarsel til Seabrokers hva gjaldt to forfalte fakturaer, fakturanummer 12056 (VOE 09) på kr 4 014 296,66, og fakturanummer 12268 (VOE 09) på kr 77 963,82. Ved e-post 2. september 2022 fra Seabrokers ved Aarhun ble varselet besvart med at «kravene det vises til her er uttrykkelig bestridt, og advokater er involvert på begge sider». AG ved Kastet og Roger Dreyer var kopimottagere av e-posten.

AG tok ut stevning 21. desember 2022. Seabrokers innga tilsvaer 23. januar 2023.

Telemark tingrett avsa 31. august 2023 dom med slik slutning:

1. Tangvallveien 323 AS dømmes til innen 2 – to uker – fra dommens forkynnelse å betale til Amundsen Graf AS kr 4 087 832 inkl. mva. med tillegg av
 - lovens forsinkelsesrente av kr 3 908 691 fra forfall 7. mai 2022 og betaling skjer.
 - lovens forsinkelsesrente av kr. 77 492,50 fra forfall 2. august 2022 og til betaling skjer og
 - lovens forsinkelsesrente av kr 101 648,75 fra forfall 3. september 2022 og til betaling skjer.

2. Tangvallveien 323 AS dømmes til innen 2 – to uker – fra dommens forkynnelse å betale Amundsen Graf AS påløpt forsinkelsesrente med kr 16 668 (renter på faktura 12012 og 12103 fra 3. september 2022 og frem til 8. desember 2022).
3. Tangvallveien 323 AS dømmes til innen 2 – to uker – fra dommens forkynnelse å betale til Amundsen Graf AS kr 76 049,45 i avsavnsrenter.
4. Tangvallveien 323 AS frifinnes for kravet om å betale erstatning med kr 100 000 for advokatutgifter til Amundsen Graf AS.
5. Tangvallveien 323 AS frifinnes for kravet på kr. 81 952 (påløpt forsinkelsesrente fra 3. september 2022 og frem til 8. desember 2022).
6. Tangvallveien 323 AS dømmes til innen 2 – to uker – fra dommens forkynnelse å betale Amundsen Graf AS sakskostnader med kr 920 786.

Tingrettens hovedbegrunnelse for resultatet var at Seabrokers innsigelser mot sluttoppgjøret var prekludert i henhold til NS 8407 punkt 39.2. Tingretten uttalte også at byggetidsforskyvningen skyldtes forhold som Seabrokers hadde risikoen for.

Seabrokers anket dommen 29. september 2023.

AG innga 19. oktober 2023 tilsvarende og avledet anke. Den avledede anken knyttet seg til tingrettens domsslutning punkt 4 og 5 hvor Seabrokers ble frifunnet for kravet om erstatning av advokatutgifter forut for stevning, og for kravet om forsinkelsesrenter som følge av tilbakeholdt betaling av slutfakturaen.

Ankeforhandling ble holdt 12. til 15. mars 2023. Bevisførselen fremgår av rettsboken.

3. Partenes syn på saken

Tangvallveien 323 AS ved prosessfullmektig, advokat Reidar Smedsvig, har lagt ned slik påstand:

For krav framsatt i anke fra Tangvallveien 323 AS:

1. Tangvallveien 323 AS frifinnes mot innen to uker fra forkynnelse av dommen å betale til HRL Entreprenør AS 97 987 kroner med tillegg av merverdiavgift og alminnelig forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 3. september 2022 til betaling skjer.
2. HRL Entreprenør AS erstatter Tangvallveien 323 AS sine sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

For krav framsatt i avledet anke fra HRL Entreprenør AS:

3. Anken forkastes.

4. HRL Entreprenør AS erstatter Tangvallveien 323 AS sine sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Til støtte for påstanden er det i korte trekk gjort gjeldende:

Preklusjonsreglene for sluttoppgjør må ikke anvendes så strengt at de fører til et materielt uriktig resultat og uberettiget berikelse for en av partene. Dette vil være tilfellet om tingrettens dom blir stående.

Seabrokers innsigelser er ikke prekludert. Seabrokers fremsatte og gjentok innsigelsene til de relevante postene i sluttoppgjøret innen fristen i NS 8407 punkt 39.2. E-posten Seabrokers sendte 2. september 2022 ga uttrykk for at to fakturaer, som samsvarer med to spesifiserte poster/linjer i AGs sluttoppstilling, var uttrykkelig bestridt. Seabrokers ga med dette både uttrykk for uenighet og tydelig beskjed om hvilke deler av sluttoppgjøret uenigheten gjaldt. Seabrokers viste i e-posten til tidligere advokatkorrespondanse, der det også fremkommer at uenigheten gjelder den delen av AGs krav som de to postene/linjene i sluttoppstillingen omhandler.

Byggetidsforskyvningen skyldes forhold AG hadde risikoen for. AG påtok seg oppdraget som totalentreprenør og ansvarlig søker. Ved kontrakten påtok AG seg også risikoen for utført prosjektering, herunder for at prosjekteringen har forholdt seg riktig til de faktiske forholdene den skulle anvendes på. Det vises blant annet til anbudsinnbydelsen punkt 1.4 om at prosjekteringsunderlag inklusiv arkitektarbeider og tegninger er en del av totalentreprenørens kontraktsansvar, og at totalentreprenøren er ansvarlig for å utføre tverrfaglig kontroll og kvalitetssikring av disse.

Partene avtalte risikoovergang i tråd med NS 8407 punkt 24.2. Risikoovergang etter punkt 24.2 omfatter nettopp feil ved prosjekteringen, herunder at prosjekteringen ikke forholder seg på riktig måte til de faktiske forutsetningene den skal anvendes på. Risikoovergang omfatter også konkret uriktige opplysninger som entreprenøren burde ha oppdaget under sin gjennomgang. I AGs tilbud ble det ikke tatt reserverasjoner knyttet til risikoovergang. AG skulle og burde ha avdekket forholdet.

Det følger av NS 8407 punkt 25.1 at AG hadde en omfattende plikt til å undersøke og kvalitetssikre tegninger og andre leveranser fra Seabrokers, samt til å veilede Seabrokers. Veiledningsplikten gjelder også for forhold som i utgangspunktet er byggherrens ansvar og risiko. Seabrokers hadde engasjert AG som en erfaren og profesjonell entreprenør, og AG hadde et strengt profesjonsansvar.

AG fikk tilsendt rammetillatelsen i november 2020, før totalentrepriskontrakten ble inngått. Av rammetillatelsen fremgår det klart at den gjelder for «nedjusterte tegninger

mottatt 6.11.19». Tegningene AG mottok gjennom anbudgrunnlaget var datert juni 2020. AG skulle da stilt spørsmål ved om tegningene var de samme.

Uoverensstemmelsen mellom rammetillatelsen og tegningene vedlagt kontrakten gjelder høyden på bygget, og den utgjør dermed et svært sentralt forhold. AG oppdaget uoverensstemmelsen straks de begynte arbeidet med søknad om igangsettingstillatelse. Om AG hadde utført kvalitetssikringen når de skulle, ville de enkelt oppdaget den på et tidligere tidspunkt og byggetidsforskyvningen ville vært unngått eller sterkt redusert.

Under enhver omstendighet ble AG oppmerksom på forholdet som medførte byggetidsforskyvningen den 20. januar 2021, det vil si mer enn halvannen måned før AG tok følgene av forholdet. AG var her klar over ulikhetene i kotehøyde, og selskapet ble gjort uttrykkelig oppmerksom på at det var gjort endringer i fasade etter søknad om rammetillatelse. Dette ga AG en særlig grunn til å foreta grundigere undersøkelser.

AG har bare krav på vederlagsjustering for forhold Seabrokers måtte ha ansvaret for, og bare dersom det har ført til økte kostnader for AG. Seabrokers er ikke ansvarlig for økte kostnader som skyldes AGs eget mislighold. AG har en plikt til lojalt å begrense kostnadene.

AG mangler dessuten dokumentasjon for vesentlige deler av kravet. Under hovedforhandlingen nedjusterte AG sitt krav subsidiært. Ettersom tingretten bygget sin avgjørelse på AGs prinsipale påstandsgrunnlag om preklusjon av innsigelser, har tingrettens dom tilkjent AG vederlag som er materielt uriktig og som gir AG en uberettiget berikelse.

Krav i den avledede anken om erstatning på 100 000 kroner for advokatkostnader forut for stevningen, kan ikke føre frem. AG har ikke krav på betaling av endringsordrekraft nr. 9. Kostnadene med å argumentere for det uberettigede kravet kan da heller ikke kreves erstattet. Under enhver omstendighet foreligger ikke ansvarsgrunnlag for erstatningsplikt.

Heller ikke kravet på forsinkelsesrenter for Seabrokers' tilbakehold av sluttoppgjør i perioden 3. september til 8. desember 2022 kan føre frem. Seabrokers er enig med tingretten i at tilbakehold var berettiget som følge av blant annet manglende brukstillatelse, ferdigattest og mangler ved bygget knyttet til energiklasse.

HRL Entreprenør AS, ved prosessfullmektig, advokat Glumur Orri Högnason, har lagt ned slik påstand:

I Tangvallveien 323 AS' anke:

1. Anken fra Tangvallveien 323 AS forkastes.

I HRL Entreprenør AS' avledede anke:

1. Tangvallveien 323 AS dømmes til å betale til HRL Entreprenør AS kr 100 000 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 20.1.2023 og frem til betaling skjer.
2. Tangvallveien 323 AS dømmes til å betale til HRL Entreprenør AS kr 81 952 i påløpte forsinkelsesrenter for slutfakturaen.

I alle tilfeller:

3. Tangvallveien 323 AS dømmes til å betale HRL Entreprenør AS' sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Til støtte for påstanden er det i korte trekk gjort gjeldende:

Tingretten har korrekt konkludert med at Seabrokers ikke har gitt innsigelser til sluttoppstillingen som oppfyller kravene i NS 8407 punkt 39.2. Normen tingretten anvendte ved vurderingen er i tråd med gjeldende rett.

Først under tingrettens behandling fikk AG anvisning på hvilke deler av kravbeløpet i AGs sluttoppstilling Seabrokers bestrider. Tidligere har Seabrokers erkjent flere av postene under VOE 09, uten at det for AG har fremstått klart hvor mye som erkjennes, eller hvor mye Seabrokers eventuelt har avvist.

Konsekvensen av at det ikke er gitt rettidige innsigelser, er at disse prekluderes. Seabrokers er forpliktet til å betale det AG har krevd i sluttoppstillingen. Preklusjon ved manglende overholdelse av standardens krav, innebærer ingen uberettiget berikelse.

Det var kun to mindre kravsposter som av prosessøkonomiske hensyn ble nedjustert subsidiært for tingretten (ventilasjon og innredningsarbeider).

Subsidiært, dersom lagmannsretten skulle komme til at innsigelser anses gitt innen fristen, må retten ta stilling til om kravene i sluttoppgjøret er berettiget. Kravet i VOE 09 er det største av disse, og gjelder kostnadskonsekvenser ved byggetidsforskyvninger i prosjektet.

Seabrokers har risikoen for konsekvensene av de feilaktige tegningene både etter kontraktens bestemmelser og etter alminnelige avtalerettslige prinsipper. Seabrokers har gitt AG positivt uriktige opplysninger om at prosjektet var i tråd med reguleringsplanen, og har unnlatt å informere om at tegningene ikke stemte med rammetillatelsen. AG har dermed krav på vederlagsjustering.

Kravet er dessuten allerede akseptert av Seabrokers, noe Seabrokers er bundet av, slik at det kun er et spørsmål om utmåling.

Det er ikke grunnlag for Seabrokers' anførsel om risikoovergang. Forholdet har ikke noe med risikoovergangsbestemmelsene å gjøre, og dette er for øvrig heller ikke avtalt. Først etter at forholdet hadde blitt saksbehandlet i to år, og Seabrokers gjentatte ganger hadde akseptert kravgrunnlaget, fremsatte Seabrokers sin anførsel om at de ikke var ansvarlig for forholdet som følge av risikoovergang. Dette underbygger at anførselen er konstruert. Det viser også tydelig at partenes felles forståelse var at ansvaret ikke var avtalt overført til AG. En eventuell avtale om risikoovergang vil i alle tilfelle være ugyldig etter avtalelovens bestemmelser.

Det er ikke grunnlag for at AG skulle ha oppdaget forholdet tidligere. Noe slikt ble heller ikke gjort gjeldende under prosjektets gang.

AG har inngitt avledet anke for de to postene tingretten – under tvil – ikke ga AG medhold i. AG bestrider at Seabrokers hadde rett til tilbakehold av slutfakturaen. Partene har ikke avtalt krav om energiklasse A. Det fremgår ikke noe om dette i kontrakten eller i materialet som ble oversendt fra Seabrokers. Seabrokers var klar over at ferdigattest ikke forelå, og at dette skyldtes forhold på Seabrokers side.

Seabrokers er erstatningsansvarlig for deler av AGs advokatkostnader forut for saksanlegg. Tilbakeholdet av fakturaen er forsettlig, og det ble som et minimum gjort på et uaktsomt grunnlag. Det er derfor grunnlag for å knytte erstatningsansvar til det. Seabrokers erkjente allerede under prosjektets gang flere poster og kravgrunnlag, men unnlot likevel å betale.

4. Lagmannsrettens syn på saken

Lagmannsretten har kommet til at Seabrokers innsigelser til sluttoppgjøret ikke er prekludert. Lagmannsretten har videre kommet til at risikoen for byggetidsforskyvningen ligger hos Seabrokers. Seabrokers er dermed ansvarlig for AGs merkostnader i et slikt omfang som fremkommer nedenfor.

Når det gjelder kravene i avledet anke, har lagmannsretten kommet til at AG har krav på forsinkelsesrenter på slutfakturaen, men ikke på dekning av advokatkostnader som krevet forut for saksanlegg.

4.1 Spørsmålet om innsigelsene til sluttoppgjøret er prekludert

NS 8407 punkt 39 regulerer sluttoppgjøret. Reglene fremstår relativt strenge, noe som er begrunnet i hensynet til en rask og ryddig sluttoppgjøringsprosess.

Etter punkt 39.1 første ledd skal totalentreprenøren sende byggherren en sluttoppstilling med slutfaktura innen to måneder fra overtakelsen.

Punkt 39.2 regulerer betaling av slutfaktura, innsigelser og krav. Etter punkt 39.2 første ledd skal byggherren betale slutfakturaen innen to måneder fra mottakelsen av sluttoppstilling med slutfaktura. Av 39.2 andre ledd fremgår:

Er ikke annet avtalt, skal innsigelser byggherren har mot sluttoppstillingen eller krav han har mot totalentreprenøren i forbindelse med kontrakten, fremsettes innen betalingsfristen. Innsigelser og krav som byggherren har fremsatt tidligere, skal gjentas innen fristen dersom de opprettholdes.

Punkt 39.2 tredje ledd første punktum fastslår at «Innsigelser og krav som ikke fremmes innen fristen, kan ikke fremsettes senere». Dette innebærer at byggherrens innsigelser går tapt (prekluderes) dersom de ikke fremmes innen betalingsfristen på to måneder.

Det er i rettspraksis og teori slått fast på hvilken måte innsigelser skal fremmes. I HR-2020-228-A drøftet Høyesterett uttrykket «innsigelser» knyttet til NS 8415 punkt 33.2, som tilsvarende NS 8407 punkt 39.2. I avsnitt 62 fremgår:

Min konklusjon, basert på kontraktens ordlyd og system og hensett til reelle hensyn, er at kravet til innsigelser etter punkt 33.2 kan begrenses til en tilkjenning av uenighet uten at det kreves en nærmere begrunnelse. Men innsigelsene må identifisere hvilke deler av kravbeløpet i sluttoppstillingen som bestrides, og dette må gjøres på en slik måte at en normalt forstandig underentreprenør kan forstå hvilke betalingskrav som ikke godtas.

Nordtvedt m.fl., Kommentartutgave til NS 8407 (2013), uttaler på side 594 følgende om hvilke krav som stilles til innsigelsen:

For byggherren er det avgjørende at kravet eller innsigelsen er fremsatt «innen fristen». Det er ingen formelle krav til hvordan byggherren skal fremsette sine krav og innsigelser til sluttoppstillingen. Så lenge kravet eller innsigelsen er fremsatt innen fristen, dvs. to-månedersfristen eller den særlige fristen som måtte være avtalt, så er byggherrens plikter ivaretatt. Dette betyr at han kan fremsette dette i ulike dokumenter og til ulik tid, så lenge det skjer innen fristen.

I LB 2021-166529 uttales at den annen part «skal ikke måtte være henvist til antakelser og tolkninger om omfanget av innsigelser og krav basert på tidligere korrespondanse».

AG sendte 5. juli 2022 sluttoppstilling med slutfaktura. Betalingsfristen var 3. september 2022. Slutfakturaen lød på netto 2 694 810 kroner, det vil si 3 367 512,50 kroner inklusiv merverdiavgift.

Av sluttoppstillingen fremgikk at Endringsfaktura VOE 09 på 3 126 953 kroner med fakturanummer 12056 av 7. april 2022 ikke var betalt. Endringsfaktura på «VOE 09

oppjustering» på 61 994 kroner ble fakturert 5. juli 2022 og var dermed ikke forfalt. Begge postene var - som de eneste - markert med rødt i sluttoppstillingen.

Ved e-post 2. september 2022 fra Seabrokers ved Rolf Aarthun til Herman Kastet i AG ble slutfakturaen på 3 367 512,50 kroner bestridt i sin helhet med grunnlag i mangler. Denne e-posten var altså ikke en innsigelse mot sluttoppgjøret som sådan, men mot slutfakturaen. Seabrokers betalte slutfakturaen 8. desember 2022.

Ved e-post 2. september 2022 sendte Rolf Aarthun også en e-post til inkassoselskapet Finexa. Herman Kastet og Roger Dreyer i AG sto som kopimottakere. E-posten lød:

Hei Marianne!

Viser til mottatt inkassovarsel med deres ref. 1195553

Kravene det vises til her er uttrykkelig bestridt, og advokater er involvert på begge sider. Vi stiller oss uforstående til at en profesjonell kreditor som Amundsen Graf likevel velger å sende inkassovarsel på kravene, men forutsetter i alle tilfeller at Finexa med disse opplysninger avslutter saken i tråd med god inkassoskikk. Vennligst bekreft dette

Seabrokers har anført at dette er en tilstrekkelig innsigelse mot sluttoppgjøret i henhold til NS 8407 punkt 39.2, mens AG har anført det motsatte.

Lagmannsretten har funnet spørsmålet vanskelig, men har kommet til at innsigelsene er tilstrekkelig fremmet i henhold til kravene i NS 8407 punkt 39.2, slik at de ikke er for sent fremsatt.

Seabrokers mottok 26. august 2022 inkassovarsel fra Finexa på oppdrag fra AG. Varselet gjaldt fakturaen for VOE 09, det vil si fakturanummer 12056 på 3 908 691 kroner inklusiv mva., og faktura for oppjustering av VOE 09 med fakturanummer 12268 på 77 492,50 kroner inklusiv mva. Dette var de to fakturaene merket med rødt i sluttoppstillingen av 5. juli 2022 og som ikke var betalt.

Ved Aarthuns e-post 2. september 2022 til Finexa med AG på kopi vises det til inkassovarselet som gjelder ovennevnte fakturanumre. De to postene i sluttoppstillingen er dermed identifisert. Videre fremgår at kravene det vises til, altså de to fakturaene som gjelder VOE 09, er uttrykkelig bestridt. Dette innebærer at fakturaene knyttet til VOE 09 er bestridt i sin helhet.

E-posten med innsigelser ble ikke sendt direkte til AG, men til Finexa som handlet på oppdrag for AG. Finexa må dermed identifiseres med AG. Uansett sto både Herman Kastet og Roger Dreyer i kopi, slik at de ble kjent med Seabrokers syn.

Seabrokers har fra august 2021 avvist størsteparten av kravene knyttet til VOE 09 med den begrunnelse at det var inngått en fastpriskontrakt. I den forutgående korrespondansen mellom Seabrokers og AG, erkjente Seabrokers innledningsvis ansvar for visse poster knyttet til VOE 09, blant annet noe forlenget leie av rigg og for nedstengning av byggeplass. Det vises til e-post fra Terje Aasen 6. august 2021 og e-post fra Rolf Aarhun 1. mars 2022.

Aarhuns innsigelser 2. september 2022 til kravene knyttet til VOE 09 må imidlertid ses i sammenheng med tidligere advokatkorrespondanse og kontakt mellom partene. Partene hadde utstrakt kontakt i tiden, og AG må etter lagmannsrettens oppfatning ha vært klar over Seabrokers syn.

Videre er det er i Aarhuns e-post vist til at advokater er involvert på begge sider. Særlig advokat Smedsvigs brev 15. juni 2022 er relevant for forståelsen av innsigelsen. I dette brevet bestrides at Seabrokers skal dekke noe som følge av byggetidsforskyvningen. Det uttales:

Som vi påpekte i vårt brev av 2. mai 2022 og i møtet [3. juni 2022], engasjerte Seabrokers AG som totalentreprenør og ansvarlig søker for prosjektet. Det er på den bakgrunn Seabrokers sin oppfatning at AG både *kunne og burde ha forhindret* de forholdene som medførte at arbeidene på byggeplassen stoppet opp, og at det dermed er AG som *må bære risikoen* for følgene av den forsinkelsen som oppstod.

Og avslutningsvis:

Seabrokers har for øvrig godkjent og betalt AGs fakturaer knyttet til avslutningen av prosjektet, slik at alle krav fra AG knyttet til prosjektet med unntak for VOE 09 og AGs tilhørende krav på forsinkelsesrenter nå er endelig oppgjort.

Uttalelsene i brevet gir uttrykk for at hele ansvarsgrunnlaget for byggetidsforskyvningen bestrides, og dermed grunnlaget for hele VOE 09.

Samlet sett er det lagmannsrettens vurdering at AG ved Aarhuns innsigelse til inkassovarselet forsto at fakturaene i sluttoppstillingen knyttet til VOE 09 var bestridt i sin helhet, og at en normalt forstandig entreprenør også ville ha forstått at disse kravene var bestridt. At Seabrokers på et tidligere tidspunkt hadde erkjent ansvar for deler av kravene, gir ikke grunn til et annet syn på spørsmålet om innsigelser ble fremsatt innen betalingsfristen for sluttoppgjøret.

Lagmannsretten har ved vurderingen også sett hen til at dette gir et rimelig tolkningsresultat. Det vises til Dølvik, Sluttoppgjør i entrepris 2021 punkt 5 hvor det uttales:

Myk tolkning av preklusjonsbestemmelser opprettholder reglenes funksjon som riset bak speilet, men tillater samtidig at rettslige grunntanker om rimelighet og god tro i tvilstilfeller trumfer uberettiget berikelse i den ene eller andre retning.

4.2 Risikoen for byggetidsforskyvningen

Seabrokers' hovedanførsel knytter seg til at AG som totalentreprenør bærer risikoen for forholdet, idet byggetidsforskyvningen skyldes at AG ikke har oppfylt pliktene etter kontraktsforholdet. AG har bestridt at de bærer risikoen for forholdet.

Det følger av NS 8407 punkt 34.1.2 at 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. Om Seabrokers bærer risikoen for byggetidsforskyvningen, vil AG dermed ha krav på justering av vederlaget.

4.2.1 Spørsmålet om avtalt risikoovergang

I utgangspunktet er det byggherren som har risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av ham, jf. NS 8407 punkt 24.1. Etter standardens punkt 24.2 kan det avtales at totalentreprenøren skal overta risikoen for byggherrens prosjektering. Dette er en unntaksregel som etter fortalen til NS 8407 punkt 24 «kun skal benyttes i tilfeller hvor totalentreprenøren vil ha mulighet til å håndtere den risikoen han påtar seg».

Risikoovergangen er nærmere regulert i NS 8407 punkt 24.2.1:

Har partene avtalt at totalentreprenøren skal overta risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse, innebærer dette at han har risikoen som om han hadde prosjektert eller valgt løsningene selv.

Totalentreprenøren har under ingen omstendighet risiko for løsninger og annen prosjektering som bygger på uriktige opplysninger den prosjekterende har mottatt fra byggherren eller offentlige etater, med mindre totalentreprenøren burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang av materialet etter 24.2.2.

Ved avtalt risikoovergang overtar totalentreprenøren byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende. Byggherren skal i sin kontrakt med den prosjekterende sikre at totalentreprenøren har rett til å overta byggherrens eventuelle krav mot den prosjekterende.

Partene er uenige om det var avtalt risikoovergang og hvilken betydning dette eventuelt har.

Seabrokers har anført at det er en klar og tydelig avtale om risikoovergang. I denne sammenheng er det særlig vist til avtalen om totalentreprise av 10. desember 2020, som i

punkt 4 fastslår at anbudsforespørselen er en del av kontrakten. Av anbudsinnbydelse 7. juli 2020 fremgår i punkt 1.3 at «TE skal forestå prosjektering av bygget iht. vedlagte tegninger.» I punkt 1.4 fremgår:

Utarbeidet og overlevert prosjekteringsunderlag, inkl. arkitektarbeider, tegninger og beskrivelser, tiltransporteres i sin helhet til TE og er en del av TEs kontraktsansvar. Det er TEs ansvar innen innlevering av tilbud å utføre tverrfaglig kontroll og kvalitetssikring av disse.

Videre fremgår av anbudsinnbydelsen under «Generelle kontraktsbestemmelser» i punkt 5.1 blant annet:

Totalentreprenøren skal være ansvarlig prosjekterende og utførende for hele byggeprosjektet. Alle arkitektarbeider og -tegninger er under Totalentreprenørens ansvar.

Det er også vist til AGs tilbud 22. september 2020, hvor det er inntatt som en underoverskrift «Presisering vedrørende risikoovergang, kvalitet og leveranseforutsetninger». Det er ikke gjort reserverasjoner fra AGs side.

AG har på sin side vist til at bestemmelsene om risikoovergang etter NS 8407 punkt 24.2 ikke er anvendelige på dette forholdet. Videre at risikoovergang ikke er avtalt, og i alle fall ikke for det forholdet kravet gjelder.

Etter lagmannsrettens vurdering trekker flere faktorer i retning av at partene ikke har inngått avtale om risikoovergang. Det vises til at NS 8407 punkt 24.2 ikke er nevnt verken i kontrakten eller i anbudsinnbydelsen, noe som ville vært naturlig ved avtale om risikoovergang. Det er heller ikke spor av dialog om frist eller prosedyrer for gjennomgang av prosjektmaterialet. Bestemmelsen er en unntaksbestemmelse, og en avtale om risikoovergang burde kommet klarere frem om dette var partenes mening. Det var først i tilsvaret for tingretten at Seabrokers gjorde gjeldende at det var avtalt risikoovergang. At risikoovergang skulle være avtalt for det forholdet kravet gjelder, er i strid med partenes uttalelser underveis i prosjektet forut for advokatbistand, jf. nedenfor.

Lagmannsretten har ikke ansett det nødvendig å ta endelig stilling til om partene har avtalt risikoovergang, idet lagmannsretten uansett er enig med tingretten og AG i at bestemmelsene om risikoovergang ikke er anvendelige på det forholdet feilen i denne saken knytter seg til. Det er videre et grunnleggende entrepriserettslig prinsipp at risikoen følger funksjonsfordelingen, og her var det avtalt at Seabrokers skulle stå for rammesøknad. AG hadde ikke mottatt rammetillatelsen på tidspunktet hvor gjennomgangen av anbudsdokumentene ble gjort i forbindelse med AGs tilbud i september 2020.

NS 8407 punkt 24.2 gjelder for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren. Risikoovergangen knytter seg dermed til prosjekteringen. Denne saken gjelder ikke prosjekteringsfeil; det ikke er noen feil som sådan i tegningene utarbeidet av arkitekten. Seabrokers har for øvrig heller ikke gjort gjeldende at arkitekten har gjort en feil – bygget med 12,5 meters høyde er isolert sett riktig prosjektert. Det er da heller ikke noe krav mot arkitekten som kan overdras til og forfølges av AG – hvilket ville vært en naturlig konsekvens ved en eventuell risikoovergang, jf. NS 8407 punkt 24.2.1 tredje ledd.

4.2.2 Nærmere om hvem som bærer risikoen for byggetidsforskyvningen

Feilen i denne saken knytter seg til at det ble gitt en direkte positivt gal opplysning fra Seabrokers side og vedlagt feil tegninger. I anbudsinnbydelsen ble det vedlagt tegninger med byggehøyde 12,5 meter. Samtidig ble det i punkt 1.7 opplyst: «Prosjektet er i tråd med gjeldende reguleringsplan.» Dette var ikke korrekt, idet gjeldende reguleringsplan satte en maksimum byggehøyde på 11 meter.

Videre fremgikk det av punkt 1.7: «Rammesøknad vil bli sendt inn i løpet av sommeren, og forutsettes godkjent i god tid før byggestart.» Også dette er feil. Rammesøknad var allerede sendt, og det var 2. desember 2019 gitt rammetillatelse basert på tegningene med 11 meters byggehøyde.

Det er også uomtvistet at Seabrokers skulle stå for rammesøknaden og behandlingen av denne, jf. anbudsinnbydelsen punkt 1.7 siste avsnitt. Med de opplysningene Seabrokers ga i anbudsinnbydelsen, hadde AG ingen oppfordring til å ettergå nærmere om prosjektet faktisk var i tråd med gjeldende reguleringsplan. Heller ikke da AG fikk oversendt rammetillatelsen i november 2020, var det noen grunn for AG til å stille spørsmål ved tegningsgrunnlaget, sett hen til den klare uttalelsen i anbudsinnbydelsen om at prosjektet er i tråd med gjeldende reguleringsplan.

Foruten de direkte feilopplysningene i anbudsinnbydelsen, er også Seabrokers opptreden i forkant av denne, sentralt for lagmannsrettens vurdering av hvem som bærer risikoen.

Seabrokers ansvarlige søker, Niras, sendte i juni 2019 inn tegninger med gesimshøyde 14,4 meter ved søknad om rammetillatelse hos kommunen. Dette var ikke i tråd med kravene i reguleringsplanen, og Seabrokers fikk beskjed om at byggehøyden måtte senkes. Seabrokers ved Niras sendte deretter 30. oktober/6. november 2019 inn nye tegninger hvor byggehøyden var senket til 11 meter. Rammetillatelse ble gitt på bakgrunn av dette.

Fremfor å vedlegge disse tegningene ved anbudsinnbydelsen, la Seabrokers ved et tredje nytt tegningssett med byggehøyde 12,5 meter. Tegningene som Seabrokers overleverte AG var dermed verken i tråd med Seabrokers rammetillatelse, Seabrokers tidligere tegningssett eller reguleringsplanen. Det må legges til grunn at Seabrokers, i alle fall noen i Seabrokers

organisasjon, satt på positiv kunnskap om at det var skjedd endringer i tegningene og at det siste tegningssettet avvek fra tegningene i rammetillatelsen og reguleringsplanen, uten at AG ble informert om dette. Seabrokers arkitekt ville ikke lagd nye tegninger uten at vedkommende var blitt bedt om dette av sin oppdragsgiver.

Seabrokers har ikke kunnet forklare hvorfor det i anbudstillatelsen ble lagt ved andre tegninger enn de tegningene som lå til grunn for rammetillatelsen. Aarthun har forklart at han «bare la ved de siste». Seabrokers har heller ikke kunnet forklare hvorfor byggehøyden ble endret på tegningene eller hvem som ba arkitekten gjøre dette. Aarthun forklarte at mange var involvert i prosjektet, også eierne, men at han selv ikke hadde bedt om endring av byggehøyden. Tingretten stilte seg i dommen undrende til at arkitekten ikke ble ført som vitne. Også lagmannsretten finner det underlig at Seabrokers ikke har villet opplyse saken nærmere knyttet til endringen av byggehøyde og hvem som visste hva om dette. Det fremstår klart for lagmannsretten at noen hos Seabrokers må ha hatt kjennskap til at byggehøyden var endret. Seabrokers var da utvilsomt nærmest til å opplyse om dette.

Lagmannsretten har ved vurderingen av hvem som bærer risikoen for forholdet, også sett hen til partenes opptreden da feilen ble oppdaget og i tiden etter dette. Det er ingen tidsnære bevis som tyder på at Seabrokers mente at risikoen for feilen var overtatt av AG. Tvert om bærer alle uttalelser fra partene i tiden etter feilen ble oppdaget, preg av at det var partenes felles forståelse at risikoen for feilen lå hos Seabrokers.

Det vises i denne sammenheng til e-post 10. mars 2021 fra Herman Kastet til Terje Aasen vedrørende varsel om fremdrift og økonomiske konsekvenser som følge av feilen. Kastet understreker: «Det tydeliggjøres at all risiko og kostnader knyttet til dette ligger på byggherren.» Dette ble ikke imøtegått av Seabrokers.

Videre vises det til Seabrokers tilbakemelding på VOE 09 den 16. august 2021 hvor AGs kostnader til forlenget leie av brakkerigg, nedstenging og oppstart av byggeplass og søknadsarbeider i forbindelse med dispensasjon ble akseptert med den begrunnelse at «Entreprenøren har ikke skyld i utsettelsen på disp.søknaden.» Det vises også til Aarthuns e-post 1. mars 2022 hvor Seabrokers erkjenner kostnadene knyttet til fasadetillegget og et tillegg til rigg og drift. Det var fram til da ikke anført noe om at AG bar risikoen for forholdet.

4.2.3 Nærmere om AGs veilednings- og undersøkelsesplikt

Seabrokers har videre anført at selv om det ikke skulle være avtalt en risikoovergang mellom partene, så har AG overtatt risikoen for forholdet som totalentreprenør.

NS 8407 punkt 25 regulerer totalentreprenørens undersøkelses- og veiledningsplikt. Etter punkt 25.1.1 første ledd skal totalentreprenøren som en del av sin produksjonsplanlegging

undersøke byggherrens ytelser og andre forhold byggherren har risikoen for. Av bestemmelsens punkt a) fremgår at undersøkelsen særlig skal legge vekt på «om løsninger eller annen prosjektering byggherren har risikoen for er ufullstendige, inneholder uoverensstemmelser eller andre svakheter».

Nordtvedt m.fl., Kommentirutgave uttaler om punkt 25 på side 80:

Helt overordnet må det kunne legges til grunn at undersøkelsen må være forsvarlig og den må være egnet til å avdekke eventuelle feil og svakheter. En ren overflatisk kontroll er ikke tilstrekkelig. Totalentreprenøren driver profesjonell virksomhet og aktsomhetsnormen vil normalt være streng.

Lagmannsretten kan ikke se at AG har brutt veilednings- og undersøkelsesplikten.

Med de direkte feilopplysningene Seabrokers ga i anbudsinnbydelsen knyttet til reguleringsplan og ved å legge ved feil tegninger, var det ikke enkelt for AG å oppdage at byggehøyden på tegningene ikke var i overensstemmelse med reguleringsplanen. Uoverensstemmelser knytter seg typisk til at tegninger og beskrivelser ikke samsvarer, eller at beskrevne krav ikke lar seg gjennomføre. Ikke noe av dette var tilfellet ved feilen i denne saken. AG hadde på bakgrunn av informasjonen i anbudsinnbydelsen ingen foranledning for å gjøre nærmere undersøkelser av dette grunnlaget. Som nevnt over, var det Seabrokers som satt på alle tegningene, og noen i Seabrokers organisasjon må ha hatt kjennskap til de endrede byggetegningene, men dette ble ikke formidlet til AG.

Lagmannsretten kan heller ikke se at AG kan bebreides for ikke å ha overtatt Seabrokers arkitekt. Dette var ikke en del av partenes avtale.

4.2.4 Burde AG ha avdekket forholdet tidligere?

Seabrokers har anført at AG burde ha avdekket feilene knyttet til byggehøyde i januar 2021, med den konsekvens at Seabrokers ikke blir ansvarlig for hele byggetidsforskyvningen.

Lagmannsretten kan ikke se at AG burde ha oppdaget forholdet i januar 2021 på bakgrunn av e-postkorrespondansen mellom Kastet og arkitekt Lenschow.

Kastet sendte 20. januar 2021 en e-post til Lenschow hvor han spurte hvilken terrenghøyde som var gjeldende inn mot kommunen, og henviste til at «det er 2 stk tegning sett med ulike kotehøyde». Lagmannsretten viser til Kastets forklaring om at forespørselen gjaldt terrenghøydene i forbindelse med grunnarbeidene. Sett hen til opplysningene som var gitt om at prosjektet var i tråd med gjeldende reguleringsplan, ga tegningene med ulik kotehøyde ingen grunn for Kastet til å mistenke at byggehøyden ikke var i tråd med gjeldende reguleringsplan.

Lagmannsretten bemerker videre at arkitekt Lenschow i e-postsvar 22. januar 2021 opplyste at det var gjort

endringer i fasade mm etter søknad om rammetillatelse. Søknadsmateriell som det refereres til tilhører byggesaken. Tegninger til Henrik i kommunen ble sendt den 6.11.2019. Se vedlagt PDF.

Som fremholdt i tingrettens dom, ga Lenschow ingen opplysninger om endringer i byggehøyden. Kastet forklarte at han oppfattet de nevnte endringene i fasade som en mindre endring knyttet til enten dør eller vindu, og ikke på et så sentralt punkt som byggehøyde. Lagmannsretten kan på bakgrunn av korrespondansen ikke se AG kan lastes for at det ikke ble oppdaget tidligere at høyden på byggetegningene avvek fra høyden i reguleringsplan og rammetillatelse.

Lagmannsretten kan for øvrig heller ikke se at AG burde oppdaget forholdet tidligere dersom de hadde fulgt opprinnelig fremdriftsplan. Igangsettingssøknad ble sendt tidsnok i forhold til fremdriftsplanen. Seabrokers var kjent med at igangsettingssøknad forutsatte samtykke fra Arbeidstilsynet, og at det var Seabrokers som byggherre som skulle sørge for dette samtykket. Tidsnær dokumentasjon tilsier at AG ikke kan lastes for at søknaden til Arbeidstilsynet tok tid. Det vises blant annet til e-post 30. november 2020 fra Kastet til Aarthun og e-post 22. februar 2021 fra Kastet til Aasen.

4.2.5 Oppsummering

Oppsummeringsvis er lagmannsretten samlet sett enig med tingretten i at Seabrokers bærer risikoen for hele byggetidsforskyvningen. AG har da krav på justering av vederlaget, jf. NS 8407 punkt 34.1.2. Det legges til grunn at byggetidsforskyvningen utgjorde drøye fire måneder, idet det gjøres fratrukk for ferietid. Som beskrevet nærmere nedenfor, ble stålleveransen utsatt i fem måneder som følge av problemet med byggehøyden. Dette medførte omtrent tilsvarende utsettelse på ferdigstillingen.

4.3 Utmåling

Lagmannsretten går nå over til å behandle utmålingen av kravet som følge av byggetidsforskyvningen.

Det grunnleggende synspunktet ved utmåling av berettigede krav på vederlagsjustering og fristforlengelse, er at entreprenøren fullt ut skal kompenseres for konsekvensene, jf. Bruserud m.fl. Entrepriserett (2014) side 269.

Det følger av NS 8407 punkt 34.4 at vederlagsjustering, hvis det ikke foreligger anvendelige enhetspriser, skal skje i samsvar med bestemmelsene om regningsarbeid i

punkt 30. Punkt 30.1 regulerer vederlagsberegning og fastslår at «totalentreprenøren skal ha betalt for nødvendige kostnader med å utføre arbeidet og et avtalt eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste».

Feilen knyttet til byggehøyde førte til at produksjonen av stål måtte settes på vent til det var klart om bygget ville kunne få en høyde på 12,5 meter eller ikke. Etter hovedfremdriftsplanen - før høydeproblematikken ble oppdaget - skulle stålarbeidene starte 6. april 2021. Det er på det rene at stål er på såkalt «kritisk linje» i fremdriftsplanen. Enhver forsinkelse på stålleveransen vil føre til forsinkelse på resten av prosjektet. Konsekvensen av feilen med byggehøyde var som nevnt at bygget ble ferdigstilt omtrent fem måneder senere enn planlagt. Etter oppdatert hovedfremdriftsplan skulle stålarbeidene starte 6. september 2021, dvs. fem måneder senere enn opprinnelig plan. Forsinkelsen medførte også at arbeidet kom inn i vinterhalvåret, med fordyrende konsekvenser som følge av vinterdrift.

For ordens skyld bemerkes at den første forskyvningen av ferdigstillelse på rundt én måned, og som partene ble enige om, ikke påvirket kravet om vederlagsjustering.

Byggetidsforskyvningen medførte prisøkninger på en rekke leveranser. Særlig sommeren og høsten 2021 var det ekstraordinære prisøkninger som en konsekvens av Covid 19-pandemien. Seabrokers har for visse poster gjort gjeldende at AG kunne unngått prisøkningen ved å gjennomføre bestilling tidligere. Dette behandles nærmere knyttet til de enkelte kravene.

Lagmannsretten gjennomgår i det følgende punktvis de ulike kravene fra AG.

4.3.1 Stålarbeider

AG har krevd dekket 1 049 000 kroner i vederlagsjustering. Kravet er fra underentreprenøren Elektrosveis og gjelder prisøkning som følge av utsettelsen i arbeidet med å montere sandwichelementer med videre. Byggetidsforskyvningen medførte ingen prisstigning på selve stålkonstruksjonen, da denne allerede var produsert.

Lagmannsretten finner kravet på 1 049 000 kroner dokumentert, og dette legges til grunn. Det vises til endringsmelding fra Elektrosveis 8. juli 2021. Lagmannsretten viser også til e-post 13. desember 2021 hvor leverandør for stålpanelene, Ruukki, bekrefter at det i perioden november 2020 til juni 2021 var 124% prisstigning på takplater og 41% prisstigning for veggpaneler. Dette innebærer at Elektrosveis kun har krevd ca. 60% av prisøkningen. AG ba om nytt tilbud fra Elektrosveis kort tid etter at reguleringsplanen ble endret, og det kan ikke hevdes at AG burde fått låst prisen tidligere knyttet til denne posten, noe som for øvrig heller ikke er anført.

Lagmannsretten bemerker for øvrig at Seabrokers tidligere har erkjent denne posten knyttet til fasadetillegget, jf. e-post fra Rolf Aarhun 1. mars 2022.

Endret vederlag for stålarbeider fastsettes til 1 049 000 kroner.

4.3.2 Dører og porter

AG har krevd dekket 130 000 kroner i vederlagsjustering. Kravet knytter seg til prisøkning fra underleverandøren Port-Teknikk som følge av byggestopp og utsatt levering.

Lagmannsretten finner kravet på 130 000 kroner dokumentert, og dette legges til grunn. Det vises til opprinnelig tilbud fra Port-Teknikk på kr 960 000 oversendt AG 7. januar 2021 og revidert tilbud 17. august 2021 på kr 1 090 000. Seabrokers er tidligere kompensert for besparelsen på justering av antallet porter fra ti til åtte.

Seabrokers har anført at AG burde satt portene i bestilling i juni 2021, og dermed sørget for at det kun hadde blitt 5% prisøkning. Anførselen er fremmet under henvisning til e-post 19. april 2021, hvor Port-Teknikk informerte AG om at det ville komme en prisøkning på ca. 5% fra 1. juni 2021.

Anførselen kan ikke føre frem. Bamble kommune behandlet først 2. juni 2021 endringen i reguleringsplanen. På vedtaket var det tre ukers klagefrist. Den 1. juni 2021 var det fortsatt usikkert hva som ville skje med prosjektet. Det er heller ikke ført bevis fra Seabrokers side om at det ville vært mulig å få en lavere prisøkning når leveransen på portene ble forskjøvet flere måneder fram i tid. AG har bedt om oppdatert tilbud på porter innenfor en tidsramme som oppfyller lojalitetsplikten i NS 8407 punkt 3.

Endret vederlag for dører og porter fastsettes etter dette til 130 000 kroner.

4.3.3 Tekkearbeider

AG har krevd dekket 137 150 kroner i vederlagsjustering. Kravet gjelder økte priser fra underleverandør som følge av byggetidsforskyvningen.

Lagmannsretten finner kravet på 137 150 dokumentert, og dette legges til grunn. Det vises til tilbud fra taktekker IcopalTak 16. august 2020 på kr 1 173 814. Videre vises det til oppdatert tilbud 25. oktober 2021 på kr 1 346 133. Tilbudet innebar en prisøkning på kr 172 319. Av dette har AG krevd dekket kr 91 550, det vil si litt over halvparten, med den begrunnelse at det første tilbudet var noe gammelt. Det er ikke omtvistet at den største delen av prisøkningen på materialer kom sommeren 2021. Dette tilsier at AGs krav er berettiget og i alle fall ikke for høyt. I tillegg kommer taktekkers vintertillegg på kr 45 600 som følge av at arbeidet måtte utføres i vintersesongen.

Taktekkerarbeid er i slike prosjekter normalt det siste som det innhentes tilbud på, og AG kan ikke bebreides for at oppdatert tilbud fra taktekker først ble gitt i oktober 2021.

Endret vederlag for tekkearbeider fastsettes til 137 150 kroner.

4.3.4 Glassarbeider

AG har krevd dekket 80 386 kroner i vederlagsjustering. Kravet knytter seg til prisøkningen fra underleverandøren Aluminiumfasader som følge av byggetidsforskyvningen.

Lagmannsretten finner kravet på 80 386 kroner dokumentert, og dette legges til grunn. Det vises til tilbud 8. februar 2021 fra Aluminiumfasader på kr 714 637. Videre vises det til oppdatert tilbud 11. august 2021 på kr 795 023. Kravet utgjør prisdifferansen.

Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at prisen ville blitt lavere om AG hadde fått innhentet tilbudet tidligere. Det avgjørende for prissettingen må, i mangel av andre bevis, anses å være når leveransen skal skje. Det var sommeren 2021 stor usikkerhet i markedet, og leverandørene ville etter lagmannsrettens syn mest sannsynlig tatt høyde for dette ved inngivelsen av tilbud. Det vises til Kastets forklaring omkring dette.

Endret vederlag for glassarbeider fastsettes til 80 386 kroner.

4.3.5 Innredningsarbeider

AG har prinsipalt krevd dekket kr 228 800 i vederlagsjustering. Kravet utgjør prisøkning knyttet til systemvegger og himlinger.

AG har vist til at total økning på prisene for innredningsarbeider utgjorde kr 473 493, og har da sammenlignet prisdifferansen i tilbud fra Moelven 19. august 2020 på kr 1 725 702 og oppdatert tilbud 8. november 2021 på kr 2 199 195. Alle postene i tilbudet var ikke sammenlignbare, og kravet ble derfor justert til kr 228 800. En annen leverandør enn Moelven foresto til slutt innredningsarbeidene. Under tingrettens behandling ble kravet av prosessøkonomiske hensyn fra AGs side subsidiært nedjustert til kr 126 265, som Seabrokers aksepterte under forutsetning av ansvar.

I mangel av dokumentasjon på prisøkning fra leverandøren som faktisk gjennomførte innredningsarbeidene, legger lagmannsretten det nedjusterte kravet til grunn som sannsynliggjort.

Endret vederlag for innredningsarbeider fastsettes til 126 265 kroner.

4.3.6 Ventilasjonsarbeider

AGs krav om vederlagsjustering knyttet til ventilasjonsarbeider utgjør 107 000 kroner. Kravet knytter seg til prisøkningen fra underleverandør TKT Inneklima som følge av byggetidsforskyvningen.

TKT Inneklima krevde 2. august 2021 en prisøkning på kr 94 980 på grunn av utsettelsen. Det er fremlagt e-postkorrespondanse fra november 2021 som viser at TKT beregnet for lav prisøkning og ønsket å justere denne opp. Av prosessøkonomiske hensyn justerte AG under hovedforhandlingen kravet til 94 980 kroner som opprinnelig krevd av TKT. Seabrokers har akseptert den reviderte kravsberegningen. Lagmannsretten finner kravet på kr 94 980 dokumentert, og dette legges til grunn.

Endret vederlag for ventilasjonsarbeider fastsettes til 94 980 kroner.

4.3.7 Elektroarbeider

AG har krevd dekket 77 400 kroner i vederlagsjustering. Kravet gjelder prisøkning fra underleverandør Elektro 4 som følge av byggetidsforskyvningen.

Kravet er bestridt fra Seabrokers side som følge av kontrakten inngått 19. april 2021 mellom AG og Elektro 4, hvor det da var gitt en fast pris uten indeksregulering. På tidspunktet for inngåelse av kontrakten, hadde forholdene knyttet til byggehøyde allerede vært kjent i over en måned.

Lagmannsretten finner AGs krav dokumentert, og dette legges til grunn. Det fremgår av kontrakten mellom AG og Elektro 4 fra 19. april 2021 punkt 11 at igangsettelse etter nærmere avtale var i mars 2021 og med sluttfrist oktober 2021. Kastet har forklart at de allerede hadde en avtale med Elektro 4 før høydeproblematikken dukket opp, men at partenes enighet først ble formalisert i kontrakt senere på grunn av sykmelding hos Elektro 4. Dette samsvarer med kontraktens bestemmelser om tidsfrister, og lagmannsretten finner dette sannsynliggjort.

Endringsmelding 9. september 2021 fra Elektro 4 AS dokumenterer prisøkningen på kr 77 400. Opprinnelig tilbudssum for elektroarbeidene utgjorde totalt kr. 2 280 400, jf. tilbud 6. november 2020. I kontrakten fremkommer at dette ble nedjustert til totalt kr 2 150 000 etter telefon 7. november 2020.

Endret vederlag for elektroarbeider fastsettes til 77 400 kroner.

4.3.8 Prefabrikkerte betongelementer

AG har krevet dekket 144 908 kroner i vederlagsjustering. Kravet knytter seg til prisstigning på betongelementer som følge av byggetidsforskyvningen.

AG har som begrunnelse for kravet vist til faktura fra Loe Betongelementer av 23. februar 2022 på kr 123 960 som gjelder «prisstigning», og faktura fra samme firma av 28. februar 2022 på kr 20 948 som gjelder «netto merkost armering». AG har anført at de ikke ville fått krav om prisstigning ved et normalt byggeførløp. Subsidiært nedjusteres kravet til 54 584 kroner etter fratrukk for den indeksregulering Loe Betongelementer kunne krevet i henhold til kontrakten uten byggetidsforskyvning.

Seabrokers har bestridt kravet under henvisning til at AG uansett ville fått indeksregulering uten byggetidsforskyvningen, samt at AG flere ganger har uttalt at prisøkningen ikke skulle påvirke prefabrikkerte betongelementer. I tillegg virker det sent at det skal indeksreguleres til desember 2021, da det burde vært avsluttet i august 2021.

Lagmannsretten finner kun det nedjusterte, subsidiære kravet på 54 584 kroner som dokumentert, og dette legges til grunn. Det vises til de ovenfor nevnte fakturaene fra Loe Betongelementer. Sett hen til den uvanlig sterke prisøkningen, er det etter lagmannsrettens syn ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at kravet om indeksregulering ville uteblitt om høydeproblematikken tenkes borte.

Videre vises det til AGs uttalelser i e-post 3. august 2021 hvor det fremholdes at «prefab betong allerede er ferdig produsert» og at dette «gagner BH da han slipper videre prisøkning», og e-post 4. februar 2022 hvor det fremholdes at prisøkningen ikke påvirker prefab betongelementer. Alt av betongelementer var imidlertid ikke prefabrikkert. AGs subsidiære beregning har hensyntatt at deler av betongelementene allerede var prefabrikkert.

Endret vederlag for prefabrikkerte betongelementer settes til 54 584 kroner.

4.3.9 Asfaltering/grunnarbeider

AG har krevd dekket 68 400 kroner i vederlagsjustering. Kravet knytter seg til prisøkning som følge av byggetidsforskyvningen fordi asfalteringen ikke kunne gjennomføres som planlagt høsten 2021.

Lagmannsretten finner kravet dokumentert, og dette legges til grunn. Lagmannsretten viser til faktura fra Tellefsen AS av 19. august 2022. Seabrokers har akseptert utmålingen dersom beløpet er betalt fra AG til underentreprenøren. Lagmannsretten viser til forklaring fra Kastet om at fakturaen er betalt, og legger dette til grunn.

Endret vederlag for asfaltering settes til 68 400 kroner.

4.3.10 Rigg og drift, administrasjon, finanskost, kapitalytelser med videre

AG har prinsipalt krevd dekket 876 000 kroner basert på gjennomsnittlig månedlig riggekostnad på 219 000 kroner i fire måneder. Dette anføres å være nøkternt beregnet idet reell byggetidsforskyvning var større, og det reflekterer også kontraktens prisnivå. Subsidiært er det krevd dekket 758 973 kroner etter en nærmere beregning av ulike delkostnader.

Seabrokers har anført at AGs prinsipale krav ikke er dokumentert. Den subsidiære beregningsmåten er med unntak av kostnader til administrasjon akseptert, men må utmåles basert på den byggetidsforskyvningen retten måtte mene at Seabrokers skal bære ansvar og risiko for.

Beregning av tilleggsvederlag for rigg, drift, administrasjon, kapitalytelser med videre vil kunne være vanskelig å utmåle konkret. Lagmannsretten har ovenfor lagt til grunn at Seabrokers bærer risikoen for byggetidsforskyvningen, og at denne utgjorde drøye fire måneder. Dette skulle tilsi at AGs prinsipale krav tilkjennes, slik at kontraktens opprinnelige rammer opprettholdes.

Det prinsipale kravet er imidlertid skjematisk beregnet og lite dokumentert. Lagmannsretten har derfor kommet til at AGs subsidiære krav gir uttrykk for det mest sannsynlige og riktige faktiske nivået på riggekostnadene, og dette legges derfor til grunn.

Ved beregningen av AGs subsidiære krav, viser lagmannsretten til fakturaer for brakkeleie i perioden januar til april 2022 på kr 40 744, faktura for snømåking på kr 11 250, faktura for strømuttergifter på kr 122 099. Lagmannsretten viser videre til fakturaer fra Ramirent på totalt kr 146 391 knyttet til rigg- og driftsmateriell, som legges til grunn som ekstrakostnader som følge av byggetidsforskyvningen.

Når det gjelder kostnadene til administrasjon for anleggsleder og prosjektleder, vises det til beregning av funksjonærbelastning fra AGs regnskapsfører på kr 438 490. Også dette kravet blir noe skjønnsmessig, men lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at AG har spart kostnader til anleggsleder og prosjektleder som følge av at prosjektet ble satt på vent i sommermånedene, slik som anført av Seabrokers. Det var ikke slik at AG kunne erstatte omsetning som falt bort med nye prosjekter. Det vises til Kastets forklaring om dette. Det er ikke ført bevis for at AG har unngått utgifter til administrasjon som følge av byggestansen. Det er heller ikke grunnlag for reduksjon som følge av delvis pappapermisjon for Kastet, idet han uansett skulle tatt permisjon innenfor opprinnelig byggeperiode.

Endret vederlag for rigg, drift og administrasjon med videre fastsettes til 758 973 kroner.

4.3.11 Påslag

AG har krevd dekket 289 904 kroner. Kravet baserer seg på 10% påslag.

Seabrokers har anført at påslaget skal settes til 9% i tråd med kontrakten.

Lagmannsretten finner at påslaget settes til 9%. Selv om partene i kontraktsforløpet forut for høydeproblematikken har akseptert 10% påslag på tidligere endringer, må den kontraktsfestede påslagssummen legges til grunn når dette kreves. Påslaget i kontrakten gjelder riktignok kun for materialer, men i AGs tilbud 31. august 2020 er den faste påslagsprisen ved eventuell material- og utstyrsleveranse samt underentreprenørpiser fastsatt til 9%. Dette legges til grunn.

Summen av postene 4.3.1 til 4.3.10 utgjør 2 577 488 kroner. Påslaget på 9% av summen på det endrede vederlaget utgjør 231 973,92 kroner.

Endret vederlag for påslag fastsettes til 231 974 kroner.

4.4 Avsavsrenter

AG har krevet erstattet avsavsrenter med 76 079 kroner fordi beløpet under VOE 09 over lang tid har stått ubetalt. Beregningen er gjort med utgangspunkt i når de ulike kravbeløpene i VOE 09 har blitt spesifisert overfor Seabrokers og fram til kravet med fakturadato 7. april 2022 forfalt 7. mai 2022. Rentesatsen er satt til 4% som tilsvarer renten på AGs kassekreditt.

Seabrokers har motsatt seg kravet fordi det mangler rettslig grunnlag. Det er heller ikke sendt faktura for VOE 09 i perioden det kreves avsavsrenter på.

Etter lagmannsrettens syn er det klart at AG ikke har krav på avsavsrenter slik det er krevd. Det er riktignok fastlagt i rettspraksis at det er grunnlag for å kreve avsavsrente etter vanlige erstatningsrettslige regler i kontraktsforhold. Det vises til Høyesteretts uttalelse i Rt-2002-71. Men i denne saken bygger det underliggende kravet, og som det kreves renter av, på en kontraktsfestet rett til vederlagsjustering. Det følger av samme kontraktsgrunnlag, NS 8407 punkt 27.1, at totalentreprenøren skal sende faktura når det kreves betaling. Det fremgår videre av NS 8407 punkt 27.3 første punktum:

Arbeid som faktureres med grunnlag i vederlagsjustering etter punkt 34 faktureres i egne fakturaer når de er ferdigstilt. Kravene betales uten fradrag for innestående.

Nordtvedt m.fl., Kommentartutgave, uttaler på side 92 om betydningen av kravet om faktura:

Et varsel etter punkt 32.2 eller krav om vederlagsjustering etter punkt 34 utløser således ikke noen betalingsplikt selv om kravet materielt sett kan være berettiget. Dette må gjelde selv om kravet er konkretisert og beløpet som kreves, er entydig angitt.

Etter lagmannsrettens syn hadde ikke Seabrokers plikt til å betale det underliggende kravet om vederlagsjustering før fakturaen forfalt 7. mai 2022. Lagmannsretten kan derfor ikke se at det er grunnlag for å tilkjenne AG avsavnsrenter begrunnet i at kravene under fakturaen ikke ble betalt etter hvert som de ble spesifisert overfor Seabrokers.

Kravet om avsavnsrenter fører etter dette ikke frem.

4.5 Avledet anke

4.5.1 Krav på forsinkelsesrenter på slutfakturaen

AG har krevd dekket forsinkelsesrenter med kr 81 952 fra slutfakturaens forfall 3. september 2022 til betaling 8. desember 2022. Tingretten kom til at Seabrokers hadde rett til tilbakehold som foretatt, da bygget ikke lå an til å oppnå energiklasse A. Tingretten fant videre «under noe tvil» at Seabrokers tilbakehold hadde grunnlag i et forsvarlig skjønn.

Som grunnlag for berettiget tilbakehold har Seabrokers gjort gjeldende mangelsinnsigelser. NS 8407 punkt 28.3 regulerer byggherrens tilbakeholdsrett. Har byggherren krav som følge av totalentreprenørens kontraktsbrudd, kan byggherren «holde tilbake så mye av betalingen at dette dekker det spesifiserte og begrunnede kravet». Dette innebærer at byggherren må foreta en foreløpig beregning av sitt sannsynlige krav. Så lenge tilbakeholdelsen har grunnlag i et forsvarlig skjønn, vil byggherrens tilbakehold være rettmessig, jf. Giverholt m.fl. Kommentartutgave side 430.

Byggherren er videre innrømmet et visst slingringsmonn ved tilbakehold av krav som er vanskelig å beregne, jf. Nordtvedt m.fl. Kommentartutgave, side 407:

Det er likevel i praksis akseptert at det her er et visst slingringsmonn. Det kan være vanskelig å beregne kravet riktig fordi konsekvensene på tilbakeholdstidspunktet ikke lar seg fastslå med sikkerhet. Så lenge det tilbakeholdte beløpet er basert på en forsvarlig vurdering av kravet, vil det neppe utløse misligholdsvirkninger selv om det senere viser seg at kravet blir mindre enn det tilbakeholdte beløpet.

Det er Seabrokers som må sannsynliggjøre at vilkårene for tilbakehold var oppfylt. Seabrokers begrunnet tilbakeholdet av slutfakturaen slik i e-post 2. september 2022:

Vi har påpekt en rekke mangler ved det leverte bygget.

- Bygget mangler så langt vi erfarer fortsatt ferdigattest, og til alt overmål også brukstillatelse, selv om vi har blitt forsikret fra Amundsen Graf om at kommunens manglende overholdelse av frister berger oss fra problemer. Like fullt: Vi forventer ferdigattest i orden før sluttoppgjøret innfris.
- Bygget har fått energiklasse B. Vår forventning er energiklasse A i tråd med avtalt referansebygg. Vi har forstått at dere vil se på tiltak for å oppfylle dette. Ny energiattest med klasse A må foreligge før sluttoppgjøret innfris.
- Det er påpekt til dels betydelige mangler knyttet til lydlekkasjer i kontorarealene. Forstår at det pågår et arbeid her.
- Det er påpekt mangler ved montering av WC, samt en del andre finishmangler.

Vi har fra vårt ståsted vansker med å definere kostnadskonsekvens/-risiko ved disse elementene. Vi kan heller ikke se at Amundsen Graf har fremlagt noen konkret plan for utbedring eller kalkyle/dokumentasjon tilknyttet dette. Især manglene knyttet til ferdigattest og energiklasse er såpass alvorlige og uforutsigbare at vi ikke kan se at det foreligger grunnlag for delbetaling av sluttoppgjør. Slutfakturaen bestrides således i sin helhet.

Etter anbudsinnbydelsen punkt 5.11 ble det stilt krav om at entreprenøren sammen med slutfakturaen skulle legge fram ferdigattest på bygget. Seabrokers var ved overtakelsen i mai 2022 kjent med at det ikke forelå ferdigattest på bygget. Likevel ble det ikke tatt forbehold om dette eller påpekt som en mangel i overtakelsesprotokollen. Etter NS 42.2.1 taper byggherren sin rett til å gjøre mangel gjeldende hvis han ikke «senest ved overtakelsesforretningens avslutning melder fra om mangel som han har eller burde ha oppdaget».

Partene har vært uenige om hvem som er ansvarlig for at ferdigattest ikke forelå. At Seabrokers var kjent med dette ved overtakelsen uten å ta forbehold, tilsier at Seabrokers var av den oppfatning at AG ikke kunne lastes for den manglende ferdigattesten. Lagmannsretten anser det ikke nødvendig å ta endelig stilling til hvem som kan lastes for at ferdigattest ikke forelå, idet Seabrokers uansett har tapt sin rett til å gjøre den manglende ferdigattesten gjeldende som en mangel som følge av at dette ikke ble påpekt ved overtakelsen. Det vises til Giverholt m.fl. Kommentarutgave side 684:

Konsekvensen av ikke å reklamere innen overtakelsesforretningens avslutning, er at byggherren taper retten til senere å påberope seg mangelen. Regelen er helt generell og absolutt. Den er uavhengig av mangelens omfang eller betydning for byggherren. Ethvert krav knyttet til mangelen er dermed forspilt.

Det foreligger etter dette ikke noe kontraktsbrudd knyttet til ferdigattest som kan berettige tilbakehold fra Seabrokers side.

Lagmannsretten har videre, i motsetning til tingretten, ikke funnet det sannsynliggjort at det var avtalt at bygget skulle oppfylle energiklasse A.

Det fremgår av kontrakten punkt 15 at «Entreprenøren har gjort seg kjent med referansebygget Vestre Svanholmen 5, og har hensyntatt referansebyggets kvalitet og løsninger i sitt tilbud.» NS 8407 punkt 14.1 andre ledd fastsetter at kontraktsgjenstanden skal være av tilsvarende kvalitet og standard som referanseobjektet med hensyn til «materialvalg, utførelse og funksjon.» Det er på det rene at referansebygget Vestre Svanholmen 5 har energiklasse A. Umiddelbart trekker dette i retning av at AG var forpliktet til at bygget i Tangvallveien også ble gitt energiklasse A.

Det er imidlertid ikke fremlagt noen form for dokumentasjon fra Seabrokers' side på at det har blitt formidlet til AG at referansebygget har energiklasse A. Det krever mye om et bygg skal få energiklasse A, og en så viktig forutsetning må etter lagmannsrettens syn klart komme frem. Det fremgår verken som et krav i kontraktens ordlyd eller i noen av de for lagmannsretten fremlagte underlagene at det forutsettes at bygget får energiklasse A. Heller ikke den fremlagte spesifikasjonen av referansebyggets tekniske fag inneholder krav om energiklasse A.

Lagmannsretten viser videre til forklaringene til Aarthun, Aasen og Kastet. Ingen av dem kan huske konkret at det på befaringene av referansebygget ble snakket om energiklasse A. Aarthun mente det hadde formodningen mot seg at de ikke skulle ha snakket om det, siden de var så stolte av å ha et bygg med energiklasse A. Det fremstår etter lagmannsrettens syn tvilsomt om dette faktisk ble snakket om når ingen av vitnene husker om et så vidt sentralt krav rent energimessig, ble diskutert. Kastet forklarte at det var først da mangelsinnsigelsen ble fremsatt 2. september 2022, at han ble kjent med at referansebygget har energiklasse A.

Lagmannsretten bemerker for øvrig at også klimatiske forhold vil kunne ha betydning for energiklassen – det vil kunne være klimamessige forskjeller på et bygg beliggende i Stavanger og et bygg i Bamble som vil ha betydning ved fastsettelsen av energiklasse. Dette temaet var ikke blitt løftet opp mellom partene da kontrakten ble inngått.

De øvrige påberopte manglene knyttet til lydlekkasjer, montering av enkeltstående WC og finishmangler er mindre forhold som ikke danner grunnlag for tilbakehold av slutfakturaen.

Lagmannsretten anser etter dette at tilbakeholdet av slutfakturaen ikke var berettiget. AG har da krav på å få dekket forsinkelsesrenter som krevet med 81 952 kroner.

4.5.2 Advokatkostnader

AG har fremmet erstatningskrav på kr 100 000 til dekning av advokatkostnader forut for stevningen 22. desember 2022. De reelle kostnadene forut for stevning utgjør kr 178 925

eksklusiv merverdiavgift. AG har krevd dekket kr 100 000 som en skjønsmessig andel av dette, da advokatbistanden også er knyttet til andre forhold enn Seabrokers' unnlattelse av å betale fakturaen for endringsarbeid knyttet til VOE 09.

Seabroker har bestridt kravet med den begrunnelse at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag. Selve utmålingen aksepteres dersom lagmannsretten skulle komme til at det foreligger ansvarsgrunnlag.

Lagmannsretten er i likhet med tingretten kommet til at det ikke var erstatningsbetingende uaktsomt av Seabrokers å unnlate å betale VOE 09. Hovedanførselen til at Seabrokers ikke betalte, var at totalentreprenøren var bundet av inngått fastprisavtale. Grunnlaget som ble erkjent av Seabrokers ved Aasen 6. august 2021 etter første oversendelse av beløp i VOE 09, var forlenget leie av brakkerigg med kr 52 000 og poster for nedstengning og oppstart byggeplass, samt til arbeidet med dispensasjonssøknad med til sammen kr 96 600. Samlet erkjent beløp utgjorde kr 148 600 av kr 1 491 996, som var beløpet i VOE 09 revisjon 2.

Ved e-post 1. mars 2022 fra Aarthun erkjente Seabrokers også tillegg som følge av fasadeendringer. Det fremstår da som kr 1 049 000 ble erkjent. Det ble i samme e-post fremsatt et tilbud om en samlet løsning, og lagmannsretten kan da ikke se at det var uaktsomt av Seabrokers ikke å betale denne erkjente posten når VOE 09 ble fakturert. Hele VOE 09 ble etter hvert bestridt fra Seabrokers side, jf. brev fra advokat Smedsvig 2. mai og 15. juni 2022.

Den avledede anken knyttet til erstatningskrav på advokatkostnader blir dermed forkastet.

4.6 Uomtvistede krav

Partene er enige om at Seabrokers skal betale kr 108 625 under VOE 012. Seabrokers har også erkjent å skulle betale forsinkelsesrenter på faktura 12102 og 12013 med kr 16 668. Til fratregg går korrigerende av endringsfaktura 4 på kr 27 306. Det er dermed uomtvistet at Seabrokers for disse postene skal betale AG kr 97 987, noe som fremgår av Seabrokers påstand punkt 1. Med merverdiavgift utgjør beløpet kr 122 483,75. Forsinkelsesrenter fra 3. september 2022 kommer i tillegg.

4.7 Oppsummering beløp tilkjent AG som vederlagsjustering

Summen av postene 4.3.1 til 4.3.10 utgjør 2 577 488 kroner. Påslaget på 9% av summen på det endrede vederlaget utgjør 231 973,92 kroner. Summen av postene 4.3.1 til 4.3.10 med tillegg av påslag blir 2 809 461,92 kroner eksklusiv merverdiavgift. Med tillegg av merverdiavgift utgjør beløpet 3 511 827,40 kroner.

I tillegg kommer uomtvistet krav som nevnt med 97 987 kroner eksklusiv merverdiavgift. Med tillegg av merverdiavgift utgjør beløpet 122 483,75 kroner.

Totalt beløp tilkjent AG som vederlagsjustering blir da 3 634 311 kroner.

4.8 Forsinkelsesrenter

AG har krav på forsinkelsesrenter av den til enhver tid gjeldende sats av de beløp lagmannsretten har gitt dem medhold i, jf. forsinkelsesrenteloven § 3. Forsinkelsesrente løper fra forfall til betaling skjer, jf. forsinkelsesrenteloven § 2.

For VOE 09 har lagmannsretten ovenfor kommet til at Seabrokers i alt skal betale kr 2 809 462 eksklusiv merverdiavgift. Med tillegg av merverdiavgift blir beløpet kr 3 511 827,40. Av dette beregnes forsinkelsesrenter av kr 77 492,50 først fra 2. august 2022, jf. faktura 12268. Det vil si at rest som det beregnes forsinkelsesrenter på knyttet til faktura 12056 utgjør 3 434 334,90.

Oppsummeringsvis skal det betales forsinkelsesrenter slik av følgende fakturaer:

- Forsinkelsesrente av kr 3 434 334,90 knyttet til faktura 12056 fra forfall 7. mai 2022 til betaling skjer.
- Forsinkelsesrente av kr 77 492,50 på faktura 12268 fra forfall 2. august 2022 til betaling skjer.
- Forsinkelsesrente av kr 122 483,75 for uomtvistede krav knyttet til VOE 012 med mer fra 3. september 2022 til betaling skjer.

Forsinkelsesrenter på slutfakturaen 12269 utgjør kr 81 952, og fremgår som et eget punkt i domsslutningen.

5. Sakskostnader

Med det resultatet lagmannsretten har kommet til, har AG fått medhold i det vesentlige og har dermed krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Saken gjelder flere krav mellom samme parter, og det samlede utfallet er avgjørende, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd andre punktum.

AG fikk ikke medhold i det ene kravet i den avledede anken knyttet til krav om advokatkostnader forut for saksanlegg. AG fikk heller ikke medhold i kravet på avsavnsrenter. Disse to spørsmålene utgjorde samlet sett en liten del av saken, både sett

hen til den tid det er brukt på disse spørsmålene under forberedelse og ankeforhandling, og rent beløpsmessig.

Sakens tyngdepunkt har vært knyttet til spørsmålet om Seabrokers var forpliktet til å betale endringsvederlaget, og her har AG fått fullt medhold i sin subsidiære tilnærming. Når det gjelder selve utmålingen, har AG fått medhold hovedsakelig i sine prinsipale krav og for enkelte poster i sine subsidiære krav.

Lagmannsretten har vurdert, men kan ikke se at tungtveiende grunner gjør det rimelig helt eller delvis å fritta motparten for erstatningsansvar, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Det kan ikke ses at det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom, jf. tredje ledd bokstav a. Seabrokers ville ha kommet bedre ut om selskapet hadde akseptert forlikstilbud på 2,80 MNOK fremsatt av AG 8. juni 2022, jf. tredje ledd bokstav b. AG fremsatte i mai 2023 forbedret tilbud om å løse hele saken mot en utbetaling på 2,65 MNOK, et tilbud som ble gjentatt i juni og juli 2023.

Heller ikke øvrige grunner, som medhold i to mindre poster, tilsier delvis fritak for erstatningsansvar. Heller ikke det forhold at Seabrokers med lagmannsrettens resultat beløpsmessig dømmes til å måtte betale AG samlet ca. kr 450 000 mindre enn ved tingrettens resultat, tilsier etter lagmannsrettens vurdering delvis fritak for erstatningsansvar. Beløpsforskjellen skyldes i hovedsak at AG for tingretten fikk medhold i sin prinsipale tilnærming om at innsigelser mot sluttfakturaen var prekludert, mens de for lagmannsretten fikk medhold i sin subsidiære tilnærming om at risikoen for byggetidsforskyvningen lå hos Seabrokers. Forholdet om risikoen for byggetidsforskyvningen var hovedtyngdepunktet i saken, og her fikk AG, som nevnt over, fullt medhold.

Advokat Högnason har for lagmannsretten fremlagt sakskostnadsoppgave på totalt kr 659 719, hvorav kr 602 750 gjelder salær for 164,5 timers arbeid med ankesaken. Utlegg er krevd dekket med kr 56 969. Av dette utgjør kr 38 544 krav på godtgjørelse til Herman Kastet.

Advokat Smedsvig har til sammenligning fremlagt sakskostnadsoppgave på totalt kr 731 505, hvorav kr 630 114 utgjør salær for 141 timers arbeid med ankesaken. Utlegg er krevd dekket med kr 101 391. Av dette utgjør kr 56 910 honorar til vitnet Terje Aasen for 42 timer konsulentbistand.

Det har ikke kommet innvendinger mot oppgavene.

Sett hen til omfanget av saken og spørsmålene denne har reist, finner lagmannsretten kostnadene som er krevet nødvendige, og at de har vært rimelig å pådra, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Kravet fra advokat Högnason legges til grunn.

AGs krav på kr 38 544 til dekning av Herman Kastets arbeid i anledning ankesaken, er beregnet ut fra 48 timers arbeid med en timesats på kr 803. Dette tilsvarer AGs kostnader for lønn og arbeidsgiveravgift til Kastet. AG har vist til at en part etter tvisteloven § 20-5 kan kreve «rimelig godtgjøring» for eget arbeid med saken når det har vært «særlig omfattende» eller det «ellers måtte ha vært utført av en prosessfullmektig eller en annen fagkyndig hjelper».

Lagmannsretten finner kravet nødvendig og berettiget som en rimelig godtgjøring for partens eget arbeid med saken, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd tredje punktum. Saken har vært særlig omfattende. Uten Kastets involvering, måtte trolig prosessfullmektigen gjort større del av arbeidet.

Øvrige utlegg fra AGs side gjelder, reise, hotell, diett mv. Kravet legges til grunn.

For tingretten ble AG tilkjent sakskostnader med kr 903 384, med tillegg av rettsgebyr på kr 17 402, det vil si totalt kr 920 786. Lagmannsretten legger sitt resultat til grunn når den avgjør krav på sakskostnader for lavere instanser, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd, og tingrettens sakskostnadsavgjørelse opprettholdes.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Tangvallveien 323 AS betaler innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt 3 634 311 – tremillionersekshundreogtrettifiretusentrehundreogelleve - kroner til HRL Entreprenør AS med tillegg av lovens
 - forsinkelsesrente av kr 3 434 334,90 fra forfall 7. mai 2022 til betaling skjer,
 - forsinkelsesrente av kr 77 492,50 fra forfall 2. august 2022 til betaling skjer og
 - forsinkelsesrente av kr 122 483,75 fra 3. september 2022 til betaling skjer.
2. Tangvallveien 323 AS betaler 81 952 – åttientusenihundreogfemtito – kroner i påløpte forsinkelsesrenter for slutfakturaen til HRL Entreprenør AS. Betalingsfristen er 2 – to – uker fra dommen er forkynt.
3. Avledet anke over tingrettens frifinnelse av Tangvallveien 323 AS for erstatning for advokatutgifter, jf. tingrettens domsslutning punkt 4, forkastes.
4. Tangvallveien 323 AS frifinnes for kravet fra HRL Entreprenør AS om avsavnsrenter.
5. Tangvallveien 323 AS betaler til HRL Entreprenør AS 920 786 – nihundreogtjuetusensjuhundreogåttiseks – kroner i sakskostnader for tingretten, og 659 719 – sekshundreogfemtinitusensjuhundreognitten – kroner i sakskostnader for lagmannsretten. Betalingsfristen er 2 – to – uker fra dommen er forkynt.

Ingeborg Fogt Bergby
(sign.)

Ketil Sondresen
(sign.)

Hanne Helle Arnesen
(sign.)

*Dokument i samsvar med original
Anne Marte Haugen*