



BORGARTING LAGMANNSRETT

gjør vitterlig:

DOM

av 15. mars 2002

i ankesak nr 01-01369 A/02 og 01-01370 A/02

Ankesak nr 01-01369 A/02

Byggholt AS - Oslo kommune

Ankende part: Byggholt AS
Prosessfullmektig: Advokat Tone Bjørn

Motpart: Oslo kommune
Prosessfullmektig: Kommuneadvokaten, ved advokat Ingolf Skaflem

Ankesak nr 01-01370 A/02

Oslo kommune - Byggholt AS

Ankende part: Oslo kommune
Prosessfullmektig: Kommuneadvokaten, ved advokat Ingolf Skaflem

Ankemotpart: Byggholt AS
Prosessfullmektig: Advokat Tone Bjørn

Rettens medlemmer: 1 Lagdommer Erik Chr Stoltz, formann
2 Lagdommer Øystein Hermansen
3 Lagdommer Eirik Akerlie

Fagkyndige meddommere:
1. Prosjektleder Kjell Saupstad
2. Direktør Anton Dahl

Kan gjengis offentlig

1. Sakens bakgrunn

Saken gjelder tvist om sluttoppgjør etter byggearbeider som Byggholt AS har utført for skoleetaten i Oslo.

Oslo kommune, som byggherre, og Byggholt AS, som entreprenør, inngikk i november 1997 avtale om byggearbeider i forbindelse med oppføring av Skøyen skole i Oslo. Entreprisen gjaldt byggetrinn 2 - entreprise K202 - som omfattet oppføring av åtte bygg. Byggene A, B, C, D, E, F og G var skolepaviljonger - herunder administrasjonsbygg og skolefritidsordning - mens bygg H var idrettsbygg. Arbeidet skulle starte opp 24 november 1997. Byggene A - G skulle være ferdige 1 august 1998, mens bygg H (idrettsbygget) skulle være ferdig 1 november 1998. Kontraktssummen var 36.260.141 kroner eksklusive merverdiavgift. Partene hadde avtalt at NS 3430 med visse unntak skulle gjelde som en del av avtalen. Kommunens prosjektleder i anledning entreprisen var OPAK AS.

Byggetrinn 1, som ikke var omfattet av Byggholt AS' entreprise, skulle utføres av PEAB AS. Byggetrinn 1 besto hovedsakelig av legging av betong på grunn (betongplate/betonggulv). Ved siden av kontraktene med PEAB AS og Byggholt AS, hadde kommunen egne avtaler med sideentreprenører når det gjaldt elektriske arbeider, rørleggerarbeider og ventilasjonsarbeider.

I samsvar med kontrakten, utførte Byggholt AS kontroll av Oslo kommunes mengdebeskrivelse. Byggholt AS' mengdekontroll forelå 23 desember 1998. Det viste seg å være relativt store forskjeller mellom den mengdebeskrivelse som byggherren hadde gitt i anbudsbeskrivelsen, og den mengde entreprenøren hadde beregnet ved sin mengdekontroll. Det ble derfor avholdt flere møter i januar 1998 mellom Byggholt AS og byggherrens representant Bygganalyse AS, der disse sammen gikk gjennom de vesentlige punkter av entreprisen for i fellesskap å kontrollere mengdene. Senere, i forbindelse med oppgjøret, oppsto det uenighet mellom partene om det var mengdene slik de var beregnet av Byggholt AS 23 desember 1997 som skulle legges til grunn ved oppgjøret.

Under utførelsen av entreprisen våren 1998 viste det seg at betongplaten, som var lagt av PEAB AS i byggetrinn 1, ikke var tørr da Byggholt AS skulle utføre sine arbeider på denne. Byggholt AS utførte arbeider med uttørring av betongen og hadde for øvrig ekstraavgifter som følge av at betongen var for fuktig. Det oppsto også forsinkelser som følge av at betongplaten var fuktig. Partene er uenige om hvem av dem som hadde risikoen for fuktigheten i betongen. Byggholt AS har krevd kommunen for godtgjøring for de ekstraarbeider som entreprenøren har hatt i forbindelse med uttørringen, samt for de ekstraavgifter entreprenøren har hatt i denne anledning.

Byggearbeidene for så vidt gjaldt byggene A - G ble overtatt av kommunen primo august 1998. Det er omtvistet mellom partene om arbeidene ble ferdigstilt til avtalt tid. Når det gjelder bygg H (idrettsbygget), er det enighet om at bygget først var ferdigstilt til overlevering i februar 1999. Partene er imidlertid uenige om hvem av dem som skal bære risikoen for at ferdigstillelse av bygget ble forsinket.

I tillegg til godtgjøring for de forhold som er nevnt, har Byggholt AS krevd godtgjøring av kommunen for endrings- og tilleggsarbeider m.m., - krav som kommunen ikke har akseptert.

Ved stevning 17 desember 1999 anla Byggholt AS søksmål mot Oslo kommune med krav om 6.607.988,77 kroner med tillegg av renter.

Oslo kommune reiste motsøksmål med krav om at Byggholt AS skulle betale 906.226.95 kroner med tillegg av renter. Kommunens krav gjaldt utgifter den hadde hatt til fuktmåling av betonggulvet, forseringstillegg til sideentreprenører i tilknytning til ferdigsstillelsen av bygg H, dekning av mertid og administrasjonskostnader samt krav på dagmulkt.

Oslo byrett avsa 9 februar 2001 dom i saken med slik domsslutning:

Hovedsøksmålet:

Oslo kommune ved ordføreren dømmes til innen 2 - to - uker fra dommens forkynnelse å betale til Byggholt AS kr 2 175 448 - tomillionerthundreogsyttifemtusenfirehundreogfortiåtte, med tillegg av 12% rente fra 18.12.99 til betaling finner sted.

Motsøksmålet:

Byggholt AS v/styrets leder dømmes til å betale kr 58 365 - femtiåttetusentrehundreogsekstifem - til Oslo kommune

For begge søksmål:

Partene bærer hver sine saksomkostninger.

Både Byggholt AS og Oslo kommune har påanket dommen. Begge ankene gjelder så vel byrettens dom i hovedsøksmålet som i motsøksmålet, og gjelder byrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

Ankeforhandling ble avholdt 14 - 18 januar 2002 i Oslo tinghus. Byggholt AS møtte ved sin prosessfullmektig advokat Tone Bjørn. I tillegg møtte avdelingsdirektør Ole Kristian Ruud og prosjektleder Hans Christian Junk. For Oslo kommune møtte advokat Ingolf Skaflem. I tillegg møtte konsulent Anne Lise Nes og tidligere prosjektleder Geir Vaagan. Det ble avhørt sju vitner, og for øvrig foretatt slik dokumentasjon som rettsboka viser.

Det har gått nærmere to måneder fra ankeforhandlingen ble avholdt til domsavsigelse. Dette skyldes at et av rettens medlemmer har hatt et lengre utenlandsopphold, slik at

rettens medlemmer ikke har kunnet møtes før for å avsi dom i saken. Rådslagning ble imidlertid avholdt umiddelbart etter ankeforhandlingens avslutning.

Saken står for lagmannsretten hovedsakelig i samme stilling som for byretten.

2. Byggholt AS' anførsler og påstander

2.1 Uttørking av betongplate

Uttørking av betonggulvet, slik at Byggholt AS kunne videreføre sitt arbeid, var ikke en del av Byggholt AS' entreprise. Arbeidet ble imidlertid utført av Byggholt AS, og dette har Byggholt AS krav på godtgjøring for.

Entreprenøren er bare ansvarlig for arbeider som er beskrevet i anbudet. Uttørking av den betong som er lagt av PEAB AS, er ikke en del av Byggholt AS' entreprise. Byretten har vurdert anbudet korrekt når den er kommet til at anbudsbeskrivelsen punkt 01.00.1, punkt 01.00.2 og 01.50.7.4 ikke kan forstås slik at Byggholt AS skal ha ansvaret for uttørkingen. Det ansvar for uttørking som kan utledes av disse bestemmelsene, gjelder uttørking av de arbeider Byggholt AS selv har utført - ikke arbeider utført av andre. Det følger også av NS 3419 punkt 3.2 - som også gjaldt for kontraktsarbeidet - at bl a klargjøring av byggeplass ut over det som kreves for entreprenørens arbeider, skal spesifiseres særskilt og angis i egne poster. Dette er ikke gjort, og følgelig faller arbeidene med uttørking utenfor Byggholt AS' entreprise.

Kommunen som byggherre og kontraktspart med PEAB AS var også nærmest til å forutse problemene med fukt i betongen, i og med at kommunen selv hadde valgt å dele opp entreprisen i en grunnentreprise og en byggeentreprise.

Arbeidet med uttørking av betongen må anses som tilleggsarbeider som Byggholt AS kan kreve særskilt godtgjøring for. At tilleggsarbeidene skulle utføres av Byggholt AS, ble akseptert av kommunen. Dette fremgår bl a av referat 13 mai 1998 fra møte som ble holdt mellom partene. Byggholt AS har således krav på dekning av til sammen 553.652 kroner for uttørking av betongen.

Til kommunens anførsel om at det ikke er sendt varsel om tilleggsarbeider, gjøres det gjeldende at dette er uten betydning så lenge kommunen aksepterte at Byggholt AS utførte arbeidene. Uansett må varsel om tilleggsarbeider anses gitt i mai 1998, og Byggholt AS må i alle fall ha krav på en lineært fastsatt godtgjøring. I så fall har Byggholt AS krav på 387.556 kroner.

2.2 Mengdekontroll

Det følger av kontraktens punkt 2.0 om kontroll av mengder at mengder regnes som faste hvor ikke annet er spesielt avtalt. Dette må gjelde i forhold til begge parter i kontraktsforholdet - både entreprenøren og byggherren. Videre følger det av samme punkt i kontrakten at entreprenørens frist til å foreta mengdekontroll skal være 28 dager fra bestilling av arbeidene.

Byggholt AS gjennomførte mengdekontroll, og meddelte sitt resultat 23 desember 1997, dvs innen fristen. Det ble avholdt møter mellom partene i januar 1998 hvor man i fellesskap kontrollerte mengdeberegningene, men dette ledet ikke til noen felles konklusjon eller skriftlig tilbakemelding fra kommunen. Først i juli 1998 fikk Byggholt AS beskjed om at kommunen ikke aksepterte Byggholt AS' mengdekontroll, og da i form av en endringsmelding vedrørende ARK-78. Dette er for sent. Når kommunen ikke umiddelbart - eller innen rimelig tid - etter å ha mottatt entreprenørens mengdekontroll protesterer, må entreprenørens beregning av mengder legges til grunn.

NS 3430 punkt 23.2 må forstås slik at det også er en frist for byggherren til å gi tilbakemelding på entreprenørens mengdekontroll. Det vises til avgjørelse 401 for 1993 fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd, hvor dette er lagt til grunn. Det syn som her kommer til uttrykk er også lagt til grunn i praksis i bransjen. Også reelle hensyn taler for at byggherren må være bundet, idet entreprenøren må vite hvilke mengder som gjelder i kontraktsforholdet når denne skal inngå avtaler med underentreprenører.

Uansett må kommunen anses å ha akseptert entreprenørens mengdekontroll, i og med at man ikke meddelte at det var avvik etter møtene som var avholdt i januar 1998.

Atter subsidiært gjøres det gjeldende at det vil stride mot avtaleloven § 36 om kommunen etter så lang tid skulle kunne kreve at entreprenørens mengdekontroll ikke skal legges til grunn.

Kravet utgjør totalt 1.302.487 kroner. Beløpet utgjør differansen mellom Byggholt AS' mengdekontroll 23 desember 1993 og kommunens mengdeangivelse i anbudsbeskrivelsen, samt summen av de beregninger kommunen senere har gjort av massene, og som det er gjort fradrag for. Dette siste er ARK 78 og RIB 44, som utgjør henholdsvis 132.008 kroner og 69.189 kroner, til sammen 201.197 kroner.

Under en hver omstendighet kan kommunen ikke foreta reduksjon i forhold til egne angitte mengder. Mengder skal etter kontrakten regnes som faste hvor ikke annet er avtalt. Dette må innebære at byggherren ikke kan endre de mengder som er beskrevet i anbudsdokumentene. Dersom entreprenøren hadde utført mengdekontrollen uten krav om mengdekorreksjoner, ville mengdene vært å anse som faste ved utløpet av entreprenørens frist. Byggholt AS må således i hvert fall tilkjennes 201.197 kroner.

2.3 Endringer og andre omtvistede krav

2.3.1 ARK 94

Kommunen har ensidig foretatt en mengderegulering når det gjelder gulvbelegg og avretting. Dette ble først gjort av kommunen i form av endringsmelding 24 september 1998. Mengdene var på dette tidspunkt låst. Det vises for øvrig til det som er anført under punkt 2.2 ovenfor. Beløpet utgjør 42.543 kroner.

2.3.2 Post 02.15.2

Etter kontrakten skulle Byggholt AS foreta høvling og fjerning av forurenset pukk. Arbeidet er priset til 174.720 kroner. Det forhold at det viste seg å være et tynnere lag med pukk som skulle fjernes enn det som var forutsatt fra kommunens side, gir ikke kommunen grunnlag for å redusere vederlaget for dette arbeidet. Byggholt AS har således krav på godtgjøring i samsvar med det som følger av kontrakten, der restbeløpet utgjør 116.486 kroner.

2.3.3 Post 23.25.14 og 23.25.15

Postene knytter seg til beskyttelse av gulvbelegg. Etter anbudsbeskrivelsen skal arbeidet betales med faste beløp, henholdsvis 61.560 kroner og 16.200 kroner. Kommunen bestemte senere at man i stedet for å tildekke gulvet, slik det var forutsatt i anbudsdokumentene, skulle benytte plastsokker, hvite hansker mv. Dette representerer en endring i forhold til det opprinnelige anbud, men kommunen varslet ikke om at dette ville få økonomiske konsekvenser. Endringen kan ikke føre til reduksjon i oppgjøret, og Byggholt AS har krav på restbeløpet som utgjør 62.370 kroner.

2.4 Diverse tillegg

2.4.1 Vedlegg 36 og 37

Byggholt AS har utført arbeider for utbedring av fuge og hull i betong samt rørgjennomføringer før sparkling kunne foretas. Dette var nødvendig før sparkling og legging av gulv. Arbeidene var ikke omfattet av anbudet, og må ha inngått i PEAB AS' entreprise. Byggholt AS har rett til godtgjøring for disse arbeidene, som utgjør henholdsvis 27.855 kroner og 68.784 kroner, til sammen 96.939 kroner.

2.4.2 Vedlegg 43

Kravet relaterer seg til fugging rundt beslag, og skyldtes feil i prosjekteringen fra kommunens side. Byggherren bestilte montering av beslag, men ikke fugging rundt disse. Kravet, som utgjør 35.414 kroner, kreves dekket av kommunen.

2.5 Øket rigg og drift ved forlenget byggetid for bygg H

Kravet utgjør 161.203, og står og faller med utfallet av rettens avgjørelse av punkt 2.1 ovenfor om ansvaret for uttørring av betonggulvet.

2.6 Forsering

2.6.1 Forseringstillegg for byggene A - G og bygg H

Det var avtalt svært kort byggetid for omfattende byggearbeider. Dette fikk som følge at fremdriften ble svært følsom for endringer og tillegg. Kommunen krevde under arbeidets gang betydelige tilleggsarbeider utført. Til sammen ble det utført slike arbeider for over 1 million kroner. På grunn av skolestart i august 1998 verken ville eller kunne kommunen gi fristforlengelse. Partene avtalte derfor i møte 6 april 1998 de nærmere prinsipper for forseringstillegget, herunder hva dette skulle utgjøre. Kommunen var klar over og innstilt på forsering. Det var i denne situasjonen ikke nødvendig å spesifisere den enkelte kostnad, bare det ble varslet om at tilleggsarbeidene ville medføre forseringstillegg. Slikt varsel ble gitt.

Det er ikke riktig, slik det anføres fra kommunens side, at forseringstillegg ikke kan kreves dersom tidspunktet for ferdigstillelse ikke overholdes. Under en hver omstendighet ble byggene levert i tide. Det foreligger ikke dokumentasjon som viser at byggherren nektet å overta kontraktsarbeidet, og i mangel av holdepunkter for annet må det legges til grunn at ferdigstillelse var rettidig. Når det gjelder bygg H, er det på det rene at dette først ble overlevert i februar 1999. Forsinkelsen skyldtes imidlertid uttørringen av betongplaten, som var kommunens ansvar.

Det kreves forseringstillegg for 192 dager, som til sammen utgjør 890.075 kroner.

2.6.2 Forseringstillegg, ark 68, 69 og 70 samt RIB 41

Kommunen har ikke vært villig til å betale forseringstillegg for disse postene under henvisning til at arbeidene ikke var ferdig til avtalt tid. Byggholt AS gjør imidlertid gjeldende at arbeidene var ferdige til avtalt tid. Uansett avskjæres ikke entreprenørens rett til forseringstillegg selv om ferdigstillelse anses forsinket. Beløpet utgjør til sammen 57.105 kroner.

2.6.3 Forseringstillegg, vedlegg 19 og vedlegg 38

Disse postene - som utgjør 161.744 kroner for vedlegg 19 og 29.147 kroner for vedlegg 38 - står i samme stilling som kravet i punkt 2.2 ovenfor.

2.7 Kommunens krav (motsøksmålet for byretten)

2.7.1 Fuktmålinger

Kommunen engasjerte et eget firma for å foreta fuktmålinger ut over de målinger Byggholt AS, ved NOTEBY AS, hadde foretatt. I og med at det ikke var Byggholt AS' ansvar å tørke ut betongen, kan Byggholt AS heller ikke holdes ansvarlig for kommunens kostnader med kontrollmåling. Kontraktens punkt 6.00 om bl a byggherrens rett til å foreta ekstra prøver på entreprenørens bekostning kommer ikke til anvendelse. Det vises til bestemmelsens siste ledd hvor det fastsettes at hovedregelen ikke gjelder der det foreligger tvist mellom partene. Det forelå i dette tilfellet slik tvist. Kommunens krav på 18.065 kroner - som utgjorde utgiftene til målingen - er Byggholt AS uvedkommende.

2.7.2 Forseringstillegg for sideentreprenører

Kommunens krav er på 263.414 kroner. Kravet har sammenheng med ansvaret for uttøkingen av betonggulvet. Dersom kommunen anses ansvarlig for uttøkingen, må dette medføre at kommunen ikke kan gis medhold i kravet om forseringstillegg til sideentreprenørene. Kravet på forseringstillegg kan for øvrig heller ikke anses tilstrekkelig dokumentert.

2.7.3 Dagmulkt

Det er ikke grunnlag for å tilkjenne kommunen dagmulkt. Når det gjelder byggene A - G ble disse levert rettidig. Det foreligger ingen dokumentasjon som viser at kontraktsarbeidet ble nektet overtatt. Dersom kommunen nektet å overta kontraktsarbeidet, måtte dette vært angitt i henhold til NS 3430 punkt 30.4 d). Den omstendighet at det gjensto arbeider utomhus må være uten betydning. Også disse arbeidene må anses overtatt av kommunen. Kommunens krav på dagmulkt for bygg A - G med til sammen 125.123 kan således ikke tas til følge.

Byggholt AS erkjenner at bygg H ble levert senere enn avtalt. Forsinkelsen skyldtes imidlertid at sportsgulvet ikke kunne legges før betongplaten var tørr. I og med at dette var kommunens ansvar, jf punkt 2.1 ovenfor, kan forsinkelsen ikke tilskrives Byggholt AS, og det er ikke grunnlag for dagmulkt på 430.325 kroner, slik kommunen har krevd. Kommunen kan heller ikke høres med sin subsidiære anførsel om at forsinkelsen uansett skyldtes dårlig planlegging fra Byggholt AS' side.

2.8 Påstand

I ankesak nr. 01-01369 A/02

Oslo kommune v/ordføreren dømmes til å betale til Byggholt AS kr 5.146.409 med tillegg av 12 % morarente p.a. fra 220699 til betaling skjer.

Byggholt AS frifinnes.

I begge ankesaker

Oslo kommune v/ordføreren dømmes til å betale til Byggholt AS sakens omkostninger for byrett og lagmannsrett, med tillegg av 12% rente p.a. fra forfall til betaling skjer.

3. Oslo kommunes anførsler og påstander

3.1 Uttørking av betongplate

Prinsipalt gjøres det gjeldende at uttørking av betongplate var entreprenørens ansvar, og at dette kan utledes av kontrakten ved å sammenholde anbudsbeskrivelsen 01.00.1, 01.00.2 og 01.50.7.4, NS 3419 punkt 3.2 samt anbudsbeskrivelsen kapittel 23, side 23-3. Det er ikke grunnlag for noen innskrenkende fortolkning av disse bestemmelsene. Det ville også fremstå som unaturlig om Byggholt AS ikke var ansvarlig for uttørkingen, idet det ville være helt upraktisk om dette skulle holdes utenfor entreprisen. Byggholt AS' telefaks 2 juni 1998 til OPAK AS indikerer også at entreprenøren opprinnelig anså uttørking av betongplaten som sitt ansvar. Spørsmål omkring uttørking hadde vært oppe mellom partene tidligere, uten at Byggholt AS hadde gjort gjeldende at dette ikke var entreprenørens ansvar. Disse forhold tilsier at Byggholt i hvert fall ved konkludent atferd må anses å ha akseptert ansvaret for uttørkingen.

Subsidiært gjøres det gjeldende at dersom uttørkingen ikke anses som en del av entreprisen, må det anses som tilleggsarbeid utført av Byggholt AS. Det ble imidlertid aldri utstedt endringsordre for så vidt gjaldt disse arbeidene, slik NS 3430 punkt 28.2 bestemmer. I og med at slikt pålegg aldri ble gitt, kan kommunen heller ikke være forpliktet til å betale.

Atter subsidiært anføres det at kommunen under en hver omstendighet ikke kan være ansvarlig for uttørkingen av betongplaten i bygg H. I henhold til framdriftsplan skulle dette bygget ha tett råbygg i mai 1998, men dette var først tilfelle i august 1998. Hadde råbygget vært ferdig i henhold til framdriftsplanen, ville det derfor vært unødvendig med særskilte uttørkingsarbeider i dette bygget.

Dersom kommunen er ansvarlig helt eller delvis for uttørkingsarbeidene, må Byggholt AS' vederlag reduseres i forhold til det krav som er fremmet. Byggholt AS kan ikke kreve godtgjøring for uttørking i perioden fra mars til 2 juni 1998, idet det først var denne datoen at entreprenøren gjorde gjeldende at uttørkingen var byggherrens ansvar. Kommunen kan heller ikke være ansvarlig for uttørkingen etter at entreprenøren hadde sparklet gulvet, idet gulvet da under en hver omstendighet måtte uttørkes - en uttørking

som entreprenøren utvilsomt var ansvarlig for. Kravet kan heller ikke anses tilstrekkelig dokumentert.

3.2 Mengdekontroll

På bakgrunn av de betydelige avvik som framkom mellom byggherrens og entreprenørens mengdeberegninger, ble det avholdt møter i januar 1998 med representanter fra henholdsvis byggherre og entreprenør hvor man i fellesskap foretok ny mengdeberegning. Det må følge av entreprenørens lojalitets- og samarbeidsplikt at Byggholt AS ikke kunne legge til grunn sin egen mengdekontroll, så lenge Byggholt AS på bakgrunn av møtene i januar 1998 var klar over at det var vesentlige feil i deres mengdeberegninger.

Det følger også av NS punkt 23.2 at det er en frist for entreprenøren til å kontrollere mengdene. Noen tilsvarende frist er ikke gitt byggherren. Bestemmelsen må tolkes antitetisk, slik at det ikke gjelder noen frist for byggherren til å foreta endringer i mengdene. Til støtte for dette vises det til Kolrud: Kommentar til NS 3430 side 192. Uttalelsen fra Byggebransjens Faglige Juridiske Råd i sak nr 401 (1993) - hvor det er inntatt et annet standpunkt - kan ikke være avgjørende. Det saksforhold som er beskrevet i saken der er ikke sammenlignbart med nærværende sak, og under en hver omstendighet har rådets uttalelser liten eller ingen rettskildemessig vekt.

Også rimelighetshensyn taler for at kommunens mengdeberegning må legges til grunn, idet noe annet ville innebære at entreprenøren ville få betalt for arbeider som faktisk ikke er kommet til utførelse. Det må også tillegges vekt at kommunen i oktober 1999 tilbød Byggholt AS å foreta ny mengdekontroll, men dette ble avslått fra entreprenørens side.

Til Byggholt AS' anførsel om at en rett til endring av mengder fra kommunens side vil skape betydelige problemer i forhold til kontrakter som Byggholt AS har inngått med side- og underentreprenører, gjør kommunen gjeldende at slike kontrakter - og tap som følge av slike - ikke er dokumentert. Under en hver omstendighet burde Byggholt AS ha unnlatt å inngå slike kontrakter med utgangspunkt i egne mengdeberegninger etter den gjennomgang av mengdene som var foretatt i fellesskap mellom byggherre og entreprenør i januar 1998. Den mengdeendring som ble foretatt kan heller ikke anses som tilleggsarbeid etter NS 3430, slik Byggholt AS har gjort gjeldende.

Subsidiært gjøres det gjeldende at anbudsbeskrivelsens mengder må legges til grunn.

3.3 Endringer og andre omtvistede krav

3.3.1 Ark 94

Etter NS 3430 punkt 28.1 første ledd siste punktum framgår det at pålegg om endringer kan også gå ut på reduksjon av arbeidets omfang. Det viste seg at det i anbudsdokumentene var oppgitt feil mengde gulvbelegg og avretting. Byggherren var således i sin rett til å foreta endring og gjøre fradrag, slik at det bare skal betales for det arbeid som kom til utførelse.

3.3.2 Post 0.2.15.2

Arbeidet med fjerning av forurenset pukk ble aldri utført i samsvar med forutsetningene. Beskrivelsen av arbeidet i anbudsinnbudelsen må ses i sammenheng med det underliggende tegningsmateriale. Rett nok var det ikke henvist til de aktuelle tegningene i anbudsinnbudelsen, men disse må like fullt anses å inngå i anbudsgrunnlaget. Byggholt AS utførte bare 1/3 av det arbeid som var forutsatt, og dette må gi kommunen rett til å gjøre fradrag i vederlaget som skal betales. Det vises til NS 3430 punkt 28.1 første ledd siste punktum som berettiger byggherren til å foreta reduksjon.

3.3.3 Post 23.25.14 og 23.25.15

Kommunen var berettiget til å foreta en endring som innebar at gulvene ikke skulle tildekkes, men at det i stedet skulle nyttes plastsokker m.v. for å beskytte gulvet, jf NS 3430 punkt 28.1 første ledd siste punktum. Byggholt AS må også anses å ha akseptert endringen, med den følge at byggherren ikke skal betale for tildekningen av gulvene. Det er heller ikke rimelig at entreprenøren skal ha godtgjøring for arbeider som ikke er utført.

3.4 Diverse tillegg

3.4.1 Vedlegg 36 og 37

Anbudsbeskrivelsen punkt 23.25.1 har benyttet NS 3420 kode T 61.140. Arbeidene med utbedring av fuge og hull i betong har ingen prisbærende underinndeling. Dette innebærer at alt arbeid vedrørende forbehandling av golvunderlag skal være inkludert i prisen. Under en hver omstendighet kan kravet ikke gjøres gjeldende, da det ikke er dokumentert endringsordre etter NS 3430 punkt 28.2.

3.4.2 Vedlegg 43

Fuging er ingen prisbærende post i NS 3420, og må derfor anses medtatt i de poster som gjelder for dette arbeidet. Alle arbeider i forbindelse med utlektingen er medtatt i disse

postene. Arbeidet med fuging bak beslag er heller ikke medtatt på endringslisten. Under en hver omstendighet kan kravet ikke gjøres gjeldende, da det ikke er dokumentert endringsordre etter NS 3430 punkt 28.2.

3.5 Øket rigg og drift ved forlenget byggetid for bygg H

Kravet har sammenheng med spørsmålet om hvem av partene som hadde ansvaret for uttørkingen av betongplaten. I og med at dette var entreprenørens ansvar, er kravet kommunen uvedkommende.

3.6 Forsering

3.6.1 Forseringstillegg for byggene A - G og bygg H

Det er ikke grunnlag for forseringstillegg - slik Byggholt AS har krevd - i forhold til arbeid utført på noen av byggene, idet kommunen prinsipalt gjør gjeldende at det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon for kravene. Av de endringsmeldinger som er framlagt, framgår det ikke om arbeidet er forsert. I stedet er det laget en liste i ettertid som angir hvor mange forseringsdager som er knyttet til hver enkelt endringsmelding, uten at antall forseringsdager framgår av den enkelte endringsmelding eller annen dokumentasjon. Den framlagte listen vil i utgangspunktet rammes av tvistemålsloven § 197, og kan i beste fall anses som et hjelpedokument. Noen bevisverdi kan uansett listen ikke ha.

Subsidiært anføres det at vilkårene for forseringstillegg etter NS 3430 punkt 17.5 og 17.6 uansett ikke er oppfylt. Det følger av punkt 17.5 at det må framsettes et konkret krav på forsering i hvert enkelt tilfelle, noe som ikke er gjort i forhold til de krav Byggholt AS har fremmet. Det forhold at byggherre og entreprenør var enige om dagmulksatser og satser for forsering, innebar ikke en generell aksept fra byggherrens side til at entreprenør skulle kunne forserer etter eget forgodtbefinnende. Forseringen må begrunnes og spesifiseres med skriftlig kostnadsoverslag, noe som ikke ble gjort fra Byggholt AS' side. Videre må begjæring om fristforlengelse være avslått, jf punkt 17.6 og Rt 1999 side 878, idet byggherren har en valgrett mellom fristforlengelse og forsering.

3.6.2 Forseringstillegg, ark 68, 69 og 70 samt RIB 41

Forseringstillegg er betinget av at arbeidene kan sies å ha blitt forsert, dvs om kontraktsarbeidet ble levert til avtalt tid. Byggholt AS utførte ikke kontraktsarbeidet til avtalt tid, og følgelig kan arbeidene ikke anses å være forsert.

For så vidt gjelder RIB 41, gjøres det også gjeldende at forslaget om endret utførelse kom fra Byggholt AS. I denne situasjonen er det ikke grunnlag for at byggherren skal betale forseringstillegg for endringssarbeidet.

3.6.3 Forseringstillegg, vedlegg 19 og vedlegg 38

Vedlegg 19 gjelder krav på forseringstillegg fra gulvlegger, og kravet henger sammen med hvem av partene som har ansvaret for uttørrking av betongplaten, jf punkt 3.1 ovenfor. I og med at uttørrkingen er Byggholt AS' ansvar, er forseringstillegget kommunen uvedkommende.

Subsidiært gjøres det gjeldende at Byggholt AS uansett måtte ha tørket ut gulvet på grunn av fuktighet tilført betongplaten i forbindelse med sparklingen i april 1998.

Videre gjøres det gjeldende at avfuktingen av betongplaten må anses som et tilleggsarbeid. Dette ble ikke pålagt fra byggherrens side, jf NS 3430 punkt 28.2, og forseringstillegg fra gulvlegger kan da ikke veltes over på byggherren.

Under en hver omstendighet kan vilkårene for forseringstillegg etter NS 3430 punkt 17.6 ikke anses oppfylt.

For så vidt gjelder vedlegg 38 - som gjelder flytting av materialer - anføres det samme som for vedlegg 19. Subsidiært gjøres det gjeldende at det er entreprenørens ansvar å organisere arbeidet på byggeplassen slik at forsering unngås. Kravet er heller ikke dokumentert ved endringsordre, jf NS 3430 punkt 28.2.

3.7 Kommunens krav (motsøksmålet for byretten)

3.7.1 Fuktmålinger

Det følger av kontraktens bok 0, punkt 6.00 at fuktmålinger er entreprenørens ansvar. I og med at entreprenørens egne målinger, gjennomført av NOTEBY AS, var svært ujevne, var det nødvendig for byggherren å foreta egne kontrollmålinger. Byggholt AS kan ikke høres med at det forelå "tvist" etter kontraktens bok 0, punkt 6.00, og at kontrollmålingene derfor skal dekkes av byggherren. Bestemmelsen tar sikte på situasjonen der det foreligger en rettsvist. Noen slik tvist mellom partene forelå ikke på tidspunktet da kontrollmålingene ble foretatt. Kravet ble også varslet.

3.7.2 Forseringstillegg for sideentreprenører

Grunnlaget for kravet er kontraktens bok 0, punkt 4.20. I og med at Byggholt AS er ansvarlig for uttørrkingen av betongplaten, er entreprenøren også ansvarlig for disse forseringstilleggene, jf punkt 3.1 ovenfor. Kravene er dokumentert.

3.7.3 Dagmulkt

Det foreligger forsinkelse både når det gjelder ferdigsstilling av byggene A - G og bygg H.

Når det gjelder byggene A - G, var overtakelsesdato satt til 1 august 1998. På overtakelsestidspunktet var det imidlertid alvorlige mangler ved bygningene. Dette framgår av mangelslisten som ble utarbeidet. Utomhusanlegget var ikke ferdig. Dette siste var viktig av hensyn til oppstart ved Skolefritidsordningen. Det var også midlertidige utvendige trapper til bygningene. Kommunen har til tross for dette nøyd seg med å kreve dagmulkt for byggene A og D.

Byggene kan ikke anses overtatt av byggherren primo august, slik Byggholt AS hevder. At bygningene ikke ble overtatt, framgår av innholdet i protokollen side 2. Videre framgår det av den omfattende dokumentasjon som foreligger vedrørende manglende ferdigsstilling av utomhusanleggene. For så vidt gjelder disse delene av prosjektet, er det sagt uttrykkelig fra byggherrens side at anleggene nektes overtatt.

Dersom retten skulle komme til at det ikke foreligger protokoll som viser at kontraktsarbeidet nektes overtatt, jf NS 3430 punkt 30.4 d, er dette uansett ikke avgjørende i relasjon til dagmulktkravet. I forhold til retten til dagmulkt, er det avgjørende om det foreligger forsinkelse, jf NS 3430 punkt 20.2, jf punkt 20.1.

For så vidt gjelder bygg H, var hovedårsaken til forsinkelsen den uttørring av betongplaten som måtte foretas, jf punkt 3.1 ovenfor. I og med at dette var Byggholt AS' ansvar, må overlevering som først fant sted 19 februar 1999, anses som en forsinkelse som entreprenøren er ansvarlig for. Subsidiært, dersom uttørringen av betonggulvet var kommunens ansvar, gjøres det gjeldende at i henhold til framdriftsplan skulle dette bygget ha tett råbygg i mai 1998, men at råbygg først var ferdig i august 1998. Hadde råbygget vært ferdig i henhold til framdriftsplan, ville det derfor vært unødvendig med særskilte uttørkingsarbeider i forhold til bygg H, og bygget kunne vært ferdig til avtalt tid, dvs. 1 november 1998. I stedet ble bygg H brukt som en salderingspost fra entreprenørens side i forsøket på å ferdigstille de øvrige bygg innen fristen.

3.7 Påstand

I. I hovedanken

1. Oslo kommune frifinnes.
2. Oslo kommune^{*} tilkjennes sakens omkostninger for byrett og lagmannsrett, med tillegg av 12 % forsinkelsesrente.

II. I motanken

1. Byggholt AS dømmes til å betale Oslo kommune kr 891.666 - med fradrag for/motregning av tilbakeholdt beløp kr 891.666 -.
2. Oslo kommune tilkjennes sakens omkostninger for byrett og lagmannsrett, med tillegg av 12 % forsinkelsesrente.

4. Lagmannsrettens syn

4.1 Uttørking av betongplater

Det er på det rene at betongplater som var lagt av PEAB AS var for fuktige til at Byggholt AS kunne utføre sine gulvarbeider på betongen. Spørsmålet er om de arbeider som måtte utføres i forbindelse med uttørkingen av betongplaten, var en del av Byggholt AS' entreprise, eller om dette var byggherrens eget ansvar.

Lagmannsretten har på dette punkt delt seg i et flertall og et mindretall. *Flertallet*, lagdommerne Hermansen og Akerlie og fagkyndig meddommer Saupstad, er kommet til at arbeidet med uttørkingen av betongplate var en del av Byggholt AS' entreprise. Flertallet legger særlig vekt på følgende forhold:

Det er ikke framlagt dokumentasjon som viser at uttørking av betongen var PEAB AS' ansvar, og flertallet legger til grunn at uttørking av betongen ikke var en del av PEAB AS' entreprise.

Det følger av anbudsdokumentene vedrørende Rigg og Drift postnr 01.00.1 at beskrivelsen bygger på NS 3419, og denne må anses som en del av kontrakten. Det heter i tredje ledd at "anbyderen må ved befaring og undersøkelser gjøre seg kjent med alle forhold på byggeplassen som kan være av betydning for det arbeid han skal utføre som hovedentreprenør, eller som kan medføre ansvar". Flertallet har ikke holdepunkter for at Byggholt AS ikke forholdt seg som her beskrevet. Flertallet antar derfor at Byggholt AS var klar over - eller burde forstått - at det var nødvendig å foreta uttørking av betongplaten før Byggholt AS kunne starte sine arbeider på betongen.

Videre følger det av NS 3419 punkt 3.2 om rigging, klargjøring og drift av byggeplass for andres arbeider at disse skal spesifiseres særskilt og kan angis i egne poster. Det foreligger ingen uttrykkelig spesifisering av arbeidet knyttet til uttørking av betongplate, men flertallet finner ikke dette avgjørende.

I Rigg og Drift postnr 01.00. er det fastsatt at "alle nødvendige rigg- og driftsytelser som ikke er innregnet i prisene for de enkelte delprodukter er medtatt i dette kapittel selv om disse ikke er spesifisert under de enkelte postene i dette kapitlet". Etter flertallets oppfatning tyder denne bestemmelsen på at alle rigg- og driftsytelser som er nødvendige for utførelsen av entreprisen, skal omfattes av kapitlet. Uttørking av betong

må etter flertallets oppfatning anses som et slikt nødvendig arbeid, og også dette tilsier at uttørkingen skal være omfattet av entreprisen.

I postnr 01.50.7.4 er det om "prøving, kontroll materialer" fastsatt i annet ledd at "Entreprenør er ansvarlig for at betong er tilstrekkelig uttørket for legging av gulv eller overflatebehandling". Ordlyden trekker i retning av det er entreprenørens ansvar å sørge for uttørking av betong før han foretar sine arbeider. Rett nok står bestemmelsen i posten om "prøving, kontroll materialer", men slik bestemmelsen (annet ledd) er utformet synes den å rekke lenger enn overskriften tilsier. Etter flertallets oppfatning ville bestemmelsen også gi liten mening dersom den bare var ment å pålegge entreprenøren en plikt til å avstå fra videre arbeider inntil betong var tilstrekkelig uttørket.

Mindretallet, lagdommer Stoltz og fagkyndig meddommer Dahl, er derimot kommet til at uttørkingen av betonggulvet ikke kan anses å være en del av Byggholt AS' entreprise. *Mindretallet* kan i det alt vesentlige slutte seg til byrettens vurderinger på dette punkt. *Mindretallet* finner ikke å kunne tillegge postnr 01.50.7.4 slik vekt som flertallet har gjort. Det forhold at bestemmelsen er inntatt i en post som etter sin overskrift regulerer prøving og kontroll, tilsier at den har et snevrere anvendelsesområde enn det bestemmelsen etter sin ordlyd gir inntrykk av. Den uklarhet som anbudsdokumentene inneholder på dette punktet, bør etter *mindretallets* mening under en hver omstendighet gå ut over kommunen.

Arbeidet med uttørking av betongplaten må anses som et tilleggsarbeid. *Mindretallet* finner imidlertid at det ikke er grunnlag for å avskjære Byggholt AS fra å kunne kreve vederlag for arbeidet fordi det ikke ble utstedt endringsordre, jf NS 3430 punkt 28.2, slik kommunen har anført. Det var byggherren som hadde utformet anbudsdokumentene, og denne måtte eller burde forstå at uttørking av betong ikke var omfattet av entreprisen. Når så byggherren forholdt seg passiv til de uttørkingsarbeider Byggholt AS igangsatte, må denne gjennom sin passivitet anses å ha akseptert arbeidene som tilleggsarbeider. I denne situasjonen må det være uten betydning for kravet på godtgjøring at det ikke ble utstedt endringsordre etter NS 3430 punkt 28.2.

Mindretallet finner det heller ikke sannsynlig at betongplaten i bygg H var uttørket i mai 1998, slik at det ville vært unødvendig med uttørkingstiltak dersom råbygg hadde blitt oppført innen utgangen av mai - i samsvar med opprinnelig framdriftsplan.

Byggholt AS' krav om godtgjøring for arbeidene i tilknytning til uttørking av betonggulvene blir i henhold til flertallets standpunkt ikke å ta til følge.

4.2 Mengdekontroll

NS 3430 punkt 23.2 inneholder bestemmelser om mengdekontroll. Bestemmelsene lyder:

Er det i kontrakten satt en frist for entreprenøren til å kontrollere de mengder som er angitt i anbudsgrunnlaget, skal han sammenholde beskrivelser inkludert mengdefortegnelsen med tegningene.

Entreprenøren kan ikke etter fristens utløp kreve kontraktssummen endret på grunn av feil ved de angitte mengder som han burde ha oppdaget ved kontrollen.

Videre følger det av kontraktens punkt 2.0 om mengder at disse regnes som faste med mindre annet er avtalt.

Partene er enige om at Byggholt AS skal anses å ha overholdt den frist som var satt for entreprenøren til å kontrollere de mengder som var angitt i anbudsgrunnlaget, dvs ultimo desember 1997.

På grunn av den store forskjell det var mellom henholdsvis byggherrens og entreprenørens beregninger av mengdene, ble partene enige om at byggherrens representant, Bygganalyse AS, og entreprenørens representant i fellesskap skulle gå gjennom og kontrollere mengdene. For Bygganalyse AS møtte ingeniør Frank Roberg og for Byggholt AS møtte anleggsleder Oli Antonsson og dels prosjektleder Hans Christian Junk. Junks deltakelse var - slik lagmannsretten har oppfattet det - begrenset til deltakelse på det første møtet.

Det ble til sammen avholdt tre møter, det siste i slutten av januar 1998. Bortsett fra en mindre del av prosjektet som Roberg kontrollerte alene, foretok partene i fellesskap en ny beregning av mengdene. I praksis ble kontrollen gjennomført av Roberg, som hadde tilgang til det nødvendige tekniske utstyr for slike beregninger, mens Antonsson satt ved siden av Roberg og kontrollerte hans arbeid. Lagmannsretten har oppfattet Robergs og Antonssons forklaringer slik at man - etter å ha beregnet mengdene bygg for bygg - oppdaget feil så vel ved byggherrens som entreprenørens mengdeberegninger, likevel slik at de største avvik var i forhold til entreprenørens mengdeberegninger. Det er på det rene at det samlede resultatet av mengdeberegningene - som Bygganalyse AS satt med - ved en feil ikke ble oversendt til Byggholt AS.

Lagmannsretten er kommet til at Byggholt AS ikke kan kreve at de mengder som entreprenøren hadde beregnet og meddelt byggherren ultimo desember 1997 i henhold til NS 3430, skal legges til grunn. På bakgrunn av de møter som ble avholdt i januar 1998 må partene anses å ha akseptert at de opprinnelige mengder - både slik de var angitt av byggherren i anbudsgrunnlaget og av entreprenøren ultimo desember 1997 - ikke lenger skulle legges til grunn. Formålet med møtene var nettopp å komme fram til omforente og "riktige" mengder. Byggholt AS måtte på bakgrunn av møtene i januar

1998 forstå at det til utførelsen av entreprisen ville bli ikke ubetydelige avvik i forhold til entreprenørens egne mengdeberegninger. Dersom Byggholt AS til tross for dette mente at deres mengdeberegninger likevel skulle legges til grunn i entreprisen, hadde Byggholt AS en særskilt oppfordring til å få dette avklart. Dette må etter lagmannsrettens oppfatning gjelde selv om den samlede sluttoppstilling av mengder som Bygghanalyse AS hadde utført, ved en feil ikke ble oversendt Byggholt AS. Mengdene kan således etter dette ikke anses å ha vært "låst", slik Byggholt AS har anført og slik kontrakten i punkt 2.00 om mengder bygger på som hovedregel. Lagmannsretten finner at det heller ikke vil stride mot avtaleloven § 36 at Byggholt AS' mengdeberegninger ikke legges til grunn.

Det er etter dette unødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på om NS 3430 punkt 23.2 annet ledd bare er bindende for entreprenøren, eller om den også er bindende for byggherren.

Byggholt AS kan etter dette ikke gis medhold verken i sitt prinsipale krav på 1.302.487 kroner eller det subsidiære krav på 201.197 kroner.

4.3 Endringer og andre omtvistede krav

4.3.1 ARK 94

Dette kravet gjelder justert mengde av gulvbelegg. Kommunen foretok her ved endringsmelding 24 september 1998 en reduksjon av de opprinnelige mengder slik disse var angitt i anbudsgrunnlaget og i entreprenørens mengdeberegninger. I og med at mengdene ikke kan anses å ha vært "låst", slik Byggholt AS har anført, anses kommunen berettiget til å foreta en slik mengdereduksjon, jf punkt 4.2 ovenfor. Byggholt AS' krav på 42.543 kroner tas etter dette ikke til følge.

4.3.2 Post 0.2.15.2

I henhold til entreprisen skulle Byggholt AS høvle og fjerne forurenset pukk. I kontrakten var prisen satt til 174.720 kroner, jf anbudsdokumentene kapittel: Grunnarbeider postnr 02.15.2. Prisen var - i samsvar med anbudsgrunnlaget - beregnet ut fra antall kvadratmeter. Det viste seg at det ikke var nødvendig å fjerne et så tykt lag (kubikkmeter) med pukk som det byggherren hadde forutsatt. Byggherren hadde forutsatt et 15 cm tykt lag, mens det viste seg kun nødvendig å fjerne 5 cm. Kommunen har derfor kun vært villig til å betale en forholdsmessig del av anbudssummen, dvs. 58.234 kroner.

Lagmannsretten er - på samme måte som byretten - kommet til at kommunen må betale hele kontraktssummen. I og med at anbudsbeskrivelsen angir den mengde som skal fjernes i kvadratmeter, må det være dette som må være avgjørende i forhold til den pris som skal betales, og ikke mengden i kubikkmeter. Noe grunnlag for kommunen til å

kreve endring etter NS 3430 punkt 28.1 første ledd siste punktum foreligger ikke, idet det ikke dreide seg om en reduksjon av arbeidets omfang slik dette var angitt i kontrakten. De tegninger som var framlagt og som angir kotehøyder, endrer ikke lagmannsrettens vurdering. Byggholt AS' krav på 116.774 kroner blir etter dette å ta til følge.

4.3.3 Post 23.25.14 og 23.25.15

Etter anbudsdokumentene kapittel 23 Byggtapetserarbeider post 23.25.14 skulle gulvbelegg tildekkes med plast, papp og/eller finér. Arbeidet var til sammen priset til 77.760 kroner. Byggherren bestemte imidlertid at tildekkingen skulle begrenses og at det i stedet skulle benyttes plastsokker. Denne form for tildekking og beskyttelse falt langt billigere. Arbeidet ble av Byggholt AS utført i samsvar med Byggherrens krav.

Det følger av NS 3430 punkt 28.1 første ledd siste punktum at byggherren kan kreve reduksjon av arbeidets omfang. Byggherrens pålegg om endring må i dette tilfellet anses som et slikt krav om reduksjon som denne var berettiget til. Formkravet i punkt 28.2 anses oppfylt. I denne situasjonen må entreprenøren finne seg i en reduksjon av kontraktssummen, slik at byggherren bare skal betale for det arbeid som er utført. Dette må gjelde selv om det i pålegget ikke var angitt at dette ville få økonomiske konsekvenser. Byggholt AS' krav på 62.370 kroner tas ikke til følge.

4.4 Diverse tillegg

4.4.1 Vedlegg 36 og 37

Kravet gjelder betaling for arbeider med utbedring av fuge og tetting av hull i betong, som var nødvendig for at Byggholt AS skulle kunne sparkle og legge gulv.

Lagmannsretten har oppfattet det slik at kravet også omfatter rørgjennomføringer før sparkling kunne foretas.

Anbudsdokumentene post 23.25.1 angir at "det på alle gulv av betong/betongelementer hvor det skal legges vinyl eller linoleums-belegg skal det helsparkles med selvavrettende sparkelmasse". Det er i anbudsdokumentene ikke sagt noe om forberedende arbeider som var nødvendig å gjennomføre før sparklingen og gulvleggingen, men det er naturlig å oppfatte bestemmelsen slik at alt arbeid er inkludert i prisen. På denne bakgrunn finner lagmannsretten at utførelsen av disse arbeidene må anses å ligge innenfor det som omfattes av post 23.25.1. Byggholt AS' krav på 96.639 kroner tas ikke til følge.

4.4.2 Vedlegg 43

Lagmannsretten har oppfattet det slik at kommunen 26 mars 1998 bestilte som tilleggssarbeid dobbel utlekting på stående lektepanel, idet de aktuelle arbeider var

uteglemt på tegningene. Dette innebar at man måtte endre plasseringen av beslag, og det måtte foretas fugging. Byggholt ga en pris på utlektingen, som ble akseptert av kommunen.

Lagmannsretten er kommet til at Byggholt AS ikke har krav på særskilt godtgjøring for fugging i forbindelse med endringsarbeidene. Fuggingen var nødvendig på bakgrunn av den endring som kommunen hadde krevd 26 mars 1998. I og med at det ikke ble tatt forbehold fra Byggholt AS' side om særskilt vederlag for fugging ved prissettingen av endringsarbeidet, var det naturlig for byggherren å oppfatte tilbudet slik at tilbudet også omfattet fugearbeidet. Byggholt AS' krav på 35.414 kroner tas ikke til følge.

4.5 Øket rigg og drift ved forlenget byggetid for bygg H

Kravet gjelder øking av rigg og drift som følge av forlenget byggetid for bygg H. Partene er enige om at avgjørelsen av dette kravet beror på avgjørelsen av hvem av dem som hadde ansvaret for uttørkingen av betongplaten, jf punkt 4.1 ovenfor. Med det resultat lagmannsrettens flertall er kommet til for så vidt gjelder det spørsmålet, finner det samme flertallet at det ikke er grunnlag for å tilkjenne Byggholt AS krav på godtgjøring for øket rigg og drift med 161.203 kroner. Lagmannsrettens mindretall mener derimot at Byggholt AS må tilkjennes det beløp som er krevet.

4.6 Forsering

4.6.1 Forseringstillegg for byggene A - G og bygg H

Partene hadde 6 april 1998 søkt å bli enige om forseringstillegg og dagmulkt. I referatet fra møtet heter det at "Det ble konkludert med i dette møtet at forseringstillegget skal gjenspeiles i dagmulktbetraktning dersom dette kommer til anvendelse". Videre heter det at forseringstillegg/dagmulkt for bygg A - G settes til 5.700 kroner pr dag og for bygg H 4.700 kroner pr dag.

Byggholt AS framsatte 9 november 1999 i forbindelse med sluttoppgjør, krav om godtgjøring ved forsering for 192 dager, med henholdsvis 685.000 kroner for bygg A - G og 205.075 kroner for bygg H, til sammen 890.075 kroner. Det er under saksforberedelsen for lagmannsretten framlagt relativt omfattende dokumentasjon som danner grunnlag for kravet. Dokumentasjonen viser endringsmeldinger og bestillinger m.m.

Lagmannsretten finner at den enighet som ble oppnådd mellom partene 6 april 1998, ikke kan anses som et generelt samtykke fra byggherrens side til forsering. Enigheten gjaldt alene forseringstilleggets og dagmulktens størrelse. I hvilken utstrekning Byggholt AS har krav på forseringstillegg i det enkelte tilfelle, må følgelig i

utgangspunktet bero på en tolkning og anvendelse av NS 3430 punkt 17.6. Denne fastsetter:

Avslår byggherren et berettiget krav på fristforlengelse i henhold til punktene 17.1 eller 17.2, har entreprenøren rett til å forserer arbeidet for byggherrens regning med mindre forseringsutgiftene vil bli uforholdsmessig store.

Før enhver forsering påbegynnes, skal byggherren varsles med angivelse av hva forseringen antas å koste.

Slik første ledd er utformet, er det et vilkår for forseringstillegg at byggherren har avslått et krav på fristforlengelse fra byggherrens side. For den vesentligste del av dokumentasjonen som er framlagt fra entreprenørens side vedrørende dette kravet på forseringstillegg, framgår det ikke om det er bedt om fristforlengelse eller at fristforlengelse er avslått. For noen av endringsmeldingenes vedkommende er det angitt fra entreprenørens side i tilknytning til bestilling/gjennomføring av endringsarbeidene at endringene vil få "fremdrifts- og økonomiske konsekvenser", eller at det tas forbehold om dette. I forhold til andre endringsarbeider, er spørsmålet om fristforlengelse eller forseringstillegg ikke nevnt. Noe generelt avslag på fristforlengelse fra byggherrens side foreligger ikke.

Lagmannsretten finner at for disse endringsarbeidenes vedkommende kan Byggholt AS ikke gis rett til forseringstillegg. Det ble ikke framsatt noe krav fra entreprenørens side - verken generelt eller i forhold til disse endringsarbeidene spesielt - på fristforlengelse. Heller ikke forelå det noe generelt eller særskilt avslag på fristforlengelse fra byggherrens side. Rett nok var situasjonen slik at det var lite sannsynlig at byggherren av hensyn til skolestart ville kunne gi fristforlengelse i forhold til ferdigstillelse av arbeidene, særlig i forhold til byggene A - G, men dette kan ikke alene medføre at punkt 17.6 første ledd ikke skulle gjelde. I og med at entreprenøren ikke sørget for en endelig avklaring av byggherrens standpunkt til fristforlengelse - samt dokumentasjon som viser at fristforlengelse var utelukket - må entreprenøren være avskåret fra rett til forseringstillegg. Lagmannsretten viser også til varslingsregelen i punkt 17.6 annet ledd, som heller ikke ble overholdt fra entreprenørens side.

Derimot finner lagmannsretten at det må gis forseringstillegg for de arbeider hvor byggherren har meddelt at det ikke gis fristforlengelse, og at forseringstillegg vil bli ydet. For bygg A - G gjelder dette bestilling 23 juli 1998, som utgjør to dager, og for bygg H gjelder det tre bestillinger 23 juli 1998, som utgjør 12 dager. Ved disse bestillingene har byggherren skriftlig akseptert at det skal ytes forseringstillegg, og det må i denne situasjonen være uten betydning at entreprenøren ikke har gitt tilbakemelding til byggherren om hva forseringen antas å koste, jf NS 3430 punkt 17.6 annet ledd.

Kommunen har generelt gjort gjeldende at entreprenøren ikke kan tilkjennes forseringstillegg der kontraktsarbeidet ikke ble overlevert til avtalt tid. Som

lagmannsretten vil komme tilbake til nedenfor, er den kommet til at overleveringen av bygg H var forsinket. Kommunens syn skulle i så fall innebære at entreprenøren ikke kunne kreve forseringstillegg for endrings- og tilleggsarbeider som er relatert til dette bygget. Det er ikke holdepunkter i NS 3430 for at entreprenøren er avskåret fra å kreve forseringstillegg selv om denne ikke overholder fristen for ferdigstillelse. Det avgjørende må etter lagmannsrettens oppfatning i utgangspunktet være om entreprenøren faktisk har lagt inn mer innsats av arbeid og utstyr enn det som var planlagt. Dersom kontraktsarbeidet til tross for forseringen ferdigstilles for sent, vil byggherren kunne kreve dagmulkt som kompensasjon for forsinkelsen, jf NS 3430 punkt 20.2. Lagmannsretten kan således ikke se at det forhold at bygg H ble overlevert byggherren for sent, avskjærer entreprenøren fra å kreve forseringstillegg.

Forseringstillegget som Byggholt AS etter dette har krav på, utgjør henholdsvis 11.400 kroner for bygg A - G, og 56.400 kroner for bygg H, til sammen 67.800 kroner.

4.6.2 Forseringstillegg, ark 68, 69 og 70 samt RIB 41

Kommunen har ikke vært villig til å betale forseringstillegget for disse posten, idet kontraktsarbeidene ikke var ferdig til avtalt tid. Det er uklart for lagmannsretten om disse forseringsarbeidene knytter seg til byggene A - G, og som lagmannsretten er kommet til at ble ferdigstilt til rett tid, jf punkt 4.7.3 nedenfor, eller bygg H, som ble forsinket. Etter lagmannsrettens oppfatning kan imidlertid ikke dette være avgjørende, idet det ikke er rettslige holdepunkter for at entreprenøren er avskåret fra å kreve forseringstillegg selv om denne ikke overholder fristen for ferdigstillelse, jf det som er sagt i punkt 4.6.1 ovenfor. Lagmannsretten har ikke holdepunkter for at entreprenøren ikke faktisk har lagt inn mer innsats av arbeid og utstyr enn det som var planlagt, eller en innsats som ikke står i forhold til det vederlag som er krevd.

For så vidt gjelder RIB 41, har kommunen gjort gjeldende at denne ikke kan være fopliktet til å betale forseringstillegg for dette, idet forslaget om endret utførelse kom fra entreprenørens side. Slik lagmannsretten ser, det må det være uten betydning i forhold til retten til forseringstillegg hvem som framsetter forslag til endring. I den utstrekning byggherren aksepterer forslaget, innebærer dette samtidig et krav fra byggherren om endring, og dette må utløse en rett for entreprenøren til forseringstillegg, forutsatt at vilkårene i NS 3430 punkt 17.6 for øvrig er oppfylt. I forhold til RIB 41 ble byggherren varslet i telefaks fra entreprenøren 19 juni 1998 om at endringsarbeidet ville medføre forseringstillegg dersom man ville opprettholde ferdigstillelsesdato, samtidig som man ble anmodet om å gi tilbakemelding "umiddelbart" til entreprenøren. Lagmannsretten kjenner ikke til at det ble gitt slik tilbakemelding.

Byggholt AS' krav på 57.105 kroner blir etter dette å ta til følge.

4.6.3 Forseringstillegg, vedlegg 19 og vedlegg 38

Disse postene utgjør henholdsvis 161.744 kroner og 29.147 kroner, og står i samme stilling som punkt 4.5 ovenfor. Det vises til det som er sagt der, og kravene blir i samsvar med flertallets (lagdommerne Hermansen og Akerlie og fagkyndig meddommer Saupstad) standpunkt ikke å ta til følge.

4.7 Kommunens krav (motsøksmålet for byretten)

4.7.1 Fuktmålinger

I forbindelse med kontrollen av fuktighet i betongplaten ble det foretatt fuktmålinger fra entreprenørens side. Disse ble utført av NOTEBY AS. Målingene av fuktigheten i betongen i bygg H viste svært ujevne resultater i september 1998, og kommunen besluttet å foreta egne kontrollmålinger. Disse ble utført for byggherren av Polygon AS. Kommunen har krevd utgiftene til disse kontrollmålingene dekket av Byggholt AS.

Det følger av kontrakten, bok 0, punkt 6.00 om ekstra prøver og befaringer at "Kostnader og eventuelle forsinkelser med ekstra prøver som må tas pga. at prøver ikke tilfredsstiller kravene, er entreprenørens ansvar", jf første ledd.

På bakgrunn av de svært ulike resultater som forelå etter de fuktmålinger som NOTEBY AS hadde foretatt på vegne av entreprenøren, forelå det en usikkerhet om riktigheten og kvaliteten på de målinger som entreprenørens representant hadde foretatt. De senere prøver som ble tatt, gir imidlertid ikke holdepunkter for at de tidligere prøver ikke tilfredsstilte kravene til måling. I denne situasjonen kan kommunen ikke kreve at utgiftene til de ekstra prøvene som kommunen initierte, skal dekkes av entreprenøren.

Kommunens krav om dekning av utgifter til fuktmålinger på 18.065 kroner blir etter dette ikke å ta til følge.

4.7.2 Forseringstillegg for sideentreprenører

Kommunen har krevd dekket forseringstillegg for sideentreprenører. Kravet relaterer seg til bygg H. Som det framgår av drøftelsen i punkt 5.1 ovenfor *har lagmannsrettens flertall*, lagdommerne Hermansen og Akerlie og fagkyndig meddommer Saupstad, kommet til at ansvaret for uttørking av betongplaten var Byggholt AS' ansvar, og medlemmene av retten er kommet til at det foreligger en forsinket ferdigstillelse av bygg H, se punkt 4.7.3 nedenfor. I denne situasjonen er Byggholt AS ansvarlig for de utgifter byggherren har hatt til forseringstillegg til sideentreprenører vedrørende bygg H. Det er framlagt fakturaer, timelister m.m., og lagmannsrettens flertall finner kommunens krav på 263.414,50 kroner tilstrekkelig dokumentert.

Lagmannsrettens mindretall, lagdommer Stoltz og fagkyndig meddommer Dahl, er på bakgrunn av sitt standpunkt til spørsmålet om ansvaret for uttøringen av betongplaten (punkt 4.1 ovenfor) og spørsmålet om forsinket ferdigstillelse av bygg H, kommet til at Byggholt AS må frifinnes.

I samsvar med flertallets syn tas kommunens krav på 263.414,50 kroner til følge.

4.7.3 Dagmulkt

Kommunen har krevd dagmulkt for forsinket ferdigstillelse av byggene A, D og H. Avtalt ferdigstillelse av byggene A og D var 1 august 1998, og 1 november 1998 for bygg H. Kommunen har krevd dagmulkt for bygg A og D med henholdsvis 11 og 16 dager á 4.634,15 kroner, til sammen 125.122,05 kroner. For bygg H har den krevd dagmulkt for 110 dager á 3.821,14 kroner, til sammen 420.325,40 kroner.

Det følger av NS 3430 punkt 20.2 at "byggherren kan kreve dagmulkt dersom entreprenøren er forsinket i henhold til 20.1". I punkt 20.1 første ledd heter det:

Det foreligger forsinkelse dersom kontraktsarbeidet ferdigstilles senere enn den avtalte sluttfrist, eventuelt justert for entreprenørens fristforlengelse.

Kontraktsarbeidet anses ferdigstilt

- den dag det er meldt ferdig til, såfremt det da er i en slik stand at det ikke kan nektes overtatt i henhold til 30.5, eller
- den dag kontraktsarbeidet overtas av byggherren.

Det samme gjelder ferdigstillelse av deler av kontraktsarbeidet hvor det er avtalt delfrister.

Det følger av NS 3430 punkt 30.5 at "Byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet hvis det ved overtakelsesforretningen påvises slike mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet i en grad som gir byggherren rimelig grunn til å nekte overtagelse".

Når det gjelder byggene A og D, ble det i byggemøte 14 juli 1998 avtalt nærmere tidspunkt for overlevering av prosjektet, og i telefaks 15 juli 1998 fra Byggholt AS varslet entreprenøren - jf NS 3430 punkt 30.1 - om overtakelse av prosjektet.

Befaring for overtakelse av byggene A - G ble holdt 29 til 4 august 1998. Det ble i den forbindelse utarbeidet en omfattende mangelsliste. Det er også på det rene at det gjensto relativt betydelige arbeider på utomhusanlegget. Det er imidlertid omtvistet mellom partene - og uklart for lagmannsretten - hvorvidt manglene og de gjenstående arbeidene ville "hindre den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet i en grad som gir byggherren rimelig grunn til å nekte overtagelse", jf NS 3430 punkt 30.5.

I en situasjon hvor det framstår som uklart om det var grunnlag for byggherren til å nekte å overta kontraktsarbeidet, kan det være grunn til å legge vekt på hvordan partene

har forholdt seg i forhold til de formelle bestemmelser i NS 3430 om framgangsmåten ved overtakelse av kontraktsarbeidet.

Det følger av NS 3430 punkt 30.4 første ledd bokstav d at det skal føres protokoll fra overtakelsesforretningen, og det skal framgå av denne hvorvidt kontraktsarbeidet overtas eller nektes overtatt. Etter annet ledd skal byggherren begrunne i protokollen hvorfor han nekter å overta.

Det foreligger ingen protokoll i samsvar med NS 3430 punkt 30.4 fra overtakelsesforretningen ultimo juli/primus august 1998. Det foreligger rett nok et dokument kalt "protokoll" som innledningsvis viser til overtakelsesforretning 2 august 1998. Av denne framgår det at entreprenøren ilegges dagmulkt for hus D fra og med 1 august 1998 til og med 16 august 1998, samt for utomhusanleggene fra 1 august 1998 til 6 oktober 1998. Protokollen - som er utferdiget av kommunen - er imidlertid først datert 2 november 1998, og er ikke underskrevet verken av byggherre eller entreprenør. Protokollen ble - etter det lagmannsretten forstår - først oversendt entreprenøren primo november 1998. Protokollen tilfredsstiller på ingen måte kravene i NS 3430 punkt 30.4. Det foreligger således ingen protokoll etter NS 3430 fra tidspunktet fra overtakelsesforretningen som viser at kommunen nektet å overta kontraktsarbeidet for så vidt gjelder bygg A og D. Den bevisvil som foreligger med hensyn til om byggherren kunne nekte å overta kontraktsarbeidet for så vidt gjelder bygg A og D, finner lagmannsretten i denne situasjonen at må gå ut over byggherren.

Kommunens krav om dagmulkt for bygg A og D med til sammen 125.122,05 kroner tas ikke til følge.

Når det gjelder bygg H, ble dette i henhold til overtakelsesprotokoll for 2 november 1998 - undertegnet av partene 26 november samme år - nektet overtatt av byggherren.

Det er på det rene at sportsgulvet i bygget ikke kunne legges på grunn av manglende uttørring av betonggulv. Dette var et forhold som *lagmannsrettens flertall*, lagdommerne Hermansen og Akerlie og fagkyndig meddommer Saupstad, mener var entreprenørens ansvar, jf punkt 4.1 ovenfor. Det forelå således etter disse dommeres oppfatning en forsinkelse etter NS 3430 punkt 20.1 som berettiget byggherren til å kreve dagmulkt, jf punkt 20.2. Lagmannsrettens flertall finner ikke grunnlag for å redusere antall dager dagmulkten skal løpe for, og kommunen tilkjennes dagmulkt i samsvar med kravet på til sammen 420.325,40 kroner.

Lagmannsrettens mindretall, lagdommer Stoltz og Dahl, er kommet til at hovedårsaken til den forsinkede ferdigstilling av kontraktsarbeidet skyldtes uttørringen av betonggulvet - en uttørring kommunen var ansvarlig for. I denne situasjonen må entreprenøren frifinnes for kravet om dagmulkt.

Kommunen tilkjennes etter dette dagmulkt for bygg H med til sammen 420.325,40 kroner i samsvar med flertallets syn.

4.8 Oppsummering

Byggholt AS' krav blir etter dette å ta til følge på disse punkter:

Post 0.2.15.2	116.774 kroner
Forseringstillegg for byggene A - G og bygg H	67.800 kroner
Forseringstillegg, ark 68, 69 og 70 samt RIB 41	<u>57.105 kroner</u>
Til sammen	<u>241.679 kroner</u>

Oslo kommunes krav (motsøksmålet for byretten) blir etter dette å ta til følge på disse punkter:

Forseringstillegg for sideentreprenører	263.414,50 kroner
Dagmulkt	<u>420.325,40 kroner</u>
Til sammen (avrundet)	<u>683.740,00 kroner</u>

Når det gjelder kommunens krav, er partene enige om at det beløp kommunen har holdt tilbake, og som utgjør 891.666 kroner skal komme til fradrag i det beløp som kommunen måtte bli tilkjent.

4.9 Saksomkostninger

4.9.1 Saksomkostningene for lagmannsretten

Det foreligger selvstendige anker fra begge parter i såvel hovedsøksmålet som i motsøksmålet for byretten. Ankene må vurderes hver for seg både med hensyn til vilkårene for å tilkjenne saksomkostninger og størrelsen på saksomkostningene.

Byggholt AS' anker i så vel hovedsøksmålet som motsøksmålet har - ut fra de konklusjoner *lagmannsrettens flertall*, lagdommerne Hermansen, Akerlie og fagkyndig meddommer Saupstad er kommet til i punktene 4.1 til 4.7 ovenfor - vært forgjeves, idet Byggholt AS ikke blir tilkjent et høyere beløp enn det det ble tilkjent for byretten (hovedsøksmålet), og idet Byggholt AS ikke blir dømt til å betale kommunen et lavere beløp enn for byretten (motsøksmålet). Flertallet finner at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen i tvistemålsloven § 180 første ledd om at Byggholt AS må dekke kommunens omkostninger for så vidt gjelder disse ankene. Når det gjelder kommunens anker, må disse avgjøres etter tvistemålsloven § 174 første ledd, idet ankesakene må anses delvis vunnet og dels tapt. Heller ikke i forhold til disse ankene er det grunn til å fravike hovedregelen.

Mindretallet, lagdommer Stoltz og Dahl, mener - på bakgrunn av de konklusjoner mindretallet er kommet til ovenfor - at omkostningene må avgjøres etter tvistemålsloven § 174 første ledd både i forhold til Byggholt AS' anker og kommunens anker.

I samsvar med flertallets syn blir etter dette kommunens omkostninger vedrørende Byggholt AS' anker i hovedsøksmålet og i motsøksmålet å dekke av Byggholt AS med en halvpart, idet en halvpart anses å utgjøre den forholdsmessige del av sakskostnadene ved behandlingen av disse to ankene. Oslo kommune har til sammen krevd erstattet saksomkostninger med 205.180 kroner, hvorav 150.000 kroner er salær. En halvpart av de samlede saksomkostninger utgjør 102.590 kroner. Av dette anses 1/3 å relatere seg til behandlingen av anken i motsøksmålet, og settes avrundet til 34.200. De resterende 68.390 kroner anses å relatere seg til behandlingen av anken i hovedsøksmålet.

De fagkyndige meddommere er oppnevnt i begge parter interesse, jf tvistemålsloven § 169. Den samlede lagmannsrett er kommet til at utgiftene til disse bør dekkes av hver av partene med like beløp, dvs en halvpart hver, jf hovedregelen i tvistemålsloven § 171. Utgiftene fastsettes av retten i særskilt oppgave.

4.9.1 Saksomkostningene for byretten

Med det resultat så vel lagmannsrettens flertall som mindretall er kommet til, er det ikke grunnlag for å endre byrettens saksomkostningsavgjørelse, verken når det gjelder hovedsøksmålet eller motsøksmålet, idet begge sakene anses dels vunnet og dels tapt.

Dommen er avsagt med de dissenser som framgår ovenfor.

D o m s s l u t n i n g:

I hovedsøksmålet

Oslo kommune betaler til Byggholt AS 241.679 -tohundreogførtientusen-sekshundreogsyttini- kroner, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 22 juni 1999 til betaling skjer, alt innen 2 -to- uker.

I motsøksmålet

Byggholt AS betaler til Oslo kommune 683.740 -sekshundreogåttitretusen-sjuhundreogforti- kroner innen 2 -to- uker, med fradrag for/motregning av tilbakeholdt beløp med 891.666 -åttehundreognittientusensekshundreogsekstiseks- kroner.

Saksomkostninger

Byggholt AS betaler til Oslo kommune 102.590 -etthundreogtotusenfemhundre-ognitti- kroner i saksomkostninger for lagmannsretten, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer, alt innen 2 -to- uker.

Hver av partene dekker utgiftene til fagkyndige meddommere for lagmannsretten med en halvpart hver.

Byrettens saksomkostningsavgjørelse stadfestes.

Øystein Hermansen

Erik Chr. Stoltz

Eirik Akerlie

Anton Dahl

Kjell K. Saupstad

Bekreftes for
førstelagmannen:

Anine K. Knutsen

