



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 02.02.2011 i Borgarting lagmannsrett,

Saksnr.: 10-027697ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer	Per Racin Fosmark
Lagdommer	Dag A. Minsaas
Ekstraordinær lagdommer	Knut Dag Haavardsen

Meddommere:

Sivilingeniør	Øivind Sejergren
Prosjektdirektør	Terje Ilje

I Anke

Ankende part	Mandallsgate 4 Ks	Advokat Therese Linnea Kristiansen
Ankemotpart	Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS	Advokat William Nybø

II Anke

Ankemotpart	Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS	Advokat William Nybø
Ankende part	Mandallsgate 4 Ks	Advokat Therese Linnea Kristiansen

Hva saken gjelder:

Saken gjelder ulike krav vedrørende sluttavregning av to entrepriseavtaler for et kombinert nærings- og boligbygg. Hovedspørsmålene i saken er omfanget av entreprenørens ansvar for grunnforholdene, betydningen av at varslingsreglene i NS 3431 og avtalen ikke er fulgt, adgangen for entreprenøren til å ta forbehold i sluttavregningen, og om byggherren har et motkrav på grunn av arealavvik, rentetap og mangler.

Sakens bakgrunn:

Partene er enige om at tingrettens saksfremstilling i hovedsak kan legges til grunn for lagmannsrettens behandling av saken. Lagmannsretten er enig i dette. Tingrettens saksfremstilling gjengis derfor i hovedtrekk i det følgende.

Den 14. mars 2005 inngikk Mandalls gate 4 KS (heretter også Mandallsgate) som byggherre to avtaler med Bermingrud Entreprenør AS (heretter også Bermingrud eller BE) om totalentreprise på oppføring av et nærings- og boligbygg på eiendommene gnr. 230 bnr. 185 og bnr. 76 i Oslo. Byggherren hadde forut for avtalene foretatt prosjektering og søkt om rammetillatelse for prosjektet, som besto av 35 leiligheter og ca. 570 m² næringsarealer på gateplan, samt arealer for parkering og boder i kjeller under bakkeplan, totalt bruttoareal 3 393 m². Det ble inngått særskilt avtale om utbygging av næringsdelen og boligdelen av prosjektet. Forut for avtalene hadde Mandallsgate innhentet tilbud fra andre entreprenører, som imidlertid var for kostbare.

Fra avtalen mellom partene vedrørende boligdelen gjengis:

1. Omfang, representanter

Entreprenøren påtar seg å utføre: Planlegging og utførelse av leiligheter med tilhørende garasje og boder. Boliger med tilhørende fellesareal leveres innflyttingsklare.

Byggeoppdraget skal utføres som en totalentreprise hvor også utomhusarbeider inngår. Prosjektets arkitekt tiltransporteres BE, slik at BE har det totale ansvar for all prosjektering og utbygging.

...

5. Ansvar

...

BE har ansvar for å levere leilighetene i overensstemmelse med prospekt og tegninger, og må derfor kvalitetssikre innholdet i disse dokumentene. BE skal før byggestart kontrollere at areal oppgitt i prospekt er i overensstemmelse med tegningene. BE har deretter ansvar for at videre prosjektering og bygging ikke medfører reduksjon av arealet i den enkelte leilighet.

Eventuelle avvik som BE har ansvaret for, og som medfører avkorting i prisen leilighetskjøper betaler, må dekkes av BE. Jmfr Bustadoppføringslova. BE har imidlertid ikke ansvar for at leiligheter blir mindre grunnet regulering, fysiske begrensninger fra nabo ell.lign.

I de forhold som BE håndterer direkte mot kjøper har BE ansvar for garantier og reklamasjoner som kjøper har overfor byggherre. Dette innbefatter også de frister som følger av bustadoppføringslov og kjøpekontrakt.

5. Endringer/tilvalg

5.1 Endringer bestemt av byggherre

Tilleggsarbeider skal være skriftlig bestilt av byggherren.

...

7. Kontraktsdokumentenes rangorden

1. Dette avtaledokumentet
2. Tilbud fra BE datert 27.1.2005 uten mengdebeskrivelse
3. Salgsprospekt og standard kjøpekontrakt
4. Bustadoppføringslova
5. Kravspesifikasjon fra arkitekt
6. Funksjonsbeskrivelse og rammebetingelser
7. Brann-notat, revidert 14.01.2004
8. Kontraktstegninger utarbeidet av arkitekt, datert 9.12.04
9. Rammetillatelse datert 14.12.04
10. Kontrakt med arkitekt
11. NS 3431 (ikke vedlagt)
12. Relevante NBI-blader og bransjenormer, herunder våtromsnorm (ikke vedlagt)
13. Andre norske standarder i den utstrekning de kan få anvendelse (ikke vedlagt)

Tilsvarende avtale for næringsarealene inneholder i det vesentlige de samme bestemmelsene og henvisningene. Samlet kontraktssum utgjorde for boligdelen 32 000 000 kroner og for næringsdelen 11 875 000 kroner inkl. mva.

Fra Bermingruds tilbud av 27. januar 2005 vedrørende boligdelen gjengis:

Vi viser til møte hvor det ble overlevert tegninger og en gjennomgang av prosjektet. I henhold til dette har vi følgende anbudssum:

Pris eks. mva:

25 600 000.-

I tilbudet er det medtatt komplette arbeidet i henhold til prosjektering og dens arbeider. Vi har forbehold om forurensning utover medtatt NGI-rapport.

...

Ellers leveres dette i henhold til bygningsmessig beskrivelse pr. 26.01.05.

"Funksjonsbeskrivelse og rammebetingelser" som det er vist til i avtalen pkt. 7 nr. 6, kommer lagmannsretten tilbake til under lagmannsrettens syn på saken. Det fremgår også

av pkt. 7 nr. 11 at NS 3431 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser – er gjort til en del av avtalene. Lagmannsretten kommer tilbake til de relevante bestemmelser her.

Før kontraktsinngåelsen mottok Bermingrud fra Mandallsgate etter det opplyste kopi av to rapporter utarbeidet av Norges Geotekniske Institutt (NGI). Det gjelder et teknisk notat av 5. mai 2001 med en vurdering av grunn- og fundamenteringsforhold for nybygg, og en miljøteknisk undersøkelse av 3. desember 2004.

Bermingrud har opplyst at de ut fra NGIs vurdering av grunn- og fundamenteringsforholdene forutsatte at det var mulig å oppføre bygget med såkalt ”kompensert fundamentering”, som er en rimeligere løsning enn å pele. Etter prøvegraving mot naboeiendommene viste det seg at kompensert fundamentering ikke var gjennomførbart. Det måtte fundamenteres til fjell med stålkjernepeler i en dybde på opptil 45 meter.

Det var også nødvendig å anlegge spuntvegger i god avstand fra nabobebyggelse som til dels var fundamentert på rullestein som også gikk inn på Mandallsgates grunn. Dette medførte at spuntveggen måtte trekkes ca. tre meter inn mot sørøst og én meter inn mot nordøst. Det påløp ekstra omkostninger og tidsbruk til peling. Videre medførte flyttingen av spuntvegger at kjellerarealet ble betydelig mindre, noe som medførte behov for en god del omprosjektering.

Etter at man ble oppmerksom på at kompensert fundamentering ikke kunne benyttes, tok Bermingrud opp behovet for peling til fjell med Mandallsgate i brev av 12. juni 2005. Brevet har følgende innhold:

Vedr. Endring av fundamentforhold Mandallsgt 4.

Vi viser til møte hvor det ble gjennomgått hvordan huset var tenkt fundamentert. Dette i henhold til NGI sin rapport. Denne anbefales ikke av geotekniker. Prosjektene i området rundt bruker peling som bæremåte for byggene. I dette møtet ble det avtalt at det skulle hentes pris på stålkjernepeler og lages en endringsmelding. I utgangspunktet er det priset bærende bunnplate. Dette kommer nå delvis til fratrekk.

Sum oppsett

- Bunnplate 270 m3 x 1200	324.000.-
- Armering 36400 x 12	436.000.-
- Kostnader peling reguleres	2.200.000
Sum kostnader	2.960.000
 Medtatt i kontrakt	 -720.000.-
	<u>-571.200.-</u>
Sum tillegg	1.669.000.-

I henhold til dette må også fremdriftsplan reguleres som en del av dette. Arbeidet med peling er det avsatt 4 ukers produksjon. Dette vil medføre en forsinkelse av overlevering.

Ny fremdriftsplan vil bli revidert snarest.

På et senere tidspunkt – så vidt man skjønner etter at arbeidet var utført – presenterte Bermingrud et revidert oppsett basert på endrede mengder. Sum tillegg utgjorde nå 2 542 200 kroner, fordelt med 940 614 kroner på næringsdelen og 1 601 586 kroner på boligdelen. Mandallsgate protesterte på dette og hevdet at det var avtalt muntlig at Mandallsgate skulle dekke maksimum 1 800 000 kroner av omkostningene med peling.

En del endringer ble fakturert etter hvert. Ved sluttoppgjøret 23. januar 2007 fakturerte Bermingrud i tillegg for en rekke endringer. Endringsarbeidene er nummerert fra E 1 til E 31.

Mandallsgate protesterte på sluttoppgjøret i brev av 30. januar 2007. Partene avholdt et møte om sluttoppgjøret 9. februar 2007, noe lagmannsretten kommer tilbake til.

Lagmannsretten har under ankeforhandlingen fått presentert en oversikt fra hver av partene over det økonomiske mellomværende. Det er noen mindre uoverensstemmelser ved enkelte av postene i de respektive oppstillinger uten at dette har nevneverdig betydning for totalbildet. I det følgende er Mandallsgates oppstilling lagt til grunn.

Den viser at det for boligdelen skal det være innbetalt i henhold til kontrakten 28 920 703 kroner med tillegg av innbetaling for endringsarbeider 1 675 000 kroner. I tillegg kommer et á konto-beløp 1. desember 2006 på 1 000 000 kroner og en innbetaling ved nedskrivning av byggherrens garanti i mai 2008 på 1 600 000 kroner, slik at samlet innbetalt beløp for boligdelen skal utgjøre 33 195 703 kroner.

Tilsvarende er det for næringsdelen innbetalt 11 594 179 kroner. Totalt sett utgjør dette 44 789 882 kroner.

Partene er enige om at en del av endringspostene er akseptert av Mandallsgate. For boligdelen gjelder dette krav på i alt 2 446 337,50 kroner. For næringsdelen gjelder dette krav på i alt 34 848 kroner. I tillegg aksepterte Mandallsgate under hovedforhandlingen for tingretten to krav på til sammen 85 204 kroner, slik at samlede aksepterte poster for næringsdelen utgjør 120 052 kroner.

Twisten gjelder etter dette følgende poster:

Boligdel:

E 6 Etablering av sluser i blokk C	kr. 50 000,00
------------------------------------	---------------

E 8 Tilleggspost grunnarbeider peling	kr. 482 541,00
E 17 Flytting av el-tavle	kr. 100 892,25
E 18 Bygging av ekstra boder	kr. 40 375,00
E 22 Installasjon av strømleverandørs måler	kr. 49 500,00
E 24 Brannrør til boder i blokk C	kr. 31 250,00
Endring av utvendig til innvendig trapperom:	
E 27	kr. 416 343, 75
E 29	kr. 204 587,50
 E 30 Andel rigg/drift	 <u>kr. 364 453,75</u>
Sum boligdel	<u>kr. 1 739 943,25</u>

Næringsdel:

E 5 Søppelrom COOP	kr. 120 000,00
E 9 Tillegg grunnarbeider	kr. 222 995,00
E 26 Adkomstløsning rom G 12, kjeller	kr. 7 500,00
E 28 Dør/port til gang COOP	kr. 36 250,00
E 31 Andel rigg/drift	<u>kr. 228 516,00</u>
Sum næringsdel	<u>kr. 615 261,00</u>

I tillegg er det tvist om utgiftene til takterrassen på Blokk D. Dette beløpet utgjør 2 869 385 kroner, og bakgrunnen for denne tvisten er i korthet følgende:

Seks av syv toppleiligheter i Blokk D var kjøpt samlet fra Mandallsgate av et selskap ved navn Location Ceara Invest AS (heretter også benevnt LCI), som helt eller delvis var eid av arkitekten for prosjektet. Kjøperen ønsket å omprosjekttere disse toppleilighetene med nytt innvendig trappeløp og adkomst til egen takterrasse. Ønsket ble fremmet overfor Mandallsgate, som i utgangspunktet ikke hadde innvendinger til dette.

I flere prosjekteringsmøter hvor representanter for Mandallsgate, Bermingrud og arkitektfirmaet var til stede, ble det klargjort at arbeidet skulle prises som tillegg. I referat fra prosjekteringsmøte 13. juni 2005 er det videre presisert at "Verken byggherre eller entreprenør vil betale for dette". I referat fra prosjekteringsmøte 29. august 2005 heter det videre: "Utbygger forutsetter nye kjøpekontrakter m/"investorgruppen" hvor merkostnadene er tatt hensyn til. Utbygger setter prisen. ... Arkitekt utarbeider underlag innen 5.09 slik at TE får priset dette innen 9.09."

Arbeidet ble igangsatt etter at Bermingrud hadde mottatt nye tegninger fra arkitekten. Senere viste det seg at endringen ikke var godkjent av Plan- og bygningsetaten, og det utførte arbeidet måtte derfor rives.

Kort før planlagt ferdigstilling var det fortsatt ikke funnet noen løsning på takkonstruksjonen. I e-post 30. august 2006 presenterte Victor Horgen på vegne av Bermingrud en oversikt over nødvendige tilleggsarbeider på til sammen 759 000 kroner for å få ferdigstilt taket og uttalte: "Ønsker en skriftlig bestilling på ny løsning tak D-blokk (trapp, luke, rekkverk etc.). Dette er tillegg i h.t. kontrakt." Tore Gjendemsjø svarte på vegne av Mandallsgate 4. september 2006: "Sett dette i bestilling, la oss se på fakturaer etterpå."

Etter dette har Bermingrud fremsatt krav om dekning av merarbeider på til sammen 2 869 385 kroner for arbeid med takterrassene.

Bermingrud har endelig fremsatt et krav på 1 225 000 kroner, da det måtte monteres sprinkleranlegg i Blokk C for å tilfredsstille branntekniske krav.

Mandallsgate har fremsatt tre motkrav. Det gjelder for det første erstatning på til sammen 240 000 kroner som er utbetalt til kjøpere av fire av leilighetene på grunn av arealavvik. For det andre trakk kommunen tilbake midlertidig brukstillatelse på grunn av problemer med brannsikring i Blokk C. Dermed kunne de aktuelle leilighetene ikke tas i bruk, og kjøpesummene ble stående på meglers konto, noe som påførte Mandallsgate et rentetap på 160 000 kroner. For det tredje har Mandallsgate fremsatt et krav på 1 048 926 kroner for mangler.

Oslo tingrett avsa 4. desember 2009 dom med slik domsslutning:

1. Innen 2 –to- uker fra forkynning av dommen betaler Mandalls gate 4 KS til Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS kr. 4 458 166,25 - firemillionerfirehundreogfemtiåttetusenetthundreogseksiseks 25/00- med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelseslovens bestemmelser fra 15. mars 2007 til betaling skjer.
2. Innen 2 –to- uker fra forkynning av dommen betaler Mandalls gate 4 KS til Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS sakskostnader med kr. 200 000.- - tohundretusen 0/00-.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Både Mandallsgate 4 KS og Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS har i rett tid anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling ble avholdt 5. – 7. januar 2011 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt tre vitner. Om bevisføringen og dokumentasjonen for øvrig vises til rettsboken.

Mandallsgate 4 KS, har i korthet anført:

Mandallsgates innsigelser til sluttoppgjøret er ikke prekludert, da fristen i NS 3431 pkt. 36.3 ikke er preklusiv. Under enhver omstendighet er Mandallsgates innsigelser til sluttoppgjøret i brev av 30. januar 2007 og i møtet 9. februar 2007 fremsatt i tide, og disse innsigelsene, som gjelder samtlige krav som er gjenstand for tvist, er tilstrekkelig spesifisert.

De fleste av de omtvistede endringer, som Bermingrud nå krever betaling for, ble først varslet i sluttoppgjøret, noe som åpenbart må være for sent, jf. NS 3431 pkt. 33.3.1. Kravene er blitt varslet etter at arbeidene har blitt utført, noe som innebærer at byggherren mistet sin kontroll og økonomiske styringsrett i prosjektet. Bermingrud har også i sine rutiner standard opplegg for skriftlig varsel om endringer, men dette skled ut etter hvert. Bermingrud presenterte en rekke endringskrav først i slutfakturaen. For sen varsling innebærer at kravene er prekludert. Følgende elleve krav er varslet for sent: E 5, E 17, E 18, E 22, E 24, E 26, E 27, E 28, E 29, E 30 og E 31.

De arbeidene de enkelte varsler omhandler, er under enhver omstendighet en del av totalentreprisekontrakten, og det kan ikke kreves tilleggsbetaling av Mandallsgate. I totalentreprisekontrakten har Bermingrud påtatt seg et mer omfattende ansvar enn det som er vanlig i totalentreprisekontrakter. Det følger av funksjonsbeskrivelsen pkt. 0.8 at Bermingrud har påtatt seg ansvar for ”alle forhold i grunnen” og ”alle uforutsette forhold”, og både kontraktsdokumentet og funksjonsbeskrivelsen er rangert over NS 3431. Bermingrud hadde både funksjonsbeskrivelsen og øvrige dokumenter tilgjengelig før kontraktene ble undertegnet, men Bermingrud tok ikke noe forbehold når det gjaldt grunnforhold og fundamentering. Bermingrud tok derimot forbehold mot forurensning utover det som fulgte av en NGI-rapport, noe som innebærer at de må ha tenkt gjennom problemstillingen.

Langt på vei er de fleste av de omtvistede kravene om endringsordre forhold som er forårsaket av forhold i grunnen, arkitektens prosjektering eller Bermingruds egen prosjektering, herunder forholdet til offentligrettslige krav til sikkerhet. Dette er forhold som er Bermingruds risiko og ansvar ut fra den funksjonsfordeling som kontrakten og funksjonsbeskrivelsen innebærer, og Bermingrud kan ikke nå kreve tilleggsbetaling av Mandallsgate.

Når det gjelder arbeidene med takterrasse/toppleilighetene i Blokk D, er dette utgifter som ikke kan kreves dekket av Mandallsgate. For det første er det ikke adgang til å ta forbehold om dette i sluttoppgjøret, jf. NS 3431 pkt. 36.1, og kravet er derfor prekludert. For det andre er det heller ikke noe materielt grunnlag for å rette kravet mot Mandallsgate. Det foreligger ingen skriftlig bestilling fra Mandallsgate utover et forprosjekt der kostnader skulle avklares. Arbeidene som ble bestilt av Mandallsgate 4. september 2006 etter tilbud

fra Bermingrud 30. august 2006 var nødvendige for å få lukket bygget og godkjent for overlevering etter at endringene utført av Bermingrud og arkitekten ikke ble godkjent av Plan- og bygningsetaten.

Mandallsgate har hele tiden gjort det klart at de ikke ville betale for disse utgiftene, og at det var et forhold mellom Bermingrud og Location Ceara Invest AS. Bermingrud har også forholdt seg til dette ved at de rettet krav mot Location Ceara Invest AS og inngikk forlik 5. november 2007.

Når det gjelder tillegget for sprinkleranlegg, 1 225 000 kroner, er dette også en konsekvens av grunnforholdene, da trappeløsningen ble endret. Merkostnadene skyldes mangler ved Bermingsruds prosjektering, og kan ikke kreves dekket av Mandallsgate.

Mandallsgate har en tre motkrav i sluttoppgjøret som kreves dekket av Bermingrud ved motregning.

For det første gjelder dette et krav på 240 000 kroner som følge av at Mandallsgate har betalt prisavslag til fire kjøpere av leilighetene på grunn av arealavvik. Dette kreves erstattet, jf. NS 3431 pkt. 37.6, da Bermingrud har opptrådt grovt uaktsomt ved ikke å sikre seg mot at leilighetene ble mindre enn opplyst i salgsprospektet/kjøpekontrakten, jf. boligdelskontrakten pkt. 5 vedrørende ansvar. Det er ikke reklamert for sent.

For det andre har Mandallsgate lidt et rentetap på 160 000 kroner. Dette kreves erstattet, jf. NS 3431 pkt. 37.6, da midlertidig brukstillatelse ble trukket tilbake etter tilsyn fra Plan- og bygningsetaten. Dette medførte at oppgjøret for syv leiligheter ble stående på meglers konto. Byggelånet kunne derfor ikke innfris som forutsatt, og differansen mellom byggelånsrenten og renter godskrevet på meglers konto kreves erstattet, da tilsynsrapporten fra Plan- og bygningsmyndighetene viser at Bermingrud har opptrådt grovt uaktsomt. Den perioden som oppgjøret var sperret på meglers konto som følge av Mandallsgates problemer med seksjoneringen, har man ved beregningen av kravet holdt utenfor.

For det tredje kreves det erstatning for diverse mangelsforhold med 1 048 926 kroner, jf. NS 3431 pkt. 37.6. Kravet skyldes at Bermingrud nektet å utbedre mangler, og det er ikke tvilsomt at Bermingrud har påført Mandallsgate meromkostninger på langt over én million kroner. Sameiet Mandallsgate 4 har også saksøkt Mandallsgate og Bermingrud med krav om erstatning inntil 30 millioner kroner. Det erkjennes dog at dette erstatningskravet er dårlig dokumentert.

Det er nedlagt slik *påstand*:

1. Mandallsgate 4 KS frifinnes mot å betale kr 199 060,14 med tillegg av mva. til Bermingrud Oslo og Akershus AS innen 14 dager fra forkynnelsen av dommen.

2. Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS dømmes til å betale sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten innen 14 dager fra forkynnelse av dommen.

Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS, har i korthet anført:

Når det gjelder de omtvistede endringskrav, er disse varslet i tide innenfor det anvendte varslingsystem i entreprisen. Partene har i realiteten satt mye av standardens normalsystem til side, og da kan ikke byggherren uten videre påberope seg preklusjonsreglene, jf. Hagstrøm, Entrepriserett side 62. Mandallsgate var ikke særlig skriftlig kommunikativ og lite formell. Under enhver omstendighet er kravene ikke prekludert etter prinsippene i NS 3431 pkt. 33.5 særlig andre avsnitt. Mandallsgate forstår ikke betydningen av møter etc.

Når det gjelder avtaleverket, må viktige ansvarsspørsmål ligge i hovedkontrakten og ikke bare inntas i en omfattende og til dels vanskelig tilgjengelig funksjonsbeskrivelse. Funksjonsbeskrivelsen ble også først fremlagt i forbindelse med kontraktssigneringen. Det at Mandallsgate nå bygger mye av sin argumentasjon på funksjonsbeskrivelsen, er i realiteten et prokuratorknep og i strid med lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Mandallsgate har ikke i tilstrekkelig grad flagget bestemmelsene i funksjonsbeskrivelsen, og de har derfor holdt sine forutsetninger skjult, jf. også forordet til NS 3431.

Mandallsgates etterfølgende handlinger, hvor de varsles og betale endringer, viser også at det normale skjæringspunktet for funksjonsfordelingen i NS 3431 følges. I dette tilfellet var det heller ikke noen funksjonskrav, men kun et utførelseskrav. Det skjedde dramatiske endringer i byggeprosjektet, og det var feilprosjektering hos byggherren. De vesentlige omtvistede poster har sin årsak i mangelfull prosjektering fra byggherrens side, samt omfattende intervensjoner fra byggherren under entreprisen som direkte har påvirket prosjekteringsforutsetningene for totalentreprenøren.

Forsåvidt gjelder de omtvistede forhold, har tvisten begrenset seg til selve ansvarsspørsmålet. Omfanget av kravene og beregningen av disse har ikke vært omtvistet. Innsigelseene til sluttoppgjøret er kommet etter fristen og er prekludert. Det som fremgår av Bermingruds brev av 30. januar 2007 og møtereferatet 9. februar 2007, er ikke tilstrekkelige innsigelser til sluttoppgjøret.

Når det gjelder endringene på takterrassen m.m. i Blokk D, er dette endringer som er prosjektert av sluttkjøper og satt i bestilling av Mandallsgate. I alle byggherremøtereferater, hvor spørsmålet er behandlet, angis det klart at arbeidene ”priser som tillegg”. Arbeidene ble satt i bestilling og utførelse. Investorgruppen foretok selv prosjektering, men fikk problemer med godkjenning av plan- og bygningsmyndighetene. Prosjektet ble derfor endret en rekke ganger, hvilket er utgangspunktet for Bermingruds

bestillingsforespørsel på ”ny løsning”, tak D Blokk (trapp, luke, rekkverk etc.) den 30. august 2006. Mandallsgate satte denne siste endring i bestilling.

Ut fra sakens dokumentasjon må det være helt åpenbart at det ville være et brudd på kontraktens system og de særskilte uttrykte forutsetninger, om Bermingrud selv skulle ha etablert en direkteavtale med byggherrens kontraktspartner.

Det må være full anledning til å ta forebehold om dette kravet i sluttoppgjøret, hvis man ikke får oppgjør direkte fra investorgruppen. Det at man gikk direkte på sluttkjøperne hadde sin bakgrunn i at Mandallsgate på dette tidspunkt hadde klargjort at selskapet var insolvent.

Når det gjelder utgiftene til sprinkling, er dette en tilleggsbestilling fra byggherren etter at byggherren ikke valgte å utnytte prosjektert brannløsning ved sluser. Arbeidene ble satt i bestilling av Mandallsgate etter overtakelse.

Motkravene avvises i sin helhet. Det er ikke grunnlag for noen av kravene, da Bermingrud ikke har opptrådt grovt uaktsomt. Når det gjelder mangelskravet, er dette under enhver omstendighet dårlig dokumentert, og det er vanskelig å skjønne hva de enkelte postene knytter seg til i forhold til Bermingruds eventuelle erstatningsansvar.

Det er nedlagt slik *påstand*:

Mandalls gate 4KS´ anke:

Anken forkastes.

Mandalls gate 4 KS dømmes til å betale sakens omkostninger fullt ut for tingrett og lagmannsrett.

Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS´ anke:

Mandalls gate 4 KS dømmes til å betale Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS kr. 8.248.517,50 med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrentelovens bestemmelser fra 15. mars 2007 til betaling skjer.

Mandalls gate 4 KS dømmes til å betale sakens omkostninger fullt ut for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsrettens syn på saken:

Innledning

Når det gjelder de omtvistede forhold, er det i det alt vesentlige enighet om kravenes størrelse, og tvisten er følgelig begrenset til hvem som har ansvaret for betalingen av de ulike poster.

Lagmannsretten vil først si noe generelt om totalentrepriser, jf. NS 3431, og avtaleforholdet i dette tilfellet når det gjelder hvem som har ansvaret for grunnforholdene. Retten vil deretter drøfte betydningen av varsel om endringer til byggherren, og i hvilken grad byggherrens innsigelser til sluttoppgjøret er fremmet i tide, samt i hvilken grad det er adgang til å ta forbehold i sluttoppgjøret.

Ansaret for grunnforholdene

Det karakteristiske for totalentrepriser er at entreprenøren både står for prosjekteringen og utførelsen, jf. Hagstrøm, Entrepriserett (1997) side 16. NS 3431 er gjort til en del av avtalen mellom partene, og risiko for grunnforholdene er regulert i pkt. 8.2, jf. pkt. 8.1. Pkt. 8.2 har følgende ordlyd:

8.2.1 Byggherren svarer for de opplysninger om grunnforholdene han gir totalentreprenøren.

8.2.2 For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen med mindre han godtgjør at han ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning.

Det fremgår av pkt. 8.1 andre ledd at totalentreprenøren har risikoen for lokale forhold av betydning for gjennomføringen av oppdraget som han kunne ha skaffet seg opplysninger om ved besiktigelse av byggeområdet, kontakt med kommunale myndigheter og lignende.

I denne saken er, som det fremgår, også "Funksjonsbeskrivelse og rammebetingelser for totalentreprise" en del av avtalene. Det fremgår av kontraktene pkt. 7 at dette dokumentet har en høyere rangordning enn NS 3431. Vi står følgelig overfor en prioritetsregel som innebærer at i tilfelle motstrid, går funksjonsbeskrivelsen foran NS 3431.

I funksjonsbeskrivelsen pkt. 0.8 Tomt og riggforhold er det i første avsnitt inntatt følgende bestemmelse:

Entreprenøren får stillet tomten til disposisjon i nåværende forfatning, og skal ta ansvaret for alle uforutsette forhold som måtte oppstå i forbindelse med byggingen. Entreprenør har ansvar for alle forhold i grunnen, så som pælelengder, fundamenteringsmetode, massehåndtering samt all riving. Entreprenøren er også kjent med at eksisterende bygning har behov for visse ombyggingsarbeider for å tilfredstille brannkravene i nybygget, og har disse arbeidene inkludert i kontraktsummen.

Partene er enige om at denne bestemmelsen går lengre enn bestemmelsen i NS 3431 når det gjelder entreprenørens risiko for uforutsette forhold i grunnen. Byggherrens rådgivende

ingeniør, sivilingeniør Egil Toftenes, forklarte i retten at funksjonsbeskrivelsen bevisst ble gjort mest mulig byggherrevennlig. Det var av vesentlig betydning for Mandallsgate og økonomien i prosjektet at all risiko, herunder for grunnforholdene, ble overført til totalentreprenøren.

Det er uenighet mellom partene om Bermingrud mottok funksjonsbeskrivelsen før de avga sine tilbud 27. januar 2005. Men det er på det rene at funksjonsbeskrivelsen i hvert fall var tilgjengelig på kontraktsmøtet før kontraktene ble underskrevet, og at Bermingrud hadde anledning til å gjennomgå funksjonsbeskrivelsen. Vitnet Jahn Otto Snorheim, som på det tidspunkt var ansatt hos Bermingrud og underskrev kontraktene, opplyste imidlertid i retten at han ikke hadde gjennomgått funksjonsbeskrivelsen før kontraktene ble inngått. Når det gjelder grunnforholdene, er det uomtvistet at Bermingrud før de avga tilbudet, var kjent med det tekniske notatet fra NGI, datert 2. mai 2001, vedrørende vurdering av grunn- og fundamenteringsforhold for nybygg i Mandallsgate 4. I notatet sies det følgende om fundamenteringsmåte:

Leira i området er normalkonsolidert og tilleggsbelastninger på grunnen vil gi betydelige setninger. På denne bakgrunn er to mulige fundamenteringsløsninger vurdert:

En velprøvd og rimelig fundamenteringsmåte vil være kompensert fundamentering på hel bunnplate støpt direkte på leira. Prinsippet med kompensert fundamentering er at vekten på utgravd masse er like stor eller større enn bygningsvekten. På det nåværende tidspunkt er vi imidlertid ikke tilstrekkelig sikre på at kompensert fundamentering er mulig. En løsning med kompensert fundamentering vil forutsette at man klarer å fordele bygningsvekten jevnt over hele bunnplata, dvs. også den lave delen mot Grønlandsleiret 15. Fullstendig kompensert fundamentering kan også forutsette at man får anlegge kjeller under fortauet mot Mandallsgt. Løsningen må vurderes nærmere i samråd med byggeteknikk.

Inntil videre må det tas høyde for at det blir nødvendig å fundamenterer bygget på spissbærende peler rammet til fjell. Det kan være aktuelt å benytte betongpeler eller stålpeler. Det antas at bruk av stålpeler vil være hensiktsmessig selv om man da må dimensjonere for korrosjon. Med stålpeler vil det trolig være mulig å legge kjellergulvet direkte på grunnen og ta laster fra bygget for øvrig på peler. Med bruk av betongpeler kan det være nødvendig med frittstående kjellergulv fundamenter på peler sammen med resten av bygget. Forskjellen skyldes at bruk av stålpeler er mer gunstig med tanke på å unngå massefortregning, poretrykksoppbygning og etterfølgende setninger som følge av pelingen.

Det fremgår her at NGI ikke er tilstrekkelig sikre på at kompensert fundamentering er mulig, og at det må tas høyde for at det blir nødvendig å fundamenterer bygget på peler.

Det er videre uttalt følgende om nabobebyggelse:

Nabobygningene er alle oppført i mur. Tilsendte tegninger fra plan og bygningsetaten viser konstruksjon og fundamentering av bygningene. Det må antas at virkelige fundamenteringsdybder kan avvike noe fra det tegningene viser. Tegningene viser heller ikke hvorvidt eksisterende fundamenter er satt på treflåter eller om fundamenteringen stikker noe ut fra veggene. Før detaljprosjektering bør det utføres sjaktegravinger i utvalgte punkter for å bestemme faktisk beliggenhet og tilstand av eksisterende fundamenter. Både med tanke på spunting inntil nabobygg, og i hvilken grad eksisterende fundamenter ligger over laveste gatenivå for nybygg, er slik informasjon viktig før endelig valg av løsninger.

Det fremgår her at en avklaring når det gjelder fundamenteringen for naboeiendommene, er viktig før endelig valg av løsninger.

Bermingrud har gjort gjeldende at tilbudet på både boligdelen og næringsdelen forutsatte kompensert fundamentering, som var den billigste fundamenteringsløsningen. Lagmannsretten betviler ikke at det kan ha vært en forutsetning for Bermingrud. Denne eventuelle forutsetningen fremgår imidlertid ikke av de skriftlige tilbudene, og det er heller ikke inntatt noe forbehold om dette i kontraktene pkt. 8. Tvert i mot fremgår det av funksjonsbeskrivelsen pkt. 0.8 at Bermingrud har påtatt seg ansvaret for "alle forhold i grunnen" og "alle uforutsette forhold". Bermingrud tok derimot et forbehold både i tilbudene og i kontraktene når det gjaldt forurensing utover det som var nevnt i den andre NGI-rapporten.

Lagmannsretten nevner at det i tilbudene er vist til en "bygningmessig beskrivelse pr 26.01.05". Bermingrud har opplyst at de ikke kan finne dette dokumentet, og Bermingrud må her selv ta risikoen for at de i dag ikke kan fremskaffe et komplett tilbudsdokument som var grunnlag for prisen. Mandallsgate har etter det opplyste heller ikke dette dokumentet.

Bermingrud har anført at det fremgår av forordet til NS 3431 at det i utgangspunktet er forutsetningen at standarden anvendes uten endringer eller avvik, og at det nærmest er et prokuratorknep og i strid med lojalitetsplikten i kontraktsforhold, når hele ansvaret for grunnforholdene er pålagt totalentreprenøren i henhold til funksjonsbeskrivelsen. Etter Bermingruds syn må man følgelig se bort fra det som er inntatt i funksjonsbeskrivelsen om ansvaret for grunnforholdene.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Både Bermingrud og Mandallsgate, som hadde sakkyndig bistand, må i denne sammenheng anses som profesjonelle aktører. Bermingrud hadde mulighet til, eventuelt ved å be om en mindre utsettelse, å gjennomgå funksjonsbeskrivelsen før kontraktsignering, og komme med eventuelle endringsforslag når det gjaldt ansvaret for grunnforholdene. Som nevnt, tok Bermingrud heller ingen forbehold verken i tilbudene eller kontraktene når det gjaldt fundamenteringsmåten.

Slik lagmannsretten ser det, er det imidlertid ikke avgjørende om man legger funksjonsbeskrivelsen til grunn som gjeldende mellom partene. Det følger av NS 3431 pkt. 8.2 at Bermingrud har ansvaret for grunnforholdene. Som det fremgår, hadde Mandallsgate gitt Bermingrud notatet om grunnforholdene fra NGI før Bermingrud ga sine tilbud. Bermingrud var følgelig helt innforstått med det som her er skrevet om fundamenteringsmåte, og at det inntil videre ”må tas høyde for at det blir nødvendig” å fundamenterer bygget på peler. Mandallsgate har følgelig gitt opplysninger som er riktige, og Bermingrud kan ikke høres med at de ikke burde ha oppdaget eller tatt i betraktning at peling var en påregnelig fundamenteringsmåte, jf. NS 3431 pkt. 8.2.2.

Bermingrud har videre anført at Mandallsgate selv synes å ha akseptert ansvar for grunnforholdene, når Mandallsgate aksepterte å dekke 1,8 millioner kroner av ekstraavgiftene når det viste seg at kompensert fundamentering ikke var mulig, og at det måtte peles. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Tore Gjendemsjø, som møtte som partsrepresentant for Mandallsgate, forklarte at de i et møte med Jahn Otto Snorheim hos Bermingrud aksepterte å betale dette beløpet, noe som innebar at overskuddet i prosjektet forsvant. Prosjektet måtte imidlertid sluttføres, da leilighetene allerede var solgt, og Gjendemsjø var bekymret for om Bermingrud kom til å trekke seg fra videre arbeid. Snorheim forklarte som vitne i retten at endret fundamentering var en alvorlig kostnad for Bermingrud, men han kunne ikke huske om de i møtet truet med å trekke seg fra videre arbeid.

Selv om det fremstår for lagmannsretten som noe uklart de nærmere omstendigheter rundt betalingen av 1,8 millioner kroner, har det formodningen mot seg at Gjendemsjø i møtet med Snorheim skulle ha akseptert å ha ansvaret for fundamenteringsmåte. Lagmannsretten viser til at det var helt avgjørende for Mandallsgates prosjekt at de ikke kunne ta ansvaret for forhold i grunnen, og funksjonsbeskrivelsen ble også derfor gjort mest mulig byggherrevennlig. Dersom Bermingrud mente at Mandallsgate også skulle være ansvarlig for beløp ut over 1,8 millioner kroner, hadde de – ut fra funksjonsbeskrivelsen pkt. 0.8 - all oppfordring for å sikre notoriteten her ved at dette ble nedfelt skriftlig.

Når det gjelder fundamenteringen av naboeiendommene, har dette også med forhold i grunnen å gjøre, og som Bermingrud er ansvarlig for både etter funksjonsbeskrivelsen og NS 3431 pkt. 8.2. På bakgrunn av det som er gjengitt ovenfor fra NGI-notatet vedrørende nabobebyggelse, er dette uansett forhold som Bermingrud burde ha oppdaget eller tatt i betraktning før kontraktsinngåelsen, jf. NS 3431 pkt. 8.2.2.

Lagmannsrettens konklusjon er følgelig at Bermingrud har ansvaret både for de meromkostninger som påløp som følge av at kompensert fundamentering ikke kunne gjennomføres, og de meromkostninger som skyldes fundamenteringen av naboeiendommene. Dette innebærer at posten E 8/E 9 Tillegg grunnarbeider peling, som i

det vesentlige skyldes endret fundamentering, er Bermingruds ansvar alene, og Bermingrud kan ikke kreve tilleggsbetaling.

Betydningen av varsel til byggherren

Det er i entrepriseretten utviklet et system med såkalte endringsordre. Endringsordresystemet er implementert i NS 3431. Det karakteristiske for endringsordresystemet er at pålegget om endringer er formalisert. Den som forsømmer et utspill, må bære de økonomiske konsekvenser av endringsordren.

NS 3431 pkt. 33.3.1 har følgende ordlyd:

Krever byggherren i form av tegninger, spesifikasjoner, pålegg eller på annen måte prosjektert eller utført et nærmere bestemt arbeid som totalentreprenøren mener ikke er en del av hans plikter etter kontrakten, skal han skriftlig kreve at byggherren utformer kravet som et pålegg om endring etter 33.2. Unnlater totalentreprenøren å fremsette slikt krav uten ugrunnet opphold, taper han retten til å påberope seg arbeidet som grunnlag for fristforlengelse, ekstra betaling eller erstatning.

Det fremgår av bestemmelsen at entreprenøren må varsle og kreve endringsordre av byggherren dersom det oppstår behov for tilleggsarbeider utenfor kontrakten. Det følger av NS 3431 pkt. 33.3.1 at dette også gjelder der hvor det er andre forhold enn krav fra byggherren som fører til endringen. Det følger av pkt. 44 at varslet skal være skriftlig, men det fremgår at varsel som er innført i referat eller protokoll fra byggherremøter regnes som skriftlig varsel. Konsekvensen av manglende varsling er at entreprenøren mister retten til å få betaling for tilleggsarbeidene.

Det fremgår også av avtalene pkt. 5.1 at "[t]illeggsarbeider skal være skriftlig bestilt av byggherren".

En viktig side ved endringsordresystemet er et bevis- og dokumentasjonshensyn, og særlig i større kontrakter tilsier alminnelig ryddighet en skriftlig kommunikasjon om viktige kontraktsendringer. Hensynet til byggherrens økonomiske styringsrett står her sentralt. Varsling etter at et arbeid er igangsatt eller slutført, fører til at byggherren mister den økonomiske styringsrett over prosjektet. Dette var spesielt viktig i dette tilfellet, hvor Bermingrud var klar over at Mandallsgates økonomi var stram.

Bermingrud hadde i tillegg til bestemmelsene i NS 3431 inntatt i sine endringslister følgende standardformulering:

Vi gjør oppmerksom på at de varslede tilleggsarbeidene på denne endringsliste vil bli inngangsatt først når denne endringsliste er mottatt i retur med byggherrens signatur.

Det er entreprenøren som har ansvaret for at nødvendig varsel blir gitt. Ut fra vitneforklaringen til Snorheim legger lagmannsretten til grunn at systemet med skriftlig varsel etter hvert skled ut. Vitnet Viktor Horgen, som overtok som anleggsleder fra juni 2005, forklarte at endringsmeldinger ble sendt på e-post, men at han ofte ikke fikk svar, og e-postene ikke kan dokumenteres angivelig på grunn av datahaveri.

Uansett hvordan dette har forholdt seg i praksis, er det Bermingrud som må sannsynliggjøre at skriftlig varsel ble sendt Mandallsgate *før* arbeidene ble inngangsatt. For flere av postene har ikke Bermingrud i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at varsel ble sendt, og flere av endringskravene ble først medtatt i sluttoppgjøret. Konsekvensen av dette er at varslingen er for sen, og for disse postene kan Bermingrud nå ikke kreve tilleggsbetaling eller priskompensasjon.

Bermingrud har vist til Hagstrøm, Entrepriserett (1997) side 62, og anført at dersom partene i handling har satt mye av NS 3431 formalsystem til side, kan ikke byggherren nå uten videre falle tilbake på en formalkommunikasjon som ellers er opphørt. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Forutsetningen for å kunne legge Hagstrøms synspunkt til grunn, må være at partene i fellesskap nærmest fra første stund har satt endringsordresystemet til side, noe som ikke er tilfellet i vår sak.

Bermingrud har også spesielt vist til NS 3431 pkt. 33.5 andre avsnitt, hvor det heter:

Unnlater totalentreprenøren å fremsette tilbud om tillegg uten ugrunnet opphold, og senest innen endringsarbeidene settes i gang, har han bare krav på slikt tillegg som byggherren måtte forstå at endringene ville føre til.

Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at denne bestemmelsen er relevant her. Det følger av systemet i NS 3431 pkt. 33 at pkt. 33.5 andre avsnitt gjelder i de tilfeller hvor man er enige om at det foreligger en endring, jf. pkt. 33.3.1 – noe som ikke tilfellet i denne saken.

Følgende poster er varslet for sent: E 5 (søppelrom), E 17 (flytting el-tavle), E 18 (bygging av ekstra boder), E 22 (kostnader installasjon av strømmåler), E 24 (branndører i boder), E 26 (adkomst G13), E 27 (endringer av trapperom), E 28 (dør til Coop), E 29 (trapperom) og E 30/31 (merkostnader for fristforlengelse). Konsekvensen av lagmannsrettens standpunkt her er at lagmannsretten ikke behøver å ta stilling til det materielle innhold i disse postene.

Byggherrens innsigelser til sluttoppgjøret

Bermingrud har anført at Mandallsgate innsigelser til sluttoppgjøret ikke er fremmet i tide, og at kravene er prekludert, jf. NS 4331 pkt. 36.3.

Som det fremgår, ble sluttoppgjøret presentert i slutfaktura for henholdsvis boligdel og næringsdel av 23. januar 2007. Disse tilleggskravene ble kommentert i brev av 30. januar 2007 fra Erik Toftenes til Bermingrud. Brevet har følgende ordlyd:

Vi viser til ekspedisjon mottatt 25.01.2007 med krav om diverse tilleggsvederlag i forbindelse med kontrakten av Mandallsgate 4. Kravene avvises da noe har feil adresse og må dekkes inn av COOP, noe er fakturert tidligere og annet er uberettigede krav.

Det meste av postene er ukjente for oss og er ikke tidligere varslet. Vi minner om at næringslokaler og leiligheter ble overtatt i september/oktober 2006. NS 3431 sier i pkt. 22.5 om dekning av entreprenørens merutgifter at *...varsel skal gis uten ugrunnet opphold etter at han (entreprenøren) er blitt klar over at de er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører forsinkelse eller merutgifter. Gis ikke slikt varsel uten ugrunnet opphold, tapes retten til å kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter*

Vi ser således ikke grunn til å etterkomme kravene. Det hadde vært en fordel om vi ble invitert i et møte for å gjennomgå disse sakene i forkant, så kunne mye tid og arbeid vært spart for begge parter.

Det ble deretter avholdt et møte om sluttoppgjøret 9. februar 2007, hvor det i møtereferatet under "Status" er angitt følgende:

Bermingrud Entreprenør (BE) har sendt inn forslag til sluttoppgjør. Ekspedisjonen er kommet sent og avvist av byggherren på prinsipielt grunnlag. M4 har imidlertid akseptert å diskutere saken uten at dette betyr at det er gitt noe medhold i saken.

Generelt avvises de fleste kravene. Entreprenøren må fremlegge relevant dokumentasjon dersom flere tilleggene skal kunne aksepteres.

Det fremgår videre av referatet av enkelte av postene ble godtatt av Mandallsgate, som i tillegg har godtatt noen poster i forbindelse med tingerettsbehandlingen.

Det er enighet mellom partene om at både brevet av 30. januar 2007 og møtet 9. februar 2007 er innen fristen etter NS 3431 pkt. 36.3.

Etter lagmannsrettens syn fremgår det klart av brevet og møtereferatet at Mandallsgate ikke godtar sluttoppgjøret med unntak for de poster som ble godtatt i møtet. Formålet med NS 3431 pkt. 36.3 er først og fremst at entreprenøren innen en frist på maksimum 70 dager, jf. pkt. 36.5, skal få informasjon om byggherren godtar slutfakturaen eller ikke. I dette tilfellet kan ikke Bermingrud ha vært i tvil om at kravene i utgangspunktet avvises i sin helhet, og flere av endringene var, som nevnt, også først nevnt i sluttoppstillingen. Det må etter lagmannsrettens syn være tilstrekkelig, jf. også prinsippet i tvisteloven § 9-3 andre ledd, at byggherren opplyser om slutfakturaen godtas eller bestrides.

Konklusjonen blir etter dette at Mandallsgates innsigelser til sluttoppgjøret er fremmet i tide. Det er derfor ikke for lagmannsretten nødvendig å ta stilling til om fristen etter NS 3431 pkt. 36.3 er preklusiv. Lagmannsretten vil imidlertid bemerke at det er antatt i nyere juridisk litteratur at innsigelser etter bestemmelsene i NS 3431 pkt. 36.3 går tapt dersom de ikke er fremsatt innen fristen, se Marthinussen/Giverholt i "På rett grunn", Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og entrepriserett (2010) side 325.

Tillegg arbeider takterasse Blokk D

Dette kravet utgjør 2 865 637 kroner. I sluttoppgjøret fra Bermingrud vedrørende boligdelen er det tatt følgende forbehold vedrørende dette kravet:

Krav ifb bestilte arbeider takterasse blokk D tar vi forbehold om å kreve dekket av dere om ikke innbetaling foretas av Location Ceara Invest AS.

Noe beløp er ikke angitt i forbeholdet.

Lagmannsretten tar først stilling til om det er anledning til å ta et slikt forbehold i forbindelse med sluttoppgjøret. Adgangen til å ta forbehold er regulert i NS 3431 pkt. 36.1 andre og tredje avsnitt, som har følgende ordlyd:

Slutfaktura skal omfatte alle totalentreprenørens krav, bortsett fra krav knyttet til arbeid som er utsatt til etter overtagelse. Krav som tidligere er fremmet, men ikke avgjort eller betalt, skal gjentas i forbindelse med sluttoppgjøret dersom disse krav fremdeles opprettholdes. Hvis ikke skal kravene betraktes som frafalt.

Krav som ikke er medtatt i sluttoppgjøret, kan ikke fremsettes senere. Totalentreprenøren kan likevel ta forbehold om senere endring av sluttsummen dersom grunnlaget for beregning av kravet ikke har foreligget i tide. Slikt forbehold kan imidlertid bare gjøres for spesifikt angitte ytelser.

Kontrakten mellom partene eller funksjonsbeskrivelsen har ikke noen avvikende regulering på dette punkt.

Entreprenøren har en frist til å sende sluttoppgjør, og denne fristen er overholdt. Det fremgår av NS 3431 pkt. 36.1 at han skal ta med alle sine krav. Krav som det ikke uttrykkelig er nevnt i bestemmelsen at kan utelates, eller det med hjemmel i bestemmelsene om sluttoppgjør er tatt forbehold om, kan entreprenøren ikke fremsette etter utløpet av fristen for å fremsette krav på sluttoppgjør. Denne preklusive virkning er begrunnet ut fra partenes behov for å sette en sluttstrek for prosjektet. Formålet med sluttoppstillingen er at den skal gi en samlet uttømmende og definitiv fiksering av entreprenørens vederlagskrav, se Sandvik, Kommentar til NS 3401 (1977) side 219-220.

Når det gjelder den konkrete vurderingen, nevner lagmannsretten først at arbeidet med takterrassen var ikke utsatt til etter overtagelse, slik at unntaket i NS 3431 pkt. 36.1 andre

avsnitt første setning ikke får anvendelse. Det følger da av pkt. 36.1 tredje avsnitt at forbehold bare kan gjøres på visse betingelser.

For det første må begrunnelsen for forbeholdet være at ”kravet ikke har foreligget i tide”, med andre ord før utløpet av fristen til å sende slutfaktura. I dette tilfellet forelå kravet i tide, men Bermingrud valgte å forfølge kravet overfor Location Ceara Invest AS. Etter lagmannsrettens syn er det derfor ikke anledning til å ta et slikt forbehold, jf. også det som er nevnt ovenfor om formålet med sluttoppgjøret. I tillegg er det heller ikke nevnt noe beløp, og forbeholdet fremstår derfor som uklart når det gjelder kravets omfang. Mandallsgate avviste også kravet allerede i brevet av 30. januar 2007. Lagmannsretten vil nevne, selv om dette ikke har vært påberopt, at det forøvrig fremgår av NS 3431 pkt. 33.3.4 at dersom totalentreprenøren mottar avslag på sitt krav, må han innen seks måneder ha tatt rettslige skritt.

På denne bakgrunn kan Bermingrud ikke få medhold i at Mandallsgate er forpliktet til å dekke utgiftene til takterrassen på Blokk D. Lagmannsretten behøver etter dette ikke å ta stilling til spørsmålet om Bermingrud hadde et materielt grunnlag for å fremsette kravet mot Mandallsgate.

Tillegg sprinkleranlegg

Dette kravet utgjør 1 225 000 kroner.

Slik saken er opplyst for lagmannsretten, fremstår det som noe uklart hva som er årsaken til at det var nødvendig å montere sprinkleranlegg. Tingretten har lagt til grunn at dette skyldtes at det i løpet av byggetiden ble man oppmerksom på at bygningsmyndighetene hadde endret praktiseringen av brannforskriftene, slik at det var nødvendig med ekstra brannsikring av leilighetene i én av oppgangene. For lagmannsretten har det imidlertid ikke vært bevisføring rundt dette, og det er heller ikke nærmere problematisert fra partenes side.

Mandallsgate har på sin side anført at tillegg sprinkleranlegg er en konsekvens av grunnforholdene, da trappeløsningen i C-blokken ble endret fordi kjelleren ble mindre på grunn av naboeiendommenes fundamenter.

For lagmannsretten er det ikke nødvendig å ta stilling til den konkrete årsaken til at det var nødvendig med sprinkling. Brannprosjektering er under enhver omstendighet en vesentlig del av Bermingsruds prosjekteringsansvar som totalentreprenør, jf. NS 3431 pkt. 1, og funksjonsbeskrivelsen pkt. 0.4, hvor det blant annet heter:

Entreprenør skal i hht. NS3431 kontrollere og gå god for løsningene som om de selv skulle ha forestått prosjekteringen. Dersom det gjøres endringer som følge av ønske fra byggherren, skal entreprenøren gi tilbud på både prosjektering og utførelse.

Da det ble besluttet å sprinkle, var bygget i det alt vesentlige ferdig, og slik lagmannsretten ser det, hadde Mandallsgate intet annet valg enn å samtykke til utførelsen med sprinkling. Dette innebærer imidlertid ikke at de også påtok seg det økonomiske ansvaret i den forbindelse, noe Bermingrud heller ikke har sannsynliggjort.

På denne bakgrunn er lagmannsretten kommet til at Bermingrud ikke kan kreve at Mandallsgate skal betale for sprinkleranlegget.

Oppsummering Bermingruds krav

Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til ovenfor, innebærer dette at Bermingrud ikke får medhold i noen av de krav som er omtvistet.

Mandallsgates motkrav

Erstatning for arealsvikt:

Dette kravet utgjør 240 000 kroner, og referer seg til prisavslag til fire kjøpere av leiligheter. Årsaken til arealsvikten er ukjent. Men etter lagmannsrettens syn ligger spørsmålet om arealsvikt innenfor det som Bermingrud er ansvarlig for etter avtalen pkt. 5 tredje avsnitt. Spørsmålet er derfor om Mandallsgate har reklamert i tide overfor Bermingrud.

Arealsvikten ble avdekket ved oppmåling foretatt 5. juli 2007, og beløpet ble utbetalt fra Mandallsgate til kjøperne av leilighetene 8. januar 2008. Formell reklamasjon ble fremsatt over Bermingrud først i tilsvaret 11. juni 2009, nærmere to år etter at arealsvikten var avdekket. Dette er åpenbart for sent, jf. NS 3431 pkt. 37.8 som bestemmer at mangler som viser seg etter overtagelsen, må byggherren påberope seg ”uten ugrunnet opphold”.

Mandallsgate har imidlertid gjort gjeldende at arealsvikten har vært et tema på flere møter, hvor representanter for Sameiet Mandallsgate 4, Bermingrud og Mandallsgate har vært til stede. De fremlagte møtereferater viser at dette har vært tilfellet, men, så vidt lagmannsretten kan se, fremgår det ikke av noen av referatene at Mandallsgate har varslet noe krav eller reklamert overfor Bermingrud. Det fremgår også av referatene at den ansvarlige for punktet areal, er Mandallsgate; i noen tilfeller sammen med Sameiets styre. Bermingrud er aldri oppført som ansvarlig for arealet. Lagmannsretten finner ikke at det at arealavviket har vært et tema på møtene, tilfredsstiller kravene til en reklamasjon overfor Bermingrud.

Kravet kan etter dette ikke føre frem

Rentetap:

Dette kravet utgjør 160 000 kroner, og refererer seg til at midlertidig brukstillatelse ble trukket tilbake. Bermingrud har ikke hatt innvendinger til selve beløpets størrelse, men har bestridt at det er noe grunnlag for kravet.

Det følger av NS 3431 pkt. 37.6 at et slikt følgetap som rentetapet er, kun kan kreves dekket hvis det har sin årsak i forsettelig eller grovt uaktsomt forhold hos entreprenøren. Ved grov uaktsomhet er handlingen (eller unnlatelsen) kvalifisert klanderverdig, og gir grunnlag for sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet. Handlingen må representere et markert avvik fra forsvarlig handlemåte, se nærmere Lødrup, Lærebok i erstatningsrett (6. utg. 2009) side 127.

Det ble utstedt midlertidig brukstillatelse i forbindelse med den opprinnelige overtakelse i september/oktober 2006. Den 16. november 2006 foretok Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune stedlig tilsyn i Mandallsgate 4. Dette avdekket en rekke alvorlige mangler ved brannteknisk prosjektering og utførelse av toppleilighetene i Blokk D. I tilsynsrapporten er det blant uttalt følgende om en 14 punkts liste:

Punktene over viser at krav i GOF § 8 pkt. 4 bokstav a om planlegging, gjennomføring, sporbarhet og dokumentasjon av kontroll ikke er oppfylt. I tillegg er det påvist brudd på bestemmelsene om sluttkontroll etter pbl. § 99.

...

Mangler ved kvalitetssystem og rutiner og/eller bruken av disse, og mangelfull kontroll ved utførelse, har etter etatens vurdering medført at utførelse er skjedd på mangelfullt grunnlag, slik at kontrollerklæring er innsendt og brukstillatelse omsøkt på sviktende grunnlag.

Det at foretaket ikke kan dokumentere at tiltaket er iht. gjeldende regelverk, og de påpekte forhold representerer fare/vesentlig ulempe for helse, miljø og sikkerhet, at det foreligger svært mangelfull kontrolldokumentasjon, samt at kritiske områder ikke er identifisert, og svært mangelfullt kontrollert, har medført at uriktige opplysninger er gitt ved innsending av kontrollerklæring.

...

Ovennevnte punkter vurderes som vesentlig svikt i kontrollen.

Den midlertidige brukstillatelsen ble som følge av dette trukket tilbake.

Lagmannsretten bemerker at Bermingrud, en profesjonell entreprenør, har hatt ansvaret for disse forholdene. Erstatningskravet dreier seg derfor om det såkalte profesjonsansvaret i erstatningsretten, og utgangspunktet er at kravet til aktsomhet og forsvarlig yrkesutøvelse er satt høyt, jf. for eksempel dommen inntatt i Rt. 2003 side 400 ("Fearnley").

På bakgrunn av den alvorlige kritikk som fremkommer i tilsynsrapporten, og det forhold at profesjonsansvaret er strengt, finner lagmannsretten at Bermingrud i dette tilfellet har

opptrådt grovt uaktsomt. Bermingruds handlinger eller unnlatelser fremstår som kvalifisert klanderverdige. Lagmannsretten nevner, uten at det har hatt betydning for uaktsomhetsvurderingen, at tilsynet også førte til at Bermingrud fikk tilbaketrukket ansvarsretten for Mandallsgate 4.

Midlertidig brukstillatelse ble utstedt på nytt 31. august 2007. Som følge av dette ble oppgjøret for flere av leilighetene låst på meglers konto, noe som i sin tur førte til at byggelånet ikke kunne innfris som forutsatt. Rentetapet utgjør differansen mellom renteutgiftene til byggelånet og rentene godskrevet på meglers konto. Beløpet er ikke bestridt av Bermingrud. Lagmannsretten nevner at kravet refererer seg ikke til hele perioden kjøpesummene var sperret på meglers konto, da noe av perioden må tilskrives Mandallsgates eget forhold på grunn av problemer med seksjoneringen.

Kravet på 160 000 kroner tas etter dette til følge.

Mangelskrav

Mandallsgate har også krevd 1 048 926 kroner i erstatning for ulike mangelskrav. For tingretten fremsatte Mandallsgate opprinnelig et krav om få holde en del av kontraktssummen tilbake som sikkerhet for gjenstående arbeider, men detter kravet er for lagmannsretten omgjort til et rent erstatningskrav.

Mandallsgate har som grunnlag for kravet vist til at det ved overtagelse var en rekke mangler ved Bermingsruds utførelse, det tok lang tid før disse var utbedret, og det var også flere mislykkede utbedringsforsøk. Dette har, ifølge Mandallsgate, påført Mandallsgate meromkostninger på over én million kroner for utbedring av mangler og oppfølging av Bermingsruds manglende innsats i 2008 og 2009. Det er fremlagt en oppstilling over hvordan kravet er sammensatt. Bermingrud har bestridt at de er erstatningsansvarlig, og at kravet under enhver omstendighet ikke er tilstrekkelig dokumentert.

Det er sikker rett at det er den som krever erstatning – Mandallsgate – har bevisbyrden (tvilsrisikoen) for at vilkårene for erstatningsansvar er oppfylt. Det gjelder både spørsmålet om ansvarsgrunnlag (grovt uaktsomhet) og tapets størrelse, samt spørsmålet om årsakssammenheng.

På bakgrunn av bevisføringen for lagmannsretten, finner lagmannsretten at kravet ikke er tilstrekkelig dokumentert til at erstatning kan tilkjennes. Blant annet er det usikkerhet knyttet til hva de enkelte tapsposter, som inngår i kravet, egentlig refererer seg til, og enn mer om Bermingrud er erstatningsansvarlig for disse postene.

Kravet kan etter dette ikke føre frem.

Oppsummering

Bermingrud har etter dette følgende krav overfor Mandallsgate. Som nevnt, er det noen mindre uoverensstemmelser i de talloppstillinger som hver av partene har utarbeidet, og som de ikke har kunnet forklare årsaken til. Men det gir ikke nevneverdige utslag i totaloppgjøret. Tallene (uten ørebeløp) i det følgende bygger i utgangspunktet på Mandallsgates oversikt over mellomværende.

Boligdelen:

Kontraktsbeløp inkludert mva.	kr. 32 000 000	
- innbetalinger under kontrakten	<u>kr. 31 520 703</u>	
Til rest		kr. 479 297
Aksepterte endringsposter samlet	kr. 2 446 337	
- betalte endringsarbeider	<u>kr. 1 675 000</u>	
Til rest		<u>kr. 771 337</u>
Samlet utestående beløp boligdel		kr. 1 250 634
- frafalte poster slutfaktura		<u>kr. 145 590</u>
Gjenstående krav boligdel		kr. 1 105 044

Næringsdelen:

Kontraktsbeløp inkludert mva	kr. 11 875 000	
- innbetalinger under kontrakten	<u>kr. 11 591 719</u>	
Til rest		kr. 283 281
Aksepterte endringsposter samlet	kr. 611 180	
- betalte endringsarbeider	<u>kr. 575 000</u>	
Til rest		<u>kr. 36 180</u>
Samlet utestående beløp næringsdel		kr. 319 461
- frafalte poster slutfaktura		<u>kr. 53 000</u>
Gjenstående krav næringsdel		kr. 266 461
Gjenstående saldo boligdel	kr. 1 105 044	
Gjenstående saldo næringsdel	<u>kr. 266 461</u>	
Sum	kr. 1 371 505	
- erstatning for rentetapet	<u>kr. 160 000</u>	
Samlet krav	kr. 1 211 505	

Mandallsgate frifinnes etter dette mot å betale 1 211 505 kroner til Bermingrud.

Bermingrud har krevd renter fra 15. mars 2007. Mandallsgate har ikke hatt innvendinger til selve rentespørsmålet og utgangspunktet for beregningen av renter, og forsinkelsesrente fra 15. mars 2007 tilkjennes.

Saksomkostninger

Lagmannsretten

Som det fremgår, innga både Mandallsgate og Bermingrud selvstendige anker i saken. Det følger av tvisteloven § 20-2 andre ledd andre punktum at det samlede utfallet er avgjørende for saksomkostningsspørsmålet.

Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, har Mandallsgate i det vesentlige vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-5 andre ledd. Det følger da av tvisteloven § 20-2 første ledd at Mandallsgate har krav på full erstatning for sine saksomkostninger.

Når det gjelder vurderingen av om Mandallsgate har fått medhold i det vesentlige, vil lagmannsretten nevne at det ikke bare skal tas i betraktning forholdet mellom partenes påstander og domsresultatet. Det må også tas hensyn til hvor tyngdepunktet i saken ligger, jf. Rt. 2010 side 727 og HR-2011-148-U. De hovedsaklige saksomkostningene og arbeid i denne saken knytter seg til Bermingruds krav på 8 248 517 kroner, og på dette punkt har Mandallsgate fått medhold fullt ut. Selv om Mandallsgate ikke nådde frem med to av sine tre motkrav, er det etter lagmannsrettens syn klart at tyngdepunktet i saken er knyttet til Bermingruds krav, og de spørsmål dette har reist.

Advokat Kristiansen har innlevert en omkostningsoppgave på 268 395 kroner eks. mva, hvorav 248 500 kroner utgjør salær. I tillegg kommer rettsgebyret og Mandallsgates andel av utgiftene til de fagkyndig meddommere.

Det er ikke fremkommet bemerkninger til saksomkostningsoppgaven. Lagmannsretten finner at omkostningene har vært nødvendige, og at det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, jf. femte ledd. Lagmannsretten har vurdert om det eventuelt skal foretas en mindre reduksjon i omkostningskravet fordi Mandallsgate ikke nådde frem med to av sine tre motkrav. I dette tilfellet er det Bermingruds krav på over åtte millioner kroner som er hovedtemaet i saken. Mandallsgates motkrav er brukt til motregning for å søke å redusere det de skal betale mest mulig. Som nevnt ovenfor, knytter de hovedsaklige saksomkostningene seg også til å imøtegå Bermingruds krav.

Lagmannsretten finner derfor ikke grunnlag for å foreta noen reduksjon i Mandallsgates omkostningskrav. Det fremgår forøvrig av juridisk teori at utgangspunktet er at hvis parten har krav på fulle saksomkostninger, må dette også gjelde omkostninger ved behandlingen

av påstandsgrunnlag som ikke har ført frem, jf. Schei m.fl. Tvisteloven kommentarutgave (2007) bind I side 929.

Lagmannsretten finner heller ikke at det er tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta Bermingrud helt eller delvis for erstatningsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Saksomkostninger tilkjennes etter dette med 335 493 kroner inkl. mva. I tillegg kommer rettsgebyret på 25 800 kroner, til sammen 361 293 kroner.

Når det gjelder utgiftene til de fagkyndig meddommere, var det Mandallsgate som begjærte disse oppnevnt, og det følger da av rettsgebyrloven § 2 første ledd at det er Mandallsgate som hefter overfor det offentlige for disse utgiftene. Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, må Bermingrud dekke Mandallsgates utgifter til fagkyndig meddommere som en del av omkostningsansvaret i henhold til særskilt salærfastsettelse.

Tingretten

Det følger av tvisteloven § 20-9 andre ledd at lagmannsretten skal legge sitt resultat til grunn når det gjelder krav på saksomkostninger for tingretten. Utgangspunktet for vurderingen er partens påstander for tingretten. For tingretten fremsatte Bermingrud det samme kravet som for lagmannsretten, 8 248 517 kroner. Mandallsgate reiste ikke motsøksmål, men nedla påstand om frifinnelse.

Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, har Mandallsgate i realiteten vunnet saken fullt ut for tingretten, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine saksomkostninger for tingretten. Lagmannsretten finner ikke at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta Bermingrud helt eller delvis for omkostningsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Advokat Kristiansen innleverte for tingretten en omkostningsoppgave på 169 125 kroner eks. mva. I tillegg kommer Mandallsgates andel av utgiftene til fagkyndig meddommere.

Lagmannsretten finner at omkostningene har vært nødvendige, og at det ut fra sakens betydning har vært rimelig å pådra dem, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, jf. femte ledd.

Saksomkostninger for tingretten tilkjennes etter dette med 211 406 kroner inkl. mva. I tillegg kommer Mandallsgates andel av utgiftene til de fagkyndig meddommere, og som utgjør 43 043 kroner. Til sammen blir dette 254 449 kroner.

Dommen er enstemmig.

Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, har lagmannsretten funnet det hensiktsmessig å utforme en samlet slutning.

.

SLUTNING:

1. Mandalls gate 4 KS frifinnes mot å betale 1 211 505 – enmilliontohundreogellevetusen-femhundreogfem – kroner til Bermingrud Entreprenør Oslo Akershus AS med tillegg av lovens forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 15. mars 2007 til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Bermingrud Entreprenør Oslo og Akershus AS 361 293 – trehundreogseksientusentohundreognittitre – kroner til Mandallsgate 4 KS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen. I tillegg kommer utgiftene til fagkyndig meddommere i henhold til særskilt salærfastsettelse.
3. I saksomkostninger for tingretten betaler Bermingrud Entreprenør Oslo og Akershus AS 254 449 – tohundreogfemtifiretusenfirehundreogførtini - kroner til Mandallsgate 4 KS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Per Racin Fosmark

Dag A. Minsaas

Knut Dag Haavardsen

Øivind Seiergren

Terje Ilje

Bekreftes for
førstelagmannen: