



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 25.10.2022

Saksnr.: 22-039472ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Konstituert lagdommer
Tingrettsdommer

Agnar A. Nilsen jr.
Ingvild Bruce
Yngvild Thue

I	Anke		
	Ankende part	Indre Østfold kommune	Advokat Per Gustav Lilleaasen
	Ankemotpart	Boger Bygg AS	Advokat Andreas Falch Haugland
II	Avledet anke		
	Ankemotpart	Boger Bygg AS	Advokat Andreas Falch Haugland
	Ankende part	Indre Østfold kommune	Advokat Per Gustav Lilleaasen

Saken gjelder tvist mellom byggherre, Indre Østfold Kommune, og totalentreprenør, Boger Bygg AS, etter oppføring av bygg med tilrettelagte boliger til psykisk utviklingshemmede. Hovedproblemstillingene i saken er om totalentreprenøren har krav på fristforlengelse og på ekstra betaling for forseringskostnader som følge av koronaepidemien.

Saksforholdet:

Etter forutgående anbudskonkurranse som Boger Bygg AS gikk seirende ut av, ble det 6. august 2019 inngått kontrakt mellom Boger Bygg og kommunen om bygging av tilrettelagte boliger for psykisk utviklingshemmede. Kontraktssummen var 37 799 805 kroner inkl. mva. Forutsatt igangsettelse 3. september 2019, ble sluttdatoen endret fra 1. juli 2020 i henhold til anbudsinnsbydelsen til 15. august 2020. Sluttdatoen ble senere under byggarbeidene endret til 20. august 2020. NS 8407 med noen endringer ble gjort til en del av avtalen.

Etter kontrakten skulle byggherre i månedsrapport gis orientering om status i fremdriften. Etter kontraktens punkt E.3 sto entreprenøren fritt til å velge verktøy for fremdriftsplanlegging. Byggherren skulle «fortløpende få oversendt gjeldende fremdriftsplaner i pdf, og gis tilgang til program-fil dersom ønskelig».

Arbeidene startet opp som planlagt. Sharepoint (et Microsoft programverktøy for samarbeid i team) ble valgt og presentert av Boger Bygg. Boger Bygg la før oppstart, fortløpende opp fremdriftsplaner i Sharepoint. I utskrift av fremdriftsplan datert 30. september 2019 la Boger Bygg etter ordlyden opp til «tett bygg» innen 8. januar 2020. Overtakelsesdato var i fremdriftsplanen satt til 6. juli 2020. I planen er kun angitt Boger Byggs egne tømrere (6 stykk). De tekniske fagene (elektriker, rørlegger, ventilasjon) er ikke angitt. Med utgangspunkt i planen om ferdigstillelse innen 6. juli 2020 avtalte partene en faktureringsplan overensstemmende med denne.

I referat fra byggherremøte 26. november 2019 vises det under overskriften «Fremdrift» til at oppdatert fremdriftsplan ligger på Sharepoint (datert 2019-09-28). Videre står det:

Fremdriften ligger ca. 1 uke etter plan spesielt knyttet til tilbakefylling og stillasbygg. Det planlegges internt omrokking/forsering for å klare tett bygg til jul. Fremdriftsplan vil bli revidert om ikke lenge.

I referat fra byggherremøte 10. desember 2019 står det om fremdriften:

Ligger noe bak plan, men sikter fortsatt mot tett tak til jul, samt kjellervegger. Fremdriftsplan vil bli evaluert/revidert etter nyttår.

I referat fra byggherremøte 10. januar 2020 står det om fremdriften:

Ligger ca. 2 uker. Ny fremdriftsplan vil foreligge neste uke. Det er satt på en del ekstra ressurser for å ta inn dette i løpet av februar.

I Boger Byggs fremdriftsplan med utskriftsdato 13. januar 2020 er «tett bygg» forskjøvet til 22. januar 2020. I denne planen er rørleggerarbeider inntatt med avslutning medio april 2020. Elektriker- og ventilasjonsarbeider er heller ikke i denne planen inntatt. Overtakelsesdato var fortsatt satt til 6. juli 2020.

I referat fra byggherremøte 21. januar 2020 vises til fremdriftsplanen datert 13. januar 2020 og videre:

Fremdriftsplan er nå revidert, og er justert/strammet opp for å sikre effektivitet ute, og hente inn etterslep rundt jul. Ligger nå ca. 1 uke bak. «Tett vindspærre» er satt til 22. jan, med påfølgende oppstart av taktekking samme dato. Overlevering FDV og oppstart overleveringsperiode starter 8. juni, med overtagelse 6. juli.

I referat fra «Byggemøte 4» datert 4. februar 2020 under punkt 52 «Runde på fremdrift» står det:

Tømrer ligger noe bak opprinnelig plan, Rør og el allerede startet. Vi kommer til å jobbe inn planen igjen. Ny revidert plan vil bli gjort tilgjengelig i løpet av uken.

I referat fra byggherremøte 4. februar 2020 står det:

Fremdriften ligger noe bak eksisterende fremdriftsplan.
Fremdriftsplanene er under revidering, og vil bli publisert innen neste møte, fremdeles med overtagelse 6. juli (til tross for kontraktsfestet overtagelse er 6. august).

I månedsrapport fra Boger Bygg datert 7. februar 2020 står det under «Fremdriftsplan – Status»:

Plan ligger på Sharepoint. Ny oppdatert plan kommer i starten av neste periode.
Arbeid ligger noe bak planen, det har vært noe utfordrende vær slik at vi har blitt hengende ca. en uke etter. Vi jobber med å ta det igjen, tiltak er å sette på noe flere folk.

Videre står at egen bemanning vil være «8 – 10 mann».

Det fremgår av e-post 11. februar 2020 fra Boger Byggs prosjektleder at vindspærreduk byttes ut.

I Boger Byggs fremdriftsplan med utskriftsdato 13. februar 2020 er det ikke angitt noen dato for «tett bygg». I planen er angitt at åtte tømrere skal arbeide fremover. Det er nå angitt at elektriker og ventilasjon skal starte opp noe etter plandato og være ferdige i slutten av april 2020. Rørleggerarbeidene er ikke nærmere presisert. Sluttdato er fortsatt satt til 6. juli 2020.

I byggherremøte 18. februar 2020 står det vedrørende fremdriftsplan (formentlig etter ønske fra kommunen): «Start/slutt-dato ønskes synliggjort, samt noe mer detaljert på tekniske fag».

I møtereferat fra byggherremøte 3. mars 2020 står det:

Fremdriftsplanen er under revidering, og vil nå inneholder datoer og noe mer detaljer.

Faktisk fremdrift må fylles ut også for tekniske fag, samt synliggjøre utomhusarbeider (gress, planter, asfalt).

I Boger Byggs fremdriftsplan med utskriftsdato 5. mars 2020 er nå «tett bygg» angitt til samme dato 5. mars 2020. Planen viser imidlertid gjenstående arbeid med å montere «vindsperre, musebånd og lekter» (ID 276). I planen er nå de tekniske arbeider mer detaljerte. Elektrikerarbeider er angitt med sluttdato i slutten av april 2020. Rørleggerarbeidene er planlagt ferdige i løpet av første halvdel av juni 2020. Ventilasjonsarbeidene er angitt å være ferdige i løpet av siste uken i mai 2020. Det fremgikk ikke av planen noe om hvor mye av de tekniske arbeidene som faktisk var utført utover at rørlegger hadde gjennomført arbeider i uke 50 i 2019. Planen viste åtte tømrere som arbeidet på bygget. Sluttdato var fortsatt satt til 6. juli 2020.

I månedsrapport for februar utstedt av Boger Bygg 6. mars 2020 heter det videre:

Plan ligger på Sharepoint. Ny oppdatert plan er lagt ut.

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

Vi ligger pr nå noenlunde på planen.

Den 12. mars 2020 holdt statsministeren en pressekonferanse om Covid-19 situasjonen og myndighetspålegg. Det ble gitt pålegg om stenging av barnehager, utdanningsinstitusjoner, kultur, serveringsteder m.v. Det ble ikke utferdiget forbud eller pålegg mot byggevirkksomhet.

Den 12. mars 2020 sendte Boger Bygg v/Erik Boger e-post til kommunen v/prosjektleder Sveinung Sloreby med overskrift «Varsel om fristforlengelse på grunn av force majeure og varsel om endring i form av pålegg»:

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

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

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

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

Den 15. mars 2020 utga Byggenæringens landsforening ut «Anbefalinger om smittevern på byggeplass - tilrettelegging for fortsatt drift» der det blant annet het om samarbeid om tilrettelegging:

Nå må arbeidet med smittevern gjennomføres på linje med annet kritisk sikkerhetsarbeid på byggeplassen. Samarbeid mellom tillitsvalgte og prosjektledelse er nå avgjørende for tilrettelegging for fortsatt arbeid og drift på byggeplasser. Det bør opprettes en korona-ansvarlig på hver byggeplass som får i oppgave å påse at reglene fra Folkehelseinstituttet og interne regler etterleves.

Under et punkt om «Brakke som kontor» het det at man helst skulle bruke digitale møter og at fysiske møter i motsatt fall ikke burde være med mer enn fem personer og at de tilstedeværende holdt to meters avstand. Videre ble det gitt anbefalinger om hvor mange som kunne oppholde seg på skifterom samtidig. Videre var det anbefalinger om vasking av spisebord, bruk av hansker og karantene for personer som fikk påvist smitte.

Avslutningsvis i anbefalingen het det:

Drift av byggeplass

- Forbered for alternativt arbeid i produksjonen hvis leveranser svikter eller personell uteblir.
- Skaff oversikt over status for kritiske materialer og tjenester. Vurder om kritiske leveranser kan fremskyndes.
- Vurder om det oppstår ny risiko som vil kreve sikringstiltak hvis deler av byggeplassen må stenges.
- Gjennomfør daglige møter i mindre grupper.
- Vurder og iverksett om mulig sonedeling av byggeplass, slik at ulike grupper isoleres best mulig fra hverandre.
- Sørge for at håndverkere, både egne og UE, kan arbeide med pålagt minste avstand innbyrdes på 2m og ikke under enhver omstendighet nærmere enn minimum én (1) meter.
- Unngå vernerunde i grupper ved å dele vernerunden på byggeplassen i soner. La hver deltaker kontrollere en sone.

I referat fra byggherremøte 17. mars 2020 står det:

Boger Bygg varslet i mail av 12.03.2020 om Force Majeure hendelser knyttet til Coronaviruset COVID – 19 som kan forsinke fremdrift i prosjektet. Dette varselet må også sees i sammenheng med punkt C Økonomi: betalingsplan. Oppdatert fremdriftsplan ligger på Sharepoint (datert 2020-03-05) Noen egne arbeidere hjemme denne uken. De vil være tilbake neste uke. Rør. og elektro går som normalt. Boger Bygg er i dialog med bemanningsfirma. Noe mindre oppfølging fra Richard og Erik på byggeplassen grunnet tiltak mot smittespredning av Corona.

I e-post 25. mars 2020 skrev Erik Boger til Sveinung Sloreby:

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

Sveinung Sloreby svarte i e-post 27. mars 2020:

Viser til mail av 25. mars med deres varsel om fristforlengelse på 14 dager på grunn av manglende leveranser til prosjektet. BH ber om mer konkret beskrivelse for dette varselet. BH ber også om oppdatert fremdriftsplan med angivelse av kritisk linje (Rødfarge på de aktivitetene som danner kritisk avhengighet).

Erik Boger skrev følgende e-post til Sveinung Sloreby 30. mars 2020 kl. 09.59 (og som senere er ansett som endringsordre 10):

Vi har fått pålegg av offentlig myndighet om å innføre restriksjoner og tiltak for smittevern. Vi viser til NS 8407, 33.3. og 32.2.

Alle kostnader er ikke kjent, det tas derfor forbehold om at det kan tilkomme ytterligere kostnader.

Vi vil også få kostnader til karantene og smitteverntiltak også denne uken, i tillegg til hva som er listet nedenfor.

Varsling, administrasjon 6 600kr
Karantene 4 personer, 3 dager 58 500kr
Omsorgspenger 1 person, 3 dager 14 625kr
Tiltak renhold 25 500kr

Jeg ber om forståelse at vi varsler innenfor gjeldende kontraktsstandard. Det er en risikofordeling i denne standard som vi har gitt pris etter.

Vi har dessverre ikke anledning til å dekke noe mer kostnader enn det vi har kalkulert med i utgangspunktet. Vi skal selvfølgelig bidra til å avhjelpe, forsøke å finne gode og kostnadseffektive løsninger på de ulike påleggene som har kommet, evt vil komme. Her har vi brukt kontraktens beløp på timer og direkte kostnader.

Hvis det ønskes mer informasjon om dette så kan vi gjerne ta det opp kommende byggherremøte.

Kommunen svarte på dette ved å oversende følgende fra en eksternt engasjert advokat 31. mars 2020:

Vi viser til Boger Bygg AS sitt varsel om vederlagsjustering av 30.03.2020, kl. 09.59.

I varselet opplyses at Boger Bygg AS har fått pålegg av offentlig myndighet om å innføre restriksjoner og tiltak for smittevern.

Byggherren er enig i at det pågående utbruddet av koronavirus i prinsippet kan utgjøre en force majeure begivenhet som etter omstendighetene kan berettigje Boger Bygg AS til fristforlengelse, men ikke vederlagsjustering.

Krav om vederlagsjustering avvises under henvisning til NS 8407 punkt 33.3. Vi kommer tilbake til de øvrige fremsatte krav i egne ekspedisjoner.

Erik Boger skrev følgende til Sveinung Sloreby i e-post 30 mars 2020 kl. 10.00 (og som senere er ansett som endringsordre 11):

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

For eksempel så er heis en ting som kan blir forsinket. Kone har 60 000 ansatte og mottar komponenter i fra hele verden. En av elektronikkleverandørene til Kone, Slimpa, er lokalisert i Pero, nord for Milano. 9. mars 2020 iverksatte italienske myndigheter lockdown av alle virksomheter med noen få unntak. 60 millioner mennesker er i karantene i Italia. Det er grunn til å anta at heis vil bli forsinket.

Mer nasjonale og lokale forhold kjenner vi alle. Jeg går ikke inn på disse. Følgene av disse på vår byggeplass er forskjellige og de endres nærmest daglig. Vi gjør også daglige mottiltak for å avhjelpe og begrense. I tillegg til at vi kan få manglende leveranser av varer så har vi manglet leveranse av tjenester. Innleid personell har blitt sendt hjem og opphold seg i karantene.

Våre egne ansatte er også berørt. Noen er i karantene fortsatt, og vil være det til dette er over. Andre er pårørende til barn som må ha omsorg, eller de er pårørende til mennesker som har samfunnskritiske oppgaver f. eks. innen helse. Jeg opplever at jeg blir veldig stolt over hvor mange som bretter opp ermene og fullfører etter beste evne de oppgavene de hadde før krisen inntraff. Mange tar på seg et større ansvar og flere oppgaver. Ledelse er påvirket både privat og på jobb. Det brukes mye ressurser til tiltak, til informasjon og til å løse de mange utfordringene med at vi ikke vet hvilke mennesker som kan ta på seg hvilke oppgaver i fra dag til dag. Det er under dette feltet vi til nå har hatt flest oppgaver, samtidig som vi til tider har hatt utfordringer med fravær.

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

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

Med dette så har jeg konkretisert i noen eksempler hvilke utfordringer vi har og vil få. Fremdriftsplan angir den ønskede rekkefølgen på oppgavene. Med flere mindre endringer, ofte i fra dag til dag så vil ikke en revidert plan avhjelpe noe, eller kunne forutsi noe konkret om forsinkelsene foreløpig. I tillegg så er administrasjon en de ressursene som er hardest presset om dagen, derfor prioriterer vi ikke planverket per i dag.

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

Kommunen svarte på dette ved å oversende følgende fra sin advokat 31. mars 2020:

Vi viser til Boger Bygg AS sitt varsel om fristforlengelse og varsel om endring i form av pålegg datert 30.03.2020, kl. 10.00.

I varselet opplyses at Boger Bygg AS at visse hendelser kan eller vil medføre forsinkelser for prosjektet. Som eksempel nevnes at heisleverandøren Kone mottar komponenter fra Italia. Boger Bygg AS har også vist til nasjonale og lokale forhold som kan påvirke fremdriften.

Byggherren er enig i at det pågående utbruddet av koronavirus i prinsippet kan utgjøre en force majeure begivenhet som etter omstendighetene kan berettige Boger Bygg AS til fristforlengelse, men ikke vederlagsjustering.

Vi vil ta stilling til et krav om fristforlengelse når det fremsettes konkrete og begrunnede krav om dette. Vi minner for ordens skyld om at Boger Bygge AS kun har krav på fristforlengelse dersom utbruddet påvirker kontraktens dagmulktbelagte frister.

Vi ber også om å bli holdt løpende orientert hver tirsdag og fredag fra og med første uken etter påske med informasjon om utviklingen i saken (redegjørelse for; status, utfordringer, tiltak og eventuelle konsekvenser for prosjektet), samt konkretisering og redegjørelse for hvordan utbruddet av koronaviruset påvirker fremdriften konkret og særlig opp mot kontraktens dagmulktbelagte frister. Vi ber om at dette også illustreres med fremdriftsplaner som viser reelt oppnådd fremdrift, reelt planlagt fremdrift, kritisk linje, samt hvordan kritisk linje påvirkes. Dette for at vi enklere kan ta stilling til krav som fremmes.

Det er også naturlig å minne om at partene etter NS 8407 punkt 33.5 annet ledd plikter å forebygge og begrense skadevirkningene av en fristforlengelse.

Erik Boger skrev følgende til Sveinung Sloreby i e-post 30. mars 2020 kl 10.01 (og som senere er ansett som endringsordre 12):

Vi varsler med dette om krav på vederlagsjustering som følge av økte kostnader til rigg og drift, jf. NS 8407 pkt. 34.1.3, grunnet forhold utenfor entreprenørens kontroll. I første omgang varsler vi også her om en 14 dagers forsinkelse for prosjektet. Vi tar forbehold om at reguleringen kan øke i antall dager.

Kravet beregnes foreløpig som følger:
1.5 Rigg og drift 1 136 510
Antall kalenderdager 305
Rigg og drift pr dag 3 726,26kr eks mva
14 dager utgjør 52 167,67

Jeg ber om forståelse for at vi må varsle. Vi vet per dags dato ikke rekkevidden, eller følgene av de ulike påleggene i fra offentlig myndighet.

Det vi har grunn til å anta er i dag 14 dagers forsinkelse pga manglende leveranser, som har årsak i at fabrikk er stengt av myndighet. Det her er ukjent grunn for oss og sikkert også for dere. Vi er opptatt av dialog rundt dette med rigg og drift og ber om at vi kan ta opp dette i kommende byggherremøte slik at vi kan finne en felles plattform først på kort sikt, og så senere på lengre sikt. Vi mener at våre møter i det siste har vært en god arena for løsninger, vi mener at dette også er egnet i dette fora.

Kommunen svarte på dette ved å oversende følgende fra sin advokat 31. mars 2020:

Vi viser til Boger Bygg AS sitt varsel 30.03.2020, kl. 10.01 om vederlagsjustering som følge av økte kostnader for rigg og drift og krav om fristforlengelse på 14 dager.

Kravet om vederlagsjustering som følge av økte kostnader for rigg og drift avvises. Som tidligere nevnt er byggherren enig i at det pågående utbruddet av korona-virus i prinsippet kan utgjøre en force majeure begivenhet som etter omstendighetene kan berettige Boger Bygg AS til fristforlengelse, men ikke vederlagsjustering jf. NS 8407 punkt 33.3.

Når det gjelder krav om fristforlengelser på 14 dager opplyses at Boger Bygg AS har grunn til å anta at det vil oppstå 14 dagers forsinkelse som følge av manglende leveranser som følge av at en fabrikk skal være stengt av myndighetene. Dette gir imidlertid ikke byggherren tilstrekkelig informasjon til å ta stilling til om kravet om fristforlengelse er berettiget eller ikke, herunder om årsaken til kravet skyldes koronautbruddet eller ikke, eller om dette eventuelt påvirker kritisk linje. Vi ber derfor om at kravet dette konkretiseres nærmere slik at byggherren kan ta stilling til dette. Som tidligere nevnt minner vi for ordens skyld om at Boger Bygge AS kun har krav på fristforlengelse dersom force majeure begivenhetene påvirker kontraktens dagmulktbelagte frister.

Vi gjentar også at vi ber om å bli holdt løpende orientert hver tirsdag og fredag fra og med første uken etter påske med informasjon om utviklingen i saken (redegjørelse for; status, utfordringer, tiltak og eventuelle konsekvenser for prosjektet), samt konkretisering og redegjørelse for hvordan utbruddet av koronaviruset påvirker fremdriften konkret og særlig opp mot kontraktens dagmulktbelagte frister. Vi ber om at dette også illustreres med fremdriftsplaner som viser reelt oppnådd fremdrift, reelt planlagt fremdrift, kritisk linje, samt hvordan kritisk linje påvirkes. Dette for at vi enklere kan ta stilling til krav som fremmes.

Endelig minner vi om partene etter NS 8407 punkt 33.5 annet ledd plikter å forebygge og begrense skadevirkningene av en fristforlengelse.

Erik Boger responderte ved e-post 3. april 2020 der det blant annet står:

1: Merkostnader som følge av særlige smitteverntiltak (tilføyer til "Birkelund - varsel om krav på vederlagsjustering- smitteverntiltak og andre kostnader", opprinnelig sendt byggherren på e-post 30.3.2020 kl. 9.59)

Vi viser til Varsel om krav på vederlagsjustering – smitteverntiltak og andre kostnader, og byggherrens svar på dette, heretter omtalt som Varsel 10. Som entreprenør og som arbeidsgiver må vi ta særlige smittevern hensyn under den pågående koronapandemien. Vi har også flere ansatte i karantene eller hjemme med omsorg for barn av samme årsak. Dette gjør prosjektet mer krevende å gjennomføre enn vanlig. Vi ønsker naturlig nok ikke å havne i en situasjon der byggeplassen i ytterste konsekvens må stenges som følge av koronasmitte blant våre ansatte eller hos underentreprenører.

Eksempel på smitteverntiltak som fordyrer prosjektet, og som ikke er knyttet til kravet på fristforlengelse etter punkt 33.3:

- Sikre god tilgang til håndvask med varmt vann på byggeplass.
- Ekstra hyppig vask av overflater samt toaletter, pauserom mv. på byggeplass.
- Innkjøp og forbruk av nødvendig smittevernutstyr, herunder desinfiseringsmidler for hender og overflater, hansker, masker og vernebriller.
- Kostnader knyttet til å holde ansatte i karantene der dette er pålagt
- Kostnader knyttet til ansatte som er hjemme med omsorg for barn der det er nødvendig

Vi er klar over at force majeure-bestemmelsen (pkt. 33.3) i NS 8407 kun regulerer krav på fristforlengelse. De ekstra kostnadene knyttet til smittevern springer imidlertid ikke ut av at fremdriften hindres som følge av en force majeure-begivenhet. Disse merkostnadene skal derfor ikke avskjæres etter bestemmelsen i punkt 33.3. Etter vårt syn innebærer merkostnader til smitteverntiltak en irregulær endring som gir Boger Bygg en rett til justering av vederlaget etter punkt 34.1.1 jf. punkt 32.2, annet ledd, om varslings pålegg fra offentlig myndighet som innebærer en endring jf. også punkt 15.2. Det følger ikke av standarden at entreprenøren alene bærer risikoen for merkostnader knyttet til endringer som følge av offentlige pålegg. Standarden angir kun at vi som entreprenør ikke kan ha krav på merkostnader knyttet til forsinkelser som følge av slike pålegg i henhold til punkt 33.3. Boger

Bygg sender derfor dette reviderte og mer utfyllende varsel hvor det spesifiseres at smittevernstiltakene det kreves merkostnader for, ikke knytter seg til merkostnader som følge av fristforlengelse etter punkt 33.3.

Situasjonen som nå har oppstått knyttet til smittevern, karanteneregler mv. har naturlig nok i liten grad vært problematisert i entrepriseforhold tidligere. Vårt poeng er at standarden ikke legger opp til at slike merkostnader nødvendigvis er en entreprenørrisiko. Tvert imot følger det av standardens punkt 15.2 at endringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak etter at entreprenøren avga sitt tilbud, gir entreprenøren rett til å påberope en endring og varsle etter punkt 32.2. Denne typen endringer er altså i utgangspunktet en byggherrerisiko.

For kostnader knyttet til ansatte i karantene eller ansatte som er hjemme med omsorg for barn grunnet stengte skoler og barnehager, viser vi også til NS 8407 pkt. 34.1.3, annet avsnitt.

Bestemmelsen gir oss rett til å kreve justering av vederlaget som følge av utgifter på grunn av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2. Vi viser her til det som er sagt over om byggherrens risiko for endringer i lover, forskrifter og enkeltvedtak i punkt 15.2 jf. punkt 32.2, og at vi som entreprenør har rett til justering av vederlaget som følge av "andre forhold byggherren har risikoen for" i punkt 34.1.2. Å måtte ha ansatte hjemme i karantene grunnet pålegg fra offentlige myndigheter innebærer nettopp at vi har økte utgifter grunnet nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid.

[...]

2: Merkostnader som følge av rigg og drift (tilføyelser til "Varsel om rigg og drift NS 8407, 34.1.3" opprinnelig sendt byggherren på e-post 30.3.2020 kl. 10.01)

Vi viser til "Varsel om rigg og drift NS 8407, 34.1.3" og byggherrens svar på dette, heretter omtalt som Varsel 12. Vi ønsker med dette å komme med en presisering knyttet til rettmessigheten av kravet, som ble avvist av byggherren.

I henhold til standardens punkt 34.1.3 jf. 34.1.1 og 34.1.2 har vi som entreprenør rett til justering av vederlaget som følge av økte utgifter til rigging, drift og nedrigging på grunn av forhold byggherren bærer risikoen for. Vi viser da til at pålegg fra offentlige myndigheter skal varsles som en endring etter punkt 32.2 (2) og retten til å påberope dette som en endring etter punkt 15.2. Kostnader som knytter seg til påbud og forbud fra offentlige myndigheter er altså en byggherrerisiko, som ikke kan avvises under henvisning til NS 33.3. Som nevnt i varselet er vi opptatt av dialog rundt dette med rigg og drift, og ønsker å finne en felles plattform både på kort- og lang sikt, hvis tiltakene vedvarer.

Kommunen v/ Sloreby skrev i e-post 7. april 2020 til Erik Boger ved oversendelse av skriv fra kommunens advokat:

Innledningsvis fastholdes at Boger Bygg AS etter omstendighetene kan være berettiget til fristforlengelse, men ikke til vederlagsjustering. Byggherren vil ta stilling til et konkret og begrunnet krav om fristforlengelse når dette fremsettes. I denne forbindelse fremheves at Boger Bygg AS i månedsrapporten for februar 2020 har opplyst å være i rute, dette selv om det opplyses at været har skapt utfordringer som etter det vi forstår er forsert inn for egen regning.

[...]

Til e-posten 03.04.2020 bemerkes til punkt 1:

Byggherren er ikke kjent med årsak til, omfang av eller lengde på eventuelle karantener Boger Bygg AS sine ansatte, eller UEer, måtte være pålagt etter den såkalte Covid-19 forskriften.

Vi ber derfor om redegjørelse og nærmere dokumentasjon for dette, slik at byggherren settes i stand til å vurdere om, og i så fall, i hvilken utstrekning eventuelle pliktige karantener har påvirket Boger Bygg AS sin fremdrift eller på andre måter. Dette vil også sette oss i stand til å bidra til å forebygge og begrense eventuelle skadevirkninger av en eventuell fristforlengelse, og også for at partene kan samarbeide om de tiltak som måtte være nødvendige å iverksettes.

Når det gjelder øvrige anførte forhold slik som å sikre god tilgang til håndvask med varmt vann på byggeplass, hyppig vask av overflater, innkjøp av smittevernutstyr mv, er dette fornuftige anbefalinger fra FHI som alle bør følge. Vi kan imidlertid ikke se at dette er forhold som faller inn under NS 8407 punkt 15.2. Vi ber derfor om at dette oppklares.

Vi kan heller ikke se at lov, forskrift eller pålegg som er foranlediget av koronautbruddet, «innebærer at de avtalte krav til prosessen» har måttet endres, slik vilkåret i NS 8407 punkt 15.2 krever Vi ber derfor også om nærmere redegjørelse og konkretisering av dette.

Så vidt vi forstår er det på byggeplassen så vidt mange steder for tilkomst og angrepspunkter at det i lys av den bemanning Boger Bygg AS har opplyst å ha på byggeplass, burde være relativt enkelt å planlegge og utføre arbeidene på en måte som ikke påvirker produktiviteten i særlig grad og i alle fall ikke ut over den tålegrense Boger Bygg AS har risikoen for.

[...]

Vårt krav om nærmere redegjørelse og dokumentasjon for påståtte forsinkelser opprettholdes. Vi vil deretter ta stilling til kravet.

I relasjon til fortløpende rapportering og for å komme Boger Bygg AS i møte, aksepteres det at Boger Bygg AS gir de redegjørelser vi har bedt om på ukentlig basis, jf. også den ordning NS 8407 punkt 30.3.1 hviler på. Det er Boger Bygg AS som har valgt å fremme krav som verken er forklart eller dokumentert, og eventuelle merkostnader forbundet med dette forblir Boger Bygg AS sin risiko. Det avvises

også at Boger Byggs varsel i seg selv representerer en irregulær endring etter kontrakten. Byggherren har krav på bli holdt løpende orientert om utviklingen, og vi minner for ordens skyld også om at krav om fristforlengelse skal spesifiseres etter NS 8407 punkt 33.6 og virkningene av å unnlate dette.

De fremsatte krav avises.

I månedsrapport 8. april 2020 utarbeidet av Boger Bygg står det blant annet:

Personene som vanligvis utfører, reviderer fremdriftsplan er i karantene per dags dato.

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

Byggherre har mottatt varsel 10, 11 og 12.

Byggherre er varslet om 14 dagers fristforlengelse.

Det er en målsetning at fremdriftsplan revideres i kommende periode, det er usikkert om dette vil lykkes eller hvilken detaljeringsgrad som kan oppnås.

Fra referat fra byggherremøte 15. april 2020 om fremdrift hitsettes:

Fremdrift- og betalingsplan må revideres innen neste faktura sendes.

Det er da viktig at betalingsplanen gjenspeiler faktisk utført fremdrift og tilførte verdier.

Revidert fremdriftsplanen må vise start- og sluttdato.

PT. er det ikke øvrige kritiske leveranser (enn heis) som er forsinket, annet enn noe forsinkelser grunnet underbemanning i perioden.

I fremdriftsplan for april (fremlagt etter kjennelse under tingrettens behandling og ikke angitt med dato) i MPP-format er sluttdato fortsatt satt til 6. juli 2020. Planen er fortsatt satt opp med åtte tømrere i arbeid. Planen inneholder ingen kritisk linje.

I senere fremdriftsplan med utskriftsdato 21. april 2020 er overtakelse satt til 15. august 2020. Sluttdato vises imidlertid ikke nå. For noen kortere perioder er det satt på to tømrere (nr. 9 og nr. 10). For ID 278 kledning, vannbrett og belistning er det for en periode – noen uker – bemerket «opphold grunnet korona». Det samme gjelder post 326 «isolasjon, plast påføring, isolasjon».

I referat fra byggherremøte 28. april 2020 står det under posten om fremdrift:

TE ligger nå 3 uker bak planen, og har ytret ønske om 4 uker fristforlengelse, med bortfall av dagmulkt. TE ønsker i tillegg å få godtgjort rigg/drift i perioden. BH har

respondert med forslag om å godta fristforlengelse og bortfall av dagmulkt, såfremt TE selv dekker rigg/drift i perioden. BH ønsker at TE oversender formelt forslag til løsning i epost, samt revidert fremdrift- og betalingsplan.

Erik Boger skrev i e-post 29. april 2020 til kommunen blant annet:

3: Fristforlengelse

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

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

- Det er redusert antall utførende på byggeplassen. Produksjonen reduseres både i timer og i effektivitet. Dette gjelder både i hele dager og i deler av dagene.
- Det er redusert antall ledere på byggeplassen. Produksjonen reduseres både i timer og i effektivitet. Det er mer effektivt med plassleder i stedet for de midlertidige og delvise løsningene som er i dag.
- Det er redusert effektivitet ved at oppgaver som utføres blir avbrutt og påbegynt igjen.
- Det er redusert effektivitet ved at oppgaver som utføres ikke har fulle arbeidsdager grunnet redusert antall timer per dag. Det vil si at tiden til å rigge seg til for dagens produksjon øker i forhold til produserte timer.
- Det er redusert ledelse som hindrer leveranser til rett tid i enkelte tilfeller.
- Det er redusert oppfølging av fremdrifts og planlegging av fremdrift. Det har ikke vært mulig å oppnå ønsket kapasitet.
- Personer som til vanlig ikke har sitt hovedvirke som leder må vikariere for ledere. Det gir en reduksjon av effektivitet av plassledelse, og av utførende kapasitet for produksjon.
- Personer som vanligvis jobber effektivt i lag er forhindret til dette siden en eller flere av ordinær lagsammensetning er endret.
- Planlagte oppgaver blir utsatt eller får en endret rekkefølge som følge av forholdene, som gir en redusert effektivitet.
- Det er et økt antall innleide for å redusere forsinkelser. Disse er ikke så effektive i våre produksjonsmetoder

De har ikke kjennskap til prosjektet / løsningene i fra tidligere.

- Det er et økt antall egne ansatte for å redusere forsinkelser. De har ikke kjennskap til prosjektet / løsningene i fra tidligere som medfører forsinkelser.
- Det tar noe lenger tid å skifte, spise i brakkerigg pga. krav til redusert person antall av gangen.
- Det har vært nøkkelpersoner som både har hatt karantene og omsorg for barn Dette er personer som hadde utarbeidet og satt seg inn i en rekke løsninger. Den planlagte effekten av den kunnskapen de hadde har ikke vært ikke tilstede.
- Det er noe mer administrasjon til smittevern, mer informasjon alle ol.

For Boger Bygg er det av økonomiske hensyn i disse krevende tider av stor viktighet at vi bli enig om en omforent fristforlengelse. Vi setter derfor pris på en rask tilbakemelding på dette. Vi er svært opptatt av å opprettholde den buffer,

sikkerhetsmargin vi har hatt mot risiko for dagmulkt. Bufferen har vært i opprinnelig plan i fra milepælen 6.07.2020 frem til sluttfrist i kontrakt 15.08.2020, som utgjør 40 dager.

Fremdriftsplan er vedlagt. Du kan vise Fremdriftsplan pr. 2020.04.21.pdf på:

[...]

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

Kommunen skrev 5. mai 2020 til Erik Boger ved oversendelse av e-post fra sin advokat:

Innledningsvis peker vi på at det fremgår av Boger Bygg AS sin fremdriftsplan 21.04.2020 at Boger Bygg AS selv anser at kontraktsarbeidene kan ferdigstilles rettidig.

Boger Bygg AS har i den foreliggende situasjon verken behov for, eller krav på, fristforlengelse. Krav om fristforlengelse er alene av denne grunn uberettiget. Det er kun forsinkelser som påvirker kritisk linje mot en dagmulktbelagt frist som kan berettigede fristforlengelse. Ettersom Boger Bygg AS blir ferdig rettidig er det egentlig heller ikke nødvendig å ta stilling til om det foreligger force majeure eller et byggherreforhold.

For ordens skyld legges til vi heller ikke anerkjenner at det foreligger grunnlag for fristforlengelse heller, med den begrunnelse Boger Bygg AS har tilbudt. Boger Bygg AS har ikke tilbudt noen som helst forklaring på hvordan eventuelle byggherreforhold eller force majeure har påvirket Boger Bygg AS konkret, verken i tid eller penger. Vi tar heller ikke stilling til den fremdriftsplan Boger Bygg AS har oversendt, ut over at vi konstaterer at den viser rettidig ferdigstilling.

Vi deler heller ikke Boger Bygg AS sin forståelse av NS 8407 punkt 33.3 og force majeure i bredere forstand. Verken kontrakten eller bakgrunnsretten hjemler det vederlagskrav Boger Bygg AS mener seg berettiget til. Boger Bygg AS har heller ikke forsøkt påvise noe slikt grunnlag ut over en henvisning til NS 8407 punkt 15.2. Bestemmelsen hjemler imidlertid ikke de krav som nå fremsettes, og vi viser til vårt tidligere avslag og redegjørelse i denne forbindelse. Vi konstaterer at Boger Bygg AS heller ikke har etterkommet anmodningen om å oppklare på hvilken måte Boger Bygg AS mener at lov, forskrift eller pålegg som er foranlediget av koronautbruddet, «innebærer at de avtalte krav til prosessen» har måttet endres.

Det avvises også at Boger Bygg AS har krav på å få dekket kostnader ved å rapportere påståtte forsinkelser til byggherren. I denne omgang begrenser vi oss til å minne om lojalitetsplikten, tapsbegrensningsplikten og de krav som etter kontrakten stilles til rapportering ved anførsler om timepådrag og mertid som følge av plunder og heft, jf. blant annet NS 8407 punktene 30.3.1 og 34.2.2 tredje ledd. I forlengelsen av dette legges til at byggherren ikke kan se at Boger Bygg AS pådras noen ekstra kostnader.

For ordens skyld legges til at det heller ikke er mulig for byggherren å ta stilling til de årsaker som anføres som grunnlag for kravet om fristforlengelse (som altså munner ut i rettidig ferdigstilling), og det er naturlig å minne om de krav som HAB dommen oppstiller til konkretisering av årsakssammenheng i to dimensjoner. For å ta et eksempel, hvorfor skulle eventuelt hjemmekontor forhindre Boger Bygg AS i å planlegg og bestille varer slik at disse kommer til rett tid? Og dersom dette var tilfelle, hvorfor er dette byggherrens risiko? Og dernest hva påvirkes, og hvordan?

Foranlediget av at Boger Bygg AS synes å mene seg berettiget til forsering for det tilfelle byggherren avviser kravet om fristforlengelse slik det gjøres ved dette, avvises også at Boger Bygg AS har rett til å forsere. Rent faktisk er ingen av vilkårene for å iverksette forsering oppfylt, jf. NS 8407 punkt 33.8 motsetningsvis.

Det foreligger ingen forsinkelse mot dagmulktelagte frister, og det foreligger (derfor) heller ikke et avslag på et berettiget krav om fristforlengelse. Ettersom Boger Bygg AS ferdigstiller rettidig, vil heller ikke dagmulkt påløpe. Det følger av bestemmelsens annet punktum at TE ikke har rett til å forsere dersom vederlaget for forseringen overstiger den dagmulkt Boger Bygg AS ville ha fått, dersom avslaget på fristforlengelse var berettiget, tillagt 30 %. Fremdriftsplanen Boger Bygg AS har utarbeidet viser rettidig ferdigstilling, og det er derfor ikke hjemmel til å ilegge Boger Bygg AS dagmulkt. Null kroner i dagmulkt tillagt 30 % er fremdeles null kroner. Dermed er heller ikke dette vilkåret oppfylt.

Det er selvfølgelig heller ikke hjemmel for å forsere inn krav om fristforlengelse som følge av force majeure. I forlengelsen av dette viser vi til at byggherren i prinsipp er enig i at den pågående koronapandemien er force majeure, og derfor i prinsipp ville kunne berettiget til fristforlengelse. Som nevnt over er det ikke nødvendig å ta stilling til dette ettersom arbeidene blir ferdigstilt rettidig.

Til slutt peker vi også på at Boger Bygg AS heller ikke har angitt hva en forsering vil antas å koste, og at heller ikke dette vilkåret er oppfylt.

Kort oppsummert er de fremsatt krav verken hjemlet, forklart eller konkretisert. Avvisningene fastholdes.

Til slutt bekreftes at byggherren i det foreliggende tilfelle ikke vil kreve dagmulkt som følge av at Boger Bygg AS ikke har rapportert rettidig.

I feildatert månedsrapport for april, med riktig dato 7. mai eller senere, er overtakelsesdato da satt til 6. oktober 2020.

I fremdriftsplan med utskriftsdato 7. mai 2020 er overtakelse satt til 6. oktober 2020. Heismontasje (ID 345) er angitt å være ferdig 24. august 2020 og er eneste aktivitet som her overskred avtalt sluttfrist.

I brev 11. mai 2020 fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat står det blant annet:

2. Fristforlengelse

Boger Bygg har tidligere varslet fristforlengelse som følge av koronapandemien, som kommunen/byggherren har akseptert at utgjør en force majeure-hendelse etter NS 8407 pkt. 33.3. Byggherren har likevel avslått kravet om fristforlengelse, så vidt forstås med følgende begrunnelser:

- Forsinkelse berettiger ikke fristforlengelse med mindre dagmulktbelagte frister blir påvirket, og ingen slike frister er påvirket.
- Boger bygg har ikke forklart hvorfor pandemien har medført forsinkelser.

Med tanke på den grundige redegjørelsen for hvorfor forsinkelse har oppstått som Erik Boger ga i eposten av 29. april må det bero på en misforståelse når det hevdes at Boger Bygg ikke har forklart hvorfor pandemien har medført forsinkelser. Vi mener dette er forklart, og ber dere vurdere på nytt om det er behov for ytterligere redegjørelser.

Det er ikke et vilkår for å kreve fristforlengelse at dagmulktbelagte frister må være påvirket. Etter NS 8407 pkt. 33.1 har entreprenøren krav på fristforlengelse dersom "framdriften hindres" som følge av forhold på byggherrens side og etter NS 8407 33.3 kan fristforlengelse kreves dersom "fremdriften av deres forpliktelser hindres" som følge av force majeure-forhold. Ingen av plassene er hindringen knyttet opp mot dagmulktbelagte frister. Både den slakk som er lagt inn i en framdriftsplan og den bufferen som legges inn til slutt er entreprenørens sikkerhet mot dagmulkt for det tilfellet at han møter framdriftshindrer han selv har risikoen for. Forsinkes framdriften av forhold byggherren har risikoen for, har entreprenøren krav på fristforlengelse.

Videre framgikk det klart av den forrige framdriftsplanen at framdriften var forsinket. Både innebygd slakk og innebygd buffer var brukt opp, mens avslutningen var satt til den dagmulktbelagte fristen fordi Boger Bygg på det tidspunktet hadde et håp om å være ferdig til da. En framdriftsplan er som kjent kun en estimert plan for framdriften som fastsetter løpende, og har ingen bindende virkning i noen relasjoner. At forsinkelsen som følge av force majeure-hendelsen framkom av framdriftsplanen kan det imidlertid ikke være tvil om. Ettersom virkningen av force majeure-hendelsen har blitt mer tydelig er det også på det rene at forsinkelsen vil bli større enn antatt på det tidspunktet. I ny framdriftsplan er overlevering satt til 23.09.

I referat fra byggherremøte 12. mai 2020 står det under fremdrift:

PT. er det ikke øvrige kritiske leveranser (enn heis – ser ut til å være på vei til Norge under møte 19) som er forsinket, annet enn noen forsinkelser grunnet underbemanning i perioden (samtidig er det varslet forsering pga. overbemanning i perioden)

TE sitt krav om fristforlengelse/vedragsjustering pga Corona (force majeure), håndteres i hovedsak utenfor denne møteserien.

BH står fremdeles ved tilbudet om godtatt fristforlengelse og bortfall av dagmulkt, såfremt det ikke påløper andre kostnader (som rigg/drift).

TE bes respondere på dette tilbudet.

TE må svare ut det BH sin advokat har diskutert med TE sin advokat.

I brev 18. mai 2020 skrev kommunens advokat til Boger Byggs advokat:

I vår telefonsamtale 11.05.2020 opplyste vi at byggherren, til tross for at vi (slik saken er opplyst) ikke ser at Boger Bygg er berettiget til fristforlengelse, likevel var innstilt på å innvilge fristforlengelse basert på prinsippet om force majeure og da slik at Boger Bygg frafalt sine krav om vederlagsjustering. Tilbudet ble avslått av Boger Bygg i en senere telefonsamtale. Dette selv om avslaget eksponerer Boger Bygg for dagmulkt.

I forbindelse med avslaget fra Boger Bygg ba vi samtidig om å få oversendt elektronisk versjon av prosjektets fremdriftsplaner, slik av vi kan enklere kan vurdere disse. Vi pekte i den forbindelse på at vi finner det underlig at Boger Bygg først krevet fristforlengelse uten at sluttfrist ble overskredet, og at fremdriftsplanen først viser «forsinkelse» på sluttfristen etter at byggherren nettopp påpekte dette.

[...]

Vi har heller ikke mottatt fremdriftsplanene i elektronisk format (i det format de er laget i, formentlig mpp format) som etterspurt, og ber om at disse oversendes med det første.

Boger Bygg har heller ikke forklart hvorfor eventuelle myndighetskrav har medført at «avtalte krav til prosessen» må endres, og hvilke utslag dette skal ha gitt. Vi gjentar derfor henstillingen om at også dette oppklares.

Foranlediget av at Boger Bygg har opplyst at heisleveransen kan bli forsinket som følge av koronapandemien, og at dette etter omstendighetene etter byggherrens syn vil kunne berettiget selskapet til fristforlengelse, ber vi om å få oversendt korrespondanse med leverandør av heis. Dette gjelder både bestilling, avtalte leverings- og monteringsstidspunkter samt eventuelle krav om fristforlengelse fra leverandør UE. I den grad andre UE har fremmet og fått innvilget krav om fristforlengelse, ber vi også om at relevant dokumentasjon for dette oversendes.

[...]

Når det gjelder fremdriftsplanenes rettslig sider, begrenser vi oss her til å påpeke at byggherren hele tiden lagt til grunn at fremdriftsplanen til enhver tid skal vise reell faktisk oppnådd og planlagt fremdrift. Vi legger uten videre til grunn at Boger Bygg er enig i dette. Dermed viser aprilplanen at Boger Bygg blir ferdig rettidig. Og det foreligger verken byggherreforhold eller force majeure som kan forklare hvorfor Boger Bygg blir forsinket i maiplanen. Det er heller ikke forklart, og for byggherren fremstår planene nærmest som streker på et ark. Vi ber derfor om at også dette oppklares.

I brev 25. mai 2020 fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat står det bl.a.:

I vår forrige telefonsamtale, og også i tidligere korrespondanse, har kommunen erkjent at Boger Bygg har krav på fristforlengelse som følge av koronapandemien, forutsatt at force majeure-hendelsen har medført forsinkelse. Det er med overraskelse

vi registrerer at Indre Østfold kommune med bred penn anfører at Boger Bygg forventes å opprettholde normal framdrift, til tross for pandemien som har lammet store deler av verden. Selv om pandemien er et faktum forventer kommunen at Boger Bygg skal stå upåvirket, og at kommunens byggeprosjekt skal være løsrevet fra krisen som har oppstått og ferdigstilles uten en eneste forsinkelse. Et slikt standpunkt fra det offentlige vil ha helt uholdbare konsekvenser for en rekke små entreprenører, og er så vidt oppsiktsvekkende at det kan ha interesse å få det adressert og debattert i det offentlige rom. Vi mener det er helt uholdbart at kommunen opptrer på denne måten.

[...]

Det gjentas at Boger Bygg har fulgt alle varslingskrav, er åpenbart forsinket som følge av pandemien, og vil nå umiddelbart iverksette forsering for byggherrens regning siden kravet om fristforlengelse er avslått.

Av referat fra byggherremøte 26. mai 2020 fremgår at Boger Bygg anser avvisning av fristforlengelse som et pålegg om forsering. Videre fremgår at Boger Bygg har fått leveransen fra heisleverandør.

I brev 29. mai 2020 skriver kommunens advokat til Boger Byggs advokat:

Vi registrerer at Boger Bygg takker nei til tilbud om fristforlengelse basert på force majeurebestemmelsen i partenes kontrakt.

Dette er overraskende i særlig tre relasjoner. For det første fordi Boger Bygg verken har villet forklare, konkretisere eller dokumentere sitt krav på fristforlengelse. For det andre fordi Boger Bygg selv anfører at force majeure har forsinket arbeidene. Vi viser i denne forbindelse til at heisleveransen påstås forsinket som følge av koronautbruddet i Italia. Dette vil, dersom Boger Bygg substansierer kravet, berettiggjøre Boger Bygg til fristforlengelse uten vederlagsjustering etter kontraktens bestemmelser om force majeure. For det tredje fordi dette representerer brudd på lojalitets- og tapsbegrensningspliktene.

I forlengelsen av dette er det selvsagt ikke slik at Boger Bygg ved å unnlate å forklare, konkretisere og dokumentere sitt krav på fristforlengelse etter kontrakten, kan manøvrere seg inn i et berettiget krav på forsering. Kravet om forsering avslås som tidligere, også fordi det er helt unødvendig å forsere og pådra seg merutgifter når byggherren har tilbudt fristforlengelse. Som tidligere redegjort for, er kravet om forsering uberettiget på flere selvstendige grunnlag. Vi kan ikke se at dette er endret som følge av Boger Byggs usubstansierte pretensjoner i brevs form.

For øvrig fastholdes vårt krav om at kravet om fristforlengelse substansieres på en slik måte at byggherren kan ta stilling til kravet, herunder at fremdriftsplanene oversendes i elektronisk format og at korrespondanse mv i relasjon til heisleveranse oversendes.

Vi tar samtidig avstand fra Boger Byggs beskyldninger om at byggherren konstruerer noe som helst. Tvert imot mener byggherren å ha strukket seg langt for å lette

eventuelle byrder for Boger Bygg som følge av koronasituasjonen, dels ved å utbetale fakturer før forfall og dels ved å tilby fristforlengelse uten at det er mulig å ta stilling til et slikt krav.

[...]

Avslutningsvis påpekes at byggherren vil opptre kontraktsmessig og innvilge slik fristforlengelse Boger Bygg måtte være berettiget til som følge av force majeure. Byggherren vil komme tilbake til dette når Boger Bygg har substansiert sitt krav, for eksempel når Boger Bygg har oversendt dokumentasjon som viser at heisleveransen er forsinket som følge av koronasituasjonen i Italia.

I brev 2. juni 2020 fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat står det blant annet:

I brevet framstilles det som at Boger Bygg har avslått tilbud om fristforlengelse fra Indre Østfold kommune. Dette er ikke riktig, idet tilbudet fra kommunen var betinget av at alle vederlagskrav ble frafalt. Dette er et vesentlig annet tilbud.

Boger Bygg har krevd fristforlengelse. Dette kravet er avslått av kommunen. Boger Bygg har da rett til å forsere for kommunens regning. Om kommunen likevel ønsker å innvilge fristforlengelse for å unngå et slikt forseringskrav imøteses slik beskjed umiddelbart.

For ordens skyld gjøres også oppmerksom på at heisen, som kommunen nå vier mye oppmerksomhet, ikke er en vesentlig del av problemet – men også dette er kommunen allerede informert om.

Kommunens advokat skrev 5. juni 2020 følgende til Boger Byggs advokat:

Brevet foranlediger er par oppklaringer og kommentarer. Byggherren har tilbudt Boger Bygg AS fristforlengelse etter reglene om force majeure, selv om det er byggherrens oppfatning at kravet slik det er forklart og dokumentert, ikke er berettiget. Boger Bygg AS har avslått/ikke villet ha fristforlengelse basert på reglene om force majeure.

Som vi har fremholdt ved flere anledninger er byggherren enig i at koronapandemien etter omstendighetene vil kunne berettige Boger Bygg AS til fristforlengelse, en fristforlengelse som kommunen vil innvilge.

[...]

I lys av at byggherren likevel har tilbudt fristforlengelse etter reglene om force majeure, er det både galt og misvisende å hevde at byggherren har avslått kravet om fristforlengelse. Boger Bygg AS har uansett ikke krav på å forsere for byggherrens regning. Det er flere grunner til det. For det første har byggherren tilbudt fristforlengelse, det er da ingen grunn til å forserer for å unngå dagmulkt. Det følger videre av lojalitetsplikten, og særlig av tapsbegrensningsplikten, at Boger Bygg AS ikke kan pådra seg utgifter de enkelt kunne unngått for deretter å velte disse over på byggherren. Dersom det er slik at dagmulktbelagt frist påvirkes av

koronaepidemien kan videre Boger Bygg AS formentlig enkelt forklare og dokumentere hvordan sluttfristen påvirkes, fortrinnsvis etter mønster fra HAB-dommen. I et slikt tilfelle ville Boger Bygg kunne slå seg til ro med at partene er uenige om det utmålingsmessige, men intet mer. [...]

I e-post 5. juni 2020 fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat står det:

Boger Bygg har allerede dokumentert og forklart behovet for fristforlengelse. På bakgrunn av ditt brev av d.d. ber vi Indre Østfold kommune bekrefte at krav på 40 dagers fristforlengelse aksepteres. Vi ber om slik bekreftelse innen mandag kl. 08.00, idet forseringstiltakene som er igangsatt da vil bli avvirket.

Boger Bygg vil lojalt holde kommunen oppdatert med informasjon, dokumentasjon og utvikling i henhold til kontrakten. Kravet er imidlertid dokumentert og forklart allerede, og vi ber om ovennevnte bekreftelse slik at forseringstiltakene eventuelt kan avvikles.

I referat fra byggherremøte 8. juni 2020 står det vedrørende fremdrift blant annet:

Siste oppdatert fremdriftsplan på Sharepoint er datert 2020-03-05. Møte 21: TE sier de fremdeles jobber etter denne planen. Denne planen skulle imidlertid tilsi fysisk ferdigstillelse av bygget og overlevering av FDV i dag. TE er derfor åpenbart vesentlig forsinket i henhold til denne planen, men sier de har til hensikt å overholde sluttdato. De har imidlertid ikke laget noen ny plan, hverken fremdriftsplan eller forseringsplan. Fremdrift planlegges fortløpende i ukentlige møter (muntlig), det skrives ikke referat fra disse.

I en korttidsplan for uke 24 – 33, sist endret 16. juni 2020, er siste aktivitet utenom heiskontroll angitt å være ferdig 14. august 2020. Det meste av aktiviteter fra Boger Byggs side er angitt å være ferdig 17. juli 2020.

Fra e-post 18. juni 2020 fra kommunens advokat til Boger Byggs advokat hitsettes:

Jeg viser til vårt møte 11. juni 2020, samt tidligere korrespondanse i saken.

Byggherren tok initiativ til møtet å avklare Boger Bygg sitt krav om fristforlengelse, om, og i så fall i hvilken utstrekning, Boger Bygg AS ville akseptere fristforlengelse basert på force majeure eller ikke.

Selv om Boger Bygg ikke har forklart eller dokumentert sitt krav på fristforlengelse, har byggherren tilbudt Boger Bygg fristforlengelse basert på reglene om force majeure. Dette ble gjentatt i møtet, men avslått på nytt av Boger Bygg. Partene ble enige om at Boger Bygg likevel skulle tenke over dette noen dager.

[...]

Forsering var også et tema i møtet. Periodevis ble det forklart at det ble forsert allerede i mars 2020. Dette er ikke varslet, og henger ikke så godt sammen med at myndighetenes første koronatiltak ble iverksatt 12. mars 2020 eller Boger Byggs senere anførsler som at de var forsinket. At det skal være forsert før 1. juni 2020 henger heller ikke så godt sammen med advokat Hauglands brev 2. juni 2020 på vegne av Boger Bygg. I brevet varsler Boger Bygg forsering, og opplyser samtidig at kommunen kan «unngå et slikt forseringskrav» dersom kommunen aksepterer fristforlengelse. Brevet etterlater et bestemt inntrykk av at forsering ikke er iverksatt per 2. juni 2020, og at det i alle fall ikke kan anses å være varslet før dette.

Det er i dag uklart for byggherren om det er forsert, når det er forsering, hva forsering i så fall har bestått i og resultert i.

I referat fra byggherremøte 19. juni 2020 står det at siste oppdaterte fremdriftsplan på Sharepoint er datert 5. mars 2020, og at det for tiden ikke var «konkrete forsinkelser på leveranser til byggeplass».

I e-post fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat 22. juni 2020 står det:

Nok en gang har du formulert tvisten om fristforlengelse som om Boger Bygg er "villig til å akseptere fristforlengelse". Nok en gang må vi gjenta at dette er en konstruksjon fra din side. Boger Bygg har krevd fristforlengelse, som er avslått av kommunen. I møtet forsøkte vi nok en gang å få kommunen til å innvilge fristforlengelse, men dette ble avslått. Kommunen fastholdt tidligere krav om at Boger Bygg måtte frafalle vederlagskravene for at kommunen skulle akseptere fristforlengelse.

[...]

Du skriver videre at det ikke ble gitt noen konkrete eksempler under redegjørelsen for kravet på fristforlengelse, og at det heller ikke ble gitt noen forklaring på hvilke lovendringer og/eller vedtak som har medført at de avtale krav til prosessen er endret. Faktum er derimot at Erik Boger detaljert forklarte dette, og på hvilken måte dette påvirket byggeprosessen.

I e-post 25. juni 2020 fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat står det:

Kommunen har etterlyst mere dokumentasjon og forklaringer, selv om de har valgt ikke å svare på våre forespørsler om hvilken dokumentasjon de ønsker. Vi har nå gjort ytterligere ett forsøk på å tilfredsstille kommunens krav. Vedlagt følger derfor en del dokumentasjon:

- Meldinger til nav. Disse viser noe av fraværet, men ikke alt. Resten vises ved fravær i timelistene.
- Timelister for prosjektet Birkelunden (navnene er sladdet)
- Arbeidsoppgaver. Dette er en oversikt over arbeidsoppgavene i prosjektet fordelt på ansatte, med opplysning om fravær (navnene er sladdet). Grå felt er personer i fra andre byggeplasser som ved behov og mulighet har

hoppet inn for å avhjelpe i perioder. Svart tekst betyr at hele dagen gikk med til den arbeidsoppgaven. Grå tekst betyr at størstedelen av dagen gikk med til den arbeidsoppgaven. Som kjent var rapporteringsformen til NAV ved fravær og stengte skoler/barnehage "sykt barn" og "syk". Samme kategorisering er derfor brukt også i skjemaet.

- Oppsummering arbeidsgaver. Dette skjemaet viser hovedoppgave fra framdriftsplanen, brutt ned i deloppgaver innenfor hovedoppgave. Den viser videre beregnet varighet etter framdriftsplanen til høyre, og faktisk varighet i midten. Det er videre satt inn en kommentar som gjelder årsaken til økningen. Under nederste strek er den del arbeidsoppgaver som ikke framkom av framdriftsplanen, disse har Boger bygg selv tatt tidskonsekvensen av.

Denne dokumentasjonen har vært svært arbeidskrevende å sette sammen. Med det mener vi kommunen bør være villig til å akseptere kravet på fristforlengelse, og ber om en snarlig tilbakemelding på det.

Det viste seg at dokumentet omtalt i siste strekpunkt – «oppsummering arbeidsgaver» – ikke fulgte med e-posten som vedlegg, men ble heller ikke etterlyst av kommunen.

I referat fra byggherremøte 3. juli 2020 står det fortsatt at siste oppdaterte fremdriftsplan på Sharepoint er av 5. mars 2020 og at det for tiden ikke var «konkrete forsinkelser på leveranser til byggeplass». Videre fremgikk at heis var under montering og skulle ferdigstilles neste uke med sertifisering uke 32.

I referat fra byggherremøte 4. august 2020 står det samme om fremdrift som i referatet fra byggherremøtet 3. juli 2020.

Det ble avholdt overtakelsesbefaring 20. august 2020. Det forelå på dette tidspunktet verken ferdigattest eller midlertidig brukstillatelse. Kommunen godkjente ikke foreliggende FDV-dokumentasjon (dokumentasjon for forvaltning, drift og vedlikehold) eller as built- (som bygget-) dokumentasjon. Kommunen nektet overtakelse med den begrunnelse at det ikke forelå midlertidig brukstillatelse.

Ny overtakelsesforretning ble avholdt 7. september 2020, der kommunen overtok bygget.

Den 30. september 2020 fakturerte Boger Bygg for rigg og drift i juli, august og september med 426 191,25 kroner.

Samme dag fakturerte Boger Bygg 48 720 kroner eks. mva. for skilt og sperremateriell m.m. Kravet er omtalt nedenfor som EM 39. Kravet ble av kommunen bestridt ved følgende påtegning på faktura:

Skilt og sperremateriell skal ikke belastes BH ut over det som allerede er betalt, ref BH-møte nr. 14: «BH har ikke behov for byggegjerde står ut i veien lengre enn frem

til neste møte (17. mars), dersom TE ønsker at gjerde blir stående lengre enn dette, må han selv besørge nødvendige kostnader.

Freseasfalt er ikke bestilt av BH og inngår i entreprenørens rigg.

Godkjennes ikke.

Etter Boger Byggs sluttoppstilling 1. oktober 2020 hadde selskapet til gode 2 849 991,11 kroner av kontraktssummen.

Kommunen satte opp en mangelliste levert Boger Bygg 16. oktober 2020 med 22 anførte mangler som kommunen anslo samlet beløp seg til 1 248 210 kroner. Partene kom til enighet om manglene med unntak av #3 drensrenne, # 5 innedører, #13 manglende kantstein, #16 ikke dytt og fuget og #21 brannslanger. Disse manglene ble del av den videre tvisten mellom partene.

I brev 26. november 2020 fremsatte kommunen innsigelser til sluttoppgjøret med krav (mangler, erstatning bruk av konsulent/Norconsult, erstatning juridisk bistand, dagmulkt for forsinket overlevering av bygget samt FDV og as-built dokumentasjon m.m.) som oversteg kontraktsbeløpet som ikke var utbetalt med 114 299,10 kroner. Beløpet ble bedt innbetalt.

Partene kom ikke til enighet om sluttoppgjøret.

Kommunen kom 20. april 2021 med et tilbud om en minnelig løsning som gikk ut på en utbetaling av 1 666 853,50 kroner utover det som allerede var utbetalt til Boger Bygg. Tilbudet ble ikke ble besvart.

Boger Bygg tok ut søksmål mot Indre Østfold kommune 20. april 2021 ved Heggen og Frøland tingrett (nå Follo og Indre Østfold tingrett) med påstand om at kommunen betalte 6 308 865 kroner. Kravet besto av utestående kontraktsvederlag med 2 529 840 kroner og forskjellige tilleggskrav, herunder endringsordre 11 som gjaldt forseringskostnader med 2 753 217,50 kroner, endringsordre 10 med 196 125 kroner for kostnader vedrørende smitteverntiltak og endringsordre 12 med 426 191 kroner for forlenget rigg og drift.

Indre Østfold kommune tok til motmæle og la i tilsvaret ned påstand om frifinnelse. Det ble anført at kommunens tilbakehold av deler av vederlaget var rettmessig, at det ikke var grunnlag for vederlagsjustering og at kravet uansett ikke var dokumentert.

Under rettsmeklingsmøte 16. august 2021 kom Boger Bygg med et forlikstilbud om at kommunen betalte 3 millioner kroner som fullt og endelig oppgjør, mens Indre Østfold kommune tilbød 1,5 millioner kroner.

Under saksforberedelsen for tingretten fremsatte kommunen 29. oktober 2021 – etter at provokasjoner om det samme ikke var etterkommet – krav om tingrettens kjennelse for fremleggelse av elektroniske versjoner av fremdriftsplaner. Tingretten avsa kjennelse 1. november 2021 om fremleggelse av slike fremdriftsplaner innen utløpet av samme dag. Hovedforhandling i tingretten startet dagen etter 2. november 2021.

Follo og Nordre Østfold tingrett avsa 9. desember 2021 dom med slik domsslutning:

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

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

Indre Østfold kommune har anket dommen til Borgarting lagmannsrett med påstand om frifinnelse. Boger Bygg AS har tatt til motmæle og inngitt avledet anke for differensen mellom det som ble tilkjent av tingretten, 4 116 627 kroner og 5 902 657 kroner. Dette kravet er senere korrigert noe.

Ankeforhandling er holdt i perioden 29. august til og med 2. september 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Ankende part Boger Bygg AS møtte ved eier Erik Boger og prosessfullmektigen. Erik Boger avga forklaring. Indre Østfold kommune møtte ved prosessfullmektigen og med Jannicke Eriksen, seksjonsleder Kommunalteknikk som partsrepresentant. Det ble avhørt syv vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part, **Indre Østfold kommune**, har i hovedtrekk anført:

Kommunen skal frifinnes for Boger Byggs krav, på flere selvstendige grunnlag. Boger Bygg har ikke krav på vederlagsjustering som følge av force majeure. Dette rammer alle de fremsatte krav.

Det er ikke kommet endringer i lover, forskrifter eller truffet enkeltvedtak som endrer de avtalte krav til ytelsen, kontraktsgjenstanden eller prosessen.

Verken koronapandemien eller myndighetsutøvelse følge av dette, representer en endring mellom partene. Dette er heller ikke varslet.

Boger Bygg har heller ikke krav på fristforlengelse. Boger Bygg har ikke sannsynliggjort at fremdriften er hindret som følge av myndighetspålegg, og det er ingen anførsler om årsakssammenheng. Dette rammer også forseringskravet.

Det er kun forsinkelser som medfører overskridelse av avtalte frister som gir grunnlag for fristforlengelse. I prinsippet innebærer dette at kun forsinkelse på kritisk linje er relevant å ta i betraktning. Det er ikke påvist at det vil oppstå forsinkelse på avtalte frister eller kritisk linje mot denne. Defensiv forsering er begrunnet i entreprenørens behov for å kunne verne seg mot dagmulkt. I vår sak var ikke Boger Bygg eksponert for dagmulkt, og forsering er ikke berettiget.

Boger Bygg synes selv å erkjenne at kravene er basert på at selskapet ville nå sin tidlige målsetning om førtidig ferdigstilling. Dette nyter ikke noe vern i NS 8407. Boger Bygg er bedt om å prise rigg og drift for hele byggeperioden byggherren har fastsatt. Boger Bygg har heller ikke tatt forbehold eller gjort sine skjulte forutsetninger kjent for byggherren. Dersom dette var kjent, ville Boger Byggs tilbud antakelig måtte avvises, som stridende mot anskaffelsesregelverket slik dette er tolket av Høyesterett. Boger Bygg bærer risikoen for egne skjulte forutsetninger.

Vilkåret om at et krav om fristforlengelse må være spesifisert og begrunnet er heller ikke oppfylt. I stedet for å besvare byggherrens mange forespørsler om konkretisering og begrunnelse, har Boger Bygg presentert ulike fremdriftsplaner som alle viser rettidig overtakelse, dog med unntak av en plan i mai som ikke skal være benyttet. Dette innebærer for det første at byggherrens svarplikt ikke har inntrådt og for det andre at Boger Bygg kun har krav på den fristforlengelse byggherren måtte forstå. Av samme grunn foreligger ikke avslag på Boger Bygg krav. Boger Bygg er, til tross for manglende begrunnelse og spesifisering av kravet, tilbudt fristforlengelse basert på reglene om force majeure, gjentatte ganger. Dette har Boger takket nei til.

Det er ikke mulig å få frem kritisk linje i Boger Byggs fremdriftsplaner, eller for saks skyld eventuell slakk. Dessuten er Boger Bygg allerede per 5. mars 2021 nær to måneder forsinket på aktiviteten tett bygg sammenlignet med hovedfremdriftsplanen fra september 2020. Planene til Boger Bygg bærer preg av å være tidsvinduer som ikke var fremdriftsfaglig oppbygget eller kvalitetssikret.

Ingen av vilkårene for å gjennomføre forsering er oppfylt. Forsering er ikke varslet med angivelse av hva forsering vil koste, det foreligger ikke et avslag på et berettiget krav om fristforlengelse og uansett vil forseringskostnadene overstige hva Boger Bygg i den motsatte situasjon ville fått i dagmulkt tillagt 30 %. Det har intet formål å forsere inn

forsinkelser som ikke eksponerer entreprenøren for dagmulkt. Det er heller ingen bevismessige holdepunkter for at det er forsert (hva, når og med hvilken virkning).

Ettersom Boger Bygg verken har identifisert eller konkretisert hvilke aktiviteter som anføres å ha blitt hindret, eller hvilke aktiviteter som anføres å være forsert, kan ikke lagmannsretten foreta noen selvstendig og konkret vurdering. Det følger av sikker rett at lagmannsretten ikke kan skjønne over slike temaer uten å foreta konkrete vurderinger.

Foruten at Boger Bygg ikke har påvist ansvarsgrunnlag for sitt krav, foreligger heller ikke noe økonomisk tap som kan kreves dekket. Det er ikke påvist økte utgifter, verken til rigg eller forsering. Boger har ikke krav på regulering av rigg innenfor avtalt byggetid.

Hovedregelen er at fremdriftskonsekvenser som følge av force majeure ikke gir entreprenøren krav på tilleggsvederlag. Fra denne hovedregelen er det to unntak i NS 8407 pkt. 14.4 og 15.2 jf. 32.2 andre ledd som ikke kommer til anvendelse i denne saken.

Boger Bygg har ikke sannsynliggjort årsakssammenheng mellom eventuelle force majeure begivenheter, eller andre begivenheter og eventuelle forsinkelser. HR-2019-1225-A premiss 108 til 110 viser at det stilles strenge krav til konkretisering og påvisning av årsakssammenheng for forsering.

Til tross for at Boger ikke hadde krav på fristforlengelse valgte byggherren å tilby fristforlengelse etter reglene i punkt 33.3 om fristforlengelse uten tilleggsvederlag. Et slikt tilbud er ikke et avslag på et berettiget krav om fristforlengelse.

For krav om tilleggsvederlag som følge av økte utgifter til rigg og drift og økte utgifter til timeverk stilles det krav til varslings og løpende underrettelse til byggherre om utviklingen av kravet, jf. NS 8407 pkt. 34.1.3 jf. 34.4 jf. 30.3.1. Det følger av bestemmelsene at entreprenøren hver uke skal sende «byggherren spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader, herunder for materialforbruk og forbruk av tid når det gjelder mannskap og maskiner». Boger Bygg har ikke holdt byggherren underrettet, og selskapet har i høyden krav på slike vederlag byggherren måtte forstå at var påløpt. Kommunen har verken registrert forsering eller økte kostnader til rigg og drift.

Boger Bygg har ikke krav på fristforlengelse, tilleggsvederlag eller anførte forseringsutgifter som følge av koronapandemien. Boger Bygg har heller ikke krav på tilleggsvederlag for rigg og driftsyntelser eller utgifter til smittevern.

Kravet i EM 39 (sikringstiltak) er heller ikke berettiget.

Kommunen har fremmet en rekke motkrav basert på mangelfull og kontraktsstridig utførelse. Det er ikke inngått avtale om endret utførelse, eller reduserte krav til de

mangelskrav som gjøres gjeldende, og det er heller ingen relevante uklarheter byggherren bærer risikoen for. Alle krav er reklamert rettidig, og kravsbeløpene representerer det det vil koste å utbedre manglene/prisavslag tilvarende redusert omsetningsverdi.

Som følge av Boger Byggs svikt ved kontraktsmessig leveranse har kommunen hatt behov for å hente inn ekstern byggeteknisk rådgivning og juridisk bistand som kan kreves både dekket i medhold av NS 8407 pkt. 42.5 og etter culpaansvaret i kontrakt.

Kommunen har krav på dagmulkt for forsinket leveranse av selve bygget, samt forsinket leveranse av FDV- og som-bygget dokumentasjon.

Det er nedlagt slik påstand i anken og den avledede anken:

1. Indre Østfold kommune v/ordføreren frifinnes.
2. Boger Bygg AS v/styrets leder dømmes til å betale sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, **Boger Bygg AS**, har i hovedtrekk anført:

Boger Bygg har krav på utestående kontraktssum med 1 534 039 kroner inkl. mva. Kommunens motkrav på til sammen 1 556 914 kroner eks. mva. bestrides.

Boger Bygg har krevd fristforlengelse. Kommunen avslo kravet om fristforlengelse. Som følge av avslaget på kravet om fristforlengelse forserte Boger Bygg arbeidene, for å forsøke å holde opprinnelig sluttdato, og pådro med det forseringskostnader. Disse kostnadene kreves dekket under EM 11.

Prinsipalt anfører Boger Bygg at kostnadene kan kreves dekket i medhold av NS 8407 pkt. 33.8 jf. pkt. 33.3 eller pkt. 15.2. Både NS 8407 pkt. 33.3 og pkt. 15.2 gir rett til fristforlengelse, henholdsvis som følge av force majeure og som følge av endringer i lover eller forskrifter, eller der det fattes enkeltvedtak, som påvirker de avtalte krav til prosessen.

Subsidiært, for det tilfellet at lagmannsretten er enig med kommunen i at det ikke er gjennomført noen forsering, anføres at kostnadene kan kreves dekket direkte under NS 8407 pkt. 15.2, idet bestemmelsen gir grunnlag både for fristforlengelse og for vederlagsjustering.

Atter subsidiært anføres at kostnadene kan kreves etter NS 8407 pkt. 34.1.2.

Etter EM 12 krever Boger Bygg 326 746 kroner inkl. mva. for rigg og drift. På grunn av myndighetstiltakene ble ikke bygget ferdigstilt til planlagt tid, og riggkostnader har derfor

påløpt lenger enn planlagt. Det anføres prinsipalt at Boger Bygg har krav på justering av vederlaget som følge av økte utgifter til rigg og drift i den forlengede byggeperioden, jf. NS 8407 pkt. 34.1.3, jf. pkt. 34.1.2, jf. pkt.15.2. Subsidiært anføres at Boger Bygg har krav på vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 34.1.2

Kravet etter EM 10 er 196 125 kroner inkl. mva. Boger Bygg krever dekket utgifter til smitteverntiltak, herunder utgifter til ekstra renhold, samt kostnader som Boger Bygg selv måtte dekke da ansatte ble pålagt karantene før tilgang til byggeplassen kunne gis. Det anføres prinsipalt at Boger Bygg har krav på justering av vederlaget som følge av myndighetspåleggene i den forlengede byggeperioden, jf. NS 8407 pkt. 34.1.3, jf. pkt. 34.1.2, jf. pkt. 15.2. Subsidiært anføres at Boger Bygg har krav på vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 34.1.2.

EM 39 gjelder sikring av byggeplass. Boger Bygg krever 60 900 kroner inkl. mva. Det anføres at det foreligger en endring i forhold til kontrakten, og at utgiftene kan kreves dekket i medhold av NS 8407 pkt. 34.1.1. Videre har kommunen akseptert endringsmelding 6.3, som gjelder det samme forholdet, og akseptert at ytterligere utgifter ville komme.

Hva gjelder kommunens motkrav avvises kravet om 50 000 kroner for manglende drenering foran garasjeport som en mangel. Overvann er håndtert fullt ut tilfredsstillende innenfor entreprenørens valgmuligheter. Subsidiært anføres at det foreligger en uklarhet i kontrakten, som kommunen bærer risikoen for. Til slutt anføres at kommunen ikke har dokumentert kravets størrelse.

Kommunens motkrav om at innerdører skal være terskelløse på 150 000 kroner bestrides prinsipalt fordi et slikt krav fremgår av kontrakten. For uklassifiserte dører avviste kommunen Boger Byggs rettingstilbud. Til slutt anføres at kommunen ikke har dokumentert kravets størrelse.

Kantstein langs Birkelundveien – et krav på 20 000 kroner – var ikke en del av kontraktsforpliktelsen. Subsidiært anføres at kontraktsdokumentene skaper en uklarhet som kommunen må bære risikoen for.

Prinsipalt anføres at det ikke var en mangel at det ikke ble lagt sluk i rom 211. Subsidiært anføres at kravet på 100 000 kroner er vesentlig for høyt. Videre anføres at Boger Bygg har tilbudt en utbedring med montasje av lo-kasse som vil ivareta kommunens behov, og at ytterligere krav er uforholdsmessig. Til slutt anføres at kommunen ikke har dokumentert kravets størrelse.

Det er ingen mangel at det ikke ble «dyttet og fuget» rundt vinduer og dører. Kommunens motkrav på 38 250 kroner er derfor uberettiget. Byggeskummet som ble brukt er en

preakseptert og faglig god løsning, som var innenfor entreprenørens valgmuligheter. Uansett anføres at kommunen ikke har dokumentert kravets størrelse.

Det anføres at nedsenk av fortau på andre siden av gaten i Ordfører Voldens vei, jf. kommunens krav om dekning av faktura på 15 650 kroner, ikke er omfattet av kontrakten. Subsidiært anføres at det foreligger en uklarhet som må gå ut over kommunen.

Prinsipalt anføres at det ikke er en mangel at kasse til brannslange ikke ble innfelt i vegg. Subsidiært anføres at det foreligger en uklarhet i prosjekteringen som kommunen må bære risikoen for. Kravet avvises.

Boger Bygg hadde krav på fristforlengelse, noe som utelukker kommunens krav på dagmulkt på 220 000 kroner med mindre lagmannsretten tilkjenner Boger Bygg vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 33.8. Dersom kravet etter EM 11 f.eks. innvilges på bakgrunn av NS 8407 pkt. 15.2 direkte eller pkt. 34.1.2, vil kravet om fristforlengelse utelukke dagmulkt.

Hva gjelder kraven knyttet til FDV- og as built-dokumentasjon, til sammen 220 000 kroner, anføres prinsipalt at fristen for leveranse var utsatt, slik at denne sammenfalt med tidspunktet for overtakelse og ferdigattest. Dette er en naturlig justering tatt i betraktning at byggherren ikke har noen interesse i denne dokumentasjonen før de tar i bruk bygget. Subsidiært anføres at kommune ikke har dokumentert noen mangler ved dokumentasjonen. Det anføres til slutt at Boger Bygg hadde krav på fristforlengelse, og at dette utelukker krav på dagmulkt med mindre lagmannsretten tilkjenner Boger Bygg vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 33.8.

Kommunens motkrav som gjelder dekning av utgifter til Norconsult/Føyen advokatfirma, 499 075 kroner, er også uberettiget. Det anføres prinsipalt at det ikke foreligger grov uaktsomhet fra Boger Byggs side, jf. NS 8407 pkt. 42.5 andre avsnitt, og at det dermed ikke foreligger noe rettslig grunnlag for kravene. Subsidiært anføres at det er tale om normale byggherrekostnader, som ikke kan kreves erstattet av entreprenøren. Til slutt anføres at kravene inkluderer både kostnader som ikke har noe med mangler som omfattes av domstolsbehandlingen å gjøre og kostnader som ikke har noe med mangelsutbedring å gjøre i det hele tatt.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Indre Østfold kommune dømmes til å betale Boger Bygg AS kr 5 667 641 inkl. mva., med tillegg av forsinkelsesrenter beregnet slik:
 - Av kr 1 534 037,- inkl. mva. (kontraktssummen) fra 30.11.20.
 - Av kr 196 125,- inkl. mva. (EM 10) fra 28.10.20.
 - Av kr 2 753 217,- inkl. mva. (EM 11) fra 28.10.20.
 - Av kr 426 191 inkl. mva. (EM 12) fra 28.10.20.

- Av kr 60 900,- inkl. mva. (EM 39) fra 28.10.20.
- For det resterende fra 20. mai 2021.

2. Indre Østfold kommune dømmes til å betale sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

1. Innledning – kravene i saken

Boger Byggs krav består for det første av utestående på kontraktssummen; 1 534 039 kroner inkl. mva. Beløpet er ikke bestridt, men er ikke betalt fordi kommunen gjør gjeldende motkrav som overstiger beløpet.

For det andre har Boger Bygg fremsatt fire tilleggskrav:

Tilleggskrav 1

Det største tilleggskravet (endringsmelding 11) gjelder påståtte forseringskostnader som beløper seg til 3 685 398 kroner inkl. mva. Prinsipalt anføres at kommunen har avslått et berettiget krav om fristforlengelse som Boger Bygg hadde krav på etter NS 8407 pkt. 33.3 (partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure) eller NS 8407 pkt. 15.2 (forandringer i lover, forskrifter m.v.), slik at selskapet har krav på å få dekket forseringskostnader etter NS 8407 punkt 33.8. Gitt at lagmannsretten er enig med kommunen i at det ikke er tale om forseringskostnader, anføres subsidiært betalingsansvar direkte under pkt. 15.2, og atter subsidiært at kravet kan forankres i NS 8407 pkt. 34.1.2. (svikt i byggherrens ytelser m.m.).

Tilleggskrav 2

Videre kreves med utgangspunkt i endringsmelding 12 tillegg for rigg og drift med 326 746 kroner inkl. mva. ut fra at bygget ikke ble ferdigstilt til planlagt tid på grunn av myndighetstiltak, jf. NS 8407 pkt. 15.2 (forandringer i lover, forskrifter mv.). Subsidiært anføres at dette kravet kan forankres direkte i NS 8407 pkt. 34.1.2. (svikt i byggherrens ytelser).

Tilleggskrav 3

Ut fra endringsmelding 10 kreves tillegg for smitteverntiltak med 196 125 kroner inkl. mva. med hjemmel i NS pkt. 15.2. (forandringer i lover, forskrifter m.v.). Kravet omfatter utgifter til ekstra renhold, samt kostnader i forbindelse med pålagt karantene før tilgang til byggeplassen kunne gis. Subsidiært anføres at også dette kravet kan hjemles direkte i NS pkt. 34.1.2 (svikt i byggherrens ytelser).

Tilleggskrav 4

Det anføres at utgifter til sikring av byggeplass med 60 900 kroner inkl. mva. er en endring i forhold til kontrakten, og som Boger Bygg kan kreve dekket etter NS 34.1.1 (endringer). Dette kravet reiser ingen prinsipielle rettslige problemstillinger.

Indre Østfold kommune har fremmet 10 forskjellige motkrav.

Tilleggskrav 1, 2 og 3 reiser prinsipielle rettslige spørsmål om rekkevidden av og forholdet mellom NS 8407 pkt. 33.3 (partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure) og pkt. 15.2 (endringer i lover, forskrifter m.v.). Disse drøftes nedenfor under *punkt 2*. I *punkt 3* drøfter lagmannsretten tilleggskravene 1 til 3 ut fra sin generelle forståelse av pkt. 33.3 og pkt. 15.2. I *punkt 4* drøfter lagmannsretten om tilleggskrav 1 til 3 kan forankres direkte i NS 8407 pkt. 34.1.2 (svikt i byggherrens ytelser). I *punkt 5* drøftes spørsmålet om muligtilleggskrav 4 (EM 39). I *punkt 6* tar lagmannsretten kommunens motkrav. I *punkt 7* oppsummer lagmannsretten hvilke krav som er tatt til følge. *Punkt 8* omhandler sakskostnadsspørsmålet.

2. Forholdet mellom NS 8407 pkt. 33.3 og pkt. 15.2

Avtalerettens grunnleggende utgangspunkt er at avtaler skal holdes. Den som misligholder en avtale, vil enten bli dømt til å oppfylle eller erstatte den andres tap. Rent språklig betyr «force majeure» en overlegen eller uovervinnelig kraft. Med dette menes hendelser som ingen kan kontrollere, og som ikke var mulig å forutse. Dette er typisk krig, opprør, naturkatastrofer, brann, blokader, importrestriksjoner, streik eller lockout, og – etter lagmannsrettens vurdering – ikke minst pandemier. Når en slik hendelse gjør det umulig for en kontraktspart å oppfylle sin del av en avtale, vil det være relevant å vurdere virkningene av force majeure. Mange avtaler har bestemmelser som fritar en part for forpliktelser ved en force majeure-begivenhet.

Lagmannsretten legger til grunn at Covid-19 pandemien var en typisk force majeure-begivenhet da den fikk konsekvenser i Norge i mars 2020. Dette er partene også enige om. Pandemien var en ekstraordinær begivenhet som ikke kunne ha vært forhindret av partene i et avtaleforhold, og det var ikke rimelig å ta faren i betraktning på avtaletiden. Situasjonen er en annen i dag.

Selv om det rettslige utgangspunktet er at avtaler er rettslig bindende, og at den som ikke oppfyller som avtalt har et misligholdsansvar, åpner norsk bakgrunnsrett for å suspendere en forpliktelse om ekstraordinære begivenheter hindrer oppfyllelse. Bakgrunnsretten har snevre unntaksregler som åpner for at misligholdsanksjoner kan suspenderes, eller at avtaleforpliktelsen kan bortfalle eller endres.

NS 8407, som med visse endringer er gjort til en del av avtalen mellom partene, har imidlertid en bestemmelse som uttrykkelig regulerer force majeure-begivenheter, nemlig

pkt. 33.3. Bestemmelsen med overskrift «Partenes krav på fristforlengelse på grunn av force majeure», står i kapittel VII med overskrift «Endringer. Forsinkelse og svikt mv. ved byggherrens ytelser» og underpunkt 33 om «Fristforlengelse». Punkt 33.3 lyder:

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

Blir fremdriften hindret av en kontraktsmedhjelper, har parten krav på fristforlengelse dersom kontraktsmedhjelperen hindres av slike forhold utenfor hans kontroll som nevnt i første ledd.

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

En part har dessuten krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av at den andre parten har krav på fristforlengelse etter denne bestemmelsen.

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

Bestemmelsen, som standarden for øvrig, er utformet etter en interesseavveining etter forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.

Etter ordlyden gir bestemmelsen anvisning på den rettsvirkning av force majeure-begivenheten at totalentreprenøren har krav på fristforlengelse (første ledd). Men dette gjelder bare der totalentreprenøren ikke med rimelighet kan forventes å overvinne følgene av hindringen (tredje ledd). Femte ledd avskjærer etter ordlyden vederlagsjustering «som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen».

Saken her reiser spørsmål om ordene «som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen», åpner for at kostnader som force majeure-begivenheten påfører totalentreprenøren og som ikke er en konsekvens av forlenget byggetid, kan kreves dekket etter andre bestemmelser i standarden. Dette ville være en mulig tolkning særlig dersom det finnes andre bestemmelser som åpner for dekning. Boger Bygg har påberopt standardens pkt. 15.2, jf. nedenfor.

Etter lagmannsrettens syn ligger det i sakens natur at en force majeure-begivenhet (som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout, overenskomstbestemmelser og pandemier), nærmest alltid vil avstedkomme økte kostnader for både totalentreprenøren og byggherren. Selv om størrelsen på kostnadsøkningen på partenes hånd ofte vil variere, kan gode grunner tilsi at hver av partene bærer eget tap, i hvert fall som et utgangspunkt. Som en siste mulighet vil partene kunne påberope de alminnelige reglene om avtalerevisjon/bristende forutsetninger.

Etter lagmannsrettens syn legger en naturlig tolkning av ordlyden i pkt. 33.3 opp til at totalentreprenøren får rett til fristforlengelse, men ikke dekning av økte utgifter som følge av force majeure-begivenheten, og man slipper videre å bli eksponert for dagmulkt. Byggherren må finne seg i senere overlevering uten å kunne kreve erstatning for eventuelle økte kostnader pådratt som følge av eventuelle forsinkelser, herunder for egne kostnader i en forlenget byggeperiode. Det finnes så langt lagmannsretten kan se heller ingen bestemmelse i NS 8407 som byggherre kan påberope for å dekke inn økte kostnader fra totalentreprenøren.

Med mindre totalentreprenøren velger å forsere for egen kostnad, vil en forlengelse av byggetiden uten videre medføre økte utgifter til rigg og drift. Dersom totalentreprenøren klarer å håndtere force majeure-begivenheten uten å forsere og samtidig unngå lengre byggetid, så har man overvunnet at hindringen får følger og man har ikke krav på fristforlengelse, jf. tredje ledd.

Boger Bygg har for alle tilleggskravene (EM 10, 11 og 12) anført at NS 8407 pkt. 15.2 gir selvstendig rett til fristforlengelse og tilleggsvederlag der force majeure-begivenheten avstedkommer myndighetskrav i form av forandringer i lover, forskrifter mv.

Kapittel IV gjelder «Totalentreprenørens gjennomføring av arbeid under kontrakten» og har først et underpunkt 15 med overskrift «Krav til prosessen». I dette underpunktet er inntatt følgende bestemmelser:

15.1 Generelle krav

Prosjektering, herunder materialvalg, og utførelse skal være i samsvar med lover, forskrifter og avtalte krav til prosessen.

Prosjektering, herunder materialvalg, og utførelse skal for øvrig være i samsvar med Norsk Standard og allment aksepterte normer.

Totalentreprenøren skal kunne dokumentere at han har og følger en faglig forsvarlig kvalitetssikringsprosedyre for gjennomføring av prosjekteringen og utførelsen.

15.2 Forandringer i lover, forskrifter mv.

Dersom det etter at totalentreprenøren avga sitt tilbud

- a) skjer forandringer i lover og forskrifter eller
- b) fattes enkeltvedtak

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

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

Tilsvarende bestemmelse om endring av avtalte krav til *kontraktsgjensstanden* finnes i NS 8407 pkt. 14.4.

Lagmannsretten legger til grunn at pkt. 33.3 uttømmende regulerer spørsmålet om når en totalentreprenør kan kreve *fristforlengelse* som følge av en force majeure-begivenhet, enten begivenheten avstedkommer myndighetstiltak eller ikke. Dersom man med rimelighet må forventes å kunne overvinne hindringen, vil det ikke foreligge force majeure. Annerledes kan det ikke være dersom hindringen har fått en forankring i lov, forskrift eller enkeltvedtak.

Like opplagt er det ikke at en totalentreprenør aldri vil kunne kreve *vederlagsjustering* der det offentlige i en generell force majeure-situasjon vedtar nye reguleringer og pålegg som *nødvendiggjør endringer i kontraktsgjensstanden eller arbeidsprosessen*. Hva gjelder endringer i «arbeidsprosessen», som er temaet i denne saken, kan dette etter lagmannsrettens syn ikke omfatte endringer/forhold som medfører *tidsmessige forsinkelser* forårsaket av en force majeure begivenhet. Dersom mangel på arbeidskraft som ellers ville være på byggeplassen skyldes f. eks. krig, streik, lockout kan det ikke være avgjørende om det offentlige har kommet med myndighetstiltak eller ikke. Det samme må gjelde ved pandemier. Merkostnader som følge av forlenget byggetid på grunn av myndighetspålegg (gjennom lov, forskrift, vedtak) som karantene, stenging av skole/barnehage og annet kan totalentreprenøren etter lagmannsrettens syn ikke kreve vederlagsjustering for.

Spørsmålet kan imidlertid reises om *merkostnader* som følge av at det offentlige vedtar nye reguleringer og pålegg som går ut på å endre opprinnelige avtalte ytelser kan tenkes å bli fanget opp av pkt. 15.2 og således bli en *bygghefterisiko*. En tenker f.eks. da på uforventede krav til løpende desinfisering av byggeplasser som medfører store utgifter. Spørsmålet kommer slik lagmannsretten ser det imidlertid ikke på spissen i denne saken for så vidt gjelder økt renholdshyppighet, såpe, hånddesinfeksjon, idet det her ikke er tale om merutgifter som endrer avtalte ytelser som følge av myndighetspålegg. Det har bare dreid seg om etter myndighets**anbefalinger** og som hele samfunnet i prinsippet sto fritt til å velge å følge, og som man selv eventuelt måtte bære kostnadene for. Dette gjaldt ikke minst byggherren i vår sak, som var en kommune.

I mangel av nærmere holdepunkter i bestemmelsens ordlyd, (retts)praksis eller juridisk teori, legger lagmannsretten til grunn at de begrensede utgiftene til sykepenger/karantene heller ikke er en merkostnad som er en bygghefterisiko.

3. Tilleggskravene 1 til 3 fra Boger Bygg

3.1 Tilleggskrav 1 – krav på dekning av forseringskostnader (EM 11)

3.1.1 Kunne Boger Bygg kreve fristforlengelse som følge av forsinkelser forårsaket av Covid-19 pandemien? Utgangspunkter

For at en av partene skal ha krav på fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.3 kreves utover at «fremdriften av deres forpliktelser hindres» av forhold «utenfor deres kontroll», at hindringen «ikke burde ha (blitt) tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen» eller at parten ikke «med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av» hindringen. Ved avtaleinngåelsen i 2019 kunne det ikke forventes at Boger Bygg og kommunen så for seg Covid-19 pandemien. Spørsmålet her blir derfor om Boger Bygg har gjort det som med rimelighet kunne forventes for å hindre at prosjektet ble forsinket.

I denne saken vil vurderingen av om Boger Bygg hadde krav på fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.3 være avhengig av svaret på flere underproblemstillinger.

For det første er det av betydning om Boger Bygg faktisk var forsinket forut for pandemiens inntreden i Norge og i tilfelle hvor stor forsinkelsen var.

For det andre er det – slik lagmannsretten ser det – av betydning om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, slutt-/overtakelsesdatoen Boger Bygg opererte med, 6. juli 2020, var realistisk.

Dette spørsmålet leder over til en siste problemstilling som går på om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, kommunen kunne kreve at Boger Bygg benyttet slakk (spillerommet frem til en aktivitet havner på kritisk linje i totalentreprenørens fremdriftsplan) mellom Boger Byggs planlagte sluttdato 6. juli 2020 og den avtalte, dagmulktbelagte sluttdato 20. august 2020, for å overvinne force majeure-hindringen. Den kritiske linjen er en kjede av koblede aktiviteter som påvirker prosjektets sluttdato direkte. Rekkefølgen av slike aktiviteter kan ikke legges om uten at dette får betydning for fremdriften. En hindring som ikke påvirker kritisk linje og heller ikke fremdriften, vil for eksempel være der totalentreprenøren uforstyrret kan utføre andre arbeidsoperasjoner, eventuelt på andre steder i bygget enn opprinnelig planlagt.

3.1.2 Spillerommet mellom 6. juli og 20. august 2020

Det er et omdiskutert tema om totalentreprenøren kan kreve fristforlengelse der han kan unngå fremdriftsmessige konsekvenser ved å benytte seg av slakk (spillerommet frem til aktiviteten havner på kritisk linje i totalentreprenørens fremdriftsplan). I følge Giverholt m.fl. NS 8407 (2012) side 507 er det entreprenøren som eier slakken. Kaasen, Petroleumskontrakter (2006) side 376 legger for fabrikkasjonskontrakter til grunn at spørsmålet ikke lar seg besvare generelt. En rimelig forutsetning må etter Kaasens

oppfatning være at «i hvert fall noen endringsarbeider må kunne innpasses i planene uten konsekvenser for fremdriften, forutsatt at de ikke ligger på kritisk linje». Utenlandske rettskilder trekker ofte i retning av at entreprenøren må benytte slakk før man kan kreve fristforlengelse. Nordtvedt m.fl. NS 8407 kommentarutgave (2013) side 481 viser til at det i praksis kan være aktuelt å «spise av» slakken ut fra totalentreprenørens lojalitetsplikt som tilsier en viss plikt til å områ seg for å motvirke eller dempe forsinkende konsekvenser av byggherreforholdet. Det er grunn til å gripe fatt i det siste.

Kommentarene i teorien og rettspraksis, eksempelvis Rt. 2005 side 788 (Oslofjordtunnelen), gjelder spørsmålet om fristforlengelse på grunn av *byggherreforhold*; forhold byggherren har risikoen for. Punkt 33.3 regulerer forhold som *ingen av partene bærer risikoen for*. Idet punkt 33.3 tredje ledd gir anvisning på en vurdering av hva som med rimelighet kan forventes for å overvinne hindringen, må det etter lagmannsrettens syn åpnes for at en byggherre i større grad kan kreve at totalentreprenøren bruker et reelt spillerom/slakk i fremdriftsplanen for å komme à jour, uten å kunne kreve fristforlengelse. Dette må i hvert fall gjelde der det ikke er holdepunkter for at totalentreprenøren selv har behov for spillerommet. Det følger av dette at det etter lagmannsrettens syn ikke kan være slik som anført av kommunen, at det avgjørende alltid er om forsinkelsen vil medføre en overskridelse av avtalte frister, i denne sak overtakelsesdatoen 20. august 2020.

3.1.3 Var Boger Bygg forsinket før pandemiens inntreden?

Lagmannsretten legger uten videre til grunn at pandemien skapte noe problemer for fremdriften i byggeprosjektet i mars 2020. Men ble det skapt problemer som Boger Bygg ikke med rimelighet kunne overvinne i forhold til prosjektets kritiske linje?

Boger Bygg har verken under prosjektets gang eller den senere prosess, dokumentert at man har bygget etter en fremdriftsplan med en reell kritisk linje. Fremdriftsplanene som er fremlagt i PDF-format (Portable Document Format) er ikke i seg selv egnet til å dokumentere en reell kritisk linje. En PDF-fil vises på skjerm i samme form som den har når den blir skrevet ut.

Det finnes forskjellige typer databaserte prosjekteringsverktøy. Etter kontraktens punkt E.3 sto Boger Bygg fritt til å velge verktøy, men kommunen skulle «fortløpende få oversendt gjeldende fremdriftsplaner i PDF, og gis tilgang til program-fil dersom ønskelig».

Boger Bygg har benyttet prosjekteringsverktøyet Microsoft Project. Programmet lager MPP-filer som inneholder det utarbeidede prosjekt. Ved å åpne MPP-filen i programmet Microsoft Project kan man se hva som ligger bak av vurderinger og koblinger av arbeidsaktiviteter til en fremdriftsplan skrevet ut i PDF-format. Til tross for tilgang til MPP-filene var en uttrykkelig kontraktsforpliktelse, nektet Boger Bygg å utlevere disse under saksforberedelsen for tingretten. Disse filene ble allerede etterspurt av kommunen i mai 2020, se brevet fra kommunens advokat 20. mai 2020 til Boger Byggs advokat. Først

etter tingrettens kjennelse om bevis tilgang, ble fire slike MPP-filer overlevert kommunen, dagen før oppstart av hovedforhandlingen i tingretten.

MPP-filene er analysert av kommunens vitne Per A. Nøkleby. Han var allerede i anken bebudet som vitne under henvisning til at han skulle forklare seg om Boger Byggs fremdriftsplaner, men noe mer spesifikt ble ikke angitt under saksforberedelsen for lagmannsretten. Siste arbeidsdag før oppstart av ankeforhandlingen, lenge etter avslutningen av saksforberedelsen, fremla kommunen noe som fremsto som en sakkyndig rapport under dekke av dette var et hjelpedokument. Etter protest fra Boger Bygg ble ikke rapporten en del av lagmannsrettens avgjørelsesgrunnlag. Nøkleby forklarte imidlertid at det ikke i noen av MPP-filene var tilstrekkelige koblinger som viste en adekvat fremdriftsplan med en kritisk linje. Vitnets forklaring sammenholdt med Boger Byggs manglende respons på kommunens gjentatte anmodninger fra mars 2020 og fremover om spesifisering og begrunnelse for hvordan pandemien hadde påvirket fremdriften, gjør at lagmannsretten finner det klart at Boger Bygg ikke arbeidet ut fra en reell dokumenterbar kritisk linje. Lagmannsretten legger til grunn at Boger Bygg har vært klar over hvilke slutninger Nøkleby kom til å trekke da MPP-filene ble utlevert.

Lagmannsretten legger til grunn at Boger Bygg var noe forsinket med prosjektet da pandemien rammet Norge i mars 2020. Det er imidlertid vanskelig å ha en særlig begrunnet mening om hvor forsinket Boger Bygg var. Det kan ikke legges til grunn slik som anført av kommunen, at Boger Bygg i mars 2020 var hele to måneder forsinket, ut fra å sammenholde angivelsen av når bygget skulle være tett i fremdriftsplanen fra september 2019 og den fra mars 2020. Boger Bygg måtte i februar i gang med å skifte ut monterte vindsperrerduker på bygget som var av feil brannklasse. Det er uklart for lagmannsretten når dette arbeidet ble fullført. Vindsperrerduk, lekter og musebånd måtte på plass før Boger Bygg kunne begynne med kledning. I februar-planen skulle kledning starte opp medio februar, mens oppstartsdato i mars-planen var satt til 5. mars.

3.1.4 Pandemiens konkrete innvirkning på fremdriften

Det hører med til bildet at Boger Bygg var ferdig med alle arbeider til overtakelsesdatoen 20. august 2020. Grunnen til at kommunen nektet å godta overlevering var fordi det manglet midlertidig brukstillatelse.

Boger Bygg har fremlagt et dokument med en oppstilling over forskjellige arbeidsoppgaver der det er angitt faktisk varighet, beregnet varighet og differensen mellom de to. Lagmannsretten legger til grunn at Boger Bygg hadde til hensikt å oversende dokumentet sammen med annen dokumentasjon e-post fra Boger Byggs advokat til kommunens advokat 25. juni 2020, men at dette ble uteglemt. Dokumentet ble senere fremlagt i forbindelse med sluttoppgjøret i 2020.

Uansett tidspunkt for fremleggelsen, har dokumentet etter lagmannsrettens vurdering begrenset verdi som dokumentasjon for forsinkelser som Boger Bygg ikke «med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av». Dokumentet sammenholdt med forklaringene fra Erik Boger og prosjektleder Richard Strøm og tømrer Magnus Breilid, fremstår i mangel av reelle kontrollerbare fremdriftsplaner, som udokumenterte postuler. Konkret er det grunn til å merke seg at det av dokumentet fremgår mer tid på 15,2 timer for hovedoppgaven «Vindsperre, musebånd og lekter» og 41,4 timer for «Kledning, vannbrett, belistning». Hvordan disse timene henger sammen med den forsinkelsen som Boger Bygg selv skapte ved å montere feil vindsperreduk er ikke forklart. Kledning kan som nevnt ikke monteres før vindsperredukene m.m. er på plass.

Det er Boger Bygg som må dokumentere at det foreligger årsakssammenheng mellom pandemien og forsinkelser på en reell kritisk linje i prosjektet. Dommen i HR-2019-1225-A (Hab-dommen) som gjaldt tilleggsvederlag for plunder og heft og forsering, har overføringsverdi til vår sak, jf. avsnitt 66:

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

I forhold til forsering uttaler Høyesterett i avsnitt 108:

Jeg kan vanskelig se at lagmannsretten i dette avsnittet har foretatt en konkret og individuell vurdering av årsakssammenhengen. Lagmannsretten går ikke konkret inn på hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader Hab Construction ville hatt ved å ta igjen forsinkelsen.

Etter lagmannsrettens syn har Boger Bygg ikke ført sannsynlighetsbevis for at pandemien skapte forsinkelser/hindringer som Boger Bygg ikke med rimelighet kunne forventes å overkomme, senest noe tid etter Boger Byggs selvpålagt sluttdato 6. juli 2020. I den utstrekning denne sluttdatoen var realistisk i begynnelsen av mars 2020 – noe lagmannsretten stiller seg tvilende til også ut fra manglende dokumentasjon for økt ressurspådrag for å innhente faktisk forsinkelse frem til da – måtte kommunen kunne kreve at Boger Bygg brukte noe tid etter 6. juli for å bli ferdig.

Boger Bygg kan etter dette ikke gis medhold i at tilleggskrav 1 kan hjemles med utgangspunkt i NS 8407 pkt. 33.3.

Som det fremgår ovenfor under punkt 2 er det lagmannsrettens syn at NS 8407 pkt. 33.3 uttømmende regulerer krav om fristforlengelse i en force majeure situasjon. Følgelig kan

krav om fristforlengelse, som er en forutsetning for et krav om forseringskostnader, ikke forankres i NS 8407 pkt. 15.2

3.1.5 Øvrige problemstillinger lagmannsretten ikke går inn på

Kommunen har fremsatt en rekke andre rettslig innvendinger mot Boger Byggs krav om dekning av forseringskostnader. Krav på forseringskostnader forutsetter at man har krav på fristforlengelse. Etter NS 8407 pkt. 33.6.1 skal parten, i dette tilfelle Boger Bygg, uten ugrunnet opphold angi og begrunne det antall dager han krever som fristforlengelse, når man har grunnlag for å beregne kravet. Dersom dette ikke gjøres, har man bare krav på slik fristforlengelse som den andre parten måtte forstå at han hadde krav på. Den fristforlengelsen man etter dette hadde krav på, kunne Boger Bygg i tilfelle bare ha valgt å forsere inn med krav om dekning av forseringskostnader, der kommunen uberettiget hadde avslått kravet på fristforlengelse, jf. NS 8407 pkt. 33.8. Før forsering skal byggherren varslet med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Kommunen gjør gjeldende at Boger Bygg har forsømt seg i forhold til disse bestemmelser.

Et siste spørsmål er om Boger Bygg faktisk kan anses å ha forsert, og for å ha hatt forseringskostnader. Kommunen anfører at dette ikke er tilfelle og viser til at store deler av kravet består av en differansebetraktning mellom påstått beregnet tid og påstått faktisk tidsforbruk, i stor grad fra tiden før 25. juni 2020, på et tidspunkt man ikke overfor kommunen hadde varslet at man allerede hadde begynt å forsere.

En ytterligere problemstilling gjelder Boger Byggs betydelige utvidelse av tilleggskrav 1 til å omfatte «merforbruk» av nøkkelpersoner, to prosjektledere – Richard Strand og Arne Magnus Halvorsen – og en BAS, Magnus Breilid i perioden 8. juni til 20. august 2020, samlet 745 746 kroner. Kommunen fremholder at dette kravet er prekludert etter NS 8407 pkt. 39.1 fjerde ledd fordi kravet ikke er fremsatt i forbindelse med sluttoppgjøret. Boger Bygg fremholder at det her er tale om et nytt påstandsgrunnlag som må avskjæres som for sent fremsatt etter tvisteloven § 9-16. Spørsmålet er om det skal gis tillatelse til å fremsette det nye påstandsgrunnlaget i medhold av tvisteloven § 9-16 første ledd bokstav b, alternativt annet ledd, jf. tvisteloven § 29-18 første ledd.

Ut fra lagmannsrettens konklusjon ovenfor under punkt 3.1.4, er det ikke nødvendig å ta stilling til disse og andre innvendinger kommunen har gjort gjeldende i forhold til tilleggskrav 1.

3.2 Tilleggskrav 2 Rigg og drift (EM 12)

Boger Bygg anga i sitt tilbud til kommunen kostnader til rigg og drift med 1 136 510 kroner, som Boger Bygg etter kontraktsinngåelsen fordelte med månedlige beløp frem til deres planlagte overtakelsesdato 6. juli 2020. Dette gjorde Boger Bygg til tross for at avtalt

overtakelsesdato var 20. august 2020. Boger Byggs krav tar her utgangspunkt i en de nevnte månedlige beløp som man også la inn i faktureringsplan med kommunen og overførte dette til perioden 6. juli til 7. september 2020.

Boger Byggs krav her er for det første avhengig av om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, planen med overtakelse 6. juli 2020 var realistisk før Covid-19 pandemien inntraff.

For det andre er det et vilkår at Boger Bygg hadde krav på fristforlengelse. Her påberoper Boger Bygg NS 8407 pkt. 15.2 (om endringer i lover og forskrifter, myndighetspålegg) som hjemmel for fristforlengelse. Som bemerket ovenfor under punkt 2, kan ikke pkt. 15.2 gi hjemmel for fristforlengelse i en force majeure situasjon.

Selv om Boger Bygg ikke påberoper NS 8407 pkt. 33.3 for dette tilleggskravet, bemerkes for ordens skyld at synspunktene bak standpunkt i punkt 3.1.1 om at Boger Bygg ikke har dokumentert årsakssammenheng mellom Covid-19 pandemien og hindringer som gir krav på fristforlengelse etter denne bestemmelse, også ville hatt gyldighet for dette kravet.

3.3 Tilleggskrav 3 – Smittevern (EM 10)

Boger Byggs krav, her på til sammen 156 900 kroner, er fordelt slik:

Varsling byggherre	1 200	kroner
Juridisk bistand varsel	5 400	kroner
Karantene/sykepenges 14 dgr, AGP	4 875	kroner
Karantene/sykepenges 14 dgr, innleid arbeidstaker	4 875	kroner
Karantene/sykepenges 14 dgr, AGP	14 625	kroner
Omsorgspenges, 50 %. 3 hele dager = AGP	7 123,85	kroner
Omsorgspenges, 100 %. AGP = 3 dager 5 kr 4 875	24 375	kroner
Rigg og drift, renholdshyppighet økt.	92 874	kroner
Såpe, hurtigtiltak 5 kr 1 3,33	66	kroner
Hånddesinfeksjon Blåtind - Optimera 1	1 073	kroner
Hånddesinfeksjon og overflatedesinfeksjon	412,80	kroner

Med den begrunnelse som er gitt ovenfor under punkt 3.1.1 er det lagmannsrettens syn at ingen deler av dette kravet reguleres av NS 8407 pkt. 15.2. Kravet kan derfor ikke føre frem i medhold av denne bestemmelsen.

4. Vederlagsjustering etter NS 8407 pkt. 34.1.2

Boger Bygg har subsidiært gjort gjeldende at samtlige tre tilleggskrav kan forankres i bestemmelsen om vederlagsjustering i NS 8407 pkt. 34.1.2. Bestemmelsen lyder:

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

Dersom totalentreprenøren vil kreve vederlagsjustering, skal han uten ugrunnet opphold varsle byggherren når han blir eller burde ha blitt klar over forholdene nevnt i første ledd. Krav på vederlagsjustering tapes dersom det ikke varsles innen fristen.

NS 8407 pkt. 22 gjelder «Byggherrens medvirkning», pkt. 23 gjelder «Risikoen for forhold ved grunnen», pkt. 24 gjelder «Byggherrens valg av løsninger og annen prosjektering». Så vidt lagmannsretten forstår, forsøker ikke Boger Bygg å plassere et ansvar for kommunen i noen av disse alternativene, men i passusen «som følge av andre forhold byggherren har risikoen for».

Boger Bygg har ikke vist til teori eller rettspraksis til støtte for denne anførselen. I stedet har man vist til et foredrag fra advokatfirmaet Glittertind 10. september 2020 med tittel «Korona i kontrakt» (formentlig sider fra en PowerPoint-presentasjon). I presentasjonen er advokatfirmaet blant annet innom NS 8407 pkt. 33.3 og pkt. 15.2. Som et mulig annet grunnlag for vederlagsjustering trekker advokatfirmaet frem NS 8407 pkt. 34.1.2, samtidig som det slås fast at ordlyden og rettskildene gir liten veiledning med hensyn til om Covid-19 faller inn under «andre forhold byggherren har risikoen for». Advokatfirmaet trekker i det følgende frem forskjellige hensyn (samfunnsøkonomisk, konsekvens og sammenheng og rimelighet) som taler for at byggherre i eksisterende kontrakter bør bære kostnader som følge av pandemien.

Etter lagmannsrettens syn taler ordlyden i NS 8407 34.1.2 klart mot at bestemmelsen kan være hjemmel for å tilstå en entreprenør tilleggsvederlag. Punktet regulerer etter ordlyden forhold/hindringer som «byggherren har risikoen for». Force-majeure situasjoner har verken byggherre eller entreprenør risikoen for, og er særskilt regulert i standarden. I en slik situasjon, og uten støtte verken i rettspraksis eller annen praksis, kan det etter lagmannsrettens syn ikke legges avgjørende vekt på de hensyn advokatfirmaet trekker frem for å utvide byggherres ansvarsområde. Det kan trekkes frem gode mothensyn som taler for at pkt. 33.3, eventuelt supplert noe med pkt. 15.2, gir en rimelig og tilstrekkelig regulering. Til dette kommer at problemstillingen er lite/ikke aktuell ved inngåelse av nye kontrakter, da det i dag er klart mer nærliggende å regulere særskilt pandemier dersom partene mener at reguleringen i pkt. 33.3 er utilfredsstillende.

5. Tilleggskrav 4 – EM 39

Utgangspunktet for dette tilleggskravet er at Boger Bygg hadde sikret byggeplassen. Kommunen konstaterte at det i den ene enden av byggetomten, i området der Ordfører Voldens vei krysser Birkelundsveien, lå en stor byggegrop som kommunen mente måtte sikres.

Av referat fra byggherremøtet 12. november 2019 pkt. D.06.01 fremgår:

Sikring langs vei. BH oversendt SJA for sikring langs vei etter forrige møte. Det er besluttet å ikke stenge byggeplass på bakgrunn av dagens sikring.

Det ble i møte besluttet å bestille kontinuerlig kjøresterkt rekkverk. Dette koster 10,40,- pr meter pr dag, dvs totalt rundt 30 000,- for 65 m inkl. opp- og nedrigging.

SJA er forkortelse for sikker jobbanalyse og er en enkel risikovurdering knyttet til en spesifikk arbeidsoppgave eller aktivitet.

Kommunen betalte for sikringen med til sammen 98 485 kroner inkl. mva. ved fire fakturaer 12. desember 2019, 5. februar 2020, 20. mars 2020 og 4. mai 2020.

Det fremgår av referat fra byggherremøte 3. mars 2020 at kommunen ga uttrykk for følgende:

BH har ikke behov for at byggegjerde står ut i veien lengre enn frem til neste møte (17. mars), dersom TE ønsker at gjerde blir stående lengre enn dette, må han selv besørge nødvendige kostnader.

I referat fra byggherremøte 31. mars 2020 pkt. D.10.01 står det:

Anleggsgjerder langs veien tilstrebes å la stå så lenge som mulig for å danne en god buffer mellom trafikk og byggeplass.

BH har ikke behov for at byggegjerde står ut i veien lengre enn frem til neste møte (17. mars), dersom TE ønsker at gjerde blir stående lengre enn dette, må han selv besørge nødvendige kostnader. Tar en ny gjennomgang av dette på BH-møte den 31. mars. BH tar denne kostanden til og med påsken. Etter påske tas eventuelle kostnader av TE. Dette sees som et avhjelpende tiltak i disse Coronatider.

Den 30. september 2020 fakturerte Boger Bygg kommunen for 48 720 kroner for «Skilt og sperremateriell» (25 000 kroner), «Ramudden retur, anslått kostnad» (3 500 kroner), «Freseasfalt utlegging» (7 500 kroner) samt «Fjerning av freseasfalt, anslått kostnad» (7 500 kroner).

Kommunens prosjektleder, Sveinung Sloreby, responderte med følgende påtegning på fakturaen:

Skilt og sperremateriell skal ikke belastes BH ut over det som allerede er betalt, ref BH-møte nr. 14: «BH har ikke behov for byggegjerde står ut i veien lengre enn frem til neste møte (17. mars), dersom TE ønsker at gjerde blir stående lengre enn dette, må han selv besørge nødvendige kostnader.

Freseasfalt er ikke bestilt av BH og inngår i entreprenørens rigg.

Godkjennes ikke.

Ved innsigelse til sluttoppgjøret 26. november 2020, avviste kommunen kravet under henvisning til at den var fremsatt alt for sent og at deler gjaldt forhold ved oppstart av byggeperioden. Det fremgår av faktura 22. september 2020 fra Marker anlegg, stor 25 000 kroner med tillegg av mva. 6 250 kroner, til sammen 31 250 kroner gjaldt leie av skilt og sperremateriell for 1,00 «antall» og år «enhet».

Boger Bygg mener kravet er berettiget og fremholder at kommunen aldri har oppdatert sin SHA-vurdering som var grunnlaget for endringen. Videre vises til EM 6.3 datert 4. mai 2020 der det står:

Sikring med GP-link langs Ordfører voldens vei og Birkelundveien. Leie Desember og nedrigging/flytting
Viderefakturerings av skiltleie etter ønske fra byggherre.
Endringen er ikke fakturert i sin helhet.
Skiltleie til og med Påske som avtalt. Returkostnader vil tilkomme.

Det anføres at kommunens manglende respons på denne endringsmeldingen er en aksept av kostnadene.

Kommunen anfører at freseasfalt ikke er bestilt av kommunen og må anses som en del av Boger Byggs rigg. Videre anføres, under henvisning til faktura datert 30. september 2020 fra Ramudden, at delen av kravet knyttet til dette selskapet har oppstått før behovet for sikring ble avdekket i november 2019. Avtalen gjelder for ett år, slik som for tilsvarende avtale med Marker anlegg. Uansett mener kommunen at alt inngår i rigg og drift. Partene er enige om at det er Boger Byggs ansvar å sørge for sikkerhet. Kommunen viser også til et bilde med dato 26. mars 2020 som kommunen mener viser at det omstridte gjerde er fjernet/flyttet som følge av at gropen som begrunnet sikringstiltaket er fylt opp.

Lagmannsretten er kommet til at Boger Bygg ikke har sannsynliggjort at kravet for noen del er berettiget. Det er ikke omstridt, og lagmannsretten er enig i, at det i utgangspunktet er Boger Byggs ansvar som totalentreprenør å sørge for sikkerhet på arbeidsplassen. Det er ingen holdepunkter for at det var nødvendig med ny SJA (Sikker Jobb Analyse) etter at gropen som foranlediget et særskilt gjerde var fylt opp. Kommunen påtok seg å dekke deler av sikringskostnadene frem til påske 2020 der 2. påskedag var 13. april. Så vidt forstås har alt av gjerder og skilter forblitt som sikringstiltak på byggeplassen frem til august/september 2020. I utgangspunktet kan det tenkes at kommunen forble ansvarlig for returkostnader som ikke er dekket, og muligens noen dager som ikke er med i fakturaen kommunen betalte i mai, men hensett til uklarheter rundt når gjerder/skilt ble bestilt, prisingen, hva fakturaen fra Marker anlegg omfatter og Boger Byggs fortsatte bruk av både

gjerd og skilt, konkluderer lagmannsretten med at Boger Bygg ikke har dokumentert noen del av sitt krav på dette punkt.

6. Motkravene fra Indre Østfold kommune

6.1 Drensrenne garasjeport

Kommunen viser til Del II – Kontraktsgrunnlaget pkt. 2.41.2731 der det heter:

Utenfor port til parkering medtas avløpsrenne med sandfang i kjøresterk utførelse. Lengde avløpsrenne ca. 2800 mm.

Boger Bygg innhentet tilbud fra underentreprenør om slikt drennsrenne. I e-post 20. oktober 2020 fra underentreprenør til Erik Boger heter det imidlertid:

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

Det er uomstridt at det ikke ble avklart med kommunen at drennsrenne foran garasjeporten skulle tas vekk. Kommunen anfører at dette er en mangel da drennsrenne var ment å ta unna vann fra biler som kjørte inn i garasjen og ikke overvann.

Boger Bygg avviser at det foreligger en mangel og anfører at overvann er håndtert tilfredsstillende innenfor entreprenørens valgmuligheter. Subsidiært anføres at det foreligger en uklarhet i kontrakten, som kommunen bærer risikoen for. Til slutt anføres at kommunen ikke har dokumentert kravets størrelse.

Boger Bygg viser til at det som kommunen siterer står under et punkt med overskrift «Utendørs VA» og en underoverskrift «Overvann». Videre vises til et byggherremøte 7. oktober 2019 der det i et pkt. F2.04.01 står «Gulv i garasje støpes med 1:100 fall mot midten (under biloppstillingsplass), dette for å sikre at vann ikke renner mot porten og fryser, det monteres ikke sluk i gulv».

Etter lagmannsrettens syn fremgår det klart av kontraktsgrunnlaget at det skulle legges en drennsrenne foran garasjeporten av en viss kvalitet og med en viss lengde. Idet det må legges til at kommunen ønsket slik drennsrenne for å ta unna vann fra biler som kjørte inn i garasjen, lå det ikke innenfor Boger Byggs handlingsrom til å velge en annen løsning for å ta unna overvann. Det fremgår videre av e-post 20. august 2020 fra Boger Byggs underentreprenør at han underforstått mente at det var behov for å få avklart endringen med kommunen. Det at kommunen har fått en ekstra kum uten å betale ekstra kan ikke anses å reparere mangelen eller frita Boger Bygg for kommunens krav om dekning av utbedringskostnadene.

Kommunen har etter lagmannsrettens vurdering dokumentert at utbedring av mangelen vil minst beløpe seg til 50 000 kroner, jf. vurderingen til takstmann Arne Martin Hoel som er samstemt med vurderingen til Norconsult og kommunen. Det legges således til grunn at kommunen på dette punkt har et berettiget motkrav på 50 000 kroner eks. mva.

6.2 Terskelløse innerdører

Kommunen gjør gjeldende at det er en mangel at Boger Bygg ikke har levert terskelløse dører i henhold til kontrakt. Det vises til kontrakten pkt. 2.7.2 244 der det står:

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

Kommunen har gjort gjeldende at begrunnelsen for å stille krav om terskelløse dører der dette er mulig, er at boligene skal huse psykisk utviklingshemmede, blant annet rullestolbrukere med sterkt behov for bistand.

Prinsipalt krever kommunen erstatning/prisavslag som tilsvarer utbedringskostnaden for 30 (32) dører, subsidiært erstatning/prisavslag for dører som ikke er barriere i branncelle, det vil si 27 dører. Utbedring må skje ved at inngangsdører byttes, at det skiftes dør og karm inn til baderom, og at det i dører til bod fjernes terskel og gulvet kompletteres med epoxy.

Boger Bygg bestrider kravet og gjør gjeldende at kommunen ikke har reklamert over manglende utførelse av tersklene og heller ikke tatt inn et slikt krav i saken. Det vises til det som står rett etter det kommunen siterer i pkt. 2.7.2 244:

Dører/ skyvedører

Innvendige dører skal leveres i "bolig-standard" og være massive.

Alle dører skal leveres komplett med låskasser, sylindere og beslag, tilpasset byggherres låssystem.

Alle innvendige dører leveres med vindu iht. dørskjema.

Nødvendige rømningsbeslag og dørlukkere for øvrig skal medtas.

Det fremholdes at branndører må ha terskel eller anslag og tettelister på alle sider. Branndører må i henholdt til pkt. 3.7.1 i brannkonseptet ha terskel eller anslag og tettelister på alle sider:

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

I tråd med dette er det levert terskler på alle branndører. I ettertid har kommunen bestilt to dører med terskel, se referat fra byggherremøte 4. februar 2020 der det står at skyvedør

skal byttes ut med slagdør. Slagdør er en dør med terskel. Boger Bygg har tilbudt seg å utbedre de uklassifiserte dørene ved å ta bort tersklene. Kostnadene til dette er neglisjerbare. I e-post 25. mars 2021 tilbød Boger Bygg å fjerne tersklene eller gi et prisavslag på 15 000 kroner. Boger Byggs tilbud strandet da kommunen i tillegg krevde epoxybehandling av uspesifiserte deler av gulvet.

Lagmannsretten legger til grunn her at det er uenighet om 30 innerdører i bygget, hvorav tre branndører. Lagmannsretten legger videre til grunn at av de 27 gjenstående dørene gjelder to av dørene de to dørene som er omhandlet i referat fra byggherremøte 4. februar 2020. De to skyvedørene som kommunen ønsket byttet ut med slagdører gjaldt «Vaktrom 110 og 210» (ikke baderom slik tingretten har lagt til grunn). Lagmannsretten finner det mest sannsynlig at kommunen her mente å akseptere dører med vanlige terskler, idet rommene tilsynelatende ikke skal brukes av beboere.

Etter lagmannsrettens syn er pkt. 3.7.1 i det utarbeidede brannkonseptet uklart. Selv om det er fullt ut mulig å tilfredsstille gjeldende krav til røyktetthet ved bruk av slepelist, og så vidt skjønnes uten bruk av list/terskel overhodet ved forlengelse av dørblad, foreligger det her en uklarhet i kontraktsgrunnlaget som kommunen må bære ansvaret for. Kommunen kan derfor ikke få medhold i den del av kravet som gjelder utbedring av branndørene.

Lagmannsretten finner det videre klart at Boger Bygg har levert 25 innerdører med terskel i strid med kontrakten. Kommunen med bistand av Norconsult har 16. oktober 2020 i forbindelse med sluttoppgjøret krevd 150 000 kroner, 5 000 kroner per dør, som utbedringskostnader. Kommunen har ikke skilt mellom utbedring av branndørene og de øvrige dørene. Takstmann Arne Martin Hoel har i sin rapport 29. juni 2022 anslått utbedringskostnadene til samlet 193 300 kroner. Men av dette beløpet gjelder 133 000 kroner utbedring av branndørene som kommunen ikke har krav på å få dekket. Differensen, 60 300 kroner, er fordelt med 40 500 kroner (fjerning terskler til 27 dører), 4 800 kroner (32 flate stålterskler) og 15 000 kroner (transport og administrasjon).

Lagmannsretten tar utgangspunkt i anslaget fra takstmann Hoel og konkluderer med at det alt vesentlig av transport og administrasjonskostnadene knytter seg til bytte av branndørene, slik at det overskytende ligger innenfor Hoels anslag om at utbedringen av tersklene på 25 dører vil beløpe seg til 37 500 kroner med en stykkpris på 1 500 kroner. I tillegg kommer kostnaden til de nye stållistene med 3 750 kroner med en stykkpris på 150 kroner. Til sammen godkjenner lagmannsretten at kommunen har et motkrav i form av erstatning med til sammen 41 250 kroner.

6.3 Manglende kantstein mot Birkelundveien

Under henvisning til kontrakten pkt. C.2.43.2752 anfører kommunen som en mangel at Boger Bygg ikke har lagt kantstein mot deler av Birkelundveien, idet det står:

Reguleringsbestemmelsene gjelder for gategrunn Birkelundveien og tilkomstvei P1. På gategrunn innenfor entreprisegrensen skal det legges asfalt i to lag, bindlag og slitelag.

Ustrekning iht. Utomhusplan.

For o_V1, o_V2 og P1 skal det brukes granittkantstein med fas langs kjørearealet.

Videre viser kommunen til følgende fra reguleringsbestemmelsene som gjelder for bygget (DETALJREGULERING FOR DEL AV GNR.59/BNR.2):

§ 6.6 Samferdselsanlegg og teknisk infrastruktur

a) Offentlig vei og annen veigrunn er vist på plankartet som o_SV1 og o_SV2.

b) For o_SV1 skal det brukes granittkantstein mellom kjørevei fortau (o_SF1).

Boger Bygg gjør gjeldende at ikke foreligger noen tegning eller annet som heter «o_V1» eller «o_V2». Videre fremholdes at reguleringsplanen kun stiller krav om kantstein mot Ordfører Voldens vei og at kontraktsgrunnlaget Landskapsplan L. 100 ikke viser kantstein langs Birkelundveien.

Tingretten kom under tvil til at det fulgte tilstrekkelig klart av kontraktsgrunnlag at det skulle legges kantsten mot Birkelundveien og tilkjente kommunen et prisavslag på 34 000 kroner. Lagmannsretten er enig i at det fulgte av kontraktsgrunnlaget at det også skulle legges kantsten mot Birkelundveien, jf. at det vises til reguleringsplanen i redigert e-post 5. august 2019 som er en del av kontraktsgrunnlaget.

Ut fra det ovenstående måtte det fremstå som tilstrekkelig klart for Boger Bygg at kommunen «med o_V2», mente Birkelundveien. At dette var Birkelundveien fremgår forutsetningsvis ved at Birkelundveien i reguleringsplanen er omtalt som «o_SV2».

Kommunen har imidlertid ikke krevd mer enn 20 000 kroner enten som erstatning for utbedringskostnaden eller som prisavslag for redusert omsetningsverdi. Tingretten har således ved en feil tilkjent 34 000 kroner. Lagmannsretten finner at kommunen har dokumentert at utbedringskostnaden vil utgjøre 20 000 kroner og legger til grunn dette beløpet som et berettiget motkrav.

6.4 Sluk i rom 211

Kommunen har anført som mangel at det ikke er lagt sluk i rom 211 i henhold til Del II Kontraktsgrunnlaget pkt. C.2.15.3315 som lyder:

BK/WC 211:

1 stk. vegghengt WC, innebygget systerne med lekkasjesikring, sete og lokk

av hardplast. 1 stk. servant ca. 560 x 430, servantbatteri, avløp med vannlås.
1 stk. gulvsluk i rustfritt stål.
1 stk. utslagsvask, stor type med bakplate, bøtterist og veggmontert blande­batteri.

Videre viser kommunen til plantegning der sluket er inntegnet og at sluk i rommet er et premiss i Arbeidstilsynets vedtak 20. juni 2019 om samtykke etter arbeidsmiljøloven § 18-9.

Boger Bygg anfører prinsipalt at det ikke foreligger en mangel. Subsidiært anføres at kravet, som ikke er dokumentert, er vesentlig for høyt. Til slutt anføres at Boger Bygg har tilbudt en utbedring med montasje av lo-kasse som med pumpe som vil ivareta kommunes behov, og at et ytterligere krav er uforholdsmessig.

Lagmannsretten legger til grunn at det her foreligger en åpenbar mangel. Kontraktsgrunnlaget krevde gulvsluk, og det lå det ikke innenfor Boger Byggs handlingsrom å sløyfe dette.

Det vanskelige spørsmål her er om kommunen har krav på erstatning/prisavslag som tilsvarer utbedringskostnaden/reduisert verdi med 100 000 kroner. Lagmannsretten legger til grunn at det aldri vil være aktuelt å utbedre denne mangelen.

Det følger av NS 8407 pkt. 42.3.1 at en totalentreprenør ikke har plikt til å utbedre en mangel der kostnadene vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås. Lagmannsretten legger til grunn at det er situasjonen her. Etter lagmannsrettens syn kan da ikke kommunen ha krav på erstatning ved unnlatt utbedring etter NS 8407 42.3.4.

Kommunen har imidlertid i den foreliggende situasjon krav på prisavslag etter NS 8407 pkt. 42.4 annet ledd som lyder:

Prisavslagets størrelse fastsettes på grunnlag av den reduksjonen av byggets eller anleggets verdi som mangelen representerer. Prisavslaget skal minst svare til den besparelsen totalentreprenøren har oppnådd som følge av at utførelsen ikke er kontraktsmessig.

Det er vanskelig for lagmannsretten å ha noen formening om hvilken reduksjon i byggets verdi som mangelen her representerer. Lagmannsretten er henvist til å utmåle et skjønnsmessig prisavslag med utgangspunkt i hva Boger Bygg har spart ved å unnlate å montere sluk. Lagmannsretten finner at kommunens krav om 100 000 kroner er for høyt, og er enig med tingretten i at prisavslaget skjønnsmessig kan settes til 25 000 kroner.

6.5 Ikke «dytt og fuget» rundt vinduer og dører

Boger Bygg har brukt byggeskum rundt dører og vinduer. Kommunen anfører at det er angitt i kontrakten at det skal isoleres rundt dører og vinduer på en bestemt måte som Boger Bygg ikke kan fravike. Det vises til Del II – Kontraktsgrunnlaget pkt. C.2.6.2 234 der det under generelt står: «Det skal fuges og dyttes mot tilstøtende konstruksjoner (2-trinns tetting)».

Boger Bygg viser til at det fremgår av kontrakten – C.2.3 20 Generelt første avsnitt – at Boger Bygg kan foreslå alternative løsninger. Videre vises til et skriv fra Erik Boger til kommunen datert 19. juni 2019 der det Boger Bygg viser til et avholdt møte «vedrørende entreprenørens handlingsrom» der «(f)lere av beskrivelsene var av forslags art». Videre anføres at bruk av byggesum er en preakseptert løsning som ikke innebar en kvalitetsforringelse.

Etter lagmannsrettens syn var dytt og fuging rundt vinduer og dører et klart krav fra kommunens side, begrunnet i et uttalt behov for etterjustering når det etter oppstår skjevheter, noe som er vanlig. Boger Bygg har etter lagmannsrettens syn ikke dokumentert at det byggeskummet som er benyttet har like fleksible egenskaper som dytt og fuging. Kommunen har fått en kvalitetsmessig dårligere løsning, som det ikke lå innenfor Boger Byggs handlingsrom til å fravike.

Det er enighet om at utbedring av mangelen vil være langt dyrere enn kommunens krav på 38 250 kroner som er et dokumentert prisavslag tilsvarende besparelsen Boger Bygg har hatt ved ikke å levere kontraktsmessig. Kommunen har et motkrav tilsvarende dette beløpet.

6.6 Brannskap ikke innfelt i vegg

Kommunen gjør gjeldende at det er en mangel ved arbeidene at en kasse med brannslange ikke er innfelt i vegg overensstemmende med Del II – Kontraktsgrunnlaget pkt C.2.17.1331:

Bygget skal dekkes med brannskap med maksimal slangelengde 25 m. Det medregnes totalt 4 stk. brannskap. For hvert brannskap (4 stk.) medregnes en brannsikker kasse for innfelling i vegg.

Kommunen krever prisavslag som tilsvarer Boger Byggs besparelse ved ikke å levere i henhold til kontrakt.

Boger Bygg har avvist at manglende innfelling utgjør en mangel. Subsidiært anføres at det foreligger en uklarhet i prosjektet som kommunen må bære risikoen for.

Lagmannsretten mener det følger av sitatet fra kontrakten at det var et krav om at samtlige brannskap skulle felles inn i veggen. Etter lagmannsrettens syn er kontrakten klar. Det legges til grunn at øvrige brannskap ble felt inn i veggen, men at det ikke skjedde i det ene tilfelle på grunn av forhold Boger Bygg har ansvaret for. Tingretten la til grunn at det aktuelle brannskapet var delvis innfelt i veggen. Boger Bygg har ikke anført dette for lagmannsretten. Lagmannsretten legger til grunn at det var mulig å felle inn det aktuelle skapet. Uansett er det tale om en totalentreprisekontrakt, der Boger Bygg som prosjekterer skal løse sine kontraktsforpliktelser også ved prosjekteringen.

Kommunen har dokumentert at den er berettiget til et prisavslag på 30 000 kroner som er den besparelsen Boger Bygg har hatt ved ikke å levere i henhold til kontrakt.

6.7 Dagmulkt – forsinket overlevering av bygget og forsinket overlevering av FDV-dokumentasjon

Kommunen har i forbindelse med sluttoppgjøret fremmet krav om dagmulkt i 11 dager fra 20. august 2020 for forsinket overlevering av bygget; til sammen 220 000 kroner (11 dager á 20 000 kroner). Videre fremmet kommunen krav om dagmulkt for forsinket levering av FDV-dokumentasjon med 110 000 kroner (11 dager á 10 000 kroner). Til slutt fremmet kommunen krav om dagmulkt for forsinket overlevering av as built-dokumentasjon med 110 000 (11 dager á 10 000 kroner). Dagmulksatsene er kontraktsfestet og ikke omstridt.

6.7.1 Overlevering av bygget - dagmulkt

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at Boger Bygg ikke har dokumentert en rett til fristforlengelse. Rettidig overlevering var betinget av det minst forelå en midlertidig brukstillatelse. Slikt kom først på plass 7. september 2020, men krav er frafalt fra og med 3. september 2020. Kommunen har etter dette i henhold til kontrakten mellom partene krav på dagmulkt med (minst) 220 000 kroner, som lagmannsretten legger til grunn som et berettiget motkrav.

6.7.2 Overlevering av FDV-dokumentasjon – dagmulkt

Heller ikke i forhold til dette kravet kan Boger Bygg påberope et rettmessig krav på fristforlengelse.

Subsidiært gjør Boger Bygg gjeldende at kommunen har lagt til grunn feil frist på dette punkt. Det vises til at det fremgår at av den signerte kontrakten (den redigerte e-posten 5. august 2019 som er en del av partenes kontrakt) at FDV-dokumentasjon skal innsende sammen med søknad om ferdigattest. Søknad om ferdigattest ble sendt den 19. oktober 2020.

Til dette har kommunen anført at dette er en ny anførsel for lagmannsretten; at Erik Boger har inngått en endringsavtale med Frank Bjøringsøy. Etter kontrakten, noe som også er i samsvar med lovens ordning, er det totalentreprenøren som skal søke om ferdigattest. En slik påstått endringsavtale er i strid med kontrakten punkt D.4.1.4 der det blant annet heter i de to siste avsnitt:

Utkast til FDVU-dokumentasjon skal overleveres byggherren for gjennomsyn senest 4 uker før overtagelse. Når denne er godkjent av Byggherren vil entreprenøren få tildelt en midlertidig i bruker i kommunen sitt FDV-system (Famac), entreprenøren skal legge hele FDV-leveransen inn i dette systemet, klart til bruk av kommunens driftspersonell.

Dersom FDVU-dokumentasjon ikke kan godkjennes i løpet av 2 kontroller hos byggherren, kan kostnader for ytterlige kontroll videreføres totalentreprenøren.

Videre viser kommunen til at det ikke har skjedd en endring av kontraktens pkt. E.1 om frister og dagmulkter og heller ingen endring av NS 8407 der det i annet avsnitt står at dersom ikke annet er avtalt, «skal byggherren senest tre uker før påbegynnelsen av overtakelsesforretningen ha mottatt kontraktsmessig dokumentasjon». Videre vises til Boger Byggs opptreden, og det trekkes frem fremdriftsplan datert 5. mars 2020 der det fremgår at FDV-dokumentasjon skulle overleveres 8. juni 2020, og der det også står at fristen er «dagmulksbelagt». Kommunen viser også til at det fra Boger Byggs side var ferdigkrysset i overtakelsesprotokollen 20. august 2020 (der kommunen ikke aksepterte overlevering) at FDV-dokumentasjon var overlevert, og at det for øvrig er skrevet av Erik Boger at dokumentasjon ikke var godkjent av kommunen.

Utover det som er fremholdt av kommunen vil lagmannsretten fremheve at det i det hele har formodningen mot seg at kommunen ville innlate seg på en avtale om at FDV-dokumentasjon kunne innleveres når totalentreprenør fant det for godt å søke om ferdigattest. Lagmannsretten finner det klart at det ikke er blitt inngått en avtale med slikt innhold som anført av Boger Bygg.

Atter subsidiært fremholder Boger Bygg at den FDV-dokumentasjon som ble levert 20. august 2020 ikke var mangelfull. Etter Boger Byggs syn har kommunen ikke dokumentert at det forelå noen mangler, men har i stedet nekte å godkjenne dokumentasjonen på fritt grunnlag. Til støtte for dette har Boger Bygg vist til punkter i 11 referater fra byggherremøter i perioden 7. oktober 2019 til 3. juli 2020 som omhandler FDV-dokumentasjon. Blant annet fremgår her at Boger Bygg løpende skal ha kontakt med kommunen om dokumentasjon, at «(d)et er publisert FDV på bygningsmessige komponenter, som er ferdigstilt».

Etter lagmannsrettens syn er ikke det Boger Bygg har vist til egnet til å underbygge at fullstendig FDV-dokumentasjon forelå og ble overlevert kommunen 20. august 2020. Det

at det løpende ble lagt inn FDV-dokumentasjon for bygningsmessig komponenter som var ferdigstilte, er ikke ensbetydende med at all dokumentasjon forelå 20. august 2020.

Sivilarkitekt Skule Stensrud Marstein, som bisto Boger Bygg under byggeprosessen, forklarte som vitne (ført av Boger Bygg) at det var avtalt strenge krav for FDV-dokumentasjon. Men han uttalte ikke noe om at det var stilt uriktige eller urimelig krav. Kommunen har påpekt at innholdskravene til dokumentasjon er regulert i kontrakten, D.4.1.4 der det i første avsnitt står: «FDVU-dokumentasjon skal utarbeide i tråd med RIFs "FDVU-dokumentasjon for bygninger", NS 3456 og Bygningsdelstabellen.»

Lagmannsretten er enig med kommunen i at så lenge Boger Bygg ikke kom med innsigelser til de innholdsmessige krav, er det Boger Bygg som har bevisbyrden for at kravene var oppfylt på et overleveringsforsøkt forut for 3. september 2020. Etter det opplyste gjorde Boger Bygg flere forsøk på å levere FDV-dokumentasjon, før kommunen aksepterte det siste som kontraktsmessig. Boger Bygg har ikke oppfylt denne bevisbyrden, og lagmannsretten må da legge til grunn at kontraktsmessig FDV-dokumentasjon først ble levert etter 3. september 2020, hvorefter kommunens krav om dagmulkt med 110 000 kroner må tas til følge.

6.7.3 As built-dokumentasjon/som bygget tegninger – dagmulkt

Denne dokumentasjon er i kontrakten regulert under D.4.1.3 Som bygget dokumentasjon:

Totalentreprenøren skal levere som bygget-dokumentasjon. Dokumentasjonen skal samles og systematiseres før overlevering.

Dokumentasjonen skal oversendes uten ubegrunnet opphold etter at det aktuelle objekt er ferdigstilt og senest innen frist angitt i kapittel E – Frister og dagmulkt.

Heller ikke i forhold til dette kravet kan Boger Bygg påberope et rettmessig krav på fristforlengelse.

Også i forhold til denne dokumentasjon (tegningene) gjør Boger Bygg gjeldende at fristen for overlevering er datoen for søknad om ferdigattest; 19. oktober 2020. Boger Bygg kan heller ikke her få medhold. Opprinnelig avtalt frist, overtakelsesdatoen (20. august 2020) er ikke fraveket. Det vises til begrunnelsen i punktet ovenfor.

Så vidt forstås gjør ikke Boger Bygg gjeldende at kommunen har stilt urimelige strenge krav til dokumentasjon. Etter lagmannsrettens syn er det heller ikke grunnlag for et slikt standpunkt.

Kommunen er også berettiget til 110 000 kroner i samlet dagmulkt for oversittelse av fristen for innlevering av denne dokumentasjonen.

6.8 Faktura fra maskinentreprenør Morten Bråthe AS

Kontrakten punkt C.2.38.1701 lyder:

Krav som stilles i gjeldene reguleringsplaner forutsettes fulgt.

Plan- og bygningsloven § 12-7 slår fast at kommunen «i nødvendig utstrekning» kan gi bestemmelser til arealformål og hensynssoner om forskjellige forhold som er angitt i nr. 1-14. Etter nr. 10 kan det stilles krav om særskilt rekkefølge for gjennomføring av tiltak etter planen, og om at utbygging av et område ikke kan finne sted før visse infrastrukturtiltak er «tilstrekkelig etablert». Dette betegnes som rekkefølgekrav eller rekkefølgebestemmelser.

I forbindelse med dette prosjektet har kommunen gitt slike rekkefølgebestemmelser i reguleringsbestemmelsene § 7:

- a) ---
- b) ---
- c) ---
- d) Det skal være etablert tilrettelagt krysning over Ordfører Voldens vei før det gis ferdigattest eller midlertidig brukstillatelse.
- e) Fortau langs Ordfører Voldens vei skal være opparbeidet og godkjent av Eidsberg kommune før det gis ferdigattest eller midlertidig brukstillatelse.

Overtakelse ble nektet 20. august 2020 av kommunen grunnet manglende ferdigattest/midlertidig brukstillatelse. I brev 21. august 2020 til Indre Østfold kommune som byggherre, viste byggesaksavdelingen i Indre Østfold kommune til manglende oppfyllelse av rekkefølgekrav (herunder d og e) og at det fremgikk av rammesøknaden at det var nødvendig med slik oppfyllelse før det kunne gis brukstillatelse eller ferdigattest.

Kommunen anfører at forpliktelsen lå på Boger Bygg, men at kommunen – fordi Boger Bygg opplyste ikke å ha kapasitet – ordnet dette i første omgang for å hjelpe Boger Bygg å få midlertidig brukstillatelse. Kommunen viser til e-post 16. september 2020 fra Sveinung Sloreby til Erik Boger:

Da har IØK fått fakturaen for arbeidet med tilrettelagt kryssing av Ordfører Voldens vei fra Morten Bråten Maskinentreprenør. Som avtalt i møtet onsdag den 26. august så betaler IØK fakturaen for så viderefakturerer denne til Boger Bygg AS.

Boger Bygg anfører at nedsenk av fortau på andre siden av gaten i Ordfører Voldens vei ikke er omfattet av kontrakten, idet det vises til at kontrakten pkt. C2.43.2752 og pkt. C2.43.3753 ikke omhandler dette. Overgangen er heller ikke tegnet inn på den foreliggende landskapsplan. Videre vises til kontrakten pkt. A2 der det står: «Entreprisen omfatter samtlige ytelser som er nødvendig for å etablere et komplett og

ferdigstilt anlegg i tråd med Byggherrens ambisjoner og ønsker beskrevet i dette dokument.»; arbeidene må være beskrevet i kontrakten. Til slutt viser Boger Bygg til at det aktuelle tiltaket ikke er omfattet av rammesøknaden. – Kommunen utleder kun leveranseplikten av en ikke publisert reguleringsplan.

Subsidiært anføres at det foreligger en uklarhet som må gå utover kommunen.

Lagmannsretten skal bemerke at kravet på 15 650 kroner er det minste kravet i saken.

Reguleringsplanen for prosjektet forelå 14. mars 2019, et halvt år før kontrakten. Planen ble utarbeidet av sivilarkitekt Skule Stensrud Marstein som ble tiltransportert som arkitekt til Boger Bygg i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Med tiltransportering menes at entreprenøren får de rådgivere som byggherren har hatt med seg i forprosjektet inn i sin kontrakt, se NS 8407 pkt. 13 om transport av prosjekterende.

Etter lagmannsrettens syn har det formodningen mot seg at Borger Bygg ikke var kjent med innholdet i reguleringsbestemmelsene forut for inngåelsen av kontrakten med kommunen, selv om den ikke skulle være publisert. Likeledes har det formodningen mot seg at Boger Bygg hele tiden skal ha trodd at det var en reguleringsplan fra 1946 som var gjeldende, slik den er omtalt i e-postkorrespondanse fra Erik Boger til kommunen 26. september 2020. Dette særlig med bakgrunn i at Marstein som utarbeidet gjeldende reguleringsplan fulgte med, og det er nærliggende å tro at en eventuell misforståelse fra Boger Byggs side ville ha kommet frem på et langt tidligere tidspunkt. Så vidt forstås er anførselen om at man trodde 1946-planen gjaldt, ikke opprettholdt for lagmannsretten.

Selv om det kunne ha vært sagt enda klarere i kontrakten hvilke forpliktelser som fulgte av reguleringsplanen, sml. ordene «forutsettes fulgt», måtte det være klart at Boger Bygg forsto at det forelå en kontraktsforpliktelse til å foreta de aktuelle arbeidene til og langs Ordfører Voldens vei, dersom man leste reguleringsbestemmelsen på dette punkt. Det var tale om rekkefølgekrav som måtte være oppfylt før midlertidig brukstillatelse eller ferdigattest kunne gis. Og midlertidig brukstillatelse eller ferdigattest var en forpliktelse for kontraktsmessig overlevering.

Lagmannsretten legger ellers til grunn at det faktisk var et møte 26. august 2020 der det ble avtalt, så vidt forstås med Boger Byggs underentreprenør, at kommunen skulle påta seg arbeidet og kreve Boger Bygg for kostnadene i ettertid. Dersom det skulle være slik at Boger Bygg mente at det var tale om arbeid som lå utenfor kontrakten, skulle man forvente at Boger Bygg hadde reagert umiddelbart.

Kommunen har følgelig krav på å få erstattet 15 650 kroner som kommunen betalte Morten Bråthe AS. Det er ikke bestridt at kostnaden er dokumentert.

6.9 Erstatning for utgifter til Norconsult og juridisk bistand

Kommunen anfører at kravet om dekning av utgifter til teknisk og juridisk bistand bygger på alminnelige erstatningsrettslige regler. Vitnet Deilhaug fra Norconsult forklarte at man etter en tid opprettet et eget prosjektnummer etter at man så omfanget av det betydelige merarbeidet. Boger Bygg engasjerte advokat fra første stund, men ville ikke konkretisere og begrunne selskapets krav. Kommunen erkjente i første svar på EM 10, 11 og 12 at Covid-19-pandemien etter omstendigheten ville berettigede til fristforlengelse. All etterfølgende korrespondanse var unødvendig.

Uansett foreligger det grov uaktsomhet. Det er tale om klare kontraktsbrudd, jf. NS 8407 pkt. 42.5.

Kostnadene til Norconsult gjelder FDV-dokumentasjon og konstatering av mangler og annet som er en direkte nødvendig følge av mangelsutbedringen. Kontraktens pkt. D.4.1.4 er en selvstendig hjemmel for erstatning av utgifter til kontroll av FDV-dokumentasjon. Vitnet Deilhaug forklarte at man måtte kontrollere denne dokumentasjonen seks ganger. Videre vises til NS 8407 pkt. 42.3.2 der det fremgår at «(t)otalentreprenøren skal dekke kostnadene, herunder [...] utgifter til konstatering av mangelen og andre utgifter som er en direkte og nødvendig følge av mangelsutbedringen».

Hva gjelder kravet om dekning av utgifter til juridisk bistand på 302 625 kroner, vises til Høyesteretts uttalelse i Rt-2012-1669 avsnitt 66 der det uttales at kostnaden pådratt forut for stevning til en viss grad vil kunne rubriseres både som sakskostnader og som erstatningskrav». Kravet er rimelig og nødvendig og gjelder kostnader etter at kommunen er kjente at Covid-19 var force majeure.

Boger Bygg imøtegår disse krav og anfører at det ikke foreligger grov uaktsomhet fra Boger Byggs side, jf. NS 8407 pkt. 42.5 andre ledd og at det dermed ikke foreligger noe rettslig grunnlag for kravene. Videre anføres at dreier seg om normale byggherrekostnader som ikke kan kreves erstattet av entreprenøren. Til slutt anføres at kravene inkluderer kostnader som ikke har noe med mangler som omfattes av domstolsbehandlingen å gjøre, og kostnader som ikke har noe med mangelsutbedring. Norconsults bistand under byggeprosessen er vanlig byggherrekostnader. Utgiftene til kommunens advokat omfatter vanlige sakskostnader. To advokater er heller ikke nødvendige kostnader for å rådgi en kunde underveis i et prosjekt.

Lagmannsretten bemerker:

Kommunen har prinsipalt vist til alminnelige erstatningsrettslige regler som hjemmel for å kreve dekket utgifter til juridisk bistand og Norconsult under byggeprosjektet. Lagmannsretten legger til grunn at slike kostnader i entrepriseforhold enten reguleres av kontrakten, eller hvis det kommer til rettssak, av de alminnelige reglene om dekning av sakskostnader.

Hva gjelder mulige hjemler i partenes kontrakt, er det påberopt to bestemmelser. Den ene bestemmelsen er NS 8407 pkt. 42.5 om erstatning ved mangel som lyder:

Totalentreprenøren er ansvarlig for kostnadene til utbedring av skader på deler av bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten, når skaden er en følge av mangel som skyldes uaktsomhet hos totalentreprenøren. Forutsetningen er at utbedringen skjer på en rimelig og forsvarlig måte.

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

Lagmannsretten legger til grunn at annet avsnitt kan hjemle et krav fra byggherren om dekning av slike utgifter som er krevd, under forutsetning av at det påvises forsett eller grov uaktsomhet, selv om ordlyden ikke synes å dekke situasjonen. Det kan synes anstrengt å rubrisere bruk av forskjellige former for sakkyndige under en byggeprosess som en «mangel». Partene synes å være enig i at annet avsnitt kan være hjemmel, men har ikke underbygget standpunktet med henvisning til litteratur eller (retts)praksis.

Kommunen har for øvrig trukket frem NS 8407 pkt. 42.3.2 første avsnitt som lyder:

Totalentreprenøren skal dekke kostnadene ved utbedringen, herunder tilkomstutgifter, utgifter til konstatering av mangelen og andre utgifter som er direkte og nødvendig følge av mangelsutbedringen.

Det fremstår som noe uklart for lagmannsretten hvor langt kommunen mener denne bestemmelsen kan trekkes; om den påberopes som hjemmel for dekning av kostnader til FDV-dokumentasjon utover reguleringen i kontrakten D.4.1.4 siste avsnitt som lyder:

Dersom FDVU-dokumentasjon ikke kan godkjennes i løpet av 2 kontroller hos byggherren kan kostnader for ytterlige kontroll videreføres totalentreprenøren.

Boger Bygg har ikke bestridt kommunens opplysning om at det ble gjort seks forsøk på godkjenning av FDV-dokumentasjon, før den ble godkjent. Lagmannsretten legger til grunn at kommunen har krav på dekning av kostnader i forbindelse med de siste fire kontroller. Idet lagmannsretten legger til grunn at det vesentlige av kontrollarbeidet fant sted under de to første kontrollene, og kommunen ikke på noen god måte har knyttet Norconsults fakturaer til dette kontrollarbeidet, vurderer lagmannsretten det slik at kommunen er dekningsberettiget for 4 000 kroner her.

I den utstrekning kommunen mener å hjemle annet av det arbeid Norconsult har utført og som det kreves særskilt dekning for i NS 8407 pkt. 42.3.2 første avsnitt, vil lagmannsretten

trekke frem Nordvedt m.fl. NS 8407 kommentarutgave (2013) side 639 der det står i tilknytning til pkt. 42.3.2:

Totalentreprenøren plikter også å dekke utgifter til konstatering av mangelen. Dette kan både være kostnader byggherren har hatt og totalentreprenørens egne kostnader. Begge parter kan ha behov for sakkyndig bistand for å kartlegge en feil og vurdere om denne er en mangel etter kontrakten. I den grad dette er kostnader som i første omgang er falt på byggherren, kan han kreve disse erstattet av totalentreprenøren. Det er en forutsetning for at byggherren skal kunne få dekket denne typen kostnader at det er særlig forhold som har generert behov for en nærmere vurdering. En vanlig bistand som byggherren innhenter for å ha støtte ved overtakelsesbefaring eller senere befaringer, faller ikke inn under denne bestemmelsen. Det vil være en del av de alminnelige kostnadene byggherren må avfinne seg med i et prosjekt. Men en slik generell bistand kan utvikle seg som følge av at det avdekkes en mangel. Det er neppe grunnlag for å kreve dekning av en andel av slike generelle kostnader for den eller de manglene som måtte bli konstatert, så lenge dette dreier seg om en ordinær oppfyllelse av kontraktens forutsetninger om forberedelse til og deltakelse i en overtakelse. Men dersom mangelen fordre et arbeid ut over det, kan kostnadene ved dette ytterligere arbeidet bli dekningsberettiget.

Lagmannsretten er enig i denne forståelsen av NS 8407 pkt. 42.3.2. Samtidig kan ikke lagmannsretten se at kommunen har dokumentert dekningsberettiget arbeid i forbindelse med konstateringen av mangler, slik at hele eller deler av det resterende kravet vedrørende Norconsults ikke kan hjemles i denne bestemmelsen.

Kravet vedrørende juridisk bistand har også en side til tvisteloven § 20-5 vedørende utmåling av erstatning for sakskostnader. Paragrafen gir bare rett til dekning av kostnader «ved saken». Med dette menes rettssaken. Utgifter har hatt til juridisk rådgivning før saken innledes, faller som hovedregel utenfor rammen. I praksis er det imidlertid lagt til grunn at enkelte utlegg før saksanlegget likevel dekkes som sakskostnader, se Schei m.fl., Tvisteloven kommentarutgave, kommentar til § 20-5 punkt 3.2, Juridika, bekreftet à jour per 1. mars 2022. Det er i sakskostnadsoppgaven ikke krevd dekket utgifter forut for mottak av Boger Byggs stevning. I den utstrekning kommunen mener å anføre at deler av kravet på 302 325 kroner eks. mva, 377 906,25 kroner inkl. mva., heller kan tas med som en sakskostnadspost, kan ikke dette føre frem. Det er tale om et entrepriseforhold mellom to profesjonelle aktør. Den bistand de velger å søke opp, må de i utgangspunktet selv betale for, med mindre det er mulig å hjemle en overføring av kostnadene i den inngåtte kontrakt.

Dette leder lagmannsretten over til en avsluttende vurdering av om kommunen er påført et økonomisk tap som følge av forsettlig eller grovt uaktsomhet hos Boger Bygg, jf. NS 8407 pkt. 42.5. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at det ikke er grunnlag for å konkludere med at kommunen har krav på ytterligere dekning av utgifter til fagkyndig juridisk og teknisk bistand utover de 4 000 kronene som lagmannsretten har konstatert som et berettiget krav ovenfor. Hva gjelder øvrige krav vedrørende bistand ytt fra Norconsult til

kommunen, er kravet ikke presentert på en slik måte at det er mulig å ha en berettiget mening om, og i tilfelle i hvilken utstrekning, det påstås å være tale om arbeid foranlediget av forsettlig eller grovt uaktsomt opptreden fra Boger Byggs side. Derfor tar lagmannsretten ikke til følge det øvrige av motkravet vedrørende Norconsult.

Hva gjelder juridisk arbeid utført av kommunens engasjerte advokat, er ikke kravet presentert på en slik måte at det er mulig med en mer inngående vurdering av kravet som nødvendig utgift og foranlediget av uaktsom/forsettlig opptreden fra Boger Byggs side. Hva gjelder det første, trekkes eksempelvis frem at det ikke er godtgjort behovet for to advokater i prosessen frem til rettssak, se faktura 8. februar 2021.

Likevel er det åpenbart at store deler av kravet refererer seg til arbeid i forbindelse med problemstillingen om fristforlengelse, forsering og tilleggsvederlag, som i utgangspunktet kan tenkes å være dekningsberettiget. Under noe tvil har lagmannsretten kommet til å det ikke er grunnlag for å konkludere med at noen del av dette kravet kan henføres til forsettlig eller grovt uaktsomt opptreden fra Boger Byggs side. Selv om Boger Bygg ikke har klart å dokumentere nødvendig årsakssammenheng mellom en Covid-19 og et berettiget krav på fristforlengelse, skyldes dette Boger Byggs unnlattelse av å operere med fremdriftsplaner som inneholdt en kritisk linje. Slik unnlattelse har formentlig gått bra i de fleste totalentrepriser Boger Bygg har påtatt seg, men det gikk ikke bra da en force majeure begivenhet av det aktuelle omfanget inntrådte. I denne situasjon viker lagmannsretten tilbake for å konstatere ansvar etter NS 8407 pkt. 42.5.

Kroner 4 000 av kravet under dette punktet godtas som et berettiget motkrav fra kommunens side.

7. Oppsummering krav og motkrav

Lagmannsretten har etter dette kommet til at kommunen har følgende berettigede motkrav:

Manglende drensrenne foran garasjeport	50 000 kroner
Terskelløse dører	41 250 kroner
Manglende kantstein mot Birkelundveien	20 000 kroner
Sluk rom 2011	25 000 kroner
Ikke dytt og fug vindu/dør	38 250 kroner
Brannskap ikke innfelt i vegg	30 000 kroner
Norconsult – juridisk bistand	<u>4 000 kroner</u>
Sum	208 500 kroner

Tingretten har lagt til grunn mva. på de beløp som er fremmet er godkjent som prisavslag/erstatning. Kravene er imidlertid fremmet til motregning eks. mva., noe lagmannsretten anser som riktig.

I tillegg har kommunen fått medhold i at Boger Bygg skal dekke faktura fra Morten Bråthe AS. Lagmannsretten legger til grunn at det som er oppgitt som fakturabeløp, 15 650 kroner, også er eks. mva.

Samlet motkrav inkludert dagmulktsskrav med 440 000 kroner blir etter dette 664 150 kroner (eks. mva.).

Gjenstående kontraktssum på 1 534 039 kroner (inkl. mva.) er ikke omstridt. Med fradrag for 664 150 kroner, har Boger Bygg krav på ytterligere betaling med 869 889 kroner inkl. mva. Forsinkelsesrente av beløpet løper fra 20. november 2020.

8. Avsluttende merknader – sakskostnader

Ved vurderingen av spørsmålet om sakskostnader skal det tas utgangspunkt i stevning og tilsvarende Boger Bygg fremmet krav om til sammen 6 308 865 kroner, mens kommunen påsto frifinnelse.

Beløpet kommunen må betale Boger Bygg er av en slik størrelsesorden at kommunen ikke kan anses å ha vunnet saken «i det vesentlige», jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd. Når ingen av partene har vunnet saken, er hovedregelen indirekte uttrykt i tvisteloven § 20-3 at hver av dem bærer egne sakskostnader. En part som har fått «medhold av betydning» kan likevel tilkjennes sakskostnader, helt eller delvis, hvis «tungtveiende grunner» tilsier det. Det er forutsatt i motivene til bestemmelsen, og lagt til grunn i rettspraksis, at terskelen ligger relativt høyt for å tilkjenne en part sakskostnader etter denne bestemmelsen.

Kommunen har fått medhold i de store kravene om tilleggsvederlag, og i de fleste gjenstående motkrav med et beløp på under halvparten av det som kommunen samlet har fremmet krav om. Beløpet som kommunen tilpliktes å betale Boger Bygg er ellers langt mindre enn forlikstilbudet kommunen fremsatte under rettsmekling for tingretten; 1 500 000 kroner. På den annen side er det opplyst at det etter inngivelse av stevningen for tingretten er blitt inngått forlik, herunder aksept av tingrettens vurdering av enkelte av kommunens motkrav, på i overkant av 500 000 kroner, som har gått til fradrag i gjenstående utestående kontraktssum.

For tingretten måtte kommunen fremsette krav om utlevering av elektronisk versjoner av fremdriftsplaner som tingretten måtte avgjøre ved kjennelse. Dette avstedkom advokatkostnader for kommunen. Men på den annen side igjen fremsatte kommunen for lagmannsretten krav om avskjæring av bevis som rimelig klart ikke kunne føre frem. Noe som påførte Boger Bygg advokatkostnader.

Lagmannsretten har etter en samlet vurdering kommet til at hver av partene bør bære egne kostnader for begge instanser. Ved denne vurderingen har lagmannsretten, utover å vektlegge det som er trukket frem ovenfor, særlig sett hen til den kjensgjerning at Covid-19 pandemien åpenbart skapte problemer og usikkerhet for Boger Bygg i mars 2020 og fremover. Det er videre godt mulig at pandemien faktisk hindret arbeid på den kritiske linjen slik at Boger Bygg faktisk var berettiget til fristforlengelse. Problemet har imidlertid vært – slik lagmannsretten legger til grunn – at man ikke har vært i stand til å dokumentere hindringer som ga Boger Bygg krav på slik fristforlengelse.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING:

1. Indre Østfold kommune betaler Boger Bygg AS 869 889 –
åttehundreogsekstnitusenåttehundreogåttini – kroner innen to uker fra forkynnelsen
av dommen, med tillegg av forsinkelsesrente fra 28. oktober 2020.
2. Hver av partene bærer egne sakskostnader både for tingretten og lagmannsretten.

Agnar A. Nilsen jr.

Ingvild Bruce

Yngvild Thue

Dokument i samsvar med original.
Kirsti Hynne