



## EIDSIVATING LAGMANNSRETT

### DOM

**Avsagt:** 15.10.2009

**Saksnr.:** 09-018453ASD-ELAG/

**Dommer:**

|                                 |                    |
|---------------------------------|--------------------|
| Lagdommer                       | Vegard Sunde       |
| Kst lagdommer                   | Bjørn Eirik Hansen |
| Tilkalt dommer, tingrettsdommer | Ola Trygve Holt    |

**Fagkyndige meddommere:**

|                            |                   |
|----------------------------|-------------------|
| Sivilingeniør/Daglig leder | Gunnar Garnes     |
| VVS-ingeniør               | Arild Olav Rostad |

---

|    |              |                                        |                            |
|----|--------------|----------------------------------------|----------------------------|
| I  | Anke         |                                        |                            |
|    | Ankende part | Ringsaker kommune v/<br>ordføreren     | Advokat Torkild<br>Korsnes |
|    | Ankemotpart  | NCC Construction AS<br>v/styrets leder | Advokat Are Hunskaar       |
| II | Avledet anke |                                        |                            |
|    | Ankende part | NCC Construction AS<br>v/styrets leder | Advokat Are Hunskaar       |
|    | Ankemotpart  | Ringsaker kommune v/<br>ordføreren     | Advokat Torkild<br>Korsnes |

---

Saken gjelder sluttoppgjør i totalentreprise for utbygging av kommunalt sykehjem. Tvisten gjelder krav fra kommunen om dagbot for forsinket levering, krav om prisavslag og dekning av rettekostnader for mangler samt entreprenørens sluttkrav mot byggherren.

### *1. Saksfremstilling*

#### *a) Gjennomføring av totalentreprisen*

Ringsaker kommune sendte den 28. januar 2005 ut innbydelse til anbudskonkurranse for Brøttum Bo- og Aktivitetssenter. Kontraktsarbeidet omfattet oppføring av et nybygg i fire etasjer med 30 sykehjemsplasser samt rehabilitering av en eksisterende bygning med 10 sykehjemsplasser.

Anbudsinnsbydelsen gjaldt en totalentreprise, der totalentreprenøren både skulle stå for prosjektering og utførelse av kontraktsarbeidet. Det framgikk av kommunens kravspesifikasjon at Tømmerli Bo- og Aktivitetssenter i Brumunddal skulle tjene som referansebygg og være retningsgivende for materialstandard og funksjon.

NCC Construction AS, heretter benevnt NCC, innga den 15. mars 2005 tilbud med en samlet tilbudssum på 29 750 000 kroner eks. merverdiavgift. Tilbudet ble antatt av Ringsaker kommune, og kontrakt ble inngått den 26. mai 2005. Som følge av etterfølgende endringer, presiseringer, utløste opsjoner og summeringsfeil i tilbudsunderlaget, ble kontraktssummen endelig fastsatt til 41 860 333 kroner inkl. merverdiavgift.

Norsk Standard 3431 - Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise – ble integrert som en del av kontrakten.

Igangsetting på byggeplassen var avtalt til 13. juni 2005, mens ferdigstillelse av kontraktsarbeidet var satt til 11. august 2006.

Fristen for ferdigstillelse var dagmulktbelagt. Dagboten er i henhold til NS 3431 pkt. 25.2 jf. pkt. 2.10 en promille av kontraktssummen per hverdag, det vil si 41 860 kroner pr. dag. Samlet dagmulkt kan ikke overstige 10 % av kontraktssummen. Dagmulkten er dermed begrenset til maksimalt 100 dager.

Ved brev av 1. august 2006 innkalte NCC til overtakelse mandag 14. august 2006. Datoen var etter avtale flyttet fra 11. august 2006 av hensyn til byggherrens ferieavvikling. Overtakelsesbefaring ble avholdt 10. august 2006. Da gjensto det en god del arbeider, og partene ble enige om å utsette overtakelsen i en uke til 21. august 2006. I brev 11. august 2006 fra kommunens rådgiver/byggherreombud ByggeRåd AS v/Ola Dahl ble det bekreftet at kommunen ikke ville kreve dagmulkt som følge av utsettelsen, forutsatt at sykehjemmet var klar for overtakelse 21. august 2006.

Under forutsetning av at det ikke innebar overtakelse av bygget, ble kommunen den 14. august 2006 gitt tilgang til inntransport, montering og utplassering av møbler, og kommunen fikk overlevert nøkler til bygget for dette formål.

Overtakelse som forutsatt 21. august 2006, ble senere avtalt utsatt til 29. august 2006. NCC hadde søkt om midlertidig brukstillatelse på et tidligere tidspunkt, slik at denne skulle kunne foreligge til 29. august 2006. Den 23. august 2006 ble det avholdt en felles befarings med representanter for kommunens kart- og byggesaksenhet og NCC til stede med sikte på en midlertidig brukstillatelse, jf. plan- og bygningsloven § 99.

Fredag den 25. august 2006, foretok kommunens rådgivende ingeniør i VVS-teknikk, Aalerud AS v/Geir Stensrud, en befarings av bygget. Ved befaringsen oppdaget han at det var montert brannspjeld med smeltesikring i brannseksjoneringsvegg i bygget. Stensrud sendte mandag 28. august 2006 en e-post til resultatenhetsleder i kommunens bygg- og eiendomsavdeling, Lars Østby-Deglum, og ga der blant annet uttrykk for at:

Brannspjeld i brannskiller tilfredsstiller ikke dagens krav og må byttes.

I en e-post 25. august 2006 hadde kommunen bedt om et møte med NCC den 28. august. Møtet ble avholdt på NCC's kontor på Moelv. På møtet deltok Østby-Deglum og bygningsingeniør Stein Westad fra kommunen samt distriktssjef Henning Sørli og prosjektleder Asbjørn Andersen fra NCC. Det er på det rene at brannspjeldene ble diskutert og var et sentralt tema i dette møtet. Det er uklart om og i hvor stor utstrekning andre forhold som var av betydning for en midlertidig brukstillatelse, også ble drøftet. Det ble ikke utarbeidet noe møtereferat, og det er uenighet mellom partene om hvilke krav kommunen stilte for så vidt gjaldt de omtvistede brannspjeldene.

I et brev til kommunens byggesaksavdeling samme dag skrev prosjektleder Asbjørn Andersen i NCC som hadde deltatt på møtet, blant annet følgende:

- Brannspjeld  
Ved befarings den 25.08.2006 ble det avdekket at det er montert ikke godkjente brannspjeld i brannseksjoneringsveggen. Dette vil bli utbedret før byggherren overtar bygget og før beboerne og personale tar bygget i bruk.

I det samme brevet besvarte NCC også de spørsmål og anmodninger som kommunens kart- og byggesaksenhet hadde kommet med i en rapport etter befaringsen 23. august 2006. Det ble redegjort for hvordan disse ”angitte avvik/spørsmål er løst”.

Partene møttes til ny, utsatt overtakelsesforretning 29. august 2006, slik byggherren og totalentreprenøren med sine respektive rådgivere og underentreprenørene allerede var innkalt til.

Geir Stensrud var forsinket til møtestart, og i påvente av ham, er det på det rene at i hvert fall noen av de tilstedeværende gikk for å se på de brannspjeldene som var montert. Det ble ikke gått noen annen befaring av bygget, verken da eller senere når møtet var satt. Da møtet startet opp, gikk partene rett løs på spørsmålet om brannspjeldene. Det er uenighet om hvordan disse drøftingene forløp og hva som ble sagt. Geir Stensrud deltok på møtet og ga på kommunens vegne uttrykk for sitt syn. NCC's branntekniske konsulent Rambøll AS var til stede, representert ved Vegard Haugen. Det er på det rene at diskusjonen i møtet endte med det resultat at brannspjeldene skulle skiftes. Overtakelsesforretningen ble etter dette avbrutt, og overtakelsen utsatt.

Ringsaker kommune nektet å overta bygget. I en protokoll fra overtakelsesforretningen, utarbeidet av byggherreombud Dahl, som er datert 30. august 2008, men ble signert av partene en ukes tid senere, er det i punkt 11 gitt slik begrunnelse for å nekte overtakelse:

Ringsaker kommune anser kontraktsarbeidet ikke ferdigstilt i en slik grad at det kan tas i bruk til sitt formål og nekter derfor å overta. Nektelsen er grunnlagt i følgende forhold:

- Det foreligger ikke midlertidig brukstillatelse.
- Det er ikke dokumentert at brannspjeld-løsning er godkjent.
- Renholdsrom er ikke i henhold til kontrakt og anses som ikke-funksjonelt.
- FDV-dokumentasjon er ikke overlevert byggherren på forhånd slik at oppdragsgiver har kunnet sette seg inn i forhold som gjelder drift.
- Innreguleringsprotokoller er ikke overlevert byggherren på forhånd, slik at oppdragsgiver har kunnet verifisere at kontraktens krav er oppfylt.
- Opplæring er ikke gjennomført, slik at oppdragsgiver er ute av stand til å drifte anlegget fra 1. september 2006.

Entreprenøren gjorde ikke protokolltilførsel til punkt 11 om nekting av overtakelse.

NCC skiftet brannspjeldene i løpet av en og en halv uke, og innkalte ved brev av 12. september 2006 til ny ferdigbefaring og overtakelse den 20. september 2006. Det ble i brevet fastsatt plan for ferdigstilling samt opplæring for el-installasjoner, rør- og varmeanlegg og for luftbehandling. Videre ble det opplyst at FDV-dokumentasjonen for disse anleggene ble oppbevart på byggeplassen.

Den 15. september 2006 sendte NCC kontrollerklæring til kommunen. Selskapet erklærte at sluttkontrollen ikke hadde avdekket vesentlige feil og mangler som hindret midlertidig brukstillatelse. Det ble anmerket at det gjensto "Mindre bygningsmessige arbeider for carport". Det var ikke krysset av i rubrikken for sluttkontroll med henblikk på ferdigattest.

Ringsaker kommune ga 18. september 2006 ferdigattest for tilbygget og ombyggingen av Brøttum Bo- og Aktivitetssenter.

Den 20. september 2006 gjennomførte partene ferdigbefaring. Da ble det avdekket at det var manglende fall på flere badegulv. Sluket lå for høyt på noen bad. NCC foreslo på stedet tiltak for utbedring, herunder oppbygging av fall fra gummilist ved dørterskel. Forslagene ble avvist. Befaringen fortsatte dagen etter.

Den 21. september 2006 utarbeidet kommunens byggherreombud, Ola Dahl, et forslag til protokoll. Forslaget ble oversendt til NCC samme dag. I utkastet til protokoll ble det foreslått at kommunen skulle overta kontraktsarbeidet fra 22. september 2006.

Partene møttes til avsluttende besiktigelse og overtakelsesforretning den 22. september 2006. Ringsaker kommune nektet overtakelse. I protokollen for overtakelsesforretning datert 22. september 2006 er det gitt slik begrunnelse:

Ringsaker kommune opprettholder sin nekting av overtagelse med følgende begrunnelse:

- Kjølerom mangler styreautomatikk og anses ikke som ferdig innregulert.
- En del av de påpekte mangler vedr VVS anses som vesentlige og innebærer stor usikkerhet omkring hvorvidt arbeidene er i samsvar med kontrakt og om anleggene er driftbare.
- Baderom har belegg og fall som anses i strid med våtromsnorm og byggdetaljblad (fall bort fra sluk, veggbelegg som er fuget med fugemasse i våtsone.)

NCC bestred at kommunen hadde adgang til å nekte overtakelse og gjorde slik protokolltilførsel:

- NCC Construction AS bestrider byggherrens rett til nekting av overtakelse. Dette bl.a. basert på de signaler som ble gitt under ferdigbefaringen den 20.09.2006. Påpekte mangler anses ikke å være av en slik art at det hindrer overtakelse.

Ved brev av 5. oktober 2006 fra rådmannen i Ringsaker kommune ble det meddelt at kommunen ville kreve dagmulkt for samtlige virkedager fra 11. august 2006 og stanset alle betalinger. Kommunen framholdt i brevet blant annet:

Etter dette krever vi dagbot for samtlige virkedager siden 11.08.06. Pr. 05.10.06 er dette 40 virkedager. Dagboten utgjør, basert på avtaledokumentet av 26.05.05, kr. 41.860,-. Samlet sett beløper dagbotkravet seg brutto til kr. 1.674.400,-. Herfra kommer til fradrag verdien av letaket.

#### IV TILBAKEHOLDELSE AV PENGER

Vi holder inntil videre tilbake enhver utbetaling til NCC, og viser til NS 3431, pkt. 29.3.

#### V. FERDIGATTEST

Det konstateres at det foreligger ferdigattest på bygget. Denne baseres på innsendt melding til kommunens bygningsmyndighet, hvor det blant annet vises til kontrollerklæringer om badenes beskaffenhet og utførelse. Ferdigattesten er datert 18.09.06 og underliggende dokumenter er selvsagt datert tidligere enn dette.

Basert på NCC's innrømmelser i møte 28.09.06 anser kommunen det som klart at ferdigattesten er omsøkt og gitt på sviktende grunnlag. Den kontrollerklæring som er avgitt omkring badene, avviker essensielt fra NCC's innrømmelser om badenes utførelse og tilstand. NCC oppfordres til å avklare dette med bygningsmyndigheten. For ordens skyld sendes kopi av dette brevet til bygningsmyndigheten i kommunen.

Ved brev av 6. oktober 2006 fastholdt NCC at overtakelsesnektelsen den 22. september 2006 var urettmessig og at det ikke var grunnlag for dagmulkt. NCC bestred at søknad om midlertidig brukstillatelse var sendt på feilaktig grunnlag.

I brevet av 6. oktober 2006 oppsummerte NCC de konklusjoner som etter selskapets oppfatning var gjort i tilknytning til det gjenværende tvistepunktet for lagmannsretten om badegulvene, slik:

Etter å ha diskutert flere muligheter, ble det enighet om at byggherren skulle vurdere den foreslåtte løsningen med å slipe ned gulvet i sone godt utenfor dusjforhenget. Denne løsningen ble også anbefalt av byggherrens innkalte sakkyndige. Byggherren ønsket å vurdere løsningen nærmere. Det ble avtalt at byggherren skulle konkludere i løpet av dagen ved melding via -post eller SMS. Kl. 19.47 mottok Asbjørn Andersen en SMS fra Ola Dahl:

*"Ringsaker kommune kan ikke ta stilling før en har konferert med rådmann og sakkyndig i morgen".*

Siden vi ikke fikk noen konklusjon, slik som avtalt, har vi iverksatt utbedring av baderomsgulvene slik det ble gjennomgått på møtet.

NCC er av den oppfatning at den løsningen som ble gjennomgått og avklart på befaring den 04.10.2006, er en akseptabel løsning og at den ivaretar byggeforskriftenes krav. Vi vil komme tilbake med ytterligere dokumentasjon vedr. dette forholdet.

I Deres brev anføres det at byggherren mener at det er enkelte bad med motfall og at det på enkelte bad er mindre enn 25 mm fra topp sluk til øvre kant av ferdig overflate. Vi har ikke bestridd at enkelt sluk ligger for høyt. Derfor er utbedring iverksatt slik som angitt. For øvrig avventer vi kommentar inntil resultat av den varslede kontrollmålingen foreligger.

Ringsaker kommune ba i begynnelsen av oktober 2006 Norges byggforskningsinstitutt (NBI) om å vurdere badene med hensyn til fallforhold på gulv, sveiseskjøter på gulv- og veggbelegg, tetting av gjennomføringer i våtsonen samt å komme med eventuelt utbedringsforslag. NBI foretok befaring på sykehjemmet den 10. oktober 2006. NCC's anleggsleder var tilstede på deler av befaringen.

I brev av 18. oktober 2006 uttalte NCC følgende om utbedring av baderomsgulv:

NCC har ikke bestridt at de aktuelle baderommene faller utenfor kontraktens krav og har påtatt seg ansvar for å utbedre mangelen. Vi har derfor ikke krevd endringsmelding for denne delen. Det følger av NS 3431 pkt. 11.1 at totalentreprenøren har rett til å velge løsninger som tilfredsstillende kontraktens krav. Den utbedring som nå foretas, mener vi er i hht kontakt og trenger derfor ikke be om byggherrens godkjenning.

NBI avla den 23. oktober 2006 oppdragsrapporten "Vurdering av bad". Fallforholdene er der generelt vurdert slik:

Golvne er prosjektert med fall til sluk på hele golvflaten. I dusjsonen er det nivellert fire høyder fra kant slukrist og ca. 0,8 m ut på golvet. Fallforholdene i dusjsonen som er utregnet i vedlegg 2 angir fallforholdene fra det laveste hjørnet i dusjsonen til kanten av sluket. Byggforsk har foretatt stikkprøvekontroller og beregnet fallforholdene flere steder i dusjsonen. Disse beregningene viser at det stort sett er tilfredsstillende fall i dusjsonen.

Etter vår vurdering kan man oppnå tilfredsstillende fallforhold med mindre fall enn 1:50 i dusjsonen under forutsetningen at det er fall på resten av golvet og at alt vann renner til sluk ved dusjing. Utenfor dusjsonen er fallet målt til noe mindre enn 1:100 (anbefalt i Byggforskserien) på flere av golvne. Hovedtanken bak kravet om at golv skal prosjekteres med et fall på 1:100 er å sikre at det ikke blir motfall på golvet hvor vann kan bli stående.

Når det er fall på hele golvflaten, og høydeforskjellen mellom slukrist og golv ved terskel er minst 25 mm og bruk av dusjen viser at det ikke blir vanndammer på golvet, anbefaler vi å akseptere slike golv.

Der det blir vanndammer anbefales det å utbedre.

NBI konkluderte slik om fallforholdene:

På bakgrunn av nivellement av høyder på golvne samt utregning av fallforholdene på golvne mener Byggforsk at Teknisk forskrift er tilfredsstillende. Anbefalingene i Byggforskserien og i Byggbransjens våtromsnorm er imidlertid ikke tilfredsstillende på alle punkter.

Byggforsk anbefaler at golv hvor det blir vanndammer i dusjsonen utbedres.

I løpet av tiden fra 22. september til 27. oktober 2006 utbedret NCC golvne på seks badrom. Entreprenøren fjernet golvbelegget, hogg opp sluket og senket disse. De hogg også opp golvet, slik at det ble mer tilfredsstillende fall.

Etter at utbedringene av de seks badene var gjennomført, innkalte NCC ved brev av 23. oktober 2006 til mangelsbefaring den 27. oktober 2006. I innkallingen ble det presisert at NCC fortsatt var av den oppfatning at byggherren urettmessig hadde nektet å overta bygget.

Det ble ikke avholdt noen mangelsbefaring den 27. oktober 2006, slik det var innkalt til. Kommunen framholdt at det var innkalt til befaringen med for kort frist. I stedet ble det gjennomført et møte mellom partene på sykehjemmet den 27. oktober 2006.

Det ble avtalt nytt møte mellom partene 31. oktober 2006. I dette møtet framsatte NCC forslag om å utbedre svankene iht. NBI's anbefalinger. I tillegg foreslo selskapet å bygge opp fall fra terskellist foran badromsdørene i de badrom i nybygget som byggherren måtte ønske. Forslaget forutsatte at byggherren overtok bygget pr. 27. oktober 2006. Alternativt ville NCC akseptere at bygget ikke ble overtatt før arbeidene var utført, men at dagmulkt under ingen omstendighet ble krevd etter 27. oktober 2006. Endelig tilbød NCC en utvidet garanti for fuktskader i vegger mellom badrom og beboelsesrom. Det ble antydnet en garantitid på ti år. Forslaget fra NCC var ikke akseptabelt for kommunen.

I brev av 31. oktober 2006 bekreftet NCC det tilbudet som var framsatt i møtet samme dag. Det ble angitt at tiltakene kunne igangsettes omgående, og at de ville være gjennomført i løpet av en uke. Avslutningsvis bemerket NCC følgende:

Dersom Ringsaker kommune ikke aksepterer vårt forslag og krever utførelse "... i hht NBI-normer..." som antydnet i møtet tidligere i dag, vil vi utføre dette. Vi vil i så fall betrakte dette som et pålegg om omstridt endring i hht NS 3431 pkt. 33.3.

Dersom forslaget avvises av byggherren og vi ikke får annet forslag til behandling i løpet av morgendagen (01.11.2006), vil vi iverksette ovenstående tiltak.

Kommunen avviste forslaget fra NCC og krevde utbedring som sikret minimum 25 mm høydeforskjell mellom sluk og terskel på alle bad, minimum 1:50 fall i dusjsonen og minimum 1:100 fall utenfor dusjsonen. Kravet innebar i praksis at NCC måtte foreta utbedringer på samtlige badrom.

I et møte den 6. november 2006 la NCC fram tre alternative forslag til løsning, herunder at selskapet foreslo å senke sluket på fem nye bad. Forslagene ble avvist av kommunen 9. november 2006. Kommunen satte samtidig frem et mottilbud. Innholdet av dette er ikke gjort kjent for lagmannretten. For det tilfelle at det framsatte tilbudet ikke ble akseptert, tok kommunen uttrykkelig forbehold om å kreve at NCC, om nødvendig som krav om omstridt endring, utbedret badene i samsvar med kravspesifikasjonen om fall på badegulvet på minst 1:50, eventuelt i samsvar med det som ble beskrevet i framsatt tilbud.

I løpet av tiden fra 31. oktober til 20. november 2006 utbedret NCC gulvene på ytterligere fem bad. Entreprenøren jevnet ut svanker i gulvene på disse, hvor det var blitt stående vann.

Den 13. november 2006 framsatte NCC slikt forslag til minnelig løsning:

1. Bygget overtas av Ringsaker kommune fra 15.11.06.
2. NCC foretar utbedring som anbefalt av NBI innen 01.12.06.
3. Det beregnes dagmulkt inkl. avgift med kr. 900.000,-.
4. NCC fremsetter ikke erstatningskrav/tillegg for kostnader forbundet med drift av bygningen frem til 15.11.06.
5. NCC fremsetter ikke tillegg for pålegg om å skifte brannspjeld eller veggbelegg.
6. Ringsaker kommune betaler ikke for letak og gulvlist.

Frist for å akseptere tilbudet ble satt til 15. november 2006. Ved brev av 16. november 2006 meddelte kommunen at den hadde besluttet å avvise tilbudet. Det ble ikke framsatt noe mottilbud. Kommunen foreslo om "Veien videre" at partene ble enige om at NCC utbedret badene i samsvar med en nærmere spesifisert beskrivelse fra kommunens side som ikke er gjort kjent for retten. Det ble forutsatt at NCC utførte utbedringene som "omstridt endring", uten at partene hver for seg ble avkrevd å følge prosedyrene som foreskrives i NS 3431. Utover dette foreslo kommunen at alle øvrige uløste spørsmål - herunder endringspåleggets berettigelse, NCC's eventuelle krav på oppgjør for utført endringsarbeid, forholdet til overtakelse og dagbot, forholdet til prisavslag for eventuelle kontraktsavvik som ikke utbedres, oppgjør for brannspjeld og endring av veggbelegg m.v. - ble søkt løst ved domstolsbehandling.

Ved brev av 17. november 2006 varslet NCC om at selskapet i mangel av en minnelig løsning ville nekte å utføre det utbedringsarbeidet som kommunen krevde utført. Det ble framholdt at kommunen ikke hadde kompetanse til å pålegge NCC å utføre arbeidet som en endring, og at NCC følgelig ikke var forpliktet til å utføre arbeidet. NCC frafalt retten til å forestå utbedring av eventuelle mangler og frafalt kravet om å bli varslet om at kommunen satte utbedringsarbeidet bort til andre, jf. NS 3431 pkt. 37.4. Endelig varslet NCC – i mangel av en minnelig ordning – om at selskapet ville kreve at bygget rent faktisk ble overtatt av kommunen umiddelbart. Tilbudet av 13. november 2006 ble bedt revurdert. Ved brev av 20. november 2006 orienterte NCC om at selskapet i mangel av minnelig ordning hadde forestått utbedringer i henhold til NBI's anbefalinger i rapporten av 23. oktober 2006. Videre varslet NCC om at entreprenøren anså kommunen for å ha ansvaret for bygget fra og med tirsdag 21. november kl. 16.00. Det ble orientert om at nøkler ville kunne bli avhentet eller levert av NCC etter nærmere avtale, samtidig som det ble gjort oppmerksom på at "avhenting av nøkler vil innebære en aksept av at Ringsaker kommune overtar ansvaret for bygget".

Ved brev av 21. november 2006 bestred kommunen at den kunne overta bygget samme dag kl. 16.00. Det ble framholdt at kommunens intensjon var å overta bygget når korrekt innkalt forretning var gjennomført, at en deretter ville overlate alle omtvistede forhold til etterfølgende behandling, og slik at overtakelsen da ville få de konsekvenser som fulgte av kontrakten.

Ved brev av 22. november 2006 fastholdt NCC at det faktiske ansvar og risikoen for bygget ble ansett overført den 21. november 2006 kl. 16.00.

Ved brev av 27. november 2006 utstedte Ringsaker kommune i medhold av NS 3431 pkt. 33 formelt pålegg om endring av utførelsen av de badrom som ikke fylte målene angitt i NBIs byggdetaljblader med hensyn til

- a. dusjonens størrelse (minst 80 cm radius rundt hhv. sluk og dusjhode)
- b. fall i dusjsone (minst 1:50)
- c. fall utenfor dusjsone (minst 1:100)
- d. høydeforskjell mellom overkant sluk og ferdig gulvoverflate i badromsdøra (minst 25 mm).

NCC meddelte ved brev av 30. november 2006 at selskapet ikke anerkjente endringspålegget fra kommunen. NCC ville ikke utbedre de påberopte forholdene i tråd med pålegget. Kommunen ble igjen anmodet om å hente nøklene til bygget.

Ringsaker kommune kvitterte for nøklene til sykehjemmet den 4. desember 2006.

Etter at Ringsaker kommune fikk tilgang til bygget har kommunen selv utbedre gulvene på ytterligere fem baderom. Arbeidene ble utført i januar 2007 og besto i å jevne ut svanker og motfall. De samlede kostnadene utgjorde kr. 267 163,57.

*b) Bygningsmyndighetenes omgjøringsvedtak i byggesaken.*

Ved brev av 20. oktober 2006 varslet Ringsaker kommunes enhet for Kart og Byggesak om at det i medhold av forvaltningsloven § 35c ble vurdert å omgjøre vedtaket om ferdigattest i byggesaken fordi denne var gitt på sviktende grunnlag. Det ble vist til at NCC hadde ”erkjent at ”noen” baderom må utbedres på grunn av at sluk ligger for høgt...”. NCC ble samtidig gitt anledning til å søke om midlertidig brukstillatelse for det utførte tiltaket ved innsendelse av søknad innen 3. november 2006.

I brev til kommunen av 25. oktober 2006 bestred NCC at det var grunnlag for å trekke tilbake ferdigattesten. Det ble opplyst at de aktuelle baderommene var utbedret, at remontering av utstyr pågikk og at alle arbeider ville være avsluttet innen 27. oktober 2006. Under henvisning til at alle badrom da ville være i samsvar med forskriftene så NCC ”ingen grunn til å gjenta vår søknad om midlertidig brukstillatelse”.

Den 12. desember 2006 meddelte Ringsaker kommune Kart og Byggesak at det i henhold til delegert myndighet var gjort vedtak om at ferdigattesten utstedt 18. september 2006 på Brøttum Bo- og Aktivitetssenter ble trukket tilbake med hjemmel i SAK § 34 punkt 1 og forvaltningsloven § 35 1. ledd, bokstav c.

NCC påklaget vedtaket. Hamar kommune Byggesak og Oppmåling saksbehandlet klagen som settebygningssmyndighet og la 22. februar 2007 fram forslag til innstilling for Ringsaker formannskap. I innstillingen ble det konkludert med at ”bygningssmyndigheten har grunnlag for sitt omgjøringsvedtak, og klagen bør således ikke tas til følge.” Ordføreren i Ringsaker la 27. februar 2007 fram forslag til vedtak i klagesaken.

Ringsaker formannskap sluttet seg til ordførerens forslag til vedtak. Klagen fra NCC ble oversendt Fylkesmannen i Hedmark til behandling, men NCC trakk senere klagen, før fylkesmannen tok denne til behandling.

Midlertidig brukstillatelse ble gitt 1. mars 2007. Kommunen tok bygget i bruk samme dag. Beboere som midlertidig hadde vært på sykehjem i Brumunddal under byggeprosessen, flyttet da inn på Brøttum Bo- og Aktivitetssenter.

Ferdigattest ble utstedt 24. august 2009.

#### *c) Sluttoppgjør*

Den 28. november 2006 oversendte NCC slutfakturabrev. Det samlede krav for arbeidet var på 48 543 930 kroner. Ved sluttoppgjøret sto det uoppgjort fem notaer til en samlet sum av 1 844 639 kroner. Det ble tatt forbehold om godtgjørelse av åtte særskilt angitt poster som ikke var inkludert i slutfakturaen. To av disse postene er tvistegjenstand for lagmannsretten. Det gjelder for det første brannspjeld, der det ble tatt slikt forbehold:

I sluttoppgjørsoppstillingen er varsel 20/krav 59 Brannspjeld inkludert m/kr. 500.000,- ekskl.. mva, kr. 625.000,- inkl. mva. Vi har ikke oversikt over totalkostnadene, men vil komme tilbake til dette så snart oversikten er komplett.

For det andre gjelder det forbehold om driftskostnader, som i henhold til varsel 22 er regnet fra 11. august 2006 til 27. november 2006. Det ble tatt forbehold om å kreve dekket ytterligere kostnader som følge av fortsatt nekting av overtakelse.

Ved brev av 30. januar 2007 fra byggherreombud ByggeRåd AS v/Ola Dahl fremmet kommunen innsigelser mot NCC's sluttoppgjør. Kommunen hevdet at den var forpliktet til å betale 40 993 625 kroner, etter fradrag av et motkrav på i alt 5 819 145 kroner.

#### *d) Advokatmekling og tingrettsbehandling*

I tiden 26. – 28. februar 2007 ble det avholdt advokatmekling i saken mellom partene. NCC fremsatte forslag til forlik som innebar at partene frafalt krav om betaling fra motparten utover det som da var overført mellom partene. Meklingen førte ikke fram til noen løsning.

Ringsaker kommune reiste søksmål ved stevning til Hedmarken tingrett 31. oktober 2007. NCC tok til motmæle og innga motsøksmål 3. desember 2007.

Hovedforhandling i tingretten ble avholdt i tiden 15. – 25 september 2008. Tingretten var satt med fagkyndige meddommere. En innledende gjennomgang i retten av krav og motkrav førte til at svært mange tvistepunkter ble løst ved avtale. Til avgjørelse for tingretten gjensto etter dette seks tvistepunkter:

- Ringsaker kommunes dagbotkrav, oppad begrenset til 4 186 000 kroner.
- Ringsaker kommunes krav om rettekostnad bad med kr. 267 163,57.
- Ringsaker kommunes krav om rettekostnad renhold med kr. 98 175,00.
- Ringsaker kommunes krav om prisavslag bad. Det var subsidiær enighet om at beløpet settes til kr. 125 000,00, hvis kommunen fikk medhold i at det skulle gis prisavslag.
- NCC Construction AS' krav om betaling for utskifting av brannspjeld med kr. 569 000,00. Det var subsidiær enighet om beløpets størrelse.
- NCC Construction AS' krav om dekning av driftskostnader med kr. 868 181,00.

Senere forsøk på å løse saken ved rettsforlik lyktes ikke. NCC framsatte forslag om at de gjenværende tvistepunkter ble frafalt, uten at noen av partene hadde krav på ytterligere betaling av motparten, utover de betalinger som hadde skjedd.

Det vises ellers til tingrettens meget grundige fremstilling av sakens bakgrunn.

Hedmarken tingrett avsa dom i saken 23. oktober 2008 med slik domsslutning:

**I hovedsøksmålet:**

1. NCC Construction AS v/styrets leder dømmes til innen to uker fra forkynnelsen av denne dom å betale dagmulkt til Ringsaker kommune v/ordføreren med 1 423 240 kroner en million firehundreogtyvetre-tusentohundreogfirti 0/100 med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 1. mars 2007 til betaling skjer.
2. NCC Construction AS v/styrets leder dømmes til innen to uker fra forkynnelsen av denne dom å betale rettekostnad bad til Ringsaker kommune v/ordføreren med 267 163,57 kroner tohundreogsekstisyv tusen etthundreogsekstire 57/100 med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 1. mars 2007 til betaling skjer.
3. NCC Construction AS v/styrets leder dømmes til innen to uker fra forkynnelsen av denne dom å betale prisavslag bad til Ringsaker kommune v/ordføreren til Ringsaker kommune v/ordføreren med 125 000 kroner etthundreogtyvefemtusen med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 1. mars 2007 til betaling skjer.

**I motsøksmålet:**

1. Ringsaker kommune v/ordføreren dømmes til innen to uker fra forkynnelsen av denne dom å betale NCC Construction AS v/styrets leder 2 805 208 kroner-tomillioneråttehundreogfemtusentohundreogåtte med tillegg av forsinkelsesrenter med 350 000 trehundreogfemtusenkroner pr. 26. februar 2007 og renter etter forsinkelsesrenteloven av hovedstolen fra 27. februar 2007 og til betaling skjer.

**I begge søksmål:**

1. Ringsaker kommune v/ordføreren dømmes til innen to uker fra forkynnelsen av denne dom å erstatte NCC Construction AS v/styrets leder sakens omkostninger med 391 579 kronertrehundreognittientusenfemhundreogsyttini 0/100.
2. Ringsaker kommune v/ordføreren dømmes til å betale rettens utgifter til fagkyndige meddommere etter rettens særskilte fastsettelse, og til slik forfallsdato som vil framgå av fastsettelsen.

Ringsaker kommune har rettidig påanket tingrettens dom til Eidsivating lagmannsrett. Anken gjelder tingrettens bevisbedømmelse og lovanvendelse.

I anken angrep kommunen tingrettens avgjørelse om dagbotens størrelse og krevde dagbot med 41 860 kroner for ytterligere 66 dager, totalt kr 2 762 760, samt forsinkelsesrenter, beregnet fra 8. desember 2006. Samtidig ble tingrettens skjønnsmessig avgjørelse om å tilkjenne NCC dekning av driftsutgifter med 250 000 kroner bestridt. Tingrettens saksomkostningsavgjørelse i kommunens disfavør ble også angrepet, og kommunen krevde sakskostnader for begge instanser. At kommunen ikke fikk medhold i sitt krav om dekning av rettekostnader for renhold ble ikke angrepet i anken.

NCC tok til motmæle og innga avledet anke. I den avledete anken ble tingrettens avgjørelse angrepet så langt kommunen hadde fått medhold i sine krav. NCC krevde betaling for brannspjeldene med 569 000 kroner, bestred at det var grunnlag for noen dagmulkt overhodet og påsto seg frikjent for kravene om dekning av rettekostnader for de fem badene med 267 163 kroner samt det skjønnsmessige prisavslagskravet på 125 000 kroner for alle badene. NCC krevde i tillegg sakskostnader også for lagmannsretten. Den avledete anken over prisavslaget for alle bad er senere frafalt under ankeforhandlingen.

Muntlig ankeforhandling ble holdt i Hamar tinghus i tiden 24. – 27. august 2009. Lagmannsretten ble etter ankemotpartens begjæring i planmøte satt med fagkyndige meddommere. Det ble, med bistand fra rettens side, gjort nye forliksdrøftinger under ankeforhandlingen. Disse førte ikke frem.

## *2. Partenes påstander og påstandsgrunnlag*

### *a) Ringsaker kommune*

Kommunen har under ankeforhandlingen lagt ned slik endelig påstand:

### Hovedsøksmålet

NCC Construction AS v/styrets leder dømmes til innen 2 uker fra forkynnelsen av denne dom å betale dagmulkt til Ringsaker kommune v/ordføreren med et beløp etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr. 4.186.000,- med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra 08.12.06 til betaling skjer.

Den avledete anke, hva gjelder tingrettens domsslutning i hovedsøksmålet, punkt 2, forkastes.

### Motsøksmålet

Ringsaker kommune v/ordføreren frifinnes mot innen 2 uker fra forkynnelsen av denne dom å betale NCC Construction AS v/styrets leder kr. 2.555.208,- med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra 27.02.07 til betaling skjer.

### Om saksomkostningene:

Ringsaker kommune v/ordføreren tilkjennes sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett, og NCC pålegges å dekke retten(e)s utgifter til fagkyndige meddommere.

Som påstandsgrunnlag er sammenfatningsvis anført:

### *Om dagbot*

Tingretten bygger på et uriktig faktisk grunnlag når den legger til grunn at kommunen foretok befaring av bygget 25. august 2006. Kommunens VVS-rådgiver befarte bygget på egen hånd.

Det er ikke faktisk grunnlag for tingrettens premiss om at det ble påbegynt en ferdigbefaring 30. august 2006, og heller ikke for at kommunen ensidig avbrøt en slik ferdigbefaring. Det ble ikke påbegynt og holdt noen ferdigbefaring 30. august 2006, og en slik befaring ble heller ikke ensidig avbrutt av kommunen. Møtet 29. august 2006 ble til møte om et isolert tema, brannspjeldene. Situasjonen ble håndtert som om overtakelse ikke var forsøkt. Reelt sett ble det avtalt en utsettelse av ferdigbefaringen. Overtakelsesnekten skjedde som kontorforretning.

Midlertidig brukstillatelse og ferdigattest ble gitt på grunnlag av uriktige opplysninger fra NCC. Tingretten tar feil i sin bevisbedømmelse når den legger til grunn at det ikke er sannsynliggjort at NCC har gitt uriktige opplysninger i kontrollerklæringen fra 15. september 2006 som hindrer utstedelse av midlertidig brukstillatelse. Midlertidig brukstillatelse bygger på at entreprenøren avgir fullstendig og korrekt erklæring om egenkontrollen som systemet med ansvarsrett bygger på. NCC's erkjennelse viser at det har vært svikt i egenkontrollen. Baderommene hadde til dels betydelige mangler. Hadde

dette vært kjent, ville den midlertidige brukstillatelsen vært trukket tilbake. Kommunen kunne ikke opprettholde nektelsesgrunnen fra 30. august 2006 om manglende brukstillatelse, fordi NCC hadde innhentet ferdigattest basert på en uriktig erklæring om egenkontroll. Pr. 22. september 2006 sto man i realiteten uten verken ferdigattest eller brukstillatelse. Kjennskap til dette ville åpenbart ført til nektelse av overtakelse.

Tingrettens lovanvendelse om overtakelsesprosedyrene er uriktig. De manglene ved badene som ble avdekket ved første reelle ferdigbefaring 20. og 21. september 2006, kunne påberopes som grunnlag for å fortsatt nekte overtakelse 22. september 2006, jf NS 3431 pkt. 35.4.

At kommunen nektet overtakelse var rettmessig både 30. august og 22. september 2006. Prinsipalt krever kommunen maksimal dagbot i 100 dager, det vil si frem til 8. desember 2006, subsidiært frem til 4. desember 2006.

Som ny anførsel for lagmannsretten anføres at retten til å påberope urettmessig nektelse er bortfalt fordi NCC har gått inn i realitetsdrøftelser om nektelsesgrunnene. Slik drøftelser er ført løpende fra 22. september 2006.

Kommunen har fremsatt krav om dagbot allerede i oktober 2006 og må tilkjennes forsinkelsesrenter fra dagbotperiodens slutt.

#### *Om rettekostnader bad*

Utbedringen av de bad som kommunen har foretatt, er utført på samme måte som av NCC. NCC frasa seg retten til å utbedre i brev 17. november 2006.

#### *Om betaling av brannspjeld*

Kommunen har ikke gitt pålegg om skifte av spjeldene. Subsidiært anføres at kravet er preskribert som for sent fremsatt. Det er ikke anledning til å ta forbehold i sluttoppgjørsoppstillingen. Subsidiært har kommunen ikke innvendinger til beløpets størrelse.

#### *Om driftskostnader*

Kravet henger samme med overtakesspørsmålet og faller bort som enn følge av at nektet overtakelse 22. september 2006 er rettmessig. For det tilfelle at overtakelsesnekten var urettmessig, er kommunen enig i at ansvarsgrunnlag foreligger. Men det er ikke dokumentert eller sannsynliggjort økonomisk tap, og det foreligger ikke årsakssammenheng. Subsidiært gjøres gjeldende at tingretten har fastsatt et for stort beløp. Det påløper bare driftsutgifter til forsikring og oppvarming, fastsatt etter rettens skjønn.

### *Om sakskostnader*

Tingrettens lovanvendelse er uriktig. Det er riktig at saken er dels vunnet, dels tapt. Det er ikke vurdert om kommunen hadde fyllestgjørende grunn til rettslig prøving. Det er heller ikke vurdert delvis tilkjennelse av sakskomkostninger. Det er i hvert fall ikke grunnlag for å pålegge kommunen fullt ansvar. Kommunen krever prinsipalt dekket sine egne kostnader for begge instanser, subsidiært at hver av partene bærer egne omkostninger.

#### *b) NCC Construction AS*

NCC har under ankeforhandlingen lagt ned slik påstand:

##### I hovedsøksmålet:

NCC Construction AS v/styrets leder frifinnes mot å betale til Ringsaker kommune et prisavslag stort kr. 125.000,-, fra 1. mars 2007.

##### I motsøksmålet:

Ringsaker kommune v/ordføreren dømmes til å betale til NCC Construction AS v/styrets leder et beløp fastsatt etter rettens skjønn begrenset oppad til kr 3 418 208 med tillegg av kr. 350.000 i forsinkelsesrenter frem til 27. feb. 2007. I tillegg kommer forsinkelsesrente av 2 805 208 fra 27. februar 2007 og av 613 000 fra 3. januar 2008 til betaling skjer.

##### Sakskomkostningsspørsmålet:

NCC Construction AS v/styrets leder tilkjennes sakskomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Som påstandsgrunnlag er sammenfatningsvis anført:

### *Om dagbot*

Spørsmålet om dagmulkt står og faller på når bygget skulle vært overtatt. Bygget ble kontraktsmessig fremstilt til overtakelse 30. august 2006. Overtakelsesnektelsen var uriktig. Kommunen kan ikke kreve dagbot.

Kommunens standpunkt om at de installerte brannspjeldene ikke kunne brukes og måtte byttes, var urettmessig. Kommunen bærer risikoen for påstandene om ”ikke godkjente” brannspjeld og sitt standpunkt ved sine rådgivere. NCC ble forledet til å tro at de opprinnelige brannspjeldene ikke var godkjente og skiftet disse uten ytterligere protester. Tingrettens bevisbedømmelse er ikke korrekt. Skiftet skjedde etter krav/pålegg fra

kommunen. Det forelå ikke andre handlingsalternativer for NCC enn å bytte spjeldene. Det har formodningen mot seg at kommunen hadde akseptert produktdokumentasjonen.

Brannspjeld med smeltesikring var lovlige og var i henhold til kontraktens krav og de funksjonskrav som var stilt. Spjeldene oppfyller kravene i teknisk forskrift (TEK), var godkjent av SINTEF og oppfylte kravspesifikasjonen. Dersom kommunen ønsket motoriserte spjeld, burde det vært opplyst i kravspesifikasjonen.

Det ble avholdt overtakelsesforretning 30. august 2006. Byggherren besluttet å avslutte denne, etter å ha konkludert vedrørende brannspjeldene. Det var ingen andre vesentlige grunner til å nekte overtakelse. Uten forholdene omkring brannspjeldene ville NCC ha fått midlertidig brukstillatelse til den formelle overtakelsen.

Overtakelsesnekt kan bare begrunnes i de forhold som ble påpekt i protokollen av 30. august 2006. Det er ikke adgang til å fremme nye nektelsesgrunner. Tingrettens vurdering er korrekt. Kommunen bærer risikoen for ikke å ha fullført befaringen 30. august 2006.

Subsidiært anføres at bygget skulle vært overtatt 22. september 2006. Pr. dette tidspunktet forelå det ikke mangler som kunne gi grunnlag for å nekte overtakelse. At kommunen nektet overtakelse 22. september 2006 var urettmessig. Parten bærer risikoen for eget standpunkt.

NCC er enig i at motfall, svanker og mindre fall enn 25 mm fra terskel til sluk utgjør en mangel. Øvrige fallforhold på badene utgjør ingen mangel.

Det rettslige temaet fremgår av NS 3431 pkt. 35.4. Det korrekte vurderingstema i forhold til spørsmålet om overtakelse var om senking av seks sluk samt utbedring av svanker og motfall ville hindret bruken. Kommunens begrunnelse for å nekte overtakelse var at alle bad måtte utbedres, først med fall 1:50, så etter NBI-bladene. Kommunen hadde ikke krav på slik utbedring. Kravene var uforholdsmessige, jf NS 3431 pkt. 37.5.

NCC har subsidiært vist til at dersom kommunen ikke hadde tatt et uriktig standpunkt om brannspjeldene den 29. august 2006, ville fallforholdene blitt avdekket ved den fortsatte ferdigbefaringen, og utbedring ville vært foretatt innen 22. september 2006.

NCC har ikke tapt muligheten til å gjøre gjeldende at kommunens nye nektelsesgrunner er gått tapt som følge av realitetsdrøftelser.

En eventuell renteberegning skal i tilfelle foretas som av tingretten. Kommunens brev 5. oktober 2006 er ikke et påkrav som gir grunnlag for morarenter.

### *Om rettekostnader bad*

Kommunen har foretatt en retting som NCC har tilbudt. NCC tilbød å utbedre etter NBI's anbefalinger, men kommunen krevde at NCC skulle utbedre til et fall over hele badegulvet på 1:50. NCC frafalt retten til å utføre slik utbedring. Dersom NCC var blitt forelagt å utbedre svanker på 5 bad, slik kommunen gjorde i januar 2007, ville NCC utført det. Da NCC avsto fra retten til å utbedre, gjaldt dette et helt annet utbedringskrav fra kommunen. Subsidiært bestrides ikke beløpets størrelse, ei heller renter fra 1. mars 2007.

### *Om betaling brannspjeld*

NCC har krav på dekning av merkostnadene for skifte av brannspjeld etter NS 3431 pkt. 26.1. Entreprenørens krav på betaling for merkostnadene er fremmet i tide. Kravet ble varslet så snart NCC ble klar over forholdene. Kravet er ikke for sent varslet, jf NS 3431 pkt. 26.2. Kravet er heller ikke bortfalt i sluttoppgjøret, jf NS 3431 pkt. 36.1 tredje ledd. Det er enighet om kravets størrelse.

### *Om driftsutgiftene*

Kravet er en følge av overtakelsesspørsmålet. NCC har krav på dekning av driftskostnader frem til 4. desember 2006. NCC aksepterer tingrettens skjønn, men krever dekket driftsutgifter for en lengre periode fra 30. august 2006 til 4. desember 2006, skjønnsmessig fastsatt til 294 000 kroner.

### *Om saksomkostningene*

Tingrettens avgjørelse er korrekt. Kommunen krevde full utbedring av alle bad til tross for anbefalingene fra NBI, NCC's anførsel om uforholdsmessighet og at NCC ville utbedre i henhold til anbefalingene fra NBI. Kommunen har siktet seg inn mot en rettslige behandling av tvisten og avslått flere rimelige tilbud fra NCC.

## *3. Lagmannsrettens vurdering*

### *Dagmulkt*

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at det fastsatte tidspunkt for ferdigstillelse i kontrakten, 11. august 2006, opprinnelig ble fremskutt tre dager etter byggherrens eget ønske. Det kan derfor ikke bli tale om å konstatere forsinkelse som utløser misligholdsbeføyelse i form av løpende dagbot før 14. august 2006.

Etter NS 3431 pkt. 25.1.1. anses kontraktsarbeidet ferdigstilt ved overtakelsen. Det samme gjelder dersom byggherren urettmessig nekter overtakelse etter pkt. 35.4. Det foreligger

forsinkelse dersom kontraktsarbeidet ferdigstilles senere enn den avtalte sluttfrist, eventuelt justert for totalentreprenørens fristforlengelse. Byggherren kan kreve dagmulkt dersom totalentreprenøren er forsinket i henhold til pkt. 25.1.

Det er på det rene og uomtvistet mellom partene at kontraktsarbeidet ikke var klart til overtakelse pr 14. august 2006, og at overtakelsen etter enighet mellom partene da ble utsatt til 21. august 2006. Som ledd i avtalen om fristforlengelse var kommunen villig til å avstå fra dagmulkt dersom totalentreprenøren ferdigstilte arbeidet kontraktsmessig til den utskutte datoen. Det er på det rene og uomtvistet at så ikke skjedde. Betingelsen inntraff ikke. Kontraktsarbeidet var ikke ferdig og overtakelsen ble på ny utsatt. NCC har ikke bestridt at kontraktsarbeidet ikke var ferdigstilt på tidspunktet for avtalt utskutt overtakelse. Det forelå derfor utvilsomt en forsinkelse fra totalentreprenøren side som ga byggherren hjemmel etter kontrakten til å kreve dagmulkt. Kommunen har sitt krav i behold og kan etter dette gjøre dagmulktkrav gjeldende med virkning fra 14. august 2006.

Det er uomtvistet at den løpende dagmulkten i kontraktsforholdet utgjør 41 860 kroner per hverdag, begrenset oppad til maksimalt 100 dager, jf NS 3431 pkt. 25.2. Tvistespørsmålet for lagmannsretten er dagmulktkravets størrelse. For hvor mange dager fremover kan byggherren kreve dagmulkt? Avgjørende for spørsmålet om dagbotens størrelse vil være når bygget pliktes overtatt. Dersom byggherren urettmessig nekter overtakelse, anses kontraktsarbeidet ferdigstilt, og dagmulktkravet stanser.

Tingretten kom til at kommunen rettmessig nektet overtakelse av bygget 30. august 2006. For lagmannsretten er det ubestridt at totalentreprenøren innkalte til ny, utsatt overtakelsesforretning 29. august 2009. Gjennom bevisførselen under ankeforhandlingen er det fremkommet korrigerte og samstemte opplysninger om overtakelsesprosessen i vitneforklaringene fra de som deltok i møtet 29. august 2006, som sannsynliggjør et annet faktum enn det tingretten har funnet bevist.

Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at partene møttes på byggeplassen den 29. august i henhold til den allerede utsendte innkallingen for gjennomføring av overtakelsesforretning. Det ble det imidlertid ikke noe av. Partene kom relativt raskt til enighet etter at møtet var påbegynt om at det ikke var grunnlag for å gjennomføre noen overtakelse av bygget.

Lagmannsretten finner ikke bevist at det ble foretatt ferdigbefaring av bygget og dermed heller ikke at en slik befaring ble ensidig avbrutt fra kommunens side, slik tingretten har lagt til grunn. Det er ikke fremkommet opplysninger fra noen av vitnene om at det ble gjennomført noen befaring etter at møtet var satt. Realiteten var at ferdigbefaringen og overtakelsen ble utsatt. Dette er også i samsvar med den etterfølgende protokollen datert 30. august, hvor det fremgår angitt i pkt. 4 ”29.08.06 (overtagelse utsatt)”.

Alle de vitnene som lagmannsretten har hørt, og som var til stede den 29. august, har forklart seg samstemt om hvordan møtet tok til, og om at diskusjonen straks ble innledet med hvordan man skulle forholde seg med brannspjeldene.

Lagmannsretten finner, på grunnlag av den samlede bevisførselen, herunder av vitnet Geir Stensruds forklaring for lagmannsretten, at det var enighet der og da om å skifte spjeldene. Retten finner det ikke tvilsomt at det var kommunen, særlig ved sin rådgiver Stensrud som insisterte på at så skulle skje. Stensrud har forklart at han for sin del ga klart uttrykk for at brannspjeldene ikke var godkjent og at de ikke lenger var tillatt i bruk på annet enn landbruksbygg etter de nye byggeforskriftene fra 1997. Dette fordi det etter hans oppfatning ikke var mulig å foreta en forskriftsmessig funksjonskontroll av et smeltesikret spjeld uten å sette inn ny smeltesikring. Lagmannsretten tar ikke stillingen til holdbarheten i vitnets argumentasjon og om kommunens standpunkt var rettslig holdbart.

Det avgjørende for lagmannsretten er at partene, etter en del diskusjon, kom til enighet den 29. august om at brannspjeldene skulle skiftes. Totalentreprenøren påtok seg da – uten noe som helst forbehold – å skifte spjeldene før byggherrens overtakelse. Utskifting er i tråd med det varsel NCC hadde gitt til bygningsmyndighetene i brevet datert dagen før.

NCC kan klart ikke høres med at entreprenøren ble forledet til å skifte spjeldene. Selv om det utvilsomt ble lagt et betydelig faktisk press på NCC fra byggherrens side, var det entreprenørens egen beslutning å bøye av og akseptere kommunens utbedringskrav uten at spørsmålet kom på spissen for behandling etter endringsordresystemet. NCC er en stor og profesjonell entreprenør. Selskapet hadde dessuten knyttet til seg en brannteknisk konsulent som også deltok på møtet, og som NCC kunne søke råd fra. Lagmannsretten konstaterer at rådgiveren ikke er ført som vitne under ankeforhandlingen. At temaet om skifte av brannspjeldene kom opp i møtet fremsto ikke som en overraskelse verken for rådgiveren eller NCC. Stensrud har forklart at det hadde vært en telefonsamtale de to rådgiverne i mellom om spørsmålet i tiden mellom 25. august og møtet den 29. Det var dessuten tema på møtet den 28. august mellom NCC's og kommunens representanter.

Det er etter dette lagmannsrettens konklusjon at partene ble enige den 29. august 2006 om at kommunen ikke skulle overta bygget før brannspjeldene var skiftet. Avtalen om at overtakelsen av bygget skulle utsettes er gyldig og bindende for partene.

Det er etter dette ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til om de innmonterte spjeldene med smeltesikring var i henhold til kommunens kravspesifikasjon og kontraktens krav, og heller ikke om de tilfredstilte kravene i teknisk forskrift og om de var godkjent av SINTEF.

Når det ble avtalt den 29. august at brannspjeldene skulle skiftes, var det samtidig på det rene at dette arbeidet ville ta noe tid. Beslutningen innebar at det ikke ville la seg gjøre å

fremskaffe midlertidig brukstillatelse til den 30. august, slik NCC hadde forutsatt. Når NCC valgte å etterkomme byggherrens syn på løsningen med brannspjeldene, innebar det samtidig en aksept av at overtakelsen måtte utsettes.

Det er ikke fremkommet noe under bevisførselen om at det var fornyet kontakt mellom partene om overtakelse den 30. august. Det ble ikke gjennomført overtakelsesforretning denne dagen, heller ikke som kontorforretning. Det er likevel utarbeidet en ”Protokoll fra overtakelsesforretning” som har en slik datering. Av en samstemt vitneførsel er det fremkommet at denne protokollen ble ført i pennen av kommunens byggombud, Ola Dahl, og at den først ble signert av partene en ukes tid etter dateringen. I protokollens punkt 11 fremgår det at kommunen nekter overtakelse, og det er gitt en punktvis begrunnelse for det. Entreprenøren har for sin del ikke gjort noen protokolltilførsel. Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå nærmere inn på de nektelsesgrunner som fremkommer av protokollen. Når det allerede var inngått avtale mellom partene 29. august om å utsette overtakelsen på ubestemt tid på grunn av det forestående skiftet av brannspjeldene og arbeidene heller ikke var utført da dokumentet ble signert, får ikke innholdet i den etterfølgende protokollen noen betydning for dagmulktspørsmålet. Når det er enighet om at kontraktsarbeidet ikke overtas, anses det ikke ferdigstilt, jf NS 3431 pkt. 25.1.1, og dagmulkten fortsetter å løpe.

Totalentreprenøren innkalte til ny overtakelsesforretning 22. september 2006. I forkant var det da gjennomført ferdigbefaring over to dager. Kommunen nektet overtakelse med slik begrunnelse som gjengitt i saksfremstillingen. Entreprenøren bestred nektelsen i protokolltilførsel.

Lagmannsretten er, som tingretten, kommet til at kommunens overtakelsesnekt var urettmessig, men med en annen begrunnelse. Kommunen bærer selv risikoen for rettmessigheten av sitt standpunkt. Når byggherren urettmessig nekter overtakelse, anses kontraktsarbeidet ferdigstilt, og dagmulkten slutter å løpe, jf NS 3431 pkt. 25.2 tredje ledd.

Byggherrens rett til å nekte overtakelse er nærmere regulert i NS 3431 pkt. 35.4. Byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet hvis det ved overtakelsesforretningen påvises slike mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruk av kontraktsarbeidet i en grad som gir byggherren rimelig grunn til å nekte overtakelse.

I byggherrens begrunnelse ble det opprinnelig anført tre nektelsesgrunner. For lagmannsretten er det anførselen om mangler ved badene som er fastholdt som et rettmessig grunnlag for å nekte overtakelse. Det er dette som har stått sentralt i kommunens argumentasjon og vært gjenstand for bevisførsel under ankeforhandlingen. Dette er også i tråd med innholdet i møtereferat av 27. oktober 2006 om at det bare var fallforholdene på badene som var grunnlag for å nekte overtakelse.

Kommunen har for lagmannsretten henholdt seg til tingrettens obiter dictum om at de påberopte manglene ved badene kunne begrunne overtakelsesnektelse. Etter en samlet vurdering av bevisførselen under ankeforhandlingen er lagmannsretten ikke enig i det. Lagmannsretten finner ikke at den påberopte nektelsesgrunnen oppfyller de krav som standarden oppstiller for å kunne nekte overtakelse.

Det var utvilsomt slik at det var mangler ved badene på tidspunktet for planlagt overtakelse 22. september 2006. NCC har ikke bestridt at motfall, svanker og mindre fall enn 25 mm fra terskel til sluk innebærer mangel etter kontrakten. Under ferdigbefaringen ble det avdekket at slukene lå for høyt på seks bad. I brev 18. oktober 2006 erkjente NCC at badene falt utenfor kontraktens krav og påtok seg ansvar for utbedring. Det er på det rene at utbedring krever opphugging og støp av nye badegulv med ny overflatebehandling.

Spørsmålet er om manglene ved badene eller utbedringene av disse var av et slikt omfang og karakter at det ga grunnlag for å nekte overtakelse, og derved slik at feilene ikke bare utløste misligholdsbeføyelser etter entreprisekontraktens mangelsregime, men også etter dens forsinkelsesregime.

Om manglene eller utbedringen hindrer bruken må vurderes konkret. At byggherren uansett ville brukt noe tid til innflytting mv. er uten betydning. Entreprenørens arbeider skal vurderes i forhold til byggherrens endelige bruk.

De mangelfulle badegulvene var ikke som sådan til hinder for å bruke bygget til sykehjem. Med tilpasninger kunne også badene med feil brukes til sitt tiltenkte formål, men da med særlige forholdsregler. Når vann blir stående på gulvet etter dusjing på grunn av svanker og motfall, kan vannet fjernes manuelt ved svabring. Når beboerne dusjer, skjer dette med bistand fra pleiepersonalet. Badegulvene har sklisikkert belegg, og lagmannsretten finner at badene kunne latt seg benytte også med manglene, selv om dette ikke er fullt ut tilfredsstillende.

Det kritiske er utbedringsarbeidene. Det er arbeidet med selve piggingen av badegulvene og støv og støy forbundet med dette som får størst konsekvenser for bruken. Det er klart at et offentlig sykehjem med eldre og syke beboere er særlig utsatt i så måte. Lagmannsretten finner imidlertid ikke sannsynliggjort at hele driften av sykehjemmet måtte stenges for en periode, slik kommunen har anført.

Det er uten videre klart at ikke bare selve badene, men også de seks direkte berørte beboerrommene ikke ville kunne benyttes mens arbeidene skjer. Sykehjemmet har i alt plass til 40 beboere. At enkelte rom i et større kompleks ikke kan brukes er i seg selv ikke tilstrekkelig til å nekte overtakelse. Det er videre på det rene at sykehjemmets hovedkjøkken med oppvask og kjølerom som ligger i etasjen under ett av de aktuelle badene, til en viss grad vil bli berørt ved utbedringen, noe som krever særlige tiltak.

Pigging og opphugging av badegulvene fører utvilsomt til støy- og støvplager for også de nærmest tiliggende beboerrom og andre tilstøtende arealer.

Lagmannsretten legger til grunn at den støyende piggingen, med god planlegging og optimal fremdrift, vil kunne gjennomføres i løpet av relativt kort tid. Slik retten ser det, bør dette kunne gjennomføres i løpet av kun få dager. Det påfølgende arbeidet med å bygge opp igjen de seks badegulvene vil ikke hindret faktisk sykehjemsdrift i bygget for øvrig.

Det fører i sin alminnelighet til ikke ubetydelige ulemper for en byggherre at utbedring av mangler må gjennomføres etter overtakelsen av et bygg. Det er ikke uvanlig, og slik lagmannsretten ser det, lå ulempene her innenfor hva byggherren måtte tåle. Dette også sett hen til den konkrete bruken av bygget som sykehjem.

Lagmannsretten finner etter en totalvurdering at det ikke forelå rimelig grunn for å nekte overtakelse 22. september 2006. De manglene ved badene som ble avdekket under ferdigbefaringen, og utbedringen av disse ville ikke hindre bruken av sykehjemmet i en slik grad at det ga byggherren rimelig grunn til å nekte overtakelse.

Det er da ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til det rettslige spørsmål som tingretten har vurdert, nemlig om det er rettslig adgang til å begrunne en fortsatt nektelse i forhold som ikke fremgår av protokollen for en tidligere overtakelsesforretning.

Lagmannsretten kan, i likhet med tingretten, ikke se at det senere omgjøringsvedtaket 12. desember 2006 om å trekke ferdigattesten tilbake, kan få betydning for spørsmålet om det var rettmessig av kommunen å nekte overtakelse 22. september og det dagmulktspørsmålet retten skal ta stilling til. Ettertiden har vist at entreprenørens egenkontroll av badene sviktet. At det var sluk som lå for høyt, og at det var motfall og svanker på badegulvene burde vært oppdaget av entreprenøren før ferdigbefaringen. Det er ikke sannsynliggjort at NCC ga uriktige opplysninger i søknaden 15. september om midlertidig brukstillatelse. Manglene som ble avdekket, var ikke av så vesentlig betydning at det var til hinder for midlertidig brukstillatelse etter plan- og bygningsloven § 99 nr 2. Overtakelse krever ikke ferdigattest etter § 99 nr 1.

Det er etter dette lagmannsrettens konklusjon at det var urettmessig av kommunen å nekte overtakelse. Bygget skulle vært overtatt. Videre dagmulkt påløper derfor ikke for tiden etter 22. september 2006.

Kommunen har som ny anførsel gjort gjeldende at NCC har tapt retten til å påberope urettmessig nektelse ved å gå inn i realitetsdrøftelser om nektelsesgrunnene. Dette kan kommunen ikke høres med. NCC har hele tiden fra protokolltilførselen 22. september 2006 og gjentatte ganger senere gjort det skriftlig klart for kommunen at nektelsesgrunnen bestrides. NCC har ikke forlatt sitt standpunkt om at kommunen urettmessig har nektet å

overta bygget. Det kan ikke føre til rettstap om entreprenøren forsøker å komme frem til minnelige løsninger og som ledd i dette gir seg inn i drøftelser om kvaliteten på arbeidene, kontraktens krav og byggherrens mangelsinnsigelser, slik NCC her har gjort.

Kommunen har etter dette krav på en samlet dagmulkt som fastsatt av tingretten, for tiden fra 14. august til 22. september 2006, med en hovedstol på 1 423 240 kroner.

Kommunens krav om forsinkelsesrenter fra dagbotperiodens slutt kan ikke føre frem. Rådmannens telefaks 5. oktober 2006 tilfredsstiller ikke lovens vilkår om ”påkrav med oppfordring om å betale”, jf forsinkelsesrenteloven § 2. I brevet gjøres gjeldende et brutto dagbotkrav som kommunen mener å ha. Det fremgår ikke at betaling kreves. Brevet avsluttes med at kommunen ”ber om tilbakemelding på foranstående”.

Renteberegningen blir etter dette som fastsatt av tingretten, fra 30 dager etter slutfakturainnsigelse, det vil si fra 1. mars 2007, noe som subsidiært ikke er bestridt.

#### *Rettekostnader bad*

Lagmannsretten er for denne posten kommet til et annet resultat enn tingretten.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at NCC erkjenner at fallforholdene på badegulvene ikke var kontraktsmessige. Det er ikke omtvistet at mangelen ble påberopt i rett tid. Den primære misligholdsbeføyelsen vil etter dette være at totalentreprenøren er forpliktet til å utbedre mangelen vederlagsfritt, jf NS 3431 pkt. 37.2. Entreprenørens plikt til å utbedre er ikke ubegrenset. Dersom kostnadene til utbedring vil bli uforholdsmessig store i forhold til hva som oppnås, kan byggherren ikke kreve utbedring foretatt eller kostnadene ved slik utbedring erstattet. Da må byggherren i stedet nøye seg med å kreve prisavslag, jf NS 3431 pkt.37.5 første ledd.

I møte og brev 31. oktober 2006 tilbød NCC seg å utbedre svankene på badene i henhold til NBIs anbefalinger i rapporten av 23. oktober 2006. Dette ble avvist som en ikke tilfredsstillende utbedring fra kommunens side. Kommunen krevde for sin del minimum 25 mm høydeforskjell mellom sluk og terskel på alle bad, et fall på 1:50 i dusjsonen og et fall med 1:100 på gulvet for øvrig.

I mangel av aksept av et fremsatt forslag til minnelig løsning, tok kommunen 9. november 2006 forbehold om å kreve fall på hele badegulvet med minimum 1:50. Et slikt skjerpet utbedringskrav ble ikke fremsatt før NCC frafalt retten til å utbedre i brev 17. november 2006. At NCC nektet å utføre det arbeid som kommunen krevde, kan derfor ikke bare relateres til et utbedringskrav om fall på 1:50 over hele gulvet, slik NCC anfører.

Kommunen har forankret sitt rettingskrav i kravspesifikasjonen Bok 1 punkt 2.2.4, gjengitt i tingrettens dom på side 47. Det er omtvistet mellom partene hva som må anses avtalt om fallforhold på badegulvene etter entreprisekontrakten. Kravspesifikasjonen er utformet av kommunen og er dens ansvar. Ordlyden er ikke presis og til dels motstridende.

Lagmannsretten trenger ikke å ta stilling til om kommunens kontraktsforståelse var riktig. Det er tilstrekkelig å konstatere at kommunens krav om utbedring av fallforholdene innebar at samtlige badegulv i tilfelle måtte hogges opp og bygges opp på ny. Kostnadene forbundet med et så omfattende arbeid fremstår for lagmannsretten som uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås. At NCC nektet å etterkomme utbedringskravet var således rettmessig og i tråd med entreprisens mangelsregime

Hovedhensikten med kravene til fallforhold er å sikre at det ikke blir motfall på gulvet og svanker der vann kan bli stående. Det kan imøtekommes selv om måling av gulvene viser avvik fra et bestemt forholdstall. Lagmannsretten viser til NBIs rapport, som, slik retten ser det, gir uttrykk for et krav om utbedring til en rimelig og akseptabel standard, og uten at kostnadene ved utbedringen er uforholdsmessige sett i forhold til hva som oppnås. En utførelse som ikke er i samsvar med kontraktens krav, må kompenseres med prisavslag.

Byggherren har ikke selv funnet grunn til å iverksette en så omfattende utbedring etter overtakelsen som det ble fremsatt krav om. Kommunen har i ettertid begrenset seg til å jevne ut svanker og motfall på fem bad, slik NBI anbefalte. Byggherrens arbeider ble foretatt i januar 2007. Det er kostnadene pådratt til dette rettingsarbeidet som nå kreves dekket av NCC med kr 267 163 kroner.

Entreprenørens utbedring av mangler er ikke bare en plikt, men også en rett han har. Byggherren plikter å gi entreprenøren adgang slik at utbedring kan foretas, og skal sette en rimelig frist for totalentreprenøren for utbedring, jf NS 3431 pkt. 37.3. Det har ikke kommunen gjort før det omtvistede arbeidet ble utført i januar 2007 og kostnadene pådratt. Utbedringsarbeidet kan ikke sette bort til andre før fristutløp, og byggherren skal varsle totalentreprenøren før utbedringsarbeidet settes bort til andre, jf NS 3431 pkt. 37.4. Det har kommunen ikke gjort.

NCC har ikke tapt sin rett til enhver fremtidig mangelsutbedring ved sitt brev av 17. november 2006. Rettsvirkningen er begrenset til å gjelde det forutgående, konkrete utbedringskravet fra kommunens side.

Kommunen har ikke oppnådd annet ved den begrensede mangelsutbedringen som faktisk er gjennomført, enn det NCC tilbød allerede 31. oktober 2006. Det er fremkommet under ankeforhandlingen at NCC utbedret fem andre bad i november 2006, slik NBI anbefalte. Lagmannsretten finner det sannsynlig at NCC ville utbedret også disse fem omtvistede badene på samme måte dersom byggherren hadde bedt om det.

Det tilbudet som NCC fremsatte om retting av fallforholdene på badegulvene, oppfylte entreprenørens utbedringsplikt etter entreprisekontraktens bestemmelser. NCC har ikke senere frasagt seg retten til slik utbedring. Kommunen iverksatte utbedring, til like på samme måte, men uten at entreprisekontraktens bestemmelsene om frist og varsel til entreprenøren ble fulgt. NCC har ikke tapt sin rett til å utbedre, og byggherren kan ikke kreve erstatning for utbedringskostnadene av totalentreprenøren.

Det er etter dette lagmannsrettens konklusjon at NCC blir å frifinne for kravet.

#### *Erstatning for driftskostnader*

Kravet om erstatning av driftskostnader har sammenheng med overtakelsesspørsmålet. Lagmannsretten er, som tingretten, kommet til at det var urettmessig av kommunen å nekte overtakelse av bygget 22. september 2006. For dette tilfelle har kommunen erkjent at ansvarsgrunnlag foreligger.

Det er på det rene at NCC, i tiden fra 22. september og frem til kommunens faktiske overtakelse 4. desember, pådro seg driftsutgifter ved å ivareta bygget som entreprenøren ellers ikke ville hatt. At NCC dermed er påført et økonomisk tap fremstår som klart. Bygget skulle vært overtatt av byggherren den 22. september, og det er årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og tapet.

Når det gjelder tapets størrelse, er lagmannsretten enig med tingretten i at dette må fastsettes skjønnsmessig. Kommunen har anført at driftsutgiftene er fastsatt med et for stort beløp, mens NCC har akseptert tingrettens skjønnsmessige utmåling for samme tidsperiode. Grunnlaget for skjønnsutøvelsen er viet relativt liten oppmerksomhet fra partene under ankeforhandlingen, og det har ikke vært noen bevisførsel om dette. Det står klart for lagmannsretten at det er påløpt betydelige driftsutgifter, herunder til administrativ ivaretagelse av et ikke overlevert prosjekt, drift og ettersyn på byggeplassen, løpende forsikringer, fyringsutgifter mv. Dette er kostnader som kommunen må være ansvarlig for. Kostnadene påløper uavhengig av om NCC utførte visse utbedringsarbeider i perioden. Skadelidte har bevisbyrden for det økonomisk tap som er lidt. Tingretten har som grunnlag for sitt skjønn basert seg på regnskapsopplysninger fra NCC om driftskostnadene som er belastet i prosjektet. Lagmannsretten har ikke grunnlag for å betvile riktigheten av regnskapstallene, og finner at et tap i størrelsesorden 250 000 kroner i løpet av drøyt 3 måneder ligger innenfor det som er sannsynlig, også om de utgiftene som likevel påløper som følge av utbedringsarbeidene og rydding etter disse, holdes utenfor.

Lagmannsretten tiltrer etter dette tingrettens skjønnsmessige avgjørelse for denne posten.

### *Betaling for brannspjeld*

NCC fastholder krav om dekning av kostnadene til nye, motorstyrte brannspjeld med 569 000 kroner. Beløpet var ikke omtvistet for tingretten, og er det heller ikke nå.

Lagmannsretten har funnet det bevist at det kom til enighet mellom partene 29. august 2006 om å skifte brannspjeldene. Det vises til rettens bemerkninger ovenfor.

Kommunens rådgiver insisterte på at spjeldene måtte byttes, men det ble ikke gitt pålegg fra byggherren om endringsarbeid etter bestemmelsene i NS 3431 pkt 33.1. Etter å ha blitt orientert om kommunens forståelse av kontrakten og funksjonskravet, besluttet NCC i møtet å bytte spjeldene. Forholdet omkring brannspjeldene fremsto kan hende som kontraktsmessig og brannfaglig uklar, men entreprenøren valgte uansett å imøtekomme byggherren ut fra den uklare situasjonen som forelå. Dette skjedde uten at det der og da ble tatt noe som helst forbehold fra NCC sin side.

For tingretten fremmet NCC sitt krav om betaling av de nye brannspjeldene med hjemmel i NS 3431 pkt. 33.3.1 og viste til at endringskrav ble fremsatt fra entreprenørens side 6. oktober 2006, men vant ikke frem på det grunnlag. Tingretten fant at endringskravet ikke var fremsatt "uten ugrunnet opphold", og at retten til å påberope seg arbeidet som grunnlag for ekstra betaling derfor var tapt. Dette grunnlaget er ikke fastholdt for lagmannsretten.

For lagmannsretten har NCC i stedet påberopt som nytt rettslig grunnlag at kravet må dekkes av byggherren som merutgifter etter NS 3431 pkt. 26.1. Det kan NCC heller ikke høres med.

Etter bestemmelsen kan entreprenøren kreve merutgifter dekket av byggherren dersom disse blir påført enten ved forsinkelse fra byggherrens side eller de påføres ham av andre årsaker som "må henføres til byggherrens forhold". Det er det siste alternativet som er påberopt i vår sak. Det er et vilkår for ansvar at merutgiftene er forårsaket av bestemte forhold som byggherren må svare for eller har risikoen for. Det er ikke situasjonen her. De omtvistede merutgiftene er pådratt etter enighet og i henhold til avtale. NCC må selv bære risikoen for sitt standpunkt.

Dersom totalentreprenøren vil kreve dekning for merutgifter, kommer dessuten varslingsbestemmelsene i NS 3431 pkt. 22.5 til anvendelse, jf pkt. 26.2. Entreprenøren skal varsle byggherren skriftlig "uten ugrunnet opphold" etter at entreprenøren "er blitt klar over at det er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører ... merutgifter". Utgangspunktet for fristberegningen er ikke tvilsomt. Prosjektleder Andersen i NCC som var til stede i møtet 29. august 2006 forsto åpenbart allerede da at innkjøp og montering av de nye, motorstyrte brannspjeldene ville medføre betydelige merutgifter.

Entreprenøren ga skriftlig varsel til byggherren om dekning av merkostnader først over en måned senere, den 6. oktober 2006. Da var det for sent. I brevet fra NCC opplyses det at entreprenøren først på dette tidspunkt var blitt oppmerksom på bruken av brannfaglige betegnelser i kravspesifikasjonen som ble anført å være av relevans. Det kan verken føre til utskutt friststart eller forlengelse av fristen. Det faktiske innholdet i kravspesifikasjonen har hele tiden vært tilgjengelig for entreprenøren og dennes brannfaglige rådgiver.

Varselet er ikke gitt "uten ugrunnet opphold", og entreprenørens krav om dekning av merutgifter for skifte av brannspjeld er uansett tapt på grunn av fristoversittelse.

Lagmannsretten trenger etter dette ikke å ta stilling til spørsmålet om kravet er bortfalt ved sluttoppgjøret.

#### *Prisavslag bad*

NCC har frafalt anken over prisavslagskravet under ankeforhandlingen. Tingrettens avgjørelse om et prisavslag på 125 000 kroner med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2007 blir stående.

#### *Oppsummering*

I hovedsøksmålet dømmes NCC til å betale dagmulkt med 1 423 240 kroner og prisavslag med 125 000 kroner, i alt 1 548 240 kroner med tillegg av forsinkelsesrente fra 1. mars 2007.

I motsøksmålet blir ankene å forkaste. Lagmannsretten har kommet til samme resultat for de omtvistede postene om betaling for brannspjeld og dekning av driftsutgifter, slik at den resterende hovedstol som kommunen er dømt til å betale, blir stående uendret. Tingrettens fastsettelse av rentetillegget for tiden fram til 26. februar 2007 med 350 000 kroner er ikke angrepet av noen av partene.

#### *Sakskostnader*

Kommunen har inngitt anke både i hovedsøksmålet og motsøksmålet. Den avledete anken fra NCC gjelder også begge søksmål.

Lagmannsretten finner ikke at noen av partene kan anses for å ha vunnet ankesaken og fått medhold "fullt ut" eller "i det vesentlige", jf tvisteloven § 20-2 første og annet ledd. Det er det samlede utfall av anken og den avledete anken som er avgjørende.

Kommunens anke over tingrettens dom i hovedsøksmålet med krav om økt dagmulkt har vært forgjeves. Kravet om endret renteberegning har heller ikke ført frem. Lagmannsretten

er kommet til samme resultat som tingretten i dagmulktspørsmålet. Anken fra NCC har ført delvis frem, idet entreprenøren er frifunnet for krav om betaling av rettekostnad bad. På den annen side har NCC ikke vunnet frem med sitt krav om at dagmulkten skulle falle bort, og har også frafalt anken over prisavslaget for badene.

Begge anker over tingrettens avgjørelse i motsøksmålet har vært forgjeves. Ingen av partene har vunnet frem med sine anker over avgjørelsen om dekning av driftsutgiftene. NCC har også tapt anken om betalingen av brannspjeldene.

Lagmannsretten finner at tvisteloven § 20-3 kommer til anvendelse. Når ingen av partene har vunnet saken, er hovedregelen at hver av partene bærer sine sakskostnader. NCC har fått medhold "av betydning", men uten å vinne saken. Da "kan" sakskostnader tilkjennes helt eller delvis hvis "tungtveiende grunner" tilsier det. Lagmannsretten er etter en totalvurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å fravike lovens hovedregel. Dagmulktspørsmålet har vært hovedtvistepunktet i saken med klart størst økonomisk betydning. Resultatet her tilsier at hver av partene bærer sine egne kostnader for lagmannsretten. At NCC vant frem i et mindre krav om rettekostnad bad endrer ikke lagmannsrettens vurdering, særlig ikke når det samtidig ses hen til at NCC frafalt anken over prisavslaget for badene.

Det er rettens konklusjon at ingen av partene har vunnet ankesaken, og at det ikke er grunnlag for å fravike lovens hovedregel om at hver av partene bærer sine egne kostnader for lagmannsretten, jf tvisteloven § 20-3.

Lagmannsretten har vært satt med fagkyndige meddommere. Meddommerne er oppnevnt av retten etter krav fra kommunen. Det fremgår av rettsboken fra planleggingsmøtet under saksforberedelsen at NCC ikke ønsket meddommere oppnevnt. Det følger av tvisteloven § 20-1 at spørsmålet om hvem som er ansvarlig for rettslige sideutgifter overfor det offentlige, reguleres av rettsgebyrloven. Etter rettsgebyrloven § 2 andre ledd må den som har begjært en forretning eller et rettergangsskritt, dekke de utgifter som er forbundet med dette. Kommunen er således ansvarlig overfor det offentlige for meddommerutgiftene.

Lagmannsretten har kommet til et resultat i ankeomgangen som gir et dårligere utfall for kommunen i hovedsøksmålet og et uendret resultat i motsøksmålet. Kommunens anke har ikke ført frem på noe punkt. Det er ikke grunnlag for at NCC, som ledd i lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse partene i mellom, bør tilpliktes å erstatte kommunen noen del av de rettslige sideutgiftene, påløpt som følge av kommunens krav; en kostnad som NCC dessuten motsatte seg under saksforberedelsen. Kommunen betaler lagmannsrettens omkostninger til de fagkyndige meddommerne i ankesaken, slik disse blir fastsatt av lagmannsretten.

Sakskostnadene skal avgjøres for hver instans. Lagmannsretten skal legge sitt materielle resultat til grunn ved avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten, jf tvisteloven § 20-9 første og annet ledd.

Omkostningsspørsmålet for tingretten reguleres av tvistemålsloven § 174. Etter lovens hovedregel bærer hver av partene sine omkostninger. Lagmannsretten finner, som tingretten, at unntaksregelen i bestemmelsens annet ledd kommer til anvendelse. Tungtveiende grunner tilsier at kommunen bør pålegges å erstatte NCC sine saksomkostninger for tingretten i begge søksmål. Lagmannsretten finner ikke grunn til å begrense ansvaret til delvise saksomkostninger. Det vises til tingrettens begrunnelse. Denne er dekkende også for lagmannsrettens syn. Resultatet i ankeinstansen innebærer at kommunen har kommet enda dårligere ut enn etter underinstansen dom, når det samlede domsresultatet sammenlignes med de forlikstilbudene som NCC fremsatte under advokatmeklingen før kommunen innga stevning og under hovedforhandlingens første dag. Lagmannsretten er enig i at kommunen også må dekke utgiftene til de fagkyndige meddommerne for tingretten, slik at disse i sin helhet bæres av kommunen i begge søksmål. Tingrettens omkostningsavgjørelse blir stående.

Lagmannsrettens dom er ikke avsagt innen lovens frist, jf tvisteloven § 19-4 femte ledd. Rådslagning og stemmegivning ble foretatt i domskonferanse umiddelbart etter ankeforhandlingens avslutning 27. august 2009. Domsavsigelsen er blitt forsinket på grunn av andre gjøremål for dommerne.

Dommen er enstemmig.

## **DOMSSLUTNING**

### **I hovedsøksmålet:**

1. NCC Construction AS dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale til Ringsaker kommune 1 548 240 – enmillionfemhundreogførtiåttetusentohundreogførti – kroner med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 1. mars 2007 til betaling skjer.
2. Anken over tingrettens saksomkostningsavgjørelse forkastes.

### **I motsøksmålet:**

Ankene forkastes.

### **I begge søksmål:**

Partene bærer sine egne kostnader for lagmannsretten.

Vegard Sunde

Bjørn Eirik Hansen

Ola Trygve Holt

Gunnar Garnes

Arild Olav Rostad