



FROSTATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 25.04.2019

Saksnr.: 18-149671ASD-FROS

Dommere:

Kst. lagdommer
Lagmann
Ekstraordinær
lagdommer

Roger Edvard Rosvoll
Hilde Vibeke Enger
Willy Nesset

Ankende part	Smøla kommune	Advokat Ronny Lund Advokat Therese Mørch Rettslig medhjelper, advokatfullmektig Henriette Broch
Ankemotpart	Backe Nordvest AS	Advokat Erlend Wallevik Holstrøm

DOM

Saken gjelder Smøla kommunes krav på erstatning fra Backe Nordvest AS som følge av mangler ved totalentreprise. Hovedspørsmålene i saken er om det foreligger mangler ved kontraktarbeidet, om det er reklamert innen avtalt frist, eventuelt om det skal gjøres unntak fra den absolutte reklamasjonsfristen, og dernest hvilke kostnader som kan kreves erstattet.

Framstilling av saken

Smøla kommune inngikk 21. januar 2008 avtale med Lønnheim Entreprenør AS om oppføring og bygging av Smølahallen. Dette som en totalentreprise hvor Norsk Standard 3431 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (NS 3431) ble gjort gjeldende som del av avtalen mellom partene. Kontraktssummen var på 26 473 210 kroner.

Lønnheim Entreprenør AS endret i 2016 navn til Backe Nordvest AS og omtales i det følgende som Backe Nordvest.

Tingretten har i sin dom på side 2 til 5 redegjort for sakens bakgrunn. Partene er for lagmannsretten enige om at redegjørelsen gir en korrekt beskrivelse av sakens faktiske fremstilling og fra denne hitsettes følgende:

«Den 04.02.2009 ble det gjennomført ferdigbefaring der representanter for partene og flere av underentreprenørene deltok. Det fremgår av protokollen at det ble påvist flere forhold som måtte utbedres, blant annet pkt. F.1.10 Dusj 112 der det fremgår: «Utbedring av sprukket fugemasse på flis opp mot tak. Skifte 2 stk. skade flis i smyg på dusjåpning.» Skaden ble utbedret innen fristen. Overtakelsesforretning ble holdt den 16.02.2009. Av protokollen fra overtakelsesforretningen fremgår at garantitiden er 3 år og at fristen løper fra den 16.02.2009.

Den 19.06.2009 varslet daglig leder i Smølahallen om vannlekkasje i byggets vestibyle. Backe Nordvest ved Geir Thomassen bekreftet i epost den 23.06.2009 at forholdet ville bli fulgt opp. I brev av 26.10.2009 krevde kommunen utbedring av flere forhold, blant annet lekkasje yttertak mot vest. Kommunen stilte også spørsmål om årsaken til vannlekkasjen: «Er det mangler ved innfestingen/forankringen av papptekkingen eller limingen i skjøt. Taktekker må dokumentere virkelig utførelse.»

På ettårsbefaringen den 18.05.2010 ble det protokollert flere forhold som måtte utbedres, blant annet vannlekkasje i yttertak mot vest. Icopal Tak utførte reparasjon av taket den 19.07.2011. Den 10.05.2012 ble det gjennomført treårsbefaring. I referatet fremgår at lekkasje yttertak mot vest er utbedret. Innfestingsplan for taket ble etterlyst, og det ble påpekt flere forhold som måtte utbedres.

I epost til Backe Nordvest den 21.12.2013 fremgår at det er avdekket sprekk- og rissdannelser i leca-vegger og flisoverflatene i dusj- og garderobeanlegget, samt at veggfliser hadde løsnet og sprukket rundt døråpningen. Backe Nordvest anså forholdet som en forsikringssak, og viste i epost av 02.01.2014 til at «vår garanti er opphørt», og oppfordret kommunen om å melde skaden til sitt forsikringsselskap. Det fremgår videre av eposten: «Vi vil selvsagt være behjelpelig med å finne

årsakssammenheng og er villig til å stille på befaring med våre prosjekterende på nyåret, ...» Slik befaring ble gjennomført den 06.01.2014, uten at det ble konkludert i forhold til årsak.

Kommunen meldte skaden til sitt forsikringsselskap, som engasjerte takstmann Arnfinn Thordarson ved Kristiansund Takst og Eiendom AS.

Iversen tilskrev Backe Nordvest den 22.01.2014 med krav om utbedring av de feil som ble avdekket ved treårsbefaringen. I forbindelse med lekkasjeproblematikken etterlyste kommunen dokumentasjon for innfestingsplan for utførelsen og reparasjonsarbeidet. I brev av 11.04.2014 holdt kommunen Backe Nordvest ansvarlig for sprekkdannelsene i muren. I epost samme dag avviste Backe Nordvest kommunens krav under henvisning til at garantitiden var utløpt. Smøla kommune varslet rettslige skritt den 30.05.2014.

Smøla kommune engasjerte Rambøll Norge AS for vurdering av sprekkdannelsene. I rapport av 12.06.2014 fremgår at skaden skyldes en horisontal forskyving i bygget og at den har oppstått i en periode med ekstremvær («Hilde» og «Ivar»). I ny rapport av 01.10.2014 la Rambøll til grunn at vindpåkjenningene under ekstremværene «Hilde» og «Ivar» høsten 2013 var innenfor standardens krav. Rambøll konkluderte slik: «Hadde det vært avstand mellom primær- og sekundærkonstruksjoner ville en ha unngått skadene som er oppstått.» Den 08.10.2014 anmodet kommunen Backe Nordvest bekrefte at de påtok seg ansvar for skaden, noe Backe Nordvest ikke gjorde.

I slutten av mars 2015 ble det oppdaget at det på dager med sterk vind oppstod ulyder og støy i hallen. Iversen Petch AS ved Iversen var på befaring og avga rapport til kommunen den 24.04.2015 der det fremgår: «Besiktigelsen avdekket at taktekningen (Icopal asfalt takbelegg) løfter seg på et avgrenset område. Årsaken synes å være at innfestingen av taktekningen til undertaket er revet løs. Undertaket består av stålplater. Taktekningen/ yttertaket er innfestet til undertaket med hylser/skruer (Guardian R45), disse er revet løs/trykket ut fra undertaket. Løsrevet område som vi besiktiget antas å utgjøre ca. 10 m2.»

Kommunen fremmet krav om utbedring av taket den 11.05.2015. Den 22.05.2015 foretok Icopal Tak utbedring ved at takbelegget i det området som hadde løsnet ble etterfestet. Kommunens forsikringsselskap engasjerte takstingeniør Stig Ole Wenaas. I skaderapport av 27.05.2015 konkluderte Wenaas med at innfesting av papptekket avvek negativt fra prosjektert antall. Kommunen fastholdt kravet om utbedring, samt dokumentasjon for prosjektering og utførelse av taket. Backe Nordvest mente på sin side at taket var utbedret, og at dokumentasjon for innfesting allerede var sendt kommunen. Wenaas takst foretok ytterligere undersøkelser av innfestingen, og avla ny rapport om taktekking den 22.09.2015. I epost den 06.10.2015 gjorde kommunen oppmerksom på at innfestingen av papptekkingen også var løsnet på motsatt side av taket, frist for utbedring ble satt til 26.10.2015. Den 26.11.2015 varslet kommunen at de ville engasjere andre til å forestå utbedringen.

Kommunen engasjerte Smøla Trelastlager til å utføre de innvendige arbeidene i hallen. Utbedringsarbeidene ble påbegynt i november 2015 og avsluttet i februar 2016. IKON Arkitekt og Ingeniør AS og Smøla Trelastlager utarbeidet rapport om utbedringsarbeidene den 27.01.2016. Utbedringskostnadene beløp seg til kr 375 212,- eks mva. Kommunens utgifter til Rambøll og IKON Arkitekt Ingeniør AS beløp seg til kr 244 345,-.

IKON Arkitekt Ingeniør har i rapport av 18.03.2016 foretatt en vurdering av innfesting av taktekke på Smølahallen. Under oppsummering og konklusjon fremgår: «At skader på tak skyldes ekstremvær er lite trolig da man ikke kan se at det er registrert vindhastighet som overskrider maks. verdier i prosjekteringsstandarden etter oppføringstidspunktet.» Backe Nordvest foretok egne undersøkelser og

konkluderte med at innfestingen av taktekket var i henhold til prosjekteringen, og at prosjekteringen var riktig.

Smøla kommune innga forliksklage den 09.12.2014 med krav om erstatning på grunn av de innvendige manglene i hallen. Forliksrådet innstilte saken den 10.02.2015. Smøla kommune innga stevning til Nordmøre tingrett den 05.02.2016 og fremmet krav om erstatning mot Backe Nordvest på grunn av de innvendige manglene og mangler ved innfesting av taket i Smølahallen. Backe Nordvest innga tilsvaer den 11.01.2016, og påstod seg frifunnet.»

30. juni 2016 gjennomførte partene rettsmekling ved Nordmøre tingrett uten at de kom frem til en løsning på saken. Partene ble imidlertid enige om å innhente en fagkyndig vurdering av taktekkingen på Smølahallen fra SINTEF Byggforsk (SINTEF). SINTEF avga første skriftlige rapport 26. oktober 2016. I tillegg har SINTEF avgitt ytterligere to rapporter datert henholdsvis 1. desember 2017 og 12. januar 2018.

Etter begjæring fra Backe Nordvest ble det forhandlet særskilt om erstatningskravene var foreldet. I dom av 25. august 2017 kom Frostating lagmannsrett til at kravene ikke var foreldet. Dommen er rettskraftig.

Saken ble deretter returnert til behandling ved Nordmøre tingrett som 28. juni 2018 avsa dom med slik domsslutning:

1. Backe Nordvest AS frifinnes.
2. Smøla kommune dømmes til å betale sakskostnader til Backe Nordvest AS med kr 435 993,77 eks mva. I tillegg kommer en halvpart av det beløp som godtgjøringen til de fagkyndige meddommerne Arnt Rusten og Kjell Olav Holen måtte bli endelig fastsatt til.

Smøla kommune anket 10. september 2018 tingrettens dom i sin helhet til lagmannsretten. Anken gjelder tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

Backe Nordvest tok til motmæle ved anketilsvar av 5. oktober s.å. I anketilsvaret sa Backe Nordvest seg enig i tingrettens resultat og dens vurdering av reklamasjonsspørsmålene. Backe Nordvest gjorde imidlertid gjeldende at tingrettens bevisbedømmelse var uriktig hva gjelder tingrettens vurdering av mangelspørsmålet.

Ankeforhandling i saken ble avholdt i Trondheim tinghus 25. – 27. mars 2019. Partene møtte ved sine partsrepresentanter. Det ble avhørt ti vitner, hvorav flere sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Smøla kommune har i hovedtrekk anført:

Smøla kommune har krav på erstatning som følge av både innvendige og utvendige mangler ved Smølahallen.

Kontraktarbeidene er ikke i overensstemmelse med kontraktens krav, og det foreligger derfor en mangel, jf. NS 3431 pkt. 37.1 og pkt. 12.3. Verken prosjekteringen eller utførelsen av det innvendige eller det utvendige arbeidet med hallen er i den stand Smøla kommune hadde krav på etter kontrakten.

Innvendig mangel

Den mangelfulle prosjekteringen og utførelse førte til at hallen ble oppført med manglende avstand mellom byggets primære og sekundære konstruksjoner. I tillegg ble konstruksjonene knyttet sammen med murmørtel og stålfester. En slik løsning var ikke i tråd med kontraktens bestemmelser.

Det er sannsynliggjort årsakssammenheng mellom mangelfull prosjektering/utførelse og skadene som ble avdekket i garderobeområdet i 2009 og i 2013. Skadene består av sprekkdannelser, riss og løse fliser.

Smøla kommunes rett til å påberope mangelen har ikke gått tapt.

Skadene ble påberopt i 2009 og 2013. Skadene i 2013 hadde et større omfang enn skadene i 2009, men var av samme art og i samme område. Årsaken til skadene var på begge tidspunktene den manglende avstanden mellom konstruksjonene. Skadene hadde sin årsak i samme mangel.

Det er tilstrekkelig at symptomer på mangelen gjøres gjeldende når årsaken til symptomene er ukjent, jf. blant annet Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, side 360. Det er ikke avgjørende at mangelen ble påberopt allerede på ferdigbefaringen og før overtakelsen av bygget. Påberopelsen av mangelen i 2009 oppfyller gjeldende krav til reklamasjon.

Smøla kommune reklamerte uten ugrunnet opphold over mangelen ved det innvendige arbeidet i 2009 og er følgelig innenfor kontraktens reklamasjonsfrister i NS 3431 pkt. 37.7 og pkt. 37.8.

Dersom retten kommer til at Smøla kommune ikke påberopte seg mangelen i 2009, anføres subsidiært at partene har avtalt seg bort fra den absolutte reklamasjonsfristen.

I forbindelse med ferdigbefaringen av kontraktarbeidene ble partene enige om å følge med på utviklingen av feilene som ble avdekket i garderobeområdet. I dette ligger at Backe Nordvest var innforstått med at skadene skyldtes en mangel og en erkjennelse fra Backe Nordvests side om at det fantes en risiko for at skadene kunne utvikle seg. Backe Nordvest tok likevel ikke forbehold om å kunne påberope seg den absolutte reklamasjonsfristen.

Hensynene bak regelen om en absolutt reklamasjonsfrist er ivaretatt selv om det ikke løper en slik frist i denne saken. Backe Nordvest har derfor ingen beskyttelsesverdig interesse i å kunne fremme en reklamasjonsinnsigelse. At partenes enighet ikke ble nedfelt skriftlig har sammenheng med at partene den gangen opplevde gjensidig tillit og har ingen avgjørende betydning.

I og med at partene var enige om å følge med på utviklingen av det som viste seg å være en mangel, fremstår det som uriktig og urimelig dersom Smøla kommune likevel har tapt sin rett til å gjøre mangelen gjeldende.

For det tilfellet at retten kommer til at den absolutte reklamasjonsfristen ikke var tilsidesatt ved partenes enighet, anføres atter subsidiært at mangelen kan gjøres gjeldende fordi denne har sin årsak i grovt uaktsomt forhold hos Backe Nordvest, jf. NS 3431 pkt. 37.10.

Det er høy terskel for at en opptreden skal karakteriseres som grovt uaktsom. Av rettspraksis fremkommer at uttrykket ikke er forbeholdt forsettslignende tilfeller og at lavt faglig nivå kan være tilstrekkelig.

Tingretten har feilaktig lagt til grunn at mangelen ble forsøkt utbedret. Bevisførselen har vist at det var mulig å utbedre feilen ved utkrasing mellom søylene og lecaveggen og ved å fjerne stålbinderne. Dette kunne Backe Nordvest gjort hvis de ville avhjelpe den manglende avstanden. Backe Nordvest var kjent med vindforholdene hallen ville bli utsatt for og risikoen for at horisontal forskyvning ville finne sted, men valgte likevel en løsning som måtte føre til alvorlige skader i bygget. Backe Nordvest verken rettet eller informerte Smøla kommune om prosjekteringsfeilen da denne ble oppdaget.

Det stilles strenge krav til profesjonsutøvere, og mangelen kunne lett vært unngått. Mangelen førte også til en fare for personskader i garderobene.

Samlet sett, hvor det særlig legges vekt på det lave faglige nivået av den valgte løsning, det strenge profesjonsansvaret og skaderisikoen i saken, er det klart at Backe Nordvest har handlet sterkt klanderverdig og at terskelen for grov uaktsomhet er nådd.

Backe Nordvest utbedret ikke mangelen og skadene i garderobeområdet, og utbedringsarbeidet måtte settes bort til Smøla Trelastlager AS. Utbedringskostnadene på 375 212 kroner og kostnader til konstatering av mangelen og andre utgifter som følge av mangelutbedringen med samlet 262 385 kroner, kreves erstattet av Backe Nordvest etter reglene inntatt i NS 3431 pkt. 37.4.

Det samlede erstatningskrav som følge av mangel innvendig i bygget, er på 637 597 kroner eksklusive merverdiavgift.

Utvendig mangel

Den prosjekterte løsningen knyttet til taktekingen var i strid med kontraktens krav. Backe Nordvest var forpliktet til å prosjektere i henhold til Norsk Standard. Prosjekteringen avviker fra standarden ved at det er prosjektert med for få innfestingspunkter og med manglende bredde på innfestningssonene. Den prosjekterte løsningen var derfor i strid med kontraktens krav.

Det er videre sannsynliggjort via sakkyndig uttalelser at det foreligger avvik mellom den prosjekterte løsningen og faktisk utførelse.

Den kontraktstridige prosjektering og utførelse har resultert i flere lekkasjer og i at taket har løsnet. Det har oppstått ulike skader på ulike steder noe som viser at det foreligger en grunnleggende mangel ved taket.

Retten til å påberope mangelen har ikke gått tapt.

Vannlekkasjene som ble påberopt i 2009 og det løse taktekket som ble påberopt i 2015, har sin årsak i samme mangel. Backe Nordvests grunnleggende forpliktelse var å levere en hall med tett tak, og tilstrekkelig innfestning er en forutsetning for dette. Taket har hele tiden hatt en mangel i form av for få innfestingspunkter og for smale innfestningssoner. Ved å feste skjøtene, fjernet Backe Nordvest kun et symptom.

Påberopelsen av vannlekkasjen i 2009 oppfyller gjeldende krav til reklamasjon, jf. at det er tilstrekkelig at symptomer på mangelen gjøres gjeldende når årsaken til symptomene er ukjent. Kommunen hadde ingen foranledning til å vite noe om årsaken til vannlekkasjen i 2009, særlig da FDV-dokumentasjon med innfestningsberegninger ikke ble overlevert kommunen før 2014. Uansett hadde ikke kommunen plikt til å undersøke årsaken til vannlekkasjen.

Likevel gikk kommunen utenfor sin plikt og påpekte mangelfull innfestning som mulig årsak. Kommunen har således gjort mer enn det som kreves ved en reklamasjon. Backe Nordvest utbedret ikke den faktiske mangelen og må selv bære risikoen for det.

Kommunen reklamerte over vannlekkasjen uten ugrunnet opphold i 2009 og er følgelig innenfor kontraktens reklamasjonsfrister i NS 3431 pkt. 37.7 og pkt. 37.8.

Mangelen ble forsøkt utbedret i 2011. Utbedringsforsøket var ikke tilstrekkelig, og mangelen viste seg på nytt i 2015. Det gjelder imidlertid et ulovfestet kontraktsrettslig prinsipp om at det ikke løper ny absolutt reklamasjonsfrist for mangel som er forsøkt utbedret, jf. Rt. 2013 side 865. Skadene i 2015 ble påberopt uten ugrunnet opphold, og kommunen har følgelig ikke tapt sin rett til å gjøre mangelen gjeldende.

Subsidiært anføres at Backe Nordvest har tapt retten til å påberope den absolutte reklamasjonsfristen som følge av sin opptreden.

Backe Nordvest utførte utbedringsarbeid på taket i 2015 uten å påberope seg fristen eller å kreve vederlag. Reklamasjonsinnsigelsen ble fremsatt etter utbedringen. På det tidspunktet var utbedringen gjennomført uten at det ble tatt forbehold om at fristen ville bli påberopt. Backe Nordvests utbedring kan vanskelig tolkes på annen måte enn at de anså seg forpliktet til å utbedre mangelen vederlagsfritt. Backe Nordvest ga også i e-post av 8. juni 2015 eksplisitt uttrykk for en vilje til å utbedre dersom det fortsatt forelå en mangel etter utbedringsforsøket, noe som ble bekreftet av Thomassen under ankeforhandlingen. Backe Nordvest ga kommunen på denne måten et klart inntrykk av at mangelen ville bli utbedret uten ekstrakostnader for kommunen.

Atter subsidiært anføres at mangelen kan gjøres gjeldende fordi denne har sin årsak i grovt uaktsomt forhold hos Backe Nordvest, jf. NS 3431 pkt. 37.10.

Ved aktsomhetshetsvurderingen må det legges vekt på at både prosjekteringen og utførelsen er i strid med kontrakten. Backe Nordvest manglet planer og beregninger for hvordan arbeidene skulle utføres. Sjekkliste er ikke fremlagt, og det har formodningen mot seg at slike foreligger/ble benyttet. I vurderingen må det vektlegges at Backe Nordvests undersøkelser og utbedring i mai 2015 ikke var tilstrekkelig, og at utbedringsforsøket ikke var forsvarlig, jf. eksempelvis LG-2017-44488. Kommunen gikk utover sin plikt med hensyn til å følge opp Backe Nordvest og er ikke nærmest til å bære risikoen for skadene som har oppstått.

Backe Nordvest har ikke utbedret mangelen ved taktekkingen, og utbedringsarbeidet må settes bort til Protan Entreprenør. Utbedringskostnadene på 1 450 000 kroner og kostnader til konstatering av mangelen og andre utgifter som følge av mangelutbedringen på til sammen 344 010 kroner, kreves erstattet av Backe Nordvest etter reglene inntatt i NS 3431 pkt. 37.4.

Det samlede erstatningskrav som følge av mangler innvendig i bygget, er på 1 794 010 kroner eksklusive merverdiavgift.

Smøla kommunes påstand:

1. Backe Nordvest AS dømmes til å betale Smøla kommune erstatning utmålt etter rettens skjønn.
2. Smøla kommune tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Backe Nordvest AS har i hovedtrekk anført:

Smølahallen ble oppført i henhold til de krav som kan utledes av kontrakten og de alminnelige krav til faglig god utførelse på det tidspunktet hallen ble oppført.

Innvendig mangel

Bevisførselen har vist at det er forskjellige årsaker til at det er løse/sprukne fliser i garderoben og til at det er sprekker i lecavegg.

Hovedårsaken til at flisene løsnet var at det ble brukt for lite lim - ikke bevegelse i bygget. Det erkjennes at løse fliser trolig er en mangel ved kontraktarbeidet.

Sprekkene i lecavegg oppstod ved at krefter virket på bygget. Det ble etablert en avstand på mellom 4 og 7 millimeter mellom stålsøylene og lecaveggen. Bygget skulle da tåle de vindlastene det ble bygget for. Mørtelrester og bruk av stålbindere i skillet mellom stålsøylene og lecaveggen har aldri tidligere vært et problem. Mest sannsynlig skyldes sprekken i lecaveggen at bygget har vært utsatt for vindkrefter utover det hallen er prosjektert for, eventuelt at lecaveggen ble skadet som følge av publikums bruk av tribunen. Dette er ikke forhold Backe Nordvest svarer for.

Smøla kommune har uansett reklamert for sent.

Kommunen var på overtakelsestidspunktet kjent med at det var to riss i lecaveggen og at skadet flis i rom 112 var utbedret. Dette ble ikke notert i overtakelsesprotokollen og utgjør ingen mangel. Skade på flis i rom 112 var rettet og skyldtes trolig en byggeskade eller dårlig fuging. At disse forholdene ble påpekt under ferdigbefaringen, kan ikke anses som en reklamasjon.

Partene var enige om å følge med på utviklingen av rissene i lecaveggen. Det anføres at dette ikke var en avtale som innebar at partene avtalte seg bort fra den absolutte reklamasjonsfrist. Det er uklart hva enigheten nærmere gikk ut på, og den innebar eventuelt en vesentlig omfordeling av risiko. En slik formløs frafallelse av reklamasjonsfristen er helt usannsynlig.

Kommunen reklamerte først over den påståtte innvendige mangelen 21. desember 2013. Dette ble gjort skriftlig, og det ble vist til skader av en ny og helt annen karakter enn tidligere. Skadene ble oppdaget etter ekstremværet i november/desember 2013. Reklamasjonen fant sted nær to år etter reklamasjonsfristens utløp. Kommunen hadde på dette tidspunktet overtatt risikoen for mangelen.

Backe Nordvest har ikke opptrådt grovt uaktsomt med hensyn til den innvendige mangelen, og den absolutte reklamasjonsfristen kan ikke tilsidesettes. Anken må derfor forkastes.

Det påståtte mangelen skyldes ikke et vesentlig avvik fra standardkrav eller en neglisjering av grunnleggende krav. Mangelen har heller ikke betydning for konstruksjonssikkerheten og utgjør ingen sikkerhetsrisiko. Mangler ved arbeidstegningen ble korrigert og avhjulpet på stedet grunnet erfaringen fra tidligere prosjekter. Den utførte løsningen kan hevdes å være uheldig, men er ikke et markant avvik fra godt faglig arbeid. Det dreier seg om minimale avvik fra det som i ettertid er vurdert som godt nok av de fagkyndige. Ingen av de fagkyndige har for øvrig benyttet karakteristikker som indikerer at arbeidet er utført på en grovt uaktsom måte.

Subsidiært gjøres gjeldende at erstatningskravet er for høyt. Det er kun nødvendige kostander som kan kreves erstattet. Kommunen har utført mer arbeid enn nødvendig, og arbeidet er utført på en kostnadsdrivende måte. Kommunen har heller ikke overholdt sin tapsbegrensningsplikt.

Utvendig mangel

Det foreligger ikke mangel ved taktekingen.

Taktekkingen er prosjektert i henhold til Takprodusentenes Forskningsgruppe (TPF) sitt beregningsprogram. Programmet er anerkjent, i tråd med allment aksepterte normer og er således i henhold til kontraktens krav. Det foreligger ikke mangelfull prosjektering selv om Norsk Standard beregner annerledes enn TPF.

Utførelsen av taktekingen er ikke mangelfull. Det er ikke sannsynliggjort avvik fra kontraktens krav om antall festepunkter per kvadratmeter eller dens krav til utbredelse av ulike soner. SINTEF har foretatt sammenlikning mot Norsk Standard og konkludert med at det var nok innfestingspunkter per kvadratmeter, dog med unntak av én utsatt takflatesone. Det siste har sin årsak i at programmene beregner ulikt og er ikke noe entreprenøren kan bebreides for.

SINTEF har ikke målt alle sonene på taket og baserer sine konklusjoner på visuelle observasjoner. SINTEF har tatt klare forbehold i sin rapport om usikre observasjoner i randsoner grunnet mangelfull tilkomst. Backe Nordvest har egne observasjoner av innfesting på hver bølge i randsonene. Det gjøres derfor gjeldende at det ikke er sannsynliggjort et avvik mellom bredden på innfestingssonene og det som følger av beregningene etter TPF. Den mest sannsynlige årsaken til feilen ved taket er at det har vært utsatt for ekstremvær, herunder tre orkaner og mange stormer, i tiden før taktekingen løsnet i april 2015.

Kommunen har uansett reklamert for sent.

Reklamasjon over lekkasjen i 2009 var ingen reklamasjon over mangelen med takinnfestingen. Lekkasjen ble utbedret i 2011 og skyldtes dårlig liming av skjøter i tekkingen. Det har ikke vært lekkasjer i ettertid, og feil ved takinnfestingen var ikke årsaken til lekkasjen.

Kommunens ønske om innfestingsdokumentasjon kan ikke anses som en reklamasjon over takinnfestingen. Innfestingsberegningene ble uansett oversendt i juni 2014, uten at kommunen kom med merknader til disse.

Kommunen reklamerte over takinnfestingen første gang 11. mai 2015. Den absolutte reklamasjonsfrist hadde da utløpt.

Verken utbedringen i mai 2015 eller de påfølgende diskusjonene førte til tap av reklamasjonsinnsigelsen.

Backe Nordvest formidlet kommunens reklamasjon av 11. mai 2015 videre til underentreprenør Icopal Tak AS (Icopal). Icopal gjorde deretter tiltak for å avhjelpe problemet. Dette ble gjort som en service overfor kommunen samtidig som det fremkommer av e-post av 8. juni 2015 at Backe Nordvest påpekte at garantien var utløpt. Den 22. juni 2015 konstaterte Backe Nordvest igjen at garantien var utløpt og krevde betaling for videre etterfesting. Kommunen oppfattet at Backe Nordvest ikke erkjente ansvar og satte utbedringen ut til andre. Det er derfor klart at reklamasjonsinnsigelsen ikke er tapt som følge av et dispositivt utsagn eller en gjennomført realitetsdrøftelse.

Backe Nordvest har ikke opptrådt grovt uaktsomt hva gjelder den utvendige mangelen, og den absolutte reklamasjonsfristen kan derfor ikke tilsidesettes. Anken må følgelig forkastes.

Det er ikke ført bevis for at den valgte løsning var uforsvarlig. Prosjekteringen av takinnfestingen ved hjelp av TPF var ikke uforsvarlig og innebærer ikke tilsidesettelse av grunnleggende faglige krav eller bransjepraksis. Utførelsen var ifølge Noreng normal og i samsvar med TPFs beregninger. Et eventuelt avvik i midtsonen er beskjedent. Feilen innebærer ingen sikkerhetssvikt, og det er ikke dokumentert gjennomgående feil ved taket, kun et begrenset utbedringsbehov i form av supplerende fester. SINTEF har ikke benyttet karakteristikk som tilsier grov uaktsomhet.

Subsidiært gjøres gjeldende at erstatningskravet er for høyt. Protan Entreprenørs tilbud om total omtekking overskrider hva som kan anses nødvendig utbedring av taket. Kommunen vil også få en betydelig oppgradering med Protan Entreprenørs løsning. Kommunen har

heller ikke sannsynliggjort at deres tapsbegrensningsplikt er overholdt med hensyn til påvisningskostnadene.

Backe Nordvest AS' påstand:

1. Anken forkastes.
2. Smøla kommune dømmes til å betale Backe Nordvest AS erstatning for sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsrettens vurdering

Smøla kommune har fremsatt krav om erstatning fra Backe Nordvest på grunn av mangler ved Smølahallen. Kommunen krever erstatning for utbedringskostnader mv. etter at det har blitt avdekket skader i garderobeområdet og feil ved innfestingen av taktekkingen.

Partene er enige om at NS 3431 kommer til anvendelse i saken. Av NS 3431 kapittel 37 fremkommer at entreprenøren – på visse vilkår – kan bli erstatningsansvarlig for mangler ved kontraktarbeidet.

I pkt. 37.1 heter det at det foreligger «mangel dersom kontraktarbeidet ikke er i den stand byggherren har krav på etter kontrakten, og dette skyldes prosjektering, utførelse eller andre forhold totalentreprenøren svarer for». NS 3431 kapittel 12 oppstiller nærmere krav til entreprenørens prosjektering, levering og utførelse og fra pkt. 12.3 om prosjektering og utførelse hitsettes følgende:

«Prosjektering og utførelse skal være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer.

Kontraktarbeidet skal være nøyaktig, solid og fagmessig utført.»

Det er Smøla kommune som har bevisbyrden for at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Lagmannsretten tar først stilling til om Smøla kommune har krav på erstatning som følge av mangel ved det innvendige kontraktarbeidet.

Etter lagmannsrettens oppfatning er det klart at både prosjekteringen og utførelsen av deler av det innvendige arbeidet i hallen ikke er i den stand Smøla kommune hadde krav på etter kontrakten.

Ved gjennomføringen av prosjektet var det viktig at Backe Nordvest tok hensyn til at Smølahallen ville bli utsatt for store vindlaster. Likevel ble søylene i akse to prosjektert

uten avstand til bakenforliggende lecavegg. En slik løsning medførte betydelig risiko for skader på konstruksjonen ved horisontal forskyvning av søylene under vindpåkjenninger.

Det er klart at en slik prosjektering ikke var i henhold til allment aksepterte normer, og den utgjør således en mangel ved kontraktarbeidet, jf. NS 3431 pkt. 37.1 jf. 12.3.

Både byggleder Ivar Jan Skaget og teknisk sjef/prosjektleder Geir Thommassen har forklart at prosjekteringsfeilen ble oppdaget i forbindelse med oppføring av lecaveggen og at det ble etablert en viss avstand mellom denne og søylene i akse to. Dette stemmer med forklaringen fra Rune Tuven, som forestod utbedringsarbeidene, og de fremlagte bildebevis.

Skaget har forklart at det ble etablert en avstand på ca. 5 millimeter mellom den første søylen og lecaveggen og at lecaveggen skulle bygges i en snorrett linje parallelt med søylene. Avstanden mellom lecaveggen og søylene ville derfor kunne variere noe. Thomassen har på sin side forklart at det ble etablert en avstand på mellom 7 og 12 millimeter mellom søylene og lecaveggen og at dette i ettertid er kontrollmålt av Backe Nordvest.

Etter bevisførslen, hvor lagmannsretten har lagt særlig vekt på Skagets og Tuvens forklaringer, er det på det rene at stålsøylene i akse to var forankret i lecaveggen med ulike typer «trådbindere» og at det flere steder lå mørtelrester mellom veggen og søylene. Det er videre sannsynliggjort at det ikke ble etablert tilstrekkelig avstand mellom søylene og lecaveggen.

Høsten 2013 oppdaget kommunen at fliser i garderobeområdet bak lecaveggen var skadet/hadde løsnet og at det hadde oppstått riss og sprekker i lecaveggen.

Rambøll har vurdert årsaken til skadene. I rapport 1. oktober 2014 ble den største forskyvningen av søylene i akse to ved vind fra sørvestlig retning beregnet til 5 millimeter. Det ble antatt at den horisontale forskyvningen av søylene ble overført til lecaveggen. Rambøll foretok en vurdering av hvilke vindlaster bygget var utsatt for, deriblant de rapporterte vindhastighetene under ekstremværet «Hilde» og «Ivar», og la til grunn at vindpåkjenningene var innenfor standardens krav. Rambøll konkluderte deretter på følgende måte:

«Statistiske betraktninger og beregninger viser at skadene i Smølahallen skyldes horisontale forskyvninger på grunn av vindlast. Det forventes at skadene vil øke med tiden.

Hadde det vært avstand mellom primær- og sekundærkonstruksjoner ville en ha unngått skadene som er oppstått. Vi anser derfor den prosjekterte løsningen som uheldig. For å unngå nye skader må primære og sekundære konstruksjoner skilles med fuger.»

Etter at Tuven foretok utbedringsarbeider, herunder ved at han fjernet mørtelrester mellom stålsøylene og lecaveggen samt kappet «trådbinderne», har det ikke oppstått liknende skader på nytt.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at skadene i garderobeområdet skjedde som følge av horisontal forskyvning av stålsøylene i akse to mot lecaveggen i samme akse, og at skadene ikke ville oppstått dersom søylene og lecaveggen ikke var knyttet sammen slik som beskrevet ovenfor eller dersom det var etablert tilstrekkelig avstand mellom konstruksjonene.

Den valgte løsning var ikke i samsvar med god byggeskikk og representerer en mangel ved kontraktarbeidet, jf. NS 3431 pkt. 37.1 jf. 12.3.

Lagmannsretten går så over til å drøfte om Smøla kommune har reklamert over mangelen i tide.

Under ferdigbefaringen 4. februar 2009 ble det blant annet påpekt at det var sprukket fugemasse på flis mot taket i dusjen i rom 112 samt at to fliser hadde sprukket. Dette ble utbedret forut for overtakelsesforretningen. Ved overtakelsesforretningen 16. februar s.å. ble det observert to små riss på lecaveggen under tribunen, og partene ble enige om å følge med på utviklingen av disse.

Hvorvidt påvisningene ved ferdigbefaringen og overtakelsesforretningen oppfyller kravene til reklamasjonens innhold og form, vil i utgangspunktet bero på en tolkning av avtalen mellom partene. Lagmannsretten legger til grunn at avtalen mellom partene skal tolkes objektivt, dvs. at dens ordlyd må tillegges stor vekt, jf. Rt. 2012 side 1729 avsnitt 57 flg. med videre henvisninger.

Protokollasjonskravene i NS 3431 pkt. 35.3.4 og pkt. 37.7 fastlegger reklamasjonsplikten ved overtakelsesforretning. Av førstnevnte bestemmelse første ledd bokstav b) fremkommer at det skal føres protokoll over overtagelsesforretningen, som skal angi «*mangler som måtte påvises*». Sistnevnte bestemmelse om reklamasjon ved overtagelse lyder slik:

«Melder ikke byggherren ved overtagelsesforretningen fra om mangel som han har oppdaget, eller som han burde ha oppdaget ved vanlig aktsom besiktigelse, kan han ikke senere påberope seg den».

Feil/mangler knyttet til lecaveggen eller fliser i garderobeområdet ble ikke nedfelt i overtakelsesprotokollen, og partene er enige om at forholdene heller ikke muntlig ble påberopt eller omtalt som en mangel under overtakelsesforretningen. I Hagstrøm og Bruserud, Entrepriserett, 2014, side 413, er det uttalt følgende om denne problemstillingen:

«I en del – særlig større – bygge- og anleggsprosjekter legges gjerne befaringssopplegget litt annerledes opp enn det kontraktsstandardene foreskriver. Det er ikke uvanlig at partene konkret avtaler at man skal begynne med delbefaringer ganske lang tid før overtakelse skal skje. Her benytter man da gjerne såkalte «punchlister» for avdekkende avvik, som forutsetningsvis skal utbedres før overtakelsen skal skje. Systemet med forutgående befaringer kan virke som en felle for byggherren. Det er – som vi har sett – et krav etter NS 8405 pkt. 32.4 og pkt. 36.6 første ledd at reklamasjon skal skje før overtakelsesforretningen avsluttes, og at mangler som påberopes skal føres inn i overtakelsesprotokollen eller et vedlegg til denne. I utgangspunktet vil derfor ikke en tidligere «påberopelse» av et avvik under en forutgående befaring oppfylle reguleringens krav. I enkelte kontrakter finner man da også en særskilt regulering hvor det fastsettes at slik tidligere påberopelse ikke trenger å bli gjentatt under overtakelsesforretningen»

Uttalelsen er knyttet til NS 8405, men det samme må gjelde for standarden som er benyttet i denne saken.

Når Smøla kommune ikke påberopte seg mangelen under overtakelsesforretningen, må lagmannsretten legge til grunn at kommunen heller ikke har meldt fra om denne mangelen i tråd med reglene i NS 3431 pkt. 37.7. Partene har heller ikke hevdet at det finnes en særlig regulering i avtalen hvor det fastsettes at tidligere påberopelse ikke trenger å bli gjentatt under overtakelsesforretningen. Påvisningen som fant sted under ferdigbefaringen i februar 2009 kan følgelig ikke anses som en reklamasjon over mangelen som viste seg i løpet av høsten 2013.

Lagmannsretten tilføyer at Smøla kommune ikke har ført bevis for at skadene som ble avdekket i henholdsvis 2009 og 2013 har sin årsak i samme mangel. Selv om en slik årsakssammenheng ikke kan utelukkes, har lagmannsretten ikke funnet dette tilstrekkelig sannsynliggjort. Lagmannsretten legger derfor til grunn at Smøla kommunes påvisning av skadene i garderobeområdet i 2009 under enhver omstendighet ikke kan anses som en reklamasjon over mangelen som viste seg høsten 2013.

Etter lagmannsrettens oppfatning er det videre åpenbart at Backe Nordvest ikke har avtalt seg bort fra den absolutte reklamasjonsfrist. En slik avtale ville ført til en betydelig forskyvning av den risikofordeling partene allerede hadde etablert via kontrakten. Tingretten har drøftet problemstillingen og på side 11 i dommen uttales følgende:

«Det er rettens vurdering at det heller ikke kan utledes av avtalen om å følge med på utviklingen at partene har avtalt seg bort fra den absolutte reklamasjonsfristen, slik kommunen har gjort gjeldende. Det foreligger ingen dokumentasjon på at Backe Nordvest hadde påtatt seg et slikt ansvar i korrespondansen mellom partene og det er heller ikke fremkommet opplysninger under bevisførselen som kan tilsi at det forelå en slik avtale. Hensynet bak den absolutte reklamasjonsfristen er blant annet totalentreprenørens behov for forutberegnelighet, og en slik avtale ville kunne få betydelige økonomiske konsekvenser for en entreprenør. Det har etter rettens vurdering formodningen mot seg at Backe Nordvest påtok seg et slikt ansvar uten at dette ble nedfelt skriftlig. Retten viser også til at Backe Nordvest i sitt svar til kommunen den 02.01.2014 umiddelbart henviste til at reklamasjonstiden var utløpt, noe kommunen heller ikke bemerket i sitt påfølgende svar til entreprenøren.

Det kan etter rettens vurdering ikke legges mer i avtalen enn at rissene skulle observeres, noe som også ble gjort uten at det ble registrert endringer. Dersom kommunen var av den oppfatning at observasjonen av riss ved overtakelsen og/eller at den muntlige avtalen var en reklamasjon og/eller at Backe Nordvest hadde påtatt seg ansvar for en mulig mangel måtte kommunen etter rettens vurdering besørge skriftlighet rundt dette.»

Lagmannsretten er enig i det tingretten her uttaler og legger til grunn at kommunen ikke har sannsynliggjort en avtale hvoretter Backe Nordvest fraskrev seg retten til å gjøre den absolutte reklamasjonsfristen gjeldende.

Smølahallen ble overlevert kommunen 16. februar 2009. Av NS 3431 pkt. 37.8 annet ledd fremkommer at reklamasjon ikke kan fremsettes senere enn tre år fra overtagelse, selv om mangelen ikke kunne ha vært oppdaget tidligere. I overtakelsesprotokollen er det notert at garantitiden er tre år og at fristen løper fra overleveringstidspunktet. Den absolutte reklamasjonsfrist utløp 16. februar 2012.

Lagmannsretten har, som det fremkommer ovenfor, kommet til at Smøla kommune ikke har reklamert innen den absolutte reklamasjonsfrist.

Smøla kommune har imidlertid under henvisning til NS 3431 pkt. 37.10 gjort gjeldende at den absolutte reklamasjonsfrist ikke kommer til anvendelse fordi mangelen i garderobeområdet har sin årsak i grovt uaktsomt forhold hos Backe Nordvest. Bestemmelsen lyder slik:

«Uansett reklamasjonsfristene i 37.7, 37.8 og 37.9 kan byggherren gjøre mangel gjeldende som har sin årsak i forsettlig eller grovt uaktsomt forhold hos totalentreprenøren.»

Vilkåret om grov uaktsomhet innebærer et krav om en sterk klanderverdig opptreden. I HR-2017-1977-A avsnitt 15 har Høyesterett presisert dette slik:

«Grov uaktsomhet forutsetter at skadevolderen har opptrådt på en måte som representerer et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om opptreden som er sterkt klanderverdig, og vedkommende må være vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om vanlig uaktsomhet, jf. Rt-1989-1318 og senere dommer som følger opp dette.»

Det gjelder en streng aktsomhetsnorm for profesjonsutøvere både på entrepriserettens område og ellers, jf. Rt-2014-422 avsnitt 31. Spørsmålet om det foreligger et klart og markert avvik fra forsvarlig og aktsom atferd, må avgjøres med utgangspunkt i en slik streng norm.

Hvorvidt en opptreden kan karakteriseres som grovt uaktsom, beror på en samlet vurdering hvor det blant annet må legges vekt på om forsømmelsen gjelder en sentral avtaleforpliktelse, hvilken skade som kunne oppstå og hvilke handlingsalternativer som forelå. Det må videre tas hensyn til særtrekk ved kontraktsforpliktelsen – i denne saken at det

dreier seg om en totalentreprise hvor totalentreprenøren i utgangspunktet må sørge for at egen ytelse passer til formålet både gjennom sin prosjektering, utførelse og kvalitetskontroll.

Lagmannsretten er enig med kommunen i at det er forhold ved Backe Nordvests prosjektering og utførelse i garderobeområdet som trekker i retning av at denne del av kontraktarbeidet ble utført på en sterkt klanderverdig måte.

Særlig fremheves at prosjekteringen og utførelsen bærer preg av en manglende faglig forståelse for hvilken effekt de store vindlastene kunne ha på forholdet mellom byggets primære og sekundære konstruksjoner.

Til tross for at Backe Nordvest var kjent med at hallen ville bli utsatt for kraftig vind, ble det prosjektert uten avstand mellom stålsøylene i akse to og den bakenforliggende lecaveggen slik som beskrevet ovenfor. Den mangelfulle prosjekteringen ble imidlertid avhjulpet ved at det under byggeprosessen ble besluttet at det skulle være avstand mellom søylene og lecaveggen. Om bakgrunnen for denne beslutningen har Skaget forklart at dette var noe de gjorde fordi «det var slik de alltid hadde gjort det». Den valgte løsning hviler altså ikke på en faglig vurdering av risikoene knyttet til dette konkrete prosjektet, men en erfaringsbasert utførelse som ikke i tilstrekkelig grad tok høyde for den påregnelige muligheten for horisontal forskyvning av søylene. Prosjekteringen og utførelsen vitner således om faglig svikt.

Den mangelfulle løsningen har imidlertid begrenset skadeevne. Lagmannsretten viser til at den ikke har betydning for konstruksjonssikkerheten – noe partene er enige om – og at den heller ikke har betydning for sentrale sikkerhetsfunksjoner i bygget, eksempelvis brann-sikkerheten. Videre må vektlegges at skadene i garderobeområdet – løse/sprukne fliser og sprekker i lecaveggen - først oppstod i 2013, og at selv om risikoen for skader innvendig i bygget må antas å ha vært relativt høy, må omfanget av disse kunne karakteriseres som moderate. Risikoen for personskade synes å ha vært beskjeden.

I tillegg kommer at Backe Nordvests mangelfulle løsning med relativt enkle midler kunne avhjelpes, og at det ikke har oppstått nye skader i garderobeområdet etter at Tuven gjennomført utbedringsarbeidet i 2015. Arbeidet bestod i å klippe «trådbinderne» som forankret stålsøylene til lecaveggen samt utkrasing av leca. Ingen av de sakkyndige har benyttet karakteristikk som indikerer at denne løsningen er et markert avvik fra faglige normer og god byggeskikk. Rambøll har kun karakterisert løsningen som «uheldig». Ifølge Thomassen og Skaget er også dette en løsning som de har benyttet ved bygging av flere andre idrettshaller, uten at slike skader har oppstått.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten, under noe tvil, kommet til at Backe Nordvest ikke har handlet grovt uaktsomt og at unntaksbestemmelsen i NS3431 pkt. 37.10 ikke kommer til anvendelse.

Smøla kommune reklamerte over mangelen 21. desember 2013. Den absolutte reklamasjonsfristen hadde da utløpt. Kommunen har derfor tapt sin rett til å gjøre mangelen gjeldende overfor Backe Nordvest.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at Smøla kommune ikke har krav på erstatning som følge av mangler ved det innvendige arbeidet i Smølahallen.

Spørsmålet blir dernest om Smøla kommune har krav på erstatning som følge av utvendige mangler ved kontraktarbeidet.

Etter lagmannsrettens oppfatning er det klart at både prosjekteringen og utførelsen av innfestingen av taktekkingen på Smølahallen ikke er i den stand Smøla kommune hadde krav på etter kontrakten.

Etter avtalen mellom partene skulle både prosjektering og utførelsen være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer, jf. NS 3431 pkt. 12.3. I tråd med ordlyden legger lagmannsretten til grunn at en prosjektering og utførelse som avviker fra Norsk Standard, vil medføre en mangel ved kontraktarbeidet, jf. NS 3431 pkt. 37.1.

Bevisførselen har vist at prosjekteringen ikke er i overensstemmelse med Norsk Standard. Det foreligger mangel i form av at det er prosjektert med for få innfestingspunkter og med for smale innfestingssoner.

Partene ble i forbindelse med rettsmeklingen i tingretten enige om å innhente en sakkyndig vurdering av taktekkingens innfesting fra SINTEF. SINTEF ved Heine Røstum og Knut Noreng avga rapport 26. oktober 2016. Noreng har avgitt forklaring for retten og har i det alt vesentlige forklart seg i samsvar med det som fremkommer av rapporten.

Backe Nordvest ved sin underentreprenør Icopal benyttet TPFs program for beregning av innfestingen. Av SINTEFs rapport fremkommer under punkt 8 at beregningsprogrammet beregnet mindre rand- og hjørnesoner enn det Norsk Standard angir at skal gjøres samt at programmet underdimensjonerte antallet innfestinger «i den utsatte takflaten bak randsonene ved byggets kortsider».

Med bakgrunn i SINTEFs rapport og Norengs rettslige forklaring legger lagmannsretten til grunn at prosjekteringen ikke var i henhold til Norsk Standard og at prosjekteringen således utgjør en mangel ved kontraktarbeidet, jf. NS 3431 pkt. 37.1 jf. 12.3.

I tillegg har Smøla kommune sannsynliggjort at det på enkelte steder ble benyttet færre festemidler enn beregnet i prosjekteringen som lå til grunn for arbeidet. Fra SINTEFs rapport pkt. 7.2.1 om oversendte beregninger mot registrert antall festemidler hitsettes følgende:

«Dersom en sammenligner registrerte antall festemidler i Tabell 1 med de beregningene som er oversendt oss for nødvendig antall festemidler, i Tabell 2, ser en at det i flere av sonene ikke er tilstrekkelig antall festemidler. Det registrerte antallet festemidler i randsonene ved byggets kortsider og ved mønesonen er mer enn tilstrekkelig, men mønesonen er for smal i forhold til hva beregningene tilsier. Ved langsgående randsoner ble det ikke registrert tilstrekkelig antall innfestinger, og det ble heller ikke observert noen markante hjørnesoner.

(...)

De oversendte beregningene viser likevel at dersom disse beregningene ble benyttet som grunnlag for montering av taktekningens innfesting burde det vært noe flere innfestingspunkter enn det som er registrert, spesielt ved takets midtfelt og ved mønet.»

Av rapporten fremkommer videre at det var montert «alt for få innfestinger av taktekningen ved takets vestre ende» dersom SINTEFs egne beregninger var blitt lagt til grunn.

Lagmannsretten slutter seg til vurderingen fra SINTEF og legger denne til grunn i det følgende. Lagmannsretten har merket seg at Heine og Noreng under befaringen ikke kunne observere hele taket like grundig. Dette gir ikke grunn til å tvile på konklusjonene som fremkommer av rapporten.

Det er mer sannsynlig at feilene ved taket skyldes den mangelfulle innfestingen enn at feilene er en følge av ekstremvær utover det hallen var bygget for å tåle.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at taktekkingens innfesting ikke var i henhold til Norsk Standard eller TPFs beregningsprogram og at utførelsen således utgjør en mangel ved kontraktarbeidet, jf. NS 3431 pkt. 37.1 jf. 12.3.

Lagmannsretten går så over til å drøfte om Smøla kommune har reklamert over mangelen i tide.

Kommunen har ikke tilbudt bevis som underbygger anførselen om at det er faktisk årsakssammenheng mellom den mangelfulle taktekkingen og vannlekkasjen som ble påvist i 2009. Ingen av de sakkyndige har hevdet dette under ankeforhandlingen, og det er heller ikke fremlagt dokumentasjon som sannsynliggjør en slik sammenheng.

Det er imidlertid klart at lekkasjen i yttertaket mot vest ble utbedret av Icopal i løpet av 2011 ved at skjøtene på takbelegget ble forsterket. Det er ikke påvist ytterligere lekkasjer

fra taket etter denne utbedringen, verken før den mangelfulle taktekkingen viste seg høsten 2015 eller forut for ankeforhandlingen i mars 2019.

Lagmannsretten legger derfor til grunn at lekkasjen som ble påvist i 2009 mest sannsynlig ikke har sammenheng med den mangelfulle taktekkingen. Påvisningen av lekkasjen i 2009 kan derfor ikke ses på som en reklamasjon over den mangelfulle taktekkingen.

Lagmannsretten har videre kommet til at Backe Nordvest ikke har tapt sin rett til å påberope den absolutte reklamasjonsfristen, jf. NS 3431 pkt. 37.8 annet ledd.

Smøla kommune reklamerte over den mangelfulle taktekkingen 11. mai 2015. I forbindelse med mangelen knyttet til garderobeområdet, fikk kommunen raskt tilbakemelding om at Backe Nordvest anså forholdet som en «forsikringssak» siden den absolutte reklamasjonsfrist hadde utløpt, jf. e-post fra Geir Thommessen til Ingar Iversen av 30. desember 2013. Kommunen måtte derfor regne med at Backe Nordvest ville påberope seg avtalen dem imellom også med hensyn til problemene ved taket, noe Backe Nordvest gjorde i e-post av 8. juni 2015 og i e-post av 22. juni s.å. I e-postene påpekte Backe Nordvest nettopp at garantien hadde utløpt.

Når Backe Nordvest – kort tid etter at reklamasjonen ble fremsatt – på denne måten tilkjennega at mangelen lå utenfor deres ansvar etter avtalen, skal det mye til før fristinnsigelsen likevel går tapt som følge av deres etterfølgende opptreden. Forholdet skiller seg således fra saken omtalt i Rt. 1984 s. 962.

Det er klart at Backe Nordvest ikke har frafalt innsigelsen ved dispositivt utsagn. Den etterfølgende kommunikasjon mellom partene inneholder heller ikke realitetsdrøftelser av en slik karakter at Backe Nordvest har tapt sin reklamasjonsinnsigelse. Lagmannsretten er for øvrig enig med tingrettens vurderinger inntatt i siste avsnitt på side 15 i dommen. Utbedringen som ble foretatt av Icopal i mai 2015 må anses som en service overfor kommunen, noe som ikke er helt uvanlig ut fra rene kulansehensyn eller av hensyn til entreprenørens renommé.

Etter lagmannsrettens oppfatning er det for øvrig klart at Backe Nordvest ikke har handlet grovt uaktsomt med hensyn til den mangelfulle takinnfestingen.

Icopal benyttet TPFs beregningsprogram – et beregningsprogram som ifølge Noreng er mye brukt innen bransjen – og som vanligvis foretar en konservativ beregning med hensyn til innfestingen. I tillegg forklarte Noreng at noe av årsaken til at beregningene ble mangelfulle, var en feil ved beregningsprogrammet som han ikke var kjent med og som heller ikke er kjent blant de som benytter programmet. Bevisførselen har for øvrig vist at det ikke var et markert avvik mellom den faktiske utførselen av innfestingen og den prosjekterte løsningen. Mangelen utgjorde heller ikke noen sikkerhetsrisiko.

Unntaksbestemmelsen i NS 3421 pkt. 37.10 kommer ikke til anvendelse.

Smøla kommune har ikke reklamert innen fristen i NS 3431 pkt. 37.8 og har følgelig tapt sin rett til å gjøre mangelen ved det utvendige arbeidet gjeldende. Smøla kommune har derfor heller ikke krav på erstatning som følge av mangelen ved taket.

Anken blir etter dette å forkaste.

Sakskostnader

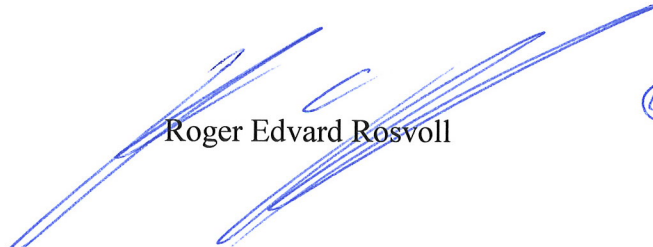
Backe Nordvest har vunnet ankesaken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader for lagmannsretten. Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta Smøla kommune for erstatningsansvaret etter § 20-2 tredje ledd. Advokat Holstrøm har lagt fram kostnadsoppgave på 715 245 kroner, hvorav 124 604 kroner gjelder godtgjørelse/utlegg til vitner. Motparten har ikke hatt bemerkninger til advokat Holstrøms kostnadsoppgave.

Lagmannsretten anser kostnadene som rimelige og nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Backe Nordvest tilkjennes derfor sakskostnader i samsvar med det fremsatte krav.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Smøla kommune til Backe Nordvest AS 715 245 – syvhundreogfemtentusentohundreogførtiefem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.



Roger Edvard Rosvoll



Hilde Vibeke Enger



Willy Nesset