



## Utvalgte dommer fra bygge- og anleggsbransjen | mars 2022

Det avses stadig dommer etter tvister innen bygge- og anleggsbransjen. DLA Pipers entrepriseavdeling redegjør her for fire rettsavgjørelser innen entrepriseretten som er avsagt de siste månedene:

1. [Hålogaland lagmannsretts dom avsagt 17. februar 2022 \(LH-2021-128679\)](#). Saken gjaldt spørsmål om partene hadde avtalt en annen regulering av dagmulkssatsen for enkelte delfrister enn den som følger av NS 8407.

2. [Gulating lagmannsretts dom avsagt 15. februar 2022 \(LG-2020-175990\)](#). Saken gjaldt uenighet om oppgjøret for aksepterte endringsarbeider, herunder særlig spørsmålet om det forelå anvendelige enhetspriser i kontrakten som dekket det utførte endringsarbeidet.

3. [Borgarting lagmannsretts dom avsagt 27. januar 2022 \(LB-2020-66936\)](#). Saken gjaldt blant annet hvem av partene i en totalentreprise som skulle bære ansvaret og risikoen

for feilprosjektering av fundamenter. Saken er anket til Høyesterett, men det er foreløpig ikke besluttet om saken vil bli behandlet av Høyesterett.

4. [Follo og Indre Østfolds dom avsagt 9. desember 2021 \(21-057937TVI-TFNO/TMYS\)](#). Saken gjaldt blant annet spørsmål om en entreprenør kunne kreve dekket forseringsutgifter i en situasjon hvor forsinkelsene var foranlediget av koronarelaterte forhold. Saken er anket til lagmannsretten.

## 1. Tolkning av avtalebestemmelse om beregning av dagmulkt - LH-2021-128679

### 1.1 PROBLEMSTILLINGEN I SAKEN

Hålogaland lagmannsrett avsa 17. februar 2022 dom i sak mellom entreprenør Skanska Norge AS og byggherre Boreus Eiendom AS etter oppføring av et leilighets- og næringsbygg i Bodø.

I prosjektets slutfase inngikk partene en tilleggsavtale med nye dagmulktbelagte delfrister for ferdigstilling av arbeidene. Det sentrale spørsmålet i saken var om det var avtalt en annen beregningsmetode av dagmulkten enn reguleringen i NS 8407.

Byggherren anførte at tilleggsavtalen fastsatte at dagmulkten pr hverdag for hver delfrist utgjorde 1 promille av kontraktssummen. Dette ville innebære en strengere regulering enn standardens løsning, hvor dagmulkten utgjør 1 promille av kontraktssummen for den delen av kontraktsgjenstanden som skal være ferdigstilt til en dagmulktbelagt delfrist, jf. pkt. 40.3 (1) bokstav b. Entreprenøren på sin side fastholdt at partene ikke hadde avtalt seg bort fra standardens regulering.

Lagmannsretten konkluderte med at partene hadde avtalt en annen reguleringen av dagmulkten enn den som fulgte av NS 8407, slik at det skulle beregnes 1 promille av kontraktssummen pr. hverdag for hver delfrist.

Dommen er et eksempel på at avtalebestemmelsens ordlyd tillegges vesentlig vekt ved uenighet om tolkningsresultatet, men at også andre omstendigheter skal vektlegges.

### 1.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

Partene inngikk en totalentreprisekontrakt høsten 2016 basert på standardkontrakten NS 8407. Etter kontrakten skulle hele kontraktsarbeidet overleveres samtidig, og beregningen av dagmulkt fulgte reguleringen i NS 8407 pkt. 40.3.

Allerede tidlig i prosjektet hadde det oppstått forsinkelser som hadde resultert i en utsatt sluttfrist. Entreprenøren ble imidlertid ytterligere forsinket, og det ble etter hvert også klart at han ikke ville klare å levere i henhold til den dagmulktbelagte sluttfristen. Samtidig oppstod det også diskusjoner knyttet til innredningsarbeidene til næringsdelen, som fortløpende særlig i prosjektets slutfase ble bestilt av byggherren.

Partene var i utgangspunktet enige om at entreprenøren var ansvarlig for forsinkelsene knyttet til kontraktsarbeidene. Når det gjaldt innredningsarbeidene mente entreprenøren at han i utgangspunktet ikke var forpliktet til å utføre samtlige leietakertilpasninger, og krevet uansett fristforlengelse for bestillingene.

Entreprenøren fremsatte et forslag om avtale om deloverleveringer av de forskjellige delene av leveransen. Ettersom entreprenøren tok ansvar for deler av forsinkelsene ble det tilbudt en økonomisk kompensasjon for forsinkelsene som ikke gjaldt leietakertilpasningene. Den økonomiske kompensasjonen var ment å erstatte det påløpte dagmulktskravet.

Partene ble deretter enige om en tilleggsavtale om delovertakelse og en økonomisk kompensasjon for forsinkelsene som hadde påløpt. I tillegg ble partene enige om at entreprenøren skulle utføre nødvendige leietakertilpasninger uten tillegg av rigg og drift og evt. prisstigning. I tilleggsavtalen ble det inntatt følgende om beregningen av dagmulktens størrelse for to av fristene:

*“Dagmulkt for overskridelse av frister angitt i 2.1 og 2.2 skal utgjøre 1/1000 av opprinnelig kontraktssum pr hverdag (for hver frist).”*

Entreprenøren klarte ikke å overlevere arbeidene i henhold til alle de avtalte delfristene.

Saken for lagmannsretten gjaldt kun beregningen av dagmulktens størrelse, ettersom partene var enige om forsinkelsens varighet.

### 1.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISSER

Lagmannsretten tok utgangspunkt i en objektiv tolkning av tilleggsavtalens ordlyd. Etter rettens oppfatning var det ikke tvil om at ordlyden innebar at partene hadde avtalt en annen regulering av dagmulkten enn det som ville vært resultatet etter NS 8407 pkt. 40.3.

Entreprenøren hadde imidlertid anført at avtalens ordlyd ikke kunne tolkes isolert, men måtte suppleres av den opprinnelige kontrakten og øvrige omstendigheter rundt inngåelsen av tilleggsavtalen. Etter entreprenørens oppfatning forelå det en felles forståelse om at dagmulktens størrelse var regulert i tråd med den opprinnelige kontrakten og NS 8407.

Lagmannsretten var i utgangspunktet enig i at tilleggsavtalen ikke kunne leses isolert, men presiserte samtidig at ordlyden i seg selv var en vesentlig tolkningsfaktor.

Etter en konkret vurdering fant lagmannsretten at det ikke var grunnlag for å konkludere med at partene hadde ment noe annet enn det som fulgte av en objektiv tolkning tilleggsavtalens ordlyd. Det ble særlig lagt vekt på at entreprenøren i utgangspunktet ble tilgodesett i tilleggsavtalen ved at han fikk utsatte delfrister, og på den måten reduserte tapsrisikoen ved dagmulkt. Etter rettens oppfatning hadde det formodningen mot seg at entreprenøren ved inngåelsen av tilleggsavtalen ikke hadde tro på at man ville nå fristene.

Retten pekte videre på at det var sannsynlig at byggherren, i den situasjonen han befant seg i, ønsket å sikre seg ferdigstillelse ved å skjerpe de økonomiske konsekvensene. Retten påpekte i tillegg at det gav liten mening at byggherren ville ha gitt fra seg betydelige beløp med dagmulkt, uten ytterligere sikkerhet for rettidig ferdigstillelse. Det forhold at entreprenøren hadde påtatt seg å utføre leietakertilpasningene og betalt en økonomisk kompensasjon for konstaterte forsinkelser, endret ikke dette.

Entreprenøren hadde i tillegg anført at dagmulksreguleringen som byggherren hadde gjort gjeldende var ekstraordinær og ubalansert. Dette var heller ikke lagmannsretten enig i. Etter rettens oppfatning fremstod tilleggsavtalens regulering av dagmulkt balansert ved at begge parter både kunne komme bedre eller dårligere ut av tilleggsavtalen, i forhold til kontraktens opprinnelige regulering. Heller ikke partenes etterfølgende dialog kunne gi grunnlag for at partene hadde ment noe annet enn det som fulgte av avtalebestemmelsens ordlyd.

Lagmannsretten konklusjon var derfor at tilleggsavtalen skulle tolkes i tråd med sin ordlyd, slik at dagmulkens størrelse skulle beregnes med 1 promille av kontraktssummen pr. frist.

## 2. Spørsmål om anvendelige enhetspriser for endringsarbeid – LG-2020-175990

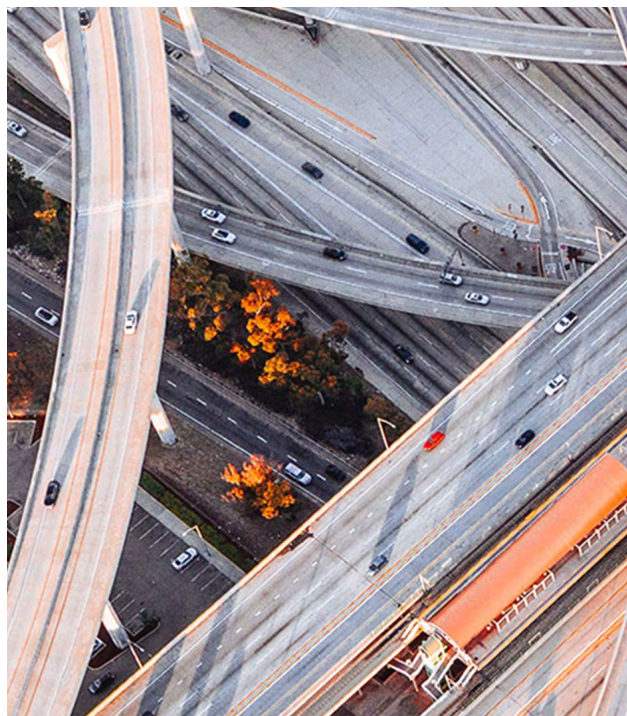
### 2.1 PROBLEMSTILLINGEN I SAKEN

Gulating lagmannsrett avsa 15. februar 2022 dom i en sak mellom Staten v/Samferdselsdepartementet (Statens vegvesen) og Veidekke Entreprenør AS etter byggingen av ny E39 på strekningen mellom Svegatjørn og Fanavegen i Bergen kommune. Saken gjaldt mer konkret utmålingen av et krav om tilleggsvederlag for aksepterte endringsarbeider knyttet til fjerning av jordmasser.

Underveis i prosjektet ble det oppdaget jordmasser som inneholdt den uønskede plantearten "parkslirekne" i større grad, og på andre steder enn forutsatt. Partene var enige om at disse massene måtte fjernes fra anlegget, og at dette arbeidet var endringsarbeider som gav entreprenøren krav på tilleggsvederlag.

Det sentrale spørsmålet retten skulle ta stilling til var om dette endringsarbeidet skulle honoreres basert på kontraktens enhetspriser for fjerning av *infiltrerte masser* (prosess 21.92) eller *forurensete masser* (prosess 25.91), eventuelt som regningsarbeid eller interpolasjon. Hovedproblemstillingen var derfor om enhetsprisene i kontrakten var "anvendelige" på endringsarbeidet når massene både var infiltrert og forurenset, jf. NS 8406 pkt. 22.2 og 22.3.

Bergen tingrett konkluderte i oktober 2020 med at ingen enhetspriser i kontrakten var anvendelig og at arbeidene skulle



honoreres som regningsarbeid. Som følge av at byggherren allerede hadde utbetalt et vederlag som tilsvarte et oppgjør basert på regning ble byggherren frifunnet fra betalingskravet.

Gulating lagmannsrett konkluderte i februar 2022 med at enhetsprisen for arbeidet med infiltrerte masser også omfattet masser som var forurenset i tilstandsklasse 2 og 3. Enhetsprisen for prosess 21.92 var derfor anvendelig for endringsarbeidet som var utført. Byggherrens tidligere utbetaling dekket entreprenørens rettmessige krav på tilleggsvederlag.

Dommen belyser domstolenes tilnærming til tolking av entrepris kontrakter, og hva en "forstandig og nøktern" tilbyder med rimelighet kunne forstå ved kontraktsinngåelsen.

### 2.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

I 2014 lyste Statens vegvesen ut flere kontrakter i forbindelse med etableringen av ny hovedveg mellom Os og Bergen. Veidekke ble tildelt kontrakten om arbeidene mellom Svegatjørn og Fanavegen (K10).

Partene inngikk kontrakt sommeren 2015. Arbeidene var organisert som en utførelsesentreprise med enhetspriser. Kontrakten var basert på et mer eller mindre tradisjonelt konkurransegrunnlag (med Statens vegvesens håndbøker R761 og R762) og med NS 8406 som alminnelige kontraktsbestemmelser.

Når det gjaldt arbeidene i Svegatjørn-området var det kjent og opplyst om at det ville forekomme uønskede, såkalte "svartelistede", plantearter som "lupiner" og "parkslirekne" i anleggsområdet. På en tegning/kartskisse i konkurransegrunnlaget var områdene med

forurensede jordmasser og jordmasser infisert med fremmedskadelige planter markert i ulike farger. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at sterkt forurensede masser (tilstandsklasse 4 "dårlig" og 5 "svært dårlig"), samt infiserte masser, skulle fjernes fra anlegget og kjøres til godkjent mottak.

Endringsarbeidene som gav grunnlag for tilleggsvederlaget (EO 160) gjaldt fjerning av forurensede og infiserte jordmasser i områder som lå utenfor de områdene som var skravert med farger på kartet.

Uenigheten mellom partene i saken knyttet seg derfor først og fremst til tolkningen av arbeidsbeskrivelsene i konkurransegrunnlaget som lå til grunn for prisingen av to prosesser (prosess 21.92 for infiserte masser og prosess 25.91 for forurensede masser). Disse prosessene var ikke basert på standardbeskrivelser fra håndbøkene, men beskrivelser som var uformet spesielt med sikte på miljøutfordringene for K10-prosjektet.

Entreprenøren anførte at prosessen om infiserte masser (21.92) ikke dekket endringsarbeidet ettersom massene også var forurenset, og at derfor kun prosessen om forurensede masser (25.91) var treffende. Byggherren anførte at selv om prosessen om infiserte masser ikke beskrev forurensning som et problem i klartekst, var forurensning noe som tilbyderne likevel måtte forvente og legge til grunn i sine kalkulasjoner ut fra de beskrivelser og opplysninger som var gitt.

### 2.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISSER

Lagmannsretten tok utgangspunkt i NS 8406 pkt. 22.1 som fastslår at entreprenøren har krav på den justering av vederlaget som endringen gir grunnlag for. Videre ble det konstatert at det følger av NS 8406 pkt. 22.2 at kontraktens enhetspriser skal benyttes hvis de er "*anvendelige*", eller hvis arbeidet er "*vesentlige ... likeartet med ytelse det er fastsatt enhetspriser for*". Det følger av NS 8406 pkt. 22.3 at dersom det ikke foreligger anvendelige, alternativt justerte, enhetspriser i kontrakten, så skal endringsarbeidet gjøres opp i samsvar med bestemmelsene om regningsarbeid.

Rettens tilnærming var derfor at spørsmålet måtte bero på en tolkning av arbeidsprosessenes rekkevidde, holdt opp mot det endringsarbeidet som var utført. Lagmannsretten la til grunn at prosess 25.91 var en særskilt prosess for forurensede masser, mens prosess 21.92, som gjaldt infiserte masser, ikke nevnte forurensning uttrykkelig.

Lagmannsretten presiserte at entreprisekontrakter som er tildelt etter en offentlig anbudskonkurranse skal tolkes objektivt, men påpekte samtidig at det ville være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng. Retten fant ikke grunn til å

gå nærmere inn på de konkrete anførselene rundt etterfølgende forhold og opptreden etter kontraktsinngåelsen.

Sentralt for tolkingen av kontrakten var hvordan en rimelig og forstandig entreprenør ville forstått kontrakten i den relevante konteksten, jf. Rt-2012-1729 (Mika). Retten fremhevet det tradisjonelle ukklarhetsprinsippet om at ukklarheter i kontrakten/ anbudsgrunnlaget skal gå ut over Statens vegvesen som byggherre, jf. Rt-2007-1489 (Byggholt), men påpekte også at dette ukklarhetssynspunktet har en grense. Retten formulerte det rettslige utgangspunktet som et spørsmål om hva en "normalt forstandig tilbyder" burde forstått at prosessene omfattet da kontrakten ble inngått.

Spørsmålet for lagmannsretten var derfor om en "forstandig og nøktern" tilbyder med rimelighet kunne forstå det slik at prosess 21.92 – som ikke nevnte forurensning – kunne legge til grunn at infiserte masser var rene, og dermed kunne deponeres etter andre regler enn for forurensede masser.

Etter konkrete vurderinger fant lagmannsretten at enhetsprisen for prosess 21.92 om infiserte masser var anvendelig på endringsarbeidene som var utført. Retten la blant annet vekt på at tegningen/kartskissen viste infiserte masser i området som også var markert som forurensede masser. Selv om ikke prosess 21.92 etter sin ordlyd var utformet slik at entreprenøren burde være oppmerksom på risikoen for forurensning, var det andre opplysninger/omstendigheter (blant annet innholdet i tiltaksplaner og informasjon i en tilbudskonferanse) som tilsa at en "forstandig og nøktern" entreprenør ikke kunne legge til grunn at ethvert forurensningsproblem kun skulle være dekket av prosess 25.91. At begge prosessene inngikk i samme hovedprosess ("sprengning og masseflytting") mente retten indikerte en indre sammenheng mellom bestemmelsene som førte til at de beste grunner talte for at prosess 21.92 ikke kunne forstås som å være utelukkende begrenset til rene masser.

Lagmannsretten konkluderte derfor med at entreprenøren ikke hadde opptrådt som en nøktern og normalt forstandig tilbyder ved å legge til grunn rene masser ved prisingen av arbeidet med å kjøre vekk de infiserte massene. Når entreprenøren regnet med at alle infiserte masser ikke var utsatt for forurensning, heller ikke i de lavere grader, var det en sjanse som entreprenøren måtte anses for å ha tatt for egen regning og risiko.

Retten konkluderte med at enhetsprisen i kontrakten for prosess 21.92 var anvendelig også for endringsarbeidene, og at det derfor ikke forelå grunnlag for ytterligere krav på betaling for arbeidene som var utført. Retten fant det ikke nødvendig å gå inn på anførselene om og betydningen av at entreprenørens prising av prosess 25.91 eventuelt var taktisk, eller de andre subsidiære anførselene om regningsarbeid eller interpolasjon.

### 3. Risiko for feilprosjektering – LB-2020-66936

#### 3.1 PROBLEMSTILLINGENE I SAKEN

Borgarting lagmannsrett avsa 27. januar 2022 dom i sak mellom byggherren Fredrikstad Seafoods AS og entreprenøren Gråkjær AS etter oppføringen av et landbasert fiskeoppdrettsanlegg på Øra i Fredrikstad. Saken omfattet en rekke krav og juridiske problemstillinger som tidvis oppstår i et bygge- og anleggsprosjekt.

Den sentrale uenigheten i saken knyttet seg til hvem av partene som etter totalentreprisekontrakten skulle bære ansvaret for at fundamentene måtte omprosjekteres etter at det ble påvist skader på de utførte betongarbeidene og risiko for skjevsetninger. Hvorvidt risikoen for feilprosjektering av fundamentene hvilte på totalentreprenøren eller byggherren reiste blant annet spørsmål rundt avtaletolkning, avvikende grunnforhold og om det forelå svikt i byggherrens forpliktelser til å koordinere sine kontraktsmedhjelpere. Videre reiste saken også problemstillinger rundt entreprenørens rett til å stanse sine arbeidere, byggherrens rett til å heve kontrakten, samt også grensdragningen mellom simpel/vanlig uaktsomhet og grov uaktsomhet.

Fredrikstad tingrett konkluderte i februar 2020 med at det var byggherren som etter kontrakten måtte bære risikoen for den nødvendige omprosjektering av fundamentene.

Borgarting lagmannsretten kom i januar 2022 til stikk motsatt konklusjon. Lagmannsretten konkluderte med at



det var entreprenøren som måtte dekke merkostnadene og tidskonsekvensene som følge av skadene som var oppstått og behovet for omprosjektering. Videre konkluderte lagmannsretten med at entreprenørens stans av arbeidene var uberettiget, og at byggherrens heving derfor var berettiget. Entreprenøren måtte derfor dekke kostnader og tidskonsekvenser også som følge av hevingen av kontrakten.

Dommen er særlig relevant for fastleggelsen av rekkevidden og omfanget av totalentreprenørens risiko og ansvar for prosjektering i en totalentreprisekontrakt.

#### 3.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

Byggherren og entreprenørens morsselskap gjennomførte i 2015 et forprosjekt hvor morsselskapet til entreprenøren i hovedsak skulle prosjektere oppdrettsanlegget. Byggherren, ved sin rådgivende ingeniør geoteknikk (RIG), skulle sørge for geotekniske undersøkelser og dokumentere grunnforhold.

Sommeren 2016 inngikk partene en totalentreprisavtale basert på NS 8407 om oppføringen av oppdrettsanlegget. Etter kontrakten var det byggherren som skulle sørge for arbeidene knyttet til opparbeidelsen av byggegrunnen, før entreprenøren skulle iverksette sine innledende betongarbeider.

Entreprenørens byggarbeider startet rundt årsskiftet 2016/2017, men ble stanset etter kort tid i februar 2017 da det ble avdekket sprekker og riss i deler av betongkonstruksjonen (en støpt kulvert). Partene var uenige om ansvaret, men allerede i mars 2017 var det enighet mellom partene om at det var nødvendig å omprosjektere entreprenørens løsning som var basert på at anlegget kunne fundamenteres med punkt- og stripefundamenter. Det var derfor også enighet om at det var nødvendig at anlegget ble fundamentert på en konstruktiv armert betongplate.

Entreprenøren mente at dette gav grunnlag for fristforlengelse og tilleggsvederlag, mens byggherren fastholdt at omprosjektering av fundamentene var totalentreprenørens ansvar og risiko.

Partene diskuterte spørsmålet i lengre tid under prosjektgjennomføringen. Konflikten eskalerte etterhvert til at entreprenøren fremmet et krav om sikkerhetsstillelse for sitt krav om tilleggsvederlag. Dette kravet om sikkerhetsstillelse ble imidlertid avslått av byggherren. På bakgrunn av avslaget og manglende betaling stanset entreprenøren arbeidene i prosjektet, som igjen førte til at byggherren hevet kontrakten.

#### 3.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISSER

Lagmannsrettens tilnærming til hovedspørsmålet, altså hvem av partene som skulle bære risikoen for feilprosjektering, var først å vurdere hvilke krav kontrakten satt til fundamentene.

Dernest måtte retten vurdere om prosjekteringsfeilen var forårsaket av forhold som byggherren måtte bære risikoen for.

Entreprenørens anførsler var i hovedsak tredelt. For det første viste entreprenøren til at kontrakten, riktig tolket, ikke omfattet prosjektering og levering av en konstruktiv armert bunnplate. For det andre anførte entreprenøren at grunnforholdene var annerledes enn det entreprenøren hadde grunn til å regne med. For det tredje anførte entreprenøren at årsaken til de uriktige forutsetningene om grunnforholdene var forårsaket av byggherrens mislighold av sine koordineringsforpliktelser.

Når det gjaldt kontraktens krav til prosjektering tok lagmannsretten utgangspunkt i at entreprenøren hadde påtatt seg en resultatforpliktelse. Lagmannsretten trakk også opp, som en avgjørende faktor, grensedragningen mellom konkrete avtalte krav i kontrakten sett opp mot mer generelle krav til funksjon og formål med prosjekteringen. Under henvisning til de mer generelle krav som følger av kontrakten (NS 8407 pkt. 14 og pkt. 16.1) påpekte retten særlig at totalentreprenøren hadde en funksjonsrisiko også for fundamenteringsløsningene. Mer konkret påpekte retten blant annet at en fundamenteringsløsning som ikke var tilpasset grunnforholdene, og av den grunn ikke evnet å holde anlegget så stabilt at skjevsetningskader kunne unngås, ikke ville tilfredsstillende kravet til "allment aksepterte normer" iht. NS 8407 punkt 14.5.

Lagmannsretten konkluderte derfor med at entreprenørens prosjektering av fundamentene var i strid med kontrakten. På bakgrunn av dette var omprosjekteringen nødvendig for å ivareta entreprenørens opprinnelige kontraktsforpliktelse, og forholdet utgjorde derfor ingen irregulær endring som gav grunnlag for vederlagsjustering eller fristforlengelse.

Når det gjaldt spørsmålet om grunnforholdene var annerledes enn det entreprenøren hadde grunn til å regne med ved utarbeidelsen av tilbudet tok lagmannsretten utgangspunkt i den tradisjonelle bestemmelsen i NS 8407 pkt. 23.1.

Etter en gjennomgang av de tilgjengelige opplysningene og konkrete vurderinger fant retten at entreprenøren ikke kunne forvente andre grunnforhold enn de som faktisk forelå etter grunnforsterkningene som var foretatt av byggherren. Retten mente det ikke forelå uforutsette vansker med grunnforholdene, men først og fremst en svikt i entreprenørens forståelse av grunnforholdene i sin egen prosjektering av fundamentene, som forårsaket feilprosjekteringen.

Når det gjaldt anførselen om at byggherren sviktet i forpliktelsene til å koordinere aktørene i prosjektet fremhevet retten at spørsmålet om en slik svikt kan endre risikofordelingen i kontrakten, først blir aktuelt ved kontraktsinngåelsen. Retten forankret dette i at koordineringsplikten oppstår i og med

avtaleslutningen.

Retten påpekte at entreprenørens plikt til å levere avtalt fundamenteringsløsning, ikke kunne bortfalle senere som et resultat av byggherrens eventuelle mangelfulle koordinering. Retten fant uansett ikke bevismessig grunnlag for å konstatere at det i dette prosjektet forelå noen svikt av betydning i byggherrens koordinering av aktørene.

Lagmannsrettens konklusjon var derfor at entreprenøren hadde risikoen for at den opprinnelige prosjekterte fundamenteringsløsningen var feil, som igjen også medførte risikoen for den påfølgende skaden på kulverten og for at det ble nødvendig å omprosjektere fundamenteringen.

## 4. Dekning av merkostnader som følge av koronarelaterte forhold – Follo og Indre Østfolds dom av 9. desember 2021 (21-057937TVI-TFNO/TMYS)

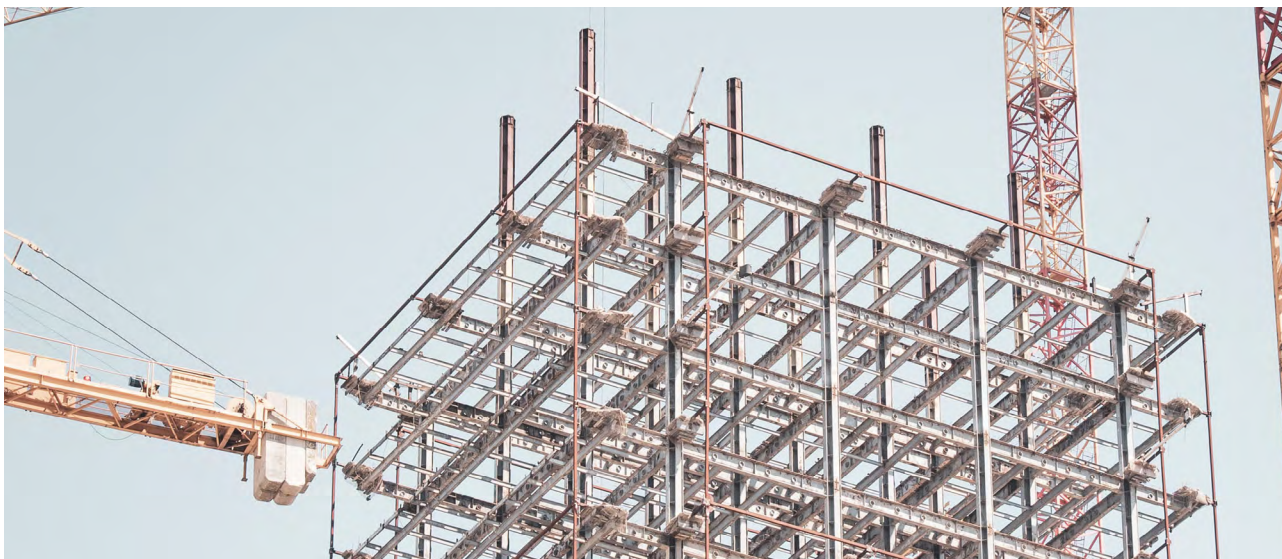
### 4.1 PROBLEMSTILLINGENE I SAKEN

Follo og Indre Østfold tingrett avsa 9. desember 2021 dom i sak mellom entreprenøren Borger Bygg AS og byggherren Indre Østfold kommune etter oppføring av et nytt offentlig tjenestebygg i kommunen. Saken omfattet blant annet spørsmål om entreprenørens rett til å kreve kompensasjon for koronarelaterte forhold.

Hovedspørsmålet i saken var om entreprenøren hadde krav på å få dekket utgifter til forsering for å innhente forsinkelser som entreprenøren mente skyldtes koronapandemien, jf. NS 8407 pkt. 33.8. Videre reiste saken blant annet spørsmål om NS 8407 pkt. 33.3 om force majeure utelukket anvendelse av NS 8407 pkt. 15.2, selv om forsinkelsene også hadde sin årsak i forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak.

Tingretten konkluderte med at entreprenøren var forsinket som følge av koronarelaterte forhold, og at han derfor hadde krav på å få dekket sine utgifter til forsering. Etter rettens oppfatning kunne kravet om dekning av forseringskostnader både hjemles i NS 8407 pkt. 33.8, jf. pkt. 33.3 og NS 8407 pkt. 33.8, jf. pkt. 15.2, selv om forsinkelsen var foranlediget av force majeure.

Avgjørelsen er en tingrettsdom som er anket til lagmannsretten, og tingrettsdommen har derfor i utgangspunktet mindre rettskildemessig vekt. Premissene og drøftelsene belyser likevel aktuelle kontraktsrettslige problemstillinger i tilknytning til koronarelaterte forhold, herunder entreprenørens krav på å kreve merutgifter som er foranlediget force majeure-forhold. Det er imidlertid viktig å merke seg at dommen gjelder en kontrakt som ble inngått før koronapandemien brøt ut. For kontrakter inngått etter dette tidspunktet vil vurderingen bli annerledes.



#### 4.2 KORT OM BAKGRUNNEN FOR SAKEN

Partene inngikk en totalentreprisekontrakt basert på NS 8407 i august 2019, dvs. før koronapandemien brøt ut. Etter kontrakten skulle overtakelse skje innen 1. juli 2020, men ble kort tid etter endret til 20. august 2020. Entreprenøren planla imidlertid å ferdigstille arbeidene innen 6. juli 2020. Overtakelse ble likevel først gjennomført 7. september 2020.

Etter at koronapandemien brøt ut ble det klart for entreprenøren at han ikke ville klare ferdigstille arbeidene innen det planlagte ferdigstillestidspunktet (6. juli 2020). Entreprenøren varslet derfor krav om fristforlengelse. Partene var i utgangspunktet enige om at koronapandemien i seg selv utgjorde et force majeure-forhold, men byggherren avviste kravet da han mente at entreprenøren allerede var forsinket før koronarestriksjonene ble innført.

Entreprenøren iverksatte deretter forsering og fremsatte krav om å få dekket utgiftene til forsering, herunder for den for den del av forsinkelsen entreprenøren mente å være påført mellom entreprenørens planlagte ferdigstillestidspunkt og dagmulktsbelagt sluttfrist. Dette kravet ble også avvist av byggherren.

Som rettslig grunnlag for kravet om dekning av forseringsutgifter anførte entreprenøren prinsipielt NS 8407 pkt. 33.8, jf. pkt. 33.3. Som følge av at NS 8407 pkt. 33.3 i utgangspunktet bare gir rett på fristforlengelse, gjorde entreprenøren gjeldende NS 8407 pkt. 15.2 som et alternativt grunnlag. Etter denne bestemmelsen kan entreprenøren i tillegg kreve vederlagsjustering hvis det etter tilbudsinngivelsen skjer forandringer i lover, forskrifter eller enkeltvedtak som medfører at kontraktens prosesser endres.

Byggherren anførte på sin side at en eventuell forsinkelse som var foranlediget koronarelaterte forhold utelukkende var regulert i NS 8407 pkt. 33.3, og at en forsinkelse som

skyldtes koronarelaterte forhold uansett ikke gav grunnlag for tilleggsvederlag.

#### 4.3 NÆRMERE OM RETTENS VURDERINGER OG PREMISSER

Det første spørsmålet tingretten tok stilling til var om NS 8407 pkt. 33.3 om force majeure, utelukket anvendelse av NS 8407 pkt. 15.2.

Tingrettens tilnærming til dette spørsmålet var å ta utgangspunkt i ordlyden i de ulike bestemmelsene. Retten viste først til at reguleringen av offentlige påbud og forbud i NS 8407 pkt. 33.3 (1), talte i retning av at denne bestemmelsen utelukkende regulerte force majeure-forhold, også når disse forholdene resulterte i endringer i lover, forskrifter og enkeltforetak. Det kunne også bli problematisk om to bestemmelser fikk anvendelse på samme situasjon, tatt i betraktning at bestemmelsene kunne føre til ulike resultater.

Tingretten konkluderte likevel med at NS 8407 pkt. 33.3 ikke utelukkete anvendelse av NS 8407 pkt. 15.2, slik at et krav om fristforlengelse som var foranlediget av force majeure både kunne baseres på NS 8407 pkt. 33.3 og NS 8407 pkt. 15.2. Dette ble begrunnet i at det måtte foreligge sterke grunner for å fravike en klar ordlyd, noe tingretten mente ikke var tilfellet. Etter rettens oppfatning var forandringer i lover og forskrifter utvilsomt omfattet av ordlyden i NS 8407 pkt. 15.2, og dette måtte gjelde uavhengig om disse endringene var foranlediget av force majeure.

Tingretten gikk deretter over til å vurdere om entreprenøren hadde et berettiget krav på fristforlengelse. For at en entreprenør skal ha krav på å få dekket sine kostnader til forsering som ikke er pålagt av byggherren, er det et vilkår om at byggherren har avslått et berettiget krav på fristforlengelse. Det var ikke omstridt at kravet om fristforlengelse var avslått. Partene var imidlertid uenige om entreprenørens forsinkelse skyldtes koronapandemien.

Byggherrens anførsler til kravet om fristforlengelse var todelt. For det første anførte byggherren at entreprenøren allerede var forsinket før koronapandemien brøt ut, slik at det ikke forelå et berettiget grunnlag for fristforlengelseskravet. For det andre avviste byggherren at det var grunnlag for å kreve fristforlengelse for frister som ikke var dagmulksbelagte. Denne anførselen knyttet seg til at entreprenørens krav om fristforlengelse blant annet var basert på forsinkelsen mellom entreprenørens planlagte ferdigstillelse og faktisk ferdigstillelse.

Når det gjaldt byggherrens første anførsel, konkluderte tingretten etter en konkret vurdering med at entreprenøren bare i begrenset grad var forsinket før pandemien brøt ut. Tingretten var heller ikke enig i byggherrens anførsel om at entreprenøren bare kunne kreve fristforlengelse på dagmulksbelagte frister. Det ble lagt avgjørende vekt på at det er entreprenøren som eier "slakken", og at det dermed ikke var noe vilkår at dagmulksbelagte frister påvirkes for at entreprenøren har rett på fristforlengelse.

Etter tingrettens oppfatning ble entreprenørens fremdrift hindret av koronarestriksjoner, herunder som følge av at arbeidere måtte sitte i karantene, og at flere av lederne på byggeplassen måtte ha hjemmekontor blant annet fordi de hadde omsorg for barn. Som følge av at partene var enige om at koronapandemien var et force majeure-forhold, kunne kravet dermed hjemles i NS 8407 pkt. 33.3.

Tingretten kom i tillegg til at forsinkelsen kunne baseres på NS 8407 pkt. 15.2 ettersom både karantenebestemmelser og stengte skoler og barnehager (som fikk konsekvenser for foreldrenes mulighet til å møte fysisk på jobb), var regulert i Covid-19 forskriften §§ 8 og 12. Etter rettens vurdering var det klart at disse forholdene fikk betydning for byggeprosessen, og dermed også medførte at avtalte krav til prosessen måtte endres.

På bakgrunn av dette konkluderte tingretten med at entreprenøren hadde rett på 40 dager fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.3, dvs. hele fristforlengelseskravet til entreprenøren. Når det gjaldt NS 8407 pkt. 15.2 kom tingretten at det kun forelå årsakssammenheng for 20 av dagene, da retten mente at omtrent halvparten av forsinkelsene ikke kunne knyttes til endringer i lov og forskrift.

Et ytterligere spørsmål var om NS 8407 pkt. 33.8 fikk anvendelse når forsinkelsen var foranlediget koronarelaterte forhold. Byggherren hadde anført at NS 8407 pkt. 33.3 femte ledd om at "Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen", stengte for kravet om å få dekket kostnader til forsering.

Retten var ikke enig i dette, og konkluderte med at NS 8407 pkt. 33.3 (5) ikke utelukket anvendelse av NS 8407 pkt. 33.8, så lenge et berettiget krav om fristforlengelse er avslått. Etter rettens oppfatning kunne derfor entreprenøren velge om han ønsket å fremsette et krav om dekning av utgifter til forsering etter NS 8407 pkt. 33.3 eller pkt. 15.2. Som følge av at entreprenøren i denne saken fikk medhold i et høyere antall dager fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.3, ble dette grunnlaget lagt til grunn ved utmålingen av forseringskravet.

Tingrettens konklusjon var derfor at entreprenøren hadde krav på å få dekket utgifter til forsering.