



## AGDER LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 11.09.2019

**Saksnr.:** 17-194079ASD-ALAG

**Dommere:**

|                         |                  |
|-------------------------|------------------|
| Lagdommer               | Arne Lyng        |
| Lagdommer               | Odd Douzette     |
| Ekstraordinær lagdommer | Birger A. Stedal |

**Meddommere:**

|                  |                |
|------------------|----------------|
| Sivilingeniør    | Harald Sangnes |
| Prosjektdirektør | Terje Ilje     |

---

- |     |              |                             |                                                               |
|-----|--------------|-----------------------------|---------------------------------------------------------------|
| I   | Anke         |                             |                                                               |
|     | Ankende part | VEST-AGDER<br>FYLKESKOMMUNE | Advokat Jørgen Aardalsbakke<br>Advokat Solfrid Aga            |
|     | Ankemotpart  | AF NCC-Repstad Anlegg ANS   | Advokat Nils-Henrik Pettersson<br>Advokat Therese Kristiansen |
| II  | Avledet anke |                             |                                                               |
|     | Ankende part | AF NCC-Repstad Anlegg ANS   | Advokat Nils-Henrik Pettersson<br>Advokat Therese Kristiansen |
|     | Ankemotpart  | VEST-AGDER<br>FYLKESKOMMUNE | Advokat Jørgen Aardalsbakke<br>Advokat Solfrid Aga            |
| III | Avledet anke |                             |                                                               |
|     | Ankende part | VEST-AGDER<br>FYLKESKOMMUNE | Advokat Jørgen Aardalsbakke<br>Advokat Solfrid Aga            |
|     | Ankemotpart  | AF NCC-Repstad Anlegg ANS   | Advokat Nils-Henrik Pettersson<br>Advokat Therese Kristiansen |
-

## **S a k e n s   b a k g r u n n   o g   k o n t r a k t e n**

Saken gjelder oppgjør i entrepriserforhold. Kristiansand tingrett har under punktene 1.1, 1.2, 2.1 og 2.2 i dommen gitt en grundig fremstilling av sakens bakgrunn, konkurransegrunnlaget og kontraktens oppbygning. Partene har ikke hatt merknader til denne. For oversiktens skyld redegjøres det kun for noen hovedpunkter. For en mer utfyllende beskrivelse viser lagmannsretten til tingrettens dom.

Statens Vegvesen Region sør (heretter også omtalt som byggherren) utlyste den 28. januar 2010 åpen anbudskonkurranse med frist for innlevering av tilbud satt til 15. april 2010. AF NCC Repstad Anlegg ANS (heretter også omtalt som entreprenøren) tilbud var på 595 582 698 kroner eksklusive merverdiavgift. Entreprenøren er et arbeidsfellesskap som består av NCC Construction AS og Repstad Anlegg AS.

Byggherren inngikk den 28. juni 2010 på vegne av Vest-Agder fylkeskommune avtale med entreprenøren om bygging av FV 456 Kolsdalen – Lumberkrysset. Utbyggingsparsellen ligger rett vest for Kristiansand sentrum og gjelder utfartsåren fra Kristiansand mot bydelen Vågsbygd, samt mot vest til E39 retning mot Stavanger. Avtalt ferdigstillellesdato var 1. juni 2014. Endelig ferdigstillellesfrist ble avtalt utsatt med 14 hverdager, og anlegget ble overtatt av byggherren 18. juni 2014.

Entreprenøren stevnet saken inn for tingretten 8. april 2016. Det ble lagt ned påstand om betaling oppad begrenset til 174 585 549 pluss lønns- og prisstigning (LPS), renter og merverdiavgift. Summen knytter seg til 63 enkeltkrav. Byggherren la ned påstand om frifinnelse. Tingretten avsa dom 12. juli 2017. Entreprenøren fikk medhold i 41 krav og ble tilkjent til sammen 79 362 249 kroner. Partene måtte bære egne sakskostnader.

Fylkeskommunen anket til lagmannsretten. Anken omfatter 28 krav. Entreprenøren innga anketilsvaer og avledet anke. Den avledete anken omfatter 23 krav. Av disse er åtte også anket av fylkeskommunen. Fylkeskommunen innga deretter avledet anke på ytterligere ett krav. Entreprenøren anførte under saksforberedelsen at det ikke var adgang til å ta ut avledet anke til en avledet anke og påstod den avvist. Begjæring ble ikke tatt til følge, jf. lagmannsrettens kjennelse av 10. august 2018. Kjennelsen ble anket til Høyesterett som forkastet anken. Totalt omfatter ankesaken 44 krav.

Den 12. februar 2019 ble det avholdt rettsmøte for overordnet gjennomgang av prosjektet og befarings. Ankeforhandling ble holdt i tinghuset i Kristiansand i perioden 26. februar til 12. april 2019, til sammen 26 dager. Både faktiske og juridiske utdrag er digitale. På grunn av dokumentstørrelsen ble det faktiske utdraget delt opp i flere bind. Sentrale dokumenter er tatt inn i bind 1 som blant annet inneholder Håndbok 025, Håndbok 026 og fremdriftsplaner, bind 1-1 som inneholder kontrakten, bind 3 som inneholder entreprenørens varsler om endringer (VOE), bind 5 som inneholder målebrev og masserapporter og bind 7.1 som inneholder anbudstegninger. Det faktiske utdraget er på til

sammen 15 976 sider. Av rettsboken går det frem hvilke dokumenter det ble lest fra under ankeforhandlingen. De juridiske utdragene ble flere ganger supplert med tilleggsutdrag under ankeforhandlingen. Det ble også fremlagt og gjennomgått en del hjelpedokumenter. Hjelpedokumenter fremlagt av byggherren er merket FK, de som er fremlagt av entreprenøren er merket AF. For begge er de nummerert fortløpende etter hvert som de ble lagt frem. Ankeforhandlingen ble som i tingretten delt opp etter hovedprosessene. Innledningsforedrag, bevisførsel og prosedyrer ble gjennomført for den enkelte del før man gikk videre til neste. Som partsrepresentant for ankende part møtte fylkesordfører Terje Damman og prosjektleder i Statens Vegvesen Stig Berg-Thomassen. Damman var til stede under deler av ankeforhandlingen. Berg-Thomassen var til stede under hele og avga forklaring under hver del. Som partsrepresentant for ankemotparten møtte administrerende direktør i Repstad Anlegg AS, Mona Mortensen. Også hun var til stede under hele ankeforhandlingen og avga forklarlig under hver del. Den øvrige bevisførsel går frem av rettsboken.

I konkurransegrunnlagets kapittel C punkt 4.1 er følgende angitt om kontraktsdokumentene:

*Med mindre annet er avtalt inngår følgende dokumenter i kontrakten:*

- a) avtaledokumentet dersom slikt er opprettet*
- b) entreprenørens anbud eller tilbud*
- b<sup>1</sup>) referat fra anbudskonferanse, referat fra anbudsbefering eller brev fra byggherren eller endringer*
- c) anbuds- eller tilbudsgrunnlagets kontraktsvilkår*
- d) anbuds- eller tilbudsgrunnlagets beskrivelse og mengdefortegnelse*
- e) anbuds- eller tilbudsgrunnlagets tegninger*
- f) denne standard (NS 3430)*

Kontrakten er delt opp i kapitlene A, B, C, D1, D2, E og G. Kapittel A inneholder blant annet en orientering om prosjektets art og omfang og det signerte avtaledokumentet. Kapittel B og D1 inneholder prosjektets tilbudsregler. I kapittel C er inntatt NS 3430 som, med noen endringer, gjelder som prosjektets generelle kontraktsbestemmelser. Kapittel D2 inneholder prosjektets spesielle kontraktsbestemmelser. I kapittel E står prosjektets mengde og prosesskodefortegnelse (prosesskoden). Kapittel G inneholder tilbudsopplysninger, herunder prisskjema for mannskap og maskiner.

Kontrakten er en enhetspriskontrakt hvor byggearbeidet inndeles i prosesser. Prosessene og mengder beskrives som nevnt i kontrakten kapittel E. Hver prosess prises per enhet, for eksempel per kvadratmeter eller kubikkmeter. For enkelte prosesser skulle tilbyderens angi en rund sum (RS). Alle mengder i kontrakten er avtalt regulerbare etter faktisk medgått mengde, med unntak av rundsum-poster som er fast pris. Håndbok 025 (prosesskode 1) inngår i konkurransegrunnlaget. Det følger av Håndbok 025 punkt 4.3 at: *Enhetsprisene for*

*hver prosess skal generelt omfatte alle kostnader som er nødvendige for å levere arbeidene i henhold til prosjektdokumentenes krav...*

Flere av kravene i saken knytter seg til tolkning av prosessene beskrevet i kontraktens kapittel E. Det går frem av Håndbok 025 punkt 1 andre ledd at:

*Den skal gi ensartede regler for utførelse, kontroll og oppmåling av samme arbeidsart. Den skal lette arbeidet ved utarbeidelse av tilbudsgrunnlag. Dette vil også gjøre det langt enklere for entreprenører å prissette arbeidene, fordi omfang og krav til de enkelte arbeider vil være likt fra tilbud til tilbud, og være angitt i en standardisert, kjent tekst.*

Beskrivelsen av prosessene i Håndbok 025 er bygget opp etter et hierarkisk system etter desimalsystemet (ti-tall systemet). Beslektede arbeider er samlet i ti grupper kalt hovedprosesser nummerert fra 0 til 9. I saken behandles det krav knyttet til følgende hovedprosesser:

*Hovedprosess 1 Forberedende tiltak og generelle kostnader  
Hovedprosess 2 Sprengning og masseflytting  
Hovedprosess 3 Tunneler  
Hovedprosess 4 Grøfter, kummer og rør  
Hovedprosess 5 Vegfundament  
Hovedprosess 7 Vegutstyr og miljøtiltak  
Hovedprosess 8 Bruer og kaier*

Hver hovedprosess er underinndelt i prosesser med tilføyelser av ett eller flere siffer etter hovedprosessen. Prinsippene for underinndeling er enten at alle underprosessene til sammen utgjør prosessen på nivået over, eller at underprosessene er nærmere spesifiserte alternativer av prosessen på nivået over. De spesifiserende tekstene for prosessen er i Håndbok 025 bygget over en struktur med slik inndeling:

*a) Omfang  
b) Materialer  
c) Utførelse  
d) Toleranse  
e) Prøving, kontroll  
x) Mengderegler*

## **P a r t e n e s   p å s t a n d s g r u n n l a g   o g   p å s t a n d e r**

For de kravene som er anket er partenes påstandsgrunnlag i all hovedsak de samme som for tingretten, dog slik at ankene for noen krav er begrenset til rettsanvendelsen.

Lagmannsretten vil, som tingretten, redegjøre for partenes påstandsgrunnlag under det enkelte krav. Partenes generelle utgangspunkter er de samme som i tingretten. Tingretten har redegjort for disse under punkt 1.3 og lagmannsretten viser til denne redegjørelsen.

I forhold til tingrettens dom har byggherren generelt anført at tingretten ved sin risikoplassering feilaktig tok utgangspunkt i at prosjektet var en utførelsesentreprise. NS 3430 gir bare et utgangspunkt for risikoplasseringen. Lagmannsretten kan ved vurderingen av entreprenørens krav ikke ta utgangspunkt i kontraktsformen, men må ta utgangspunkt i om kontrakten er klar nok. Det er ikke grunnlag for noen skjerpet uklarhetsregel. Tingretten har i liten grad lagt vekt på tilleggskrav som er gjort opp. Tingretten har i for stor grad utmålt erstatning skjønnsmessig til tross for at den la til grunn at det ikke var grunnlag for skjønnsmessig vurdering.

Entreprenøren har generelt anført at tingrettens dom er grundig med fornuftige vurderinger av risikoforhold og kontrakt. Generelt er de tilkjente beløpene utmålt for lavt.

Entreprenøren valgte likevel ikke å anke. Entreprenøren har tilbudt forlik i henhold til tingrettens domsslutning. Dette må tillegges vekt ved vurderingen av sakskostnadene.

### Fylkeskommunen har lagt ned slik påstand:

I anken fra Vest-Agder fylkeskommune og avledet anke til avledet anke:

1. Vest-Agder fylkeskommune v/fylkesordføreren frifinnes.

I avledet anke fra AF NCC Repstad Anlegg ANS:

2. Anken forkastes.

I begge tilfeller:

3. Vest-Agder fylkeskommune v/fylkesordføreren tilkjennes sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten.

### Entreprenøren har lagt ned slik påstand:

I anken fra Vest-Agder fylkeskommune:

1. Anken forkastes.

I avledet anke fra AF NCC Repstad Anlegg ANS:

2. Vest-Agder fylkeskommune dømmes til å betale AF NCC Repstad Anlegg ANS et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til 154 838 342 kroner eks. mva

med tillegg av LPS-regulering og merverdiavgift. I tillegg kommer forsinkelsesrenter etter loven av beløpet (inkl. LPS-regulering og mva.) fra følgende tidspunkter:

- For kontraktskrav, fra 1. desember 2014 til betaling skjer.
- For tilleggskrav, fra den enkelte t-notas forfall til betaling skjer.

I begge tilfeller:

3. Vest-Agder fylkeskommune dømmes til å betale AF NCC Repstad Anlegg ANS' sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

## **L a g m a n n s r e t t e n s   v u r d e r i n g**

Som nevnt knytter flere av kravene i saken seg til tolkning av prosessene. Andre krav knytter seg til entreprenørens varsel om endringer (VOE). For enkelte krav er partene uenige om det foreligger en endring. For andre om hvordan endringen skal prises. Det er også tvist knyttet til om endringer har ført til forsinkelser for kontraktsarbeidene, om endringer har ført til urasjonell drift for kontraktsarbeidene (plunder og heft) og om det er reklamert i tide. Sentrale bestemmelser er bestemmelsene om fristforlengelse i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.1 (faktisk utdrag del 1-1 side 3701), bestemmelsene om dekning av merutgifter for forsinkelse i punkt 17.4 og 21 (faktisk utdrag del 1-1 side 3702 og 3703), bestemmelsene om endringer i punkt 28 (faktisk utdrag del 1-1 side 3707 og 3708), herunder punkt 28.1 om plikten til å utføre endringsarbeider og 28.4 om betaling ved endringer av mengder det er avtalt enhetspriser for, og bestemmelsene om varslings og preklusjon i punkt 17.5, 28.3 og 31.1. Andre sentrale bestemmelser er de spesielle bestemmelsene i kontraktens kapittel D2 punkt 10 (faktisk utdrag del 1-1 side 3733) om forsering, punkt 13b (faktisk utdrag del 1-1 side 3736) om dekning av merutgifter, punkt 14 (faktisk utdrag del 1-1 side 3736 og 3737) om prisregulering og punkt 18 (faktisk utdrag del 1-1 side 3738) om renter.

Kontrakten er en utførelsesentreprise. Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 7.1 at byggherren har ansvaret for å levere *Tegninger, beskrivelser og beregninger* hvis ikke annet er avtalt. Dette innebærer at byggherren har ansvaret for innholdet i konkurransegrunnlaget, jf. Rt-2010-1345 avsnitt 55 og 56. Ansvaret omfatter også de mengdeangivelser som er gitt i kontrakten, jf. Rt-2012-1729 avsnitt 3. Dette er i samsvar med HR-2019-830-A avsnitt 34 hvor byggherrens ansvar for et klart og entydig anbudsgrunnlag fastslås. Av sistnevnte avgjørelse avsnitt 35 med videre henvisning, følger at det avgjørende er hvordan en *normalt forstandig tilbyder* oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene. Selv om de nevnte avgjørelsene delvis bygger på andre standarder, er det etter lagmannsrettens vurdering ikke grunnlag for noen annen forståelse av kontrakten på disse punktene.

Om tolkningen av kontrakten fastsetter kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 4.2.

### *Tolkningsregler*

*Inneholder kontraktsdokumentene bestemmelser som strider mot hverandre, skal de gjelde i den rekkefølge som er angitt i 4.1.*

*For øvrig gjelder yngre bestemmelser foran eldre, spesielle bestemmelser foran generelle og bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten foran standardiserte bestemmelser.*

*Ved arbeider som er beskrevet både ved koder og tekst, gjelder teksten foran koden. Utførelse som bare er angitt på tegning, men som også burde ha vært angitt i beskrivelsen eller mengdefortegnelsen, omfattes ikke av kontrakten.*

Punkt 4.1 som bestemmelsen henviser til, er gjengitt ovenfor i innledningen om kontrakten. Byggherren har ansvaret for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens generelle redegjørelse i dommens punkt 2.5. Lagmannsretten vil vurdere dette mer konkret i forhold til krav knyttet til tolkningen av omtvistede prosesser.

Lagmannsretten slutter seg til tingrettens generelle beskrivelser av kontraktens bestemmelser om endringer, prisregulering, varsling og preklusjon i dommens punkt 2.3 og punkt 2.4. I tillegg bemerker lagmannsretten at det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1 første ledd at entreprenøren skal varsle en endring *uten ugrunnet opphold*. Det fremgår ikke fra hvilket tidspunkt fristen regnes fra. Etter bestemmelsen skal entreprenøren varsle endringsarbeid når han har fått et pålegg om arbeid som han *mener ikke er en del av hans plikter etter kontrakten*. For at entreprenøren skal mene at det foreligger et avvik, må han ha faktisk kunnskap om avviket. I tillegg må han innrømmes noe tid til å fremme endringskravet, men dette må skje rimelig raskt. Entreprenøren kan imidlertid ikke vente til han får full oversikt over kravets omfang. Han må varsle når han har slik kunnskap at han er klar over at det foreligger en endring. Lagmannsretten finner støtte for dette i Rt-2009-160 avsnitt 46 og 47 som riktignok knytter seg til en annen standard, men som gjelder utgangspunktet for kravet om *ugrunnet opphold*. Lagmannsretten kommer tilbake til dette under vurderingen av krav der det har betydning.

Utmålingsprinsippene for endringskravene er et gjennomgående tvistetema der spørsmålet blant annet er om man står overfor *arbeider som i det alt vesentlige er likeartet*, hvor kontraktens enhetspriser danner utgangspunktet for utmålingen etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1, eller om forutsetningene for å anvende enhetsprisene er *forrykket* slik at entreprenøren har krav på å få dekket *fordyrelsen* etter punkt C 28.4.2. Når det gjelder anvendelsesområdet for kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 viser lagmannsretten til LE-2017-133085 side 107:

*Etter lagmannsrettens syn tilsier bestemmelsens oppbygning og systembetraktninger at vilkåret «i det alt vesentlig likeartet med...» skal tolkes snevert, og forbeholdes tilfeller hvor det er mindre avvik. Dette er også lagt til grunn i juridisk litteratur, se Kolrud m.fl. Kommentar til NS 3430 (1992) side 242-243 hvor det bl.a. er fremhevet: Selv om man etter 28.4.1 tredje og fjerde setning kan kreve justering av enhetsprisene, har man også en justeringsmulighet etter 28.4.2. Skal ikke anvendelsesområdene gli helt over i hverandre, bør derfor anvendelsen av enhetspriser reserveres til de tilfeller der det kun er små avvik det dreier seg om. Det kan dreie seg om slike forhold som anvendelse av forskjellige kraner eller annet utstyr med forskjellige dimensjoner eller kapasiteter og tilhørende forskjellige enhetspriser, der en mellomliggende dimensjon er blitt utelatt fra enhetsprislisten.*

Lagmannsretten legger til grunn den samme forståelsen av kontraktbestemmelsen. Om prinsippene for bruk av enhetspriser på endringsarbeider, vises videre til Jan Einar Barbro, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold kapittel 7, hvor følgende inntas fra side 150:

*Når tillegg eller fradrag i enhetsprisene etter NS 3430 pkt. 28.4.2 skal baseres på de priser som følger av 28.4.1, kan avviket fra de opprinnelige priser skje i én eller to etapper: Dreier det seg om endringsarbeider som er av samme art som de arbeider enhetsprisene primært omfatter, vil utgangspunktet etter 28.4.1 være disse prisene, med tillegg/fradrag etter 28.4.2 på grunn av forrykkede forutsetninger. Her skjer det kun en justering av enhetsprisene. Dreier det seg imidlertid om endringsarbeider som etter sin art avviker fra de arbeider enhetsprisene primært omfatter, må det først foretas justering etter 28.4.1 annet til fjerde punktum for dette artsmessige avvik, deretter må det gjøres tillegg eller fradrag etter 28.4.2 i disse justerte enhetsprisene, hvis forutsetningene for bruk av prisene er forrykket. .... Det må likevel fastholdes at selv om justeringene på denne måten kan bli store, er det kontraktens system at vederlagsfastsettelsen skal skje på denne måten, der kontraktens enhetspriser kun danner en basis for fastleggelsen av nye enhetspriser. Grunntanken er at den risikofordeling som ligger i de avtale priser, i størst mulig grad skal opprettholdes også ved endringsarbeider.*

Det er ikke særskilte bestemmelser om plunder og heft i kontrakten. I HR-2019-1225-A skriver Høyesterett:

*(54) Betegnelsen plunder og heft er et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Men kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos entreprenøren.*

*(55) Det er altså tale om avledete konsekvenser av forhold som byggherren svarer for, som pålegg om endringer i det som er avtalt, eller forsinkelse eller annen svikt i byggherrens medvirkningsplikt...*

Lagmannsretten legger til grunn, og det er heller ikke bestridt av byggherren, at entreprenøren kan kreve merutgifter på grunn av plunder og heft dekket. Uenigheten knytter seg til om kravet er varslet, om det er varslet rettidig, om det er faktisk grunnlag for kravet og eventuell økonomisk konsekvens. Lagmannsretten legger til grunn at kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.1 første og andre ledd også gjelder ved krav om dekning av merutgifter på grunn av plunder og heft. Om kravet til årsakssammenheng uttaler Høyesterett i nevnte dom avsnitt 66:

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

Lagmannsretten kommer tilbake til disse temaene under krav hvor de har betydning for vurderingen.

## **Krav under hovedprosessene 1 og 2**

### **Prosess 14.5 – provisorisk omlegging av eksisterende veger**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i sitt krav om oppgjør etter prosessen med 408 346 kroner, se dommen side 24 – 25. Tingretten la til grunn at prosessen, som er en ulempepost for midlertidig veiomlegging ved tunnelportalene i Kolsdalen og prissatt som en rund sum, kom til anvendelse selv om arbeidet ble utført på en annen måte enn beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen, subsidiært bevisbedømmelsen, og påstått seg frifunnet.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prosessens stedskode viser at prosessen gjelder helt spesifikt for midlertidig trafikkavvikling ved tunnelportalene i Kolsdalen. Når løsningen for denne trafikkomleggingen ble en annen enn angitt i konkurransegrunnlaget, kommer ikke prosessen til anvendelse. Siden dette arbeidet ikke er utført, har ikke entreprenøren krav på dekning etter prosessen, jf. kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 26.1.2. Entreprenøren har fått fullt betalt for den alternative løsningen gjennom avregning på de relevante prosesser i kontrakten.

Det bestrides at byggherrens innsigelser er varslet for sent da entreprenøren aldri har fremmet et krav om endring.

Subsidiært anføres at de kostnader byggherren har hatt ved entreprenørens alternative utførelse skal komme til fradrag.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Byggherrens innsigelser er tapt på grunn av manglende varsling. Etter kontraktens system skulle byggherren ha gitt en endringsordre dersom prosessen skulle utgå. Slik endringsordre ble aldri varslet, og forholdet ble først tatt opp ett år etter. Det er klart for sent.

Det er uansett klart at entreprenøren har hatt ulemper ved den alternative utførelsen, og posten må da komme til utbetaling.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten er kommet til at anken ikke fører frem.  
Av den spesielle beskrivelsen til prosess 14.5 fremgår:

*Proessen omfatter alle tiltak/ulemper for å sikre nødvendig trafikkavvikling og sikker anleggsdrift ved påhugg/portal i Kolsdalen, kfr addendum 2.*

Stedskoden som er angitt for prosessen er B-K40. I følge kontraktens prosesskodefortegnelse gjelder prosessen da for *Tunnelportal Kolsdalen nord*.

Etter forslag fra entreprenøren ble den midlertidig veiomleggingen her endret i forhold til faseplanen i konkurransegrunnlaget. Endringen er beskrevet slik i tingrettens dom side 25:

*De forberedende arbeidene ble utført med en annen løsning enn det som var vist i konkurransegrunnlaget, noe det var invitert til i addendum 2. Etter forslag fra entreprenøren ble det laget en avkjørsel retning vest foran den enveiskjørte tunnelen til venstre, i stedet for å bygges til høyre med veg som skulle krysse over/foran den nye tunnelmunningen. Inkludert i tiltaket var også bussholdeplass og ivaretagelse av gangveg.*

Addendum 2 har slikt innhold:

#### **Faseplan Kolsdalen**

*Det er kommet spørsmål knyttet til vedlagte faseplaner for Kolsdalen (tegning Y-0110). Vi har vurdert faseplanen og mener det foreligger flere mulige løsningsvalg for sikker anleggsgjennomføring og trafikkavvikling ved påhugg/portalområde i Kolsdalen. Eksempelvis nevnes spunting, avstivningskasse eller seksjonsvis*

*utbygging av portaler. Den midlertidige gang- og sykkelvegen forbi påhuggsområdet kan utgå. Hvis entreprenøren vurderer reduksjon til ett kjørefelt på deler av lokalvegen i kortere perioder, skal dette ikke medføre tilbakeblokkering til E39. For at tilbyderne skal kunne henføre kostnader knyttet til særskilte tiltak i det aktuelle området skal følgende prosess prises:*

#### *14. 5 Provisorisk omlegging av eksisterende veg*

.....

Lagmannsretten viser til at prosess 14.5 skal dekke ulemper knyttet til arbeidet med midlertidig vei ved påhugget nær tunnelportalen i Kolsdalen nord. Dette var også området for entreprenørens alternative veitrasé. Etter lagmannsrettens syn kan ikke prosessens stedskode forstås slik at det bare var ved anleggelse av den opprinnelige veitraséen i byggherrens faseplan at prosessen skulle anvendes. Tilbydere var gjennom addendum 2 oppfordret til å vurdere alternative løsninger og prise disse i prosess 14.5. Det må legges til grunn at entreprenøren prissatte prosessen i henhold til sin løsning for trafikkavviklingen i området. Rent faktisk var det også ved dette alternativ ulemper ved sykkelvei og bussholdeplass som skulle opprettholdes i hele anleggsperioden. Grunnlaget for utbetaling etter RS-posten er derved etter lagmannsrettens syn oppfylt.

Byggherren har ikke sannsynliggjort at de aktuelle ulemper er dekket ved utbetaling gjennom andre av kontraktens aktuelle prosesser, eller at byggherren har hatt kostnader ved den alternative traséen som kan komme til fradrag.

Etter det resultat lagmannsretten har kommet til er det ikke nødvendig å ta standpunkt til om byggherrens innsigelser er for sent fremsatt.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 408 346 kroner.

### **VOE 1091 – Ulemper ved mindre veiomlegginger**

Tingretten ga entreprenøren medhold, og tilkjente 3 000 000 kroner av kravet på 8 252 117 kroner, jf. dommen side 31-34.

Tingretten la til grunn at endringsomfanget av små arealer for midlertidige vegomlegginger forrykket forutsetningene for å anvende kontraktens priser, både RS- og enhetspriser, og at entreprenøren derfor hadde krav på oppgjør for fordyrelsen den økte ressursinnsats per målt enhet medførte. Tingretten fastsatte beløpet skjønnsmessig.

Begge parter har anket over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Byggherren har påstått seg frifunnet, og entreprenøren krever hele kravet tilkjent.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at både større og mindre vegomlegginger er en del av entreprenørens ansvar etter kontrakten, og at det således ikke foreligger noen endring. Det var entreprenøren som i henhold til konkurransegrunnlaget skulle detaljere faseplanene og sørge for opprettholdelse av veitrafikken gjennom hele anleggsperioden. Entreprenøren måtte ut fra prosjektets karakter med bl.a. stor trafikkmengde og omfattende infrastruktur i grunnen, tatt høyde for nødvendigheten av veiomleggingene. Det at arbeidene er blitt mer byrdefulle gir ikke krav på ytterligere betaling. Entreprenøren har dessuten gjennom sin presentasjon i august 2010, vist å ha forstått utfordringene i prosjektet. Tingretten legger til grunn en for lav terskel for hva entreprenøren etter konkurransegrunnlaget måtte ta høyde for.

Subsidiært i forhold til eventuell utmåling av kravet, anføres at kontraktens enhetspriser legges til grunn for et eventuelt endringsoppgjør, jf. kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1. Selv om det skulle foreligge en mengdeøkning i forhold til kontraktgrunnlaget, er det helt like arbeider som utføres. Ved eventuell justering av prisene skal de reflektere de opprinnelige enhetsprisers prisnivå.

Atter subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for entreprenørens rekalkulering av prisene eller en skjønnsmessig utmåling basert på et spekulativt grunnlag. Det skal kun gjøres et tillegg for de fordyrelser som de endrede forutsetninger har medført, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Entreprenøren må da sannsynliggjøre hvilke fordyrelser det er snakk om, samt fremlegge dokumentasjon for størrelsen på disse. Det er ikke grunnlag for at entreprenøren ensidig kan fastsette nye priser i en slik situasjon.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Tingretten har korrekt har lagt til grunn at det faktiske omfanget av mindre veiomlegginger oversteg den terskelen som entreprenøren etter konkurransegrunnlaget måtte ta høyde for, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1 og reglene om bristende forutsetninger. Det forelå en vesentlig økning ut over det entreprenøren måtte anta både i forhold til mengde, og ved at mengdeøkningen skjedde i form av mange små arealer som helt endret forutsetningene for prisingen. Som følge av dette er forutsetningene for kontraktens priser forrykket.

Ved utmålingen har imidlertid tingretten forstått kontrakten feil. Det er ikke riktig som tingretten synes å legge til grunn at entreprenøren er bundet av kontraktens opprinnelige prisnivå når nye priser skal beregnes. Poenget med bestemmelsen er at entreprenøren skal gis mulighet til å sette nye enhetspriser dersom forutsetningene for de opprinnelige prisene blir forrykket. De nye enhetsprisene må da kunne reflektere de avvikene som faktisk foreligger fra kontraktens enhetspriser – entreprenøren skal stilles som om han hadde visst

om de endrede forutsetningene allerede da kontraktens priser ble gitt. Kontraktens priser er benyttet som utgangspunkt, og dette er en fullt forsvarlig og rimelig tilnærming.

Subsidiært anfører entreprenøren at tingrettens skjønnsmessige utmåling er for lav.

### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken fra entreprenøren delvis fører frem slik at vederlagskravet økes noe i forhold til tingrettens resultat.

Entreprenøren krever økt pris for bygging av små veiarealer for midlertidige veier til sikring av trafikkavviklingen i anleggsperioden. Spørsmålet er hvilket ansvar entreprenøren hadde for omlegginger av midlertidige veier og om det foreligger en *endring* etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1, og i så fall om entreprenøren har krav på tilleggsvederlag etter punkt 28.4.

Det er etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt at det i anleggsperioden ble gjort et stort antall endringer av veier for midlertidig trafikkomlegging i forhold til faseplaner og mengdeangivelser i kontraktsgrunnlaget. Lagmannsretten legger til grunn opplysningene i endringsvarselet om at det per 3. mai 2013 var foretatt 164 endrede omlegginger hvorav 127 omlegginger gjaldt opparbeidet flate på under 250 m<sup>2</sup> og 20 omlegginger en opparbeidet flate fra 250 – 500 m<sup>2</sup>. Det er ikke krevd tilleggsvederlag for endringer over 500 m<sup>2</sup>. Et tilsvarende krav i VOE 238 vedrørende asfaltering, er godkjent av byggherren der mengdeøkningen er opplyst å utgjøre 424 prosent. Dette gir også veiledning for den økningen som har vært for underliggende masser som VOE 1091 gjelder. Det vises også til redegjørelsen fra Mona Mortensen om de mengdeøkninger som har vært i henholdsvis Kolsdalen (faktisk utdrag del 1 side 3628), Hannevikdalen (faktisk utdrag del 1 side 3642) og Fiskådalen (faktisk utdrag del 8 side 14710).

Spørsmålet er dernest om denne mengdeøkningen innebærer en endring i forhold til entreprenørens ansvar etter kontrakten.

Om utgangspunktet for byggherrens ansvar for innholdet i kontraktsgrunnlaget, herunder mengdeangivelser, vises til redegjørelsen for dette ovenfor.

Av kontrakten D2 punkt 6.7 følger at:

*Vedlagte faseplaner (Y-tegninger) er vist et forslag til prinsipper for trafikkomlegging og anleggsgjennomføring. Entreprenøren må selv detaljere disse, og/eller foreslå endringer. Endrede faseplaner og anleggsgjennomføring må imidlertid da tilfredsstille de krav som er satt til framdriftsplanen i pkt 11.*

Lagmannsretten forstår dette slik at byggherrens utarbeidede faseplaner for trafikkomlegging i utgangspunktet skulle følges, men at entreprenøren kunne fremme forslag til endringer som i så fall måtte godkjennes av byggherren. Entreprenøren måtte etter dette kunne legge til grunn at trafikkavviklingen lot seg gjennomføre i samsvar med de fremlagte faseplanene. Entreprenøren hadde imidlertid alene ansvaret for å *detaljere* disse.

Prosess 14 – midlertidig trafikkavvikling – som er prissatt som en RS-post, omfatter ifølge punkt a):

*.... alle kostnader forbundet med ulemper, tiltak og provisorier for avvikling av trafikken på eksisterende trafikkleder, inklusiv kollektivtrafikk, gang- og sykkeltrafikk og provisoriske omlegginger av eksisterende veger og jernbaner.*

Av de spesielle bestemmelsene punkt a) følger bl.a. at:

*Prosessten gjelder for hele anleggsperioden inkludert alle hovedfaser samt øvrige omlegginger i entreprisen. Det gjøres oppmerksom på at det til dels kan være vanskelige/uoversiktlige anleggsatkomster til flere av byggegropene og anleggsområdene.*

*Vegtrafikken og trafikken på G/S-veger skal opprettholdes i anleggsperioden. Dette krever at vegtrafikken må legges om på midlertidige veger i flere faser/etapper.....*

Etter lagmannsrettens vurdering kan prosessen ikke forstås slik at entreprenøren skulle påta seg det fulle prosjekteringsansvaret for trafikkomleggingen i anleggsperioden. Prosessens beskrivelse av arbeidsomfanget endrer ikke det utgangspunkt at byggherren hadde ansvaret for at de utarbeidede faseplanene som fulgte kontraktdokumentene var tilstrekkelige til å ivareta trafikkavviklingen. Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for at en normalt forstandig byder ville oppfattet ansvarsfordelingen i kontraktgrunnlaget annerledes. Dersom et prosjekteringsansvar for den midlertidige trafikkavviklingen var ment å overføre til entreprenøren, måtte det ha fremkommet på en langt klarere måte. Entreprenøren kunne etter dette foreta prisingen ut fra at han kun skulle *detaljere* faseplanene. Hvor grensen for ansvar her skal settes må avgjøres skjønnsmessig, noe lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor under utmålingen av tilleggsvederlaget. Det er imidlertid på det rene at de betydelige masseøkningene som har vært, klart overstiger entreprenørens ansvar etter kontrakten.

Når det gjelder utmålingen er lagmannsretten enig med tingretten i at grunnlaget for å anvende enhetsprisene er forrykket fordi arbeidene, sett i sammenheng med de store mengdeøkningene, måtte stykkes opp på mange små arealer om gangen, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Dette har medført en langt mer kostnadskrevende drift enn det som kunne forventes ut fra konkurransegrunnlaget. Selv om arbeidene i utgangspunktet er likeartede, øker likevel kostnadene per enhet på grunn av manglende

effektivitet som følge av at antallet mindre arbeidsoperasjoner har økt betydelig. Det tilsier etter lagmannsrettens syn at kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 ikke er anvendelig. Entreprenøren har etter kontrakten punkt 28.4.2 derved krav på et tillegg til enhetsprisene for de *fordyrelser* dette har medført. Det vises nærmere til redegjørelsen ovenfor vedrørende disse bestemmelsene.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at de aktuelle prissatte poster i anbudet gis etter en enhetspris på 82 kroner per m<sup>3</sup>. Dette er ikke bestridt. Ved den nærmere vurderingen av *fordyrelsen* tar lagmannsretten videre utgangspunkt i den ressurskalkyle som entreprenøren har foretatt for de aktuelle arealene, jf. faktisk utdrag del 1 side 2005. De enkelte arbeidsoperasjoner for *mann og maskin* anses imidlertid kalkulert for høyt. Lagmannsretten finner, i motsetning til tingretten, at fordyrelsene er større enn for kostnadene med arealer over 500 m<sup>2</sup>.

Lagmannsretten legger videre til grunn at entreprenøren i kraft av å skulle *detaljere* faseplanene, og ut fra prosjektets karakter, måtte forvente en viss omlegging av små arealer i forhold til tegningene i konkurransegrunnlaget, og prise det inn i tilbudet. Som nevnt må terskelen for entreprenørens risiko her fastsettes skjønnsmessig.

Entreprenørens anke har etter dette delvis ført frem slik at vederlaget fastsettes til 4 000 000 kroner.

### **VOE 1183 – Mengdeøkning for midlertidig trafikkavvikling**

Tingretten ga entreprenøren delvis medhold og tilkjente 2 500 000 kroner av kravet på 8 890 127 kroner, jf. dommen side 34 – 39.

Kravet knytter seg til flere prosesser som angår midlertidig trafikkavvikling. Dels gjelder kravet regulering på grunn av vesentlige endrede forutsetninger for rundsum-poster i prosessene 14.1 Trafikkulempe, 14.2 Tiltak for kollektivtrafikk, 14.3 Tiltak for myke trafikanter og 14.4. oppmerking og signaler. Dels gjelder VOE 1183 krav om prisøkning på sperremateriell på grunn av vesentlig mengdeøkning i prosessene 12.931 Anleggsgjerder, 14.911 Oppsetting betongblokker, 14.912 Flytting betongblokker, 14.921 Oppsetting MiniGuard og 14.922 Flytting MiniGuard. For lagmannsretten er det her imidlertid kun krevd tillegg for utgifter til innkjøp av flere betongblokker, prosess 14.911.

Tingretten kom til at kravene ikke var for sent varslet etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1.3, og at arbeidene var endret, *forrykket*, i forhold til konkurransegrunnlaget i slik grad at det ikke lenger var grunnlag for den pris som var gitt i anbudskonkurransen, samt at dette var en risiko som byggherren måtte ha ansvaret for i en utførelsesentreprise. Tingretten fastsatte det tilkjente beløpet skjønnsmessig. Begge parter har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Byggherren har påstått seg frikjent og entreprenøren krever tilkjent det fulle beløpet på 8 890 127 kroner.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at kravet er fremsatt for sent og dermed prekludert. Det anføres at kravet først ble fremsatt 24. februar 2014 i den aktuelle VOE, samt at entreprenøren må ha vært kjent med omfanget av mengdeendringene for de aktuelle prosesser allerede høsten 2010/våren 2011. Et eventuelt varsel i brev av 23. mai 2013 og VOE 0899 av 9. juli 2013 er uten betydning da også disse er for sene og kravet tapt.

Byggherren har påberopt seg det sene varselet allerede 5. mars 2014 i sin kommentar på VOE 1183. Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1 at entreprenøren taper retten til å påberope seg arbeidet som grunnlag for ekstra betaling når kravet ikke er varslet i tide. Realitetsdrøftelser er ikke nok til å tape innsigelsene om for sen varsling, jf. Barbo, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold s 237 og 239, samt Erik Monsen, Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsippet og relativitetsdrøftelse side 198.

Subsidiært anføres at det ikke er materielt grunnlag for kravet. Det foreligger ikke en endring i kontraktens forstand. Tingretten har her lagt til grunn en for lav terskel for hva entreprenøren måtte ta høyde for ut fra opplysningene i kontraktsgrunnlaget. Det er ikke ført bevis for at forholdene avviker fra det entreprenøren kunne forvente. Omlegginger som skyldes entreprenørens eget driftsopplegg og planer, er dennes ansvar. Bevistvil må gå ut over entreprenøren.

Atter subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for entreprenørens beregning av kravet.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Kravet er varslet i tide i brev av 23. mai 2013. Kravet er ikke prekludert. Det tar tid å registrere mengder og mengdeoverskridelser. Byggherren har ikke påberopt seg preklusjon i svaret på varselet, og har derfor ved passivitet, samt gjennom realitetsdrøftelser, tapt sine mulige innsigelser om at kravet er fremsatt for sent.

Entreprenøren må prise poster basert på de mengdene som byggherren oppgir i konkurransegrunnlaget. Terskelhøyden for hva entreprenøren må tåle av endringer på mengdene er overskredet. Entreprenøren har da krav på vederlagsjustering i form av justerte enhetspriser.

Kravet er beregnet ut fra faktiske mengdeøkninger og kostnader.

Tingrettens utmåling er for lav. Det er ikke grunnlag for en så stor reduksjon i kravet som tingretten foretar.

## Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken fra entreprenøren delvis fører frem. Når det nærmere gjelder innholdet i VOE 1183 viser lagmannsretten til tingrettens dom side 35 – 36.

Lagmannsretten er kommet til at kravene som her ble fremsatt ikke er prekluderte på grunn av for sen varsling etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1. Etter bestemmelsen skal entreprenøren varsle *uten ugrunnet opphold*. Fristen regnes fra det tidspunkt entreprenøren hadde faktisk kunnskap om at arbeidene falt utenfor hans kontraktsforpliktelser. Det vises til redegjørelsen ovenfor om utgangspunktet for fristen.

Entreprenøren ga etter lagmannsrettens syn et innholdsmessig tilfredsstillende varsel første gang ved brev av 23. mai 2013 til byggherren, hvor det varsles om betydelige mengdeøkninger på de aktuelle prosesser og med krav om tilleggsvederlag. Dette varselet er dermed utgangspunktet for vurderingen av om kravene er fremmet i tide.

Ved den konkrete vurderingen av om kravet er fremsatt *uten ugrunnet opphold* viser lagmannsretten til at de arbeider det kreves tilleggsvederlag for, ble utført som integrerte elementer i kontraktsarbeidene. Økningen i mengdene skjedde suksessivt etter hvert som arbeidene med prosjektet skred frem og behovet for økte mengder viste seg.

Trafikkomleggingen foregikk gjennom hele anleggsperioden. Det var et stort og til dels komplisert og uoversiktlig prosjekt å avvikle blant annet på grunn av stadige nye uforutsette forhold, hvilket vises ved det uvanlig store antall endringer som har vært, og som i stor grad er akseptert av byggherren. Det måtte derfor nødvendigvis gå en del tid før entreprenøren fikk den nødvendige oversikt og kunnskap om slike mengdeoverskridelser som ga grunnlag for å kreve endring og pristillegg. Byggherrens synspunkt om at entreprenøren hadde denne kunnskapen allerede høsten 2010/våren 2011, er etter lagmannsrettens syn ikke sannsynliggjort. Dette var ennå tidlig i prosjektet, slik at det etter lagmannsrettens vurdering ikke var tilstrekkelig grunnlag for entreprenøren til å ha den nødvendige oversikt over mengdeøkningene allerede da.

Den nærmere vurderingen av på hvilket tidspunkt entreprenøren hadde tilstrekkelig kunnskap, er vanskelig. Lagmannsretten er, dog under noe tvil, blitt stående ved at kravene er fremsatt i tide. Uansett mener lagmannsretten at når byggherren først påberopte seg forsinkelsen 5. mars 2014, som svar på VOE 1183, og mer enn ett år etter at entreprenøren fremsatte kravet, er dette for sent.

Det er ikke tvilsomt at det har vært store mengdeendringer for sperremateriell i forhold til mengdeangivelsene i de aktuelle prosesser i kontraktsgrunnlaget. Det er således ikke omtvistet at behovet for betongblokker økte betydelig. Entreprenøren har i faktisk utdrag del 1 side 2163, oppgitt at for prosess 14.911 var økningen på 307 prosent fra 1 000 meter til 4076 meter. Det er krevd dekket innkjøpskostnader for nye betongblokker med kroner 2 092 000 som følge av det økte behovet, samt et prisstigningskrav på kroner 305 432.

Når det gjelder rundsum-postene i prosessene 14.1 – 14.4, er det heller ikke tvilsomt at økningen har vært stor. Slike poster må entreprenøren prise i forhold til mengder i konkurransegrunnlaget som innvirker på dette arbeidet. Økningene i rundsum-postene gjenspeiles her i økningen av arealene for midlertidige veiomlegginger slik behandlet ovenfor, og vil være en funksjon av antall omlegginger og arealøkninger av midlertidige veier. Det vises også til de omfattende økningene under prosess 14 for andre tiltak vedrørende midlertidig trafikkomlegging, f.eks. 14.911 Oppsetting av betongelementer, 14.912 Flytting av betongelementer, 14.921 Oppsetting av miniguard og 14.922 Flytting av miniguard. Den omforente mengdeøkningen på 424 prosent for fjerning av fast veidekke, jf. VOE 238, gir også her veiledning for endringsomfanget. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til dette ved utmålingen av kravet.

Om utgangspunktet for byggherrens ansvar for innholdet i kontraktsgrunnlaget, herunder mengdeangivelser, vises til redegjørelsen for dette ovenfor. Lagmannsretten har kommet til at mengdeøkningene innebærer en endring i forhold til hva entreprenøren kunne forvente ut fra kontraktgrunnlaget, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4, og viser til drøftelsen ovenfor om utgangspunktet for denne vurderingen. For øvrig slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering av det materielle grunnlaget for kravet på side 36 – 38 i dommen.

Når det gjelder utmålingen av tilleggsvederlaget for betongelementer, har entreprenøren anført at anbudets priser baserte seg på at egen lagerbeholdning dekket mengdeangivelsen i kontrakten. Da dette viste seg å slå feil, måtte entreprenøren foreta innkjøp av nye betongelementer. Lagmannsretten legger dette til grunn. Etter lagmannsrettens syn ble dermed entreprenørens forutsetninger for priskalkylen forrykket, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2, og han har krav på tillegg i enhetsprisene for de fordyrelser som dette har medført. Nærmere om redegjørelsen for det rettslige utgangspunktet for fastsettelsen, vises til redegjørelsen ovenfor.

Entreprenørens vederlagskrav gjenspeiler innkjøpskostnaden på 2 092 000 kroner. Mona Mortensen har forklart at betongblokkene ikke har gjenbruksverdi fordi det nå er kommet nye krav til sammenføyningssystem som gjør at blokkene ikke kan brukes som sperremateriell på vei. Lagmannsretten mener det likevel er sannsynlig at blokkene har en viss økonomisk verdi til bruk i andre sammenheng. Videre må entreprenøren selv ha en viss risiko for mengdeendringer ut fra sitt ansvar om å detaljere faseplanene og eget driftsopplegg. Tilleggsvederlaget blir å fastsette skjønnsmessig til 1 700 000 kroner inkludert LPS-kravet.

Når det gjelder tilleggskravet for rundsum-postene, finner lagmannsretten at også her er forutsetningene for anbudets priser forrykket. Det vises til de store mengdeøkningene hvor arbeidene måtte foretas på små veiarealer som ga økte kostnader på grunn av mindre effektiv drift. I samsvar med kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2 er det den

fordyrelsen endringene har medført som skal kompenseres. Denne blir å fastsette skjønnsmessig til 2 700 000 kroner.

Entreprenøren anke har etter dette delvis ført frem slik at vederlaget fastsettes til 4 400 000 kroner.

## **Prosess 14.9 – Sperremateriell**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i oppgjør etter prosessen med 2 960 995 kroner til dekning av økte mengder av tungt sperremateriell, se dommen side 45-48. Tingretten mente at tungt sperremateriell, betongrekkverk og miniguard, skulle dekkes etter prosessen 14.9 i henhold til utført mengde og ikke av rundsum-posten 14.4 slik byggherren anførte. Tingretten la til grunn at utmålingen av vederlaget ikke var omtvistet.

Kravet etter prosess 14.9 må sees i sammenheng med flere tilleggskrav for tungt sperremateriell i VOE 0564, VOE 0620, VOE 0915, VOE 0984, VOE 1093, VOE 1113 og VOE 1260 som alle behandles nedenfor.

Byggherren har i sitt sluttinnlegg behandlet krav etter prosess 14.9 sammen med VOE-kravene, og det er anført at anken gjelder rettsanvendelsen og bevisvurderingen. I disposisjonen for innledningsforedraget er bare angitt at *Fylkeskommunen har anket over rettsanvendelsen*. De påberopte påstandsgrunnlag tilsier heller ikke at anken er ment å rette seg mot bevisvurderingen. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at anken over det idømte kravet etter prosess 14.9 kun retter seg mot rettsanvendelsen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Tungt sperremateriell er dekket av kontraktens prosess 14.4, og at prosess 14.9 kun er aktuell der byggherren bestiller sikring utover det som følger av kontrakten. Tungt sperremateriell er eksplisitt omtalt i prosess 14.4. Denne prosessen viser til Håndbok 051 om arbeidsvarsling, mens det ikke gjøres slik henvisning i prosess 14.9. Bruken av stedskoder taler også for at tungt sperremateriell dekkes av prosess 14.4.

Prosess 12.93, som viser til at tungt sperremateriell skal prises etter prosess 14.9, gjelder kun inngjerding og sperring rundt byggegrop. Henvisningen her er da ikke relevant for forståelsen av prosess 14.4.

Det er dermed ikke grunnlag for ytterligere kompensasjon etter prosess 14.9.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det anføres prinsipalt at prosess 14.9 skal forstås slik at tungt sperremateriell skal avregnes etter denne prosessen, og at det skal avregnes i henhold til utført mengde, og ikke rundsum-poster i prosess 14.1, 14.3 eller 14.4. Dette følger både av ordlyden, kontraktens system og sammenheng.

Subsidiært anføres at kontraktens beskrivelse er uklar, og denne uklarheten må tolkes i disfavør av byggherren.

### Lagmannsrettens vurdering

Spørsmålet som reises er om økte mengder av tungt sperremateriell dekkes innen rundsum-posten 14.4 eller om dekning skal skje etter utførte mengder etter 14.9. Denne vurderingen er også av betydning for endringskrav knyttet til bruk av tungt sperremateriell som behandles nedenfor.

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som tingretten og kan i det vesentlige også slutte seg til tingrettens begrunnelse.

Således vises til at prosess 14.4 har betegnelsen *Oppmerking og signaler* og omfatter ...*all oppmerking og alle signaler for varsling eller dirigering av trafikken på eksisterende veier, og oppmerking av avspærrede områder ved eller i trafikkerte veier (f.eks. grøfter eller skjæringskant)*. Prosess 14.9 har betegnelsen *Sperremateriell* hvor underprosessene viser at den gjelder for all håndtering av tungt sperremateriell som betongelementer og miniguard. Det er dermed naturlig å forstå forholdet mellom prosessene slik at *lettere* tiltak i form av oppmerking og signaler skal prises i prosess 14.4 og tungt sperremateriell etter 14.9. I den spesielle beskrivelsen under prosess 14.4 bokstav a) er det riktignok også nevnt *tyngre sperringer* hvor det står at:

*Inkludert i prosessen er også sikring og fysiske sperretiltak ved arbeidsstedene. Dette er lette sperringer, tyngre sperringer, spesielle sperringer, mv. ved byggegrop, skråninger, innsnevring etc.*

Det at *tyngre sperringer* nevnes i prosess 14.4, kan etter lagmannsrettens syn ikke på avgjørende måte sette til side forståelsen av anvendelsesområdet for prosess 14.9. Det kan uansett ikke føre lenger enn at prosessbeskrivelsene er uklare, men hvor en slik uklarhet må være byggherrens ansvar. Det at prosess 12.93 uttrykkelig beskriver at tungt sperremateriell skal prises i prosess 14.9, styrker entreprenørens forståelse om bruken av prosessen. Det er derimot ikke holdepunkter i prosessenes beskrivelse for den forståelsen byggherren gjør gjeldende om at 14.9 bare skulle komme til anvendelse ved bestilling av sikringer ut over det som fremgår av kontrakten.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 2 960 995 kroner.

## **Endringskrav for bruk av tungt sperremateriell (VOE 564, VOE 620, VOE 915, VOE 984, VOE 1113, VOE 1093 og VOE 1260)**

Dette punktet gjelder flere endringskrav vedrørende tungt sperremateriell som i tingrettens dom er behandlet på side 48 – 58. Entreprenøren ble her tilkjent slikt vederlag:

|                                                                     |                    |
|---------------------------------------------------------------------|--------------------|
| VOE 564 – Midlertidig vegomlegginger Kolsdalen                      | kr. 258 567,       |
| VOE 620 – Tilleggsarbeider Tinnheia                                 | kr. 39 658,        |
| VOE 915 – Omlegging av 90100 og g/s for fremføring av M33 og M34    | kr. 62 035,        |
| VOE 984 – Midlertidige veier Fiskå                                  | kr. 132 546,       |
| VOE 1113 – Tungt sperremateriell avkjøring 24300                    | kr. 6 956,         |
| VOE 1093 – Faseendring i Kolsdalen                                  | kr. 56 732,        |
| VOE 1260 – Midlertidig gangvei i forbindelse med rivning av bro K14 | <u>kr. 50 000.</u> |
| Sum                                                                 | kr. 606 494.       |

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i endringskravene med unntak for VOE 1260 der omtvistet krav var 96 798 kroner, men hvor tingretten reduserte utmålingen skønnsmessig til 50 000 kroner på grunn av usikkerhet ved om deler av kravet gjaldt lett sperremateriell (gjerder). Entreprenøren har ikke anket denne avgjørelsen.

Tingretten la ved sin vurdering til grunn at byggherren hadde akseptert at det forelå endringer, og at tvisten kun gjaldt utmåling av vederlaget. Tingretten la ved denne vurderingen til grunn at oppgjør skulle skje etter prosess 14.9 og ikke som kontraktsarbeider etter 14.4 slik byggherren anførte. Videre la tingretten til grunn at entreprenørens krav bygget på de opprinnelige enhetsprisene i prosess 14.9.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Det anføres prinsipalt at det ikke er akseptert at arbeidene er endringer, og at sperremateriell og sikring ved dekning av kontraktarbeid skal dekkes av kontraktens prosess 14.4.

Subsidiært, dersom lagmannsretten kommer til at det foreligger endringer, skal oppgjør skje etter prosess 14.9 uten justering av prisene.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det er ikke avgjørende om det foreligger en endring siden tungt sperremateriell ville vært nødvendig også for kontraktsarbeider, der avregning etter byggherrens syn skal skje etter prosess 14.9 for utført mengde og ikke inngå i rundsum-posten prosess 14.4. Hvis tungt sperremateriell var nødvendig på grunn av endrede kontraktsarbeider, skal oppgjør uansett ikke skje etter prosess 14.4. Der byggherren har akseptert at det foreligger endring uten å avgrense mot tungt sperremateriell, skal heller ikke oppgjør skje over rundsumposten.

Kontraktens enhetspriser er benyttet ved utmåling av kravene. Økte priser er derimot tatt med i endringsmelding som gjelder 15 prosentsøkningen, men dette er et annet krav. Det er ikke medtatt dekning av annet sperremateriell i kravene.

### Lagmannsrettens vurdering

I forhold til spørsmålet om tungt sperremateriell knyttet til arbeidene i endringsmeldingene skal prises etter prosessen 14.4 eller 14.9, vises til drøftelsen ovenfor hvor lagmannsretten har kommet til at entreprenøren har krav på avregning etter 14.9-prosessen for bruk av tungt sperremateriell. Grunnlaget for kravene er etter dette til stede.

Lagmannsretten finner ikke sannsynliggjort at beregningene av kravene bygger på andre enhetspriser enn de som er oppgitt i anbudet. Det legges til grunn at tilleggsprisene som er beregnet i kravsoppstillingene ikke er medtatt i de ovennevnte endringskrav, men inngår i kravet om 15 prosentsøkning etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 606 494 kroner.

## **VOE 1073 – Sprengning for linjene 40300 og 40500 i Kolsdalen**

Tingretten frifant byggherren for kravet om tilleggsvederlag på 76 147 kroner for såkalt flåsprengning i Kolsdalen, se dommen side 58-61. Tingretten kom til at det ikke var inngått noen egen avtale om tilleggsbetaling for den aktuelle sprengningen slik entreprenøren anførte, og at flåsprengning ble dekket av prosess 22.11 gjennom måleregelen om at berghøyde under 1,0 meter regnes som 1,0 meter.

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen, og har påstått seg tilkjent 76 147 kroner.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det er inngått en egen avtale om ny enhetspris for arbeidene. Arbeidet er uansett ikke omfattet av kontraktens prosesser da prosess 22.11 gjelder for sprengning i hovedlinjen, og fjellet lå utenfor. Byggherren var med på befaring 19. november 2013 og fikk påvist hvor

fjellet var. Byggherren anførte ikke da at dette lå i hovedlinja eller hadde andre innsigelser til kravet.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Det er ikke inngått noen avtale om tilleggsbetaling for den aktuelle sprengningen. Det tilbud entreprenøren fremsatte ble ikke akseptert. Diskusjonen er dessuten ikke lenger aktuell da mengdene hørte til hovedlinjen 10100 og dermed noe annet enn linje 40300, som endringsvarselet gjelder.

Subsidiært anføres at prosess 22.11. uansett dekker flåspregning gjennom måleregelen. Se også kontraktens kapittel D2 punkt 21 hvor det fremgår at entreprenøren ikke kan påberope avvik med mindre det foreligger markert avvik som entreprenøren hverken kunne eller burde ha oppdaget før pristilbudet for arbeidene ble inngitt. Entreprenøren har fått fullt oppgjør gjennom prosess 22.11.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken fører frem.

Kravet knytter seg til at det skal ha blitt avdekket uforutsett fjell i grunnen i Kolsdalen etter at de andre sprengningsarbeidene der var avsluttet. Dette nødvendiggjorde det tilleggsarbeidet som kreves dekket gjennom endringsmeldingen.

Twisten gjelder om det er inngått avtale om tilleggsvederlag for sprengningsarbeidet eller om arbeidet var dekket gjennom prosess 22.11.

Det fremgår av entreprenørens revisjon 23. januar 2014 til endringsmeldingen, at arbeidet ble tilbudt utført til en pris av kroner 165 pr. m<sup>3</sup> og at byggherren samme dag svarte:

*BH ber entreprenøren føre mengdene på A-nota med ordinær sprengningsprosess. Differansen mellom tilbudt pris på kr. 165,- m<sup>3</sup> og kontraktpreis føres på T-nota.*

Ved entreprenørens revisjon 25. juni 2014 fremgår at:

*Det er ingen uenighet mellom partene vedrørende pris og mengde. Derimot ber Byggherre oss om å splitte mellom kontraktspris og tilleggspris. Vi kan ikke se at flåsprengning har en kontraktspost og setter hele beløpet inn på denne VOE. Vi ber om aksept på dette.*

Byggherren skrev i sin revisjon samme dag, den 25. juni 2014:

*Kravet avvises i sin helhet grunnet entreprenørens manglende vilje til å etterkomme BH's betingelser for tidligere tilbud.*

Det er enighet om at betingelsene det her vises til, er oppsplitting av faktureringen på henholdsvis a-nota og t-nota.

Lagmannsretten viser til at revisjonene fra partene den 23. januar 2014 tilsier at de var blitt enige om både mengde og pris for arbeidet, hvilket i denne sammenheng må anses å være de sentrale vilkår for å kunne konstatere at avtale var inngått om å utføre sprengningsarbeidet som tilleggsarbeid.

En slik forståelse støttes av Mona Mortensens forklaring. I følge Mortensen ble hun og Wilfred Aanonsen hos byggherren enige om at entreprenøren skulle utføre arbeidene som tilleggsarbeider. Lagmannsretten legger dette til grunn. Det bemerkes at byggherren ikke har ført Aanonsen som vitne for å forsøke å imøtegå Mortensens forklaring.

På bakgrunn av dette er det nærmest å forstå entreprenørens anmodning om *aksept* i revisjonen den 25. juni 2014, til å gjelde hvordan faktureringen for arbeidet i ettertid skulle skje. Det fremkommer etter lagmannsrettens syn imidlertid ikke tilstrekkelig klart av bevisføringen at byggherren hadde satt som vilkår for å inngå avtalen, at entreprenøren senere splittet faktureringen opp på en bestemt måte. En slik forutsetning måtte i så fall ha kommet klarere til uttrykk fra byggherrens side. Den senere uenigheten om fakturaføringen kan derfor etter lagmannsrettens syn ikke få betydning for vurderingen av om avtale ble inngått.

Lagmannsretten finner etter dette tilstrekkelig sannsynliggjort at byggherren har bundet seg ved avtale om å betale for det utføre arbeidet til den tilbudte pris.

Hvor sprengningen mer nøyaktig ble foretatt, om det skjedde i hovedlinja eller nær ved, eventuelt begge steder, er etter lagmannsrettens syn ikke avgjørende for vurderingen om at man uansett står overfor samme krav.

Det er heller ikke sannsynliggjort at kravet skal være gjort opp gjennom prosess 22.11.

Entreprenørens anke har ført frem slik at vederlaget fastsettes til 76 147 kroner.

### **Prosess 16.312 – Blottlegging av kabler som beholdes**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i sitt krav på 1 048 182 kroner for arbeid med blottlegging av 5 403 meter kabler i Fiskådalen, se dommen side 61-64. Tingretten var imidlertid enig med byggherren i at prosess 16.312 bare gjaldt for kabler som skulle holdes i drift gjennom anleggsperioden, og også beholdes etterpå. Det var således ikke grunnlag for dekning etter prosessen for den mengde entreprenøren krevde. Tingretten la imidlertid til grunn at byggherren avtalerettslig hadde akseptert mengden, og at entreprenøren hadde krav på vederlag etter det godkjente målebrevet for de utførte arbeider.

Byggherren har anket over bevisbedømmelsen og påstått seg frifunnet.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at prosess 16.312 bare gjelder kabler som skal være i drift, slik tingretten også har lagt til grunn. Tingretten tar imidlertid feil om at byggherren har akseptert mengden. En løsning med aksept av entreprenørens mengde forutsatte at VOE 1239 ble frafalt.

Subsidiært anføres at entreprenøren ikke har godtgjort at 5 403 meter kabel ble opprettholdt gjennom anleggsperioden.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det følger ikke av prosessens ordlyd at kablene må være i drift gjennom og etter anleggsperioden. Det er således irrelevant hvor lenge kablene skal beholdes. Mengdeangivelsen i kontraktgrunnlaget kan ikke vektlegges ved tolkningen da det var generell feilprosjektering av kabler/ledninger i Fiskådalen. Byggherren har uansett akseptert mengdene på 5 403 meter, jf. e-post av 25. mars 2015.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken ikke fører frem og viser til tingrettens begrunnelse som i det vesentlige også er dekkende for lagmannsrettens syn.

Således viser lagmannsretten til at Wilfred Aanonsen hos byggherren, i e-posten 25. mars 2015 til Erlend Raen hos entreprenøren, bl.a. skrev at:

*Her er en oppstilling jeg har gjort vedrørende sluttmålebrev der mengde nå er avklart med entreprenør og som er lagt «Til godkjenning»*

*.....*

|                                                                |                      |
|----------------------------------------------------------------|----------------------|
| <i>..... Sluttmålebrev Blottlegging av kabler som beholdes</i> | <i>5403 lm a</i>     |
| <i>kr. 194,-</i>                                               | <i>kr. 1 048 182</i> |

Aanonsen ba om at Raen bekreftet at mengden var riktig forstått, hvilket Raen gjorde ved å tilføye i sitt svar OK.

Imidlertid skrev Berg-Thomassen i e-post 19. mai 2015 til Mona Mortensen at:

*Jeg har sjekket med Wilfred igjen i dag. Det ble allerede 25. mars overfor entreprenør ved Erland Raaen presisert at aksept kun skjer under forutsetning av bortfall av krav i VOE1239. Erlend Raaen er også ved et senere høve minnet om dette, og han har gitt klart uttrykk for at det er forstått. Han kunne imidlertid ikke*

*godkjenne saken i ditt fravær, da du var i USA ved den siste avklaringsrunden iflg. Wilfred.*

*Da forholder saken seg slik at byggherren er villig til å akseptere en forståelse og anvendelse av prosess 16.312 som resulterer i det antall meter som målebrevet lyder på, men kun dersom entreprenør frafaller VOE1239.*

Lagmannsretten mener det er nærmest å forstå kontakten mellom partene slik at byggherren har gitt aksept for mengdene. Spørsmålet er dernest om aksepten ble gitt med forbehold om at entreprenøren frafalt VOE 1239.

Erlend Raen har i sin forklaring for lagmannsretten bestridt at Aanonsen, eller andre fra byggherren, på forhånd tok noe forbehold om at VOE 1239 ble frafalt for å godkjenne mengdene under prosessen. Raen forklarte videre at han tvert imot oppfattet e-posten fra Aanonsen slik at partene var blitt enige om mengden, og uten noen forbehold fra byggherrens side. Han ble først rundt to måneder senere kjent med at byggherren mente at det var tatt et slikt forbehold, hvilket Raen stilte seg uforstående til.

Byggherren har ikke ført Wilfred Aanonsen som vitne for eventuelt å kunne bekrefte opplysningene om at det ble tatt forbehold for godkjennelsen. Lagmannsretten finner etter dette ikke sannsynliggjort at et slikt forbehold ble formidlet til entreprenøren. Byggherren må etter dette anses bundet av sin aksept.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 1 048 182 kroner.

### **VOE 1239 – Vesentlig mengdeøkning 16.31 og 42.9-prosesser**

Tingretten ga ikke entreprenøren medhold i kravet på 1 285 658 kroner for justering av enhetspriser på grunn av vesentlige mengdeøkninger på prosessene 16.312, 16.315, 42.911, 42.912, 42.913 og 42.914, se dommen side 64-68. Tingretten begrunnelse for ikke å ta kravet til følge var at kravet ble fremsatt for sent, og at det således var prekludert etter kontraktens fristregler.

Entreprenøren har anket rettsanvendelsen og bevisvurderingen og påstår seg tilkjent 1 285 658 kroner.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Kravet er ikke prekludert. Kravet er varslet i tide. Varslingsplikten inntreffer først når entreprenøren har faktisk kunnskap og tid til å vurdere grunnlaget for kravet. Mengdeøkning ble generelt varslet den 9. juli 2013 i VOE 899 og spesifisert i VOE 1239 den 14. april 2014. Preklusjonsinnsigelsen er tapt ved at byggherren først har påberopt seg preklusjon i brev 18. mai 2015 etter å ha innlatt seg på realitetsdrøftelse ved å besvare

VOE 1239 den 11. september 2014 og uten å påberope seg preklusjon i sluttoppgjørstilsvaret, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 31.3 hvor det fremgår at innsigelser skal fremsettes da. Preklusjon er heller ikke anført i tilsvar til forliksklagen.

Det foreligger mengdeøkninger som i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha forutsatt slik at hele arbeidet får en helt annen karakter.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at kravet er prekludert. Entreprenøren må ha kjent til de faktiske forholdene i svært langt tid før VOE 1239 ble sendt. VOE 899 nevner ikke prosess 16.312 og 42.9, og varselet rekker ikke lenger enn de prosesser som fremgår der. Det bestrides at byggherren har påberopt seg preklusjon for sent. Realitetsdrøftelser medfører heller ikke automatisk bortfall av innsigelser.

Subsidiært anføres at det ikke er materielt grunnlag for kravet. Mengdeøkninger er i utgangspunktet ikke å anse som endringer, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1 og LH-2018-319115. Det var påregnelig med mengdeøkninger på grunn av prosjektets karakter i bynært strøk hvor man måtte forvente mer kabler og ledninger. Entreprenørens ansvar for håndtering av eksisterende kabler og ledninger etter kontraktens kapittel D2 punkt 25.6, må også vektlegges. Endringer i mengder kan dessuten ikke uten videre anses som uriktige opplysninger. Konsekvenser av entreprenørens eget driftsopplegg er entreprenørens risiko.

Atter subsidiær anføres at det ikke er grunnlag for entreprenørens beregninger. Kontraktens priser skal benyttes. Arbeidene er i det alt vesentlige likeartet med kontraktsarbeider, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1. Entreprenørens beregning er helt skjønnsmessig.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til samme resultat som tingretten, men på et annet grunnlag.

Det er ikke tvilsomt at det var store mengdeøkninger på de aktuelle prosesser i forhold til mengdeangivelsene i kontrakten. Lagmannsretten legger her til grunn entreprenørens opplysninger om mengdene som viser at det var en økning varierende fra 180 til 644 prosent.

Når det gjelder spørsmålet om mengdeøkninger gir grunnlag for beregning av tilleggsvederlag, tar lagmannsretten også her utgangspunkt i at byggherren har ansvaret for innholdet i konkurransegrunnlaget, og viser nærmere til redegjørelsen for dette ovenfor.

Kontraktens kapittel D2 punkt 25.6 peker blant annet på mulighetene for at mengdeangivelser vil kunne avvike fra de oppgitte mengder og plasseringer. Det fremgår om dette at:

*Registrerte kabler og ledninger o.l er vist på G-, H- og I- tegningene. Det kan ikke utelukkes at det finnes flere eksisterende kabler og ledninger, og at plassering av viste kabler og ledninger kan avvike fra vist plassering. Entreprenøren er ansvarlig for påvisning av kabler og ledninger samt øvrige installasjoner og for å ta hensyn til disse ved sine arbeider.*

Forbeholdet om at *det ikke kan utelukkes* at det finnes flere kabler og ledninger i grunnen, kan ikke lede til at entreprenøren måtte forutse så store mengdeøkninger som i dette tilfellet. Dette gjelder også etter lagmannsrettens syn selv om arbeidene skulle foregå i eldre bynært strøk hvor registreringene av kabler og lignende i grunnen ofte kan være mangelfull.

Spørsmålet er dernest om mengdeøkningene gir grunnlag for tilleggsvederlag. Dette reguleres i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4. Utgangspunktet etter punkt 28.4.1 er at de opprinnelige enhetsprisene legges til grunn. Dette gjelder også hvor endringen angår arbeider som i det alt vesentlige er likeartet med arbeider det er fastsatt enhetspriser for. Enhetsprisene kan da kreves justert for avviket, hvor justeringen skal reflektere de opprinnelige enhetsprisers prisnivå. Dersom forutsetningene for å anvende enhetsprisene er *forykket*, kan entreprenøren etter punkt 28.4.2, kreve tillegg i enhetsprisene for fordyrelsen. Det vises igjen til den innledende redegjørelsen ovenfor.

Slik lagmannsretten vurderer det, endres ikke arbeidets karakter på grunn av mengdeøkningene. Arbeidene er fremdeles lik de arbeider det er fastsatt enhetspriser for i kontrakten. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom store økninger i mengdene og økte kostnader. Økte mengder vil tvert om også kunne føre til reduserte enhetspriser. Som eksempel for prosjektet her kan vises til at entreprenøren reduserte enhetsprisen for flåsprengning i Kolsdalen på grunn av økte mengder.

Vanskelighetsgraden med arbeidet må anses priset inn i de enhetspriser som er gitt i anbudet. Forsinkelser og eventuelt plunder og heft som måtte følge av de økte mengdene, er krevd dekket gjennom andre endringskrav. Entreprenøren har ikke sannsynliggjort at arbeidene på grunn av mengdeøkningene har ført til kostnader som kan gi grunnlag for å øke enhetsprisene.

Byggherren frifinnes etter dette for kravet om tilleggsvederlag.

## **Prosess 21.3 – Avtaking av vegetasjonsdekke og matjord**

Tingretten ga ikke entreprenøren medhold i kravet om fjerning av vegetasjonsdekke og matjord etter prosess 21.3 på andre områder enn de som fulgte av stedkoden i prosessen, jf. tingrettens dom side 68 – 70. Kravet var opprinnelig på 2 523 714 kroner, men ble ifølge tingrettens dom endret under hovedforhandlingen til 1 087 454 kroner.

Tingretten la til grunn at anvendelsesområdet for prosessen ble begrenset av den anvendte stedkoden (gang- og sykkelvei i Hannevikdalen), selv om arbeidsbeskrivelsen i prosessen ellers gjaldt hele anleggsområdet, jf. prosessen bokstav a).

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Kravet for lagmannsretten oppgis nå å være 2 523 714 kroner, som opprinnelig for tingretten.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det følger av ordlyden i prosess 21.3 at den kommer til anvendelse over hele anleggsområdet. Det er ikke angitt noen spesiell beskrivelse som begrenser anvendelsen. Bruken av stedskode kan ikke føre til at prosessens anvendelsesområde skal tolkes innskrenkende. Uklarheter i kontrakten må gå ut over byggherren.

Subsidiært, dersom lagmannsretten mener at kontrakten riktig tolket kun gjelder i Hannevikdalen, anføres at det mangler en prosess for arbeidet som er utført andre steder, og entreprenøren har da krav på tillegg på grunn av uteglemt prosess. Det er byggherren som har risikoen for at alle relevante poster er medtatt. Arbeidet er faktisk utført, og det finnes ikke annen relevant post enn prosess 21.3 hvor dette kan prises.

Når det gjelder arealoppmålingen, har entreprenøren fulgt kontraktens regler. Entreprenøren er enig i at det skal gjøres fradrag for samme volum i prosess 25.51.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Proessen gjelder kun for den angitte stedskoden. Sted- og elementkodene brukt i tilknytning til prosessen, er her styrende.

Entreprenøren har fått fullt oppgjør for arbeider utført andre steder gjennom øvrige prosesser, blant annet prosess 25. Utgraving av jord skulle skje etter prosess 25 med underprosesser 25.3 (jordmasser til depot) og 25.51 (jordmasser til fyllplass kategori B og C).

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for entreprenørens beregninger for kravet. Det er usikkerhet knyttet til mengdene og det må gjøres fradrag for de masser som allerede er gjort opp på prosess 25.51.

## Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken fører frem.

Innledningsvis vises som nevnt ovenfor til at entreprenørens krav ble redusert under hovedforhandlingen i tingretten til 1 087 454 kroner. Det fremgår videre av entreprenørens reviderte sluttinnlegg for lagmannsretten, at dette beløpet også utgjør kravet i anken. Imidlertid er kravet i prosessfullmektigens disposisjon til innledningsforedraget og prosedyren angitt til 2 523 714 kroner, slik det opprinnelig lød for tingretten. Lagmannsretten legger til grunn at dette er en feilskrift, og at kravet for lagmannsretten er ment å være 1 087 454 kroner, da redusert for utbetaling etter prosess 25.51 som entreprenøren har akseptert skal komme til fradrag.

I prosess 21.3 bokstav a) beskrives omfanget av arbeidet slik:

*Omfatter fjerning av vegetasjonsdekke og matjord, inklusiv graving, opplasting, transport og tipping, overalt hvor de finnes innen vegområdet, og på arealer som skal benyttes for tilrigging, anleggsveger, sidetak, materialtak og tipp. Unntatt er eventuelle arealer angitt i den spesielle beskrivelsen. Denne prosessen gjelder for alle områder hvor det skal utføres skjæring og under fylling med fyllingshøyde lavere enn 3 m fra ferdig vegbane, og når terrenget skråner mer enn 1:6 i vegens tverretning eller i henhold til plan.*

Det er ingen spesiell beskrivelse til prosessen, men stedkodebetegnelsen som er brukt for arbeidet, A03 – A034, viser at prosessen bare gjelder for Hannevikdalen. En naturlig forståelse av prosesskodens ordlyd og system tilsier etter lagmannsrettens syn at prosessen da bare gjelder de beskrevne arbeider her.

Lagmannsretten legger til grunn at entreprenøren også har fjernet vegetasjonsdekke og matjord flere andre steder i anleggsområdet. Det vises her til forklaringen til Mona Mortensen og bildebevis som hun gjennomgikk under sin forklaring. Dette arbeidet dekkes etter lagmannsrettens vurdering ikke fullt ut gjennom andre prosesser. Byggherren har anført at arbeidet er gjort opp gjennom prosess 25, og særlig prosess 25.51. Prosessene gjelder imidlertid bare for fjerning av jord. Fjerning av vegetasjonsdekke omfattes ikke. Det må være byggherrens risiko at alle nødvendige arbeidsoperasjoner dekkes av prosesskodene. Når dette mangler her, er det mest nærliggende å benytte prosess 21.3 for prising av arbeidet.

Lagmannsretten finner ikke sannsynliggjort at entreprenørens beregning av mengdene er feil. Lagmannsretten legger også til grunn at det i entreprenørens krav er gjort fradrag for utbetalinger under prosess 25. Kravet tas etter dette til følge.

Entreprenørens anke har ført frem slik at vederlaget fastsettes til 1 087 454 kroner.

## **VOE 1000 – Vesentlig mengdeøkning på prosess 21.25, 21.26, 21.3 og 25.3 og 25.5**

Tingretten ga entreprenøren delvis medhold med 88 370 kroner av kravet om tilleggsvederlag på til sammen 1 508 019 kroner. Kravet bygget dels på endrede enhetspriser for vegetasjonsprosesser, og dels på krav om tillegg for bortkjøring av buskas og hogstavfall fra anleggsområdet, jf. dommen side 71 – 73. Når det gjelder kravet om endringer i enhetsprisene, fant tingretten ikke grunnlaget for dekning i prosess 21.3, da arbeidet etter tingrettens syn falt utenfor prosessen riktig tolket, jf. redegjørelsen for tingrettens vurdering under behandlingen av prosess 21.3 ovenfor.

Tingretten kom imidlertid til at det forelå vesentlige mengdeavvik i forhold til det byggherren burde forventet etter prosessene 21.25 (rydding og fjerning av buskas og hogstavfall) og 21.6 (rivning og fjerning av stubber og røtter). Ansvaret for mengdeøkningene mente tingretten skulle plasseres hos byggherren. Det tilkjente beløpet på 88 370 kroner dekker denne delen av kravet.

Derimot fant tingretten ikke grunnlag for tilleggskravet for bortkjøring av buskas og hogstavfall. Tingretten la til grunn at prosess 21.25 også omfattet dette arbeidet.

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen, og har krevd 1 508 019 kroner, det samme beløpet som for tingretten.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Anken gjelder avgjørelsen av kravet om justerte enhetspris for prosess 21.3 hvor det er krevd dekning med 384 142 kroner, og kravet om tillegg for bortkjøring fra anlegget av buskas og hogstavfall under prosess 21.25 med 1 225 000 kroner. Dette utgjør samlet det beløp som ble krevd for tingretten, 1 508 019 kroner. Selv om tingretten tilkjente 88 370 kroner av beløpet, skal det ikke gjøres fradrag fordi entreprenøren har oppdaget en regnefeil i det opprinnelige kravet som ville gitt et høyere restkrav. Det opprinnelige kravet opprettholdes derfor.

Mengdeøkningen for prosess 21.3 går langt ut over den risiko entreprenøren må bære. Mengden er økt fra 197 m<sup>3</sup> til 20 518 m<sup>3</sup>. Dette gir klart grunnlag for ny pris.

Det er beregnet en prisøkning på rundt 15 prosent på økte mengder over egenrisiko på 25 prosent, hvilket må anses moderat. Arbeidet får en helt annen karakter når det mangedobles.

Entreprenøren har lagt til grunn at buskas og hogstavfall i samsvar med vanlig praksis skulle samles utenfor vegområdet, slik at bortkjøring ikke var inkludert i prosess 21.25. I den parallelle prosessen 21.26 er det presisert at bortkjøring til deponi er inkludert, mens dette ikke er nevnt i prosess 25.25. Det må forventes lik beskrivelse hvis det skal være lik håndtering.

For prosess 21.25 er lagt til grunn en pris på rundt 19 kroner per m<sup>3</sup>, hvilket er moderat.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prosess 21.25 omfatter fjerning av buskas og hogstavfall fra anlegget, slik tingretten har lagt til grunn. Dersom lagmannsretten kommer til at arbeidet ikke er omfattet, anføres at kontraktens pris skal legges til grunn.

Det er ikke grunnlag for kravet om justerte enhetspriser etter prosess 21.3 som følge av mengdeøkning. Dersom lagmannsretten likevel kommer til dette resultat, aksepteres den enhetspris entreprenøren har brukt.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken delvis fører frem i forhold til tilleggskravet om dekning av arbeidet med bortkjøring av buskas og hogstavfall, men ikke for kravet om endrede enhetspriser som følge av mengdeøkning på prosesses 21.3.

I forhold til den delen av kravet som gjelder nye enhetspriser for prosess 21.3 med kroner 384 142, legger lagmannsretten til grunn at det har vært betydelige mengdeøkninger i forhold til hva entreprenøren kunne forutsatt ut fra kontraktsgrunnlaget. Det vises til redegjørelsen fra entreprenøren om mengdeøkningene som lagmannsretten legger til grunn.

Når det gjelder det rettslige utgangspunktet om risiko- og ansvarsfordelingen mellom partene i utførelsesentreprise, vises til Rt-2010-1345 avsnitt 55 og 56, Rt-2012-1729 avsnitt 3 og HR-2019-830-A avsnitt 34 og 35, samt drøftelsene ovenfor av tilsvarende problemstillinger. Det er etter dette ikke tvilsomt at det foreligger endring etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.

Spørsmålet er dernest om endringen gir grunnlag for økte enhetspriser etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 eller 28.4.2. Entreprenøren har her anført at den betydelige økningen av mengden har gitt arbeidet en helt annen karakter. Noen nærmere begrunnelse for at mengdeendringen har ført til kostnadsøkninger, kan ikke sees gitt.

Lagmannsretten viser for tilsvarende problemstilling til drøftelsen overfor under behandlingen av VOE 1239. Lagmannsretten mener at arbeidet med de økte mengdene er helt lik de arbeider som det er gitt enhetspriser for etter prosessen. Økning i mengder vil

ikke nødvendigvis føre til økte enhetskostnader ved like arbeider selv ved store volumendringer. Det er som nevnt heller ikke ført bevis for at mengdeøkningen har ført til fordyrelse som ikke er dekket gjennom andre krav, for eksempel krav om kompensasjon for forsinkelse. Lagmannsretten er ukjent med om endringen førte til høyere transportkostnader per enhet, høyere deponeringsavgifter, administrasjon eller lignende. Noen kalkyle for eventuelle fordyrelser er ikke fremlagt. Lagmannsretten tar etter dette ikke tilleggskravet til følge.

Når det gjelder tilleggskravet på 1 225 000 kroner for bortkjøring av buskas og hogstavfall fra anleggsområdet, er problemstillingen om prosess 21.25 dekker denne utførelsen.

Proessen punkt c) beskriver utførelsen av arbeidet hvor det angis at

*Avfallet skal samles og eventuelt fjernes der ikke annet er angitt i den spesielle beskrivelsen.*

Det er ikke gitt noen spesiell beskrivelse for denne prosessen. Man står da igjen med ordlyden om at avfallet *eventuelt* skal fjernes. Det fremgår ikke av dette at avfallet skal fjernes. Om bortkjøring fra anleggsområdet er inkludert i prosessen, er dermed uavklart etter prosessens ordlyd. Lagmannsretten legger til grunn som opplyst av entreprenøren, at vanlig bransjepraksis har vært å samle hogstavfall ved siden av veitraséen da det ofte vil kunne være trevirke som skal beholdes.

Videre viser lagmannsretten til at det i den tilsvarende prosessen for rivning og fjerning av stubber og røtter, prosess 21.26, uttrykkelig presiseres at slikt avfall skal leveres i deponi. Sammenhengen med denne nærliggende prosesskoden som gjelder likeartede arbeider, bidrar til å forsterke klarheten ved om prosess 21.25 også omfatter bortkjøring.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at den klarheten som prosess 21.25 etterlater av om bortkjøring fra anleggsområdet er inkludert i prosessen, må gå ut over byggherren. Grunnlaget for tilleggsvederlaget er dermed oppfylt.

Det finnes som nevnt ingen prosess for det aktuelle arbeidet. Arbeidet er likeartet med arbeidene etter prosess 21.26 (riving og fjerning av stubber og røtter), og kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 får anvendelse. Det vises nærmere om dette innledningsvis under lagmannsrettens vurdering. For prosess 21.26 er enhetsprisen 5,50 kroner per m<sup>2</sup>, og tilsvarende for prosess 21.25. Lagmannsretten benytter denne enhetsprisen ved utmålingen, i samsvar med byggherrens anførsel om at kontraktens pris skal legges til grunn. Mengden er i byggherrens prosedyredisposisjon oppgitt til 63 000 m<sup>3</sup>. En så stor mengdeangivelse i kubikkmeter anses ikke sannsynlig for dette prosjektet. Lagmannsretten legger til grunn at det må være en feilskrift for m<sup>2</sup>. Det vises til entreprenørens oppstilling i faktisk utdrag del 1 side 1534 og 1544. Vederlaget fastsettes etter dette til kroner 346 500.

Entreprenørens anke har dermed ført delvis frem slik at vederlaget for bortkjøring av buskas og hogstavfall settes til 346 500 kroner.

### **Prosess 25.51 – Jordmasser til fyllplass, kategori B og C (masser fra K55/K56)**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i sitt krav på 667 036 kroner for borttransportering av gravemasser fra miljøtunnelene i Hannevikdalen (K55/K56), jf. dommen side 73-77. Tingretten la til grunn at arbeidet skulle dekkes under prosess 25.51 og ikke etter rundsum-posten 83.64 (Andre typer støttevegger) slik byggherren påberopte. Tingretten viste til at selv om ordlyden i den spesielle beskrivelse i prosess 83.64 isolert sett kunne forstås slik at også bortkjøring av masser er inkludert i prosessen, stred dette med prosesskodens system og oppbygning. Det var dermed skapt en uklarhet som byggherren måtte ha risikoen for.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og påstått seg frifunnet.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Det er ikke uklarheter i konkurransegrunnlaget. Prosess 83.64 gjelder *Alle materialer og arbeider med etablering av sikker byggegrop*. Prosessen gjelder levering av komplett byggegrop, herunder bortkjøring av masse fra denne byggegropa. Stedkoden for prosessen er også i Hannevikdalen. Ordlyden er tilstrekkelig klar. Det er ingen stedkode for byggegropa i prosess 25.51. Tingrettens tolkning innebærer at entreprenøren får dobbelt betalt for graving/opplasting.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Ordlyden i prosess 25.51 viser at denne prosessen skal benyttes i forhold til byggegropa for Hanneviktunnelene. Det finnes ingen andre avstivede byggegrop i prosjektet. Prosess 83.64 gjelder avstivningssystemene i byggegrop, ikke utgravingen. Uklarheter må gå ut over byggherren. Det er unaturlig og i strid med systemet i prosesskoden om utgraving skal prises under prosess 83.64.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten er kommet til at anken ikke fører frem, og slutter seg til tingrettens begrunnelse for resultatet som det vises til. For øvrig bemerkes:

Kravet gjelder graving og transport av masser fra byggegropa for miljøtunnel i Hannevikdalen. Spørsmålet er om prisingen av arbeidene skal skje etter rundsumposten i prosess 83.64 eller etter mengdeposten i prosess 25.51.

Prosess 25.51 gjelder *uttak, opplasting, transport, tipping, utlegging og eventuell komprimering av jordmasser*, jf. bokstav a) i prosessen. Etter den spesielle beskrivelsen omfattes:

*..... alle løsmasser fra eksisterende vegfyllinger/forsterkningslag, byggegrop  
inkludert avstivede byggegrop, veglinjer, forgraving for spuntlinjer samt øvrige  
områder. Fjerning av midlertidigeveger inngår også.*

*.....*

*Proessen omfatter også alle ulemper ved graving inn mot stagavstivede spunter og  
graving innenfor eksist. innvendig avstivet spunkasser.*

Etter ordlyden i prosessen dekkes dermed graving og borttransportering av jordmasser. Det er særlig nevnt i den spesielle beskrivelsen at dette også gjelder for avstivede byggegrop. Det var ingen andre avstivede byggegrop i prosjektet her enn den aktuelle miljøtunnelen i Hannevikdalen. Prosess 25.51 dekker derfor etter lagmannsrettens syn det utførte arbeidet.

Prosess 83.64 er en underprosess til 83.6 som gjelder for spunt- og avstivningssystemer i løsmasser. 83.6-prosessene regulerer i utgangspunktet ikke utgraving av byggegrop, men regulerer alle arbeider med, og leveranser av, støttesystemene. I den spesielle beskrivelsen til prosess 83.64 – Andre type støttevegger – er det imidlertid under bokstav a) også nevnt utgraving av byggegrop:

*Proessen omfatter alle materialer og arbeider med etablering av sikker byggegrop  
for bygging av K55, K56 samt to fundamenter for K53 inkludert graving og  
sprengning.*

*.....*

*Entreprenøren står fritt til å velge metode for avstivning og utgraving av byggegropa  
samt plassering av eventuelle støttekonstruksjoner.*

Den spesielle beskrivelsen som er gitt kan forstås slik at alle arbeider med å etablere en byggegrop skal prises i prosessen, også utgraving og borttransportering av masser. Ordlyden fremhever imidlertid at det er arbeidene med å etablere en *sikker* byggegrop det her fokuseres på, og metoder for avstivning og støttekonstruksjoner av byggegropa. Dette samsvarer med 83.6-prosessene ellers som regulerer etableringen av støttesystemer for å sikre byggegropa. At også arbeidene med å grave ut og kjøre bort massene fra hele byggegropa skal omfattes av prosessen, kommer klart mer i bakgrunnen. Uklarheten forsterkes ved at prosess 25.51 dekker dette arbeidet eksplisitt. Ordlyden i den spesielle beskrivelsen til prosess 83.64 blir dermed svært utydelig på at det her gjelder en avvikende arbeidsbeskrivelse i forhold til prosesskodesystemet ellers. Dette kunne enkelt vært avklart

ved en nærmere presisering i prosessbeskrivelsen. Lagmannsretten er enig med tingretten i at den ukklarheten som er skapt må gå ut over byggherren, slik at arbeidene med graving og bortkjøring blir å dekke etter prosess 25.51.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 667 036 kroner.

## **VOE 1320 – Jordmasser til grøntanlegg**

Tingretten tilkjente entreprenøren 2 183 306 kroner av kravet på 5 398 146 kroner på grunn av økte transportkostnader av jord til fyllplass som følge av økte mengder i henhold til prosess 25.51, jf. dommen side 78 – 82.

Tingretten kom under tvil til at kravet var fremsatt i tide. Tingretten fant at mengdeøkningen ga grunnlag for justert enhetspris, men la til grunn en mindre mengdeøkning enn det entreprenøren hadde gjort gjeldende, og reduserte derfor kravet.

Begge parter har anket. For lagmannsretten er entreprenørens krav redusert til 4 725 708 kroner etter å ha foretatt en ny mengdeberegning.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at kravet er varslet for sent og dermed bortfalt, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1. Omtalen av kravet i VOE 899 datert 9. juli 2013 er kun en generell ytring om at kravet kommer senere, og er uansett for sent som varsel. VOE 1320 kom først 20. juni 2014, etter overtakelse, og gjaldt ikke prosess 25.51, men transport av jordmasser til grøntanlegg. Ved revisjon 9. september 2014 frafalles opprinnelige krav ved at det nå kreves dekning etter prosess 25.51. Entreprenøren har aldri oversendt det reviderte varselet. Det nye kravet ble først oversendt i brev 21. januar 2015.

Kravet er heller ikke tatt med i sluttoppgjøret og dermed også bortfalt på dette grunnlaget, kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 31.1.

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for å justere kontraktens enhetspriser. Kontraktens priser skal legges til grunn, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1. Eventuell justering må reflektere kontraktens opprinnelige prisnivå.

Atter subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for entreprenørens kalkulasjon av kravet som i praksis innebærer en konvertering til regningsarbeid. Deponiavgift inngår i prosess 41.171. Det er ikke sporbarhet av masser levert til Holskogen.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det foreligger en vesentlig økning av jordmasser som er transport til fyllplass. Økningen er på 207 prosent hvilket er en vesentlig overskridelse i forhold til det entreprenøren kunne forutsette. Det foreligger dermed en endring som gir grunnlag for endret enhetspris basert på virkelige merkostnader.

Kravet ble varslet gjennom VOE 899 den 9. juli 2013 som et nøytralt varsel, og varsel er således gitt i tide. Det er kun manglende nøytralt varsel som kan begrunne preklusjon. Retten til å påberope preklusjon er uansett tapt når slik innsigelse først ble fremsatt av byggherren i tilsvaret 12. juli 2016.

Entreprenørens kalkyle er basert på de virkelige merkostnadene. Utmålingen bygger på en mengdeøkning på 80 097 m<sup>3</sup> etter fradrag for 25 prosent som entreprenøren tar ansvar for selv. Det kreves 59 kroner for merutgifter pr. m<sup>3</sup>.

### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at entreprenørens anke delvis fører frem.

VOE 1320, datert 20. juni 2014, gjaldt opprinnelig ikke et krav etter prosess 25.51 om transport av jordmasser til fyllplass, men transport under andre 25-prosesser til ulike grøntanlegg på anlegget. Først ved en revisjon 9. september 2014 kom kravet etter 25.51 inn i endringsvarselet. Byggherren anfører at dette kravet er prekludert både etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1 og 31.1.

Det følger av punkt 28.3.1 at entreprenøren taper retten til å påberope seg et endringsarbeid som grunnlag for bl.a. ekstra betaling, dersom han ikke *uten ugrunnet opphold* skriftlig varslar byggherren om endringen. Entreprenøren anfører at endringsvarsel etter punkt 28.3.1 ble gitt første gang 9. juli 2013 ved VOE 899, mens byggherren mener denne ikke tilfredsstiller innholdskravet til et varsel og uansett er for sent fremsatt.

Byggherrens innsigelse om at VOE 899 ikke kan anses som et varsel, er at det er for generelt og upresist til å være et varsel om et rettslig krav.

Lagmannsretten viser til at kontrakten gir liten veiledning om hva et varsel etter punkt 28.3.1 skal inneholde. Ut fra formålet med varselet må det imidlertid etter lagmannsrettens syn beskrive hva som er endringen i forhold til kontraktsforpliktelsen, og så presist at det setter byggherren i stand til å vurdere tiltak og utstede endringspålegg etter punkt 28.2.

VOE 899 er gitt på det standardiserte skjemaet partene har brukt i prosjektet for bl.a. å varsle om endrings- og tilleggsarbeider, samt krav på dekning av merutgifter. Entreprenøren har i VOE 899 krysset av i skjemaet for at det gjelder *Krav*. Under rubrikken *Beskrivelse*

av endring vises til tidligere møter mellom partene hvor det er påpekt store mengdeoverskridelser i forhold til kontraktens mengder. Det fremgår dernest at

*Med de vesentlige overskridelser som er oppstått i prosjektet anser vi at merarbeidet må vurderes som tilleggsarbeid.*

Videre fremheves at blant annet prosess 25.51, jordmasser til fyllplass, har gitt *større konsekvenser i forhold til kostnadsbildet* og at man, under henvisning til punkt 28.4.2, vil komme tilbake til poster hvor forutsetningene for enhetsprisene ikke kan anvendes. Dernest er det i tillegg også krysset av i skjemaet for at entreprenøren vil *komme tilbake med kostnader for merutgifter når vi har oversikt over konsekvensene.*

Det fremgår etter lagmannsrettens syn klart av VOE 899 at entreprenøren her gjør gjeldende at det har vært endringer i form av store mengdeøkninger i forhold kontraktens forutsetninger, og at det gir entreprenøren grunnlag for et krav på tilleggsvederlag. Angivelsen av at det har vært store mengdeøkninger konkret i forhold til prosess 25.51, må anses presist nok i forhold til et varsel om endring og tilleggsvederlag etter denne prosessen, og lest i sammenheng mener lagmannsretten at endringsmeldingen klart nok tilkjenner at entreprenøren gjør gjeldende et slik krav. I denne sammenheng vises særlig til at entreprenøren har benyttet det av partene avtalte skjema for nettopp å fremme denne typen krav. Kravet må dermed anses påberopt i henhold til kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1, og grunnlaget tilstrekkelig identifisert og presisert i forhold til den aktuelle prosessen, til at byggherren også har hatt mulighet til å reagere etter punkt 28.2. Det kan ikke kreves at varselet skal inneholde en ytterligere spesifisering av kravets omfang.

Spørsmålet er dernest om varselet i VOE 899 er fremsatt i tide. Etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1 taper entreprenøren rett til ekstra betaling dersom han ikke skriftlig *uten ugrunnet opphold* krever at byggherren gir et endringspålegg etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.2. Et krav om endringspålegg skal fremsettes skriftlig når entreprenøren *mener* at arbeidet som kreves ikke er en del av hans plikter etter kontrakten. I dette ligger etter lagmannsrettens syn et krav om at entreprenøren må ha faktisk kunnskap om at arbeidene faller utenfor hans kontraktsforpliktelser. Fra dette tidspunkt vil fristen da begynne å løpe. Det vises nærmere til drøftelsen av dette spørsmålet ovenfor.

Arbeidet etter prosessen foregikk gjennom store deler av prosjektet. Det var en del av det løpende kontraktsarbeidet hvor endringen fremkom suksessivt etter hvert som økningen i mengdene påløp. Entreprenøren måtte i en slik situasjon innrømme en del tid til å registrere og vurdere mengdeøkningen i forhold til kontraktsgrunnlaget, men kunne ikke vente med å varsle til han fikk den fulle oversikten over kravet. Byggherren har ikke nærmere begrunnet på hvilket tidligere tidspunkt han mener entreprenøren fikk den nødvendige kunnskapen. Lagmannsretten er etter dette blitt stående ved at det ikke er

sannsynliggjort at entreprenøren har varslet for sent etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1.

Byggherren anfører dernest at kravet er falt bort fordi det ikke er tatt med i sluttoppgjøret. Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 31.1 annet ledd, med visse unntak som ikke er aktuelle her, at *slutfakturaen skal omfatte alle entreprenørens krav*, selv om de er fremmet tidligere. Hvis ikke skal kravene betraktes som frafalt.

Som nevnt gjaldt ikke VOE 1320 opprinnelig krav etter prosess 25.51 om transport av jordmasser til fyllplass, men omhandlet transport av jordmasser til grøntanlegg ifølge prosessene 25.22, 25.42 og 25.43. Den opprinnelige endringsmeldingen inneholdt heller ikke oppgaver over masser eller konkrete pengekrav for disse arbeidene, men opplyste at massene ville bli ført på A-nota og at ... *endelig volum [vil] tilsi om vi har en rettmessig grunn til å endre kontraktens pris. Tilleggspris vil da fremkomme i denne VOE.*

Da kravet etter prosess 25.51 ble fremsatt ved revisjonen 9. september 2014, ble samtidig mengdene for alle de nevnte prosessene oppgitt. Mengdeøkningen for prosess 25.51 var den klart største på 207 prosent i forhold til kontraktens mengder. Tilleggskravet etter denne prosessen ble angitt til kroner 5 398 146 og med en nærmere begrunnelse for hvordan beløpet fremkom. Samtidig opplyste entreprenøren at det likevel ikke ville bli krevd endrede enhetspriser for de øvrige prosessene.

Ved den nærmere vurderingen av om kravet etter prosess 25.51 var medtatt i sluttoppgjøret, har lagmannsretten ikke annet grunnlag å bygge på enn entreprenørens etterfølgende redegjørelse i brev av 26. mai 2015. Her refereres byggherrens innsigelser 1. desember 2014 til sluttoppgjøret slik:

*Entreprenør hevder i krav/faktura at beløpet er "Som angitt i VOE". Saken er at siste utgave av VOE ikke viser noe som helst beløp. Dessuten ser det ut til at mengder er tatt ut på A-nota jfr mottatte målebrev. For øvrig er dokumentasjonen fullstendig fraværende og det fremmes et RS-krav for forhold som angår konkrete kontraktsposter. Byggherren avviser at det er grunnlag for kravet. Byggherren har under enhver omstendighet ikke grunnlag for å vurdere størrelsen på et eventuelt krav. Kravet avvises.*

Lagmannsretten forstår bakgrunnen for innsigelsen slik at entreprenøren hadde fremsatt et krav i sluttoppgjøret med et konkret pengebeløp, *RS-krav*, og begrunnet dette med henvisning til den opprinnelige utgaven av VOE 1320 der det hverken fremgikk konkret beløp eller dokumentasjon for kravet.

Til det bemerket entreprenøren i sitt brev av 26. mai 2015 at

*Det er korrekt som byggherren angir at VOE1320, revisjon 9.9.14, ikke var lagt inn i eRoom. Byggherren gjorde oss først oppmerksom på dette i forbindelse med svar på slutt oppgjør den 1.12.14.*

Deretter redegjorde entreprenøren for kravet og oppsummerte slik:

*Krav i sluttoppgjør er et samlet beløp på kr 5.398.146,- og det opprettholdes.*

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at beløpet på 5 398 146 kroner var fremsatt som et krav i sluttoppgjøret. Dette beløpet er identisk med det eneste pengekravet i VOE 1320 etter revisjonen den 9. september 2014, og gjaldt dermed kravet etter prosess 25.51. Når byggherren ikke fant kravet i endringsmeldingen, skyldes det at entreprenøren feilaktig hadde vedlagt den opprinnelige utgaven der kravet ikke var omtalt.

Spørsmålet blir dermed om kravet kan anses *omfattet* av sluttoppgjøret når det er medtatt med et korrekt beløp, men hvor det som grunnlag for kravet er vist til en ikke oppdatert utgave av endringsmeldingen der kravet mangler. Ordlyden i kontrakten gir i seg selv ikke nærmere veiledning for dette spørsmålet.

Formålet med sluttoppgjøret er å sørge for identifisering av kravene for byggherren og legge til rette for en konstatering av mulige tvister innen rimelig tid. Byggherren har frist etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 31.3 for å gi sine innsigelser til sluttoppgjøret og må dermed gis tilstrekkelig grunnlag for å vurdere kravene. Det følger også av dokumentasjonskravet i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 24.1 at entreprenøren skal sende *spesifisert faktura som kan kontrolleres*... Disse hensyn tilsier en streng anvendelse av bestemmelsen og trekker i retning av at kravet ikke kan anses *omfattet* når grunnlaget for kravet ikke er fremsatt i tide. På den annen side må ikke kravene bli så strenge og rigide at entreprenøren på urimelig måte risikerer å tape sine krav, som kan være betydelige. Når kravet, som her, er fremsatt i tide med et korrekt beløp, men hvor begrunnelsen for kravet mangler fordi det er vist til en feil utgave av endringsmeldingen, er lagmannsretten under noe tvil blitt stående ved å anse kravet medtatt i sluttoppgjøret.

Ved vurderingen av om det foreligger en endring, tar lagmannsretten utgangspunkt i beskrivelsen i prosess 25.51 med de overordnede prosesser 25.5 og 25. Lagmannsretten legger til grunn entreprenørens beregning av mengdeøkningen, som under prosedyren ble korrigert til 99 689 m<sup>3</sup>, og som lagmannsretten ikke kan se er bestridt. Kontraktsmengdene er opplyst å være 37 205 m<sup>3</sup>. Det er således tale om slike vesentlige mengdeoverskridelser som entreprenøren ikke kunne forvente ut fra kontraktsgrunnlaget, og som byggherren må bære risikoen for. Det vises her til Rt-2012-1729 avsnitt 3 og HR-2019-830-A avsnitt 34 samt nærmere redegjørelsen som er gitt ovenfor. Etter lagmannsrettens syn foreligger det etter dette en endring i henhold til kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.

Mona Mortensen har forklart at forutsetningen for anbudsprisene var at entreprenøren kunne håndtere de relativt begrensede kontraktsmengdene internt, bl.a. til bruk i andre prosjekter. Som følge av den store mengdeøkningen fikk entreprenøren høyere kostnader til transport og deponi.

Byggherren har vist til at massene ikke kunne påregnes håndtert internt fordi det følger av prosessen at massene enten skal brukes i linja eller leveres til godkjent fyllplass.

Av den spesielle beskrivelsen i bokstav a) under prosess 25 følger at

*Massene som er definert som rene (B og C) kan benyttes i linja eller leveres til godkjent fyllplass skaffet av entreprenøren.*

Prosess 25.51 gjelder for masser i kategori B og C. Massene er kategorisert i kontraktens kapittel D2 punkt 16.22. Kategori B er ansett som rene masser. Kategori C er inndelt i C1 og C2, der C1-masser kan benyttes fritt, mens masser av kategori C2 bare kan benyttes innen anlegget etter kommunal godkjennelse eller leveres til deponi som var godkjent for mottak av lettere forurensende masser. Hvor stor del av massene som entreprenøren måtte forutsette var i kategori C2, har det ikke vært noen bevisførsel om. Lagmannsretten er også ukjent med om det faktisk var masser av denne kategorien i anlegget. Det er etter dette ikke sannsynliggjort at kategoriseringen av massene hindret bruk i andre prosjekter.

I den spesielle beskrivelsen i prosess 25.5 bokstav a) står det at

*Overskuddsmasser skal transporteres til fyllplass skaffet av entreprenøren.*

Lagmannsretten viser til at det her ikke kreves at fyllplassen skal være *godkjent*. Det er heller ikke definert hva som skal anses som *fyllplass*, slik at dette ikke utelukker en intern håndtering i andre prosjekter slik entreprenøren forutsatte. Entreprenøren pålegges heller ikke noen plikt til enten å levere til linja eller til godkjent fyllplass.

Lagmannsretten finner etter dette at entreprenøren ut fra kontraktsgrunnlaget kunne forutsette at massene som prosessen omhandlet, kunne håndteres internt.

Den store økningen i massene medførte at overskuddsmasser måtte leveres fyllplass som ga entreprenøren økte utgifter i form av transport og deponiavgifter. Lagmannsretten viser her til Mortensens forklaring, som legges til grunn. Sammenholdt med den betydelige mengdeøkningen, mener lagmannsretten at forutsetningene for å anvende enhetsprisene ble *forykket*, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2, og at entreprenøren har krav på det tillegg som fordyrelsen har medført, jf. drøftelsen ovenfor.

Byggherren har anført at deponiavgifter skulle vært medtatt i enhetsprisene. Det følger av den spesielle beskrivelsen bokstav a) i prosess 25, at alle avgifter skal være inkludert i

prisen. Lagmannsretten legger til grunn som forklart av Mortensen at anbudets enhetspris ikke inkluderte deponiavgift siden entreprenøren ut fra kontraktens mengdeopplysninger kunne håndtere mengdene på annet vis. Lagmannsretten viser til at der kontraktens forutsetninger for anbudsprisene endres slik at entreprenøren påføres økte utgifter, har entreprenøren etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2 krav på tillegg som fordyrelsen har medført. Lagmannsretten kan ikke se at deponiutgifter her skal vurderes annerledes fordi det av prosessen fremgår at slike utgifter skal inkluderes i enhetsprisene. Konsekvensene av at byggherren har risikoen for mengdeangivelsen må også omfatte ansvaret for økte deponikostnader som følge av avviket. Det kan ikke kreves at entreprenøren skal inkludere slik kostnader der han ut fra kontraktsgrunnlaget hadde en berettiget forventning om å kunne håndtere massene uten slike påslag. Dette må også være en fordel for byggherren i de tilfeller hvor forventningene lar seg oppfylle, da enhetsprisene vil bli lavere.

Entreprenøren har akseptert en egenrisiko, terskelhøyde, og krever tillegg for 80 097 m<sup>3</sup>.

Ut fra prinsippene om at justering av enhetsprisene skal baseres på kontraktens prisnivå, og hensyntatt hva entreprenøren kunne forutse ut fra kontraktsgrunnlaget, settes tilleggsvederlaget skjønnsmessig til 3 000 000 kroner.

Entreprenørens anke har dermed delvis ført frem slik at vederlaget settes til 3 000 000 kroner.

## **Prosess 26.11 og 32.62 – Opplasting og transport av stein**

Tingretten frifant byggherren for kravet på 2 862 212 kroner for opplasting, transport og tipping av sprengt stein etter prosessene 26.11 (sprengstein fra skjæring til fylling i linjen) og prosess 32.62 (masser fra tunneler til linja), jf. dommen side 82-85. Tingretten la til grunn at arbeidet skulle vært prissatt under hovedprosess 4 (grøfter, kummer og rør) og ikke i prosess 26.11 og 32.62 slik entreprenøren anførte.

Entreprenøren har anket og opplyst at anken retter seg både mot rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Hele beløpet på 2 862 212 kroner kreves tilkjent.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at tingretten har oppfattet problemstillingen feil. Det riktige er å spørre om arbeidene som er utført ligger innenfor prosess 26.11 og 32.62 riktig tolket. Ordlyden her er klar og dekker det utførte arbeidet. Tingretten har ved sin rettsanvendelse ikke vurdert at en rekke av 42-prosessene forutsetter bruk av stein fra anlegget uten at disse arbeidene er omfattet av ordlyden i disse prosessene. Følgelig må dette arbeidet avregnes enten etter 26.11 eller 32.62. Entreprenøren skal ha betalt for all stein som er lastet opp og transportert. Mengdene i kontrakten viser at prosessene 26.11 og 32.62 må brukes som

transportprosesser til bl.a. grøfter, natursteinsmurer med videre ellers går ikke mengdeberegningene i kontraktsgrunnlaget opp. Uklarheter i kontraktgrunnlaget må gå ut over byggherren.

Subsidiært kreves betalt for stein til prosesser som forutsetter bruk av stein fra anlegget. Det vises her til prosessene 42.15, 42.152 (delvis akseptert av byggherren), 71.171, 71.1721 og 81.632. Det subsidiære kravet utgjør 619 160 kroner, eventuelt 570 800 kroner dersom byggherrens mengdeberegning for prosessen 81.632 legges til grunn.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

42-prosessene inkluderer levering av stein uavhengig av om massene kommer utenfra eller er stedlige. Ordlyden her er klar. Kontraktens priser skal omfatte alle kostnader for utførelsen av arbeidet. Det vises til kontraktens kapittel D2 punkt 15, prosesskodens 4.3 og Rt-2012-1729. Prosessene må sees i sammenheng der 42-prosessene står på egne ben og inkluderer alle arbeidene som kreves dekket etter prosessene 26.11 og 32.62. Konkurranses grunnlaget er tilstrekkelig klart.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken ikke fører frem og viser til tingrettens begrunnelse som lagmannsretten slutter seg til. For øvrig bemerkes:

Kravet gjelder opplasting, transport og tipping av steinmaser som er medgått til rør- og ledningsgrøfter, murer og konstruksjoner. Tingretten har redegjort for innholdet i prosessene 26.11/32.62 og 42-prosessen på side 83 – 84 i dommen som det vises til. Lagmannsretten viser for øvrig til at både prosess 26.11 og 32.62 gjelder sprengstein *til linja*. Dette tilsier at sprengstein levert til andre formål faller utenfor. 42-prosessene beskriver på sin side omfanget til å gjelde blant annet:

*.... Eventuell opplasting og transport inkludert utlegging, til mellomlager, fyllplass eller til tipplass langs traseen... I de tilfeller hvor det innen anleggsområdet ikke finnes stedlige masser ..... som tilfredsstiller kravene til gjenfylling, omfatter prosessen transport og levering av massene....*

I den spesielle beskrivelsen til prosess 42, bokstav a), står det at:

*I prosessene for de enkelte arbeidsoperasjoner inkluderes alle leveranser og ytelser dersom annet ikke er nevnt i den enkelte prosess.*

I de enkelte 42-prosesser er det ikke anført å være gjort unntak for de arbeider det kreves dekning for etter prosess 26.11/32.62. 42-prosessene er komplette prosesser for grøfter, som også omfatter opplasting, transport og tipping av sprengstein, og enten massene

kommer fra anlegget eller leveres utenfra. Etter lagmannsrettens syn kan man ikke da trekke ut av 42- prosessene leveranser av sprengstein til dekning etter andre prosesser. Dette vil være i strid med prosesskodens system.

Heller ikke entreprenørens subsidiære krav om dekning av stein fra anlegget etter andre prosesser, finner lagmannsretten kan føre frem. Av overordnet prosess 42 bokstav a) følger at levering og transport skal være inkludert i enhetsprisen. Tilsvarende gjelder for prosess 71.1. Levering er også inkludert i prosess 81.632.

Byggherren blir etter dette å frifinne for dette kravet.

## **VOE 1003 – Sprengstein levert til anlegget (Steinavtalen)**

Tingretten ga entreprenøren delvis medhold med 6 214 125 kroner av kravet på 11 255 034 kroner om tilleggsvederlag for beregnet masseunderskudd av sprengstein i entreprisen, jf. dommen side 85-90.

Grunnlaget for entreprenørens krav er en særskilt avtale mellom partene inngått 24. november 2011 som senere er benevnt Steinavtalen. Bakgrunnen for avtalen var at det oppstod et akutt problem med å få kjørt ut steinmasser fra anlegget på grunn av kapasitetsproblemer ved mottakssteder byggherren hadde ansvaret for å skaffe. Partene inngikk da Steinavtalen hvor entreprenøren tok ansvaret for *massebalansen* i prosjektet, dvs. behovet for fjerning eller tilførsel av sprengstein. Tingretten tolket avtalen slik at byggherren på sin side påtok seg å gjøre opp masseoverskudd, eller underskudd, beregnet etter teoretisk volum.

Ved den teoretiske beregningen av massebalansen la tingretten til grunn entreprenørens fastsettelse av tilgjengelige sprengsteinsmasser på 204 320 pfm<sup>3</sup>, og foretok en *skjønnsmessig risikofordeling* mellom partene ved fastsettelsen av forbruket, som ble satt til 255 410 pfm<sup>3</sup>. Dette ga et teoretisk beregnet masseunderskudd på 51 082 pfm<sup>3</sup>. Tingretten la ved fastsettelsen av enhetsprisen til grunn at Steinavtalen måtte utfylles siden avtalen ikke hadde bestemmelse om enhetspriser, og fant å legge til grunn entreprenørens angivelse av en gjennomsnittspris per m<sup>3</sup> på 121, 65 kroner.

Begge parter har anket rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Byggherren har påstått seg frifunnet. Entreprenøren krever 11 255 034 kroner.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at entreprenøren etter Steinavtalen ikke skal ha noe tilleggsvederlag ved et eventuelt masseunderskudd i prosjektet. Entreprenøren kunne etter avtalen fritt disponere et eventuelt masseoverskudd, enten til knusing for videre bruk i prosjektet – og dermed få betaling gjennom kontraktens prosesser – eller til salg til andre prosjekter.

Entreprenørens tilnærming innebærer i så fall at det kan faktureres for arbeid som ikke er utført, hvilket er i motstrid med kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 26.1.2, som bestemmer at betaling skjer på bakgrunn av det som er utført og tilført anlegget. Videre ville risikobestemmelsen i Steinavtalen punkt 7 bli uten realitet og hele avtalen bare vært en oppside for entreprenøren.

Subsidiært anføres at et oppgjør skal beregnes etter et teoretisk masseregnskap hvor alle relevante poster må medtas i regnskapet, herunder masser til midlertidige veier. Dette viser at det ikke var masseunderskudd i prosjektet. Entreprenøren har heller ikke fremlagt dokumentasjon på at det faktisk ble kjøpt inn stein til anlegget.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Entreprenøren har krav på et teoretisk beregnet oppgjør for stein i henhold til avtalen, enten dette var et overskudd eller underskudd på masser. Betalingen for å overta risikoen for massebalansen ligger i at entreprenøren får betalt for det teoretiske selv om han klarer å håndtere massene internt.

Det foreligger et teoretisk beregnet masseunderskudd. Det er feil å gjøre et skjønnsmessig fradrag for masser som kunne vært gjenbrukt, slik tingretten har gjort.

I den grad Steinavtalen er uklar, er dette byggherrens risiko, jf. forfatterregelen.

Ved beregningen av vederlaget anvendes de enhetspriser som entreprenøren ga i sitt tilbud inntatt i VOE 1003. Prisene er ikke bestridt.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten drøfter først spørsmålet om Steinavtalen gir grunnlag for entreprenøren til å kreve tilleggsvederlag for dekning av teoretisk beregnet underskudd/overskudd av sprengsteinmasser til anlegget.

Steinavtalen har slik ordlyd:

*Under forutsetning av BH's aksept for entreprenørens fremlagte forslag/betingelser (se nedenfor), ville entreprenøren fra dags dato påta seg videre ansvar for massebehovet av sprengt stein. BH bemerket at det i de oppførte prosjekterte mengder kun var medtatt volum til de midlertidige veier som var vist i våre faseplaner.*

*Avklaring av forhold vedrørende massebehov/tipp plass/lagringsplass:*

1. *Sprengsteingsvolum til vegformål beregnes etter prosjekterte mengder i henhold til vegmodell og mengder oppgitt i tilbudsformular/vedlegg, med korrigering for avvikende utgravingsdybde (innmålt nivå).*
2. *I tillegg kommer det volum som entreprenøren fortløpende måler inn/beregner i forbindelse med midlertidige vegomlegginger utover tilbudets faseplaner.*
3. *Steinmasser som blir fjernet i forbindelse med flytting av ovennevnte midlertidige veger (punkt 2) faktureres iht. prosess 25.51. Gjelder også eksisterende veier mv., jf. prosess 25, spesiell beskrivelse pkt a), første avsnitt.*
4. *Sprengsteinsvolum som er medgått i forbindelse med tilleggsarbeider (VOE krav) kommer også i tillegg til de prosjekterte mengder (jf. punkt 1).*
5. *Mengdeøkning i forbindelse med omprosjektering i Hannevika medtas også i det totale massebehovet.*
6. *Under forutsetning av at ovenstående punkter – fra 1 til og med 5 – kommer til anvendelse, påtar entreprenøren seg ansvaret for fremtidig tipp plass for det overskytende volum av sprengt stein som er kjent pr dato.*
7. *Det faktiske over-/ eller underskudd til slutt er dermed entreprenørens ansvar å kjøre bort eller anskaffe/mellomlagre.*
8. *Beregnete teoretiske (målerregelstyrte/innmålte) over- eller underskuddsmasser skal legges til grunn for vederlaget entreprenøren skal ha oppgjort for iht. kontraktens prosesser.*

Det fremgår klart av punkt 8 at entreprenøren skal ha et vederlag basert på *Beregnete teoretiske ... over- eller underskuddsmasser*. Dersom vederlaget isteden var adgangen til fritt å disponere over eventuelle overskuddsmasser, slik byggherren anfører, måtte det ha fremkommet adskillig klarere av avtalens ordlyd. Avtalen ble, slik lagmannsretten forstår det, utarbeidet av partene i fellesskap hvor byggherren hadde full anledning til å presisere sin forståelse av hvordan vederlaget skulle fastsettes.

Muligheten for at det ville bli overskudd av masser i prosjektet, måtte dessuten på avtaletiden fremstått som usikkert og dermed som et utilstrekkelig vederlag for å påta seg ansvar for den videre massebalansen i prosjektet. Entreprenøren hadde allerede i brev av 15. november 2011 varslet byggherren om å stanse utkjøring av stein fra anlegget. Brevet er inntatt i tingrettens dom side 87. Varaset må forstås slik at entreprenøren så en fare for

at det ville oppstå en underbalanse av steinmasser. Entreprenøren hadde allerede forut for Steinavtalen fått byggherrens aksept på å bruke massene internt i prosjektet.

Punkt 7 i avtalen regulerer etter sin ordlyd kun ansvaret for den fysiske håndteringen av massene inn eller ut av anlegget ved et faktisk underskudd/overskudd, og har etter lagmannsrettens syn ikke betydning for vurderingen av hvilket prinsipp vederlaget skal beregnes etter.

Det at avdragsbetaling etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 26.1.2 gjøres opp etter faktisk utført arbeid, finner lagmannsretten heller ikke avgjørende for forståelsen av Steinavtalen. Den er inngått som en særskilt avtale for å løse et bestemt problem, og således må den forstås uavhengig av det øvrige avtaleverket mellom partene med mindre det henvises til dette i avtalen.

Etter lagmannsrettens syn må Steinavtalen etter dette forstås slik at den gir entreprenøren rett til vederlag beregnet ut fra teoretiske over- eller underskudd av masser, slik også tingretten har lagt til grunn. Spørsmålet er dernest om det foreligger et masseunderskudd og hvilke elementer som skal inngå i beregningen.

Ved masseberegningen tar lagmannsretten utgangspunkt i byggherrens hjelpedokument for tilgjengelige og forbrukte steinmasser, betegnet henholdsvis som FK-07-A og FK-07-B.

Byggherren har i FK-07-A lagt til grunn tilgjengelige masser på til sammen 431 001 m<sup>3</sup>.

På tilgangssiden er partene uenige om mengdeberegningen for prosess 32.11, herunder om mengdene for prosessene 32.121, 32.13 og 32.14 allerede er inkludert i prosessen. Grunnlaget for partenes uenighet er i stor grad knyttet til hvordan man skal forstå mengdeangivelsene for prosess 32.11 inntatt i hjelpedokument FK-06.

Lagmannsretten leser FK-06 slik at mengdene fra de tre nevnte underprosessene er inkludert i prosess 32.11, og derfor ikke kan medtas en gang til. Lagmannsretten legger her vekt på at samme mengder dels er oppført både under prosess 32.11 og en av de tre andre prosessene, og dels har de tre øvrige prosessene oppgitt mengder fra sammenfallende sprengingsprofiler som i prosess 32.11, hvilket tilsier at det er tale om samme volum. At det gjelder samme volum, følger også etter lagmannsrettens syn av prosesskodens system. Slik lagmannsretten forstår den innbyrdes sammenhengen mellom prosessene, gjelder prosessene 32.121, 32.13 og 32.14 spesielle sprengningsarbeider for deler av de masser som også inngår i prosess 32.11. Det er således tale om deler av samme volum.

Lagmannsretten tar etter dette utgangspunkt i den samlede mengden oppgitt for prosess 32.11 på 262 670 m<sup>3</sup>. Noen korrigering i dette volumet finner ikke lagmannsretten grunnlag for å gjøre. Dette innebærer en økning på 25 045 m<sup>3</sup> i forhold til byggherrens oppstilling.

Lagmannsretten er enig med byggherren i at prosessene 32.31, 32.32, 32.33, 3.191 og 32.192 øker massetilgangen av sprengt stein. Volumene er ikke inkludert i prosess 32.11 slik lagmannsretten forstår den fremlagte mengdeoversikten i FK-06.

Når alle sprengningsprosessene fra tunnel regnes med, må volumet under transportprosessen 32.62 trekkes ut slik byggherren har gjort, fordi de samme massene ellers ville blitt tatt med to ganger.

De øvrige prosesser er partene enige om inngår på tilgangssiden.

Byggherrens beregning av massetilgangen på 431 001 m<sup>3</sup> reduseres etter dette med 42 754 m<sup>3</sup> for prosessene 32.121, 32.13 og 32.14, og økes med 25 045 m<sup>3</sup>, som gir et tilgjengelig teoretisk beregnet volum på 413 292 m<sup>3</sup>.

Byggherren har lagt til grunn et beregnet forbruk på 447 090 m<sup>3</sup>.

Partene er uenige om steinmasser som ble kjørt til deponiet på Mjåvann skal inngå i forbruksberegningen. I følge Mona Mortensen ble massene overdratt til tredjemann som ledd i avtalen entreprenøren inngikk for å kunne deponere massene. Byggherrens syn om at massene likevel var tilgjengelige, er ikke underbygget. Lagmannsretten legger til grunn at også massene som ble kjørt til Mjåvann må regnes som forbrukt. Det gjøres derved et tillegg i forhold til byggherrens beregning med 10 828 m<sup>3</sup>.

Partene er videre uenige om prosess 45.152, 71.1722 og 81.632 inngår i forbruksberegningen. Byggherren anfører at det gjelder masser som er levert utenfra, og således ikke skal inngå i prosjektets massebalanse.

Lagmannsretten viser til at prosess 45.152 – *Gjenfylling, stedlige masser i veg* - tilsier at det skal benyttes masser fra anlegget, og at mengdene på 114 m<sup>3</sup> dermed må inngå på forbrukssiden.

I følge kontrakten hadde entreprenøren etter lagmannsrettens syn påtatt seg ansvaret for levering av steinmasser utenfra til prosessene 71.1722 og 81.632. Det vises til at 71-prosessene er komplette prosesser for etablering av murer, og gjelder dermed også levering av nødvendige masser. For prosess 81.632 fremgår under punkt a) at den omfatter levering. Steinmasser under disse prosessene holdes således utenfor beregningen av massebalansen i anlegget, slik også byggherren har gjort i sitt oppsett.

Etter overnevnte korrigeringer utgjør det samlede forbruket 458 032 m<sup>3</sup>. Redusert med tilgjengelige masser på 413 292 m<sup>3</sup> blir masseunderskuddet 44 740 m<sup>3</sup>.

Lagmannsretten har videre kommet til at gjenbruksmasser fra midlertidige veier ikke inngår i masseregnskapet. Det følger av Steinavtalen punkt 3 at masser som blir fjernet i

forbindelse med flytting av veier, skal faktureres særskilt etter prosess 25.51. Lagmannsretten forstår dette slik at gjenbruk av slike masser skal holdes utenfor masseregneskapet og dekkes fullt ut etter nevnte prosess. Dette samsvarer også med forklaringen til Harald Solvik om de drøftelser partene hadde i forbindelse med inngåelsen av avtalen.

I entreprenørens prosedyredisposisjon fremgår at tvisten om prosess 22.11 er av betydning for beregningen av masseunderskuddet. Det anføres at dersom byggherren får medhold i den tvisten, må underskuddet i steinregnskapet økes med 37 000 pfm<sup>3</sup>. Det er vist til faktisk utdrag del 1 side 2735 vedrørende de mengder som her er godkjent av byggherren. Dette dokumentet omhandler imidlertid ikke masser under prosess 22.11, men prosess 26.11. De masser som fremgår av disposisjonen finnes heller ikke igjen i dette dokumentet.

Det er i forhold til prosess 26.11 at lagmannsretten har behandlet tvist mellom partene som kan omfatte mengder i størrelsesorden som entreprenøren oppgir. Byggherren fikk her medhold, jf. ovenfor. Lagmannsretten legger til grunn at det dermed er prosess 26.11 som anføres som grunnlag for at masseunderskuddet må økes.

Tvisten vedrørende prosess 26.11 gjelder spørsmålet om hvilken prosess arbeidene skal prises etter, ikke hvor store mengdene er. Lagmannsretten ser ikke hvordan utfallet av denne tvisten da kan påvirke steinregnskapet.

Entreprenøren har lagt til grunn en gjennomsnittlig enhetspris på kroner 121,65 per m<sup>3</sup>. Enhetsprisen kan ikke sees bestridt av byggherren for lagmannsretten, og legger den til grunn.

Med et beregnet underskudd på 44 740 m<sup>3</sup> gir det et vederlag på 5 442 621 kroner.

Byggherrens anke har etter dette delvis ført frem slik at entreprenøren tilkjennes 5 442 621 kroner.

## **Krav under hovedprosessene 3 og 4**

### **Prosess 33.522 – Opp- og nedrigging for sikringsstøp, bak stuff**

Tingretten ga entreprenøren medhold i kravet på 293 360 kroner for støpearbeider i tunnel, jf. dommen side 92 - 93. Spørsmålet er om entreprenøren har krav på betaling etter prosess 33.522 når arbeidet ble utført på annen måte enn den prosjekterte. Det er enighet om at partene, etter forslag fra entreprenøren, avtalte en annen utførelse enn den som var beskrevet i kontraktsgrunnlaget, men at vilkåret var at byggherren ikke skulle betale noe mer for den alternative utførelsen. Tingretten kom til at kravet lå innenfor kostnadene for den opprinnelige løsningen, og tilkjente derfor beløpet fullt ut.

Byggherren har anket over bevisvurderingen.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Kostnadene med den utførte metoden har blitt dyrere enn den opprinnelige, og entreprenøren har derfor ikke krav på ytterligere betaling.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Den alternative løsningen ble ikke dyrere enn den prosjekterte, og kravet skal derfor dekkes fullt ut.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken ikke fører frem.

Det er på det rene at partene avtalte en annen fremgangsmåte for utstøp av tunnelvegg enn den prosjekterte. Istedenfor å rigge opp støpeskjold ble betongelementene til tunnelveggene brukt som forskaling for støpen. Dette gjorde det mulig for entreprenøren å drive tunnelen samtidig som støpearbeidene pågikk.

Det er også enighet om at partene hadde en felles forståelse om at vilkåret for den alternative utførelsen var at den ikke skulle koste byggherren mer enn den prosjekterte. Tvistepunktet nå er om kostnadene er blitt høyere.

Byggherren har i hjelpedokument FK-11 fremlagt en oversikt over kostnadsforskjellen mellom den opprinnelige og utførte støpemetoden. Kostnadene for den opprinnelige metoden er oppgitt til 1 491 160 kroner. Dette er partene enige om. Kostnadene for den alternative utførelsen har byggherren beregnet til 1 797 600 kroner. Partene er her uenige om kostnader på 482 000 kroner til pallesprengning av kryssende tunnellop ville blitt nødvendig også ved den prosjekterte utførelsen. Det er videre uenighet om behovet for ekstra bolter med 80 000 kroner og størrelsen på de beregnede omprosjekteringskostnadene på 120 000 kroner.

Lagmannsretten mener at også den opprinnelige løsningen hadde gjort det nødvendig med tilsvarende pallesprengning av kryssende tunnellop. Det vises til entreprenørens brev av 14. desember 2012 hvor prosjektert minimumshøyde mellom tunnelene er oppgitt til ca. 0,77 m, og at geologisk betinget utfall hadde redusert minimumshøyden ytterligere til 0,29 meter. Disse høydene er ikke bestridt. Det er etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt at selv ved en minsteavstand på 0,77 meter ville tilsvarende pallesprengning vært påkrevd også for den prosjekterte utførelsen.

Når kostnadene på 482 000 kroner for den gjennomførte pallesprengingen trekkes ut ( $1\,797\,600 - 482\,000 = 1\,315\,600$ ), blir den gjennomførte metoden rimeligere enn den opprinnelige. Entreprenøren har dermed krav på resterende utbetaling etter kontraktens prosesser, hvilket er oppgitt til 293 360 kroner.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 293 360 kroner.

### **Prosess 34.4911 – Avstivningsvinkler**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i sitt krav på 559 170 kroner for montering av avstivningsvinkler på bolter som fester tunnelelementer til bergveggen, jf. dommen side 93 - 95. Tingretten fant at måleregelen i prosessen tilsa at entreprenøren hadde krav på det som var faktisk utført, og at entreprenøren ved dette ikke ensidig hadde utnyttet toleransene i prosessen.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Med mindre det er geologisk betinget utfall så skal det ikke være større avstand mellom bakkant element og teoretisk sprengningsprofil enn 800 mm som er toleransemålet fremkommet i prosess 34.4. Prosess 34.4911 om bruk av avstivningsvinkler, er dermed bare aktuell dersom forhold ved fjellet krever det, men ikke ved forhold som skyldes entreprenørens utførelse. Entreprenøren skal levere tunnelen i tråd med teoretisk sprengningsprofil. Byggherren har gitt fullt oppgjør der avstand mellom bakkant element og teoretisk sprengningsprofil overstiger kontraktens toleranser, og dette skyldes forhold som byggherren bærer risikoen for.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Måleregelen i prosess 34.4911 sier at mengden måles som montert lengde vinkelprofil. Mengden er byggherrens risiko. Byggherrens tolkning er i praksis en annen regel, nemlig prosjektert lengde. Overordnet prosess 34.4 angir at avstanden skal måles mellom bakkant element og fjell, ikke teoretisk sprengningsprofil. Det er umulig å drive tunnel slik at faktisk og teoretisk sprengningsprofil blir lik. Formålet med prosessen er å avstive boltene der det er stor avstand mellom bakkant veggelement og feste i den andre enden. Entreprenøren har ikke feilsprengt.

## Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken ikke fører frem.

Av prosess 34.491, overordnet prosess til prosess 34.911 om avstivningsvinkler L 90x90x9 mm som er den aktuelle prispåbærende posten, angis i den spesielle beskrivelsen bokstav a) at:

*Prosesen gjelder avstivning av bolter for vann og frostsikring hvor fri avstand mellom bakkant element og teoretisk sprengningsprofil overstiger avstanden der boltene kan monteres uten avstivning.*

Prosesen oppgir at målepunktene for toleranseavstanden er fra bakkant element til teoretisk sprengningsprofil, men sier ikke selv hvor stor denne avstanden skal være. Toleranseavstanden er gitt i prosess 34.41:

*Ved større fri avstand mellom bakkant veggelement og fjell enn 800 mm ved ø25 mm bolter og 1300 mm ved ø32 mm bolter, skal veggelementboltene knekkavstives.*

Det er enighet om at det her er avstanden på 800 mm som skal legges til grunn. Prosesen angir imidlertid at avstanden skal måles mellom bakkant element og fjell, og ikke til teoretisk sprengningsprofil slik det fremgår av prosess 34.491. Det er således en uoverensstemmelse i de oppgitte målepunkter i den faste overordnede prosessen 34.41 og den spesielle beskrivelsen i prosess 34.491.

Lagmannsretten viser til at avstanden mellom bakkant element og den teoretiske sprengningsprofilen er prosjektert til 0,45 meter, jf. blant annet hjelpedokumentet FK-13. Den teoretiske sprengningsprofilen er konstant, og tunnelelementenes plassering i forhold til den teoretiske sprengningsprofilen vil neppe være større enn 0,45 meter da tunnelåpningen i så fall ville blitt mindre enn prosjektert. Ut fra dette vil det aldri være behov for å bruke avstivningsvinkler når toleranseavstanden er gitt til 800 mm. Det har derfor liten mening når det i den spesielle beskrivelsen i prosess 34.491 angis at avstivningsvinkler skal brukes der avstanden til den teoretiske sprengningsprofilen overskrider dette toleransekravet.

Til tross for den klare ordlyden, taler det for å forstå prosess 34.491 slik at det er avstanden mellom bakkant element og fjell, slik som angitt i den overordnede prosessen, som skal anvendes som målepunkter for toleranseavstanden. Formålet med bruken av vinkelprofiler tilsier også at det er avstanden til fjell og ikke den teoretiske sprengningsprofilen som må være avgjørende. Det er behovet for avstivning av boltene der avstanden mellom tunnelelementer og fjell er blitt for stor, som betinger bruken. Det vil aldri kunne sprenges likt med en teoretisk profil.

Måleregelen støtter også et slikt syn. Det følger av den spesielle beskrivelsen bokstav x) til prosess 34.4911 at mengden skal måles som montert mengde vinkelprofiler, og ikke i forhold til en prosjektert lengde, hvilket ville vært situasjonen om det var avstanden til den teoretiske sprengningsprofilen som var avgjørende.

Den uklarhet som her er skapt ved den spesielle beskrivelsen for prosessen, må gå utover byggherren.

Utmålingen av vederlaget er for øvrig ikke omtvistet.

Entreprenørens vederlag fastsettes som for tingretten til 559 170 kroner.

### **VOE 1325 – Eksisterende kummer**

Tingretten ga ikke entreprenøren medhold i kravet om vederlagsjustering med 64 995 kroner for heving av eksisterende kummer mer enn 1 meter, jf. dommen side 108 - 110. Tingretten la til grunn at kravet var for sent fremsatt, og dermed prekludert etter kontraktens bestemmelser. Tingretten tok ikke til følge entreprenørens anførsel om at byggherren hadde påberopt seg preklusjonsinnsigelsen for sent.

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

For lagmannsretten er preklusjonsinnsigelsen frafalt under prosedyren, og partene er enige om at det foreligger en endring. Tvisten gjelder nå kun hva som er et korrekt prisnivå.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Det er kontraktens enhetspriser som skal legges til grunn, eventuelt justert, men der justeringen skal reflektere de opprinnelige enhetsprisene.

Entreprenørens krav, som er basert på VOE 1064, innebærer en ny pris uten støtte i kontrakten. Ved justering av prisen vil prosess 46.931 gi fullt oppgjør, og byggherrens aksept på 45 000 kroner dekker dette.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Heving av kum inntil 1 meter er regulert i prosess 46.9311. Heving ut over dette er ikke omfattet av prosessen eller kontrakten ellers. Det koster vesentlig mer å heve kummer høyere enn 1 meter. Betongforlengere er dyrt materiale, og det blir ikke likeartet arbeid som ved heving inntil 1 meter. Entreprenørens priser er hentet fra VOE 1064 som er akseptert av byggherren, og hvor samme type materiale er brukt.

### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken fører frem.

Prosess 46.9311 gjelder kostnaden ved å heve en kum opp til 1 meter. Den dekker etter sin ordlyd ikke heving over 1 meter. Det finnes ikke en prosess for dette arbeidet. Arbeid med å heve en kum over 1 meter anses imidlertid vesentlig likeartet med arbeidene for å heve en kum opptil 1 meter, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 og anvendelsen av denne bestemmelsen ovenfor. Entreprenøren har etter dette krav på å få enhetsprisen justert for avviket.

Prosess 46.9311 angir ikke dimensjonene på kummene som skal prises etter denne prosessen. Ved justering for avviket må det hensyntas at kostnadene øker vesentlig ved større dimensjoner og om kummene bare skal økes så vidt over 1 meter eller om økningen er betydelig høyere, f.eks. 2 eller 3 meter. Etterbestillingskostnader er også et fordyrende element ved avviket.

Når det gjelder den konkrete utmålingen tar lagmannsretten utgangspunkt i entreprenørens beregning som bygger på omforente priser i tilknytning til VOE 1064, og finner ikke grunn til å fravike dette nivået ved justeringen for avviket.

Entreprenørens vederlag fastsettes etter dette til 64 995 kroner.

### **Diverse endringskrav for arbeid med kummer (VOE 1326, VOE 1333 og VOE 1340)**

Under dette punktet behandles kravene fremsatt i VOE 1326, VOE 1333 og VOE 1340 som gjelder arbeider knyttet til VA-kummer og trekkekummer.

Tingretten frifant byggherren for alle kravene med den begrunnelse at de var for sent fremsatt og dermed prekludert etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5 og 28.3., jf. dommen side 108 – 115. Tingretten la videre til grunn at byggherren hadde påberopt seg preklusjonsinnsigelsen i tide, og viste til kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Det kreves tilleggsvederlag etter VOE 1326 med 880 675 kroner, 373 760 kroner etter VOE 1333 og 364 663 kroner etter VOE 1340.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Kravene er fremsatt i tide og således ikke prekluderte. Uansett så har byggherren vært for sen med å påberope seg at kravene er varslet for sent, slik at preklusjonsinnsigelsene er tapt.

Lagmannsretten finner for sitt resultat ikke nødvendig å gjengi anførselene knyttet til det materielle grunnlaget for kravet.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Kravene er fremsatt for sent og således prekludert etter kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1. Det bestrides at byggherren ikke i tide har påberopt seg preklusjonsinnsigelsen.

Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, gjengis ikke de deler av byggherrens påstandsgrunnlag som knytter seg til det materielle kravet.

### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til samme resultat som tingretten og kan i det vesentlig slutte seg til tingrettens begrunnelse.

Således vises til at alle endringsmeldingene er oversendt etter at anlegget ble overtatt den 18. juni 2014. VOE 1326 er datert 4. juli 2014 og de to andre endringsmeldingene er begge av 29. juli 2014. Byggherren avviste 3. november 2014 alle kravene som for sent fremsatt.

Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1 at entreprenøren skal varsle en endring *uten ugrunnet opphold*. Det fremgår ikke fra hvilket tidspunkt fristen regnes. Lagmannsretten legger til grunn at fristen regnes fra det tidspunkt entreprenøren fikk faktisk kunnskap om avviket. Entreprenøren kan imidlertid ikke vente til han får full oversikt over kravets omfang. Han må varsle når han har slik kunnskap at han er klar over at det foreligger en endring. Det vises til drøftelsen overfor om dette.

Det ligger i kravet om *uten ugrunnet opphold* at varselet skal gis umiddelbart, og at enhver forsinkelse må være begrunnet, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett, side 267.

Kontrakten stiller i seg selv ikke krav til innholdet i varsler etter kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.1. Ut fra formålet med varselet, må det imidlertid etter lagmannsrettens syn være så vidt presist at det setter byggherren i stand til å identifisere endringen for å kunne vurdere tiltak og utstede endringspålegg etter punkt 28.2.

Entreprenøren har anført at slikt rettidig varsel i forhold til VOE 1340 ble gitt ved VOE 899 den 9. juli 2013. Som tidligere nevnt inneholder denne varsel om mengdeøkninger. Det varsles om .... *store mengdeoverskridelser i forhold til kontraktens mengder» og «... mange poster hvor akkumulerte mengder er vesentlig høyere enn ved inngåelse av kontrakt.* Dernest fremholdes at:

*Blant disse postene er det noen som gir større konsekvens i forhold til kostnadsbildet enn andre. Vi vil her nevne bl.a;*

*Prosess 25.51 Jordmasser til fyllplass*

*Prosessene 26.5 og 32.6 Sprengt stein fra anlegget til KMV og Vige/Kongsgård*

*Prosess 42.171 Fjerning av overskuddsmasser til fyllplass*

*Prosess 15 og underprosesser Riving og fjerning*

*Tidligere har vi i brev av 23.05.13 varslet om en betydelig overskridelse i prosessene vedrørende anleggsgjerder, betongelementer og miniguard.*

*For øvrig må ikke listen betraktes som uttømmende.*

Lagmannsretten har tidligere drøftet om innholdet i varselet var tilstrekkelig i forhold til prosess 25.51. Som da nevnt fant lagmannsretten at den konkrete henvisningen til denne prosessen var tilstrekkelig til å oppfylle kravet. Entreprenøren gjør i forhold til VOE 1340 gjeldende at varselet også må anses tilstrekkelig under henvisningen til forbeholdet om at *For øvrig må ikke listen betraktes som uttømmende.* Etter lagmannsrettens syn er imidlertid et slikt varsel for generelt til å tilfredsstille innholdskravet. Det gir ingen veiledning for byggherren til å kunne identifisere hvilke arbeider eller mengder det her er tale om. Byggherren har etter et så generelt varsel ikke muligheter til å vurdere tiltak eller utforme og gi pålegg om endring. VOE 899 kan derfor etter lagmannsrettens syn ikke anses som fristavbrytende i forhold til krav etter VOE 1340.

For samtlige endringsmeldinger anfører entreprenøren at han først i forbindelse med mengdeavregningen i sluttoppgjøret ble kjent med forholdene som begrunner kravene, og at de deretter ble varslet umiddelbart.

Ved VOE 1326 varsles manglende prosess for graving i forbindelse med høydejustering av eksisterende VA-kummer. Etter lagmannsrettens syn er det mest sannsynlig at forholdet ble avdekket ved avregning og registrering ved tilbakefylling av masser. Dette arbeidet må ha foregått i god tid forut for mengdeavregningene. Entreprenøren opplyste i VOE 1162 at 78 prosent av arbeidene med VA og kabler i Fiskådalen var *ferdigstilt* per 1. september 2011. Med et forsvarlig kontrakthåndteringssystem er det ikke grunn til at entreprenøren da unngikk å registrere avviket.

Etter lagmannsrettens syn kan entreprenøren etter dette ikke høres med at han først ble kjent med avviket etter at anlegget var overlevert og arbeidet med mengdeavregningen pågikk. Det har mest sannsynlig gått slik tid fra entreprenøren ble kjent med endringen til endringsmelding ble gitt, at kravet til *ugrunnet opphold* ikke er overholdt, uten at lagmannsretten finner det nødvendig å fastsette tidsbruken nærmere.

Lagmannsretten kan ikke se at det har betydning at arbeidene uansett måtte utføres, og at preklusjon her er urimelig, slik entreprenøren har gjort gjeldende. Varslingsreglene skal ivareta hensynet til at byggherren raskt kan identifisere avviket og ta nødvendige grep for å ivareta sine interesser, bl.a. for å søke å redusere kostnader. På grunn av for sen varsling er byggherren blitt avskåret fra denne muligheten. Preklusjonsreglene er en del av det kontraktgrunnlaget entreprenøren har akseptert, og som balanseres ved at tap også vil kunne ramme byggherren etter andre bestemmelser i kontrakten. Det å åpne for å fravike preklusjonsregelen i forhold til entreprenøren, vil dermed endre balansen i kontraktsforholdet. I tillegg kommer at de strenge preklusjonsreglene vil miste sin effektivitet og forutberegneligheten vil bli svekket.

VOE 1333 gjelder manglende prosess for heving av nye trekkekummer. Lagmannsretten finner det mest sannsynlig at entreprenøren fikk kunnskap om avviket da arbeidet med å legge kabelkanalene ble utført, og avregning og registrering da ble foretatt. Etter lagmannsrettens syn skjedde dette på et tidspunkt i god tid forut for mengdeavregningene. Også her vises til entreprenørens redegjørelse i VOE 1162 om at 78 prosent av kabelarbeidene i Fiskådalen var ferdigstilt per 1. september 2011. Entreprenøren kan da ikke høres med at han først fikk den nødvendige kunnskapen etter at anlegget var overlevert. Kravet til varsel uten *ugrunnet opphold* er dermed oversett, uten at lagmannsretten finner grunn til nærmere å fastsette tidsbruken.

Ved VOE 1340 har entreprenøren varslet krav om nye enhetspriser på grunn av mengdeøkninger, i det vesentlige på eksisterende kummer. Det er vist til at arbeidet var noe av det siste som ble utført våren 2014.

Av endringsmeldingen fremgår at kravet er basert på priser fra VOE 1064. Av revisjonen til denne endringsmeldingen 8. februar 2014, fremgår at entreprenøren da var i ferd med å ferdigstille prosjektet. På dette tidspunkt må entreprenøren hatt en relativt god oversikt over arbeidene og omfanget av disse. Som nevnt kan det ikke kreves at entreprenøren skal kjenne det fulle omfang av avviket før plikten til å varsle inntre. Mest sannsynlig hadde entreprenøren derfor den nødvendige kunnskap tidlig på våren 2014, og i god tid før overlevering av anlegget og arbeidet med mengdeavregningene startet. Heller ikke her kan entreprenøren høres med at han først fikk kunnskapen i forbindelse med mengdeavregningene. Endringsmeldingen er dermed fremsatt for sent og kravet er prekludert.

Entreprenøren har gjort gjeldende at byggherren har svart for sent på varselet, og at adgangen til å gjøre preklusjonsinnsigelsen gjeldende dermed er falt bort.

Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.2 at når byggherren mottar et skriftlig krav om endringspålegg *i henhold til 28.3.1*, skal han uten ugrunnet opphold enten gi pålegg om endring eller skriftlig begrunne avslag på entreprenørens krav. Gjør han ikke det innen fristen, anses entreprenørens krav om at arbeidet ligger utenfor kontrakten som akseptert, jf. punkt 28.3.3.

Det som utløser byggherrens handleplikt er som nevnt et varsel *i henhold til 28.3.1*. Etter ordlyden innebærer det at varselet må ha et slikt innhold som beskrevet i punkt 28.3.1 og det må være avgitt *uten ugrunnet opphold*. Det vises om dette til den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405 punkt 20.6 og Kolrud m.fl., kommentarutgave side 239. Det vises også til den tilsvarende bestemmelsen i NS 8407 punkt 32.3 og Nordtvedt m.fl., Kommentarutgave side 469 hvor det følger at byggherrens svarplikt bare utløses når varselet oppfyller vilkårene i 32.2.

Lagmannsretten har forstått entreprenøren slik under prosedyren at det er de alminnelige passivitetsvirkninger og lojalitetsprinsipper som påberopes som grunnlag for anførselen om at byggherren har påberopt seg preklusjonsinnsigelsen for sent. Det anføres således ikke at kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.3.3 kommer direkte til anvendelse, men kun at bestemmelsen får betydning for de vurderinger som skal foretas etter de nevnte regelsett.

Når det gjelder utgangspunktet for passivitetsstandarder ved reklamasjon, har Erik Monsen i Jussens Venner 2010 side 147 – 203 formulert spørsmålsstillingen til å være om debitor har ventet urimelig lenge med å påberope seg for sen reklamasjon. Lagmannsretten legger det samme rettslige utgangspunkt til grunn ved vurderingen her.

Det gikk fra rundt 3 ½ - 4 måneder før byggherren avviste kravene som for sent fremsatte. Anlegget var allerede overlevert, arbeidene var utført og entreprenøren hadde ikke da slikt behovet for rask avklaring som kontraktbestemmelsene ellers legger opp til. Videre var det i denne perioden fremsatt en rekke tilleggskrav som byggherren måtte gjennomgå. Tilleggskravene ble dessuten fremsatt i juli måned hvor det er grunn til å tro at kapasiteten hos byggherren var redusert som følge av feriefravær. Samlet sett er lagmannsretten kommet til at byggherren ikke ventet urimelig lenge med å avvise kravene som prekluderte. Hverken de alminnelige passivitetsregler eller lojalitet i kontraktsforhold, kan føre til at byggherrens preklusjonsinnsigelse ble for sent fremsatt.

Byggherren blir etter dette å frifinne for disse kravene.

## **VOE 926 – endringer av OPI-kanaler**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i sitt krav på 2 882 379 kroner begrunnet i nye enhetspriser som følge av endret utførelse av OPI-kanalene (kabelkanaler), jf. dommen side 116 – 120. Tingretten la til grunn at mange endringer forrykket forutsetningene for å

anvende anbudets enhetspriser, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Tingretten la entreprenørens beregninger av nye priser til grunn for utmålingen. Byggherrens anførsel om at kravet var prekludert, førte ikke frem.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen. For lagmannsretten er ikke preklusjonsinnsigelsen opprettholdt.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at de faktiske forhold ikke avvek fra det entreprenøren burde tatt i betraktning. Entreprenøren må tåle at arbeidet blir mer byrdefullt å gjennomføre. Det er gitt fullt oppgjør som kontraktarbeid for det arbeidet med OPI-kanalene som har kommet til utførelse.

Subsidiært, dersom lagmannsretten kommer til at forholdet utgjør en endring, anføres at entreprenørens krav i realiteten innebærer et krav om oppgjør på regning i strid med kontraktens prisformat og oppgjørsregler. Kontraktens enhetspriser skal legges til grunn også for endringene, eventuelt justert for avvik som reflekterer det opprinnelige prisnivået.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Forutsetningene for kontraktens enhetspriser er forrykket på grunn av flere ulike endringer i utførelsen og arbeidet med OPI-kanalene. Entreprenøren har da krav på dekning etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2 for de fordyrelser som endringene har medført.

Når det gjelder utmålingen av kravet vises til at byggherren ikke har bestridt mengden endringer av OPI-kanalene, men kun prisnivået som ligger til grunn for kravet. Beregningene entreprenøren har fremlagt reflekterer de virkelige kostnadene.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken delvis fører frem.

Twisten gjelder om det foreligger en endring i utførelsen av arbeidene med OPI-kanalene, og i så fall etter hvilke prinsipper endringen skal prises.

Om utgangspunktet for byggherrens ansvar for innholdet i kontraktsgrunnlaget, herunder mengdeangivelser, vises til redegjørelsen for dette ovenfor.

Arbeidene med OPI-kanalene er i det vesentlige utført etter prosess 44.4. Fra den spesielle beskrivelsen til prosessen inntas følgende:

*a) Prosessen omfatter også alle innstøpte rør. Generelt må det påregnes omfattende arbeider med omblading av kanalsnittene for å få til riktig innføring i kummer som er tilpasset tverrsnittet i innføringene. Det må også påregnes ombladinger ved passering av hindringer langs traseen. Prosessen skal inkludere nødvendig antall bend for å følge grøftetraseen. Omfanget av bend vurderes av entreprenøren ut fra trase vist på tegning.*

*c) Det benyttes glattveggede plastrør ø110 og ø160 mm minimum SN8 bl.a. i kombinasjon..... Dersom entreprenøren ønsker det kan han i snitt som ikke er ideelle, for egen regning, velge å ta med rør eller korte rørstumper for å holde forskalingssystemet på plass.*

*....*

*Ved bruk av system med forskalingsholdere og avstandsholdere vil det være ideelle snitt for innstøping av rørene. I prosessene er det satt opp forskjellige varianter av slike "ideelle" snitt.*

Det er to forhold ved arbeidene som her trekkes frem, og som har stått sentralt i partenes anførsler. Det ene er påpekningen av at det må påregnes omfattende arbeider med omblading av kanalsnittene ved innføring i kummene, samt at det er påregnelig med omblading også ved hindringer i traséen. Det andre er bruken av ideelle snitt i OPI-kanalene. Det er på det rene at entreprenøren ga sitt anbud basert på slike ideelle snitt, men at utførelsen er blitt endret i forhold til dette.

Omblading er ikke noe definert begrep i kontrakten, og synes heller ikke å være et allment kjent begrep i bransjen. Slik lagmannsretten har forstått beskrivelsen i tilknytning til arbeidet med kummer, innebærer det at rør fra forskjellige nivåer i hovedkanalen krysses vertikalt og/eller horisontalt når de føres ut av hovedkanalen for innføring i kummene, eller føres tilbake fra kummer til sine nivåer i hovedkanalen for videre samlet løp med denne. Etter lagmannsrettens syn har ikke byggherrens forbehold om omblading noen avgjørende betydning for vurderingen av om det foreligger endret utførelse. De endringer som er påberopt som grunnlag for kravet er i det vesentlige av en annen karakter. Det vises til drøftelsen nedenfor.

Det fremgår av den spesielle beskrivelsen bokstav c) til prosess 44.4 at ved bruk av avstandsholdere vil det være ideelle snitt for innstøping av rørene, samtidig som det vises til at det i prosessen er angitt forskjellige varianter av slike snitt. Entreprenøren har brukt system med forskalingsholdere og avstandsholdere. Lagmannsretten er enig med entreprenøren i at prosessen etter sin ordlyd da må forstås slik at prisingen skal skje ut fra ideelle snitt.

Når det gjelder spørsmålet om hva entreprenøren ut fra kontraktgrunnlaget kunne forutsette av hindringer i grunnen, har byggherren også vist til kontraktens kapittel D2 punkt 25.6 hvor det bl.a. står at:

*Registrerte kabler og ledninger o.l er vist på G-, H- og I- tegningene. Det kan ikke utelukkes at det finnes flere eksisterende kabler og ledninger, og at plassering av viste kabler og ledninger kan avvike fra vist plassering. Entreprenøren er ansvarlig for påvisning av kabler og ledninger samt øvrige installasjoner og for å ta hensyn til disse ved sine arbeider.*

Det er ikke tvilsomt, og heller ikke bestridt, at entreprenøren hadde ansvaret for å tilpasse OPI-kanalene til de forhold i grunnen som fremgikk av kontraktgrunnlaget. Spørsmålet er i hvilken grad entreprenøren har overtatt risikoen og ansvaret for at det fantes andre installasjoner enn de som var angitt.

Kontraktens forbehold om at det *kan ikke utelukkes* at det finnes andre kabler og ledninger enn de som fremgår av kontraktgrunnlaget, er ikke knyttet opp til noen konkrete omstendigheter eller begrunnet på noe vis, men er av en helt generell karakter. Et slikt forbehold kan etter lagmannsrettens vurdering ikke gi grunnlag for ytterligere ansvar for entreprenøren enn det en normalt aktsom tilbyder ellers måtte slutte seg til ut fra alminnelig kunnskap og erfaring med slike steder arbeidene skulle foregå. En viss mulighet for ukjente kabler og ledninger måtte entreprenøren da forutsette ut fra den bynære beliggenheten, uten at det er nødvendig for lagmannsretten å fastsette terskelhøyden nærmere fordi den klart anses oversteget i dette tilfellet, jf. nedenfor. Det vises for øvrig til Sam Harris, På rett grunn side 230.

Ansvaret entreprenøren påtok seg for å *påvise* kabler og ledninger med videre, kan etter lagmannsrettens syn heller ikke strekke seg lenger enn ovenfor nevnt. Lagmannsretten kan for øvrig ikke se at kontraktens kapittel D2 punkt 25.6 ellers tilsier at entreprenøren ytterligere måtte ta høyde for installasjoner i grunnen som kunne hindre utførelsen av arbeidene.

Skulle entreprenøren også overtatt en større risiko for ukjente forhold i grunnen, noe som i utgangspunktet tilligger byggherren i en utførelsesentreprise, måtte det ha fremkommet langt klarere av ordlyden.

Lagmannsretten legger til grunn som beskrevet av entreprenøren gjennom fotografier, dokumenterte redegjørelser som tidligere er gitt til byggherren og Mona Mortensens forklaring, at endringene i OPI-kanalene medførte at det ble 19 nye ulike tverrsnitt, med flere endringer av rørtyper og dimensjoner. Tverrsnittene ble ikke ideelle slik kontrakten anga, noe som medførte økning av kostnader til støp og fiksering av rørene i holderne. Radian for bend ble økt fra 2 – 4 meter, som ga fordyrende forskalingsarbeider.

Linjen for OPI-kanalene ble dessuten endret vertikalt og horisontalt i et større omfang, og trekkretningen ble snudd. Horisontale tilpasninger ga særlig kostnadsøkning for støpearbeidene fordi linjene stedvis måtte støpes etappevis på grunn av for stort fall. I tillegg måtte OPI-kanalene tilpasses der de kom i konflikt med ukjente forhold i grunnen.

Som følge av prosjekteringsfeil oppstod det også konflikt med nye installasjoner. Et større antall endringer av kummer og rørledninger, som behandles nedenfor under VOE 927 og 928, nødvendiggjorde dessuten et stort antall endringer for OPI-kanalene som hovedsakelig fulgte VA-traséen og ble tilpasset VA-installasjonene. Dette medførte langt mer kapp og svin, økt bruk av muffe og bend, og fordyrende støpearbeider.

Lagmannsretten legger til grunn som forklart av Mona Mortensen, at enhetsprisene i kontrakten var basert på gunstige innkjøpsrabatter ved bestilling av store volum som ble levert direkte på arbeidsstedet, uten fordyrende mellomledd. Endring av tverrsnitt, rørtype og rørdimensjoner, økt bruk av muffe og bend, medførte et stort behov for etterbestillinger og hasteleveranser, til dels i et lite antall enheter, og uten mulighet for tilsvarende rabatter. Lagmannsretten har ikke grunnlag for å trekke det i tvil.

Samlet sett finner lagmannsretten at det har vært en vesentlig endring i utførelsen av OPI-kanalene som entreprenøren ikke kunne forutsette ut fra kontraktgrunnlaget.

Spørsmålet er dernest om endringenes betydning for fastsettelsen av enhetsprisen. Utgangspunktet etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 er at kontraktens enhetspriser skal benyttes, eventuelt justert for avviket der endringen *gjelder arbeid som i det alt vesentlige er likeartet med arbeid det er fastsatt enhetspris for*. Dersom forutsetningene for å anvende enhetsprisene er *forykket*, kan entreprenøren etter C 28.4.2 kreve tillegg for de *fordyrelser* dette har medført. Nærmere om innholdet vises til fremstillingen ovenfor.

De beskrevne endringsarbeider kan etter lagmannsrettens syn ikke anses som *vesentlig likeartet* med arbeider det ble avtalt enhetspriser for. Endringene vurderes å ha *forykket* forutsetningene for å anvende kontraktens enhetspriser, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Det vises til omfanget og karakteren av endringene, samt at endringene til dels skjedde parallelt med utføring av arbeidene. Entreprenøren har dermed krav på dekning av den *fordyrelsen* som dette har medført.

Hensyntatt verdsettelsesprinsippene etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2, de fordyrende elementer som er redegjort for ovenfor og entreprenørens egenrisiko, fastsettes tilleggsvederlaget skjønnsmessig til 2 200 000 kroner.

## **VOE 927 – Endringer rørledninger**

Tingretten tilkjente entreprenøren 8 000 000 kroner av kravet på 11 138 457 kroner for endringer i utførelsen av rørledninger for VA-anlegget, jf. dommen side 120 – 125. Tingretten la til grunn at forutsetningene for kontraktens enhetspriser var blitt *forykket* som følge av et stort antall endringer og tidspunktene endringene hadde kommet på, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Ved utmålingen tok tingretten utgangspunkt i entreprenørens 50/50-fordeling av kostnadene på materiell og arbeide.

Entreprenørens endrede priser for materiell, ble lagt til grunn under henvisning til at haste- og etterbestillinger hadde medført høyere innkjøpskostnader enn det kontraktens enhetspriser bygget på. Imidlertid reduserte tingretten arbeidskostnadene skjønnsmessig på grunn av usikkerhet knyttet til entreprenørens beregninger. Byggherrens anførsel om at kravet var prekludert, førte ikke frem.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen. For lagmannsretten er ikke preklusjonsinnsigelsen opprettholdt. Entreprenøren har ikke anket.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at arbeidene er kontraktsarbeider, og at det ikke foreligger avvik som gir grunnlag for tilleggsvederlag. Det er ikke vesentlig økning av rørlengder. Anslåtte mengdeavvik fra kontraktens anslag utgjør dermed ikke en endring. Tilpasning ut fra kjente forhold er en del av entreprenørens kontraktsforpliktelse. Det er ikke ført bevis for prisøkning som følge av endret rørdimensjon fra ytre til indre diameter.

Trykkklasseendringer er gjort opp i VOE 0063. Entreprenøren har fått fullt oppgjør for de arbeider som faktisk er utført.

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for entreprenørens beregning av endringskravet. Kravet innebærer i realiteten et krav om oppgjør etter regning. Dette er i strid med kontraktens bestemmelser. Kontraktens priser skal benyttes ved likeartet arbeid, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1. Forutsetningene for enhetsprisene i anbudet er ikke forrykket. Punkt 28.4.2 er da ikke anvendelig.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Forutsetningene for kontraktens enhetspriser er forrykket, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Det har vært et stort antall endringer som har kommet på et sent tidspunkt. Dette skyldes blant annet feil og manglende prosjektering, endrede behov, avdekking av ukjente ledninger, samt manglende hensyntagen til midlertidige faser.

Det kreves oppgjør for differansen mellom anbudspris og faktisk pris på utførelsestidspunktet. Entreprenøren har fordelt kostnadene 50/50 på arbeid og materiell. Materialkostnadene viser de beste priser entreprenøren kunne oppnå.

#### Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at anken delvis fører frem.

Spørsmålet er om arbeidene med VA-ledningene avviker fra det entreprenøren kunne forvente ut fra kontraktens beskrivelser, og i så fall om forutsetningene for å anvende

enhetsprisene i kontrakten har blitt *forrykket*, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. og hvilken *fordyrelse* dette har gitt.

Om det rettslige utgangspunktet for vurderingene vises til redegjørelsen ovenfor, herunder at kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 7.1 innebærer at byggherren har ansvaret for innholdet i konkurransegrunnlaget, se Rt-2010-1345 avsnitt 55 og 56, og at det avgjørende er hvordan en *normalt forstandig tilbyder* oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene.

Arbeidene er etter det opplyste i det alt vesentlige angitt i 43-prosessene der arbeidets omfang er beskrevet slik i bokstav a):

*Omfatter levering av rør, rørdeler og legging av rør til drensledninger, overvannsledninger, spillvannsledninger (avløp) og vannledninger. Alle arbeider og leveranser i forbindelse med graving, fundament, eventuelle filtermasser,- omfylling og gjenfylling er medtatt under prosess 42. Levering og utførelse av kummer er medtatt i prosess 46. Alle leveranser og arbeider i forbindelse med stikkrenner/kulverter er medtatt i prosess 45.*

Byggherren har også påberopt kontraktens kapittel D2 punkt 25.6 som grunnlag for hva entreprenøren måtte forutsette av kontraktsarbeider. Lagmannsretten viser til redegjørelsen og vurderingen av denne bestemmelsen ovenfor under behandlingen av VOE 926, som anses dekkende også i forhold til vurderingen av kravet her.

Entreprenøren har i eget notat knyttet til endringsmeldingen, inntatt i faktisk utdrag del 1 side 2216 følgende opplyst at:

*Gjennom hele byggeperioden fra oppstart i august 2010 og fram til ferdigstillelse var det behov for endrede løsninger og tilpasninger av vann-, spillvann-, overvann- og drensledninger i prosjektet. Endringene ble forårsaket av feilprosjektering, endrede behov, avdekking av ukjente rørledninger, manglende hensyn til midlertidige faser, etc.*

*I perioden fra august til ut året 2010 sendes 108 tekniske avklaringer, hvorav 99 henføres direkte til VAsamleendring. Dette utgjør 1,5 teknisk avklaring pr uke i 2010. I 2011 var det 117 tekniske avklaringer direkte relatert til VA, dvs 2,5 pr uke og i 2012 var det 1 tekniske avklaring pr uke. Totalt er det oversendt 213 tekniske avklaringer som direkte henføres til VA-samleendring.*

Videre på side 2218 fremgår at:

*På anbudsstadiet var det 80 H-tegninger. Ved ferdigstillelse av VA anlegget forelå 134 produksjonstegninger og disse er reviderte 377 ganger utover versjon B01.*

*Antall H- tegninger økt med 67 % og prosjektet har forholdt seg til i overkant av 500 H-tegninger hvorav det på anbudsstadiet indikerte ca 200 tegninger. Dette er en økning på 250 %. I tillegg kan nevnes at 130 H-tegninger er revidert 5 ganger eller mer.*

I tillegg har det vært ufullstendige revisjoner. Revisjonshistorikken inntatt i faktisk utdrag del 1 side 2258 følgende, viser at de siste revisjoner var så sent som i februar og mars 2014.

Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å betvile de redegjørelser som her er gitt. Videre vises til Mona Mortensens forklaring og gjennomgang av de ulike hindringer for arbeidet med VA-ledningene, bl.a. i form av et stort antall endringer og feil i prosjekteringsgrunnlaget hvor nytt anlegg kom i konflikt både med nye og ukjente installasjoner i grunnen. Harald Solvik hos entreprenøren har i sin forklaring gitt et sammenfallende bilde av de store endringer som var for VA-anlegget, bl.a. ved at prosjekteringsplaner ikke lenger passet, der tegninger og terreng ikke stemte og det ble behov for oppdatering av arbeidstegningene.

Det er på det rene at byggherren foretok endring av en rørdimensjon fra ytre til indre diameter. Lagmannsretten legger til grunn at dette nødvendiggjorde etterbestilling av en spesiell rørtype, X-stream rør, for å kunne oppfylle kontraktens krav. Byggherren har vist til at man isteden kunne økt dimensjonen til en rørtype som var priset i anbudet. Lagmannsretten legger til grunn som forklart av Mortensen at en slik økning av rørdimensjonen ville ha ført til problemer med tilpasninger andre steder i VA-anlegget, og byggherren foreslo heller aldri å omprosjekttere for å tilpasse anlegget videre til en større rørdimensjon.

Videre viser lagmannsretten til hjelpedokumentet AF-16 som blant annet viser at det har vært flere endringer av rørdimensjoner/rørtyper enn det som fulgte av kontraktdokumentene. Lagmannsretten legger til grunn at endringene ga økt bruk av bend, muffe og skjøter, og mer kapp og svinn. Endringene i materialbruken nødvendiggjorde fordyrende etterbestillinger og hasteleveringer.

Det har dessuten vært flere endringer av rørtraseen enn det som fulgte av kontraktsdokumentene

Samlet sett finner lagmannsretten at det har vært en vesentlig endring i utførelsen av arbeidet med VA-ledningene i forhold til det entreprenøren kunne forutsette ut fra kontraktgrunnlaget.

De beskrevne endringsarbeider kan etter lagmannsrettens syn ikke anses som *vesentlig likeartet* med arbeid det ble avtalt enhetspriser for, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 og ovenfor om anvendelsesområdet for denne bestemmelsen. Endringene har

etter lagmannsrettens vurdering *forrykket* forutsetningene for å anvende kontraktens enhetspriser, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Det vises til omfanget og karakteren av endringene, samt at endringene til dels foregikk parallelt med utføring av arbeidene. Entreprenøren har dermed krav på dekning av den *fordyrelsen* som dette har medført.

Anbudets enhetspriser baserte seg på bestilling av store volum med levering direkte til arbeidsstedet (verksleveranser), uten fordyrende mellomledd, lagerkostnader og økte transportutgifter. Det er sannsynlig at etterbestillinger, herunder av andre typer materialer og i mindre mengder, har vært fordyrende. Det vises til redegjørelsen fra underleverandør slik gjengitt i tingrettens dom. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å betvile at entreprenøren har fått så gode rabatter som mulig ved sine etterbestillinger og hasteleveranser. Mange av postene det kreves tillegg for er det ikke poster for i kontrakten. Tingretten reduserte entreprenørens krav, og entreprenøren har som nevnt ikke anket. Lagmannsretten mener det tilkjente beløpet tilsvarer den fordyrelsen entreprenøren har krav på å få dekket.

Byggherrens anke har ikke ført frem og vederlaget fastsettes som i tingretten til 8 000 000 kroner.

## **VOE 928 –Endringer vannkummer og inventar**

Tingretten ga entreprenøren fullt medhold i sitt krav om tilleggsvederlag på 1 726 143 kroner som følge av endringer i utførelsen av vannkummer og inventar til kummene, jf. dommen side 125 – 127. Tingretten fant at endringenes omfang og tidspunktene endringen kom på, *forrykket* forutsetningene for å anvende kontraktens enhetspriser, slik at entreprenøren hadde krav på å få dekket den fordyrelsen endringene medførte, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Tingretten la entreprenørens beregninger til grunn ved utmålingen av vederlaget. Byggherrens preklusjonsinnsigelse førte ikke frem.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Preklusjonsinnsigelsen er frafalt for lagmannsretten.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at arbeidene under VOE 928 i stor grad omfattes av kontraktens prosess 46.5. De faktiske forhold avvek ikke fra det entreprenøren måtte ta i betraktning. Kontraktarbeid skal gjøres opp etter kontraktens priser. Entreprenøren har fått fullt oppgjør for de arbeider som faktisk er kommet til utførelse.

Subsidiært anføres at kontraktens enhetspriser skal legges til grunn også for endringer, eventuelt justert for avvik som reflekterer de opprinnelige enhetsprisers prisnivå. Forutsetningene for kontraktens enhetspriser er ikke *forrykket*, jf. kontraktens kapittel C

(NS 3430) punkt 28.4.2. Entreprenørens krav innebærer i realiteten et krav om oppgjør etter regning i strid med kontraktens prisformat.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Forutsetningene for kontraktens enhetspriser er forrykket på grunn av endringer i utførelsen, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Det har vært gjort en rekke revisjoner og endringer på kummer som gjør at enhetsprisene gitt i anbudet ikke lenger kan brukes. Utmålingen av kravet bygger på de beste priser entreprenøren kunne oppnå. Det har vært et stort antall hastebestillinger og flere bestillinger av små kvanta som åpenbart har betydning for prisene som kan oppnås.

#### Lagmannsrettens vurdering

Kravet i VOE 928 må sees i sammenheng med endringene i utførelsen av VA-ledningene som er behandlet ovenfor. Også her gjelder tvisten om det foreligger endring, og i så fall om endringen gir grunnlag for tilleggsvederlag.

Når det gjelder det rettslige utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger endringer i forhold til det entreprenøren kunne forvente ut fra kontraktgrunnlaget, vises til drøftelsen om dette ovenfor.

Arbeidet med kummene er i stor grad omfattet av prosess 46.5 hvor omfanget av arbeidet er beskrevet slik i bokstav a):

*Proessen gjelder komplette vannkummer av betongelementer. Proessen omfatter også kjerneboring, montering og levering av pakning for gjennomføring av rør i kumvegg, armaturer, rørdeler og fundamenter. Lokk, rammer, topplate, teleskopring og kumstiger skal også være inkludert. Alle brannventiler skal ha brannventilsikring og lokk.*

Som det fremgår under drøftelsen av kravet etter VOE 927 har det vært et stort antall tekniske avklaringer og endringer i produksjonstegningene for VA-anlegget. Som nevnt må endringer i VA-ledninger også sees i sammenheng med arbeidet med kummene. Endrede dimensjoner og flyttinger av rørtrasé, vil influere på utførelsen av arbeidet med kummene.

Lagmannsretten viser for øvrig til gjennomgangen av endringer av kummer, beskrevet i entreprenørens brev av 11. november 2015 med tilhørende notat, jf. faktisk utdrag del 1 side 2 213 og side 2 685 følgende, samt forklaringen og gjennomgangen til Mona Mortensen under ankeforhandlingen. Det legges etter dette til grunn at endringene i forhold til kontraktgrunnlaget har vært mange og hyppige. Det har medført hastebestillinger av nytt inventar, allerede installert inventar måtte fjernes, helt nye kummer er kommet til og

kummer er flyttet eller fått endret dimensjonen i forhold til kontraktgrunnlaget. Mulighetene for retur og refusjon av brukt utstyr har vært begrenset.

Samlet sett finner lagmannsretten sannsynliggjort at det har vært en vesentlig endring i arbeidene med kummer og inventar som entreprenøren ikke kunne forutsette ut fra kontraktgrunnlaget.

De beskrevne endringsarbeider kan etter lagmannsrettens syn ikke anses som *vesentlig likeartet* med arbeid det ble avtalt enhetspriser for, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.1 og ovenfor om anvendelsesområdet for denne bestemmelsen. Endringene har etter lagmannsrettens vurdering *forrykket* forutsetningene for å anvende kontraktens enhetspriser, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2. Det vises til omfanget og karakteren av endringene, samt at endringene i stor grad skal ha foregått parallelt med at arbeidene ble utført. Entreprenøren har dermed krav på dekning av den *fordyrelsen* som dette har medført.

Når det gjelder utmålingen viser lagmannsretten til at endringene for kummer og inventar har vært særlig store, med betydelige innslag av helt nye kummer og deler, og med små muligheter til å få refundert vederlaget for det som allerede var innkjøpt. Etterbestillinger og hasteleveringer, bl.a. i mindre leveranser, har også vært fordyrende i forhold til kontraktens enhetspriser. Selv om gjennomgangen Jørn Haugland fra Kristiansand kommune har gjort av de nye prisene viser til dels store forskjeller fra kontraktsprisene og rabatter som ofte oppnås i markedet ellers, finner lagmannsretten likevel ikke grunnlag for å betvile at entreprenøren ved de nye leveransene har fått så gode rabatter fra sin leverandør som mulig, og at fordyrelsen kan forklares ut fra nevnte etterbestillinger og hasteleveringer.

Også når verdsettelsesprinsippene etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.4.2 hensyntas, finner lagmannsretten å legge til grunn en fordyrelse i samsvar med entreprenørens krav.

Entreprenørens vederlag fastsettes etter dette som for tingretten til 1 726 143 kroner.

## **VOE 1162 – Manglende arbeidsgrunnlag VA og kabler i Fiskådalen**

Tingretten ga entreprenøren delvis medhold med 7 000 000 kroner av tilleggskravet på er 14 170 000 kroner for merutgifter (plunder og heft) med arbeider på VA- anlegg og kabler i Fiskådalen, jf. dommen side 127 - 135. Kravet bygget på redusert effektivitet som følge av et stort antall endringer, sene endringer og mangelfullt prosjekteringsgrunnlag fra byggherren. Kravet var begrenset til å gjelde arbeider som nevnt i VOE 926, VOE 927 og VOE 928 for mannskap og maskiner på rørgrøften mellom kummene VK 312 og VK 317. Tingretten kom til at 5/13 av kravet var foreldet, men tok ikke til følge byggherrens preklusjonsinnsigelse for den resterende del av kravet.

Begge parter har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Byggherren påstår seg frifunnet og entreprenøren krever seg tilkjent 14 170 000 kroner.

Under ankeforhandlingen opplyste entreprenørens prosessfullmektig i prosedyren at kravet ikke bare knyttet seg til byggherreforhold mellom kummene VK 312 og 317 (avstand 256 meter) slik opprinnelig angitt, men til hendelser som berørte arbeidet i hele rørgrøften (avstand 700 meter). Entreprenøren krevde å få utvide det faktiske grunnlaget for kravet til å gjelde plunder og heft i hele grøftelengden, noe byggherren motsatte seg.

Lagmannsretten avsa under ankeforhandlingen kjennelse hvor entreprenøren ikke ble gitt adgang til utvidelse av påstandsgrunnlaget, jf. tvisteloven § 29-18 første ledd, jf. § 9-16.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prinsipalt anføres at deler av kravet er foreldet etter foreldelsesloven § 3. Avtalen av 25. februar 2014 om forlengelse av foreldelsesfristen, gjaldt kun krav som ikke var foreldet før dette tidspunkt. De merutgifter som kunne vært fakturert før 31. desember 2010 er dermed foreldet.

Subsidiært anføres at hele kravet er prekludert etter varslingsfristen i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5, 21.2 og 28.3.1, der krav må varsles uten ugrunnet opphold.

Entreprenøren hadde utført 78 prosent av alle arbeider med VA og kabler allerede 1. september 2011 og måtte da være kjent med kravet. Kravet ble først fremsatt i VOE 1162 den 12. februar 2014. Brevet av 21. juni 2011 var kun et varsel og ikke et reelt krav. Det kom uansett for sent.

Atter subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for kravet da forholdene ikke var vesentlig mer kompliserte enn det entreprenøren måtte regne med. De hindringer/forhold som anføres som grunnlag for kravet, er i liten grad konkretisert. Entreprenøren har dessuten fått godtgjort merutgifter og endringer for alle arbeider som lå utenfor kontraktens beskrivelse gjennom andre endringskrav og regningsarbeider.

Atter atter subsidiært vises til at entreprenøren ikke har sannsynliggjort tapet. Utmålingen må foretas etter konkret vurdering basert på de enkeltforhold som påberopes som grunnlag for kravet. Entreprenørens «ovenfra og ned»-beregning kan ikke begrunne kravet.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Kravet på dekning av merutgifter, plunder og heft, forårsaket av byggherrens forhold, er sannsynliggjort, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.1, eventuelt også punkt 28.3.1/28.5. Entreprenøren har hatt forstyrrelser som følge av et stort antall endringer mens arbeidene pågikk, samt feil/uklart/ manglende prosjekteringsgrunnlag. Omfanget av disse forholdene har utvilsomt ført til ineffektiv drift og merkostnader. Terskelhøyden er klart overskredet. Det er ikke foretatt noen dobbeltfakturering i forhold til andre krav. For den

del av kravet som gjelder perioden 1. august 2010 til 1. september 2011, 78 prosent av kravet, kreves 12 400 000 kroner. For hindringer oppstått etter dette, kreves kroner 1 770 000 kroner.

Det bestrides at kravet er foreldet. Et krav om plunder og heft oppstår ikke før tålegrensen er overskredet, noe man først ble kjent med ut på våren 2011. Kravet er ikke et krav om avdragsbetaling hvor foreldelse inntreffer suksessivt.

Kravet er klart ikke prekludert. Byggherren er varslet ved entreprenørens brev av 21. juni 2011. Kravets natur gjør at det tar lengre tid før man konstaterer at det er grunnlag for et krav. Byggherren har dessuten for sent påberopt seg at det nøytrale varselet er fremsatt for sent, og har gått inn i realitetsdiskusjoner uten å avvise kravet direkte.

### Lagmannsrettens vurdering

Etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.4 og punkt 21.1 kan entreprenøren kreve dekket merutgifter som følge av byggherrens forhold. For at entreprenøren ikke skal tape kravet må han varsle byggherren *uten ugrunnet opphold* i samsvar med bestemmelsene i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5, jf. punkt 21.2 annet punktum.

Det er tilstrekkelig at entreprenøren gir et nøytralt varsel for å avbryte fristen. Et nøytralt varsel skal være skriftlig, men kontrakten stiller ikke nærmere krav til hva varselet må inneholde. Varslingsregelen må imidlertid anses som et utslag av de alminnelige lojalitetskrav i kontraktsforhold. Disse begrunner også reklamasjonsreglene i kontraktslovgivningen, se Rt-2012-1779- avsnitt 55 og 56. Ved vurderingen av innholdskravet etter kontrakten, er det derfor grunn til å legge vekt på hva som kreves etter nevnte lovgivning. Om det nærmere kravet til den nøytrale reklamasjonen etter kjøpsloven § 32, uttaler førstvoterende i avsnitt 65, med tilslutning fra de øvrige dommere:

*Mitt syn er etter dette at det må kreves at mangelen gjøres gjeldende for at det skal foreligge en reklamasjon. Det kan imidlertid vanskelig angis generelt hva som kreves for at en mangel er gjort gjeldende. Hva som skal til vil variere blant annet etter kontraktsforholdets art og partenes stilling. Men det bør i alminnelighet ikke stilles for strenge krav. I Norsk kjøpsrett 4. utgave (1999) side 563 gir Krüger uttrykk for at det må oppstilles to vilkår for at det skal foreligge en reklamasjon: «Varslet må informere mottakeren om at kjøperen anser leveransen for å være kontraktsstridig – og det må fremgå at kjøperen vil påberope seg dette som grunnlag for rettslige krav». I forarbeidene til forbrukerkjøpsloven fremholdes at «[d]et vesentlige er at selgeren får et varsel om at kjøperen kan komme til å gjøre krav gjeldende som følge av noe han eller hun mener kan være en mangel», se Ot.prp.nr.44 (2001–2002) side 180. Denne forarbeidsuttalelsen samsvarer godt med det grunnleggende lojalitetshensynet som ligger til grunn for reklamasjonsreglene og gir etter mitt syn*

*et dekkende uttrykk for det krav som generelt bør stilles til innholdet i en reklamasjon.*

Lagmannsretten legger den samme forståelsen til grunn for kravet til innholdet i et nøytralt varsel etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5.

Spørsmålet er dernest om dette innholdskravet er oppfylt ved entreprenørens brev 21. juni 2011. Brevet er inntatt i tingrettens dom side 130 – 131, som det vises til. For sammenhengens skyld nevnes her at i brevet, som har overskriften *Manglende arbeidsgrunnlag*, informeres byggherren om at entreprenøren blir hindret i fremdriften på grunn av *et stort antall endringer og omprosjektering på kritiske tidspunkt, feilprosjektering samt manglende avklaringer fra byggherrens side*. Konsekvensene for entreprenørens utførelse av arbeidene beskrives, og det vises til at *hendelsene gjør det vanskelig og til dels umulig for oss å planlegge og gjennomføre en effektiv drift*. Videre vises blant annet til at entreprenøren har måttet bistå byggherren i prosjekteringen, og at dette krever *økt administrasjon og at fokus flyttes bort fra produksjonsplanlegging*. Dernest angis at entreprenøren mener dette *er byggherrens ansvar og risiko*.

Det vises senere i brevet også til feil i kontraktsmengdene for graving/sprengning av byggegropa i Fiskådalen, der sprengsteinmasser oppgis å ha økt med rundt 50 prosent, med betydelig forsinkelse til følge dersom det ikke settes inn tiltak.

Entreprenøren informerer videre om at han har igangsatt forsering på egen regning for å kunne legge om til fase 2. Det oppgis allerede en forsinkelse på 5,5 måneder i forhold til entreprenørens opprinnelige fremdriftsplan, og det varsles om små marginer for ytterligere forsinkelser med 5-6 måneder.

Entreprenøren understreker dernest betydningen av at byggherren i større grad bidrar til å *klargjøre underlaget for produksjonen* slik at entreprenøren kan gjennomføre prosjektet på *en tidsmessig og kostnadseffektiv måte*.

Brevet avsluttes på følgende måte.

*Videre varsler vi at AF NCC-Repstad Anlegg vil komme tilbake med krav om vederlagsjustering for de forhold som forstyrrer kontraktsarbeidene og resulterer i at vår produksjon ikke blir effektiv.*

*Vi arbeider nå med å skaffe oversikt over våre samlede ekstrakostnader knyttet til:*

- 1. Krav som har sin årsak i at kontraktens arbeider ikke kan gjennomføres iht. kalkylens forutsetninger og som skyldes hindringer som byggherren bærer ansvaret for.*

*2. Krav som skyldes merarbeid i administrasjonen på grunn av uforutsett mange mangler, endringer og avklaringer.*

*Vi vil holde byggherren oppdatert vedrørende disse forhold.*

Byggherren har anført at brevet kun er et forhåndsvarsel om et mulig krav, og særlig vist til at formuleringen om at entreprenøren *vil komme tilbake med krav* tilsier at det ikke gjøres gjeldende noe krav.

Det er etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt at entreprenøren ved brevet informerte byggherren om forhold han mente var kontraktsstridige, og også begrunnet og beskrev konsekvensene dette fikk for utførelsen av kontraktsarbeidene og fremdriften på prosjektet. Spørsmålet er om entreprenøren kan anses å ha påberopt seg disse avvikene som grunnlag for et rettslig krav.

Det fremgår klart av brevet at entreprenøren plasserte ansvaret og risikoen for de påpekte forholdene hos byggherren, og at entreprenøren arbeidet med å skaffe en oversikt over de samlede ekstrakostnadene han var påført som følge av konkrete mangler ved byggherrens leveranser. Brevet er mer enn bare en generell redegjørelse for hindringer og en oppfordring om forbedring av forhold på byggherrens side. Når brevet leses i sammenheng finner lagmannsretten at det på tilstrekkelig klar måte varsles at entreprenøren kan komme til å gjøre krav gjeldende som følge av byggherrens manglende oppfyllelse. Det kan, ut fra brevets samlede innhold, åpenbart ikke ha vært uventet for byggherren at entreprenøren senere fremmet et slikt spesifisert krav. Byggherrens svarbrev av 23. august 2011 viser at han også oppfattet entreprenørens brev som et varsel om mulig krav.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at entreprenørens brev av 21. juni 2011 tilfredsstilte kravet til et nøytralt varsel etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5 første ledd.

Spørsmålet er dernest om kravet er varslet *uten ugrunnet opphold*. Varslingsplikten inntreffer her først når entreprenøren *er klar over* at det har oppstått eller vil oppstå forhold som medfører merutgifter. Det innebærer at han må ha faktisk kunnskap, ikke bare at han burde vært klar over at det har oppstått et slikt forhold. Det er tilstrekkelig at han har faktisk kunnskap om at det *vil oppstå* merutgifter. Varsling må således skje før disse faktisk har oppstått, og før han har den totale oversikt over kravet, jf. Rt-2009-160 avsnitt 46.

Det ligger i kravet om varsling *uten ugrunnet opphold* at varselet skal gis umiddelbart, og at enhver forsinkelse må være begrunnet, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett, side 267.

Av hjelpedokumentet FK-17 fremgår at entreprenøren har levert 6 endringsmeldinger for den aktuelle strekningen. I tillegg kommer VOE 90. Av de til sammen 7 endringsmeldingene, er alle sendt innen 11. januar 2011, men hvor hovedtyngden er avgitt

innen første halvdel av desember 2010. De hindringer som har vært på den aktuelle strekningen, må entreprenøren derfor ha hatt god oversikt over allerede årsskiftet 2010/2011. Repstad har dessuten forklart at han førte dagbok over tidsbruken for *mann og maskin*. Det er opplyst for lagmannsretten at han også noterte stopptider som følge av hindringene. I varselbrevet 21. juni 2011 står det at fremdriften, spesielt i Fiskådalen, *i lang tid har vært hindret*. Med et forsvarlig kontrakhåndteringssystem, som entreprenøren må anses å ha hatt, er det etter lagmannsrettens syn mest sannsynlig at han allerede i januar 2011 hadde kunnskap om at de omfattende hindringene som påberopes førte til merutgifter - plunder og heft - ut over kontraktens terskelnivå. Entreprenøren var forpliktet til å varsle *uten ugrunnet opphold* allerede på det tidspunkt han forstod at det ville oppstå et slikt krav. Det gikk imidlertid rundt seks måneder fra faktisk kunnskap forelå, til det nøytrale varselet ble gitt. Lagmannsretten kan ikke se at det har vært grunnlag for å bruke så lang tid for å varsle. Etter dette legger lagmannsretten til grunn at det nøytrale varselet er gitt for sent.

Entreprenøren anfører at byggherren har vært for sen med å påberope seg at varslingsfristen er oversittet, og at han dessuten gikk inn i realitetsdiskusjoner da varselet ble gitt.

Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5 første ledd at dersom et nøytralt varsel ikke gis i tide, *tapes retten til å kreve .... dekning av merutgifter*. Spørsmålet er om brudd på de alminnelige regler om passivitet og lojalitet i kontraktsforhold, ved at byggherren ikke har gjort gjeldende fristoversittelsen i tide, kan føre til at byggherren mister retten til å påberope seg at kravet er tapt. Etter lagmannsrettens syn gjør hensynene bak de nevnte regelsettene seg gjeldende også på dette kontraktsområdet. At de samme hensyn har relevans fremgår dessuten av NS 8405, som avløste NS 3430 som kontrakten her bygger på. Etter punkt 8 tredje ledd kan et varsel nå likevel anses som gitt i tide om en part ikke uten ugrunnet opphold gjør fristoversittelsen gjeldende. Innføringen av bestemmelsen viser bransjens syn på behovet for en slik regulering. Det er derfor ikke grunn til å forstå kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5 slik at de alminnelige passivitet- og lojalitetsregler ikke gjelder i forhold til denne bestemmelsen.

Lagmannsretten legger således til grunn at dersom byggherren ventet urimelig lenge med å gjøre gjeldende at varselet var for sent fremsatt, mister han retten til å påberope seg fristoversittelsen, jf. ovenfor om utgangspunktet for vurderingen av passivitetsstandarden.

Byggherren har først 19. februar 2014, i sitt svar på VOE 1162 datert 12. februar 2014, påberopt seg at kravet er for sent fremsatt. Da byggherren i brev av 23. august 2011 besvarte entreprenørens nøytrale varsel, anførte han imidlertid ikke at varselet var for sent fremsatt. I brevet bestred byggherren at entreprenøren hadde grunnlag for noe tilleggskrav, og avsluttet med at *Vi vil imidlertid likevel selvsagt vurdere et eventuelt spesifisert krav*. Entreprenøren hadde dermed en berettiget forventning om at byggherren ikke ville gjøre gjeldende at det nøytrale varselet var for sent fremsatt. Når fristoversittelse først anføres i februar 2014, mer enn 2 ½ år senere, er det urimelig lang tid etter. Adgangen til å påberope seg fristoversittelsen må da anses falt bort ved passivitet.

Det bemerkes for ordens skyld at kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.5 annet ledd, som sier at entreprenøren må fremsette et spesifisert varsel innen rimelig tid, ikke er gitt preklusiv virkning. Byggherren har ikke påberopt seg brudd på de alminnelige passivitets- og lojalitetsregler i forhold til fremsettelse av et slikt varsel. Byggherrens anførsel om at kravet i endringsmeldingen er fremsatt for sent, bygger på at et slikt krav første gang ble varslet da. Forholdet mellom det nøytrale og spesifiserte varselet er ikke blitt problematisert.

Lagmannsretten går deretter over til å vurdere om deler av kravet er foreldet etter foreldelsesloven § 2 og § 3 nr. 1. Foreldelsesfristen er her 3 år regnet fra *den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse*. Det følger av Røed, Foreldelse av fordringer side 147 – 148, at:

*Ettersom det skal foretas en objektiv vurdering ved fastsettelsen av fristens utgangspunkt, er det i hovedsak spørsmålet om når fordringshaveren hadde en rett til å kreve oppfyllelse, som blir avgjørende. Krüger har sagt det slik: «Uttrykksmåten... 'tidligst har rett til å kreve ...' i § 3 nr. 1 gjenspeiler et teknisk, objektivt kriterium. Det avgjørende er ikke om denne kreditor hadde praktisk anledning til å gjøre kravet gjeldende. Avgjørende er når kreditor teoretisk tidligst kunnet brakt kravet til forfall dersom han hadde hatt kjennskap til alle relevante momenter». Den nærmere presisering av dette tidspunkt må bero på en konkret fortolkning av stiftelsesgrunnlaget for hvert enkelt krav.*

I motsetning til fristberegningen etter kontraktens varslingsregler, er fordringshaverens kunnskap uten betydning ved vurderingen av foreldelsesfristens utgangspunkt. Det at utgangspunktet for fristen er objektivt fastsatt, følger også av Kjørven m.fl. side 115. Lagmannsretten legger denne forståelsen til grunn for sin vurdering.

Partene avtalte 25. februar 2014 å forlenge foreldelsesfristen for alle bestående krav på dette tidspunkt. Krav som kunne vært krevd oppfylt før 25. februar 2011, er således foreldet. Hensyntatt betalingsfristen i kontrakten vil det si krav som kunne blitt fakturert før 31. desember 2010.

Lagmannsretten legger til grunn at merutgifter som følge av hindringer fra byggherrens side, oppstår etter hvert som hindringene inntreffer og merutgiftene materialiserer seg. Hindringene må imidlertid overskride det nivået som entreprenøren kunne forvente ut fra kontraktsgrunnlaget, før det oppstår et krav som entreprenøren kan gjøre gjeldende mot byggherren. Fra dette tidspunktet kunne tilleggskrav for merutgifter i prinsippet vært fakturert fortløpende, slik at kravet foreldes suksessivt.

Som det fremgår ovenfor gjelder hovedtyngden av endringsmeldingene hindringer som hadde oppstått før midten av desember 2010. Etter lagmannsrettens syn måtte tålegrensen

for hva entreprenøren kunne forvente i alle fall vært overskredet før 31. desember 2010, slik at kravet frem til dette tidspunkt da må anses foreldet.

Hvor stor del dette utgjør av det samlede kravet, må bli å fastsette skjønnsmessig, slik partene også synes enige om. Det fremgår av VOE 1162 at 78 prosent av arbeidene er gjort i perioden 1. august 2010 til 1. september 2011. Kravet oppstår som nevnt ikke umiddelbart, men først når tålegrensen er overskredet. Skjønnsmessig vurderes denne overskredet allerede 1. oktober 2010. Kravet som kan gjøres gjeldene utgjør etter dette merutgifter som har oppstått i en periode på 11 måneder. Frem til årsskiftet er det 3/11 som da er foreldet for denne delen av kravet.

Lagmannsretten går etter dette over til å vurdere det materielle kravet. Kravet knytter seg til forhold beskrevet i VOE 926, 927 og 928 og som ikke er fanget opp av disse endringsmeldingene. Lagmannsretten mener det er sannsynlig at entreprenøren er påført merutgifter i form av plunder og heft som følge av flere hindringer som byggherren er ansvarlig for. Det vises her til drøftelsene overfor knyttet til de nevnte endringsmeldinger. Stikkordsmessig er det her tale om hindringer i form av endringer/tilpasninger under arbeidets gang både med hensyn til konflikter med ukjente forhold i grunnen og nye installasjoner, tegningsrevisjoner, tekniske avklaringer og sviktende prosjekteringsgrunnlag. Hindringene har ført til at driften er blitt langt mindre effektiv og merkostnader som er blitt påført som følge av dette.

Hindringene overstiger hva entreprenøren kunne forutsette ut fra kontraktsgrunnlaget. Det vises til drøftelsene av dette overfor VOE 926, 927 og 928. Det er ikke sannsynliggjort at plunder og heft kravet er dekket gjennom de øvrige endringsmeldingene byggherren har godkjent i Fiskådalen.

Fastsettelsen av merutgiftene som entreprenøren kan kreve dekket, må bli skjønnsmessig. Entreprenøren har i faktisk utdrag del 1 side 2116 lagt frem en oversikt over timer for mann og maskin. Oversikten er bygget på dagbøker ført under arbeidet. Vitnet Helge Repstad, formann hos entreprenøren, forklarte seg om disse. Han forklarte at oppstillingen over utførte timeverk viser timer gått med til å grave opp og fylle igjen grøften. Det ble mange stopp underveis, noe som senket effektiviteten veldig. Dette førte til lange dager/overtid. Det var ikke mulig å omdisponere maskinene til annet arbeid på anlegget. Lagmannsretten legger på bakgrunn av hans forklaring til grunn at oppstillingen over utførte timeverk viser faktisk medgått tid for mann og maskin. Entreprenøren har ved sin beregning av beløpet har benyttet kontraktens timepris for mann og maskin for regningsarbeider, jf. kontraktens kapittel G punkt 2. Lagmannsretten mener dette er et riktig utgangspunkt for beregningen av entreprenørens merutgifter. Den delen av arbeidet som knytter seg til den delen av grøften som faller utenfor saken må imidlertid komme til fradrag. Hvor stor del dette er av kravet er i svært liten grad belyst, noe som gjør fastsettelsen av merutgiftene usikker. I tillegg vises til at kravet etter 1. september 2011, på kroner 1 770 000, er sjablongmessig beregnet. En slik beregning sannsynliggjør etter

lagmannsrettens vurdering ikke de faktiske merutgiftene for denne perioden. Lagmannsretten viser til HR-2019-1225-A, særlig avsnittene 79, 82 og 83. Kompensasjonen kan ikke beregnes ovenfra og ned, jf. nevnte doms avsnitt 93. Det er dessuten kun merutgifter som overstiger tålegrensen som kan kreves dekket.

Etter hensyntagen til at deler av kravet også er foreldet, og at den del som er sjablongmessig beregnet ikke er sannsynliggjort, fastsettes merutgiftene som entreprenøren kan kreve dekket til 2 000 000 kroner. Byggherrens anke har etter dette ført delvis frem.

## **Krav under hovedprosessene 5, 7 og 8**

### **Prosess 51.4 Avretting, justering og komprimering av planum på sprengt stein i skjæring og på fylling.**

Kravet er på 887 739 kroner. Tingretten ga entreprenøren fullt medhold. Tingretten la til grunn at prosessens anvendelsesområde var uklart, det fremkom ikke klart at prosessen bare skulle benyttes der bærelaget skulle legges direkte på planum. Uklarheten måtte gå ut over byggherren. Kontroll- og dokumentasjonskrav var oppfylt.

Byggherren har anket over tingrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. I forhold til anken over rettsanvendelsen bemerkes at partenes prosedyrer har avklart at de er enige om tolkningen av prosessen.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Både den generelle og spesielle beskrivelse i prosess 51.4 legger til grunn at prosessen kun gjelder der bærelaget legges direkte på avrettet planum. Det vil si der det ikke skal legges forsterkningslag. Prosess 51.4 gjelder de arbeider som utføres etter at de arbeider som følger av prosess 26 er utført. Formålet med tilleggskvaliteten i prosess 51.4 (utover prosess 26) er å lukke sprengsteinfyllingen og sikre et bestemt nøyaktighetsnivå på overflaten for å kunne bygge riktig videre.

Entreprenøren har ikke dokumentert at arbeidet er utført med den kvalitet som kreves. Den dokumentasjonen som er fremlagt av entreprenøren, viser ikke at behandlingen er utført. Det er lagt frem et svært begrenset omfang av stikningsdata, det vesentlige gjelder tunneler eller har uriktige toleransekrav. Det er ingen fremlagte data med toleranser som angitt i prosess 51.4. Det er ikke fremlagt data fra maskiner som viser hva som er utført. Bildedokumentasjon er ikke tilstrekkelig for å verifisere at toleransekrav er oppnådd.

Entreprenøren kan ikke påberope seg at byggherrens kontroll gir rett til vederlag etter prosess 51.4, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 9.3 og 9.4.

Entreprenørens krav er et vederlagskrav, og det har ingen betydning at byggherren ikke har reklamert over mangler ved utførelsen. Mangels- og reklamasjonsinstituttet gjelder ikke i dette tilfellet. I alle tilfeller er byggherrens avslag på sluttmålebrev tilstrekkelig reaksjon.

Entreprenøren kan kun kreve avdrag for arbeider som er utført, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 26.1.1/26.1.2 Når prosessen ikke er utført, er det ikke grunnlag for å kreve avdrag og dermed er det ingen betalingsplikt for byggherren.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Partene er enige om at kontraktens prosess 51.4 gjelder ekstraarbeider med å etablere planum *i skjæring og på sprengsteinsfylling der det ikke er forsterkningslag*. Arbeidet er utført og skal betales.

Byggherren vil ikke betale fordi han mener det ikke er gjennomført geometrisk kontroll. Det bestrides at det ikke er gjennomført kontroller i henhold til kontrakten, men manglende kontroll kan uansett ikke gi grunnlag for ikke å betale. Byggherren har ikke påberopt seg mangler ved utførelsen.

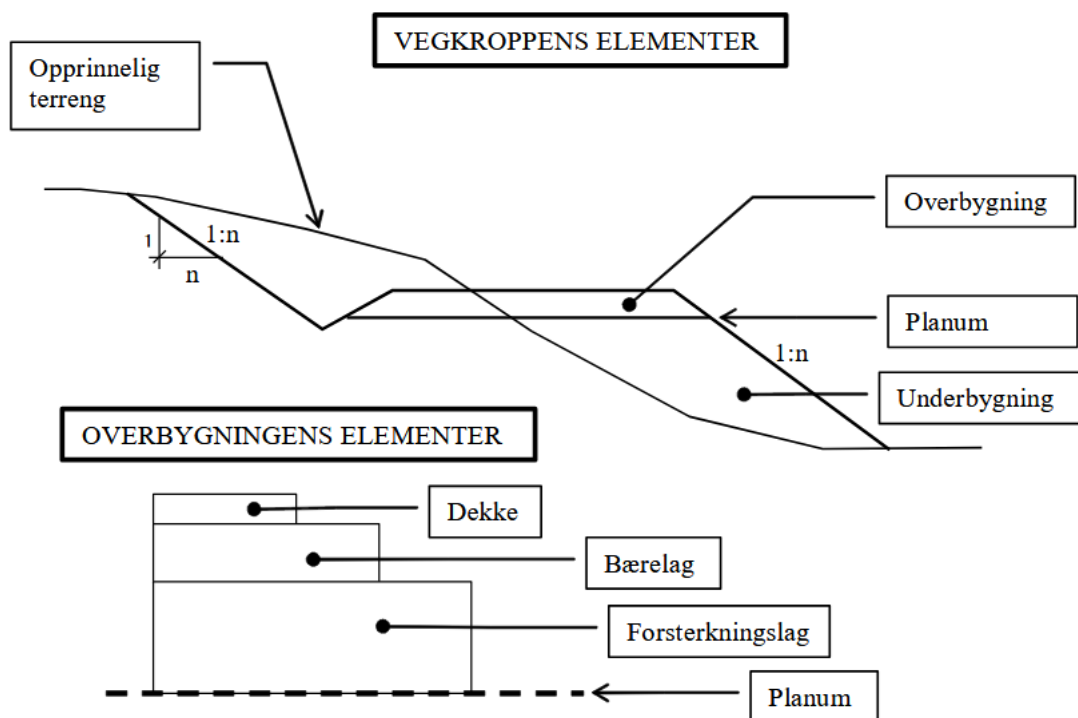
I prosess 5, prosess 51 eller prosess 51.4 er det ikke angitt kontrollomfang i prosesskoden. I Håndbok 018 er det gitt generelle regler, jf. punkt 520.132. Kontroll kan gjennomføres på forskjellige måter. I figur 520.3 er det angitt kontrollomfang for forskjellige lag. Det er ikke angitt noe kontrollomfang for planum på jord, steinfylling eller skjæring, kun toleranser i figur 520.4. Entreprenøren har overholdt toleransekravene fullt ut, og kontrakten inneholder ikke spesifikke krav om dokumentasjon av kontroll.

Selv om det foreligger en mangel ved utførelsen, gir ikke dette rett til å få ytelsen gratis. Kontraktens særskilte mangelsregler kan gi krav på bøter og/eller oppgraving for entreprenørens regning. Etter kontraktens generelle mangelsregler kan byggherren ha krav på utbedring, prisavslag og erstatning. Hvis det var en mangel, ville utgangspunktet være at mangelen skulle utbedres. Dersom entreprenøren ikke utbedrer, kunne byggherren kreve et forholdsmessig prisavslag. Slike krav er ikke fremmet.

Entreprenøren har brukt kontraktens pris, og det er ingen uenighet om utmålingen.

#### Lagmannsrettens vurdering

Byggherren har i sin disposisjon for innledningsforedraget fremlagt en tegning som på en god måte viser oppbygningen av veien, og som derfor gjengis:



Der hvor veitraséen ligger under opprinnelig terreng, må man ta ut skjæringer i fjell eller jord for å få riktig høyde på veitraséen. Der veitraséen ligger over opprinnelig terreng, må man bygge opp fyllinger. Planum er toppen av underbygning for veien, det vil si før kontraktens overbygning. Fordi det er forskjellige toleransekrav, vil det være nødvendig å gjennomføre avretting, justering og komprimering av planum på sprengt stein i skjæring og på fylling. Kontraktens kapittel E prosess 51.4 har slik ordlyd:

#### **51.4 Avretting, justering og komprimering av planum på sprengt stein i skjæring og på fylling**

a) Omfatter avretting, justering og komprimering av planum i dypsprengt skjæring og på fylling av sprengt stein, utover det som er medtatt under prosess 26: Prosessen anvendes der bærelaget legges direkte på avrettet planum. Prosessen omfatter levering, utlegging og komprimering av et justeringslag av knuste masser (eventuelt gjenbruksbetong) med gjennomsnittlig tykkelse på 100 mm.

b) Justeringslagets sortering tilpasses underlag og aktuell lagtykkelse.

c) Endring i tverrfallsretning skal skje parallelt med overflate ferdig veg. Det skal utføres komprimering som angitt i Håndbok 018 Vegbygging.

d) Tillatt vertikalt avvik fra-prosjektet profil er +/- 30 mm for enkeltverdier. Tillatt horisontalt avvik fra de prosjekterte ytterbegrensningslinjer er + 100 mm / - 0 mm.

x) Mengden måles som prosjektert behandlet areal. Enhet: m<sup>2</sup>

*\*\*•Spesiell beskrivelse \*\*•*

*a) Prosessen gjelder i skjæring og på sprengsteinsfylling der det ikke er forsterkningslag, jf. tegn. FI071- FI0073*

*c) Komgradering skal være som angitt i Hb O 18.*

Partene er, som nevnt, nå enige om når prosess 51.4 skal benyttes. Prosessen skal anvendes der veiens bærelag legges direkte på avrettet planum uten mellomliggende forsterkningslag. Justeringslaget skal lukke sprengsteinsfyllingen og sikre et bestemt nøyaktighetsnivå på overflaten. Tvisten knytter seg til om entreprenøren har oppnådd den kvalitet som kreves, og overholdt kravene til kontroll.

Lagmannsretten legger til grunn at kontrakten ikke har særskilte krav til kontroll fastsatt under prosessen. Det følger av Håndbok 025 punkt 2.3 at det er under bokstav e i den enkelte prosess særskilte krav til kontroll skal oppgis. Håndboken er del av konkurransegrunnlaget, jf. kontraktens kapittel A punkt 11 nr. 3. Prosess 51.4 har ikke bokstav e.

Kontrollkrav er da regulert i Håndbok 018 punkt 520.13. Håndboken er del av konkurransegrunnlaget, jf. kontrakten kapittel A punkt 11 nr. 8.

Fra håndboken gjengis:

#### **520.131 Generelt**

*Kontrollomfanget og toleranser ved oppbygging av vegfundamentet er beskrevet for hver materialtype. Generelt aksepteres at 1 av 5 prøver (20 %) kan avvike fra gjeldende krav, men ingen prøver skal avvike mer enn angitt maksimalt avvik.*

*Kontrollomfanget skal være så stort at kvaliteten blir dokumentert på en tilfredsstillende måte.*

*Hvilke parametere som skal kontrolleres er angitt i figur 520.1 og 520.2, og kontrollomfanget er gitt i beskrivelsen av de enkelte materialtypene.*

*Gitt kontrollomfang gjelder utførendes driftskontroll. Oppstartkontroll vil normalt være mer omfattende og omfanget vil være avhengig av materiale og produksjonsutstyr.*

*Byggherren skal vurdere behovet for stikkprøvekontroll i hvert enkelt tilfelle.*

### *520.132 Kontrollomfang og toleranser – geometri, jevnhet, lagtykkelser*

*For kontroll av høyde skal minste antall punkter i tverrprofilen være 3 (1 prøve = 1 profil, dvs. minst 3 målepunkter). Figur 520.3 angir kontrollomfanget, mens figur 520.4 angir toleranser.*

Det er i figur 520.3 fastsatt kontrollomfang for kontroll av frostsikringslag, forsterkningslag og bærelag. Det er ikke angitt noe kontrollomfang for kontroll av planum. Derimot er det angitt toleranser i figur 520.4. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn, at det i håndboken ikke er fastsatt spesifikke krav til geometrisk kontroll eller dokumentasjon.

Lagmannsretten legger på bakgrunn av vitneforklaringen til Kåre Aasen til grunn at kontrollomfang og metode ble avtalt med byggherren ved Wilfred Aanonsen. Partene avtalte at maskinstyring (GPS-styring) var OK, og at Aanonsen skulle si fra hvis han ikke var fornøyd med utførelsen. Nødvendige data for GPS-styring ble lagt inn i maskinens datamaskin, og maskinstyring gjennomført. I følge Aasens forklaring var Aanonsen ofte ute og kontrollerte. Aanonsen reklamerte ikke på arbeidet. Byggherren har ikke ført Aanonsen som vitne.

Lagmannsretten viser også til at byggherrens partsrepresentant Berg-Thomassen i sin forklaring var enig i at arbeidet med planum var utført, men at merkvaliteten ikke var dokumentert. Det har heller ikke fremkommet noe i ettertid som tyder på at arbeidet er mangelfullt utført.

På denne bakgrunn finner lagmannsretten det sannsynliggjort at arbeidet ble utført i henhold til prosessen og kontrollert i henhold til avtale med Aanonsen. Noe ytterligere dokumentasjonskrav enn nevnte kontroll gjelder ikke. Entreprenørens krav er beregnet i henhold til kontraktens målemetode, måleenhet og pris.

På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren det samme beløpet som i tingretten, 887 739 kroner.

### **Prosess 51.32 Planum i jordskjæring**

Entreprenøren krever 203 651 kroner og fikk fullt medhold i tingretten. Tingretten la til grunn at kontroll- og dokumentasjonskrav var oppfylt og at arbeidet var utført i henhold til prosessen.

Byggherren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prosess 51.3/51.32 omhandler etablering av planum i jordskjæring. Prosessen sikrer et bestemt nøyaktighetsnivå på overflaten og at forsterkningslaget blir lagt med korrekt tykkelse. Hva som er korrekt tykkelse på forsterkningslag fremkommer av F-tegningene – tegning F1071. Krav til utførelsen og krav til toleranser fremkommer av prosess 51.3 generell beskrivelse bokstav c og d.

Entreprenøren må sørge for oppmåling og dokumentasjon. Entreprenøren har ikke fremlagt dokumentasjon som viser at det er foretatt geometrisk kontroll som dokumenterer at bearbeidingen av planum er utført. Det er ikke tilstrekkelig for entreprenøren å hevde at arbeidet er gjort og så kreve betalt for et planumsarbeid som det er satt strenge krav til.

Entreprenøren kan ikke påberope seg byggherrens kontroll dersom utførelsen strider med kontrakten, jf. kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 9.3 og 9.4.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Det bestrides at det ikke er gjennomført kontroll i henhold til kontrakten, men manglende kontroll kan uansett ikke gi grunnlag for ikke å betale. Den reelle problemstillingen er om det foreligger en mangel ved entreprenørens utførelse. Når byggherren påberoper seg en mangel, er det han som må føre bevis for mangelen. Det er ikke entreprenøren som må sannsynliggjøre at leveransen er mangelfri.

Det er ingen fastsatte krav til geometrisk kontroll i kontrakten. Kontroll er utført som avtalt med byggherrens representant Wilfred Aanonsen. Det er aldri reklamert. Det er ikke ført bevis for mangelfull utførelse.

Selv om det foreligger en mangel ved utførelsen, gir dette ikke rett til å få ytelsen gratis. Kontraktens særskilte mangelsregler kan gi krav på bøter og/eller oppgraving for entreprenørens regning. Etter kontraktens generelle mangelsregler kan byggherren ha krav på utbedring, prisavslag og erstatning. Hvis det var en mangel, ville utgangspunktet være at den skulle utbedres. Dersom entreprenøren ikke utbedrer, kunne byggherren kreve et forholdsmessig prisavslag. Slikt krav er ikke fremmet.

### Lagmannsrettens vurdering

Også for denne prosessen vises det til tegningen inntatt under prosess 51.4. Prosess 51.32 angir steds-koder for hvor prosessen skal benyttes, mengde og enhetspris per m<sup>2</sup>. Det nærmere innholdet i prosessen følger av overordnet prosess 51.3 som har følgende ordlyd:

### **51.3 Avretting, justering og komprimering av planum på jord**

*a) Omfatter all avretting, justering og komprimering av planum på jord utover det som er medtatt under prosess 25.*

*c) Planum skal ha jevnt tverrfall på minst 3 % slik at vannet kan renne ut til siden overalt. Endring i tverrfallsretning skal skje gradvis over en lengde på 10 m.*

*d) Tillatt vertikalt avvik fra prosjektert profil er +/- 40 mm for enkeltverdier. Tillatt horisontalt avvik fra de prosjekterte ytterbegrensningslinjer er + 100 mm/- 0 mm.*

*x) Mengden måles som prosjektert behandlet areal. Enhet: m<sup>2</sup>*

*\*\* \* Spesiell beskrivelse \* \*\**

*a) Prosessen omfatter alle arbeider med planum på jord før utlegging av eventuelt fiberduk og forsterkningslag. Ved utkilinger regnes underkant utkiling som planum.*

Proessen har ingen bokstav e med særskilte krav til kontroll. Kravene følger da av Håndbok 018 punkt 520.13 Kontrollomfang og toleranser. Som redegjort for under lagmannsrettens vurdering av prosess 51.4 er håndboken en del av konkurransegrunnlaget. Der er også håndbokens punkt 520.131 og 520.132 om kontrollomfang sitert. Som redegjort for under vurderingen av prosess 51.4 er det i håndboken fastsatt kontrollomfang for kontroll av frostsikringslag, forsterkningslag og bærelag. Det er i håndboken ikke angitt noe kontrollomfang for kontroll av planum. Håndboken fastsetter kun toleransekrav. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at det i håndboken ikke er fastsatt spesifikke krav til geometrisk kontroll eller dokumentasjon.

Det er fremlagt dokumentasjon for utført geometrisk kontroll lagt frem på eRoom (byggeprosjektets elektroniske database). Dokumentasjonen viser at arbeidet i all hovedsak er utført innenfor toleransekravene. Avvik overskrider ikke det som er tillatt etter Håndbok 018 punkt 520.131. På denne bakgrunn finner lagmannsretten det sannsynliggjort at arbeidet ble utført i henhold til prosessen og at kontroll og dokumentasjon ikke er i strid med Håndbok 018. Det har ikke fremkommet noe i ettertid som tyder på at arbeidet er mangelfullt utført.

Entreprenørens krav er beregnet i henhold til kontraktens målemetode, måleenhet og pris. På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren det samme beløpet som i tingretten, 203 651 kroner.

## **Prosess 53.222 Høydetilpasning til eksisterende asfaltdekke**

Entreprenørens krav var opprinnelig på 2 032 196 kroner. Byggherren aksepterte forut for og under hovedforhandlingen betaling av til sammen 239 339 kroner. Entreprenørens krav for tingretten var således 1 792 587 kroner. Tingretten frifant byggherren. Tingretten la til grunn at prosessen skulle brukes på begrensede områder fastsatt i steds-koder.

Entreprenøren har anket over bevisvurderingen og rettsanvendelsen. Som det går frem av entreprenørens anførsler, har entreprenøren redusert kravet med 700 810 kroner til 1 092 047 kroner.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Der ny vei skal bygges inn mot eksisterende vei, må det lages en overgangssone. Prosess 53.222 kommer til anvendelse ved høydetilpasning mot eksisterende vei. Prosess 53.222 gjelder selve overgangssonen. Prosessen gjelder ikke forsterkningslag generelt. I tillegg har byggherren akseptert bruk av kult etter prosess 53.222 ved mindre oppbygninger ved midlertidige veier når det må benyttes kult. Entreprenørens oversikt viser at det ikke kun er ved høydetilpasning at prosess 53.222 er benyttet, men at den er benyttet i en rekke tilfeller der det skulle vært benyttet ordinært forsterkningslag etter prosess 53.3 Entreprenørens bruk av prosess 53.222 som forsterkningslag innebærer en tidobling av prisen. Entreprenøren har fått fullt oppgjør for forsterkningslag etter prosess 53.3 og det er ikke grunnlag for entreprenørens krav.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Twisten gjelder tolkningen av prosess 53.222. Tolkningen må baseres på kontrakten sammenholdt med byggherrens aksept (tilleggsavtale) om at prosess 53.222 kan brukes på mindre arealer hvor det må brukes kult (steinstørrelse 22-120 mm). Den eneste veiledning prosessen gir er at den viser til tegning F1080.

Tegningen gir begrenset veiledning. Den viser at eksisterende forsterkningslag er *minimum* 280 mm. Tegningen viser et forsterkningslag på ca. 600 mm. Tegningen angir ikke maksimal tykkelse på forsterkningslaget. Det må således være åpenbart at prosessen også gjelder der forsterkningslaget er tykkere enn 280 mm. Målerregelen er  $p_{am3}$ , men tegningen viser ingen prosjektert størrelse. Hverken prosessbeskrivelsen eller tegningen har noen arealangivelse for hvor eller hvor mye kult som skal brukes i stedet for vanlig sprengstein.

I praksis er det umulig å bruke vanlig sprengstein for mindre høydetilpasninger både på grunn av arealbegrensninger og på grunn av høyder. Entreprenøren har benyttet kult der det må benyttes kult.

Proessen og tegningen er svært uklar. Proessen er en spesialprosess hvor det gjelder en skjerpet klarhetsregel. Klarheten går utover byggherren.

Byggherrens aksept for *mindre oppbygninger* i VOE 238 for asfalt må oppfattes slik at aksepten iallfall gjelder alle områder hvor det i praksis må benyttes kult.

Entreprenøren mener å ha avregnet i forhold til en korrekt forståelse av målerregelen. Fremlagte målebrev viser avregningen. I den første perioden frem til 29.11.2012 ble prosess 53.222 også delvis fakturert som en ulempekompensasjon. Det er derfor en mindre del som også er medtatt i VOE 1091. Dette utgjør ca.  $2\,770\text{ m}^3 \times 253 = 700\,810$ . Entreprenøren reduserer kravet tilsvarende på prosess 53.222. Alle ulemper håndteres i VOE 1091.

#### Lagmannsrettens vurdering

Kontraktens prosess 53.222 er en underprosess til prosess 53.2 og 53.22. Prosessene har slik ordlyd:

##### *53.2 Forsterkningslag av knuste steinmaterialer*

*a) Omfatter eventuell levering og/eller opplasting, transport til og fra knuseverk, knusing, sortering, samt eventuell mellomlagring, utlegging og komprimering av knuste steinmaterialer.*

*b) Materialene skal tilfredsstille krav i Håndbok 018 Vegbygging, kapittel 522.*

*x) Mengden måles som prosjektert anbrakt volum. Enhet: m<sup>3</sup>.*

##### *53.22 Forsterkningslag av knuste steinmaterialer tilført utenfra*

*x) Mengden måles som prosjektert anbrakt volum. Enhet: m<sup>3</sup>*

*.*

##### *53.222 Høydetilpassing til eksisterende asfaltdekke*

*\*\*\* Spesiell beskrivelse \*\*\**

*a) Se tegn. F1080 .*

*b) Kult 22-120 mm*

Bokstav a angir krav til omfang, bokstav b krav til materialer. Prosess 53.222 har videre stedskoder med angivelse av mengde (fra 40 m<sup>3</sup> til 150 m<sup>3</sup>) hvert sted.

Tegning F1080 viser overgangen mellom gammel og ny vei, og hvordan spleis mellom de aktuelle lag i veien skal utføres.

Lagmannsretten legger til grunn at byggherren har utvidet anvendelsesområdet for prosessen ved delvis å akseptere VOE 238. Av byggherrens aksept går det frem at

*Avtalen forutsetter bruk av sprengstein til oppbygging av midlertidige veger prosess 53.3, sted A081 – A083. Hvis det i tillegg må benyttes kult for mindre oppbygginger aksepteres dette oppgjort etter prosess 53.22.*

Stedskodene og oppgitt mengde har da ikke lenger betydning for tolkningen av når prosessen skal brukes. Den skal benyttes når det må benyttes kult (knust stein med størrelse mellom 22 og 120 mm) i forsterkningslaget. Berg Thomassen sa i sin forklaring at det var OK å bruke prosessen der forsterkningslaget ikke er tykkere enn 400 mm. Ved tykkelser over dette skal det brukes sprengstein, jf. prosess 53.3. Lagmannsretten bemerker at dette ikke stemmer med tegning F1080, hvor forsterkningslaget har en tykkelse på ca. 600 mm. Lagmannsretten legger til grunn at det for oppbygning opp til 750 mm må brukes kult. I Håndbok 018 kapittel 255 Krav til fyllmassene, er det angitt at maks steinstørrelse i steinfyllinger ikke skal overstige 2/3 av lagtykkelsen. Ved bygging av fyllinger med sprengstein betyr det at ved en maksimal steinstørrelse på 500 mm kan sprengstein bare brukes i fyllinger med lagtykkelse større enn 750 mm. Det vil si at med lagtykkelser mindre enn 750 mm, må det enten brukes sortert sprengstein eller kult som beskrevet i prosess 53.222. Med bakgrunn i at kontrakten ikke inneholder post for sortert sprengstein, har lagmannsretten beregnet kravet i henhold til kontraktens prosess 53.222. Slik oppbygning er således omfattet av byggherrens siterte aksept for anvendelsen av prosess 53.22. Der entreprenøren har benyttet kult for oppbygning ut over 750 mm må dette trekkes fra i entreprenørens krav.

Entreprenørens beregning av kravet går frem av en oppstilling over avregning av mengder utarbeidet av entreprenøren, se faktisk utdrag del 5 side 12 338. Her er det oppgitt mengde, arealstørrelse og snittykkelse for forsterkningslaget. Det følger av lagmannsrettens vurdering at det skal trekkes fra 1 933 m<sup>3</sup> ved beregning av entreprenørens krav. Byggherren skal betale for 6 211 m<sup>3</sup> etter prosess 53.222. Lagmannsretten har for beregning av kravet brukt kontraktens priser. For arealer under 100 m<sup>2</sup> er prisen 255 kroner per m<sup>3</sup>. For arealer over 100 m<sup>2</sup> er prisen 230 kroner per m<sup>3</sup>. Av de m<sup>3</sup> som skal trekkes fra i forhold til entreprenørens krav, viser entreprenørens oppstilling at 144 m<sup>3</sup> er for arealer under 100 m<sup>2</sup>. For disse arealene blir fradraget da 36 720 kroner. For resten av mengden (1933m<sup>3</sup> – 144 m<sup>3</sup> = 1 789 m<sup>3</sup>) blir fradraget 411 470 kroner. Totalt skal det da trekkes fra 448 190 kroner i forhold til entreprenørens krav. Entreprenøren tilkjennes 643 857 kroner.

## **VOE 241 Manglende post for justeringslag**

Kravet er på 3 269 610 kroner som i tingretten. Tingretten frifant byggherren. Tingretten la til grunn at det ikke var motstrid mellom generell og spesiell beskrivelse i prosess 53.3 og at knust stein til forsterkningslag var inkludert i prosessen.

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Knust stein til justeringslaget er inkludert i kontraktens prosess 53.3. Kostnadene til knusing og levering skal prises der. Den spesielle beskrivelsen i prosess 53.3 løfter opplasting, transport og tipping og/eller demolering av sprengstein til forsterkningslaget ut av prosess 53.3. Dette er medtatt i prosess 26.11 og/eller prosess 32.62.

Den generelle beskrivelsen under prosess 53.3 bokstav a er ikke endret for så vidt gjelder stein til justeringslaget. Her gjelder fortsatt den generelle beskrivelsen. Den spesielle beskrivelsen setter ikke øvrige deler av den generelle beskrivelsen til side. Det er ingen motstrid mellom den generelle og den spesielle beskrivelsen. Prosess 53.3 omfatter således utlegging og komprimering av sprengstein og levering og utlegging av knust stein til justeringslag. Ved vurderingen må man se samtlige kontraktsdokumenter og prosesser i sammenheng, jf. Rt-2012-1729 (Stedjeberg tunnelen). Kontrakten er ikke uklar.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Prosess 53.3 mangler en prosess for levering av knust stein til justeringslag for store deler av veiarealet. Prosess 53.3 sier uttrykkelig at den bare gjelder fra og med utlegging. Da kan ikke anskaffelse og levering av knust stein omfattes av prosessen. Kontrakten har heller ingen andre poster hvor dette kan prises. Det er ingen uenighet om at prosesskoden, hvis den brukes uendret, innebærer at justeringslag av knust stein skal prises i prosess 53.3. Byggherren har imidlertid i den spesielle beskrivelsen endret innholdet av prosess 53.3 slik at all levering er utelatt. Ordlyden i den spesielle beskrivelsen er klar, fra og med utlegging betyr at arbeidet starter etter tipping. Transport og knusing av stein til justeringslaget er ikke inkludert.

Prosess 26.11 inkluderer ikke knusing eller harping. Prosess 32.62 inkluderer heller ikke knusing, utelukkende harping. Harping er frasortering av større stein (siling). Det kan ikke oppnås kvalitetskrav til et 10 cm justeringslag ved harping.

Det følger av uklarhetsregelen at det er byggherrens risiko hvis kontrakten kan misforstås. Den forståelsen byggherren påberoper seg, kunne meget lett vært formulert klart.

## Lagmannsrettens vurdering

Prosess 53.3 lyder som følger:

### **53.3 Forsterkningslag av sprengt stein**

a) Omfatter opplasting, transport, utsortering og/eller demolering av for stor stein, utlegging og komprimering av forsterkningslag av sams sprengt stein. For å oppfylle kravene til vertikalt avvik må det i denne prosess medregnes et justeringslag med en gjennomsnittlig tykkelse på 100 mm av knuste materialer.

b) Materialet skal tilfredsstillе krav i Håndbok 018 Vegbygging, kap 522.11 samt kap 255 og 256. Steinstørrelse i justeringslag skal tilpasses underlag og justeringslagets tykkelse, og skal være drenerende (maks  $8 \% < 0,063 \text{ mm}$ , regnet av materiale  $< 20 \text{ mm}$ ), -for eksempel 0/45 mm eller 0/63 mm, forutsatt at de er drenerende.

x) Mengden måles som prosjektert anbrakt volum. Enhet: m<sup>3</sup>

\*\*\* Spesiell beskrivelse \*\*\*

a) Omfatter alle arbeider fra og med utlegging.

Opplasting, transport, tipping og/eller demolering er tatt med under prosess 26.11 og/eller 32.62

Som det går frem av sitatet henviser prosess 53.3 under spesiell beskrivelse til prosess 26.11 og 32.62 hva gjelder opplasting, transport, tipping og demolering. Prosessene har følgende ordlyd:

### **26.11 Sprengstein fra skjæring til fylling i linjen**

\*\*\* Spesiell beskrivelse \*\*\*

a) Omfatter alle arbeider til og med tipping. Utlegging er tatt med på mottaksstedet. Omfatter sprengt stein fra alle elementene i dagen.»

### **36.62 Masser fra tunneler til linja**

\*\*\* Spesiell beskrivelse \*\*\*

Omfatter masser til alle formål i linja.

Entreprenøren må vurdere behovet for mellomlagring og innkalkulere dette i enhetsprisene.

c) Mellomlageret på entreprenørens rigg har begrenset kapasitet, og det er entreprenørens ansvar å ha en massehånderingsplan slik at mellomlageret holder. Det er entreprenørens ansvar hvis driften medfører at mellomlageret blir for lite.

*Omfatter alle arbeider til og med tipping. Utlegging er tatt med på mottaksstedet.  
Omfatter også eventuell harping/demolering.*

Partene er enige om at det følger av den generelle beskrivelsen i prosess 53.3 bokstav a at justeringslag av knust stein skal prises i prosess 53.3.

Det fremgår like klart av den spesielle beskrivelsen bokstav a at prosessen omfatter alle arbeidene fra og med utlegging av steinen. Fra og med utlegning betyr etter tipping av steinen. Det går videre frem under hvilke prosesser de foregående arbeidsoperasjonene opplasting, tipping og demolering av steinen skal prises. Dette betyr at opplasting, tipping og demolering tas ut av prosess 53.3. Dette arbeidet skal prises under prosessene 26.11 eller 32.62. Knusing av sprengstein til justeringslag nevnes ikke.

Når prosess 53.3 i spesielle beskrivelsen bokstav a fastsetter at prosessen omfatter arbeidene fra og med utlegning av steinen, er det etter lagmannsrettens mening svært uklart om også knusingen og/eller leveringen er tatt ut av prosessen, eller om den på grunn av den generelle beskrivelsen punkt a fortsatt er en del av prosessen. Det følger av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 4.2 at spesielle bestemmelser går foran generelle, og at bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten går foran standardiserte bestemmelser.

Lagmannsretten er enig med entreprenøren i at den spesielle beskrivelsen kan tolkes som at knusing av steinen ikke lenger er en del av prosessen. Denne uklarheten må gå ut over byggherren, slik at prosessen tolkes slik at den ikke omfatter anskaffelse/transport av stein til justeringslaget, enten ved knusing av stein fra anlegget eller anskaffet utenifra. De andre prosessene det er henvist til omfatter ikke knusing av sprengstein. Lagmannsretten er på denne bakgrunn enig med entreprenøren i at kontrakten mangler en prosess for prising av knusing av steinen. Entreprenøren har ikke tatt med kostnadene ved prising av prosess 53.3.

Entreprenøren har ikke bestridt beløpet dersom entreprenøren gis medhold i sin tolkning av prosessen. På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren 3 269 610 kroner

## **Prosess 71.27 Tilbakefylling**

Entreprenørens krav for tingretten var 78 948 kroner. Tingretten ga byggherren medhold i sin tolkning av prosessen, og la til grunn at prosessen kun omfattet tilbakefylling på den ene siden av muren. Tingretten tilkjente likevel 10 000 kroner. Byggherren har ikke anket dette, slik at tvisten for lagmannsretten gjelder gjenstående del på 68 948 kroner. Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Prosess 71.27 gjelder tilbakefylling bak mur, det vil si mot terreng. Dette går frem av ordlyden i prosessen sammenholdt med ordlyden i overordnet prosess 71.2. Det følger også av murens funksjon. Forsiden av muren er den siden hvor rørgrøften ligger. Tilbakefylling på denne siden er dekket av prosess 26.12 (Fylling under rørgrøft), prosess 42.14 (Omfilling rundt rør), prosess 42.15 (Gjenfylling over rør) og prosess 53.3 (Forsterkningslag). Byggherren har gjort opp for volumet.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Byggherrens påstand om at prosess 71.27 kun gjelder tilbakefylling på en side av muren står i klar motstrid med kontraktens ordlyd. Der står det ingen ting om at *tilbakefylling mot mur* bare skal skje bak eller på en side av muren. Målerregelen (bokstav x) i Håndbok 025 punkt 71.27 viser til prosess 71.21 og 71.22. Det følger videre av håndboken (utgave 2007 som gjelder for prosjektet) punkt 5 at

*Krav til materialer, arbeidets utførelse, kontroll og toleranser angitt på et høyt nivå gjelder også for et underordnet nivå. Arbeidets omfang beskrevet i en overordnet prosess gjelder imidlertid ikke for den underordnede, dersom ny tekst for omfang er angitt.*

De to aktuelle murene er ikke vanlige støttemurer. De er fullstendig nedgravd, og det må nødvendigvis tilbakefylles på begge sider av disse. På begge sider må det fylles med telesikre masser.

### Lagmannsrettens vurdering

Kontraktens prosess 71.2 og 71.27 har slik ordlyd:

#### **71.2 Murer av plasstøpt betong**

*a) Omfatter nødvendig graving utover vegens prosjekterte profil, samt evt. avstempling eller spunt, eventuell sprenging av fot, opplasting, transport og utlegging av overskuddsmasser, eventuell såle, eventuell oppfylling under muren, forskaling, armering, betong, drenering, evt. isolasjon og bakfyll for mur av plasstøpt betong.*

*b) Materialer, utførelse og kontroll skal være i samsvar med NS 3465. Mindre konstruksjoner utføres etter kravene i klassen "Normal kontroll". Det vises til den spesielle beskrivelsen. Der ikke annet er angitt, kan det benyttes forskaling av horisontalt liggende tykkelsesdimensjonerte bord eller av lemmer av bord min. 1,5*

*m lange, lagt i forbandt med horisontal bordretning.*

*Bakfyll skal bestå av ikke telefarlige materialer i den avstand fra murfronten som vist på tegningene. Disse materialene skal tilfredsstillende filterkravene mot bakenforliggende jord, eventuelt ved anvendelse av eget filterlag eller fiberduk.*

*c) Forskaling, armering og betong skal være i samsvar med prosessene 84.2 c), 84,3 c) og 84.4 c). For bakfyll i skjæringssider foreskrives eventuell komprimering i den spesielle beskrivelsen, for bakfyll i fylling er kravene til komprimering som for fyllingen for øvrig utført med utstyr som ikke skader konstruksjonen.*

*d) Tillatt avvik fra prosjektert murfront er +/- 50 mm. Tillatt avvik på tykkelse er + 50 og - 20 mm, dog maksimalt 10 % av tykkelsen. Tillatt overflateavvik er 15 mm målt med 4,0 m rettholt.*

*x) Mengden måles som prosjektert flate regnet fra underkant såle og til topp murkrone. Enhet: m<sup>2</sup>*

*.*

*... Spesiell beskrivelse \* \*\**

*a) Omfatter mur av betongelementer fundamentert under og langs VA-trykk ledninger der ledningene ligger < 5,0m fra prosjekterte murer. Arbeidene omfatter nødvendig graving utover VA-grøftens profil, samt avstempling eller spunt, eventuell sprening av for, opplasting, transport og utlegging av overskuddsmasser, eventuell! såle, forskalling, armering, betong, drenering, evt. isolasjon og bakfyll for mur av plaststøpt betong.*

*c) Muren plasseres som angitt på tegning OI-H2009, Generelt grøftesnitt (grøft i fjell). Murene er vist på tegningene 01-HOI 71, 01-HOI 72, 01-HOI 75, 01-HOI 76.*

### **71.27 Tilbakefylling**

*a) Omfatter tilbakefylling mot mur over underkant mur (/såle), herunder ikke telefarlige masser i angitt tykkelse, og inkluderer eventuell fiberduk.*

*x) Mengden måles som volum prosjektert tilbakefylling av godkjente masser. I berg måles prosjektert volum som i prosess 71.21. I løsmasse måles prosjektert volum som i prosess 71.22. Enhet: m<sup>3</sup>*

I den overordnede prosessen (prosess 71.2) benyttes uttrykket bakfyll flere ganger. Lagmannsretten legger til grunn at uttrykket i denne sammenheng betyr tilbakefylling på

den ene side av muren, baksiden. Hva som er for- og baksiden av en mur er noen ganger åpenbart, andre ganger mer usikkert. Står man ved en mur som deler av et område, vil det falle naturlig å betegne siden man står på som forsiden, den andre siden er baksiden. Er muren fylt igjen med masser på den ene siden, mens den andre siden ligger åpent i dagen vil det være naturlig å betegne siden det er fylt opp mot som baksiden. Den som ligger åpent i dagen er forsiden. De aktuelle murene (K78 og K88) er helt nedgravd. For en slik mur er det vanskelig å si hva som er for- og bakside. På den ene side ligger det en rørgrøft. På bakkenivå på den andre siden står det en tørrsteinsmur. Lagmannsretten legger til grunn at murene først og fremst skal sikre rørgrøften på den ene siden, men at den også skal sikre at tørrsteinsmuren ikke raser ut. Uklarheten forsterkes av at prosess 71.27 bruker uttrykket tilbakefylling, ikke bakfyll. Som påpekt av entreprenøren så følger det av Håndbok 025 punkt 4 at: .... *Arbeidets omfang beskrevet i en overordnet prosess gjelder imidlertid ikke for den underordnede, dersom ny tekst for omfang er angitt.*

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at det er svært uklart om prosess 71.27 skal benyttes for tilbakefylling på en eller begge sider av K78 og K88. Denne uklarheten må gå ut over byggherren. Entreprenøren får på denne bakgrunn medhold i sitt krav på 68 948 kroner. I tillegg kommer beløpet tilkjent i tingretten, slik at entreprenøren tilkjennes 78 948 kroner.

### **Prosess 81.632 Oppfylling med avretting**

Entreprenørens krav var på 1 165 540 kroner. Byggherren har akseptert 231 405 kroner. Entreprenørens krav for tingretten var 934 135 kroner. Tingretten la til grunn at grunnforholdene under konstruksjonene var slik at det ble behov for mer utgraving og oppfylling, og at byggherren måtte bære ansvaret for dette. Mengdeangivelsene i kontrakten var ikke dekkende for arbeidet som måtte utføres. Den spesielle beskrivelsen bokstav x dekket ikke denne situasjonen. Tingretten reduserte kravet skjønnsmessig og tilkjente 543 000 kroner.

Begge parter har anket. Byggherrens anke gjelder rettsanvendelsen. Entreprenørens anke gjelder rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Oppfylling med avretting for konstruksjoner som var prosjektert fundamentert på fjell er regulert i prosess 81.632. Prosessen omfatter oppfylling med godt komprimerte telesikre sprengsteinmasser og et avrettingslag som er et minimum 150 mm tykt lag av pukk (steinstørrelse 22-56 mm).

Omfanget av sprengstein er entreprenørens ansvar. Volumet på avrettingslaget er grunnlag for beregning av vederlaget. Det er angitt volum for hver enkelt konstruksjon – gitt ut fra det

«fotavtrykket» hver konstruksjon har. Volumet endres ikke så lenge man ikke endrer konstruksjonen – endrer flaten på undersiden av konstruksjon.

Det er entreprenøren som må godtgjøre at det har forekommet endringer som berettiger et større vederlag. Entreprenøren har ikke godtgjort at mengdene har økt på grunn av feilprosjektering og endrede grunnforhold. Det foreligger ikke feilprosjektering eller endrede grunnforhold. Det er ikke grunnlag for entreprenørens anførsel om at prosjekterte mengder ikke kan legges til grunn, men at det må måles. Det foreligger ikke endringer av konstruksjoner som har medført endret areal for konstruksjonens bunnflate, og dermed heller ingen endring av prosjektert mengde.

I de tilfeller hvor byggherrens forhold har medført økt omfang av sprengstein under avrettingslaget, har entreprenøren fått oppgjør for sprengsteinen på ordinær måte gjennom prosessene 26.11 og 26.12.

Byggherren har gitt oppgjør i tråd med prosjektert mengde, og det er ikke grunnlag for ytterligere godtgjørelse på prosess 81.632.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Proessen gjelder oppfylling med et kombinasjonslag med telesikre sprengsteinsmasser av ikke angitt tykkelse og deretter minimum 150 mm avretting med pukk. Entreprenøren har stort sett fått betalt bare for kontraktens mengder, det vil si for et 150 mm lag med pukk umiddelbart under konstruksjonen. Byggherrens tolkning av prosessen innebærer at entreprenøren ikke får betalt for å tilføre og legge ut sprengstein, men bare for 150 mm pukk. Byggherrens anførsel om at prosjektert mengde = mengden i kontrakten betyr at entreprenøren bærer risikoen for feilsprengning eller det faktum at det nesten alltid vil måtte sprenges noe dypere enn teoretisk profil.

Prosessens målregel gir ingen mening alene. Den angir verken enhet eller hvordan det måles. Den må åpenbart suppleres med måleregelen på nivået over (prosess 81.63) hvor det står at *Mengden måles som prosjektert anbrakt volum. Enhet: m<sup>3</sup>*. Prosjektert anbragt volum er definert i Håndbok 025 punkt 7. Det skal måles i forhold til byggherrens prosjektering, det vil si arbeidstegninger og stikningsdata. Det er åpenbart at prosjekterte mengder ikke = kontraktens mengder.

Byggherren bestemmer mengden oppfylling gjennom angivelse av sprengningslinje (VIPS data) og plassering av konstruksjonen. Det eneste rimelige er at han da også skal betale for de teoretiske mengdene han derved bestemmer. Det er en unaturlig og urimelig tolkning at entreprenøren ikke skal få betalt noe for oppfylling som byggherren bestemmer gjennom sin prosjektering.

Det er åpenbart at byggherrens forståelse i alle fall ikke er klar. Byggherren kunne meget lett skrevet en klar ordlyd: *Entreprenøren får ikke betalt for eventuell oppfylling med sprengstein under 150 mm avrettingslag*. Det følger av uklarhetsregelen at prosessen da skal tolkes slik entreprenøren har tolket den.

Entreprenøren har ikke fått oppgjør gjennom VOE 143 som gjelder regningsarbeid for å spyle ut sprengstoff av borehull etter at det hadde vært boret og ladet etter feil data.

Entreprenøren har målt opp i henhold til kontraktens krav og måleregler. Kravet er beregnet etter en teoretisk beregning basert på byggherrens stikningsdata.

#### Lagmannsrettens vurdering

Prosess 81.632 skal benyttes ved konstruksjoner angitt med elementkoder under prosessen. Prosessen har følgende ordlyd:

##### **81.632 Oppfylling med avretting**

*a) Omfatter levering, utlegging og komprimering av oppfylling under fundamenter og andre konstruksjoner, samt avretting av oppfyllingslaget på angitt nivå. Ev. levering av spesielle masser (pukk, grus etc.) for avrettingen inkluderes.*

*Eventuelle filterlag inngår i prosess 52.1, ev. fiberduk inngår i prosess 52.2. Eventuelle bjelker av tre, stål eller betong for opplegg av f.eks. prefabrikkert betongkulvert inngår ikke i prosessen (b-c) For elementkulverter og korrugerte stålrør skal de øverste 0,3 m av tilbakefyllingen være sand eller grus.*

*Avrettingen utføres med materialer og som beskrevet for prosess 81.631.*

*d) Som prosess 81.631.*

*x) Mengden måles som prosjektert anbrakt volum. Enhet: m<sup>3</sup>*

*\*\*\* Spesiell beskrivelse \*\*\**

*b) Det benyttes godt komprimerte telesikre sprengsteinmasser som oppfyllingslag, avrettet med min. 150 mm pukk 22-56 mm.*

*x) Omfanget av sprengsteinmasser er entreprenørenes ansvar.*

Det følger av Håndbok 025 og 026 punkt 2.3 at x) i prosessene er mengdedregler. Prosessene avregnes etter måleregelen angitt under x), for eksempel prosjektert mengde, utført mengde, m<sup>2</sup> og m<sup>3</sup>, jf. Håndbok 025 og 026 punkt 4.3. Prosess 81.632 har en alminnelig måleregul: *Mengden måles som prosjektert anbrakt volum. Enhet: m<sup>3</sup>*. Den har

videre en spesiell måleregul: *Omfanget av sprengsteinsmasser er entreprenørenes ansvar.* Enhetsprisen skal omfatte alle kostnadene som er nødvendige for å levere arbeidet beskrevet under prosessen. Håndbok 025 og 026 punkt 4.3 fastsetter videre at når måleregelen angir avregning etter prosjekterte mengder og forutsetningene for mengdeberegningen endres på grunn av forhold som entreprenøren ikke er herre over, så skal prosjekteringsgrunnlaget justeres, og endrede prosjekterte mengder registreres og avregnes etter prosessen.

Det følger av tolkningsreglene i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 4.2 at spesielle bestemmelser går foran generelle og at bestemmelser utarbeidet særskilt for kontrakten går foran standardiserte bestemmelser. Det følger derfor av de to målereglene lest i sammenheng at sprengstein ikke inngår i volumet som skal måles og avregnes etter prosessens enhetspris. Det er kun pukkt til avrettingslaget som måles og avregnes etter prosessens enhetspris. Etter lagmannsrettens vurdering er kontrakten ikke uklar. Den formulering som er valgt i spesiell x) er like klar som entreprenørenes forslag til klar måleregul. Prosessens måleregul er etter lagmannsrettens mening heller ikke meningsløs. Måleregelen angir både hva og hvordan det skal måles. Det er prosjektert anbrakt m<sup>3</sup> kult som skal måles og betales etter prosessens enhetspris. Det er ikke kontraktens mengdeangivelser, men konstruksjonens bunnflate som gir grunnlag for de prosjekterte mengdene kult som måles. Mengden vil endres dersom konstruksjonens bunnflate endres. Det er ingen slike endringer. Forutsetningene for mengdeavregningen endres dermed ikke selv om grunnlaget for prosjektert mengde sprengstein øker. Resultatet er ikke urimelig. Byggherren har opplyst at det er gitt oppgjør for økte mengder sprengstein etter prosess 26.11 og 26.12 som gjelder opplasting, transport, tipping, utlegging og komprimering av sprengstein til fylling i linjen.

Til entreprenørenes anførsler om ansvaret for feilsprengning bemerkes at det følger av kontraktens kapittel D2 punkt 25.1 om stikningsgrunnlag at målsatte arbeidstegninger med x- og y-koordinater samt høyder gjelder som stikningsgrunnlag for konstruksjoner, ikke VIPS-data som anført av entreprenøren. Dette er anbudstegninger. Dersom nevnte tegninger er feil, og det må sprenges dypere, kan dette gi grunnlag for et krav om betaling for økte mengder sprengstein gjennom et endringskrav, men ikke ved anvendelse av bestemmelsen om mengdeøkning i Håndbok 025 punkt 4.3. Entreprenøren har ikke fremmet kravet som et endringskrav (VOE). Hvis entreprenøren har sprengt etter VIPS-data har han sprengt etter feil stikningsgrunnlag.

Byggherren frifinnes.

## **VOE 412 Planendring i Hannevikdalen og Kolsdalen**

Byggherren ble frifunnet i tingretten. Tingretten fant det ikke sannsynliggjort at massene benyttet til tilbakefylling var i tråd med beskrivelsen i prosess 81.6332, og at entreprenøren hadde fått fullt oppgjør etter prosessene 26.11 og 26.12.

Entreprenøren har anket over bevisvurderingen og rettsanvendelsen. Omtvistet beløp for lagmannsretten er 201 056 kroner.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Det er ingen uenighet om at arbeidene utgjør endringer. Det er ikke grunnlag for entreprenørens krav. Entreprenøren har fakturert 2 663 m<sup>3</sup> på prosess 81.6332. Fremlagt bilde viser at entreprenøren ikke har benyttet sorterte sprengsteinsmasser ved tilbakefylling inntil K57. Det er ikke fremlagt bilder eller annen tidsnær dokumentasjon som sannsynliggjør at entreprenøren fjernet massene og erstattet dem med masser som oppfyller kravet i prosess 81.6332. Konstruksjonen tåler de massene entreprenøren har brukt, slik at det ikke er behov for retting. Entreprenøren kan imidlertid ikke kreve betaling etter prosess 81.6332.

Partene er enige om volumet. Byggherren har gjort opp dette volumet under prosess 26.11 og prosess 26.12 og entreprenøren har fått fullt oppgjør for utført mengde basert på kontraktens prosesser.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Endringen gjelder planendring i Hannevik og Kolsdalen og merkostnader i denne forbindelse. Den omtvistede delen av kravet gjelder knuste masser inntil konstruksjonen K57. Det er ingen uenighet om at arbeidene utgjør endringer. Uenigheten gjelder utelukkende om arbeidet er mangelfullt slik at byggherren skal betale den lavere prisen etter prosess 26.12 og ikke etter prosess 81.6332, slik entreprenøren krever.

Det er byggherren som påberoper seg en mangel og må føre bevis for det. Den eneste bevisførsel fra byggherrens side er fremlagt bilde. Aasen forklarte at Aanonsen tok bildet og reklamerte på utførelsen. Mangelen ble deretter rettet av entreprenøren slik at massene var i tråd med kravet i prosess 81.6332.

Det er uansett ikke reklamert i tide. Bildet ble tatt 9. august 2013. Det ble først reklamert i forbindelse med sluttoppgjøret høsten 2014.

Selv om det foreligger en mangel kan ikke byggherren la være å betale, eller betale etter en annen prosess. Spørsmålet er i tilfelle (hvis det er reklamert i tide) hvilket verdiminus mangelen representerer. Den påståtte mangelen gjelder kun en mindre del av kulverten og har ingen reell betydning.

#### Lagmannsrettens vurdering

Av VOE 412 går det blant annet frem at: *Bru K53 utgår, erstattes av kulvert K57 for trafikk fra rkj. Hannevika mot Søgne.* Partene er enige om at arbeidet er en endring.

Lagmannsretten skal ta stilling til om endringen skal betales etter prosess 26.12 eller etter prosess 81.6332. Prosess 81.6332 bokstav a fastsetter at: *Prosesen gjelder tilbakefylling av stedlige sorterte sprengsteinsmasser inntil konstruksjonen.*

Partene er også enige om at fremlagt bilde av K57 viser at det ble benyttet sprengstein av varierende størrelse ved tilbakefylling, og ikke sortert sprengstein slik prosess 81.6332 krever.

Aasen forklarte at Aanonsen påpekte dette overfor entreprenøren og at entreprenøren deretter grov opp og fylte på nytt med sortert sprengstein. Aanonsen er ikke ført som vitne i lagmannsretten. Lagmannsretten finner det på denne bakgrunn sannsynlig at mangelen ble påpekt av byggherren og rettet av entreprenøren. Partene er enige om mengden.

På denne bakgrunn legger lagmannsretten til grunn at mengden skal betales etter prosess 81.6332. Partene ble under prosedyrene enige om beløpet som skal betales dersom tilbakefyllingen skal betales etter prosess 81.6332, og entreprenøren tilkjennes i tråd med dette 201 056 kroner.

## **VOE 999 Manglende poster i 81-kapittelet for diverse konstruksjoner**

Entreprenørens krav var for tingretten kr 488 544. Tingretten frifant byggherren for kravet. Tingretten la til grunn at entreprenøren hadde fått fullt oppgjør for arbeidene gjennom oppgjør for pukk etter prosess 81.632 og sprengstein etter prosess 26.11 og 26.12.

Entreprenøren har anket over bevisvurderingen og rettsanvendelsen. Under ankeforhandlingen ble kravet redusert til 381 865 kroner.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Kravet knytter seg til arbeid under konstruksjonene K44, K74, K81, K82 og K91. Det følger av prosess 81.21 at det ikke skal graves dypere enn underkant konstruksjon, med plass for 150 mm pute av pukk *slik at fundamentet kan støpes mot uberørt grunn med fasthet tilsvarende de naturlig lagrede massene.*

Det er ikke grunnlag for entreprenørens krav om vederlag etter prosess 81.632 for oppfylling under konstruksjonene som skal fundamenteres på jord. Prosess 81.632 gjelder for de konstruksjoner som er angitt i kontrakten.

Entreprenøren har fått fullt oppgjør under VOE 0999 for de aktuelle konstruksjoner etter prosess 81.632 for prosjektert avrettingslag, og for sprengstein under puten etter prosess 26.11 og 26.12 (2789 pfm3).

Entreprenørens anførsel om endret utgravingsnivå på grunn av rester av gamle konstruksjoner gjelder kun området i Fiskådalen etter senkning av installasjonsplan for KC-peling. Alt er dekket gjennom de ordinære fyllingsprosesser og oppgjort. Entreprenøren har ikke vist andre eksempler på tilsvarende forhold.

Det er uklart hvordan entreprenørens krav er beregnet. Det er uansett ikke grunnlag for bruk av prosess 81.632 hvor mengden beregnes ut fra puten av pukk, og det går frem av prosessen at entreprenøren er ansvarlig for oppfylling med sprengstein.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Entreprenøren har krevd kr 817 303. Byggherren har godkjent kr 328 759. Omtvistet beløp utgjør således kr 488 544. Entreprenøren godtar byggherrens priser. Dette betyr at uenigheten om K74 og K91 utgår, og at prisen på en del av de øvrige konstruksjonene reduseres. Kravet reduseres med kr 106.679 fra kr 488.544 til kr 381.865.

Kravet knytter seg til K78, K81, K82, K88, K90 og K92, jf. oppstillingen i dokumentet fremlagt i faktisk utdrag bind 5 side 12359. Konstruksjonene er ikke listet opp med elementkoder under prosess 81.632. Spørsmålet er imidlertid om arbeidet beskrevet i prosess 81.632 a) er utført for de omtvistede konstruksjonene. Dette er konstruksjoner byggherren trodde skulle stå på løsmasser. Alle de aktuelle konstruksjonene er i Fiskå i området med senket nivå for kalksementstabilisering. For disse konstruksjonene har byggherren kun akseptert å gjøre opp puten med pukk etter prosess 81.632. Kravet er et parallellkrav til kravet fremmet under prosess 81.632.

Det er unaturlig å tolke prosess 81.632 slik at entreprenøren ikke får betalt noe for laget med oppfylling av sprengstein. Dette er konstruksjoner i Fiskå-området hvor nivået for oppfylling ble senket, med andre ord endrede forutsetninger. Uansett hvordan man måtte tolke prosess 81.632 kan det ikke gjelde for endringer. Entreprenøren hadde ingen mulighet til å prise inn en stor fylling med sprengstein under konstruksjoner hvor traet senere ble senket.

Etter at entreprenøren har akseptert byggherrens priser er det ingen uenighet om utmålingen.

#### Lagmannsrettens vurdering

Som det går frem av partenes anførsler synes de uenige om hvilke konstruksjoner kravet knytter seg til. I forhold til kravet i tingretten så har entreprenøren opplyst at krav knyttet til K74 og K91 utgår, og kravet er redusert i tråd med dette. På bakgrunn av entreprenørens redegjørelse legger lagmannsretten til grunn at kravet knytter seg til K78, K81, K82, K88, K90 og K92. De omtvistede konstruksjonene, med unntak av K78 og K88, er alle listet opp med elementkoder under prosess 81.21. Prosessen omfatter *rensk og avretting til uberørt*

*grunn etter utgraving av byggegrop over vann.* Ingen av konstruksjonene er oppgitt med elementkoder under prosess 81.632.

Tingretten har korrekt lagt til grunn at prosess 81.632 ikke gjelder for de omtvistede konstruksjonene siden prosessen ved bruk av elementkoder fastsetter de konstruksjoner den omfatter. Det følger videre av elementkodene under prosess 81.21 at de omtvistede konstruksjonene, med unntak av K78 og K88, omfattes av denne prosessen. Dersom det er en endring i kontraktsarbeidet, kan det imidlertid kreves oppgjør for endringsarbeidet etter prosess for vesentlig likeartet arbeid, jf. kontraktens kapittel C punkt 29.4.1

Lagmannsretten har kommet til samme resultat som tingretten. Lagmannsretten legger i tråd med entreprenørens anførsler til grunn at de omtvistede konstruksjonene er i Fiskå-området. Det var ikke uberørt grunn der konstruksjonene skulle stå, slik prosess 81.21 forutsetter. Nivået for oppfylling ble senket for kalksementstabilisering. Måleregelen i prosess 81.21 x) knytter seg til prosjektert avrettet og rensket areal. Måleenheten er m<sup>2</sup>. Måleregelen kunne ikke benyttes for det arbeidet som ble utført.

Byggherren har akseptert at avrettingslaget (150 mm pukk) under disse konstruksjonene gjøres opp etter prosess 81.632 og at sprengstein under avrettingslaget gjøres opp etter prosess 26.11 og 26.12. Det ligger i dette at byggherren aksepterer at det foreligger en endring på grunn av endrede grunnforhold. Uenigheten knytter seg til hvordan endringen skal prises. Utgangspunktet er at kontraktens priser må legges til grunn, jf. kontraktens kapittel C punkt 28.4.1. Partene synes enige om at dette skal legges til grunn for VOE 999. Uenigheten knytter seg til hvilken prosess sprengsteinen skal prises under. Entreprenøren mener både pukk og sprengstein skal måles/prises under prosess 81.632.

Prosess 81.632 har en enhetspris på mellom 225 og 265 kroner per m<sup>3</sup> avhengig av konstruksjonen. Prosess 26.11 har en enhetspris på 30 kr per m<sup>3</sup> for alle arbeidene til og med tipping og prosess 26.12 har en enhetspris på mellom 10,50 og 15,50 per m<sup>3</sup> for arbeidene fra og med utlegging.

Det følger av lagmannsrettens tolkning av prosess 81.632 ovenfor at sprengstein ikke tas med i volumet som måles etter prosessen, kun 150 mm pukk under konstruksjonens bunnplate. Puten med pukk har entreprenøren fått oppgjør for etter prosess 81.632. Lagmannsretten er enig med byggherren i at sprengsteinen i endringsarbeidet må gjøres opp etter prosessene 26.11 og 26.12. Disse prosessene gjelder *arbeid som i det alt vesentlige er likeartet*, jf. kontraktens kapittel C punkt 28.4.1. Det følger av dette at entreprenøren har fått fullt oppgjør for endringen.

Byggherren frifinnes for dette kravet.

## Øvrige krav

### VOE 900 – 15 prosent regelen

Kravet er det samme som for tingretten, 4 654 064 kroner. Tingretten ga entreprenøren medhold, men foretok en skjønnsmessig avkortning av kravet og fastsatte beløpet til 3 000 000 kroner. Tingretten la til grunn at tilleggsarbeid utført etter fast pris etter tilbud fra entreprenøren og etter regning, skulle tas med ved beregning av om 15 prosents grensen var nådd, og at grensen var overskredet.

Begge parter har anket, byggherren over rettsanvendelsen, entreprenøren over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Det bestrides ikke at tilleggsarbeider gjort opp etter regning eller avtalt fastpris skal medtas ved beregningen av 15 prosentgrensen i forhold til entreprenørens plikt til å utføre ytterlige tilleggsarbeider. De skal imidlertid ikke tas med ved vurderingen av om entreprenøren kan kreve nye priser. Ved denne beregningen skal kun arbeider gjort opp etter kontraktens priser medtas. Det er utført tilleggsarbeid til kontraktens priser på til sammen 50 041 975 kroner. 15 prosent av kontraktssummen utgjør 89,3 mill. kroner. 15 prosent terskelen er ikke overskredet.

Regningsarbeid skal ikke medtas. Ved disse har ikke entreprenøren samme risiko som ved kontraktsarbeid til enhetspriser. Regningsarbeid gir fullt oppgjør, herunder dekning av fortjeneste, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 27 og kapittel G punkt 2. Det er utført tilleggsarbeid som regningsarbeid for til sammen 59 250 717 kroner.

Tilleggsarbeid gjort opp etter avtalt fastpris skal heller ikke medtas. Her gir entreprenøren tilbud på tillegget, og bærer selv risikoen for at tilbudet er dekkende. Entreprenøren priser fritt og fastpris gir fullt oppgjør, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.5. Det er utført tilleggsarbeid til fastpris for til sammen 54 947 088 kroner.

Partene har aldri endret bestemmelsen i kontraktens kapittel C (NS3430) punkt 28.1. Byggherrens avkrysning på endringsordrer (EO) har da ingen betydning.

Dersom lagmannsretten kommer til at 15 prosentgrensen er overskredet, gir dette uansett ikke entreprenøren ensidig rett til å fastsette nye priser. Entreprenørens beføyelse ved overskridelse av grensen er å nekte å utføre ytterligere tilleggsarbeid, jf. kontraktens kapittel C (NS3430) punkt 28.1 Entreprenører nektet aldri å utføre tilleggsarbeid. Prisen må fastsettes gjennom forhandlinger mellom partene. Det foreligger ingen avtale mellom partene om nye priser. Begge parter har gitt uttrykk for sine posisjoner. Byggherren har nektet at entreprenøren kan kreve nye priser, jf. svaret til VOE 900.

Det er uansett ikke grunnlag for entreprenørens krav på 25 prosent prisøkning. Entreprenøren har ikke sannsynliggjort at en eventuell overskridelse av terskelen, har medført et økonomisk tap eller fordyrelse for entreprenøren. Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag for å foreta en vurdering ut fra hva som utgjør et rimelig oppgjør basert på et helt fritt skjønn. Det er ikke grunnlag for en større økning enn 5 – 10 prosent.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Frem til utstedelsen av VOE 900, og et stykke videre, har partene konkret tatt standpunkt til hva som inngår i grunnlaget for beregningen av 15 prosent grensen. Byggherren har krysset av og undertegnet på dette i endringsordrene (EO). Når byggherren har krysset av og underskrevet på at en endring skal inngå i beregningen av 15 prosent regelen, foreligger det en avtale om dette. Byggherren er bundet av avtalen.

Når byggherrens egen avkryssing legges til grunn, er det klart at man hadde passert 15 prosent grensen 1. september 2013.

Entreprenøren er enig i at fradragsposter som er tilknyttet enkelte endringer skal hensyntas. Dette er også konsekvent gjort i entreprenørens beregning. Byggherren har ikke hatt noen konkrete innvendinger mot dette. Partene er uenige om hvordan negative endringsordre skal hensyntas ved beregningen, men den ene negative endringsordren byggherren utstedte påvirker ikke beregningen, 15 prosentgrensen var passert før 1. september 2013.

Byggherrens anførsel om at beregningen av 15 prosentgrensen er forskjellig for adgangen til å pålegge tilleggsarbeider, og adgangen til å kreve nye priser for slike tilleggsarbeider, er uforståelig. Tilleggsarbeid oppgjort som regningsarbeid og etter avtalt fastpris, skal medtas ved beregningen av om grensen er overskredet. Kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1 setter grensen for endringskompetansen og har ingenting med riggregulering å gjøre. Det er ingen holdepunkter i ordlyden for en slik sterkt innskrenkende tolkning av ordlyden. Det er ingen juridiske kilder som støtter en slik innskrenkende tolkning.

Når entreprenøren kan nekte å utføre ytterligere arbeid, følger det forutsetningsvis at han kan gjøre det mindre, forlange nye priser. Byggherren ble forespurt om han ønsket at entreprenøren fortsatt skulle utføre tilleggsarbeider og besvarte det bekreftende. Han har da bestilt tilleggsarbeid vel vitende om at entreprenøren ville kreve høyere priser. De nye prisene, som ble oversendt før 1. september 2013, er rimelige og balanserte.

#### Lagmannsrettens vurdering

Den aktuelle passusen i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.1 har følgende ordlyd:

*Entreprenøren er ikke forpliktet til å utføre tilleggsarbeider som omfatter mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen jf. 2.10. Merarbeid som skyldes variasjoner i avtalt anslåtte mengder anses ikke som tilleggsarbeider i denne sammenheng, med mindre variasjonene i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten. For øvrig plikter entreprenøren å utføre den pålagte endring selv om partene er uenige om vederlaget eller andre konsekvenser av endringer.*

Som det går frem av ordlyden, regulerer bestemmelsen ikke prisingen av tilleggsarbeid, kun entreprenørens plikt til å utføre dem. Kontrakten har ingen bestemmelser om prising av tilleggsarbeid som entreprenøren ikke har plikt til å utføre. Partene synes enige om, og lagmannsretten finner det uansett åpenbart, at det ved vurderingen av om plikt til å utføre foreligger, skal medtas både tilleggsarbeid utført etter kontraktens priser, etter regning og etter avtalt fastpris. Dette går også frem av de fremlagte endringsordrene (EO) hvor byggherren har krysset av for at tilleggsarbeid innenfor alle de nevnte kategoriene inngår i 15 prosentgrensen.

Lagmannsretten legger til grunn at partene er enige om at det var utført tilleggsarbeid til kontraktens priser, til avtalt fastpris og etter regning for mer enn 15 prosent av kontraktssummen, og at entreprenøren hadde rett til å nekte å utføre de tilleggsarbeidene VOE 900 knytter seg til. Det er også uomtvistet at byggherren ønsket de aktuelle tilleggsarbeidene utført. Lagmannsretten legger til grunn at når entreprenøren kunne nekte å utføre tilleggsarbeidene så må de heller ikke utføre dem til kontraktens priser hvis de aksepterer å utføre dem. Alternativet hvis de nekter, er at byggherren må engasjere en annen entreprenør. Den nye entreprenøren er ikke en del av kontrakten mellom partene, og han er ikke bundet av kontraktens priser.

Lagmannsretten legger til grunn at utgangspunktet for prisingen må være forhandlinger mellom partene. I denne saken avviste imidlertid byggherren slike forhandlinger med henvisning til at 15 prosentgrensen ikke var overskredet. Lagmannsretten viser til byggherrens svar til VOE 900. Samtidig måtte entreprenøren utføre tilleggsarbeidene for at kontraktarbeidet skulle fortsette. I en slik situasjon mener lagmannsretten at entreprenøren kan fastsette prisene så lenge disse ikke overstiger gjengs pris. Lagmannsretten finner at entreprenørens påslag på 25 prosent i forhold til kontraktens priser ikke overstiger gjengs pris. Det ville åpenbart vært langt dyrere å engasjere en annen entreprenør for å utføre arbeidene. På denne bakgrunn tas kravet til følge.

Entreprenøren tilkjennes 4 654 064 kroner.

## **VOE 1241 – Urasjonell drift i Kolsdalen**

Entreprenøren krevde 1 522 000 kroner for tingretten, subsidiært så var kravet beregnet til 872 549 kroner. Tingretten ga entreprenøren medhold i at forhold byggherren hadde ansvaret for førte til urasjonell drift. Merkostnadene var ikke dekket gjennom andre

VOEer. Tingretten la til grunn at kravet måtte fastsettes til entreprenørens merkostnader og ikke etter regning, og tilkjente 800 000 kroner.

Entreprenøren har ikke anket. Byggherren har anket over tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

#### Byggherrens påstandsgrunnlag

Forholdene som påberopes som grunnlag for kravet, var kjent på anbudsstadiet. Det er ikke grunnlag for kravet. De faktiske forholdene i Kolsdalen avviker ikke i vesentlig grad fra det entreprenøren måtte påregne ut fra konkurransegrunnlaget. Høyspentkabelen fremkommer av konkurransegrunnlaget.

Subsidiært anføres det at entreprenøren har fått oppgjør for alle påpekte forhold som entreprenøren mener har medført urasjonell drift. Urasjonell drift knyttet til høyspentkabelen er allerede dekket gjennom for eksempel VOE 0918, VOE 1075, VOE 1158 og VOE 1230. Urasjonell drift knyttet til fjernvarme er dekket gjennom VOE 1158 og VOE 1270. Repstad Anlegg utførte også arbeider med fjernvarmen. Urasjonell drift knyttet til K44 er dekket gjennom VOE 0840. Urasjonell drift knyttet til M50 er dekket gjennom VOE 1158. Urasjonell drift knyttet til trafikkavvikling for kollektivtransport (busslomme) er dekket gjennom kontraktens prosess 14.2 og VOE 1270.

Atter subsidiært anføres det at det ikke er grunnlag for kravet i det omfang som entreprenøren anfører. Det er ikke grunnlag for å kreve oppgjør som regningsarbeid, det er kun eventuelle merutgifter entreprenøren kan kreve dekket, det vil si faktisk påløpte kostnader og ikke fortjeneste. Entreprenøren har ikke dokumentert faktisk påløpte merutgifter. Entreprenøren har ikke dokumentert at timene har medgått til kontraktsarbeider eller VOEer. Det fremkommer heller ikke av arbeidslisten at timene skriver seg fra arbeid utført i Kolsdalen. Bevistvil skal løses i entreprenørens disfavør.

#### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Entreprenøren har hatt forstyrrelser som følge av et stort antall endringer mens kontraktsarbeidene pågikk og fordi endringene kom på et svært sent tidspunkt i prosjektet, noe som ga entreprenøren liten tid til å områ seg eller omdisponere sine ressurser. Disse merkostnadene fanges ikke opp av den enkelte VOE som skaper forstyrrelsene i kontraktsarbeidene.

Entreprenøren har hatt forstyrrelser, i hovedsak på grunn av kryssinger med 50 kV, nye konstruksjoner M50 og K44, fjernvarme som måtte hensyntas og forlenget bruk (tidsmessig) av midlertidig vei og busslomme. Det er ingen overlapp mellom kravet i VOE 1241 og andre VOEer. Øvrige VOEer gjelder direkte effekter av endringer. VOE 1241 gjelder indirekte effekter av endringer.

Ledningstrasé for 50 kV er vist på anbudstegninger, men det var likevel en rekke prosjekteringsfeil. Høydene er ikke tilpasset høyden på andre installasjoner eller veien. Det var ikke opplyst at ledningen skulle være strømførende gjennom hele prosjektet, eller at omkobling ikke kunne foretas i flere omganger. Ny mur M50 er utvilsomt en endring i forhold til kontrakten, hvor natursteinsmur M3 var prosjektert. Legging av fjernvarme ble utført av Agder Energi gjennom egen entreprise. Dette er en endring som kom etter kontraktsinngåelse. Entreprenøren skulle i utgangspunktet ikke bli forstyrret av slike arbeider her. Dette er ikke kompensert gjennom VOE 1158, som uttrykkelig sier at den ikke omfatter problematikk rundt kabler og ledninger. Det er enighet mellom partene om at forlenget tidsbruk av midlertidig vei og busslomme er en endring. Dette fanges ikke opp av kontraktens kapittel E prosess 14.2 Dette er rundsumposter, og de kan således ikke fange opp endringer underveis.

Entreprenøren har hatt direkte kostnader til maskin og mann. Påløpte merutgifter i området i perioden 1. mars 2014 til 18. juni 2014 var på 1 682 832 kroner. Tapt fortjeneste er ikke tatt med. Entreprenøren har trukket fra 10 prosent på grunn av egenrisiko og uttak på a-nota 641 862 kroner, noe som gir en sum for merutgifter på 872 687 kroner. Av prosessøkonomiske grunner har entreprenøren ikke anket over tingrettens utmåling av kravet på 800 000 kroner.

#### Lagmannsrettens vurdering

VOE 1241 knytter seg til veibygging i Kolsdalen i perioden 1. mars til ferdigstillelse 18. juli 2014. Kravet er et plunder og heft krav. Kontrakten har som nevnt innledningsvis under lagmannsrettens vurdering, ingen bestemmelser om plunder og heft, men som det går frem der så legger lagmannsretten til grunn at entreprenøren kan kreve merutgifter på grunn av plunder og heft. Dette er heller ikke bestridt av byggherren. Uenigheten knytter seg til om det er faktisk grunnlag for kravet og eventuell økonomisk konsekvens.

Bevisførselen knyttet til kravet var den samme som i tingretten. Tingretten har foretatt en grundig drøftelse av de forhold entreprenøren påberopte som grunnlag for kravet (kryssinger med 50 kV, nye konstruksjoner M50 og K44, fjernvarme som måtte hensyntas og forlenget bruk av midlertidig vei og busslomme), herunder om merkostnader på grunn av urasjonell drift er dekket av andre VOEer. Tingretten kom til at endringsarbeidene førte til urasjonell fremdrift på kontraktsarbeidene, og at dette påførte entreprenøren merutgifter. Tingretten konkluderte med at disse ikke var dekket gjennom andre VOEer. Disse gjaldt endringsarbeidene som sådan, ikke de forstyrrelser endringsarbeidene medførte for kontraktsarbeidene. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering og konklusjon, og viser til denne.

Tingretten la til grunn at kontrakten ikke ga grunnlag for å avregne dette som regningsarbeid. Tingretten la til grunn at entreprenøren kun kunne kreve faktisk påløpte

merutgifter dekket, Ved fastsettelsen la tingretten entreprenørens subsidiære beregning av kravet til grunn, men trakk fra påståtte merutgifter etter overtakelsesdato, og fastsatte merutgiftene skjønnsmessig til 800 000 kroner. Entreprenøren har som for tingretten angitt de faktiske kostnadene fratrasket 10 prosent egenrisiko og det som er utbetalt på a-nota, til 872 549 kroner, men har ikke anket over det tilkjente beløpet. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering og konklusjon i forhold til fastsettelsen av kravets størrelse.

På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren 800 000 kroner som i tingretten.

## **VOE 1355 – krav om fristforlengelse**

Entreprenøren krever 59 800 622 kroner, det samme som ble krevd i tingretten.

Byggherren har akseptert å betale 587 575 kroner. Tingretten tilkjente 10 613 272 kroner. Det var dissens ved vurderingen av kravet. Alle dommerne la til grunn at kravet var et fristforlengelseskrav og at formelen i kontraktens kapittel D2 punkt 13 b kom til anvendelse. Formelens t1 var kontraktens ferdigstillesdato. Flertallet la til grunn at byggherrens forhold hadde forsinket entreprenøren med 148 hverdager ut over t1, det vil si et tidspunkt etter faktisk ferdigstillelse. Flertallet tilkjente ikke merutgifter ut over det beløpet som fremkommer ved bruk av formelen. Et mindretall i tingretten la til grunn en to-delt beregning. For den første benyttet mindretallet formelen slik flertallet hadde gjort. I tillegg ble entreprenøren tilkjent merutgifter *...basert på justering av den opprinnelige kontraktsprisen for drift av rigg på grunn av at det er produsert et større volum og dessuten innenfor et lengre tidsrom*. Mindretallet stemte for å tilkjenne entreprenøren 55 886 755 kroner.

Begge parter har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Kontrakten skiller mellom krav på fristforlengelse (tid) og krav på merutgifter (penger). NS 3430 har forskjellige regelsett for henholdsvis krav om fristforlengelse, forsering og merutgifter. Entreprenøren har aldri varslet et krav om merutgifter for plunder og heft eller forsering, verken underveis i anleggsgjennomføringen eller i sluttoppgjøret. Det er ikke grunnlag for å konvertere tidskravet til et rent pengekrav. Det er konsistent rettspraksis om at merutgifter ved fristforlengelse, merutgifter for forsering, og merutgifter for plunder og heft/urasjonell drift er ulike krav, jf. LB-2003-9441 (Simex), og LB-2011-95644 (Lysaker stasjon). Overlappende faktisk grunnlag er ikke tilstrekkelig for å konstatere at det er snakk om samme krav. Krav om plunder og heft kan oppstå uavhengig av krav om fristforlengelse. Et krav om fristforlengelse er et annet krav enn krav knyttet til plunder og heft, jf. LA-2013-175355 (Teigar ungdomsskole).

I VOE 1355 krevde entreprenøren *Dekning av merutgifter ved forsinkelse*. I alle bolkbrevene omtales kravet som et krav om fristforlengelse. Entreprenørens bruk av

formelen for å beregne kravet viser at det er tale om et krav om fristforlengelse og at entreprenøren har ment dette hele veien.

Entreprenøren har rett til fristforlengelse for å unngå dagmulkt. Ved beregning av entreprenørens fristforlengelse er det krav til årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og forsinkelsen. Det er ikke grunnlag for entreprenørens krav på fristforlengelse. I henhold til kontrakten skulle prosjektet være ferdig 1. juni 2014. Entreprenøren overleverte prosjektet den 18. juni 2014. Byggherren har akseptert fristforlengelse fra 1. juni 2014 til 18. juni 2014 og har betalt 587 575 kroner i henhold til formelen. Prosjektet var ikke forsinket med 651 dager, slik entreprenøren krever dekning for.

Entreprenørens fremdriftsplan kan ikke benyttes som grunnlag for vurderingen av fristforlengelseskravet. Opprinnelig fremdriftsplan var ikke komplett. Plante- og såarbeid var ikke omfattet. De kunne ikke vært utført i desember 2013, men tidligst mars/april 2014. Anleggsgartnerarbeid var undervurdert i opprinnelig plan. Starttidspunktet i fremdriftsplanene er ikke korrekt. Entreprenøren har ikke overholdt egen plan og var forsinket allerede fra start. Entreprenøren hadde undervurdert arbeidenes kompleksitet. Slik undervurdering eller feilvurdering er entreprenørens ansvar.

Entreprenørens angivelse av fremdriftshindringer viser ikke faktisk innvirkning på fremdriften. Entreprenøren har lagt inn fremdriftshindringer i planen, men det er kun en teoretisk fremstilling, løsrevet fra virkeligheten i prosjektet. Utgangspunktet for entreprenørens fremstilling var ikke korrekt eller realistisk.

Lagmannsretten skal kun vurdere de endringskrav (VOE) som er påberopt av entreprenøren i bolkbrevene. Spørsmålet er om hvert enkelt av disse kravene gir grunnlag for fristforlengelse. Entreprenøren kan ikke uten videre gjøre gjeldende samlekrav for hver bolk. Byggherren har hatt innsigelser til alle kravene og til hvert bolkbrev. Entreprenøren har ikke vist at det er oppstått forsinkelser ut over de 14 dagene som er akseptert av byggherren.

Det er flere feil i entreprenørens fremstilling. Entreprenøren har i en rekke tilfeller anslått forsinkelser uten nærmere dokumentasjon for at anslaget faktisk stemmer. Hindringer er lagt inn med flere dager enn i entreprenørens varsel. Hindringer er lagt inn i planer som ikke samsvarer med faktiske forhold. Hindringene er lagt inn som full stopp, alternative aktiviteter som ble utført av omdisponerte ressurser fremkommer ikke i planene. Hindring er lagt inn med opphold i forhold til andre aktiviteter. Det kan kun gis fristforlengelse for forsinkelser på grunn av hindringer på kritisk linje. Ved vurderingen må byggherrens andel av tidsbesparelsen fra endret trafikkkløsning i Hannevikdalen hensyntas. Det er ikke påvist årsakssammenheng mellom de forhold entreprenøren påberoper og fremdriftsvirkninger på den kritiske linjen i prosjektet. Det er lagt inn hindringer som skyldes entreprenørens forhold. Fremdriftshindringer er dessuten gjort opp i andre VOE-saker.

Det er ikke grunnlag for en sjablongmessig konvertering av volumøkninger til krav om fristforlengelse. Entreprenørens krav i bolkbrev 7 er udokumentert. Hver prosess må vurderes konkret. Det generelle tidskravet for volumøkninger i bolkbrev 7 må uansett ses i sammenheng med krav om tid for mengdeøkninger i særskilte VOEr.

Kontraktens formel i kapittel D2 punkt 13 b er en utmålingsregel der byggetiden blir forlenget som følge av byggherrens forhold. Det må foreligge en faktisk forsinkelse for å bruke formelen. Formelens ordlyd viser til kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.4 som gjelder for merutgifter ved forsinkelse. Entreprenøren ble ikke forsinket ut over 14 dager, og har ikke krav på ytterligere kompensasjon etter formelen. Det er ikke grunnlag for merutgifter for en teoretisk forsinkelse.

Formelen er ikke anvendelig innenfor opprinnelig byggetid. Formelen gir dekning for rigg og administrasjon i en periode som ikke er dekket i kontrakten. Merutgifter innenfor byggetiden må fastsettes særskilt etter den ordinære bestemmelsen i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.1. Eventuelle merutgifter knyttet til økt administrasjon må da dekkes etter faktisk påløpte kostnader. Fjordane tingretts dom om Dalsfjordsambandet er uten betydning for vår sak. Den ble anket av begge parter og saken ble senere forlikt.

Opprinnelig byggetid ( $t_1$ ) er avtalt frist for ferdigstilling av hele kontraktsarbeidet, jf. kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 16 og kapittel A2 punkt 5. Kun sluttfristen i kontrakten er kjent for partene ved kontraktsinngåelse, og det er denne som nedfelles i avtalen. Frister i entreprenørens fremdriftsplan utgjør ikke avtalte tidsfrister, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 16 tredje avsnitt. Fremdriftsplanen er entreprenørens dokument, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 19.

Avtalt ny byggetid ( $t_2$ ) i formelen er datoen for overlevering.  $T_1$  er da 1196 hverdager.  $T_2$  er 1210 hverdager (14 hverdager fristforlengelse). Dette gir følgende beregning:  $V = 0,15 \times \text{kr } 595\,582\,698 \times (1210 - 1196 - 6) / 1196 = \text{kr } 597\,575$ .

For det tilfellet at lagmannsretten kommer til at entreprenøren kunne ha ferdigstilt prosjektet tidligere enn 18. juni 2014, uten forhold som skyldes byggherren, anføres det at entreprenøren ikke har varslet et krav om merutgifter for fremdriftshindringer. Retten til å kreve merutgifter er tapt, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.2, punkt 17.5 og punkt 31.1. Entreprenøren har ikke varslet at det ble iverksatt forsering. Entreprenøren kan ikke iverksette forsering uten først å varsle byggherren. Krav om dekning av utgifter til forsering er tapt, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.6 og kapittel D2 punkt 10.

Entreprenøren har bevisst valgt å fremsette krav om fristforlengelse og brukt formelen for forlenget byggetid. Entreprenøren kan ikke i ettertid fremme andre krav. Varslingsreglene i kontrakten skal nettopp motvirke dette. Det er ikke grunnlag for entreprenørens anførsel om at byggherren har forstått at entreprenøren har ment å kreve merutgifter for andre forhold enn fristforlengelse. Dette er i strid med forklaring fra entreprenørens egne vitner.

Byggherren har ikke tapt retten til å påberope preklusjon. Avtaleloven § 36 er ikke relevant i profesjonelle avtaleforhold, jf. Rt-1999-922 (Salhus flytebro) og Rt-2010-1345 (Veisaltdommen) avsnittene 66 og 68.

Entreprenøren har uansett ikke sannsynliggjort eller dokumentert at det faktisk er påløpt merutgifter. Det er ikke realistisk at entreprenøren ville blitt ferdig 12. desember 2013. Opprinnelig fremdriftsplan var ikke komplett. Gjenstående anleggsgartnerarbeid kunne uansett ikke vært utført i desember. Entreprenøren har uansett kun krav på dekning av faktiske påløpte kostnader for fremdriftshindringer innenfor byggetid, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.1, Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen) og Rt-2010-1355 (Veisaltdommen) avsnittene 57 og 59.

Uansett så er deler av kravet om merutgifter foreldet. Foreldelsesfristen løper fra det tidspunktet entreprenøren tidligst kan kreve oppfyllelse, jf. foreldelsesloven § 3 nr. 1 jf. § 2. I entrepriseforhold foreldes krav suksessivt, jf. Rt-2013-1476 (Narvik kommune) avsnittene 42, 52 og 56. Bolkbrev 1 gjelder forhold som har oppstått i perioden 1. juli 2010 til 7. januar 2011. Deler av kravet i bolkbrev 2 er krav som kunne vært fakturert før 25. februar 2011 (krav til og med VOE 0120, varslet 20. januar 2011). Krav for ovennevnte periode kunne vært fakturert og kravet forfalt forut for 25. februar 2011, som er skjæringstidspunktet i avtalen om forlengelse av foreldelsesfristen. Byggherren påberoper ikke foreldelse i forhold til kravet på fristforlengelse.

Det er uansett ikke materielt grunnlag for entreprenørens krav på merutgifter uavhengig av fristforlengelse. Entreprenøren har fått oppgjør for merutgifter ved fremdriftshindringer i VOEer knyttet til enkeltforhold. Merutgifter, herunder plunder og heft, er varslet for en rekke enkeltstående forhold, der slike utgifter skal ha påløpt. Disse forholdene kan ikke brukes som grunnlag for et nytt merutgiftskrav på toppen/i tillegg. Dersom VOE 1355 anses som et plunder og heft krav vil dette innebære at entreprenøren får oppgjør for plunder og heft minst to ganger. Det er uansett ikke grunnlag for dekning for andre forhold enn de som faktisk ble påberopt i bolkbrevene eller vedleggene til bolkbrevene.

For det tilfellet at lagmannsretten kommer til at entreprenøren har krav på merutgifter, anføres det at entreprenøren i svært liten grad har redegjort for sitt krav på merutgifter. Metode for vurdering og beregning er nedenfra og opp, jf. LB-2011-95644 (Lysaker stasjon). Entreprenøren har ikke sannsynliggjort hvilke merutgifter som faktisk er påløpt, kun laget et oppsett uten underlag. Det var ingen økning i funksjonærbemanning gjennom anleggsperioden. Beregningen av redusert effektivitet er en ren ovenfra og ned beregning uten dokumentasjon. Det er ikke sannsynliggjort at avvik skyldes byggherrens forhold. Det er kun entreprenørens faktiske merutgifter som kan kreves dekket, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21. Det vil si faktisk påløpte kostnader, ikke fortjeneste. Det er ikke grunnlag for en vilkårlig fastsettelse av merutgifter.

## Entreprenørens påstandsgrunnlag

Entreprenøren har krav på å få dekket merutgifter med 59 800 622 kroner. Byggherren har kun akseptert å betale 587 575 kroner. Kravet gjelder merutgifter ved forsinkelse, herunder at byggeperioden er blitt mer fortettet og aktiviteten er blitt utført med større parallellitet og overlapp enn forutsatt. Entreprenøren har i utgangspunktet beregnet kravet etter formelen i kontraktens kapittel D2 punkt 13b basert på det antall dager man mener man ble forsinket på grunn av byggherrens forhold. Alternativt har entreprenøren beregnet kravet basert på en konkret vurdering av merutgifter.

De forhold som entreprenøren påberoper seg er i hovedsak oppsummert gjennom syv bolkbrev. Byggherren har avslått alle krav om fristforlengelse etter 7. februar 2011 (bolkbrev 1). Det er nesten ingen uenighet om at de forhold som entreprenøren har påberopt seg er endringer/byggherreforhold. Uenigheten går på konsekvensene. Kravet som gjøres gjeldende, er begrenset til merutgifter entreprenøren er påført som følge av forsinkelser i utførelsen som er byggherrens ansvar.

Entreprenøren har krav på fristforlengelse hvis han blir forsinket på grunn av byggherrens forhold, jf. Rt-1999-878. Entreprenøren har bare krevd fristforlengelse for forhold som ligger på kritisk vei. Det vil si forhold som har hatt forsinkende effekt på ferdigstillelsen. Det er utenkelig at entreprenøren ikke har krav på mye lengre fristforlengelse enn 14 dager, noe byggherren må ha forstått. Dette må få betydning for både tolkning og bevisvurderinger. På grunn av byggherrens holdning fikk man etter bolkbrev 1 aldri noen reell diskusjon om hvilken fristforlengelse entreprenøren hadde krav på.

At forsinkelse i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.1 jf. punkt 17.4 bare skal bety forsinkelse i forhold til avtalte frister, er ikke riktig. *Forsinket* eller *forsinkelse* brukes mer enn ti steder i NS 3430, og har forskjellig betydning forskjellige steder. Definisjonen er uansett uten betydning i saken. Partene er enige om at det er entreprenøren som eier «slakken». Alle forsinkelser på kritisk vei vil med logisk nødvendighet medføre forskyvning av sluttfristen.

Begrepet *opprinnelig byggetid* ( $t_1$  i formelen) er 12. desember 2012 slik det går frem av entreprenørens opprinnelige hovedfremdriftsplan. Fremdriftsplanen var realistisk. Byggherrens påstand om at den ikke var det, har kommet i ettertid. Påstanden er ikke underbygget med tidsnære bevis. Det var lagt inn slakk i planen for kritiske aktiviteter. Byggetid er benyttet flere steder i kontrakten, og begrepet viser alle steder til faktisk byggetid. Det vil si frem til overtakelse uavhengig av når den finner sted. Byggherren plikter å overta anlegget selv om det ferdigstilles tidligere enn kontraktens overtakelsesdato. Rt-2005-788 avsnitt 46 (Oslofjordtunnelen) fastslår at muligheten til tidligere ferdigstillelse er en mulighet som entreprenøren har krav på. Dette innebærer at også forsinkelser innenfor kontraktens ferdigstillelsesfrist er byggherrens risiko og skal

kompenseres. Entreprenøren har kalkulert sine driftskostnader basert på den tiden entreprenøren planlegger å bruke (selvkost-kalkylen). Gevinsten ved en planlagt tidligere ferdigstilling ligger derfor inkludert i kontrakten. Byggherrens forståelse av formelen vil gi entreprenøren underkompensasjon. I Fjordane tingretts dom om Dalsfjordsambandet la tingretten til grunn at formelen ikke bare kom til anvendelse ved forsinkelse ut over kontraktens ferdigstillelsesdato. Problemstillingen var nøyaktig den samme som i vår sak. Dersom kontraktsbestemmelsen er uklar må dette gå ut over byggherren. T1 er 1160 hverdager

Formelens t2 er 29. november 2016. T2 må baseres på den fristforlengelse entreprenøren var berettiget til, altså en teoretisk beregning. Entreprenøren har rett til å tilføre mer ressurser for å kunne fullføre tidligere. Entreprenøren reduserer derved risikoen for dagmulkt. Den faktiske forsinkelsen, som først kan konstateres i ettertid, begrenser ikke entreprenørens krav. Entreprenøren har rett til å hente inn forsinkelser uten at entreprenøren derved mister kravet. Formelens ordlyd er uklar og misvisende. I praksis blir det sjelden inngått *avtale*. Partene er enige om at formelen gjelder selv om partene ikke har klart å *avtale* ny frist. Orden *avtalt* viser imidlertid at det forutsetningsvis skal inngås avtaler underveis. Dette viser at det ikke er den faktiske forsinkelsen som er relevant. Det må være den fristforlengelsen som entreprenøren ville hatt krav på. Når entreprenøren eier slakken må den logiske konsekvens være at det er den fristforlengelse entreprenøren har krav på når kontraktens forutsetninger legges til grunn som skal beregnes og inntas i formelen. T2 er 1824 hverdager.

Dersom lagmannsretten kommer til at formelen bare kan benyttes for forsinkelse fra 12. desember 2012 til faktisk overtakelse 18. juni 2014, har entreprenøren i tillegg til beløpet beregnet etter formelen krav på å få dekket faktiske merutgifter regnet fra 18. juni 2014. Dette følger av at entreprenøren skal kompenseres for alle merutgifter på grunn av økt parallellitet, overlapp og forstyrrelser som entreprenøren er påført av byggherren. Kravet er ikke et nytt krav og er ikke prekludert.

Dersom lagmannsretten kommer til at formelen bare kan benyttes fra 1. juni til 18. juni 2014, har entreprenøren i tillegg til beløpet beregnet etter formelen krav på å få dekket merutgifter i forlenget byggetid fra 12. desember 2013 til 1. juni 2014 og merutgifter ved økt parallellitet, overlapp og forstyrrelser. Kravet er ikke et nytt krav og er ikke prekludert.

Forsinkelsen på kritisk vei går frem av de 7 bolkbrevene. For bolkbrev 1-5 er det brukt plananalysemetode. Dette er den eneste metode for å analysere konsekvensen av mange fremdriftsforhold på mange forskjellige kritiske veier. Kravet er begrunnet med en rekke enkeltkrav. Det er angitt tidskonsekvens for hvert enkelt forhold. Dette er lagt inn i kritisk linje basert på fremdriftsplanen for å beregne de samlede konsekvenser. Byggherren har ikke prøvd å etterprøve eller imøtegå plananalysene. For perioden i bolkbrev 6 og 7 var omfanget og karakteren av endringer så store at det gjorde det umulig å bruke samme metode. Entreprenøren måtte i større grad gjøre vurderinger basert på ressursvurderinger.

Byggherren har nesten ikke hatt noen konkrete innvendinger mot beregningene. I byggherrens svar på bolkbrevene la byggherren feilaktig til grunn at de eide «slakken». Bolkbrev 1 omfatter perioden fra oppstart til 7. januar 2011. Det var 108 endringskrav i perioden og et totalt endringsvolum i perioden på 15, 1 millioner kroner. Til sammenligning var det kontraktsarbeider for 88, 4 millioner kroner i perioden. Partene er blitt enige om forsinkelsesvirkningene for denne perioden. Entreprenøren har gjort en plananalyse hvor man har lagt inn de avtalte forsinkelsene, beholdt avhengighetene i fremdriftsplanen og beholdt slakken.

Bolkbrev 2 omfatter perioden fra 8. januar 2011 til 9. mai 2011. Det var 100 endringskrav i perioden. Det totale endringsvolum i perioden var på 17, 1 millioner kroner. Til sammenligning ble det utført kontraktsarbeider for 53 millioner kroner. Entreprenøren mener forholdene i denne perioden gir krav på 47 dagers fristforlengelse.

Bolkbrev 3 omfatter perioden fra 10. mai 2011 til 12. oktober 2011. Det var 101 endringskrav i perioden. Det totale endringsvolumet i perioden var på 16, 4 millioner kroner. Til sammenligning ble det utført kontraktsarbeider i samme periode for 90, 5 millioner kroner. Entreprenøren mener forholdene i denne perioden gir krav på 38 dagers fristforlengelse.

Bolkbrev 4 omfatter perioden 13. oktober 2011 til 26. april 2012. Det var 147 endringskrav i perioden. Det totale endringsvolumet var på 34, 3 millioner kroner. Til sammenligning ble det utført kontraktsarbeider for 130 millioner kroner i perioden. Entreprenøren mener forholdene i denne perioden gir krav på 63 dagers fristforlengelse.

Bolkbrev 5 omfatter perioden 27. april 2012 til 20. februar 2013. Det var 256 endringskrav i perioden. Det totale endringsvolumet var på 47, 3 millioner kroner. Til sammenligning ble det utført kontraktsarbeid for 157, 6 millioner kroner i perioden. Entreprenøren mener forholdene i denne perioden gir krav på 46 dagers fristforlengelse.

Bolkbrev 6 omfatter perioden 21. februar 2013 til 9. januar 2014. Det var 415 endringskrav i perioden. Det totale endringsvolumet var på 56, 8 millioner kroner. Til sammenligning ble det utført kontraktsarbeid for 71, 8 millioner kroner i perioden. Entreprenøren mener forholdene i denne perioden gir krav på 80 dagers fristforlengelse.

Bolkbrev 7 omfatter perioden 9. januar 2014 til 18. juni 2014. Det var 189 endringskrav i perioden. Det totale endringsvolumet var på 44, 9 millioner kroner. Til sammenligning ble det utført kontraktsarbeid for 36, 2 millioner kroner i perioden. Entreprenøren mener forholdene i denne perioden gir krav på 109 dagers fristforlengelse for endringsarbeidene og 181 dager for volumøkninger. Sluttfriksen for ferdigstilling ble 29. november 2016. Krav om merutgifter for løpende driftskostnader i perioden 12. desember 2013 til 1. juni 2014 og merutgiftskravet for økt parallellitet og økt ressursinnsats er ikke bortfalt. Dette er samme krav som det kravet entreprenøren har fremmet hele tiden, krav om merutgifter på

grunn av forsinkelse. Kontrakten bruker betegnelsen merutgifter. Entreprenøren har krevd dekket merutgifter, og kravets identitet er knyttet til det. Begrepet plunder og heft er ukjent for kontrakten. Det er klart at *krav* i preklusjonsbestemmelsen i kontraktens kapittel C (NS3430) punkt 31.1 er pengekrav. Hensikten med bestemmelsen er at byggherren skal få visshet om den øvre ramme for hva arbeidene vil koste. Derfor skal alle pengekrav på bordet. Det kreves ikke at man skal redegjøre utfyllende for det juridiske grunnlaget for et krav.

Dersom merutgiftskravet for løpende driftskostnader i perioden 12. desember 2013 til 1. juni 2014 og/eller merutgiftskravet for økt parallellitet og økt ressursinnsats er nye krav så er kravene varslet i tide. I korrespondansen har entreprenøren tatt klart forbehold om å gjøre en alternativ beregning dersom byggherren ikke aksepterer entreprenørens forståelse av formelen. Byggherren har forstått dette. Byggherren ble også informert om at entreprenøren forserte deler av arbeidene. Den alternative beregningen er ikke prekludert fordi det er tatt forbehold om alternativ beregning av merutgifter og fordi byggherren uansett har forstått dette.

Byggherren kan uansett ikke påberope seg preklusjon. Ved vurderingen må man se på avtaleloven § 36. Bestemmelsen gjelder også mellom profesjonelle parter. Det sentrale spørsmålet er om det vil være urimelig av byggherren å gjøre preklusjon gjeldende? Situasjonen er skapt av en uklar spesialbestemmelse gitt av byggherren. Entreprenøren har forholdt seg til den forståelse Statens vegvesen med styrke gjorde gjeldende i saken om Dalsfjordsambandet. Entreprenøren har tatt forbehold og byggherren har forstått at entreprenøren har ment å kreve alle merutgifter forårsaket av forsinkelsen. Beløpet er stort og preklusjon vil ha store konsekvenser for entreprenøren.

Anførselen om foreldelse er meningsløs. Det som i teorien kan være foreldet er den delen av et krav som kunne vært fakturert før 1. januar 2011. Det er åpenbart at en formelbasert avregning ikke kan være foreldet. Den forfaller først ved sluttoppgjørets forfall. Anførselen kan derfor bare gjelde en alternativ kravsberegning. Anførselen kan åpenbart heller ikke ramme et krav på merutgifter i forlenget byggetid fra 12. desember 2013 til 1. juni 2014. Problemstillingen blir da om forholdene før 31. desember 2010 var slik at entreprenøren kunne ha fakturert et merutgiftskrav for økt plunder og heft på det tidspunktet. Et slikt krav er etter sin natur slik at det tar tid å konstatere at det foreligger et grunnlag, og det tar tid å vurdere og beregne. Første bolk ble avgrenset per 9. januar 2011. Det kan vanskelig hevdes at dette skulle vært fremsatt (og fakturert) tidligere. Byggherren glemmer at entreprenøren bare kan fakturere tilleggskrav med en måneds mellomrom, jf. kontraktens kapittel D2 punkt 16. Skjæringspunktet blir derfor 31. desember 2011.

Ferier var ikke hensyntatt riktig i entreprenørens tidligere utregninger. Når dette hensyntas blir riktig beløp ved bruk av formelen 63 881 672 kroner. Kravet økes ikke, men dette viser at det er en margin å gå på. Brukes formelen for perioden 12. desember 2013 til 18. juni

2014 blir beløpet 11 546 438 kroner. Brukes formelen i tråd med byggherrens anførsel for perioden 1. til 18. juni 2014 blir beløpet 674 248 kroner.

Dersom beløpet beregnes ut fra faktiske merutgifter i perioden 12. desember 2013 til 1. juni 2014, må det hensyntas at selv om det er sluttarbeidene som utføres til slutt så betyr ikke det at forsinkelsen kommer på slutten. Forsinkelsene har oppstått gjennom hele byggetiden. Man må derfor regne basert på de løpende driftsutgiftene entreprenøren har hatt gjennom hovedarbeidsperioden. De virkelige merutgiftene til funksjonærer og andre løpende riggutgifter (brakker, utstyr, kapital) er på rundt 3,9 millioner kroner per måned i perioden og er betydelig høyere enn den kompensasjon formelen gir. I tillegg kommer merutgifter i produksjonen på rundt 46,7 millioner kroner og administrasjonen på mellom 7 og 9 millioner kroner. Ved fastsettelsen av beløpene er det betydelig rom for skjønn.

#### Lagmannsrettens vurdering

Kontraktens kapittel C (NS 3430) har bestemmelser om rett til fristforlengelse. Etter punkt 17.4 har entreprenøren krav på dekning av merutgifter som følge av forsinkelse. Beregningen reguleres av punkt 21. Forutsetningen er at forsinkelsen skyldes forhold byggherren er ansvarlig for, jf. punkt 17.1. Både krav om fristforlengelse og krav om dekning av merutgifter skal varsles skriftlig uten ugrunnet opphold, jf. punkt 17.5.

Etter punkt 21.1 skal kompensasjonen *normalt* beregnes etter en matematisk formel. Bestemmelsen, herunder formelen, er i kontrakten noe endret i forhold til standardkontrakten. Den for kontrakten gjeldene bestemmelsen går frem av kontraktens kapittel D2 punkt 13b. Som nevnt innledningsvis inneholder kontraktens kapittel D2 spesielle kontraktsbestemmelser. Ordet *normalt* er fjernet, og faktoren i formelen 0,05 er øket til 0,15. Bestemmelsen lyder slik:

*13.b Entreprenørens krav ved forsinkelser og mangler ved byggherrens leveranser mm (jf Kontraktsbestemmelser pkt. 21.1.A)*

*Følgende erstatter pkt 21.1.A i kap C:*

*Entreprenørens merutgifter på grunn av byggherrens forhold etter 17.4, kompenseres etter følgende regel:*

$$V = 0,15 \times K \times (t_2 - t_1 - 6) / t_1$$

*V = vederlagets størrelse*

*K = Kontraktssum*

*t, = opprinnelig byggetid (i hverdager)*

*t2 = avtalt ny byggetid (i hverdager)*

*Entreprenørens risiko for forlengelse av byggetid utgjør 6 hverdager.*

*Regulering for økt byggetid gjelder bare utførelse av kontraktens hovedarbeider. For arbeider som krever mindre enn gjennomsnittlig rigg og administrasjon på den forlengede del av prosjektet, avtales forholdsvis kompensasjon.*

Punkt 17.4, som bestemmelsen viser til, lyder slik:

*17.4 Entreprenørens krav på dekning av merutgifter som følge av forsinkelse*

*Entreprenøren kan kreve sine merutgifter dekket av byggherren etter reglene i punkt 21 som følge av forhold beskrevet i 17.1, men ikke 17.2.*

Punkt 17.1 som punkt 17.4 viser til, lyder slik:

*17.1 Entreprenørens rett til fristforlengelse på grunn av byggherrens forhold*

*Entreprenøren har rett til fristforlengelse dersom han blir forsinket som følge av*

*a) endringer byggherren krever, eller*

*b) feil ved, eller forsinket levering av tegninger, beskrivelse, utførelse, materialer, utstyr m.m. som byggherren skal levere selv eller ved andre {arkitekt, rådgivende ingeniør, leverandør, sideentreprenør m.m.}, eller annet som. må henføres til byggherrens forhold.*

Som det går frem av kontraktens kapittel D2 punkt 13b så skal entreprenørens krav på merutgifter dekkes etter bestemmelsen. Henvisningen til kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.4 avgrenser formelens dekningsområde til merutgifter på grunn av forsinkelse. Den videre henvisningen (*som følge av forhold beskrevet i 17.1*) begrenser dekningsområdet til nærmere angitte forhold som har medført merutgifter. Forholdene er beskrevet i punkt 17.1 bokstav a og b, som er sitert ovenfor. Dette er forhold byggherren er ansvarlig for.

Den aktuelle kontraktsbestemmelsen kunne og burde vært utformet klarere. At den er uklar kan være årsaken til at Statens vegvesen tolket den annerledes i Fjordane tingretts dom om Dalsfjordsambandet (TFJOR-2012-51372) hvor det går frem av deres anførsler at:

*...Retten må her ta utgangspunkt i en objektiv forståelse av ordlyden og bestemmelsen bruker uttrykket forsinkelse generelt, og innehar ingen sontring mellom forsinkelse innenfor eller utenfor tillatt byggetid. Dertil kommer at det er intet i ordlyden om at formelen kun skal få anvendelse «normalt», eller at formelen kun skal benyttes hvor den gir entreprenøren en «rimelig» dekning av*

*entreprenørens faktiske merutgifter. Ordlyden er således et tungtveiende argument for at enhver forsinkelse omfattes av bestemmelsen.*

*Ved forståelsen og fortolkningen av bestemmelsen blir det viktig å se hen til bestemmelsens forhistorie og formål, jf. Rt-2012-1729 med henvisning i avsnitt 66 til Rt-2010-961 [HR-2010-1427-A-A66]. Det er på det rene at bestemmelsen ble endret etter at en rekke slutt-oppgjørtvister viste at bestemmelsen ikke virket fullt ut etter sitt formål. Ingen av de aktuelle endringene tilsier at bestemmelsen gir grunnlag for den tolking NCC hevder skal være den riktige.*

*Tvert imot har bestemmelsen et overordnet formål, nemlig at den sjablonmessige utformingen skal gjøre at regelen skal være rettsteknisk enkel å administrere og praktisere, hvor grobunn for tvister søkes begrenset. Forholdet er at vegmyndighetene bevisst foretok en endring av bestemmelsen for å gjøre den altomfattende, og fordi den bedre skulle tjene sin hensikt. Derfor ble unntaksmuligheten som lå i uttrykket «normalt» fjernet og dekningen ble økt fra 5–15 %.*

*Oppsummeringsvis innebærer dette at både ordlyden, forhistorien og formålet med bestemmelsen, tilsier at denne var ment å omfatte forsinkelser både innenfor og utenfor avtalte frister...*

Byggherren er ikke bundet av hva Statens vegvesen har anført i en annen sak, men sammenligningen illustrerer at det kan være grunnlag for flere tolkninger. Fjordane tingrett konkluderte med at:

*Retten kan heller ikke se at formelen – etter en objektiv fortolkning – skal forstås slik at den kun gjelder ved fristforlengelser utover ferdigstillelsesfristen. Ordlyden legger isolert sett opp til at enhver forsinkelse omfattes, og er etter sin ordlyd ikke begrenset til forsinkelser utover ferdigstillelsesfristen.*

Uklarhet i kontraktsgrunnlagets spesielle bestemmelser må gå ut over byggherren. Lagmannsretten legger til grunn at det for anvendelsen av formelen er tilstrekkelig at entreprenøren *har rett til* fristforlengelse i forhold til de kontraktsfestede fristene, det kreves ikke at han faktisk har benyttet seg av retten. Dersom entreprenøren isteden velger å benytte «slakken» til å ferdigstille innen kontraktens ferdigstillelsesdato, må han likevel kunne kreve dekket merutgiftene som følge av at han ikke kunne ferdigstille etter det ferdigstillestidspunktet som ville ha vært om man tenker byggherreforholdene borte.

Dette betyr at *opprinnelig byggetid* i formelen må forstås som det tidspunkt prosjektet ville vært ferdigstilt dersom man tenker byggherreforholdene borte, og ikke kontraktens ferdigstillestidspunkt. Merutgiftene kan kreves dekket dersom forholdene beskrevet i

punkt 17.1 bokstav a eller b forlenger byggetiden, uavhengig av om forsinkelsen medfører overskridelse av kontraktens sluttfrist.

Lagmannsretten legger til grunn at t1 (opprinnelig byggetid) er faktisk byggetid dersom forsinkende forhold som byggherren har ansvaret for (punkt 17.1 a og b) tenkes borte. Hvis entreprenøren hadde bygget frem til kontraktens ferdigstillelsesdato, dersom forhold byggherren har ansvaret for tenkes borte, er t1 samme dato som avtalt ferdigstilling. Dersom entreprenøren hadde vært ferdig tidligere uten slike forhold er t1 ikke avtalt ferdigstillelsesdato.

Lagmannsretten viser til bestemmelsens ordlyd. Hadde t1 alltid vært kontraktens ferdigstillelsesdato hadde det vært naturlig og enkelt å vise til denne i bestemmelsen, slik det er gjort for dagmulkt på grunn av forsinkelse som reguleres i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 20 (*avtalte sluttfrist*). Lagmannsretten viser også til at det er flere eksempler i kontrakten hvor byggetid er tiden fra byggestart og frem til faktisk ferdigstilling, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punktene 9.4, 15 og 30.7 bokstav e. Lagmannsretten viser videre til at partene er enige om at entreprenøren eier «slakken». Dette slo Høyesterett fast i Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen). Også i tvisten om Oslofjordtunnelen hadde partene benyttet NS 3430. I avsnitt 46 og 51 uttalte Høyesterett:

*(46) Jeg bemerker til dette at når en entreprenør har leid inn maskiner, utstyr og personell for å utføre en entreprise, vil utgiftene ved forlenget drift på grunn av byggherrens forhold for entreprenøren være en merutgift. Det må være uten betydning om driften etter den opprinnelige framdriftsplan skulle ha fortsatt, når den uten hindringen ville vært avsluttet tidligere. Entreprenøren har i utgangspunktet risikoen for utførelse og ferdigstilling innen avtalt tid, og en del av vederlaget er kompensasjon for denne risiko. En raskere fullføring enn opprinnelig forutsatt er en gevinst som entreprenøren avhengig av omstendighetene, kan forvente å oppnå.*

*(51) Lagmannsretten konkluderte under post 2.1 med at SRGs krav grunnet på tapt toveis drift var basert på faktiske forutsetninger som ikke kunne anses sannsynliggjort som en kalkulasjonsforutsetning ved anbudet, og som heller ikke samsvarer med de forhold som ga grunnlag for formuleringene i omløpsavtalen. Sett i sammenheng med rettens henvisning til hva SRG rimelig måtte regne med ved inngåelse av kontrakten, er disse uttalelser etter min mening basert på feil forståelse av punkt C21.1. Det avgjørende må være om driften på grunn av byggherrens forhold forsinkes i forhold til den drift som ellers hadde funnet sted. Merutgifter må således beregnes ut fra de utgifter SRG ville hatt uten løsmasser i tunneltraseen. Lagmannsrettens feilaktige forståelse av bestemmelsen må ha hatt betydning for resultatet. Lagmannsrettens dom må etter dette oppheves og hjemvises til fortsatt behandling for dette krav. Statens anførsel om at SRG allerede har fått dekket merutgiftene i vederlaget etter de kontrakter som ble inngått etter at løsmasser ble påvist, kan ikke prøves av Høyesterett.*

Fjordane tingrett la i ovenfor nevnte dom til grunn at t1 i formelen (opprinnelig byggetid) var et uklart uttrykk og kunne bety *både planlagt, faktisk eller avsatt byggetid*. Fjordane tingrett konkluderte med at t1 var entreprenørens byggetid i fremdriftsplanen så lenge fremdriftsplanen var forsvarlig.

Lagmannsretten legger til grunn at hverken avtalt sluttfrist eller entreprenørens fremdriftsplaner er avgjørende i forhold til vurderingen av om fremdriften er forsinket på grunn av forhold hos byggherren. Det er den faktiske byggetiden, dersom byggherrens forhold tenkes borte, lagmannsretten skal finne. Ved denne vurderingen kan både avtalt ferdigstillelse og fremdriftsplaner være viktige bevis.

Etter lagmannsretten vurdering er det sannsynliggjort at prosjektet ville vært ferdig til overlevering 12. desember 2013 slik det går frem av den opprinnelige hovedfremdriftsplanen av 30. juni 2010. Denne ble presentert for byggherren 11. august 2010. Lagmannsretten viser til at entreprenøren etter avtale med byggherren har utført mange endringsarbeider i byggeperioden. Entreprenøren har varslet 1357 endringer (VOE). Det er bare tvist om 29 av disse. Byggherren har akseptert endringsarbeider for rundt 159 millioner kroner. Slike endringsarbeider omfattes av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 17.1 bokstav a. Et slikt omfang endringsarbeider må etter lagmannsrettens vurdering forlenge den faktiske byggetiden. Kontraktsarbeidene ville, med unntak av mindre sårarbeider, vært ferdig som angitt i hovedfremdriftsplanen. Gjenstående sårarbeider gir ikke grunn til å nekte overtakelse. Lagmannsretten viser videre til at det følger av kontraktens kapittel D2 punkt 11 at fremdriftsplaner skal vise entreprenørens reelle plan for ferdigstillelse, det vil si den faktiske byggetiden. Byggherren har ikke anført at byggetiden har blitt forlenget på grunn av feil entreprenøren har ansvaret for. Det er heller ikke opplyst at det oppstod forsinkelser på grunn av forhold ingen av partene har ansvaret for. Byggherrens anførsel om at fremdriftsplanen var for optimistisk er ikke underbygget med beviser. Slik saken har vært presentert for lagmannsretten er det derfor ikke grunnlag for å si at fremdriftsplanen ikke var realistisk. Årsaken til forlenget byggetid var endringsarbeidene. T1 er da 1060 hverdager.

Lagmannsretten legger til grunn at formelens t2 (*avtalt ny byggetid*) er den dagen prosjektet ble overtatt av byggherren, det vil si 18. juni 2014. Det ble bygget frem til denne datoen. Partene er enige om at uttrykket *avtalt* kan strykes. Hverken kontraktens ordlyd eller andre forhold taler for å knytte t2 opp mot en teoretisk beregnet byggetid som er lengre enn den tiden det faktisk ble bygget. Det er ingen eksempler andre steder i kontrakten hvor byggetid brukes om en slik teoretisk beregnet tidsperiode. Dersom byggetiden påvirkes av at entreprenøren setter inn mer ressurser (forserer) så kan dette gi krav på utgiftsdekning, men kontrakten har egne regler om forsering, jf. kontraktens kapittel D2 punkt 10. Forsering kan ikke iverksettes *uten først å varsle byggherren med begrunnet angivelse av hva forseringen antas å koste. Forseringsarbeid utført før slik varsel kan ikke kreves dekket av byggherren*. Dersom utgifter til forsering kreves dekket gjennom formelen innebærer det at byggherren fratras sin rett til å bli varslet om forsering

før den iverksettes, og til at preklusjonsregelen uthules. Å kreve dekning for utgifter til forsering gjennom å beregne en teoretisk byggetid er åpenbart i strid med kontrakten. T2 er da 1203 hverdager.

Dette gir følgende dekning av merutgifter ved bruk av formelen:  $0,15 \times 595\,582\,698$  kroner  $\times (1203 - 1060 - 6) / 1060 = 11\,546\,438$  kroner.

Lagmannsretten legger til grunn at både krav om dekning av merutgifter på grunn av forsering og krav på dekning av merutgifter for plunder og heft er andre krav enn krav om merutgifter på grunn av forsinkelse. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering i dommens side 198 flg. Dette får betydning både i forhold til vurderingen av om kravet er fremmet i tide, fremmet på riktig måte og om det er sannsynliggjort.

Entreprenøren har anført at ferdigstillelse 18. juni bare var mulig fordi entreprenøren økte sitt produksjonsapparat (forsering). Lagmannsretten legger til grunn at forsering har funnet sted. Omfanget, betydning for fremdriften og merutgifter knyttet til forsering er imidlertid svært usikkert. Bolkbrevene viser at entreprenøren har hatt god oversikt over de forholdene de mente førte til forsinkelser etter hvert som de oppsto. Entreprenøren ble ferdig med prosjektet 18. juni 2014, og det er etter lagmannsrettens vurdering mer sannsynlig at entreprenøren feilvurderte disse forholdenes virkning på fremdriften enn at fremdriften ble påvirket av forsering. Forholdene påberopt i bolkbrevene forsinket entreprenøren, men det er ikke sannsynliggjort at forsinkelsen oversteg «slakken». Utgifter til forsering er ikke oppgitt. Det er da ikke sannsynliggjort årsakssammenheng mellom forsering og faktisk ferdigstillellesdato, eller mellom forsering og merutgiftene krevd dekket i VOE 1355.

Entreprenøren har uansett ikke varslet forsering i henhold til kontrakten. Lagmannsretten viser til at forsering som nevnt ovenfor ikke kan iverksettes *uten først å varsle byggherren med begrunnet angivelse av hva forseringen antas å koste. Forseringsarbeid utført før slik varsel kan ikke kreves dekket av byggherren*, jf. kontaktens kapittel D2 punkt 10. Det er ikke noe slikt varsel i noen av bolkbrevene. I entreprenørens brev av 21. juni 2011 opplyser entreprenøren at de på grunn av forsinkelser byggherren har ansvaret for har iverksatt forsering, og at forseringen gjennomføres for *egen regning*. I entreprenørens brev av 9. februar 2012 kommer det frem at entreprenøren har *forsert noen arbeider*. I begge brevene er opplysningene om forsering en saksopplysning om noe som allerede er gjort, og ikke et forhåndsvarsel slik kontrakten krever. Det er åpenbart ikke urimelig/i strid med avtalelovens § 36 at utgifter til forsering ikke dekkes når de ikke varsles i tråd med kontraktens bestemmelser. At manglende forhåndsvarsling kan få store økonomiske konsekvenser kan ikke føre til tilsidesettelse av klare kontraktsbestemmelser mellom profesjonelle parter. Manglende forhåndsvarsling i tråd med kontrakten fratar byggherren retten til å vurderer kostnadene før de pådras. Dersom det er forsering som er årsaken til at prosjektet ikke ble ferdig ut over 18. juni 2014 så kan kostnadene til forseringen ikke i ettertid kreves dekket av byggherren.

Som nevnt ovenfor er også krav om merutgifter på grunn av plunder og heft et nytt krav. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å vurdere om det er fremsatt for sent, da det uansett ikke er sannsynliggjort at entreprenøren på grunn av forholdene påberopt i bolkbrevene har hatt merutgifter til økt parallellitet, forstyrrelser, nedsatt produktivitet (plunder og heft), ut over merutgifter på grunn av forsinkelse for perioden 12. desember 2013 til 18. juni 2014, eller merutgifter til forsering. Entreprenøren har gjennom alle bolkbrev varslet om en rekke forhold som har forsinket produksjonen. Helt frem til bolkbrev 6 ble de påståtte forsinkelsene lagt inn i entreprenørens hovedfremdriftsplan. De påberopte forholdene har direkte forsinkende betydning i forhold til fremdriftsplanens kritiske linje, men ingen avledete konsekvenser for entreprenørens produktivitet. I bolkbrev 6 og 7 gikk entreprenøren over til ressursvurderinger. I bolkbrev 1-6 krevde entreprenøren både fristforlengelse og kompensasjon, begge deler på grunn av forsinkelse. Først i bolkbrev 7, som ble sendt tre måneder etter ferdigstillelse, kreves det ikke lenger endring av ferdigstillelsesfristen. Bolkbrevene viser at entreprenøren er godt kjent med de konkrete forholdene som påvirker produksjonen etterhvert som de oppstår, og konsekvensene av disse. Det er ingen opplysninger der om forhold som medfører merutgifter på grunn av økt parallellitet eller forstyrrelser. Det er heller ingen slike opplysninger i VOE 1355. Eksempler på at entreprenøren har fremmet plunder- og heftkrav er VOE 1162 og VOE 1241. Entreprenørens subsidære plunder- og heftkrav under VOE 1355 er ikke begrunnet i konkrete forhold som har medført nedsatt produktivitet eller forstyrrelser hos entreprenøren. I bolkbrevene eller VOE 1355 er det heller ingen beregning av hvilke merutgifter plunder og heft har påført entreprenøren. Kravet fremstår for lagmannsretten som et oppkonstruert krav som konsekvens av uenigheten om formelens anvendelsesområde. Entreprenøren har ikke sannsynliggjort årsakssammenheng mellom plunder og heft og merutgiftene krevd i VOE 1355.

På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren 11 546 438 kroner.

Lagmannsretten er usikker på om det av byggherren erkjente beløpet på 587 575 kroner er betalt og i tilfelle når. Det vises til at byggherren har omtalt beløpet som erkjent og betalt, mens entreprenøren har omtalt beløpet som erkjent. Tingretten gjorde ikke fradrag for beløpet. Som det går frem av byggherrens anførsler så fremkommer beløpet ved bruk av formelen for perioden 1. juni 2014 til 18. juni 2014. Denne perioden inngår også i lagmannsrettens beregning (t2). Det skal ikke betales to ganger etter formelen for denne perioden. På grunn av usikkerheten om betaling tas hele det tilkjente beløpet tillagt mva. med i domsslutningen, både i beløpet som skal betales og i grunnlaget for renteberegningen. Er beløpet betalt skal det gjøres fradrag for beløpet tillagt mva. i det endelige oppgjøret mellom partene. Eventuell betaling må også hensyntas ved renteberegningen i tråd med lagmannsrettens skjæringspunkt for renteberegning på VOEer, jf. lagmannsrettens vurdering av renter nedenfor.

## VOE 1356 – riggregulering

Tingretten kom til at terskelen for regulering ikke var overskredet og frifant byggherren for kravet. Tingretten la til grunn at tilleggsarbeider utført til avtalt fast pris eller etter regning ikke skulle tas med ved beregningen.

Entreprenøren har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Terskelen for riggregulering er ikke overskredet. Det følger av kontraktens kapittel D2 punkt 20 at kun volumøkninger *basert på kontraktens prisgrunnlag* skal medtas i beregningen av økt rigg på grunn av volumøkning. Endringsarbeider utført etter fastpristilbud fra entreprenøren skal ikke tas med i beregningen. Et slikt tilbud skal omfatte merkostnadene ved økning av arbeidsomfanget med tillegg av fortjeneste, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.5, med mindre entreprenøren tar forbehold om noe annet. Regningsarbeider skal heller ikke medtas i beregningen. Disse skal inkludere alle kostnader inkludert rigg og administrasjon, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.5, kapittel D2 punkt 20 siste setning og kapittel G punkt 2. Krav som byggherren ble frifunnet for i tingretten og som er rettskraftige skal ikke tas med i beregningen.

Byggherrens beregning er slik:

- A-nota-arbeider: 601 727 453 kroner
- Fakturert på t-nota, skulle vært a-nota: 9 908 046 kroner
- Tilleggsarbeid utført kontraktens nivå: 41 479 289 kroner
- Totalt: 653 114 787 kroner
- Terskel for regulering: Kontraktssum + 10 % = 655 140 968 kroner

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Kontraktens kapittel D2 punkt 20 sier ikke noe om arbeider på fast pris. Det avgjørende er om arbeidet er *basert på kontraktens prisgrunnlag*. Endringsarbeider utført til kontraktens enhetspriser [kontraktens kapittel C (NS3430) 28.4] skal inngå i reguleringsgrunnlaget. Det samme skal endringsarbeider utført til justerte enhetspriser [kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.5]. Endringsarbeider utført til avtalt pris uten at det er klart sagt at rigg er inkludert i prisen, skal inngå i grunnlaget for riggregulering. Et eksempel er VOE 133. Endringsarbeider utført til avtalt pris som er inkludert rigg skal ikke medtas. Det skal heller ikke endringsarbeider utført som regningsarbeid.

Uenighet mellom partene gjelder både mengdeoppgjøret (a-nota) og tilleggskrav (t-nota). For a-nota gjelder differansen mellom partenes tall (23 675 737 kroner) i hovedsak omtvistede prosesser i saken. Omtvistede VOEer med differanse på riggregulering (41 258 534 kroner) går frem av hjelpedokument FK-24. I tillegg kommer endringsarbeider som

ikke er omtvistet, men hvor partene er uenige om hva som skal gå inn i reguleringsgrunnlaget for riggreguleringen (9 364 509 kroner). Oppsett over kravet går frem av faktisk utdrag del 3 side 9854. I all hovedsak er ikke regningsarbeider eller arbeid til fast pris med i oppstillingen. Der fast pris er tatt med er prisen basert på kontraktens prisgrunnlag.

Differansen mellom byggherrens tall og 10 prosent økning er på 2 026 179 kroner. Dette innebærer at dersom lagmannsretten tilkjenner entreprenøren mer enn dette beløpet i omtvistede endringskrav til kontraktens priser eller mengdeoppgjør, så overskrides grensen.

Den endelige beregningen av kravet er avhengig av lagmannsrettens resultat i andre krav. Entreprenøren har i sin beregning ikke tatt med krav byggherren ble frifunnet for i tingretten og som er rettskraftige. Får entreprenøren fullt medhold for sine krav blir beregning av kravet slik:

- Sluttnota kontraktsarbeid: 625 403 190 kroner
- I tillegg endringsarbeider: 92 102 332 kroner
- Totalt 717 505 522 kroner, som danner grunnlag for riggregulering.
- Samlet økning i forhold til kontraktsum: 121 922 824 kroner
- Beregning av riggregulering:  $(717\,505\,522 - (595\,582\,698 \times 1,10)) \times 0,10 = 6\,236\,455$  kroner

#### Lagmannsrettens vurdering

Kontraktens kapittel D2 punkt 20 lyder slik:

***Faktura for sluttoppgjør (jf Kontraktsbestemmelser pkt. 31.1.A).***

*Bestemmelsen i kap C 31.1.A utgår og erstattes med:*

*Viser sluttoppgjøret, inklusiv tilleggsnotaer for utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag, en økning på mer enn 10 % av kontrakt summen, reguleres kontrakten som følge av økte driftskostnader. Post for rigggkostnad (generalomkostninger) tillegges i så fall 10 % av utført arbeid over 10 % av kontrakt summen. Beregning for økte generalomkostninger som angitt omfatter ikke regningsarbeider i henhold til 27.3.A, idet 27.3.A forutsettes å inkludere alle entreprenørens samlede utgifter og påslag.*

Som det går frem av partenes anførsler så har partene oppgitt forskjellige tall for både kontraktsarbeid/mengdeoppgjør (a-nota) og tilleggsarbeid (t-nota). Lagmannsretten legger til grunn at differansen i partenes tall for hva som er fakturert på a-nota (625 403 601 kroner i entreprenørens oppsett og 601 727 453 kroner i byggherrens) delvis knytter seg til byggherrens anførsel om at 9 908 046 kroner feilaktig er fakturert på t-nota istedenfor a-nota. Om det er fakturert på a- eller t-nota får imidlertid ingen betydning for beregningen

av om 10 prosentgrensen er overskredet, da beløpet uansett skal tas med ved beregningen. Resten knytter seg til uenigheten om tolkning av flere av kontraktens prosesser (prosessene 14.5, 14.9, 16.312, 26.11/32.62, 33.522, 34.4911, 51.32, 51.4, 53.222, 81.632, 71.27), en uenighet lagmannsretten tar stilling til i denne dommen. Resultatene i forhold til disse kravene påvirker mengdeoppgjøret under prosessene og dermed summen for kontraktsarbeidene.

Differansen for partenes tall for tilleggsarbeider knytter seg delvis til VOEr som behandles av lagmannsretten og delvis til VOEr hvor entreprenøren ble tilkjent et beløp i tingretten, men som ikke er en del av ankesaken. I forhold til den første gruppen er partene uenige om entreprenøren skal tilkjennes noe. Får entreprenøren helt eller delvis medhold i kravet må lagmannsretten også vurdere om det tilkjente beløpet er beregnet etter kontraktens priser. I forhold til den siste gruppen er partene uenige om tilleggsarbeidet er godtgjort etter kontraktens priser.

Reguleringen består i at posten for riggekostnad tillegges 10 prosent av utført arbeid ut over innslagspunktet. Som det går frem av kontraktens kapittel D2 punkt 20 så erstatter denne bestemmelsen i kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 31.1 A. Endringen består i at riggekostnadene reguleres med 10 prosent istedenfor 7 prosent. Videre fremgår det av ordlyden at regningsarbeider i henhold til kontrakten kapittel C (NS 3430) punkt 27.3.A ikke skal inngå i beregningen. Grensen for når regulering skal finne sted (10 prosent) er ikke endret.

Tolkningen av bestemmelsen har både betydning for om grensen er nådd, og for beregningen av tillegget dersom den er nådd. Som det går frem av bestemmelsens ordlyd så skal *utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag* tas med. Det er ikke omstridt at arbeid utført etter kontraktens kapittel C (NS3430) 28.4 skal inngå i reguleringsgrunnlaget.

I forhold til beregningen av riggekostnadene spesifiserer bestemmelsen at beregningsgrunnlaget ikke omfatter *regningsarbeider i henhold til 27.3.A, idet 27.3.A forutsettes å inkludere alle entreprenørens samlede utgifter og påslag*. Det følger av dette at regningsarbeid faller utenfor, noe partene er enige om. Uenigheten knytter seg til endringsarbeider utført til avtalt pris i henhold til kontraktens kapittel C (NS3430) 28.5 første ledd. Hensikten med avgrensningen av hvilke endringsarbeider som skal regnes med er at riggekostnadene ikke skal betales to ganger. Dersom riggekostnadene er tatt med i prisen for arbeidet skal det ikke medregnes. Lagmannsretten legger til grunn at heller ikke pristillegg etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 28.5 er *basert på kontraktens prisgrunnlag*. Lagmannsretten viser til at punkt 28.5 kun er aktuelt dersom enhetsprisen ikke kan justeres etter punkt 28.4.2, jf. Koldrud m.fl. Kommentar til NS 3430 (1992) s 246. Som det går frem av kommentarutgaven benyttes punkt 28.4.2 *så lenge det med rimelighet kan sies å være tale om enhetsprisanvendelse. Er det justeringene som blir hovedsaken, er man raskt over i området for pkt. 28.5*. Entreprenørens tilbud om tillegg etter punkt 28.5 skal etter bestemmelsens ordlyd omfatte merkostnaden ved økning av arbeidsomfanget, det

vil si at det skal omfatte økte rigggkostnader. Med mindre det går klart frem av tilbudet at tillegget ikke omfatter merkostnader til rigg kan byggherren legge dette til grunn når de godtar tillegget. At bestemmelsen henviser særskilt til regningsarbeidene medfører ikke at avtalte tillegg skal medregnes med mindre det eksplisitt går frem av tilbudet at det ikke har tatt med rigggkostnadene.

Entreprenøren har ikke gjennomgått/dokumentert de uomtvistede VOEene som det anføres at skal tas med i riggreguleringen ut over å vise til hjelpedokument fremlagt i faktisk utdrag del 3 side 9854 følgende. VOEene er ikke en del av ankesaken, og ikke gjennomgått under ankeforhandlingen. Lagmannsretten har derfor ikke noe grunnlag for å vurdere om disse VOEene skal tas med. På denne bakgrunn er det ikke sannsynliggjort at disse skal tas med ved beregningen av tillegget etter kontraktens kapittel D2 punkt 20. Differansen på 9 346 509 kroner i forhold til VOEer som ikke er omtvistet tas ikke tas med ved beregningen av kravet.

Ved beregningen tar lagmannsretten utgangspunkt i byggherrens tall for sluttoppgjør (a-nota) på 601 727 453 kroner. I tillegg kommer beløpet på 9 908 046 kroner som byggherren mener skulle vært fakturert på a-nota. Som nevnt ovenfor skal beløpet uansett tas med ved beregningen av kravet.

I tillegg kommer det som er tilkjent på prosesser (a-nota):

|                  |                         |
|------------------|-------------------------|
| Prosess 25.51:   | 667 036 kroner          |
| Prosess 21.3:    | 1 087 454 kroner        |
| Prosess 16.312:  | 1 048 182 kroner        |
| Prosess 14.9:    | 2 960 995 kroner        |
| Prosess 14.5:    | 408 346 kroner          |
| Prosess 33.522:  | 293 360 kroner          |
| Prosess 34.4911: | 559 170 kroner          |
| Prosess 51.4:    | 887 739 kroner          |
| Prosess 51.32:   | 203 651 kroner          |
| Prosess 53.222:  | 643 857 kroner          |
| Prosess 71.27:   | 78 948 kroner           |
| =                | <u>8 838 738 kroner</u> |

Ved beregningen tar lagmannsretten videre utgangspunkt i byggherrens beløp for t-notaer på 41 479 289 kroner. Tilkjent beløp på omtvistede VOEer, der beløpet er beregnet etter kontraktens kapittel C (NS 3430 punkt 28.4.2), skal legges til. Dette gjelder alle VOEene som er ramset opp i AF-24, med unntak av VOE 1162 og VOE 999. VOE 1162 er et plunder og heft krav som ikke har noen enhetspris i kontrakten. Det er merutgifter som dekkes, jf. kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.1 første og andre ledd.

Entreprenøren har ved sin beregning av beløpet benyttet kontraktens timepris for mann og

maskin for regningsarbeider, jf. kontraktens kapittel G punkt 2. Lagmannsretten har tatt utgangspunkt i dette ved sin beregning av det tilkjente beløp. Som redegjort for ovenfor faller arbeid utført som regningsarbeid utenfor beregningsgrunnlaget. Byggherren ble frifunnet for VOE 999. I tillegg kommer VOE 1091, VOE 1183 og VOE 1320. Tilleggsarbeidene som medregnes, og til hvilket beløp blir da:

|          |                          |
|----------|--------------------------|
| VOE 241  | 3 269 610 kroner         |
| VOE 412  | 201 056 kroner           |
| VOE 564  | 258 567 kroner           |
| VOE 620  | 39 658 kroner            |
| VOE 915  | 62 035 kroner            |
| VOE 926  | 2 200 000 kroner         |
| VOE 927  | 8 000 000 kroner         |
| VOE 928  | 1 726 143 kroner         |
| VOE 984  | 132 546 kroner           |
| VOE 1000 | 346 500 kroner           |
| VOE 1091 | 4 000 000 kroner         |
| VOE 1093 | 56 732 kroner            |
| VOE 1113 | 6 956 kroner             |
| VOE 1183 | 4 400 000 kroner         |
| VOE 1260 | 50 000 kroner            |
| VOE 1320 | 3 000 000                |
| =        | <u>27 749 803 kroner</u> |

Totalt blir dette 689 703 329 kroner (601 727 453 + 9 908 046 + 8 838 738 + 41 479 289 + 27 749 803). Innslagspunktet for riggreguleringen er 655 140 968 kroner (kontraktssum + 10 prosent av denne). Det følger av dette at entreprenøren har krav på regulering av kontrakten som følge av økte driftskostnader, jf. kontraktens kapittel D2 punkt 20. Regnestykket i henhold til kontraktens formel for riggregulering blir da slik:  
 $689\,703\,329 - (595\,582\,698 \times 1,10) \times 0,10 = 3\,456\,236$ .

Entreprenøren tilkjennes 3 456 236 kroner.

### **LPS-Krav (lønns- og prisstigning)**

Tingretten tilkjente entreprenøren 2 924 226 kroner. Tingretten la til grunn at partene var enige om beregningsmåten, men at de var uenige om beregningsgrunnlaget. Tingretten la til grunn at VOE 1355 skulle tas med i beregningsgrunnlaget. Begge partene har anket over rettsanvendelsen og bevisvurderingen.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Partene er enige om beregningsmåten. Partene er uenige om VOE 1355 skal tas med i beregningen. Hjelpedokumentet AF-21 angir det partene er enige om. Byggherren aksepterer entreprenørens beregning av hvor mye som er betalt for mye, hvoretter 2 160 733 kroner skal komme til fradrag i det beløpet lagmannsretten tilkjenner.

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Den rettslige uenigheten gjelder kun om VOE 1355 skal medtas i kravet. Hvilke krav som skal reguleres og hvordan går frem av hjelpedokumentet AF-21. Partene er nå enige om at «startpunktet» er minus 2 160 733 kroner, jf. hjelpedokument AF-20.

Byggherren har risikoen for prisutviklingen. Dette gjelder også tilleggsnotaer basert på kontraktens prisgrunnlag. Det fremgår uttrykkelig av formelbestemmelsen i kontraktens kapittel D2 punkt 14 at tilleggsnotaer basert på kontraktens prisgrunnlag og regulering etter kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.1 skal medtas i LPS-grunnlaget. Beløpet skal beregnes i henhold til bestemmelsen, det vil si basert på indeks ved kontrakt og indeks ved slutfaktura.

### Lagmannsrettens vurdering

Det følger av kontraktens kapittel D2 punkt 14 at entreprenøren har krav på dekning av lønns- og prisstigning. Lagmannsretten finner som tingretten at VOE 1355 skal tas med ved beregningen. Lagmannsretten viser til ordlyden i kontraktens kapittel D2 punkt 14 hvor det går frem at: *Eventuell regulering ifølge pkt 21.1 tas med i verdi for A*. A er en del av formelen LPS reguleres etter. Som det går frem av lagmannsrettens vurdering av VOE 1355 så er kravet et krav på merutgifter som reguleres av kontraktens kapittel C (NS 3430) punkt 21.

Som for riggregulering skal tilleggsarbeid basert på kontraktens priser tas med ved beregningen. Med unntak av VOE 1355 er partene enige om hvilke VOEer som skal tas med i beregningen av kravet, og hvilke som ikke skal tas med. Enigheten går frem av oppstillingen i hjelpedokumentet AF-21. Entreprenøren har ikke tatt med VOE 926, 927 og 928 i sitt krav, men de er tatt med i kravet om riggregulering (oppstillingen i AF-24). Lagmannsretten legger til grunn at dette er fordi fordyrelsen entreprenøren har krevd dekket gjennom disse VOE er basert på de faktiske prisene til innkjøp av rør og inventaret i kummene på utførelsestidspunktet, slik at LPS, i motsetning til rigg, er inkludert i kravene i selve VOEen. Uansett årsak så må lagmannsretten legge partenes enighet om oppstillingen i AF-21 til grunn i forhold til disse kravene. I det som er tilkjent under VOE 1183 er LPS allerede tatt med.

I tillegg kommer, som for riggregulering, VOE 1091 og VOE 1320. Disse er, i strid med entreprenørens anførsler, fastsatt etter kontraktens priser. Partenes enighet om at disse

kravene ikke skal tas med under LPS-reguleringen bygger på en forutsetning om at disse ikke fastsettes etter kontraktens priser. Når lagmannsretten har fastsatt dem etter kontraktens priser, og redusert beløpet i forhold til entreprenørens krav, er LPS ikke inkludert i det beløpet som tilkjennes. Lagmannsretten legger derfor til grunn at de skal tas med ved beregning av LPS-kravet. Lagmannsretten har for disse benyttet en faktor på 14,5 prosent.

Basert på de beløp lagmannsretten har tilkjent under den enkelte VOE gir dette entreprenøren krav på 3 827 483 kroner. I tillegg kommer lønns- og prisstigning på beløp tilkjent under de omtvistede prosessene. Partene er enige om en faktor på 14,5 prosent, noe som gir et tillegg på 1 281 617. Partene er enige om at det i beløpet skal trekkes fra 2 160 733 kroner. På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren et tillegg på 2 948 367 kroner.

## ***Oppsummering av krav***

Beløpene i parentes viser resultatet i tingretten. Alle beløpene er eks. mva.

### **Krav under hovedprosessene 1 og 2**

|                        |                    |                  |
|------------------------|--------------------|------------------|
| Prosess 14.5           | (408 346 kroner)   | 408 346 kroner   |
| VOE 1091               | (3 000 000 kroner) | 4 000 000 kroner |
| VOE 1183               | (2 500 000 kroner) | 4 400 000 kroner |
| Prosess 14.9           | (2 960 995 kroner) | 2 960 995 kroner |
| VOE 564                | (258 567 kroner)   | 258 567 kroner   |
| VOE 620                | (39 658 kroner)    | 39 658 kroner    |
| VOE 915                | (62 035 kroner)    | 62 035 kroner    |
| VOE 984                | (132 546 kroner)   | 132 546 kroner   |
| VOE 1113               | (6 956 kroner)     | 6 956 kroner     |
| VOE 1093               | (56 732 kroner)    | 56 732 kroner    |
| VOE 1260               | (50 000 kroner)    | 50 000 kroner    |
| VOE 1073               | (0)                | 76 147 kroner    |
| Prosess 16.312         | (1 048 182 kroner) | 1 048 182 kroner |
| VOE 1239               | (0)                | 0                |
| Prosess 21.3           | (0)                | 1 087 454 kroner |
| VOE 1000               | (88 730 kroner)    | 346 500 kroner   |
| Prosess 25.51          | (667 036 kroner)   | 667 036 kroner   |
| VOE 1320               | (2 183 306 kroner) | 3 000 000 kroner |
| Prosess 26.11 og 32.62 | (0)                | 0                |
| VOE 1003               | (6 214 125 kroner) | 5 442 621 kroner |

### Krav under hovedprosessene 3 og 4

|                 |                    |                  |
|-----------------|--------------------|------------------|
| Prosess 33.522  | (293 360 kroner)   | 293 360 kroner   |
| Prosess 34.4911 | (559 170 kroner)   | 559 170 kroner   |
| VOE 1325        | (0)                | 64 995 kroner    |
| VOE 1326        | (0)                | 0                |
| VOE 1333        | (0)                | 0                |
| VOE 1340        | (0)                | 0                |
| VOE 926         | (2 882 379 kroner) | 2 200 000 kroner |
| VOE 927         | (8 000 000 kroner) | 8 000 000 kroner |
| VOE 928         | (1 726 143 kroner) | 1 726 143 kroner |
| VOE 1162        | (7 000 000 kroner) | 2 000 000 kroner |

### Krav under hovedprosessene 5, 7 og 8

|                |                  |                  |
|----------------|------------------|------------------|
| Prosess 51.4   | (887 739 kroner) | 887 739 kroner   |
| Prosess 51.32  | (203 651 kroner) | 203 651 kroner   |
| Prosess 53.222 | (0)              | 643 857 kroner   |
| VOE 241        | (0)              | 3 269 610 kroner |
| Prosess 71.27  | (10 000 kroner)  | 78 948 kroner    |
| Prosess 81.632 | (543 000 kroner) | 0                |
| VOE 412        | (0)              | 201 056 kroner   |
| VOE 999        | (0)              | 0                |

### Øvrige krav

|          |                     |                   |
|----------|---------------------|-------------------|
| VOE 900  | (3 000 000 kroner)  | 4 654 064 kroner  |
| VOE 1241 | (800 000 kroner)    | 800 000 kroner    |
| VOE 1355 | (10 613 272 kroner) | 11 546 438 kroner |
| VOE 1356 | (0)                 | 3 456 236 kroner  |
| LPS      | (2 924 226 kroner)  | 2 948 367 kroner  |
| =        | (59 122 154 kroner) | 67 575 409 kroner |

### ***Forsinkelsesrenter***

Tingretten tilkjente på grunnlag av sitt resultat entreprenøren 16 543 000 kroner i forsinkelsesrenter. Beregningen er avhengig av lagmannsrettens vurdering av de enkelte krav i saken.

### Byggherrens påstandsgrunnlag

Renter skal beregnes etter forsinkelsesrenteloven. Renter skal beregnes særskilt for hvert enkelt delkrav, jf. kontraktens kapittel D2 punkt 18. For a-notakrav er utgangspunktet for renteberegningen sluttoppgjørstidspunktet 1. desember 2014. Dette er ikke omtvistet. For t-notakrav er utgangspunktet for renteberegning tidspunktet for forfall for siste del av det aktuelle tilleggskravet. Dette følger av at endringsarbeider skal faktureres når det er ferdigstilt. Entreprenørens anførsel om beregning fra forfall på den enkelte t-notaer ikke i tråd med ovennevnte. Fylkeskommunen kan subsidiært akseptere de datoene som fremkommer av entreprenørens hjelpedokument AF-22. Eventuelt kan tingrettens tilnærming om 1. august 2014 aksepteres som utgangspunkt for renteberegning av t-notakravene. Rentene skal beregnes på grunnlag av beløp inkludert merverdiavgift. Dette er ikke omtvistet

### Entreprenørens påstandsgrunnlag

Entreprenøren har krav på renter etter forsinkelsesrenteloven fra forfall på de a-nota og t-nota krav som lagmannsretten gir entreprenøren medhold i. Omtvistet på a-nota er stort sett fakturert i sluttoppgjøret, det vil si renter fra 1. desember 2014. Partene enige om det. Omtvistet på t-nota er delvis fakturert tidligere. Entreprenøren skal da ha renter fra forfall i fakturaen.

### Lagmannsrettens vurdering

Renter ved forsinket betaling er regulert i kontraktens kapittel D2 punkt 18. Bestemmelsen er en spesiell kontraktsbestemmelse og fastsetter NIBOR-rente ved forsinket betaling. Partene er imidlertid enige om at renter skal fastsettes etter forsinkelsesrenteloven, og lagmannsretten legger dette til grunn.

Partene er enige om at beløp tilkjent under prosessene (a-nota) skal tillegges forsinkelsesrente fra 1. desember 2014, og lagmannsretten legger dette til grunn. Merverdiavgift skal legges til før renten beregnes. Totalt er entreprenøren tilkjent 8 838 738 kroner eks mva., 11 048 422 kroner inkl. mva. På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren lovens forsinkelsesrente av 11 048 422 kroner regnet fra 1. desember 2014 og frem til betaling skjer.

Partene er ikke enige om skjæringstidspunktet for de øvrige kravene. Det følger av kontraktens kapittel D2 punkt 18 at:

*Med forsinket betaling menes betaling som skjer senere enn forfallsdato i henhold til 25.1 eller 31.4 jf 31.5, forutsatt at entreprenøren først har sendt faktura med medfølgende målinger og annen nødvendig dokumentasjon som tilfredsstiller kravene i 24.1*

Slik det enkelte tilleggsarbeidet er gjennomgått for lagmannsretten har lagmannsretten ikke grunnlag for å fastsette når entreprenøren sendte tilfredsstillende dokumentasjon for den enkelte VOE. For de fleste kravene er det tilkjente beløpet lavere enn entreprenørens krav. Byggherren har subsidiært akseptert det tidspunktet tingretten la til grunn for renteberegningen. Tingretten har ikke begrunnet dette skjæringspunktet, men det synes basert på en medianberegning. En felles dato for disse kravene gir en hensiktsmessig utforming av slutningen, og lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at forsinkelsesrente skal betales fra 1. august 2014. Totalt er entreprenøren tilkjent 58 736 671 kroner eks mva., 73 420 839 kroner inkl. mva. På denne bakgrunn tilkjennes entreprenøren lovens forsinkelsesrente av 73 420 839 kroner regnet fra 1. august 2014 og frem til betaling skjer.

### ***Sakskostnader og utforming av domsslutning***

Ved vurderingen av partenes krav om dekning av sakskostnader skal lagmannsretten vurdere anke og avledet anke under ett. Det er det samlede utfallet som er avgjørende for vurderingen av om en part har vunnet, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd andre punktum. Tingretten kom til at ingen av partene har vunnet saken i det vesentlige. På denne bakgrunn konkluderte tingretten med at partene skulle bære egne kostnader ved saken, herunder at utgiftene til fagkyndige meddommere deles likt med en halvpart på hver part.

Entreprenøren har fått et bedre resultat i lagmannsretten, jf. oppsummeringen ovenfor. Etter lagmannsrettens vurdering innebærer ikke denne resultatforbedringen at entreprenøren har fått medhold i det vesentlige. Det vises til lagmannsrettens vurdering av det enkelte krav. Lagmannsretten har behandlet krav knyttet til mange deler av byggeprosjektet, og det er vanskelig å utpeke et tyngdepunkt. Som påpekt av tingretten så må det foretas en samlet vurdering av kravene. Som det går frem av lagmannsrettens vurdering av det enkelte krav er ikke bare kravets eksistens, men også utmålingen omtvistet. Det enkeltkravet som ble viet mest tid under ankeforhandlingen var VOE 1355. Lagmannsretten tilkjenner entreprenøren et høyere beløp under VOE 1355 enn tingretten. Beløpet er allikevel langt under entreprenørens krav.

Etter lagmannsrettens vurdering har entreprenøren fått medhold av betydning, jf. tvisteloven § 20-3. Lagmannsretten viser til beløpet entreprenøren tilkjennes, tillagt beløpet entreprenøren ble tilkjent i tingretten for krav som ikke ble anket. Lagmannsretten viser også til at utmålingen under det enkelte krav er skjønnsmessig og at entreprenørens påstand både for ting- og lagmannsrett har vært at beløpet skal fastsettes etter rettens skjønn. Det ville ikke vært rimelig å forlange at entreprenøren godtok fylkeskommunens påstand om frifinnelse, jf. NOU 2001:32 B side 931.

Lagmannsretten mener tungtveiende grunner tilsier at entreprenøren får dekket sine omkostninger for lagmannsretten. Lagmannsretten viser til at fylkeskommunen anket saken inn for lagmannsretten. Fylkeskommunen opplyste at tingrettens vurdering av VOE 1355

var en viktig grunn for at man valgte å anke dommen. Som nevnt ble entreprenøren for dette kravet tilkjent mer enn i tingretten. Entreprenørens anke er avledet av fylkeskommunens. Fylkeskommunen har bare fått et bedre resultat enn i tingretten i vurderingen av VOE 1003, VOE 926, VOE 1162 og prosess 81.632. For de øvrige kravene har entreprenøren fått et bedre resultat enn i tingretten. Entreprenøren har under saksforberedelsen og ankeforhandlingen tilbudt forlik i tråd med tingrettens dom. Fylkeskommunen har fått et dårligere resultat enn om han hadde unnlatt å anke eller akseptert entreprenørens forlikstilbud. Det er ikke grunnlag for å endre tingrettens avgjørelse av sakskostnadene for tingretten.

Entreprenøren har krevd erstattet 3 493 372 kroner i sakskostnader for lagmannsretten. For arbeidet frem til innsendelse av anketilsvar er det krevd 276 062 kroner, for arbeidet frem til ankeforhandling 845 512 og for gjennomføring av ankeforhandling 2 153 862 kroner. Resten av kravet knytter seg til reise- og oppholdsutgifter, kostnader til vitner og andre kostnader knyttet til gjennomføringen av ankeforhandlingen. I tillegg kommer rettsgebyr for entreprenørens avledete anke med 25 176 kroner.

Fylkeskommunen har ikke hatt innsigelser mot kravet. Deres eget krav knyttet til utgifter til prosessfullmektig og rettslig medhjelper er på 4 658 888 kroner.

Hensett til sakens kompleksitet og ankeforhandlingens varighet finner lagmannsretten entreprenørens utgifter nødvendige og kravet tas til følge.

Fylkeskommunen begjærte retten satt med fagkyndige meddommere i anken. Entreprenøren begjærte det samme i anketilsvaret. Partene er da solidarisk ansvarlige overfor retten for samtlige utgifter til de fagkyndige meddommerne, jf. Rt-2010-976 avsnitt 16. Det følger av lagmannsrettens vurdering av sakskostnadene at også utgifter til fagkyndige meddommere skal betales av fylkeskommunen. Lagmannsretten har ikke full oversikt over disse utgiftene ved domsavsigelsen, slik at beløpet blir fastsatt i en egen beslutning, jf. domstoloven § 105a.

Både anke og de to avledete ankene gjelder betaling av pengebeløp. Som det går frem av oppsummeringen av de enkelte kravene har lagmannsretten justert beløp både for krav omfattet av anke og avledet anke. Selv om entreprenøren har oppnådd et bedre resultat enn i tingretten er det ikke grunnlag for å konkludere med at anken forkastes. Det er heller ikke grunnlag for å konkludere med frifinnelse for de avledete ankene. På denne bakgrunn mener lagmannsretten det bør utformes en felles slutning for anke og avledet anke.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på grunn av sakens omfang og kompleksitet, samt dommernes ferieavvikling.

Dommen er enstemmig.

## DOMSSLUTNING

1. Vest-Agder fylkeskommune dømmes til å betale AF NCC-Repstad Anlegg ANS 84 469 261 – åttifiremillionerfirehundreogsekstinitusentohundreogsekstien – kroner inkl. mva. innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom. I tillegg kommer renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum av 11 048 422 – ellevemillionerførtiåttetusenfirehundreogtjueto – kroner inkl. mva. regnet fra 1. desember 2014 og frem til betaling skjer og av 73 420 839 – syttitremillionerfirehundreogtjuetusenåttehundreogtrettini – kroner inkl. mva. regnet fra 1. august 2014 og frem til betaling skjer.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Vest-Agder fylkeskommune til AF-NCC Repstad Anlegg ANS 3 518 548 – tremillionerfemhundreogattentusenfemhundreogførtiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom.
3. Vest-Agder fylkeskommune betaler omkostningene til fagkyndige meddommere i lagmannsretten. Beløpet fastsettes i en egen avgjørelse.
4. Hver av partene bærer egne sakskostnader for tingretten. Utgifter til fagkyndige meddommere for tingretten deles likt med en halvpart på hver.

Odd Douzette (sign)

Arne Lyng (sign)

Birger A. Stedal (sign)

Harald Sangnes (sign)

Terje Ilje (sign)

Dokument i samsvar med undertegnet original  
Siv Strømodden (elektronisk signert)