



AGDER LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 22.01.2009 i Agder lagmannsrett, Skien

Saksnr.: 08-052830ASD-ALAG

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Nils Ole Simonsen
Erik Holth
Anders Bahr

Meddommere:

Siv.ing.
Siv. ing.

Johannes Hope
Steinar Roald

Ankende part

Mesta Drift AS

Advokat Espen Nyland

Ankemotpart

Samferdselsdepartementet

Advokat Sam. E. Harris

Saken gjelder entreprenørs vederlag for tunnelarbeider. Det er tvist om entreprenøren har krav på kompensasjon for utgifter som følge av uforutsett dårlig bergforhold i første del av tunnelen og byggherrens valg/endring av metode for tetting av tunnelen (injeksjon). Alternativt hevdes at det er motstrid i konkurransegrunnlaget, i det entreprenøren mener det ikke er sammenheng mellom mengden arbeid anbudet forutsetter utført og tiden byggherren stilte til rådighet.

Statens Vegvesen (SVV) innbød 3 desember 2003 til åpen anbudskonkurranse vedr bygging av Ringvei nord i Tønsberg, parsellen Kjelle - Vellebakken. Entreprisen var del av første fase i utbygging av nytt veisystem i Tønsberg. Frist for innlevering av anbud var 16 februar 2004.

Anbudsbefaring ble holdt 18 desember 2003.

Mesta AS (Mesta) ble tildelt entreprisen 30 mars 2004. Kontraktsavklaringsmøte ble holdt 20 april og kontrakt inngått 27 april 2004.

Kontrakten er basert på NS 3430, med tilpasninger og utfyllende bestemmelser. Avtaledokumentet viser til en rekke vedlegg som inngår som deler i kontrakten. Blant disse er hele anbudsgrunnlaget.

Anbudsgrunnlaget spesifiserer seks hovedelementer, hvorav nr 6, er en vei-tunnel på om lag 1650 meter med to T 9,5 løp (to parallelle løp, hver med bredde 9,5 meter), gjennom Frodeåsen fra påhugg i vest v/Kjelle, til grense for en annen tunnelentreprise i øst med påhugg i Slagendalen. Tunnel delen går fra ca profil 582 til 2220. Påhugg på Slagendalsiden, som altså ikke inngikk i entreprisen, var ved profil 2244, alle profiler østgående løp.

Nærværende sak gjelder entreprisens tunneldel.

I anbudsgrunnlaget er de forskjellige arbeidsoppgaver under hvert hovedelement angitt som prosesser, brutt ned på delprosesser (koder), der byggherren gir en beskrivelse av hver enkelt delprosess og mengdeanslag. Entreprenørens pris er i hovedsak oppgitt som enhetspriser på de enkelte koder, som sammen med mengdeanslagene gir prosessprisen som inngår i anbudssummen.

Mestas tilbud ga en totalpris på NOK 327 274 043, eks m v a.

Hovedelement 4 gjelder "Forskjæring Kjelle, sprenging og sikring". Arbeidet i forskjæringen var komplisert, bl a fordi området var trangt og et spor på jernbanelinjen, Vestfoldbanen, midlertidig måtte flyttes.

Anbudsgrunnlaget satt fristen for ferdigstillelse til 1 mai 2007. Det var fire delfrister, hvorav A ”ferdig lagt midlertidig spor for flytting av jernbanen”, var 19 juli 2004, B ”Ferdig kulvert/Portal med jernbanespor klar for flytting tilbake av jernbanen”, 8 november 2004, C ”tunnelen må være ferdig sprengt og sikret. Tunnelen skal da kunne brukes til transport og materialer til kontraktører for Ringvei nord Slagendalen - Kilen”, 26 mai 2006 og D ”Tunnelen og alle rør/grøftetraseer ferdigstilt med fri adgang for elektroentreprenørens kompletteringsarbeider. Ferdigstilt vann- og frostsikring er således inkludert i denne fristen”, 28 august 2006. Fristene var dagmulktbelagte.

Dette tilsier at entreprenøren i h h t anbudsgrunnlaget hadde 77 uker fra oppstart tunnelsprengning til tunnelen skulle være ferdig sprengt, sikret og klar for transport for andre kontraktører.

I anbudsgrunnlaget lå og ”Spesielle tilbudsregler og kontraktsbestemmelser”. I pkt 18 fremgår:

”I tilbudsgrunnlaget inngår geologiske og geotekniske datarapporter. Disse er vedlagt tilbudet. Rapportene skal gi entreprenørene grunnlag for egne vurderinger av grunnforholdene. Oversiktskart og tverrprofiler i rapportene kan avvike noe fra byggeplanen mht plangrunnlagets koter og terrenghøyder. Der det er tilfelle gjelder byggeplanen”

og

”Fjell

Det vises til geologisk anbudsrappport Hd-1062A Tønsbergpakken Ringvei nord, som er vedlegg til konkurransegrunnlaget. Bergarten langs tunneltraseen består av rombeoporfyrr.”

Rapporten det vises til er utarbeidet av seksjonssjef Førstøyl og seniorgeolog Langelid 25 mars 2003 og omtales senere.

Entreprisen hadde strenge krav til sikring mot lekkasjer i tunnel og forskjæring.

I referatet fra anbudsbeifaringen 18 desember 2003 fremgår:

”Forskjæringen og tunnelen ligger i svært sårbare områder med hensyn til vannbalanse, og det er derfor stilt strenge tetthetskrav. Det må påregnes sammenhengende injisering fra og med forskjæring, og gjennom hele tunnelen.”

Tetthetskravene er dels klasse tre, meget strengt krav til lekkasje, mindre enn 4 liter pr minutt pr 100 meter tunnel, dels klasse to, strengt krav til lekkasje, mellom 4 og 6 liter pr minutt pr 100 meter.

Vanntetting ved injeksjon foregår ved at det pumpes injeksjonsmasse i hull boret med korte mellomrom med 60-65 mm borekrone rundt tunnelprofilet, sålen og i stoffen. Slik dannes en trakt (injeksjonsskjerm) fra stoff og rundt det prosjekterte tunnellop. Borehullene rundt tunnelprofilet bores med vinkel ut fra tunnellopet, slik at avstanden fra det enkelte borehull til det fremtidige tunnellop øker jo lenger borehullet er. Skjerm lengden varierer etter forholdene, vanligvis fra 15 til 30 meter. Skjermene bores med overlapp, i nærværende entreprise anslått til 5-6 meter.

I SVV's publikasjon "Miljø- og samfunnstjenelige tunneler, berginjeksjon i praksis" er metoden beskrevet nærmere. Her fremgår bl a:

"Det er i prosjektet funnet at det er fullt mulig å gjennomføre teknisk kompliserte tunnelanlegg med full kontroll på grunnvannet. Det kan gjøres ved systematisk sementbasert injeksjon."

og

"Aktiv injeksjon kjennetegnes ved kontinuerlig trykkoppbygging og at det tilstrebes så høyt slutttrykk som forholdene på stedet tillater, opp til 100 bar. Trykkoppbyggingen i hvert hull skal være jevnt stigende og styres med å variere vann/ement-forholdet (v/c forholdet). Det tilstrebes så lavt vann/ementforhold som mulig, slik at tilsiktet masseinnngang oppnås i bergmassen i nærheten av bergrommet, uten at det går for mye ut over masseinntregningen."

Injeksjonsprosedyrene er nøye redegjort for i anbudsgrunnlaget.

I prosess 31.3 "Forinjeksjon" fremgår:

"a) Prosessen omfatter injeksjon for å tette eller stabilisere fjell foran stoff og inkluderer boring av injeksjonshull og kontrollhull, spyling og ev. vanntapsmåling i hullene, valg av egnet injeksjonsmiddel og injeksjonsvariable i henhold til spesiell beskrivelse, samt selve injeksjonen. Normal grense for når injeksjon skal utføres angis i spesiell beskrivelse."

og

"Hovedlinjene for injeksjonen (hulltall, hullengde, og mønster, type injeksjonsmasser, tilsetningsstoffer, vekslende vann/ementforhold, injeksjonstrykk, kontrollhull m v.) bestemmes fortløpende av byggherren."

og

"Det injiseres med trykk som fastsettes av byggherren. Injeksjonstrykket skal til enhver tid kunne kontrolleres og tilpasses fjellets beskaffenhet."

og

”Stoppkriteriene vurderes og bestemmes på stedet ut fra antatt sprekkevannstrykk, oppsprekking og andre forhold. Stoppkriterier for injeksjon oppgis av byggherren som overtrykk ved avslutning av injeksjon, eller som innpumpet mengde injeksjonsmiddel. Hullet anses som ferdig injisert når det ikke går inn mer masse ved det foreskrevne trykk.”

og

”Type sement skal godkjennes av byggherren”

og

”Ved injeksjon med liten fjelloverdekning, skal mengden pr hull vurderes særskilt i samråd med byggherren.”

og

”Injeksjonen skal starte med en blanding av mikrosement (A), tilsatt superplastisiser (C) og annet tilsetningsstoff (D).

og

”Dersom et hull ikke har fått trykkoppbygging før det er pumpet inn 250 liter injeksjonsmasse med gradvis tykkere masse, skal en gå over til å injisere med industrisement (blanding 2) i dette hullet.”

Mengder injeksjons- og kontrollboring er oppgitt til 214 000 meter. Mengde mikrosement er satt til 2 000 000 kg, med Mestas enhetspris NOK 4,80 pr kilo. Mengde industrisement er angitt til 3 000 000 kg, med enhetspris NOK 0,93.

I anbudsgrunnlaget, prosess 31 ”Arbeider foran stuff” pkt f opplyses:

”For injeksjonsarbeider må entreprenøren regne med at utførte mengder kan avvike betydelig fra gitte mengder i beskrivelsen. Enhetspriser er ikke gjenstand for regulering som følge av reduksjon eller økning i gitte mengder. Endring av tetthetskrav eller utførelse av selve injeksjonen (skjermgeometri, injeksjonstrykk osv.) gir heller ikke grunnlag for endring av enhetspriser eller rs priser.”

Det vil sees at prisen på mikrosement er om lag fem ganger prisen på industrisement. Et hovedpoeng i denne saken er SVV’s pålegg til Mesta om bruk av industrisement (blanding 2) fremfor mikrosement (blanding 1).

I prosess 31.34 ”Timekostnad for injeksjonsarbeider” er mengdene angitt til 2 500 timer dag-tid, 1 200 timer natt-tid og 1 000 timer for en ekstra blande- og pumpelinje. Ved utvidet herding måles utført mengde fra ”15 minutter etter avsluttet pumping av injeksjonsmasse.”

I referat fra kontraktsavklaringsmøte 20 april 2004 mellom SVV og Mesta fremgår at SVV vurderte å flytte en pumpestasjon (også benevnt pumpesynken) for tunnelen fra området ved forskjæringen og inn i fjellet samt at SVV aksepterte Mestas alternative anbud med forlengelse av delfrist C og D i tre måneder mot reduksjon i anbudssummen på NOK 10

700 000. Dette innebar at kontraktsarbeidet skulle være ferdig 1 august 2007. Videre opplyses:

”Basert på erfaringer kan byggherren, i nært samarbeid med entreprenøren, om nødvendig avvike fra injeksjonsprosedyrene som fremkommer i beskrivelsen”.

I referat fra arbeidsmøte 19 mai 2004, der representanter fra SVV og Mesta deltok fremgår:

”Industri eller mikrosement i tunnelen? Byggherren vil i utgangspunktet satse på industrisement, men selvfølgelig bruke mikrosement dersom det ikke lykkes godt nok med førstnevnte. ”

Anbudsgrunnlagets prosess 32 ”Sprenging av tunnel” beskriver så vel sprengning med salvelengder kortere enn 2,5 meter, flerdelt tverrsnitt og kombinasjon korte salver og delte tverrsnitt, som Mesta har oppgitt enhetspriser på.

I prosess 33 ”Stabilitetssikring” beskrives ulike sikringsformer, inkludert de ”tyngste”, d v s armering av sikringsbuer i sprøytebetong og betongutstøpning, og som Mesta har gitt priser på. Videre bestemmes at enhetsprisene er faste ”selv om summen av de endelige mengder i kroner avviker fra summen av de oppgitte mengder med inntil +/- 100%.”

I møtet 20 april 2004 la Mesta frem fremdriftsplan der tunneldrivingen var antatt å ta 50 uker, med oppstart 16 august 2004. Den 9 september ble det lagt frem revidert plan med oppstart tunneldriving 25 oktober 2004, driving av pumpesynt m v med to rigger fra 29 november og deretter fra 10 januar 2005 med to rigger i 225 dager til 16 januar 2006.

SVV varslet i kontraktsavklaringsmøte 20 april 2004 at det ble vurdert å flytte pumpesynten fra området ved forskjæringen til inn i tunnelen. SVV sendte Mesta tegninger for dette 30 juni 2004 og mengdeoppstilling 10 august 2004. Mesta aksepterte løsningen 6 januar 2005, uten at det var enighet om pris og/eller tilleggstid. Mesta har senere anført at flyttingen ikke fikk konsekvenser for fremdriften.

I flg Mesta startet tunnelboring (injeksjon) fra påhugget v/Kjelle 8 oktober 2004. SVV's oversikt viser at første salve var 29 oktober.

Man erfarte raskt at fjellet var dårlig. I referatet fra et byggemøte 10 november 2004 uttalte Mestas representant at SVV i referatet fra forrige byggemøte hadde uteglemt at det der ble påpekt at ”det er problemer med å foreta injeksjonsboring ca 13-14 m inn i tunnelen grunnet meget dårlig fjell” og at Mesta varslet SVV om problemet.

10 november 2004 fremmet Mesta varsel om endring/krav om tillegg, benevnt "T 45" grunnet i at Mesta i møte med SVV's geolog 10 oktober opplyste at

"det var gjort grunnboringer opp mot den øvre jernbanetraseen og at Dere hadde funnet betydelige løsmasser i området";

noe Mesta hevder de ikke var blitt informert om tidligere.

Mesta krevet oppgjør i form av "Nye enhetspriser, tilleggsarbeider og eksisterende prosesser" og hevdet forholdene også ville få konsekvenser for fremdriftsplanen.

Mesta kommenterte også forhold de antok var svakheter i grunnundersøkelsene i anbudsgrunnlaget.

Under injeksjonspumping opplevde man tidvis at masse fløt ut i "dagen" og i "trekkummer" o a foran stoffen.

Mesta engasjerte "Tunnel og GeoConsult", v/Per Arne Moen som ga befaringsrapport til Mesta 10 desember 2004, der han bl a uttalte at en "vil ikke oppnå de strenge tetthetskravene i Tønsberg tunnelene ved kun bruk av industrisement".

Injeksjonsprosedyrer og fjellforhold var gjenstand for stadige diskusjoner frem mot nyttår 2004/2005 og på nyåret.

I referat fra byggemøte 19 januar 2005 uttales at Mesta i månedsrapport "varsler en forsinket fremdrift etter oppsatt ferdigstillelse på 3-3,5 måned på tunnel. Uteanlegget (dagsone) ligger opp mot 2 mnd. etter oppsatt fremdriftsplan av 28.04.04, (oppstartsmøte)."

På oppdrag fra Mesta gjorde SINTEF v/Eivind Grøv 21 april 2005 en vurdering av det "utførte sikrings- og injeksjonsopplegget som har vært fulgt så langt sammenholdt med anbudsgrunnlaget og grunnforholdene, beskrevet og erfart." Denne kommer lagmannsretten i nødvendig utstrekning tilbake til.

Tunnelen var ferdig sprengt medio mars 2006.

Spørsmålet om tilleggsvederlag og fristforlengelser har vært behandlet i en rekke møter og i korrespondanse partene i mellom som det ikke er nødvendig å gå nærmere inn på her.

Mesta hevder de, som følge av uventet dårlige fjellforhold fra påhugget og i startfasen av tunneldrivingen samt endrede/uhensiktsmessige pålegg m h t injeksjonsmetode gjennom

hele tunnelen, ble forsinket med 16 uker. Forsinkelsen gir grunnlag for tilleggskrav etter NS 3430 pkt 7.5; pkt 21 jf pkt 17 samt pkt 28.

Mesta v/prosessfullmektig advokat Espen Nyland reiste 6 mars 2007 søksmål for Tønsberg tingrett mot staten v/Samferdselsdepartementet med krav om fullbyrdsdom for et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 58 162 857 med tillegg av renter og saksomkostninger. Staten v/prosessfullmektig advokat Sam E Harris tok til motmæle og påsto frifinnelse. Mestas påstandsbeløp ble senere endret til NOK 54 414 310.

Tingretten avsa dom 23 januar 2008, der staten ble frifunnet og tilkjent saksomkostninger med NOK 1 174 626.

Mesta anket dommen til Agder lagmannsrett. Anken oppgis å gjelde bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Staten v/Samferdselsdepartementet tok til motmæle.

Ankesaken behandles etter reglene i tvisteloven av 17 juni 2005.

Ankeforhandling ble holdt i Tønsberg i perioden 2 til 11 desember 2008. Som følge av omorganisering i Mesta-konsernet er Mesta Entreprenør AS trådt inn som ankende part, men omtales også i det følgende hovedsakelig Mesta. Mestas prosessfullmektig var advokat Nyland. Som prosessfullmektig for staten møtte advokat Harris.

Som rettsboken viser ble begge prosessfullmektiger bistått av rettslige medhjelpere. For begge parter møtte ansatte som fulgte ankeforhandlingene i sin helhet. Dokumentasjon og bevisførsel for øvrig fremgår av rettsboken.

Saken står i store trekk slik den gjorde for tingretten, men det er lagt frem noen nye dokumentbevis av betydning.

Om saksforholdet for øvrig vises til tingrettens dom.

Mesta la ned slik endelig påstand:

”1 Staten ved Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mesta Entreprenør AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 54 000 000 med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra forfall til betaling finner sted. NOK 16 277 746 forfalt til betaling 30. juli 2005, mens det resterende påstandsbeløp forfalt til betaling 6. april 2007.

2 Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mesta Entreprenør AS sakens omkostninger for lagmannsrett og tingrett.”

Staten v/Samferdselsdepartementet påsto anken forkastet og at staten
v/Samferdselsdepartementet tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Partenes påstandsgrunnlag er i hovedsak sammenfallende med anførslene for tingretten slik at det her, ut over en henvisning til anførslene slik de er gjengitt i tingrettens dom, er tilstrekkelig med en stikkordsmessig oppsummering.

Mestas påstandsgrunnlag kan da sammenfattes slik:

Mestas vederlagskrav grunner i to forhold; uforutsett dårlig berg og endret injeksjonsmetode. Alternativt hevdes at det ikke er sammenheng mellom mengdebeskrivelsene i anbudsgrunnlaget og tiden SVV stilte til rådighet for entreprenøren.

Anførselen om uforutsett dårlig bergforhold underbygges av at Mesta etter fire måneder, d v s 30% av totalt planlagt drivetid, hadde inndrift på kun 100 meter. Forholdene ble gradvis bedre jo lenger inn fra påhugget man kom, men først i mars 2005, om lag 190 meter inn, var de ute av svakhetssonen fra påhugget.

Dette ga et tidstap på bortimot 12 effektive driftsuker. Pr uke 11 i 2005 lå Mesta 741 meter bak fremdriftsplanen.

En problemstilling er hvem av partene som skal dekke kostnadene tilknyttet forsinkelsen som følge av uforutsette bergforhold.

Problemstilling nr 2 er om SVV etter kontrakten hadde rett til ensidig å endre injeksjonsmetode, basert på industrisement med tykk masse (lave v/c tall) og høyt trykk uten bruk av styrt herding, eller om Mesta kunne stole på metodevalget angitt i kontrakten.

I tidsrommet Mesta slet med vanskelig berg, også omtalt som "T 45 perioden", var det av særlig betydning å få ned trykket, finne en egnet injeksjonsmetode og ha rasjonell drift.

Metoden SVV foreskrev, industrisement, tykk blanding og høyt trykk, imøtekom ikke behovene. Dersom SVV likevel mente injeksjonsmetoden de valgte var hensiktsmessig må de selv svare for det.

I perioden etter at dårlige bergforhold var overvunnet kommer spørsmålet om SVV's injeksjonsmetode innebar en endring i forhold til kontrakten, som utløser rett til tilleggsvederlag, på spissen.

Fra om lag mars 2005 var geologien, men ikke injeksjonsmetoden, som forutsatt. Selv om Mesta fra da av satte på økte ressurser og fikk tillatelse til utvidet drivetid i tre timer daglig, ble de ytterligere fem uker forsinket.

Begge sakens hovedpoeng gjelder avtaletolking.

Rettslig utgangspunkt er at avtaler mellom profesjonelle skal tolkes objektivt, med basis i kontraktens ordlyd, jf Rt-2002-1155.

I avtaler basert på anbud modifiseres dette ved at byggherren gjennomgående har lang tid til planlegging og er den som i detalj fastsetter kravspesifikasjonen. Leverandøren gis derimot korte frister. Det er ikke adgang til forhandlinger i anbudsperioden og alternative tilbud og/eller forbehold leder lett til at man ikke kommer i betraktning.

Avgjørende er da hva Mesta med rimelighet kunne lese ut av konkurransegrunnlaget, ikke hva de forsto eller burde forstått. Tvil vil gå ut over byggherren, jf Rt-2007-1489.

Staten hevder årsaken til forsinkelsen dels var et tverrslag Mesta laget i tilknytning til pumpestasjonen for å lette adkomsten med tunge maskiner til stuffene i begge løp, dels innkjøringsvansker med nytt utstyr og dels at Mesta benyttet for tynn injeksjonsmasse. Staten har bevisbyrden, og ingen av anførslene er dokumentert ved tidsnære bevis som byggemøterapporter e l. SVV var og nærmest til å dokumentere bergforholdene ved ingeniørgeologisk kartlegging og registrering.

I utførelsesentrepriser har byggherren risikoen for at bergforholdene er som opplyst i anbudsgrunnlaget. NS 8405, som er kodifisering av det som tidligere fulgte av NS 3430 og rettspraksis, bl a Rt-1999-922, viser det.

Staten kan ikke høres med at rett til tillegg er avskåret fordi kontrakten har enhetspriser for alle arbeidsoperasjoner som kom til utførelse. Synspunktet samstemmer ikke med det som hevdes i Vegdirektoratets publikasjon nr 101 "Miljø- og samfunnstjenelige tunneler", der betydningen av gode rapporter om bergforholdene fremholdes som svært viktige for entreprenøren. Enhetspriser er en oppgjørsform, og kun det.

Dersom statens syn på betydningen av enhetspriser og mengder vinner frem vil en byggherre kunne nøye seg med å be om enhetspriser, og så løses resten av seg selv med basis i mengdene. I så fall blir anbudsinstituttet umulig å praktisere fordi man ser bort fra tidsaspektet. Enhetspriser har ingen betydning for fastleggingen av "scope of work" eller hvor risikoen for grunnforholdene ligger.

Tid er en grunnleggende kalkulasjonsforutsetning; og tid avhenger bl a av bergforholdene. Alle prosesser kalkuleres med tid som utgangspunkt. I dette tilfellet fastslår kontrakten endog at entreprenøren, hva injeksjonsarbeidene angår, må regne med at utførte mengder kan avvike betydelig fra gitte mengder i beskrivelsen. Tilsvarende også for

sikringsarbeider, der kontrakten fremholder at enhetsprisene er faste, selv om summen av de endelige mengder avviker fra de oppgitte med inntil +/-100%.

Kontraktens enhetspriser og mengder gir ikke grunnlag for slutninger m h t bergforholdene. Mesta kan uansett dokumentere at SVV la inn for høye mengder. Hertil kommer at det -innenfor de dagmulksbelagte tidsfristene- ikke var mulig å utføre mengdene i anbudslaget. HMS-planen SVV utarbeidet i h h t byggherreforskriften, som pålegger byggherren å sette av tilstrekkelig tid, belyser dette ytterligere. Mesta underbygger dette ved beregninger det ikke er behov for å gjengi her.

Det er heller ikke grunnlag for gjennomsnittsbetraktninger m h t bergforholdene som staten anfører og ble hørt med i tingretten.

Hva Mesta med rimelighet kunne forvente mht grunnforholdene beror på tolking av konkurransegrunnlaget. Rapportene som fulgte anbudsgrunnlaget indikerte at SVV gjorde grundige forhåndsvurderinger av bergforholdene. Ingen av grunnundersøkelsene Mesta ble forevist før tunneldrivingen startet indikerte problemer i påhugget.

Mestas syn bekreftes av SINTEF rapporten fra april 2005, der det uttales at ”ut fra underlagsmaterialet kan bergforholdene..... tolkes å være gjennomgående gode og ensartede med unntak i anmerkede svakhetssoner.”

Derimot hadde SVV også en rapport utarbeidet for Jernbaneverket i 1999 i forbindelse med planer om en jernbanetunnel gjennom Frodeåsen, der behovet for tunge sikringsmidler ved nordre påhugg -10 cm fiberarmert sprøytebetong og tett bolting- beskrives. Denne fikk Mesta ikke tilgang til. SVV unnlot også å informere om e-posten 16 april 2004 fra Jens-Petter Henriksen i Norconsult til SVV's ingeniørgeolog Terje Kirkeby, der Henriksen påpeker fjellforholdene ved påhugget og at supplerende borerer bør vurderes før anleggstart. SVV reagerte ikke på e-posten, og underrettet heller ikke Mesta.

Det foreligger god dokumentasjon for at bergforholdene var langt vanskeligere enn Mesta kunne forutse. Bl a vises dette ved at Mesta pr 19 januar 2005 kun hadde drevet 140 meter til sammen på to løp. Uke 11 i 2005 var drevet ca 517 meter. Staten hevder drivingen ikke startet 8 oktober, men først noe senere. Månedssrapportene viser at Mestas tidspunkt er korrekt.

Mesta brukte 66 uker på tunneldrivingen, mot planlagt 50. 11 uker skyldtes bergforholdene i T 45 perioden. Driving av resterende del ble fem uker forsinket.

Mesta bestrider ikke at SVV innenfor visse rammer hadde styringsrett m h t injeksjonsmetodikk, men kontrakten fastslår at styringsretten skal utøves i nært samarbeid med entreprenøren. Metoden SVV satset på -praktisk talt utelukkende bruk av

industrisement, tykk blanding og høye trykk-, basertes utelukkende på økonomiske betraktninger, ikke de strenge tetthetskravene eller "svarene berget ga".

I flg anbudsgrunnlaget skulle injeksjon starte med mikrosement. I arbeidsmøte 19 mai 2004 uttales at SVV i utgangspunktet vil "satse på industrisement".

SVV's satsing på industrisement er endring i h h t NS 3430 pkt 28. Bestemmelsen i anbudsgrunnlaget om at entreprenøren må regne med avvik i de oppgitte injeksjonsmengder skal ikke forstås slik at standarden settes fullstendig til side. I motsatt fall, hva er da "satt til side"? Retten til å påberope mengdevariasjoner som endring, eller rett til å kreve nye enhetspriser?

Staten kan heller ikke høres med at Mesta i kontraktsavklaringsmøtet og senere forhandlinger aksepterte endring i injeksjonsmetodikken uten krav på tilleggsvederlag.

Selv om Mesta fikk betalt for tiden som gikk med til injeksjon, hadde endringen i injeksjonsmetodikken tidsmessige konsekvenser Mesta ikke fikk dekket under kontrakten og ga uforutsette merkostnader.

Dersom staten gis medhold i at Mesta på grunnlag av mengdebeskrivelsene i anbudsgrunnlaget måtte regne med så vanskelige bergforhold som det er tale om her, og at injeksjonsmetoden SVV valgte ikke er endring som gir grunnlag for tilleggsvederlag, hevder Mesta det foreligger motsetning i anbudsgrunnlaget som gir rett til tilleggsvederlag. Motsetningen består i at det ikke er samsvar mellom mengdene SVV hevder skulle utføres og tidsfristene i kontrakten. Byggherreforskriften § 11 inngår i kontraktsgrunnlaget og pålegger byggherren å sørge for tilstrekkelig byggetid. Det samme følger av Vegdirektoratets publikasjon 101.

Utgangspunktet er at Mesta kan kreve dekket ethvert tap forårsaket av de aktuelle feil og uriktigheter, ref Rt-2005-788.

Bergforholdene påførte Mesta et tidstap på 11 uker. Det var spesielt uheldig at problemene oppstod allerede fra påhugget, slik at man ikke kom i gang med parallell driving fra flere stuffer. Forsinkelsene gjorde og at kompletteringsarbeider måtte utføres samtidig med tunneldrivingen. Dette ønsket Mesta å unngå, og var foranledningen til at Mesta i sitt alternative tilbud reduserte anbudsprisen med NOK 10,7 mill mot tre måneders lengre byggetid.

Mesta ble ytterligere fire måneder forsinket, til tross for økt ressursinnsats. I tapet inngår og at en underentreprenør, Hæhre Entreprenør AS, som Mesta engasjerte til utkjøring av masse fra tunnelen, måtte holdes på anlegget lenger enn de 50 ukene Mesta forutsatte.

Beløpet må fastsettes skjønnsmessig, men Mesta har i stevningen nevnt følgende beløp under de ulike tapsposter:

- Økte kostnader som følge av forlenget og mer ressurskrevende tunneldrift, herunder sviktende grunnforhold og endret injeksjonsmetode, NOK 31 643 782.
- Krav fra Hæhre Entreprenør AS, NOK 15 819 075
- Bortfall av innvilget rabatt, NOK 10 700 000.

Staten v/Samferdselsdepartementets påstandsgrunnlag oppsummeres slik:

Tingrettens dom er korrekt mht resultat og begrunnelse.

Et selvsagt, men viktig, utgangspunkt er at også entrepriseavtaler er kontrakter som skal holdes slik de er inngått, jf bl a Rt-2001-1155.

Risikoen plasseres ut fra art og omfang, og usikkerhet kan ”overtas”, jf Sandvik ”Entreprenørrisikoen”.

Entreprenørens priser er i utgangspunktet bindende. Hvor langt de gjelder og/eller om entreprenørens prisforutsetninger brister avhenger av kausalitet, synbarhet og relevans/risikoplassering.

Mestas forutsetninger om at de skulle drive tunnelen på bare 50 uker, planene om å unngå samtidighet i tunneldriving og kompletteringsarbeider og at mengdene i anbudsgrunnlaget var urealistisk høye, var SVV ikke kjent med.

Kontraktsprisene gjelder så langt det ikke foreligger vesentlige avvik fra hva entreprenøren måtte forvente, ut fra kontraktens beskrivelser knyttet til de arbeider det er gitt pris på og øvrige relevante data.

Saken gjelder ikke hva geologiske rapporter generelt kan og bør inneholde, men hva entreprenøren ut fra en nøktern vurdering måtte forvente. Ei heller hvilken injeksjonsmetode som er best/raskest, men hva entreprenøren ut i fra en objektiv tolking av kontrakten måtte forvente.

Entreprenørens pris må relateres til det totale arbeid prisen er fastsatt som en gjennomsnittspris for. Rt-2005-788 fastslår hvordan en merutgift skal fastsettes etter NS 3430, ikke hvor risikoen for grunnforhold skal plasseres.

Når det er gitt pris på flere, alternative arbeidsoperasjoner skal prisen relateres til kontraktens beskrivelse av hva som gjør prosessen aktuell, f eks dårlig fjell. Byggherrens

risiko er i så fall at han må betale en høy pris, entreprenørens at han har priset prosessen riktig.

Anbudsgrunnlagets prosess 32.21 gjelder "normal pris for driving pr m^3 ."

Anbyderen skal her gi en gjennomsnittspris for hele tunnelen ved sprengning uten restriksjoner. Prisen må settes slik at det tas høyde for varierende bergforhold, dog slik at det kan nyttes normale salvelengder/tverrsnitt. Prosess 32.22-24 gjelder priser for sprengning med restriksjoner, der bergforholdene gjør det nødvendig. Mestas pris er her 3,3 ganger høyere enn ved normal sprengning.

Også prosess 32.71, "opplasting og utkjøring pr m^3 " skal prises med gjennomsnittspris for hele tunnelen. Entreprenøren må prise inn usikkerhet m h t dødtid, reduserte salvelengder med mer. Byggherren har ikke risikoen for avtaler entreprenøren gjør med ev underentreprenører.

I prosess 33 "sikring" må entreprenørens prising ta høyde for at det kan forekomme bergforhold som nødvendiggjør de aktuelle sikringsformer.

Prosess 31, om injeksjon, gir entreprenøren adgang til tilpassninger i kostnadsbildet, bl a avhengig av om det skal nyttes industri- eller mikrosement og full dekning av løpende kostnader ved injeksjonsarbeid og herding.

Entreprenørens risiko for ikke å få dekket sine kostnader ligger i at han må prise ulike prosesser riktig, ikke gi "taktiske" priser og ikke utsettes for upåregnelig sårbarhet, ref Rt-2005-788 avsnitt 50.

Entreprenøren står fritt til å ta forbehold, forutsatt at de er prisbare, og han kan legge inn alternative tilbud. Anbudsgrunnlagets mengdeangivelser skal bl a sikre at tilbyderen har kapasitet til å levere de gitte mengder. Mengdeangivelser er det som klarest gir byggherren sikkerhet for at tilbyderen kan levere de oppgitte mengder innen tidsfristen.

Om Mesta mente anbudsgrunnlagets mengder var urealistiske skulle de tatt forbehold. Forutsetninger entreprenøren bygger sitt tilbud på, og som ikke er synlige for byggherren, har entreprenøren risikoen for.

Mestas anførsel om feil i anbudsgrunnlaget er det ikke dekning for. Fristene i grunnlaget er prisingsforutsetninger, og det er muligheter for alternative tilbud, noe Mesta benyttet seg av. Entreprenøren kan også ta forbehold, eller la være å gi tilbud. Faktisk forløp viste at det var tid nok.

I tidsvurderingen må hensyntas at doble løp ga muligheter til doble kapasiteter, samtidighetsmuligheter i samme løp, forskyvning av arbeid til nattetid og at utstyret er

blitt bedre. Entreprenøren er den som best kan vurdere egen kapasitet og bærer risikoen for det, ref Sandvik "Entreprenørrisikoen".

Staten avviser at uriktige og/eller mangelfulle opplysninger m h t geologi utgjør bristende forutsetning for prisene, eller representerer endring som kan gi grunnlag for tilleggsvederlag. Mesta har fått betalt både for sprengning med restriksjoner og utførte sikringsarbeider. I realiteten har Mesta fått betalt for flere slike sprengninger enn de faktisk utførte.

Rettslig utgangspunkt er om avviket er slik at Mesta, ut i fra en nøktern vurdering, ikke hadde grunn til å forvente det. Staten bestrider det foreligger slike avvik.

Anbudsgrunnlaget forutsetter at entreprenøren gjør egne vurderinger, at han er nøye under befaringer og om nødvendig engasjerer egen geolog.

Den geologisk rapporten påpeker bergarten, rombeporfyr, at det ved påhugget var både liten overdekning og svakhetssone og redegjør for sprekkestrukturer. Bergforholdene v/pumpesynten, få meter innenfor påhugget, var gode nok til at det uten vansker kunne etableres et stort tverrslag.

Staten er sterkt uenig i at anbudsgrunnlagets beskrivelse av sikringsmidler ikke skal vektlegges ved vurderingen av hva Mesta ut i fra en nøktern vurdering kunne forvente. Mesta måtte dimensjonere, ev ha beredskap til å klare alle sikringsmidler anbudsgrunnlaget omfatter.

Erfaringen viste at bergforholdene var vanskelige i startfasen, men bedret seg straks man var forbi pumpesynten. Oversikten over salvelengdene dokumenterer det.

Mesta var nærmest til å gjøre direkte, samtidige registreringer av bergkvaliteten om de mente den hadde betydning for drifvingen. Mesta har mottatt alt materiale SVV sitter på, uten at de har fått noe særlig ut av det.

Andre forsinkende elementer ved området rundt påhugget, som hensynet til "Kjelleolla", strenge tetthetskrav samt nærhet til jernbane og bebyggelse samt flytting av pumpesynten må også ha hatt betydning.

Bergforholdene har ikke hatt produksjonsmessige konsekvenser Mesta ikke burde tatt høyde for.

E-posten SVV's ingeniørgeolog Kirkeby mottok fra Norconsult 16 april 2004 var ikke basert på nye grunnundersøkelser og inneholdt intet som ikke var kjent fra før. Prøveboringene e-posten viser til hadde Mesta tilgang til. Avsenderen, Jens-Petter

Henriksen, er ikke geolog. Det var heller ingen knusningssone i området Henriksen påpeker. E-posten ble fulgt opp ved at det ble støpt en støttemur over påhugget og en større grunnplate sommeren 2004.

Anbudsgrunnlagets beskrivelse av injeksjonsmetodikk omhandler mengder, skjermavstand, borelengder, antall borehull, startblanding, blanding 2, styrt herding og stoppkriterier. Kontrakten gir SVV adgang til å starte med blanding 2, industrisement.

Mengdeanslaget stemte godt med det som faktisk gikk med, 5 561 tonn mot anslått 5 000 tonn. I T 45 perioden ble det i gjennomsnitt brukt 24,5 timer på å bore en skjerm. I 2005 var gjennomsnittstiden 14,6 timer. "Mertiden" i T-45 perioden er da kun 5,8 døgn.

Mesta uttalte ved flere anledninger ønsker om mer bruk av mikrosegment, men aksepterte at SVV bestemte dette. For øvrig er det ikke uoverensstemmelser mellom metoden anbudsgrunnlaget beskriver og den som faktisk kom til utførelse.

SVV har ikke på noe punkt opptrådt illojalt og det er heller ikke påvist svikt i SVV's evne og vilje til medvirkning for å få prosjektet fullført.

Mestas alternative anførsel, om misforhold mellom oppgitte mengder og tid er det ikke grunnlag for.

Subsidiært bestrider staten Mestas tapsberegning. Eventuelt tilleggsvederlag skal settes til forskjellen mellom faktisk påkrevde utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og beregnede utgifter for drift uten slike forhold, jf Rt-2005-788. "Merutgiftene" skal være uten dekningsbidrag og fortjeneste.

Mesta må selv ta risikoen for forutsetningen om at de kunne drive tunnelen på 50 uker. Det sammen gjelder forutsetningen om å unngå samtidig tunneldriving og kompletteringsarbeider. SVV kan ikke være ansvarlig for at avtalen Mesta inngikk med Hæhre, basert på driving i bare 50 uker, ikke holdt. For øvrig er Hæhres angivelige merkostnad ikke Mestas, og er heller ikke dokumentert.

Lagmannsretten er kommet til et noe annet resultat enn tingretten og bemerker:

Saken gjelder tolking av entreprisekontrakt. Begge parter er profesjonelle og fortrolig med bruk av slike kontrakter og har samarbeidet om en rekke prosjekter både før og etter entreprisen nærværende sak gjelder. Kontrakten skal i utgangspunktet fortolkes objektivt med vekt på avtalens ordlyd, jf Rt-2002-1155.

Som påpekt i Rt-2007-1489 er det anbudsinnybyders ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Anbyder skal ikke pålegges risikoen for uklarheter med mindre det ut fra en objektiv betraktning fremstår som klart hva anbudsinnybyderen har ment.

Kontrakten er basert på NS 3430 med SVV's justeringer.

En grunnleggende regel i entrepriseretten er at risikoen i utgangspunktet plasseres etter funksjonsfordelingen i kontrakten. Byggherren har risikoen for at tegninger og beregninger er riktige, og entreprenøren for at arbeidet blir fagmessig utført.

I Rt-1999-35 slutter Høyesterett seg til følgende betraktninger fra Hagstrøm "Entrepriserett", vedr. bristende forutsetninger i entrepriseforhold:

"Vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed en vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort m.h.t. tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten. Dette betyr at entreprenøren kan få endret avtalen, eksempelvis gjennom krav om forlenget byggetid med kompensasjon for den forlengede byggetid, dersom de byrder entreprenøren påføres står i klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått."

NS 3430 pkt 17.1 gir entreprenøren rett til fristforlengelse som følge av endringer byggherren krever/eller ved feil i tegninger, beskrivelser m m, eller annet som må henføres til byggherrens forhold. I h h t pkt 17.4 kan entreprenøren i så fall også kreve sine merutgifter dekket etter reglene i pkt 21.

Mesta krever tilleggsvederlag grunnet feil eller mangler i anbudsgrunnlaget etter bestemmelsene i pkt 7 og 21.

Dersom entreprenørens krav om tilleggsvederlag grunnes på feil eller mangler i anbudsgrunnlaget er det bestemmelsene i pkt 7 og 21 som skal anvendes.

Mesta fremhever to hovedproblemstillinger, uforutsett dårlig bergforhold i første del av tunnelen (T-45 perioden) og endret/uheldig injeksjonsmetode i hele tunnelen.

Mestas økonomiske krav har følgende fire delelementer:

- økede kostnader som følge av endret bergforhold i første del av tunnelen i forhold til hva som kunne forventes i forhold til anbudsgrunnlaget.
- økede kostnader ved at SVV benyttet en annen, og angivelig mindre effektiv injeksjonsmetode enn i anbudsgrunnlaget.

-økte kostnader som følge av at man fikk "samtidighetsdrift" med både tunneldriving og kompletteringsarbeider
-økte kostnader ved forsering for å ta igjen forsinkelsen som følge av endret geologi og injeksjonsmetode.

Lagmannsretten finner det hensiktsmessig å først vurdere injeksjonsspørsmålet.

Mestas anførsler vedrørende injeksjonsmetoden er at SVV's valg i så måte, d v s basert på industri- i stedet for mikrosement- var endring i kontrakten som gir grunnlag for tilleggsvederlag etter NS, dels at metoden bidro til ytterligere forsinkelse i T 45 perioden. I den grad det er tale om endringer som påfører entreprenøren økte kostnader har han krav på kompensasjon i h h t pkt 28 jf pkt 21.

Injeksjonsmetoden er, slik det fremgår ovenfor, inngående beskrevet i anbudsgrunnlaget og var gjenstand for drøftelser gjentatte ganger fra høsten 2004. Om injeksjon skulle starte med industri- eller mikrosement er bare et av mange elementer i de beskrevne prosedyrer.

Lagmannsretten er enig med tingretten og kan ikke se Mesta har sannsynliggjort at injeksjonsmetoden i dette tilfellet resulterte i økte kostnader i noen del av tunnelen som gir grunnlag for kompensasjon. Bortsett fra T 45 perioden var bergforholdene i h h t anbudsgrunnlaget. Eventuelt merarbeid Mesta har utført som følge av injeksjonsmetoden SVV valgte er da etter lagmannsrettens syn dekket i kontraktens prisformat. Kontraktens priser for så vel boring, pakkerplassering, materialer og injeksjonstid påvirkes etter lagmannsrettens syn ikke av injeksjonsmateriale eller prosedyrer.

Sementtype er kun en av flere faktorer i injeksjonsprosessen. Andre faktorer av betydning vil bl a være antall hull, lengde og mønster, v/c forhold, tilsetningsstoffer, injeksjonstrykk, stoppkriterier og kontrollhull. Bevisførselen gir ikke grunnlag for å anta at metoden Mesta hevder skulle vært benyttet ville vært mer effektiv enn den som ble anvendt.

Omfanget av det totale injeksjonsarbeidet er ikke slik at det representerer endring i forhold til anbudsgrunnlaget.

Hva angår bergforholdene bemerkes at utgangspunktet, som påpekt av Martinussen m fl i "NS 8405 med kommentar" er at:

"Pkt 19.2 annet ledd fastlegger at det er byggherren som bærer risikoen for at arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig".

Regelen er ny i forhold til NS 3430, men innebærer, som påpekt av Martinussen m fl, ingen realitetsendring i forhold til gjeldende rett.

Avgjørende blir da hva Mesta, ut i fra en nøktern vurdering av kontrakten og omstendighetene for øvrig kunne forvente mht bergforholdene.

I flg anbudsgrunnlaget skal tunnelen drives i rombeporfyr. "Fjellsprengningsteknikk, Bergmekanikk/Geoteknikk 2005" beskriver rombeporfyr som "forholdsvis takknemlig tunnelfjell. Sprengbarheten er normalt middels, og minimalt med kvarts sliter lite på borestålet."

Lagmannsretten antar dette var alminnelig kjent også på tidspunktet for anbudskonkurransen i 2003/2004.

I anbudet inngår geologisk rapport fra mars 25 mars 2003 utarbeidet av SVV v/seksjonssjef Frøystøl og senioringeniør Langelid, og omhandler strekningen fra profil 590 til profil 2250. Rapporten betegner seg som en

"ren datarapport, uten anleggstekniske vurderinger. Rapporten skal gi entreprenøren grunnlag for egne vurderinger og tolkninger av geologiske forhold."

Det fremgår at det er utført omtrent 100 totalsonderinger med fjellkontroll og noe prøvetaking med Ø 54 mm prøvetaker. Videre at basert på de lett synlige feltspatkrystallenes form, variasjon i størrelse og i mengdeforhold er lavaene betegnet med indekstall som Rp 1 for det eldste laget og opp til Rp 17, som representerer det yngste laget i lavarekken. Den aktuelle tunneltraseen går i hovedsak gjennom Rp 2 lavaer.

Om oppsprekking fremgår at feltobservasjoner viser oppsprekking etter to retninger, en N-S og en tilnærmet Ø-V. Begge angis å være tilnærmet vertikale, eller ha en steil helning til begge sider av strøkretningen. I tillegg finner man horisontale sprekker noen få steder, men disse er vanskelige å observere i områder med lav topografi.

Om sprekker i N-S retning heter det at de

"er de mest fremtredende i terrenget. De representerer ofte knusningssoner, eller forkastninger med en markert forsenkning i bergoverflaten, som nå ligger under løsmasseoverdekning. Slike soner er nesten bestandig skjult av løsmasser. De få stedene hvor slike soner er synlige på overflaten er bergarten tett oppsprukket med sprekkevstand på 10-15 cm. Enkelte steder ser man sprekkefyllinger med kvarts eller kalkspat. Spredningen i sprekkeretningen er forholdsvis liten. Den varierer mellom omtrent +/- 20 grader på begge sider av nordretningen. Helningen er for det meste vertikal, med en tendens i en vestlig helning mellom 80-100 grader. Sprekkavstanden varierer vanligvis fra 40-50 cm og opp til 1 m."

Sprekker i Ø-V retning omtales slik:

”De Ø-V gående sprekkene har forholdsvis store variasjoner, både i retning og helning. De fleste sprekkene har helning mot nord fra 60-100 grader. Sprekker med steil sydlig helning kan også forekomme. Sprekkflatene er ofte glatte med en utstrekning på bare få meters lengde, eller unntaksvis opp til 20-30 meter. Sprekkavstanden er vanligvis 30-50 cm, men kan øke opp til 1 - 1,5 m.”

Horisontale sprekker beskrives slik:

”Disse sprekkene er synlige kun få steder, ved høye eller steile fjellvegger. Avstanden mellom dem er varierende fra dm til 2-3 m.”

Rapportens bilag 3 viser

”plantegning av den aktuelle tunneltrassen med inntegnede observerte svakhetssoner på terrengoverflaten (ingeniørgeologisk kart). Bilag 4 viser et ingeniørgeologisk lengdeprofil langs tunneltraseen utarbeidet av Noteby 6 september 2001. De inntegnede sonene på dette lengdesnittet har antatt forløp (sonens fallvinkel er usikker). Det kan også forekomme svakhetssoner som ikke er oppdaget under undersøkelsene.”

I bilag 4 fremkommer mindre eller middelsstore svakhetssoner ved profil ca 625, 790, 910, 950, 1050, 1675, 2090 og 2200. Store svakhetssoner er angitt ved profil ca 1100, 1310 1470, 1750 og 1850.

I grunnundersøkelse fra november 2003 skriver SVV:

”3.1 Tunnel Trase

3.1 Grunnforhold i tunneltraseen

Fra tunnelpåhugget under jernbanesporet krysser tunnelen under jernbanesporet og inn i Frodeåsen. Frem til området ved Tønsberg stadion ca profil 1100 er det mest fjell i dagen og trolig mindre løsmassemektheter. Det er utført noen totalsonderinger med fjellkontroll i påhugget. Disse indikerer en nord-syd forsenkning under øvre jernbanespor.”

Når byggherren legger frem grunnundersøkelser som en del av anbudsgrunnlaget har han risikoen for de vansker m v som følger av at de gir et feilaktig bilde. Dette gjelder uten hensyn til om undersøkelsesrapporten er inkludert i kontrakten, jf Sandvik

”Entreprenørrisikoen” s 224.

På s 226 skriver Sandvik at hvor entreprenøren:

”bare blir tilstilet de nakne undersøkelsesdata, hvor de konklusjoner som er trukket er svært snaue, eller hvor de er ufullstendige f.eks fordi de bare refererer seg til de statistiske forhold og ikke berører de rent ingeniørgeologiske omstendigheter som fjellets bor- og sprengbarhet, må entreprenøren utvilsomt på egenhånd vurdere om de gir et representativt totalbilde av de forhold som foreligger; jo større ”slingringsmonn” utenfor undersøkelsens grenseverdier må entreprenøren også kalkulere med. Men gir undersøkelsene et noenlunde ensartet bilde av grunnforholdene må entreprenøren også kunne konkludere med at grunnforholdene er homogene, så sant prøvene synes tatt på slike steder at undersøkelsene kan anses representative.”

Lagmannsretten kan ikke se at Mesta ved grunnundersøkelsene som fulgte anbudsgrunnlaget i dette tilfellet bare ble tilstilt ”nakne undersøkelsesdata”. Rapportene er -så langt de rekker- grundige og gir for så vidt et godt bilde av bergforholdene og de ingeniørgeologiske omstendighetene. Rapporten av 25 mars 2003 omtaler seg selv som en ”ren datarapport”, men er etter lagmannsrettens syn mer enn det. I forhold rapporten omtaler tilfredsstillende den langt på vei krav som med rimelighet stilles til ingeniørgeologiske uttalelser. Utførte undersøkelser er tolket i den grad at det på lengdeprofil er inntegnet en rekke svakhetssoner, angitt som h h v mindre, middels og stor.

I e-posten 16 april 2004, også omtalt nedenfor, fremgår at boringer ved påhugget er tolket.

Sintef uttaler i sin rapport til Mesta 21 april 2005 at det normalt er slik at geologiske rapporter for anbud vier spesiell oppmerksomhet til påhuggsområdet og oppstartsfasen for tunneldriving; de forventede geologiske forholdene der samt sprengning og sikring av disse områdene. Dette slutter lagmannsretten seg til. Når rapporten 25 mars 2003 ikke inneholder særlige opplysninger om bergforholdene v/påhugget hadde Mesta grunn til å anta at de ikke avvek fra hva som kunne sees ved anbudsbeifaringen.

Slik lagmannsretten ser det kunne Mesta ikke, ut i fra en nøktern vurdering av rapportene, annet anbudsmateriale og omstendighetene for øvrig, forvente så kompliserte bergforhold som fra påhugget og de første meterne deretter (T 45 perioden). Slike forhold er ikke nevnt i anbudsgrunnlaget. Hvor lang strekning det er tale om kommer lagmannsretten tilbake til.

Lagmannsretten bemerker og at SVV i dette tilfellet satt på ingeniørgeologiske uttalelser som indikerte at bergforholdene ved påhugget var vanskeligere enn antatt. I en e-post fra ansvarlig for tunnelprosjektering i Norconsult, Jens-Petter Henriksen til SVV's ingeniørgeolog Kirkeby, uttales:

”Vedlagt følger som avtalt skisser og boringer som belyser status for utførte boringer ved påhugget og tolkinger av disse. Berget er til dels sterkt oppsprukket og knust i påhuggsområde. Det er og har vært usikkerheter rundt fjellforholdene ved påhuggstedet. Det foreligger i dag boringer i stabben ved påhugget som vist på vedlagte plan. Utbredelse

av knusningssone/renne ved påhugget er usikker. Behovet for supplerende boringer, befarings og møte bør vurderes før anleggstart for evt. reduksjon av usikkerheten.”

Det er ikke sannsynliggjort at SVV foretok seg noe på grunnlag av opplysningene i e-posten. Selv om prøveboringene den viser til inngår i anbudsmaterialet burde opplysningene i e-posten vært forelagt anbyderne. E-posten ble sendt 16 april 2004. Kontraktsavklaringsmøtet ble holdt 20 april og kontrakten undertegnet 27 april 2004.

Staten hevder anbudsgrunnlagets beskrivelser og Mestas prising av ”tunge” sikringsmidler og restriksjonsbelagte salver tilsier at Mesta måtte regne med at slike prosesser også ville komme til utførelse, og at dette må tillegges vekt ved vurderingen av hva Mesta med rimelighet måtte forvente m h t bergkvalitet. Lagmannsretten deler ikke dette synet. I anbud for tunnelentrepriser er bergforholdene en vesentlig kalkulasjonsfaktor, og opplysninger om konkrete grunn- og bergforhold i traseen vektlegges mer enn anbudsgrunnlagets beskrivelser av mengder sikringsarbeider og salverestriksjoner.

SVV understreker selv dette, ref ”Publikasjon nr 101 Miljø- og samfunnstjenlige tunneler” s 35 der det fremholdes at ingeniørgeologiske rapporter

”må kunne brukes som del av kontrakten, og byggetiden for prosjektet må stå i forhold til sikringsmengdene”.

Selv om det kreves at entreprenøren har kapasitet til å utføre mengdene beskrevet i anbudsgrunnlaget representerer ikke det noen vesentlig kalkulasjonsforutsetning.

Det foreligger ikke sikre opplysninger, f eks i form av løpende bergmasseklassifisering etter et anerkjent system eller andre samtidige opptegnelser som belyser hvor dårlig berget i realiteten var, og nøyaktig hvorledes det utviklet seg etter hvert som man kom innover i tunneltraseen. Avgjørelsen må derved bli nokså skjønnsmessig.

Multiconsult v/sivilingeniør Bollingmo har 21 desember 2006 på oppdrag fra SVV laget en vurdering der antatte partier med h h v dårlig, bra og god bergmassekvalitet er tegnet inn, basert på fotos og håndskrevne notater fra SVV’s ingeniørgeolog Kirkeby. Lagmannsretten kan ikke se at denne vurderingen kan tillegges vekt.

Dårlig bergforhold var tema helt fra starten av tunneldrivingen i oktober 2004 og til på nyåret 2005. Slik lagmannsretten ser det er begge parter å bebreide for mangel på samtidig dokumentasjon for hvor vanskelig situasjonen i realiteten var, hvorledes de utviklet seg under drivingen og når man nådde slike bergforhold som Mesta kunne forvente.

Lagmannsretten er kommet til at Mesta har krav på kompensasjon for merutgifter som følge av dårlige bergforhold i første del av tunnelen, T 45 perioden, men der er dissens

m h t hvor stor kompensasjonen skal være.

Det ligger i dette at lagmannsretten ikke slutter seg til tingrettens gjennomsnittsbetraktninger m h t bergkvalitet slik det fremgår på s 32 i dommen.

I mangel av annet samtidig materiale egnet til å belyse driveforholdene i T 45 perioden, og hvilke tidsmessige konsekvenser dette fikk, må den skjønnsmessige vurderingen gjøres med basis i det beste man har, nemlig analyse av salveoversikten i tidsrommet fra første salven 29 oktober 2004 til 24 januar 2005, inntatt på s 365 i faktisk utdrag.

Lagmannsrettens flertall, Roald, Bahr, Holth og Simonsen finner at perioden Mesta ble påført merarbeid på grunn av dårlige bergforhold, T 45 perioden, og som ikke er dekket av det beskrevne kontraktsarbeidet og at perioden, kan settes til 11 uker. Kompensasjonen må fastsettes skjønnsmessig, og skal i hovedsak dekke Mestas kostnader til eie av egne maskiner for tunneldriving, mannskapskostnader, konsulentbistand samt rigg og drift i perioden. Flertallet setter beløpet til NOK 14 mill.

Lagmannsretten er enig med Mesta i at forsinkelsen i denne perioden også ledet til at Mesta, for å bli ferdig i tide, fikk betydelig grad av samtidighet (overlapping) mellom tunneldrift og komplettering. Det er på det rene at Mesta i utgangspunktet ønsket helt å unngå slik samtidighet, og fikk gjennomslag for sitt alternative tilbud om tre måneder forlenget byggetid mot en prisreduksjon på NOK10,7 mill. Mestas plan var da å fullføre tunneldrivingen i løpet av 50 uker. Forsinkelsen som følge av uforutsette bergforhold i T 45 perioden innebar at Mesta likevel måtte forestå tunneldriving og kompletteringsarbeider samtidig. Dette innebar uforutsett forsinkelse som Mesta har krav på kompensasjon for.

Flertallet er kommet til at forsinkelsen, som følge av overlappingen skjønnsmessig kan settes til åtte uker. Det er da hensyntatt at Mestas forutsetning om 50 uker drivetid etter lagmannsrettens syn ikke var realistisk, og at man basert på anbudsgrunnlaget og Mestas opprinnelige forutsetninger måtet forvente drivetid på minimum 54 uker, slik at man uansett ville fått om lag fire uker overlapping. Kompensasjonen for merkostnadene må også her anslås skjønnsmessig. Med utgangspunkt i Mestas alternative tilbud om NOK 10,7 mill i prisavslag for å unngå samtidig drift i tre måneder setter flertallet beløpet til NOK 7 mill.

Samlet kompensasjon for forsinkelser i T 45 perioden og samtidig drift som følge av det bli derved etter flertallets syn NOK 21 mill. Beløpet er som nevnt skjønnsmessig, og inkluderer også delvis rentetap, ref nedenfor

Mindretallet, Hope vurderer forsinkelsestapet som følge av bergforholdene slik:

Iflg Mesta var T 45 perioden fra fredag 8 oktober 2004, da injeksjonsboringen for tunnelene startet i påhugget, til lørdag 29 januar 2005. Forsinkelsen i prosjektet skyldtes iflg Mesta $\frac{3}{4}$ bergforhold og $\frac{1}{4}$ ugunstig injeksjonsmetode.

Første delsalve i tunnelpåhugget gikk iflg dokumentasjonen 27 oktober, mens en delsalve 29 oktober er betegnet som kick-off-salve.

Vestgående løp startet i profil 569 og østgående i profil 580. Nøyaktig salvelogg utover de første 65 m i hvert løp ser ikke ut til å være dokumentert, kun sum tunneldrift pr uke. Injeksjonsloggen viser at østgående løp var ved profil 683 ved utgangen av T 45 perioden, og det vestgående et sted mellom profil 634 og 649. Dette er imidlertid ikke av særlig betydning for vurderingen nedenfor.

I påhugget brukte Mesta i overkant av to uker på forinjeksjon for de to T-9,5 tunnellopene. Denne medgåtte tiden kan ikke betraktes som ekstraordinær for å etablere de første skjermene for de to tunneler hvor dagbergforvitring måtte påregnes. Det synes dermed mest aktuelt å vurdere hvilken forsinkelse bergforholdene medførte fra 27 eller 29 oktober og utover.

I vestgående løp er det ikke benyttet redusert salvelengde eller tung sikring i form av forbolting eller sprøytebetongbuer etter profil 610. I østgående løp er det ikke benyttet redusert salvelengde eller tung sikring i form av forbolting eller sprøytebetongbuer etter profil 620. Dette indikerer at bergsikringen ikke har vært ekstraordinært krevende etter disse profilnr. Medgåtte injeksjonsmengder i T 45 sonen etter profil 619 i vestgående løp og etter profil 612 i østgående løp skiller seg ikke vesentlig fra de medgåtte mengder i resten av tunnelen.

På denne bakgrunn må en skjønnsmessig vurdering av Mestas forsinkelse kunne begrenses til arbeidene i profil 569-619 i vestgående løp og i profil 580-620 i østgående løp. Vestgående løp var ferdig injisert ved profil 619 den 8 januar 2005. Østgående løp var ferdig sikret ved profil 620 senest 14 desember 2004, siden neste salve gikk 15 desember kl 0840.

Ettersom framdriften i de to løpene ikke fullt ut kan betraktes som innbyrdes uavhengige synes det rimelig å vurdere hvilken forsinkelse bergforholdene medførte i de ni arbeidsukene fra 29 oktober og helt frem til 8 januar, selv om det ikke synes å ha vært spesielle sikringsproblemer i østgående løp i de to arbeidsukene fra 14 desember til 8 januar.

Pr. 8 januar (uke 1/05) var det drevet 111 m tunnel + tverrstag (pumpesynk kom senere). Iflg Mesta var planen å drive 34 m/uke de første fem ukene og deretter 68 m/uke. For de ni aktuelle ukene ville det gitt $(34 \times 5 + 68 \times 4) \times 2 = 884$ m

Forsinkelsen pr. uke 1/05 er dermed $884-111=773$ m. Basert på Mestas plan om 68 m/uke tilsvarer dette:

$773:68 \times 1,5 = 17,6$ ukers forsinkelse. Det er her antatt 68x1,5 m/uke fordi tunneldrift kunne skje fra to stuffer. Det bør fratrekkes 1 uke for det store tverrslaget som ble etablert i perioden, slik at forsinkelsen blir 10,4 uker.

$\frac{3}{4}$ av forsinkelsen skyldes iflg Mesta bergforholdene. Siden retten er kommet til at kravet om kompensasjon for valgt injeksjonsmetode ikke kan etterkommes blir forsinkelsen det skal kompenseres for $\frac{3}{4} \times 10,4 = 7,8$ uker.

Inndrift etter T 45 sonen var 60 m/uke og innebar altså ingen forsering ift planlagt 68 m/uke. Dersom det da legges til grunn at forsinkelsen på 7,8 uker medførte tilsvarende ekstra overlapp med kompletteringsarbeidene mot slutten av anleggsperioden, er det naturlig å beregne kompensasjonen på grunnlag av det avslaget Mesta ga for å redusere overlappingstiden med 13 uker (3 måneder).

Alle bergsikringsarbeider i T 45 sonen er det kompensert for ved enhetsprisene, som iflg kontrakten også dekket medgått tid til disse prosesser. Det anses likevel rimelig å kompensere ekstra for den oppståtte forsinkelse pga ekstraordinære bergforhold med det samme beløp som i overlappingsperioden.

Kompensasjonen til Mesta på grunn av ekstraordinære bergforhold blir da, slik mindretallet ser det, NOK 10,7 mill $\times (7,8/13) \times 2 =$ NOK 8,12 mill.

Mesta har som alternativt påstandsgrunnlag anført prosjekteringsfeil SVV er ansvarlig for ved at anbudsgrunnlaget opererer med høyere mengder enn byggherrens fastsatte byggetid tillater. På dette punkt er lagmannsretten kommet til samme resultat som tingretten, og tiltrer i hovedsak også tingrettens begrunnelse slik den fremkommer under hovedavsnitt "Prosjekteringsfeil" på s 37 og 38 i dommen. I denne sammenheng bemerkes at Mesta som grunnlag for sitt anbud antok at tunnelen kunne drives på bare 50 uker, mens anbudsgrunnlaget gir 77 kalenderuker fra avslutning av delfrist B (tilbakeføring av jernbanen) til avslutning av delfrist D, ferdig sprengt tunnel, med vann og frostsikring. Som påpekt av tingretten er dette forhold Mesta har risikoen for.

Tidsekvivalensoversikten Mesta har vist til er uten betydning i den sammenheng det her er tale om. Denne oversikten nyttes ved vurdering av ordinære byggefrister når visse fremdriftshemmende arbeider overstiger det omfang kontrakten tar høyde for, noe som ikke er aktuelt i dette tilfellet.

Mesta inkludere i sitt krav NOK 15,919 mill som ”tap påført Hæhre”. Tapet pretenderes ikke å være Mestas eget og er heller ikke dokumentert nærmere. Denne delen av kravet kan da uansett ikke tas til følge.

Lagmannsretten kan heller ikke se det er grunnlag for den del av Mestas krav som gjelder kompensasjon for forseringskostnader. Som nevnt ovenfor vurderes Mestas forutsetning om å drive tunnelen på 50 uker ikke realistisk. Mesta har risikoen for forutsetningen, men har ikke lagt frem noe materiale som grunnlag for vurderingene her. Lagmannsretten antar derfor at forseringskostnadene i hovedsak må henføres til dette.

Overensstemmende med flertallets syn settes den totale kompensasjonen til Mesta til NOK 21 mill.

Staten har ikke bestridt rentekravet fra 30 juni 2005 for de første NOK 16 227 746, som legges til grunn. For øvrig er renter frem til forfallstidspunkt, to uker fra forkynnelse av dommen, hensyntatt i den samlede kompensasjon på NOK 21 mill, ref ovenfor.

Twisteloven §20-2 første og annet ledd fastslår at en part skal tilkjennes saksomkostninger parten har fått medhold ”fullt ut eller i det vesentlige.” Mestas påstand er at Mesta skal tilkjennes et beløp fastsatt etter rettens skjønn, begrenset oppad til NOK 54 mill. I realiteten er det skjønnsmessig angitte krav fordelt på fire ulike elementer, hvorav Mesta har fått medhold bare i to. Saken er derved ikke vunnet ”fullt ut” eller i det vesentlige”, ref Schei mfl ”Twisteloven kommentarutgave” s 894.

Vedr omkostningsspørsmålet for tingretten vises til tvisteloven § 20-9 annet ledd.

Saksomkostninger tilkjennes derfor ikke for noen instans.

Utgifter til sakkyndige meddommere, herunder deres godtgjørelser, fastsettes i egen beslutning senere, jf domstolloven § 105 a. Sakkyndige meddommere er begjært av begge parter, slik at utgiftene deles med en halvpart på hver, jf rettsgebyrloven § 2 annet ledd.

Dommen er avsagt med de dissenser det er redegjort for.

Dommen er ikke avsagt innen fire ukers fristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd. Årsaken er juleferie samt at det var problemer med å finne tidspunkt for avsluttende domskonferanse, med gjennomgang av domsutkastet, som passet alle dommerne.

D o m s s l u t n i n g:

1 Staten v/Samferdselsdepartementet betaler innen 2 -to- uker fra dommens forkynnelse 21 000 000 -enogtyvemillioner- kroner til Mesta Entreprenør AS. I tillegg kommer den til enhver tid gjeldende rente fastsatt i h h t forsinkelsesrenteloven § 3 fra 30 juni 2005 av 16 277 746 -sekstenmillionertohundreogstøttisyvtusensyvhundreogførtiseks- kroner til betaling finner sted og for resten fra to uker etter dommens forkynnelse til betaling finner sted.

2 Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.