



AGDER LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 16.03.2017

Saksnr.: 16-037897ASD-ALAG

Dommere:

Lagdommer

Lagdommer

Ekstraordinær lagdommer

Paal Christian Aartun

Guro Vale Kvavik

Ivar Danielsen

Ankende part

Repstad Anlegg AS

Advokat Are Hunskaar

Ankemotpart

Arendal kommune

Advokat

Kristoffer Peder Wibe Koch

Saken gjelder krav om avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt. 28 fjerde ledd jf. tredje ledd som følge av at entreprenørens vederlag er redusert med mer enn 15 % i forhold til kontraktsummen på grunn av endringsarbeider. De sentrale underliggende spørsmål i saken er om avviket mellom anslåtte mengder med enhetspriser i kontrakten og de faktiske utførte mengder i vesentlig grad overstiger det som entreprenøren burde tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen og derved utgjør en endring etter NS 8406 punkt 19 fjerde ledd, og om denne kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd.

Sakens bakgrunn er av Høyesterett i Rt 2014 side 250, ved behandlingen av spørsmålet om en reduksjon i vederlaget på mer enn 15 % i seg selv ga grunnlag for avbestillingserstatning, også når reduksjonen skyldes avvik i regulerbare mengder i forhold til det anslåtte i kontrakten, oppsummert slik:

"(2) Arendal kommune og Repstad Anlegg AS inngikk 7. oktober 2009 avtale om sanering av nærmere bestemte eldre vann- og avløpsledninger, herunder omkobling/retilkobling av eksisterende abonnenter og etablering av noe nytt anlegg. Arbeidene besto blant annet av om lag 900 meter vann- og avløpsgrøfter, 300 meter kabelgrøfter og gjenoppbygging av veier. Kontrakten var basert på NS 8406:2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt og kom i stand etter en åpen anbudskonkurranse. Kommunen var byggherre og Repstad Anlegg AS var utførende entreprenør. Kunnskapen om tilstanden til de eksisterende rørene og om grunnforholdene var på kontraktsstadiet begrenset.

(3) Kontraktssummen var avtalt til 6 985 609 kroner eksklusiv merverdiavgift. Den besto i hovedsak av en rekke poster med regulerbare mengder, som skulle gjøres opp etter avtalte enhetspriser. Også et anslått beløp for regningsarbeider inngikk i kontraktssummen. Det var avtalt at entreprenøren ikke skulle foreta mengdekontroll i henhold til standardens punkt 23.2.

(4) Det gikk med mindre mengder enn det som var anslått i anbudsgrunnlaget. Årsaken var blant annet at grunnforholdene og tilstanden på det eksisterende anlegget var annerledes enn forventet, og at det derfor ble behov for mindre masseutskiftning, sprengning mv. enn antatt. Avviket fordelte seg over en rekke ulike poster.

(5) Entreprenørens samlede vederlag ble redusert med 22,3 prosent i forhold til kontraktssummen. En mindre del av reduksjonen skyldtes endringer etter NS 8406 punkt 19. Hovedårsaken til vederlagsreduksjonen var at de regulerbare mengdene ble lavere enn anslått. Partene er for Høyesterett enige om at det økonomiske tapet i form av tapt fortjeneste utgjør 193 200 kroner.

(6) Repstad Anlegg AS fremmet 28. mai 2010 krav om avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 som følge av at det samlede vederlaget ble redusert med mer enn 15 prosent i forhold til kontraktssummen. Kravet ble avslått av Arendal kommune 15. juni 2010, og Repstad Anlegg AS tok deretter ut stevning.

(7) Aust-Agder tingrett avsa 8. juni 2012 dom [TAUAG-2011-192074] med slik domsslutning:

«1. Arendal kommune frifinnes.

2. Repstad Anlegg AS dømmes til innen 2 - to - uker etter forkynnelse av denne dommen å betale 95 375 - nittifemtusentrehundreogsyttifem - kroner i sakskostnader.»

(8) Tingretten kom til at Repstad Anlegg AS ikke var påført økonomisk tap, og den tok dermed ikke stilling til forståelsen av NS 8406 punkt 28.

(9) Repstad Anlegg AS påanket tingrettens dom. Agder lagmannsrett avsa 25. oktober 2013 [LA-2012-131947] dom med slik domsslutning:

«1. Arendal kommune dømmes til å betale Repstad Anlegg AS kroner 193.200 - etthundreognittitretusentohundre -, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. juni 2010 til betaling skjer.

2. Arendal kommune dømmes til å betale Repstad Anlegg AS kroner 256.401 - tohundreogfemtisekstusenfirehundreogen - i sakskostnader for lagmannsretten, og kroner 176.836 - etthundreogsyttisekstusenåttehundreogtrettiseks - i sakskostnader for tingretten.

3. Oppfyllelsesfristen for pengebetalingene er 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.»

(10) Lagmannsretten la til grunn at rett til erstatning etter NS 8406 punkt 28 inntreffer når entreprenørens faktiske vederlag blir mer enn 15 prosent lavere enn kontraktssummen, også når årsaken er en reduksjon i regulerbare mengder i forhold til det stipulerte.

(11) Arendal kommune har påanket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen. Høyesteretts ankeutvalg traff 4. februar 2014 slik beslutning: «Anken tillates fremmet for så vidt gjelder den generelle rettslige forståelsen av NS 8406 punkt 28. For øvrig tillates ikke anken fremmet.»

Høyesterett avsa 20. mai 2014 dom med slik slutning:

"1. Lagmannsrettens dom oppheves

2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke."

Høyesterett la til grunn at en reduksjon i vederlaget som følge av avvik i regulerbare mengder ikke kunne tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd.

Høyesterett tok ikke stilling til om løsningen ville bli en annen ved mengdeavvik som er så store at de samlet sett utgjør en endring etter punkt 19.1, jf. avsnitt 38 i dommen.

Etter dette har Repstad Anlegg AS gjort gjeldende som ny anførsel at det samlede mengdeavviket utgjorde en "endring" i henhold til NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, fordi avviket "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten."

Etter fortsatt behandling av saken avsa Agder lagmannsrett dom 05.05.15 med slik domsslutning:

- "1. Anken forkastes.
2. Repstad Anlegg A/S betaler innen 2 –to- uker saksomkostninger for lagmannsretten i sak 14-101298ASD-ALAG til Arendal kommune med 271 624 – tohundreogsyttientusensekshundreogtjuefire- kroner.
3. Saksomkostninger for tingretten og for lagmannsrettens sak 12-131947ASD-ALAG tilkjennes ikke."

Lagmannsretten la til grunn at det ikke var prosessuell adgang til å gjøre den nye anførselen gjeldende ved den fortsatte behandlingen av saken.

Etter ny anke fra Repstad Anlegg AS avsa Høyesterett dom 17.02.16 med slik domsslutning:

- "1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Arendal kommune til Repstad Anlegg AS 220 640 – tohundreogtyvetusensekshundereogførti – kroner innen 2 –to – uker fra forkynnelsen av denne dom. "

Høyesterett la til grunn at lagmannsretten feilaktig hadde avvist det nye påstandsgrunnlaget. Det ble bl.a. vist til at det følger av tvisteloven § 29-24, jf. § 29-18 første ledd og § 9-16 at det er adgang til å fremsette nye påstandsgrunnlag helt fram til avsluttet saksforberedelse ved den fortsatte behandlingen av saken etter opphevelse.

Ny ankeforhandling til fortsatt realitetsbehandling av saken ble deretter holdt i Agder lagmannsrett i Arendal 02.03.17 og 03.03.17. Partene møtte ved sine prosessfullmektiger. For Repstad Anlegg AS møtte daglig leder Mona Mortensen som partsrepresentant, og for Arendal kommune møtte juridisk rådgiver Ingun Kilen Thomassen som partsrepresentant. Det ble hørt fire vitner og foretatt dokumentasjon som framgår av rettsboken.

Repstad Anlegg AS har lagt ned slik påstand:

- "1. Arendal kommune dømmes til å betale til Repstad Anlegg AS kr 193 200 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
2. Repstad Anlegg AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsrettens behandlinger av saken."

Repstad Anlegg AS har i hovedsak gjort gjeldende:

Det anføres at Repstad Anlegg har krav på avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 fjerde ledd, jf. tredje ledd som følge av at vederlaget ble redusert med mer 15 % i forhold til kontraktsummen. Reduksjonen var på 22,3 % og skyldes i all hovedsak at regulerbare mengder med enhetspriser viste seg å bli vesentlig mindre enn stipulert i kontrakten.

Høyesterett har i Rt-2014-520 lagt til grunn at bare det som kan anses som reelle endringer i kontraktsforholdet etter NS 8406 punkt 19.1 tas med i regnestykket etter punkt 28 tredje ledd. Dette må da også gjelde avvik i regulerbare mengder som uttrykkelig regnes som endringer etter punkt 19.1. fjerde ledd.

Høyesterett tok ikke stilling til spørsmålet i Rt-2014-520, men dette må legges til grunn, særlig som følge av systembetraktninger. Slik også Hagstrøm og Bruserød: "Entrepriserett" (2014) side 305 i tilknytning til Høyesteretts dom. NS 8406 punkt 28 tredje ledd retter seg mot en reduksjon i vederlaget etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider, og også en reduksjon i vederlaget for regulerbare mengder bør da tas i betraktning når avviket først regnes som en endring etter punkt 19.1 fjerde ledd.

Endringsbestemmelsen i punkt 19.1 fjerde ledd får en nokså begrenset betydning dersom det kun kan kreves vederlagsjustering. Vederlagsjustering gjelder for arbeidet som entreprenøren faktisk har utført, mens avbestillingserstatning etter punkt 28 er kompensasjon for arbeid etter kontrakten som entreprenøren gikk glipp av. Bakgrunnen for 15 % regelen i punkt 28 må anses som et generelt uttrykk for en begrensning av entreprenørens risiko, hvilket tilsier at også mengdeavvik som entreprenøren ikke burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten, tas med i regnestykket.

Det kan ikke legges til grunn at ordlyden i punkt 19.1 fjerde ledd "i forhold til disse bestemmelser" legger begrensninger, idet Høyesterett uttrykkelig i Rt-2014-520 avsnitt 39 ikke tok hensyn til denne formulering da den ikke er inntatt i tilsvarende bestemmelse i bl.a. NS 8405 punkt 22.1 fjerde ledd, og standardene ikke kan forstås forskjellig på dette punkt.

Det anføres videre at reduksjonen i vederlaget på 22, 3 % må anses som en endring iht. NS 19.1 fjerde ledd, idet et slikt avvik i vesentlig grad overstiger det Repstad Anlegg AS burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.

Det kan anlegges to ulike tilnærminger til grunnlaget for vesentlighetsvurderingen. Enten kan avviket vurderes samlet eller hver enkelt post vurderes særskilt. I denne saken overstiges 15 %-grensen i punkt 28 tredje ledd uavhengig om vurderingsgrunnlaget er postene enkeltvis eller den samlede reduksjonen. Årsaken er uansett de uriktige mengdeangivelsene i anbudsgrunnlaget.

Det gjøres likevel gjeldende at i relasjon til avbestillingserstatning vil en samlet vurdering være mest nærliggende, i motsetning til vederlagsjustering på konkrete poster. Hensynet bak avbestillingsinstituttet er at "mange bekker små kan bli en stor å" og overstige det som bør være entreprenørens risiko. Dette synes å bli lagt til grunn i kommentarutgaven Arvesen m.fl.: "NS 8406" (2014) s. 222, hvor det bl.a. nevnes at kontraktstypen vil kunne

ha betydning for hvor store avvik entreprenøren må finne seg i. Det framgår videre:

"Gjelder for eksempel hele kontrakten uttak av masse skal det rolig mindre avvik til for at dette skal anses "vesentlig" enn hva som vil gjelde for en større byggekontrakt, der utgravning kun utgjør en mindre del. Altså kan det være avgjørende hvor stor del av kontrakten mengdeangivelsene utgjør."

Det gjelder også generelt innen rettslivet at vesentlighetsvurderinger må foretas etter en samlet vurdering. Rettstekniske hensyn tilsier det samme. Det vil være en svært komplisert øvelse å gjennomgå hver enkelt post i kontrakten; større kontrakter vil kunne inneholde hundrevis av poster.

Etter ordlyden i NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd er temaet ved vesentlighetsvurderingen hva entreprenøren burde ha tatt i betraktning. Høyesterett har lagt opp til at entreprenøren innen "visse grenser" må ta høyde for avvik ved enhetspriser, jf. Rt-2014-520 avsnitt 40. Det anføres i den forbindelse at 15 % i hvert fall er en øvre grense for hvilke avvik entreprenøren bør "ta i betraktning". Det er flere bestemmelser i NS 8406 som opererer med denne grensen. Punkt 28 tredje ledd setter grensen ved 15 %, og etter punkt 19.1 tredje ledd er også grensen 15 % for hvilke tilleggsarbeider entreprenøren kan pålegges. Tore Sandvik: "Kommentar til NS 3401" (1977) på side 129, underbygger også at overskridelsen av en slik grense vil være nok.

Utgangspunktet er at entreprenøren må kunne ha en forventning om at byggherrens beregning er omtrent riktig. Den konkrete kontrakten taler her videre for at det skal mindre avvik til for at det anses som vesentlig. Det alt vesentlige av kontraktsarbeidet skal avregnes etter regulerbare mengder og gjelder likeartet arbeid.

Det følger videre av funksjonsdelingen mellom byggherre og entreprenør at byggherren må ha risikoen for uriktige/feilslåtte opplysninger i forbindelse med prosjekteringen, jf. NS 3450 punkt 1, jf. punkt 4.1, lov om offentlig anskaffelser § 4 og NS 8400 punkt 4.1.1 samt Rt-2007-1489 avsnitt 62. Mengdeangivelsene i anbudsgrunnlaget i nærværende sak er stipulert av Arendal kommune etter bl.a. inspeksjon av vann – og avløpsrørene med TV-kamera. Repstad Anlegg AS hadde ingen praktisk mulighet eller foranledning til å overprøve kommunens vurderinger.

Videre er konkurransegrunnlaget i denne saken svært detaljert, og det er ikke tatt forbehold som tilsier usikkerhet ved mengdeangivelsene utover det vanlige. En reduksjon på hele 22,3 % burde Repstad Anlegg AS således ikke ha tatt i betraktning da de innga tilbud. Kommunens framlagte oversikt over forskjellige anleggsarbeider viser at en slik reduksjon må anses helt uvanlig.

Det anføres videre at samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at byggherren ikke risikofritt kan fastsette en kunstig høy anbudssum som medfører ineffektiv bruk av ressurser og fortjenestetap for entreprenøren. Selv om entreprenøren ved enhetspriser må forutsette

avvik "innen visse grenser", må han også kunne ha en berettiget forventning om at anslaget av mengdene er omtrentlig korrekt slik at han kan innrette seg etter dette med hensyn til opplegg, arbeidsstokk og ressurser. En reduksjon på 22,3 % overstiger i vesentlig grad hva Repstad Anlegg AS burde ha tatt i betraktning på avtaletidspunktet, jf. NS 8406 punkt 19.1. fjerde ledd og skal følgelig tas i betraktning ved beregningen etter punkt 28 tredje ledd.

Det gjøres gjeldende at når avviket først oppfyller kravet til vesentlighet i NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, skal hele avviket tas i betraktning ved beregningen etter punkt 28 tredje ledd. Dette følger av en naturlig fortolkning av punkt 19.1 fjerde ledd hvor det framgår at avviket i forhold til kontraktens mengdeangivelse vil kunne utgjøre en endring dersom vesentlighetskravet er oppfylt. Rettstekniske hensyn taler videre sterkt for denne løsning.

Det er ikke varslet for sent slik kommunen har anført. Det gjelder ingen varslingsregler for avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28. NS 8406 punkt 19.1 syvende ledd og punkt 19.4 annet ledd gjelder etter sin ordlyd vederlagsjustering eller tidsfrist. Dette har Repstad Anlegg AS ikke krevd. Kravet gjelder erstatning etter delvis avbestilling. Punkt 19.3 annet ledd gjelder der entreprenøren mottar pålegg om ytelse. Dette er heller ikke situasjonen her.

Videre anføres at kravet uansett er varslet i tide, jf. endringsvarsel av 28.05.10. Først ved ferdigstillingen hadde Repstad Anlegg AS tilstrekkelig grunnlag til å sende varselet. Fristen for å varsle er sluttoppgjør, to måneder fra overtakelse, jf. NS 8406 punkt 25.1 første ledd. Under enhver omstendighet har ikke manglende varsel preklusjonsvirkning Det er ikke grunnlag for passivitetsvirkninger etter alminnelig obligasjonsrett, jf. NS 8406 punkt 3.

Det gjøres etter dette gjeldende at Repstad Anlegg AS har krav på avbestillingserstatning etter NS punkt 28 fjerde ledd. Det kreves erstattet et lidt fortjenestetap på kr 193 200. Beløpet er 12 % av differanse mellom kontraktssum og utbetalt sluttvederlag. Det har tidligere vært enighet om at beløpet utgjør fortjenestetapet som er i samsvar med avtalt påslagsprosent. Det ble ikke anket over tapets størrelse da kommunen anket til Høyesterett første gang, og det var enighet om beløpet ved Høyesteretts behandling.

Det foreligger et tap i form av tapt fortjeneste for Repstad Anlegg AS når selskapet ikke fikk utført de foreskrevne mengder. Fortjenestemarginen er relativt sett høyere på de siste enhetene som produseres. Tapsbegrensningsplikten er overholdt. Plikten omfatter det som med rimelighet kan kreves, jf. Hagstrøm: "Obligasjonsrett" (2011) side 581. Ved prising av regulerbare poster, dreier det seg om små reduksjoner på mange poster til ulike tidspunkter. Reduksjonene viste seg gradvis etter som de faktiske forholdene ble avdekket og mengdene oppmålt. Repstad Anlegg AS hadde ikke kapasitetsproblemer og ville uansett kunne tatt på seg andre oppdrag.

Arendal kommune har lagt ned slik påstand:

- " 1. Anken forkastes.
2. Repstad Anlegg AS dømmes til å betale sakskostnader til Arendal kommune for lagmannsretten i i sak12-131947ASD-ALAG og sak 14-101298ASD-ALAG.
3. Repstad Anlegg AS dømmes til å betale sakkostander til Arendal kommune i sak 16037897ASD-ALAG. "

Arendal kommune har i hovedsak gjort gjeldende:

Det er ikke grunnlag for erstatning for delvis avbestilling etter NS 8604 fjerde ledd, jf. tredje ledd.

Prinsipalt anføres at vesentlige mengdeavvik som regnes som endring etter NS 8604 punkt 19.1 fjerde ledd, ikke skal tas med i vurderingen av om det foreligger delvis avbestilling etter NS 8406 punkt 28 tredje ledd som kan gi grunnlag for erstatning. Utgangspunktet er at avvik i regulerbare poster ikke kan anses som endringer, jf. post 19.1 fjerde ledd.

Unntaket er "når avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av avtalen". Den rettslige konsekvens av at vesentlighetskriteriet er oppfylt, er at endringsreglene, herunder reglene om vederlagsjustering, kan komme til anvendelse, men ikke avbestillingsregelen i NS 8406 punkt 28 tredje ledd.

Det er for det første språklig sett ikke naturlig å anse en reduksjon i regulerbare mengder som en avbestilling. Dette har Høyesterett tatt som et utgangspunkt i Rt-2014-520 avsnitt 29. Det er i dommen også vist til at større eller mindre avvik er normalsituasjonen i slike kontrakter med enhetspriser, og at dette tilsier at en reduksjon ikke bør ses under synsvinkelen avbestilling, jf. avsnitt 35.

Det anføres videre at ordlyden i punkt 19.1 fjerde ledd "i forhold til disse bestemmelser" klart trekker i retning av at det er endringsreglene som for tilfelle kommer til anvendelse.

Det foreligger rent faktisk heller ingen avbestilling. Hele arbeidet med sanering av en 900 meter grøft ble gjennomført. Videre omfattet kontrakten, jf. post 55, regningsarbeider som skal rekvireres. Det kan ikke anses som avbestilling når arbeidene ikke er bestilt/rekvirert. Videre vises til postene 54.8, 54.9, 54.10 og 54.11 om kompletterende arbeider, hvor det er tatt uttrykkelig forbehold om anvendelsen. De kan da heller ikke anses avbestilt.

Subsidiært gjøres gjeldende at det ikke foreligger vesentlige avvik i forhold til det Repstad Anlegg AS burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten. Det er Arendal kommunes oppfatning at denne vesentlighetsvurderingen må foretas individuelt for den enkelte post i kontrakten. Dette er en naturlig fortolkning av ordlyden i punkt 19.1 fjerde ledd som uttrykkelig bruker formuleringen "poster".

At det ikke anvendes en prosentangivelse, kan også tale mot en samlet vurdering. Det samme gjør systembetraktninger, idet vurderingsgrunnlaget bør være likt uavhengig av om det kreves vederlagsjustering eller erstatning som følge av avbestilling. For vederlagsjustering vil det nødvendigvis være den enkelte enhetspris som justeres.

Videre taler det mot en samlet vurdering at det da også tas med uvesentlige avvik som ikke er byggherrens ansvar. Avvik i forhold til mengdeangivelsene i kontrakten er normalsituasjonen ved enhetspriser.

Det vises også til at vitnene fra Repstad Anlegg AS selv har anslått at avvik på 8-10 % må kunne tåles.

Videre gjøres gjeldende at det uansett kun vil være den del av avviket som er vesentlig, som kan telle med ved vurderingen om det foreligger en reell endring eller avbestilling. Uvesentlige avvik er normalsituasjonen i motsetning til i alminnelig obligasjonsrett. Også Høyesterett synes i Rt-2014-520 avsnitt 38 å ha lagt til grunn at det bare er den delen av avviket om regnes som vesentlig, som eventuelt kan tas i betraktning, idet det er uttalt at det er *"lite naturlig at ethvert mengdeavvik skal telle med ved vurderingen av om det er grunnlag for avbestillingserstatning etter punkt 28."* Også Kolrud mfl.: "NS 8405 Kommentartutgave" på side 225 synes å legge til grunn at det er bare den delen som overstiger vesentlighetskravet som kan tas med. Som nevnt foran, har Repstad Anlegg AS selv anslått at avvik på 8-10 % må aksepteres.

I dette tilfellet overstiger under enhver omstendighet ikke avviket i vesentlig grad det Repstad Anlegg AS burde tatt i betraktning. Vurderingen må ta utgangspunkt i partenes forutsetninger på kontraktstidspunktet. Som den framlagte oppstillingen over forskjellige anleggsarbeider for Arendal kommune viser, er avvik i forhold til kontraktssummen normalsituasjonen ved denne type kontrakter som er basert på enhetspriser og regulerbare mengder. Hva som i vesentlig grad anses å overskride det entreprenøren burde tatt i betraktning, må vurderes helt konkret i forhold til hva en aktsom entreprenør ville tatt i betraktning.

Det vises i den forbindelse til at etter kontraktsmekanismen bygger anslagene i mengde på antagelser som etter sin art er regulerbare, og vederlaget fastsettes etter regulering. Repstad Anlegg AS var etter anbudsgrunnlaget oppfordret til å vurdere de eksisterende forholdene nøye og foreta befarings. Videre ble det opplyst at det ikke var foretatt systematiske boringer og at de oppgitte grunnforhold med beregning av massefordeling var angitt etter en visuell bedømming. Repstad Anlegg AS var vel kjent med usikkerhetsmomentene og innforstått med at det kunne bli avvik.

Det anføres også at en stor del av det samlede avviket skyldes at det ble mindre regningsarbeider og mindre kompletterende arbeider enn antatt. Regningsarbeidene skulle

etter kontrakten rekvireres, og det var tatt uttrykkelige forbehold om kompletterende arbeid. Avvikene på disse postene kan således av den grunn ikke anses i vesentlig grad å overstige det Repstad Anlegg AS burde tatt i betraktning.

Både dersom det legges til grunn at bare avvik som overstiger det Repstad Anlegg AS selv har anslått må aksepteres (10 %), kan anses vesentlig og kan det tas med i vurderingen etter punkt 28 for det overskytende, og dersom avvikene på postene som gjelder regningsarbeider og kompletterende arbeider ikke kan regnes som endringer, vil avvikene ikke kunne overstige 15 %-grensen i NS 8406 punkt 28 tredje ledd og gi grunnlag for avbestillingserstatning.

Det gjøres også gjeldende at Repstad Anlegg AS ikke har varslet i henhold til varslingsregelen i NS 8406 punkt 19.1 syvende ledd. "Rimelig tid" er her 1-2 uker, jf. Arvesen m.fl.: "NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer" side 225. I og med at det kun er avvik som regnes som endringer som det er aktuelt å ta i betraktning, kommer også varslingsreglene ved endring til anvendelse. Det ble foretatt månedlige avregninger, og Repstad Anlegg AS hadde nødvendige kunnskaper ved årsskiftet 2009-2010. Varslingsreglene suppleres med alminnelige passivitetsregler, jf. NS 8406 punkt 3.

Det bestrides avslutningsvis at Repstad Anlegg har dokumentert et økonomisk tap. Det er uklart om selskapet har oppfylt tapsbegrensningsplikten og herunder bl.a. kunne ta andre oppdrag.

Lagmannsrettens vurdering:

Saken gjelder krav om avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 fjerde ledd, jf. tredje ledd som følge av at vederlaget etter utførte arbeider ble ca. 22, 3 % mindre enn kontraktssummen. Reduksjonen skyldes for en stor del at utførte mengder med enhetspriser, ble mindre enn det som var stipulert i kontrakten.

NS 8406 punkt 28 lyder slik:

"Byggherren har rett til å avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet.

Avbestilling skal foretas skriftlig i så god tid som mulig.

Dersom entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider reduseres med mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling.

Ved avbestilling har entreprenøren krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen.

Inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører."

Høyesterett har tidligere behandlet spørsmålet om reduksjonen i vederlaget, som følge av at de regulerbare mengdene ble mindre enn stipulert i kontrakten, uten videre kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28. Høyesterett avgjorde imidlertid i Rt-2014-520 at det kun er en reduksjon som følge av det som kan anses som reelle endringer iht. NS 8406 punkt 19 som kan tas med i regnestykket, jf. avsnitt 35.

NS 8406 punkt 19.1 lyder slik

"Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.

En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen.

Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelsene med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten.

Dersom entreprenøren har krav på fristforlengelse, kan en endring også gå ut på at de dagmulktbelagte tidsfrister helt eller delvis skal fastholdes i den utstrekning dette kan skje innenfor rammen av en forsvarlig fremdrift og er praktisk mulig uten urimelige oppofrelser for entreprenøren.

Partene har krav på justering av vederlaget og tidsfrister som endringen medfører i henhold til 22.1 til 22.5.

Entreprenøren skal innenfor rimelig tid varsle byggherren om sitt krav på justering av vederlaget og tidsfrister som følge av endringen."

Partene har krav på justering av vederlaget og tidsfrister som endringen medfører i henhold til 22.1 til 22.5.

Entreprenøren skal innenfor rimelig tid varsle byggherren om sitt krav på justering av vederlaget og tidsfrister som følge av endringen."

Det framgår således av punkt 19.1 fjerde ledd at mengdeavvik under regulerbare poster som hovedregel ikke anses som endringer. Unntaket er når avviket er så stort at det i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde forvente.

Repstad Anlegg AS har nå krevd avbestillingserstatning, basert på at reduksjonen i vederlaget på 22, 3 % skyldes at faktiske avvik i regulerbare mengder i forhold til det stipulerte i kontrakten, i vesentlig grad overstiger det selskapet burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten og derfor må anses som en endring etter punkt 19.1 fjerde ledd. Dette anføres å være en reell endring som skal tas med i regnestykket etter punkt 28 tredje ledd. Arendal kommune har prinsipalt gjort gjeldende at avvik i regulerbare mengder uansett ikke kan regnes som avbestilling som kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd, og at det kun er endringsreglene som vederlagsjustering mv, som vil stå til rådighet i tilfelle hvor avviket kan regnes som en endring etter punkt 19.1 fjerde ledd.

Spørsmålet om slike vesentlige mengdeavvik på regulerbare poster kan tas i betraktning ved vurdering etter NS punkt 28 tredje ledd er uavklart, idet Høyesterett uttalte i Rt-2014-520 avsnitt 38 uttrykkelig at Høyesterett i den saken ikke tok stilling til om et slikt vesentlig mengdeavvik kan inngå i vurderingen etter punkt 28.

Lagmannsretten finner imidlertid at dette spørsmålet heller ikke kommer på spissen i nærværende sak, og at det derfor ikke er nødvendig direkte å ta stilling til det for å avgjøre saken. Lagmannsretten er således for sin del etter en konkret vurdering kommet til, jf. nedenfor, at det i denne saken under enhver omstendighet ikke foreligger så store mengdeavvik i regulerbare poster, som kan regnes som endringer iht. punkt 19.1 fjerde ledd, at endringene i kontraktsforholdet samlet sett medfører at reduksjonen i vederlaget blir på mer enn 15 % i forhold til kontraktssummen. Det er da uansett ikke grunnlag for avbestillingserstatning etter NS punkt 28 fjerde ledd, jf. tredje ledd.

Når det gjelder vurderingen av om det foreligger så store mengdeavvik på regulerbare poster at de i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten, er det lagmannsrettens oppfatning at dette er en vurdering som i utgangspunktet må foretas i forhold til de enkelte poster i kontrakten og ikke som en samlet vurdering. For det første trekker ordlyden i punkt 19.1 fjerde ledd, jf. formuleringen "poster" klart i denne retning. Det er den enkelte post entreprenøren har kalkulert. Videre taler systembetraktninger for en slik løsning, idet vurderingstemaet da blir det samme uavhengig om det kreves vederlagsjustering eller erstatning som følge av avbestilling. For vederlagsjustering er det nødvendigvis den enkelte enhetspris som skal justeres. Dessuten skal det foretas en samlet vurdering etter punkt 28 tredje ledd hvor det nettopp er summen av endringer som inngår i regnestykket. Det er neppe naturlig at denne summeringen skal gjøres to ganger. Et annet viktig hensyn er at ved en samlet vurdering vil også poster hvor avviket ikke er vesentlig, inngå i vurderingen og telle med. Dette er imidlertid avvik som

er entreprenørens risiko og ikke kan anses som endringer etter punkt 19.1 fjerde ledd. Selv om lagmannsretten ser at retts tekniske hensyn kan tale for en samlet vurdering, oppveier det ikke de øvrige hensyn.

Et annet omtvistet spørsmål i saken er om det kun er den delen av avviket som overstiger vesentlighetsterskelen som kan regnes som en endring og eventuelt tas med ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd, eller om det er hele avviket når det først er så stort at det må anses som vesentlig og regnes som en endring iht. punkt 19.1 fjerde ledd. Lagmannsretten finner at når vesentlighetsvurderingen skal foretas for den enkelte post, jf. foran, vil det være mest naturlig at hele avviket inngår i beregningen. Det følger av bestemmelsen at mengdeavvik i regulerbare poster kan utgjøre en endring når avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning. En naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd taler for at det er hele avviket som utgjør en endring når avviket først må anses som vesentlig. Retts tekniske hensyn taler også sterk for denne løsning. Det vil regelmessig bli en særdeles krevende oppgave å beregne endringenes omfang hvis det bare del som overstiger vesentlighetsterskelen skal regnes med.

Lagmannsretten legger videre til grunn at vesentlighetsvurderingen for avviket på de enkelte poster må vurderes helt konkret, jf. formuleringen "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning." Det er ikke grunnlag for å operere med en fast grense (15 %) som Repstad Anlegg AS har tatt til orde for. Partenes forutsetninger ved kontraktsinngåelsens vil være av sentral betydning. Likeledes oppdragets art og omfang og de nærmere opplysninger og beskrivelser i kontraktens bestemmelser. Det kan også være naturlig å vurdere avvikets betydning for entreprenørens nærmere utførelse av oppdraget med opplegg og disponering av mannskaper mv. Det framgår av Arvesen mfl. : "NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentar" på side 222 at utgangspunktet for vurderingen vil være *"hva en aktsom entreprenør ville ha tatt i betraktning"*.

Det må i den forbindelse tas hensyn til at det i enhetspriskontrakter som her ligger forutsatt i kontraktsmekanismen at utførte mengder i arbeidet vil avvike en god del fra det som er anslått i kontrakten. Dette må entreprenøren hele tiden ha for øye og ta i betraktning. Dette var også vel kjent for Repstad Anlegg AS (egentlig Oveland AS som ble overtatt av Repstad Anlegg AS) som profesjonell aktør i denne bransjen. Som den framlagte oversikt over forskjellige anleggsarbeidier utført på oppdrag fra Arendal kommune, også har vist, har faktisk vederlag variert mellom 78 % og 161 % av kontraktssummen i elleve prosjekter basert på enhetspris og regulerbare mengder. Det er derfor slik at til dels store avvik er normalsituasjonen ved denne type kontrakter

I nærværende sak gjaldt kontrakten konkret også sanering av vann – og avløpsanlegg med grøfter i et utbygd område. Det ligger da i oppdragets natur at grunnforholdene er usikre, idet det i et slikt område med eksisterende bebyggelse er vanskelig å foreta undersøkelser som kan underbygge og kvalitetssikre vurderingene bak anslagene i kontrakten. Dette er

gjenspeilet i kontakten under "Grunnforhold" på side 20: "Det er ikke foretatt systematiske grunnboringer i området. De oppgitte grunnforhold er angitt ut fra visuelle bedømming, og massefordeling er beregnet ut fra dette. Der masseforhold avviker fra det oppgitte, vil det normalt være tilstrekkelig å regulere postene." Videre er inntatt i kontrakten under "Befaringsplikt" på side 7: "Entreprenøren må ved befaring på anleggsplassen selv nøye vurdere de eksisterende forhold, og sette seg inn i alle forhold som kan ha betydning for prising av anbudet og utførelsen av arbeidet." Etter lagmannsrettens oppfatning tilsier derfor også en konkret vurdering av oppdragets art i lys av kontraktsbestemmelsene at det var betydelig usikkerhet omkring mengdeangivelsene i de regulerbare postene.

Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at reduksjonen på de regulerbare postene, i stor grad skyldes at massene i området viste seg å være bedre enn antatt. Kommunen hadde bl.a. gjennomført inspeksjon av rørene med TV-kamera før utarbeidelsen av anbudsgrunnlaget og ut fra funnene foretatt en vurdering om behovet for masseutskiftning. Under arbeidets gang viste det seg at massenes beskaffenhet var bedre, og at det i større grad enn antatt kun var selve rørene som måtte erstattes.

Lagmannsretten bemerker at det under ankeforhandling i liten grad var bevisførsel og fokusering på de enkelt poster med hensyn til spørsmålet hva Repstad Anlegg burde ha tatt i betraktning. I det vesentlige besto denne bevisførselen av framleggelsen av "Skjema for justerte og oppmålte poster pr. 02.06.10" utarbeidet av Arendal kommunes konsulent, Asplan Viak i tillegg til det som ble opplyst fra partenes vitner. Lagmannsrettens muligheter for en konkret vurdering av avvikene på samtlige av de enkelte poster etter kontrakten må på denne bakgrunn anses noe begrenset.

Lagmannsretten har for sin del funnet grunn til å fokusere på to større hovedposter etter kontrakten, post 54 om kompletterende arbeid, som bl.a. omfatter arbeider på private eiendommer, og post 55 om regningsarbeider. Den første av disse postene var i anbudet anslått til kr 1.219.262,- og den andre til kr 564.500,-. Det viste seg at de negative avvikene på disse postene etter utført arbeid ble hhv kr 526.420,- og kr 212.991,-.

Med hensyn til de kompletterende arbeidene, viser lagmannsretten til at det på flere steder i kontrakten er inntatt uttrykkelig forbehold. Således under post 54.01.1 : "Eksisterende eiendommer skal registreres med hus, grunnmur, garasjer, hagemurer og vurderes med hensyn til risiko og tilstand. Egen perm med registreringsskjema, fotografier etc. skal utarbeides. Hva som skal registreres avgjøres av entreprenøren, men dokumentasjonen skal utføres for alle delstrekninger og forevises for byggherren før arbeidet påbegynnes." Videre under post 54.08: "Grøftekasser skal brukes i samråd med byggherren", under post 54.09.01: "Bruk avtales med byggherren", under post 54.09.02: "Poster kommer kun til anvendelse ved spesielle behov og etter byggherrens godkjenning, post 54.10: "Poster for frostsikring der dette blir nødvendig. Benyttes i samråd med byggherren, post 54.11: "Poster gjelder ytelser som kan komme til anvendelse etter nærmere avtale med Arendal

kommunes veiavdeling." Med bakgrunn i disse klare forbeholdene på flere steder under post 54, og i lys av kontraktsmekanismen og det som er opplyst om de konkrete forholdene på stedet og ved arbeidet, finner lagmannsretten at avvikene som gjelder de kompletterende arbeider, ikke i vesentlig grad kan anses å overstige det Repstad Anlegg AS burde ha tatt i betraktning. Etter lagmannsrettens oppfatning var det nokså nærliggende at det kunne bli slike avvik som faktisk viste seg, hvilket Repstad Anlegg AS burde ha tatt i betraktning.

Når det gjelder post 55, framgår av kontrakten: *"Alle regningsarbeider skal være rekvirert av byggherren. jf. reglene i Norsk Standard"*. NS 8406 punkt 23 har utfyllende bestemmelser om regningsarbeider, herunder om hva entreprenøren skal ha betalt for, overslag mv.

En uttrykkelig forutsetning for regningsarbeidene er således etter kontrakten at de skal være rekvirert av Arendal kommune. Lagmannsretten kan vanskelig se at det kan regnes som et avvik som entreprenøren i vesentlig grad ikke burde ha tatt i betraktning at slike rekvirerte regningsarbeider fikk et mindre omfang enn det som er anslått i kontrakten. Det er lite naturlig å betrakte dette avviket som en endring eller avbestilling.

Lagmannsretten bemerker at de negative avvikene samlet utgjør 1.554.850,- av kontraktsummen på kr 6.985.609,- (22,26 %). Når avvikene på post 54 med kr 526.420,- og på post 55 med kr 212.991,- ikke kan regnes som endringer iht. NS 8604 punkt 19.1 fjerde ledd og derfor ikke under noen omstendighet kan tas i betraktning ved vurderingen etter punkt 28 tredje ledd, utgjør reduksjonen i vederlaget for de øvrige endringer høyst kr 815.439,- som er ca. 11,7 % av kontraktsummen. Lagmannsretten finner derfor at reduksjonen i vederlaget som følge av negative avvik som kan regnes som endringer etter NS 8604 punkt 19.1 fjerde ledd ikke under noen omstendighet vil overstige 15 % og gi grunnlag for krav om erstatning etter NS 8604 punkt 28. fjerde ledd, jf. tredje ledd.

Anken blir etter dette å forkaste.

Arendal kommune har etter dette krav på å få dekket sakskostnadene etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første, jf. annet ledd for lagmannsrettsbehandlingen i sak 12-131947ASD, sak 14-101298ASD og sak 16-37897ASD (nærværende sak), idet ingen av unntaksbestemmelsene kan få anvendelse. Det er ikke grunn til å gjøre endringer i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Advokat Kristoffer Wibe Koch har levert oppgave hvor kostnadene beløper seg samlet til kr 578.963,- inkl. mva. Det er ikke kommet merknader til oppgaven som legges til grunn iht. tvisteloven § 20-5.

Advokat Kristoffer Wibe Koch har videre oversendt en oppgave, kalt kostnadsoverslag, fra vitnet Arvid Å. Svendsen. Det har iflg. oppgaven medgått 36 timer til en timepris kr 1.050,-. Det er ikke gitt noen nærmere begrunnelse for kravet. Lagmannsretten finner at overslaget i betydelig grad overstiger det som kan kreves dekket av motparten iht. § 20-5. Arvid Å. Svendsen er ansatt i Asplan Viak som utarbeidet anbudsgrunnlaget og forklarte seg i den forbindelse som vitne under ankeforhandlingen. Lagmannsretten har forståelse for at det var nødvendig med noe forberedelser for vitnet i forbindelse med vitneforklaringen og finner skjønnsmessig at 10 timer a kr 1.050,-, til sammen kr 10.500,- ekskl. mva kan kreves erstattet av motparten. Inkl. mva blir beløpet kr. 13.125,-.

Repstad Anlegg AS dømmes etter dette til å erstatte Arendal kommune sakskostnader med i alt kr 592.88,- for de tre lagmansrettsbehandlingene i saken.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. Repstad Anlegg AS dømmes til innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dommen å betale Arendal kommune 592.088 – femhundreognittitotusenogåttiåtte – kroner i sakskostnader for lagmannsretten i sak 12-131947ASD, sak 14-101298ASD og sak 16-037897ASD.

Paal Christian Aartun

Guro Vale Kvavik

Ivar Danielsen