



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 25.02.2013 i Borgarting lagmannsrett

Saksnr.: 11-135964ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Kristel Heyerdahl
Hedda Remen
Stein Schjølberg

Ankende part

Mika AS

Advokat Harald Støren
Kobbe

Ankemotpart

Staten
v/Samferdselsdepartement
et

Advokat Johan Fredrik
Remmen

Saken gjelder krav om tilleggsvederlag i kontrakt om utførelse av tunnel-, vei- og broarbeider.

Entreprenøren gjør gjeldende at dårlige grunnforhold har ført til redusert produktivitet og forstyrrelser for kompletteringsarbeidene i tunnelen, såkalt "plunder og heft", og krever vederlag for merutgifter som følge av dette.

Fremstilling av saken

Kontrakten

Statens vegvesen utlyste i mai 2006 anbudskonkurranse om utføring av tunnel-, vei og broarbeid på en parsell av E6 mellom Assurtjern og Vinterbro. Mika AS leverte laveste tilbud og ble tildelt kontrakten, som er inngått 28. august 2006.

Hovedarbeidet gjaldt driving, sikring og komplettering av en cirka 3600 meter lang tunnel med to løp. Tunnelen skulle drives i begge retninger fra et tverrslag på cirka 250 meter som ble etablert på daværende E6 rett sør for Gjersjøen. Avstanden fra tverrslaget og sørover til tunnelportalen ved Vinterbro er cirka 1200 meter mens avstanden fra tverrslaget og nordover til portalen i Assurdalen er cirka 2400 meter. Løpene i den sørlige delen av tunnelen ble også betegnet som S1 og S2 mens løpene nordover ble betegnet som N1 og N2.

På nordsiden av begge tunnellopene skulle det bygges to parallelle bjelkebruer og legges cirka 1400 meter ny motorvei i begge retninger. Hele sørgående del av den cirka 5000 meter lange strekningen av E6 skulle ha to kjørefelter mens nesten halvparten av nordgående del skulle ha tre felter.

Etter kontraktens frister skulle alle arbeider i tunnelen fra tverrslaget til Vinterbro, med unntak av slitelag på veien, være ferdige innen 15. mars 2008 – delfrist A. Fristen for alle arbeider i tunnelen fra tverrslaget til Assurdalen ble satt til 15. mars 2009 – delfrist D. Fristene for arbeider utenfor tunnelen i Assurdalen var satt til 15. juni og 1. oktober 2008 samt 1. juni 2009 – delfristene B, C og E. Endelig frist for ferdigstilling var 1. november 2009. I tillegg til disse fristene formidlet Statens vegvesen ved mange anledninger at siktemålet var å åpne tunnelen for trafikk den 9. september 2009 kl. 09.09, noen dager før stortingsvalget. I kontrakten er datoen for trafikkpåsetting fastsatt til 15. september 2009, men dette var ikke en sanksjonert frist for Mika.

Kontrakten var en enhetspriskontrakt. I anbudsgrunnlaget er hele byggearbeidet inndelt i ulike arbeidsoperasjoner – prosesser – hvor entreprenøren skal gi en pris per enhet, for eksempel per kvadratmeter eller kubikkmeter. Mengdene av de ulike prosessene gis av byggherren som står for prosjekteringen. Endelig prissetting skjer etter oppmåling. Kontraktssummen var 651 249 761 kroner uten merverdiavgift. Etter justering for lønns-

og prisstigning, endringsarbeider og faktisk medgåtte mengder ble kontraktssummen 730 510 000 kroner.

Sammen med anbudsgrunnlaget fulgte en ingeniørgeologisk rapport som har stått sentralt i saken. Rapporten er datert den 11. november 2005 og er utarbeidet for Statens vegvesen av sivilingeniør Knut Boge i Geovita AS. Partene er uenige om denne rapporten gir en dekkende beskrivelse av grunnforholdene i sørgående retning. For en nærmere redegjørelse for innholdet i rapporten og lagmannsrettens vurdering av den vises det til rettens bemerkninger nedenfor.

Det redegjøres også nærmere for enkelte sentrale kontraktsbestemmelser i tilknytning til lagmannsrettens vurdering av saken.

Sentrale aktører i prosjektet

Mikas tilbud ble utarbeidet av Nils Høsøien, som da var eier og daglig leder av Mika. Høsøien ble syk og døde under prosjektperioden.

Prosjektleder for Mika under hele prosjektiden var Odd Harald Oppedal. Andre sentrale personer på Mikas side var anleggsleder Lars Runar Murstam, prosjektingeniør Thomas Myrstrand, stikningsansvarlig Trond Mjanger og HMS ingeniør Eivind Klaveness. Som spesialist på montering av elementer i tunnelen ble Carsten Kofoed engasjert. Med unntak for Mjanger og Kofoed har alle disse forklart seg som vitner for lagmannsretten.

På Statens vegvesens side tiltrådte Anne Grethe Nordal som prosjektleder 1. september 2007. I prosjektledelsen hadde hun blant annet med seg byggleder Øyvind Storløkken og kontrolleringeniør Atle Strøm. Disse tre har også forklart seg for lagmannsretten.

Mikas plan for arbeidet – første skråstreksplan september 2006

Etter avtalen var Mika forpliktet til å utarbeide såkalte skråstreksplaner som skulle forelegges for og godkjennes av Statens vegvesen. En skråstreksplan viser den planlagte fremdriften for de ulike aktivitetene i avstand, som er angitt i horisontalplanet, og i tid, som er angitt i vertikalplanet. Skråstreksplanene er overordnede planer som ligger til grunn for mer detaljerte fremdriftsplaner, som utarbeides for kortere perioder av gangen, og drøftes i byggemøtene mellom partene.

Odd Oppedal utarbeidet den første skråstreksplanen etter at kontrakten var inngått. Planen er datert 25. september 2006. Planen bygger på to hovedforutsetninger: For det første skulle arbeidet skje ved vekseldrift fra tverrslaget både mot nord og sør. Så langt det var mulig skulle det også skje vekseldrift mellom de to tunnellopene og mellom tunneldrivingen og kompletteringsarbeidene. For det andre var det lagt opp til at de enkelte aktivitetene - tunneldriving, veibygging og elementbygging - skulle skje over lange strekninger i sammenhengende perioder.

I henhold til planen skulle tverrslaget etableres i perioden fra oktober til og med desember 2006 mens tunneldrivingen skulle påbegynnes i begge løp både sørover og nordover fra januar 2007. Etter planen skulle tunneldrivingen sørover skje i en periode fra januar 2007 til medio juni 2007 mens tunneldrivingen nordover skulle skje fra januar 2007 til medio juni 2008. I den sørlige delen av tunnelen fra tverrslaget til Vinterbro skulle veibyggingen skje i det sørgående løpet fra siste halvdel av april til medio juli 2007 og i det nordgående løpet fra august til medio oktober 2007. Vegg og takelementer skulle monteres i den sørlige delen av tunnelen i perioden fra medio august 2007 til medio februar 2008, altså én måned før delfrist A. Denne aktiviteten var delt i fire strekk ved at man begynte med det sørgående løpet fra pele 1650 til Vinterbro, etterfulgt av det nordgående løpet på samme strekning. Deretter tok man strekningen fra pele 1650 til tverrslaget, først det nordgående løpet, deretter det sørgående løpet.

I den nordlige delen av tunnelen fra tverrslaget til Assurtjern skulle veibyggingen i det sørgående løpet skje fra medio oktober 2007 til august 2008 og i det nordgående løpet fra februar 2008 til desember 2008. Elementbyggingen skulle skje fra februar 2008 til medio november 2008 i det sørgående løpet og fra medio juni 2008 til medio februar 2009 i det nordgående løpet. Etter planen ville arbeidet altså være fullført cirka én måned før delfrist D.

Som det fremgår, ville man etter planen ha fullført tunneldrivingen mot sør i juni 2007 og ville da kunne sette alle ressurser inn i tunneldrivingen mot nord. Kompletteringsarbeidene, som fremdriftsmessig går vesentlig raskere enn tunneldrivingen, skulle starte opp noe senere enn tunneldrivingen, først med veibygging og elementbygging mot sør. Når man hadde fullført elementbyggingen i sørgående løp mot sør, ville man begynne veibyggingen mot nord. Planen innebar også at man ville ha fullført elementbyggingen mot sør, før man begynte med elementbygging mot nord.

Tunneldriving og kompletteringsarbeider

Til selve tunneldrivingen skulle man benytte to til tre rigger på stuff. Tunneldrivingen omfatter i korte trekk sonderboring med kontroll av bergforholdene og eventuell injeksjon for å hindre uønsket lekkasje, boring av hull for plassering av sprengstoff, lading, sprengning, sikringsarbeid og utkjøring av løsmasser. Sikringsarbeidet omfatter blant annet rensking av fjell, boring og injisering av spesialbetong samt stabilitetssikring i form av sprøytebetong og bolter. Sikringsarbeidet skjer i samarbeid mellom representanter for byggherren og entreprenøren på stuff, og omfatter både midlertidig og permanent sikring.

Det er opplyst at normal salvelengde ved sprengning er 5,5 meter. Ved dårligere grunnforhold kan det bli nødvendig å redusere salvelengden til 2,5 til 3 meter eller bruke såkalte delte salver. Under arbeidet ble det benyttet flere korte salvelengder enn byggherren hadde prosjektert med. Det ble også benyttet flere av enkelte typer sikringsbolter. Det er opplyst at byggherrens og entreprenørens representanter var enige

om bruken av sikringsmidler på stuff. Lagmannsretten kommer tilbake til omfanget av korte salvelengder og bruken av sikringsmidler under rettens vurdering nedenfor.

Kompletteringsarbeidene består i legging av veifundament og veidekke. Øverste lag her er et slitedekke, som legges etter at de øvrige kompletteringsarbeidene er utført. I tilknytning til veifundamentet etableres det et dreneringssystem før det anlegges fundamenter til vann- og frostsikring, som i dette tilfellet er veggelementer og takhvelv i lettbetong. I noen områder ble det benyttet PE-skum som vann- og frostsikring i taket. I tunnelåpningene ble det utformet portaler av betong.

Utviklingen fra oktober 2006 til desember 2007

Arbeidet med tverrslaget ble påbegynt i oktober 2006, og tunneldrivingen begge veier startet opp fra januar 2007. Allerede våren 2007 fikk Mika problemer med tunneldrivingen sørover. Dette førte til at de i april forlot planen om parallell driving i begge løp.

Problemene er første gang referert i byggemøte nr. 16, som ble avholdt 3. mai 2007. Mika opplyste at fremdriften sørover var forsinket på grunn av dårlig berg. I byggemøte nr. 18 den 7. juni 2007 ble det opplyst at fremdriften sørover var cirka tre til fire uker etter siste reviderte plan, og at økt forsinkelse skyldes partier med dårlig berg.

På denne bakgrunn utarbeidet Mika første reviderte skråstreksplan, som er datert 7. juni 2007. Forutsetningen om å kunne arbeide sammenhengende over lange strekninger for hver aktivitet var beholdt i stor utstrekning, men det er brudd i flere aktivitetslinjer enn i den første planen.

Utover høsten 2007 rapporterte Mika i flere byggemøter om stadig økende forsinkelser i tunneldrivingen både mot nord og sør i forhold til revidert fremdriftsplan. I byggemøte nr. 25 den 11. oktober 2007 opplyste Mika også om at elementmonteringen lå betydelig etter gjeldende plan, og forklarte dette med "innkjøring/oppstartsproblemer og mangelfullt utført sprengning av grøfter". For øvrig er det klart at Mika knyttet fremdriftsproblemene til grunnforholdene, og temaet ble tatt opp i flere etterfølgende byggemøter, økonomimøter og såkalte temamøter. Mikas hovedsyn, slik det er referert i en rekke møter, var at grunnforholdene avvek fra det de kunne forvente ut fra kontrakten, og at de hadde krav på et tilleggsvederlag og fristutsettelse som følge av de fremdriftsproblemene dette førte til. Statens vegvesens hovedsyn var at det ikke forelå noe markert avvik i grunnforholdene ut fra den geologiske rapporten, og kravet om tilleggsvederlag ble bestridt. Statens vegvesen viste også til kontraktens mengdeangivelser og ekvivalenttidsregnskapet. Lagmannsretten kommer tilbake til disse kontraktsbestemmelsene under rettens vurdering nedenfor.

Til sammen ble det avholdt en rekke byggemøter, økonomimøter og temamøter i perioden fra oktober 2007 til februar 2009, og grunnforholdene og Mikas krav ble tatt opp i mange av disse. Nedenfor gjengis bare enkelte punkter i referatene fra noen av disse møtene.

I byggemøte nr. 25 den 11. oktober 2007 opplyste Mika om at "prosessene 32.23 *sprengring av tunnel med salvelengde 2,0 -3,0 m og 33.312 fjellbånd nærmer seg kontraktens mengder*", og at "dette kan få konsekvenser for fremdrift og økonomi".

I økonomimøte nr. 5 den 18. oktober 2007 er Mikas representanter referert slik:

Mika mener at fjellforholdene sydover fra tverrslaget er annerledes enn forholdene nordover. De mener dette ikke kommer frem av den geologiske rapporten. Fremdriften de siste 4-5 ukene har vært betydelig redusert pga mange korte salver og stort sikringsomfang (spesielt sydover). Mika mener det er avvik i forhold til kontrakten som har økonomisk og fremdriftsmessig konsekvens.

I økonomimøte nr. 6 la Mika frem et berggrunnskart fra NGU som viste et bergartskille ved tverrslaget som det ikke var opplyst om i den geologiske rapporten. Om problemene med drivingen er Mika referert slik:

Fremdriften de siste ukene mot syd har vært betydelig redusert pga mange korte salver og stort sikringsomfang. Det har også vært store lade og borrproblemer fordi hullene tetter seg. Mika mener dette er avvik i forhold til kontrakten som er uløselig knyttet til fremdriften og som også har økonomisk konsekvens.

I samme møte ga Mika uttrykk for at problemene mot sør også fikk konsekvenser nordover fordi maskinparken ble bundet opp i sør og ikke kunne utnyttes rasjonelt i henhold til planen. Det ble varslet at Mika ikke kunne klare delfrist A som gjaldt ferdigstilling av tunnelen mot Vinterbro. Mot nord ville gjennomslag i Assurdalen bli forsinket til september 2008, men man forventet å klare delfrist D.

I temamøte nr. 17 om geologi er Mika referert slik med hensyn til de driftsmessige konsekvensene av grunnforholdene:

Sammenligner man virkelig medgått antall bolter er det et merforbruk mot syd på 20 % i forhold til mot nord.

Medgått sprøytbetong mot syd har hatt et merforbruk på ca. 15 % i forhold til mot nord.

I følge Mika er det økte tider på følgende aktiviteter mot syd i forhold til nord:

- Bore/lade tar 20-25 % lengre tid mot syd enn nord
- Rensk tar 25-30 % lengre tid mot syd enn nord.
- Boltmontasjen tar 25-30 % lengre tid mot syd enn nord

Den 23. november 2007 utarbeidet Mika en ny revidert skråstreksplan. Mot sør ville gjennomslag ved Vinterbro først finne sted ved utløpet av mars 2008, og kompletteringsarbeidene være fullført i juli samme år. Mot nord ville gjennomslag ved Assurdalen skje i oktober 2008, og kompletteringsarbeidene være ferdige i februar 2009.

Prinsippet om å arbeide over lange strekninger i sammenheng er ytterligere svekket i denne planen, og det er flere tidsmessige brudd i arbeidet både når det gjelder tunneldrivingen og de ulike kompletteringsarbeidene.

Statens vegvesen mottok skråstreksplanen den 26. november 2007, og mottok samtidig en skisse utarbeidet av Odd Oppedal som viste Mikas syn på de fremdriftsmessige og økonomiske konsekvensene de dårlige grunnforholdene hadde hatt og ville få. De angitte konsekvensene gjelder i første rekke tunneldrivingen, men det er også tatt inn et lite punkt om konsekvensene for vann- og frostsikringsarbeidene. Det fremgår av skissen at Mika hadde beregnet 8,6 timeverk per meter tunnel mens de nå anslo at de ville bruke 12,6 timeverk på drivingen sørover og 11,4 timeverk nordover.

Skissen ble senere videreutviklet noe ved at det ble gitt en spesifisert oversikt over påløpte kostnader med 8,3 millioner kroner og en prognose over økte kostnader med 26,4 millioner kroner. I senere oppsett ble disse beløpene redusert noe på grunn av en egenrisiko som Mika aksepterte.

Den 7. desember 2007 leverte Mika et nytt oppsett, et håndskrevet notat utarbeidet av Lars Runar Murstam, hvor Mikas krav knyttet til tunneldrivingen er beregnet til 15,3 millioner kroner.

Det ble senhøsten 2007 og i begynnelsen av 2008 avholdt flere møter mellom partene om fjellforholdene og Mikas krav. Så vidt lagmannsretten har forstått, dreide det seg om fem til seks møter. Det er ikke ført referat fra disse møtene, som lagmannsretten har forstått hadde karakter av å være forhandlingsmøter. Fra Mikas side møtte i alle fall Odd Oppedal og Lars Runar Murstam. Fra Statens vegvesen møtte Anne Grethe Nordahl og Øyvind Storløkken. Det er ikke klarlagt for retten om det også kan ha vært andre til stede på noen av møtene.

Avtale nr. 39

På grunnlag av partenes diskusjoner utarbeidet Statens vegvesen et tilbud til avtale. Det første utkastet ble utarbeidet av Øyvind Storløkken og oversendt en jurist i Statens vegvesen, som foreslo noen små endringer. Disse ble tatt inn i avtalen. Etter at avtalen var avklart med ledelsen i Statens vegvesen, ble den levert til Odd Oppedal den 28. februar 2008.

Oppedal diskuterte forslaget med Mikas ledelse og underskrev avtalen 3. mars samme år.

Hovedpunkter i avtalen var at delfrist A, som allerede var forskjøvet til 1. mai 2008, ble utsatt med to og en halv måned til 15. juli 2008. Det ble også avtalt et tilleggsvederlag og mulighet for en bonus dersom Mika klarte en av de andre delfristene. Avtalen, som omtales som avtale nr. 39, er helt sentral i saken, og avtaleteksten gjengis i sin helhet:

”Endringen omfatter følgende utførelse:

Fjellforhold i tunnelen fra tverrslag til Vinterbro S1 og S2.

Vederlag for endringsarbeidet:

Delfrist A forlenges fra 1. mai til 15. juli 2008. Dette kompenseres i form av 21.1, regulering av rigg med summen V (se vedlegg nr. 39)

Prosesser gjengitt i vedlegg 39 faktureres i A-nota med mengder (målebrev) og priser som i kontrakten. Endringer i % som fremkommer av vedlegg 39, faktureres som endringsnota.

Ekvivalentregnskapet for tunnel del 1 (S1 og S2) utgår.

Delfrist B, C, D, E, F og sluttfrist 1.11.2009 opprettholdes.

Avtalen gjelder kun område fra tverrslaget til Vinterbro (S1 og S2) og kan ikke gjøres gjeldende for andre deler av tunnelen.

Det avtales ny delfrist G: 01.01.2009 for sydgående løp fra Assurdalen til Vinterbro komplett ferdig på tilsvarende nivå som delfrist D. I delfrist G inngår også samtlige tekniske rom T3 til T5 komplett ferdige med trafoer og høyspent fremført og tilkoblet.

Dersom Mika greier delfrist G, kompenseres dette med en tilleggsutbetaling på kr. 2.000.000,-.

Denne avtalen utgjør et fullt og endelig oppgjør til Mika AS for ethvert forhold/følgekonsekvens som kan tilbakeføres til fjellforholdene fra tverrslaget og til Vinterbro (S1 og S2).

Mika AS må undertegne avtalen som bindende for seg innenfor 14 dager fra dato ellers bortfaller tilbudet.”

Av vedlegget til avtalen (vedlegg 39) fremgår det at samlet tilleggsvederlag utgjør 8 768 599,87 kroner. Tilleggsvederlaget er knyttet til 13 arbeidsprosesser og riggkostnader. Alle arbeidsprosessene gjelder tunneldriving.

Status i arbeidet ved inngåelsen av avtale nr. 39

Da avtalen ble inngått den 3. mars 2008, var tunnelen drevet frem til Vinterbro, og det gjensto bare en helt kort strekning i det ene løpet sørover. Mot nord var begge løp drevet mer enn halve strekningen til åpningen av Assurdalen. Når det gjaldt kompletteringsarbeidene, la tingretten til grunn at disse var fullført over en samlet strekning på 1500 eller 2000 meter. For lagmannsretten har partene vært enige om at strekningen er kortere. Vitnet Atle Strøm fra Statens vegvesen har opplyst at det var montert veggelementer over 1315 meter, takelementer over 498 meter og PE-skum over 568 meter, hvorav bare 218 meter var ferdig sprøytet. Mika har gitt sin tilslutning til disse tallene og oppsummert det slik at det bare var en strekning på cirka 700 meter hvor kompletteringsarbeidene var fullført. Lagmannsretten legger partenes tall til grunn for sin vurdering.

Utviklingen fra mars 2008 til oktober 2009

Referatene fra byggemøtene og en fremlagt oversikt over den faktiske utførelsen av arbeidet (en såkalt "as built plan") viser at fremdriften i arbeidet ble ytterligere forsinket i forhold til de reviderte planene etter inngåelsen av avtale nr. 39.

Mot sør var de vesentligste delene av arbeidet fullført innen den reviderte fristen 15. juli 2008, men enkelte operasjoner gjensto og ble så vidt lagmannsretten forstår avsluttet i månedsskiftet september/oktober samme år. Mot nord fant gjennomslag i Assurdalen sted tidlig i november 2008, men kompletteringsarbeidene var ikke fullført innen fristen 15. mars 2009. I perioden fra 15. mars til 10. juni 2009 aksepterte Mika dagmulkt på grunn av forsinkelsen. Trafikkpåsetting skjedde som planlagt den 9. september 2009. Mikas arbeider ble i følge den fremlagte oversikten fullført i oktober samme år.

I byggemøtene ble det rapportert om forsinkelsene, men Mika ga gjennomgående uttrykk for at de ville klare delfristene, for delfrist A siste gang så sent som i byggemøte den 26. juni 2008 og for delfrist D i desember samme år. Fra årsskiftet 2009 er bekymring for om Mika ville klare fristen den 15. mars 2009 et gjentatt tema i alle byggemøter.

Det er ikke omtvistet mellom partene at Mika etter at avtale nr. 39 ble inngått, ikke på noe tidspunkt før i oktober 2009 ga uttrykk for at kompletteringsarbeidene ble forstyrret eller forsinket på grunn av de forsinkelsene grunnforholdene hadde ført til for tunneldrivingen. I byggemøtereferatene er det vist til enkelte andre problemer med kompletteringsarbeidene som skyldtes andre forhold. Disse er gjengitt under rettens vurdering nedenfor.

I referat fra første byggemøte etter avtaleinngåelsen, den 12. mars 2008, fremgår det at saken om grunnforholdene var avsluttet med avtalen, og at det dermed ikke var noen uavklarte saker mellom partene verken av økonomisk eller fremdriftsmessig art. Dette gjentas i referatene fra flere byggemøter. Etter utløpet av delfrist A 15. juli 2008 var det et tema om Mika måtte akseptere dagmulkt og krav fra elektromontør fordi kompletteringsarbeidene ikke var ferdigstilt innen fristen. Disse kravene som ble varslet fra byggherrens side, ble løst som del av et oppgjør om andre poster mellom partene som ikke har noen betydning for denne saken. Deretter aksepterte Mika som nevnt ovenfor dagmulkt i perioden fra 15. mars 2009 til 10. juni 2009 fordi de ikke klarte delfrist D. Enighet om dagmulktens størrelse er protokollert så sent som i økonomimøte den 14. oktober 2009. I samme referat er også enkelte andre krav som ikke vedkommer denne saken, omtalt før det avslutningsvis er inntatt at "(d)et er pr. i dag ingen andre uavklarte økonomiske saker utover det som fremkommer av dette referatet."

Etter initiativ fra Mika ble det avholdt et møte mellom partene den 29. oktober 2009. I dette møtet fremmet Mika et krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for kompletteringsarbeidene på grunn av vanskelige bergforhold med 86,7 millioner kroner. Kravet ble avvist fra Statens vegvesens side, blant annet under henvisning til avtale nr. 39.

Det var deretter en viss korrespondanse mellom partene, herunder en e-post fra Odd Oppedal datert 3. november 2009 hvor han ga et referat fra møtet den 29. oktober 2009 og blant annet ga uttrykk for at avtale nr. 39 bare gjaldt konsekvensene de dårlige fjellforholdene hadde hatt for tunneldrivingen. Den 22. desember 2009 sendte Mika en faktura på 86 742 834 kroner for merutgifter på grunn av endrede fjellforhold.

Prosesshistorie

Den 22. mars 2010 tok Mika ut søksmål mot Staten v/ Samferdselsdepartementet med krav om tilleggsvederlag utmålt etter rettens skjønn, men oppad begrenset til 86 742 834 kroner med tillegg av forsinkelsesrenter og sakskostnader. Staten v/Samferdselsdepartementet leverte tilsvaret og påsto seg frifunnet og tilkjent sakskostnader. Under sakens behandling for tingretten endret Mika sin påstand noe og nedla påstand under hovedforhandlingen om tilleggsvederlag etter rettens skjønn oppad begrenset til 105 millioner kroner.

Follo tingrett avsa 28. april 2011 dom med slik domsslutning:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet betaler til Mika AS 160.000 – etthundreogsekstitusen – NOK, med tillegg av merverdiavgift, innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen, samt tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
2. Mika AS betaler til Staten v/Samferdselsdepartementet sakskostnader med 1.119.438 – enmillionetthundreogtrentusenfirehundreogtrentiåtte – NOK innen samme frist med tillegg av alminnelig forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Mika AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 22., 23., 24., 28. og 29. januar 2013 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte ved sine prosessfullmektiger. Statens vitner Anne Grethe Nordahl, Atle Strøm og Øyvind Storløyken var til stede under hele ankeforhandlingen i medhold av tvisteloven § 24-6 andre ledd. Mikas vitne Henning Hamnes var til stede under deler av ankeforhandlingen i medhold av samme bestemmelse. Til sammen avga 12 vitner forklaring. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboka.

Partenes påstandsgrunnlag

Mika AS har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Grunnforholdene sørover var annerledes og mer krevende enn det som fulgte av anbuds- og kontraktsgrunnlaget. Den ingeniørgeologiske rapporten som fulgte anbudsgrunnlaget var mangelfull. Det var ikke opplyst om bergartskillet like sør for tverrslaget, og berggrunnskart fra Norges geologiske undersøkelser (NGU) var ikke vedlagt. Rapporten beskrev forholdene i hele tunnelparsellen som anleggsteknisk like uavhengig av bergartskiller. Også mengdeangivelsene og fordelingen i anbudsgrunnlaget gir uttrykk for at driveforholdene ville være like nordover og sørover.

De vanskelige grunnforholdene førte til nedsatt produktivitet og forstyrrelser både for tunneldrivingen og kompletteringsarbeidene. Tunneldrivingen ble sterkt forsinket særlig fordi bore- og ladeprosessen ble vanskeligere og mer tidkrevende på grunn av løst, oppsprukket berg. Også den økte bruken av korte salvelengder og sikringsmidler i den sørlige delen av tunnelen viser at grunnforholdene var vanskeligere enn beskrevet i kontraktsgrunnlaget. Som følge av forsinkelsene i tunneldrivingen fikk Mika for liten tid til å gjennomføre kompletteringsarbeidene. Dermed lot ikke arbeidet seg gjennomføre på en rasjonell måte i henhold til de lagte planene. Konsekvensene for arbeidet fremgår klart av de fremlagte skråstreksplanene som viser at arbeidet måtte forseres, og at Mika ble presset til å arbeide over korte strekninger mange steder samtidig for å klare tidsfristene. Det måtte også leies inn mannskaper som Mika ikke hadde måttet leie inn om tunneldrivingen hadde latt seg gjennomføre som forutsatt. Produktivitetstapet var betydelig, og det påløp vesentlige kostnader for Mika.

Ved dette foreligger det et markert avvik mellom de virkelige grunnforholdene og beskrivelsen i kontraktsgrunnlaget. Det er ikke tvilsomt at byggherren har risikoen for endrede grunnforhold, og Mika har krav på kompensasjon for merutgiftene som følge av plunder og heft for kompletteringsarbeidene, jf. kontrakten punkt D 2 19. I Mikas krav er det gjort fradrag for den egenrisikoen som entreprenøren selv må bære etter kontrakten.

Ekvivalenttidsregnskapet, som staten påberoper seg, har ingen relevans for spørsmålet om tilleggsvederlag på grunn av plunder og heft som følge forhold som byggherren har risikoen for. Plunder og heft-situasjonen innebærer at entreprenøren har rett til tilleggsvederlag fordi forhold som byggherren har risikoen for, fører til at forutsetningene for gjennomføringen av arbeidet blir endret eller forrykket. Ekvivalenttidsregnskapet bygger på at, og kommer til anvendelse når, alt er som forutsatt.

Mika har sannsynliggjort at det er årsakssammenheng mellom de endrede grunnforholdene og merutgiftene knyttet til kompletteringsarbeidene. Forstyrrelsene i kompletteringsarbeidene skyldtes forsinkelsene i tunneldrivingen, og det var ikke andre faktorer enn grunnforholdene som påvirket fremdriften i denne. Mikas opprinnelige plan for arbeidet

var realistisk utfra beskrivelsen i anbudsgrunnlaget og i samsvar med hva som var alminnelig akseptert som en hensiktsmessig måte å organisere og gjennomføre et slikt arbeid på. Mika hadde heller ikke underkalkulert tilbudet. Ved fastsettelsen av tapets størrelse vil Mikas opprinnelige plan og kalkyle derfor gi et riktig utgangspunkt i dette tilfellet. Det er heller ingen andre forhold som kan forklare at merutgiftene for kompletteringsarbeidene ble så store. De forholdene som staten har vist til, blant annet feilen i takelementer og innleide arbeidslag som ikke fungerte, var mindre hindringer som Mika raskt håndterte. Ingen kunne utført arbeidet mer effektivt enn Mika i den oppståtte situasjonen. Differansen mellom Mikas kalkyle og faktiske utgifter gir derfor et riktig uttrykk for de merutgiftene som skyldes endrede grunnforhold i dette tilfellet. Mika har dessuten gjort fradrag for forhold som selskapet selv må bære risikoen for.

Avtale nr. 39 avskjærer ikke Mikas krav. Avtalen gjelder bare for merutgifter som er knyttet til tunneldrivingen, og omfatter ikke merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene.

Avtaleteksten er ikke klar, og kan ikke tas til inntekt for at krav knyttet til kompletteringsarbeidene er avskåret slik staten anfører. Det objektive tolkningsprinsippet kommer bare til anvendelse når avtaleteksten i seg selv er klar, og vil dessuten særlig ha sin begrunnelse når avtalen har betydning også for en tredjepart. I dette tilfellet har avtalen bare betydning for partene.

Det er Statens vegvesen som har skrevet avtalen. Den ble ikke diskutert med Mika før den ble overlevert som et endelig tilbud med frist for aksept, og Statens vegvesen sørget ikke for at det ble ført referater fra partenes møter forut for avtaleinngåelsen. Avtalen må derfor tolkes mot Statens vegvesen som tok initiativ til og har forfattet avtalen, og som burde formulert seg klarere.

Etter krav fra Statens vegvesen var forhandlingene begrenset til dokumenterte merutgifter for tunneldrivingen mot sør. Statens vegvesen hadde med dette utgangspunktet nektet å forhandle om konsekvensene for tunneldrivingen mot nord, og konsekvensene for kompletteringsarbeidene, som knapt var kommet i gang, var ikke tema. Avtalen er ikke uttrykk for noe kompromiss mellom partenes standpunkter. Mikas representanter har ikke forutsatt at avtalen hindret senere krav knyttet til kompletteringsarbeidene. Statens vegvesens representanter har etter egne utsagn hatt til hensikt å avskjære krav som ikke har vært med i de konkrete diskusjonene mellom partene. Også dette er et moment som må tale i Mikas favør ved avtaletolkningen.

Hensynet til balanse i avtaleforholdet taler også for Mikas tolkningsalternativ. Dersom avtalen bare gjelder tunneldrivingen, er avtalen balansert. Hvis den fortolkes slik at den avskjærer merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene, blir den sterkt ubalansert.

Subsidiært anfører Mika at avtale nr. 39 må revideres på grunnlag av læren om bristende forutsetninger. Tingrettens flertall har korrekt kommet til at det foreligger en synbar og relevant forutsetningssvikt, men tingrettens helhetsvurdering er dels bygget på feil faktum, og de momentene som tilsier revisjon, er ikke gitt nok vekt.

Mika hadde ingen forutsetninger for å forutse de store problemene og kostnadene som selskapet ville få med kompletteringsarbeidene da de inngikk avtale nr. 39. Tingretten har her lagt feil faktum til grunn for sin vurdering når den uttaler at kompletteringsarbeidene var fullført over en strekning på 1500 eller 2000 meter. Det korrekte tallet skal være cirka 700 meter, jf. også opplysningene fra Statens vegvesen. De arbeidene som man hadde gjennomført, hadde hatt grei og rimelig fremdrift, og det var ingenting i situasjonen som skulle tilsi den kostnadsutviklingen som man fikk.

Det kan ikke legges vekt på at Mika hadde mulighet og ansvar for å organisere den videre fremdriften av arbeidet slik tingrettens flertall har gjort. Det gjelder for alle entreprenører. Det avgjørende er at Mika ikke hadde konkret mulighet til å forutse og påvirke utviklingen av arbeidet i dette tilfellet.

Det store tapet er et moment som tilsier avtalerevisjon. Det samme gjør avtalens spesielle forhistorie hvor staten styrte forhandlingene inn på dokumenterbare merutgifter knyttet til tunneldriften.

Atter subsidiært anføres at avtalen må revideres i medhold av avtaleloven § 36. Terskelen for slik revisjon er høy, men bestemmelsen kommer til anvendelse også i forretningsmessige kontraktsforhold mellom profesjonelle parter. I den konkrete vurderingen vil de relevante faktiske forhold og hensyn være de samme som ved vurderingen av om det foreligger bristende forutsetninger.

På bakgrunn av tilblivelseshistorien til avtale nr. 39 vil det virke urimelig og støtende om den skal avskjære et ellers berettiget krav fra Mika mot staten.

Det bestrides at kravet er tapt som følge av manglende reklamasjon. Mika fremmet nøytral reklamasjon i november 2007 da man fremla skisser og redegjorde for konsekvensene av de endrede grunnforholdene både for tunneldriften og kompletteringsarbeidene. Mika fikk ikke, og kunne vanskelig få, oversikt over kostnadsbildet før sommeren 2009, og kravet ble fremmet i slutten av oktober 2012.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til innen to uker å betale Mika AS et beløp utmålt etter rettens skjønn oppad begrenset til 116 MNOK samt merverdiavgift, med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.

2. Mika AS tilkjennes sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett, med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling finner sted.

Staten v/Samferdselsdepartementet har i hovedtrekk anført:

Mikas metode for å beregne kravet er prinsipielt gal, og ikke egnet for å fastsette hvilke utgifter som skyldes endrede grunnforhold. Mika baserer seg på en differansebetraktning mellom den kalkylen som lå til grunn for tilbudet, og faktiske utgifter, og ser bort fra at det kan være andre årsaker til tapet. Kontrakten har imidlertid sin bakgrunn i en anbudskonkurranse hvor tildelingskriteriet var laveste pris. Entreprenørens planlagte driftsopplegg og ressursbruk, fordelingen av tilbudsprisen på prispåbærende prosesser og entreprenørens forventninger om økonomisk resultat er helt uten betydning. Byggherren ser ikke entreprenørens fremdriftsplan før etter at kontrakt er inngått.

Riktig tilnærming vil være å påvise hvilke feil som foreligger i den geologiske rapporten som byggherren har levert, og dernest foreta en konkret vurdering av konsekvensene av denne feilen eller mangelen.

Det bestrides at det foreligger et markert avvik i grunnforholdene som kan gi grunnlag for noe krav. Den ingeniørgeologiske rapporten beskriver bergforholdene i de tre sonene av tunneltraséen som noe varierende, og det er opplyst om flere svakhetssoner. Det var grunn til å forvente noe mer krevende grunnforhold i den sørlige delen av tunnelen.

Det er ingen vesentlige feil i den ingeniørgeologiske rapporten. Setningen i rapporten om at de anleggstekniske egenskapene for de ulike bergartene ikke varierer vesentlig, gir ikke grunnlag for Mikas tolkning om at forholdene mot sør skulle være de samme som mot nord. Uansett er utsagnet om like anleggstekniske forhold riktig. Mika måtte ikke fravike driftsopplegget mot sør. Det er brukt det samme utstyret og samme mannskap. Det er brukt noe mer mengder enn anslått for enkelte sprengnings- og sikringsprosesser, men alt ligger innenfor det som er angitt i konkurransegrunnlaget og ivaretatt gjennom kontraktens system for enhetspriser og ekvivalenttidsregnskapet.

Mika har ikke sannsynliggjort at det er årsakssammenheng mellom endrede grunnforhold og merutgiftene knyttet til kompletteringsarbeidene. Mika varslet aldri under kontraktsgjennomføringen at fremdriften på kompletteringsarbeidene ble skadelidende eller dyrere fordi tunneldrivingen var forsinket. Tvert i mot bekreftet Mika gang på gang at de ville klare kontraktens frister, og de problemene som ble tatt opp, gjaldt andre forhold. Det forelå også andre årsaker til vanskelighetene knyttet til kompletteringsarbeidene. Det var problemer med takelementer, PE-skum og innleide arbeidslag. Årsakene må også søkes i Mikas ressursbruk og prioriteringer, som Mika selv må bære ansvaret for.

I tillegg kommer løpende uttalelser fra Mikas representanter om at det ikke var noen utestående krav mellom partene. Mika godtok også dagmulkt for oversittelse av delfrist D.

Et eventuelt krav er uansett varslet for sent. Kontrakten krever at krav varsles "uten ugrunnet opphold", jf. punkt C 21.1, jf. 17.5.

Det hevdes nå fra Mikas side at de først ble kjent med merutgiftene våren 2009.

Kravet ble imidlertid ble først varslet i møte 29. oktober 2009 og gjentatt i Odd Oppedals etterfølgende e-post 3. november 2009. Spesifisert krav ble fremsatt den 22. desember 2009. Presentasjonen den 27. november 2007 var ikke varsel i forhold til annet enn det som ble avklart gjennom tilleggsavtale nr. 39.

Under enhver omstendighet er alle krav gjort opp med avtale nr. 39. Avtalens ordlyd etterlater ingen tvil om at den utgjør fullt og endelig oppgjør for alle konsekvenser som kan føres tilbake til grunnforholdene i den sørlige delen av tunnelen, og det foreligger ingen momenter som tilsier en annen fortolkning.

Det er ingen tvil om at Statens vegvesens representanter forutsatte at alle forhold knyttet til fjellforholdene i sør var endelig oppgjort med avtalen. Det var også en meget naturlig forutsetning. For Statens vegvesen, som var i tvil om det i det hele tatt var grunnlag for noe tillegg, var det viktig å lukke konsekvensene av den påståtte feilen knyttet til den geologiske rapportens uttalelse om like anleggstekniske forhold. De var også overbevist om at Mika skjønnte at man nå lukket alle konsekvenser av en mulig uheldig formulering i den geologiske rapporten.

Den etterfølgende praktiseringen av avtalen taler også for at Mika ikke mente at man hadde noe krav knyttet til kompletteringsarbeidene etter inngåelsen av avtalen, og dette forholdet samt aksept av dagmulkt har også betydning for spørsmålet om årsakssammenheng. Staten er fullt ut enig i tingrettens vurderinger på dette punktet.

Det bestrides at det er grunnlag for avtalerevisjon på grunnlag av bristende forutsetninger. Også på dette punktet slutter staten seg til tingrettens vurderinger. Det er Mikas vurderinger av eget arbeid som har sviktet, og dette er i kjernen av entreprenørens ansvarsområde. Avtalen er inngått på et tidspunkt da utfordringene med grunnforholdene i sør var kjent, og kompletteringsarbeidene var godt i gang. Det er ingen utenforliggende forhold etter avtalens inngåelse som har påvirket gjennomføringen av kompletteringsarbeidene.

Mikas anførsel om at tapets størrelse i seg selv taler for revisjon, bygger på deres oppfatning om at tapet er rundt 100 millioner kroner, men staten bestrider at det foreligger et tap i denne størrelsesorden.

Heller ikke avtaleloven § 36 gir grunnlag for revisjon av avtalen. Det er en avtale mellom profesjonelle parter, som er inngått basert på en alminnelig vurdering av kjent risiko. Det er ingen ytre påvirkninger etter at avtalen ble inngått som har ført til tap for Mika.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Statens v/Samferdselsdepartementet tilkjennes saksomkostninger

Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som tingretten.

Rettslige utgangspunkter

Det første hovedspørsmålet i saken er om Mika har krav på et tilleggsvederlag for merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene som følge av redusert produktivitet og forstyrrelser på arbeidet fordi grunnforholdene var dårlige.

Det formelle grunnlaget for kravet er NS 3430 punkt 21.1 som var gjort til en del av partenes avtale. Etter denne bestemmelsen har entreprenøren krav på å få dekket merutgifter som han påføres av årsaker som må henføres til byggherrens forhold. NS 3430 inneholdt ingen uttrykkelig regulering av vederlag som skyldes såkalt plunder og heft, men partene er enige om at bestemmelsen i NS 8405 punkt 25.2 bokstav b og c er en kodifisering av gjeldende rett også etter NS 3430. Det følger av NS 8405 punkt 25.2 bokstav c at entreprenøren har "krav på vederlagsjustering som forårsakes av (...) hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for". I punkt 25.3 bokstav b fremgår at entreprenøren skal varsle byggherren særskilt dersom kravet på vederlagsjustering omfatter "økte utgifter pga nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold som angitt i punkt 25.2". Kravet skal varsles uten ugrunnet opphold.

De spesielle kontraktsbestemmelsene i kapittel D 2 omfatter en særskilt bestemmelse om ansvar for grunnforholdene som begrenser byggherrens ansvar noe i forhold til det som følger av standardbestemmelsene. Bestemmelsen lyder slik:

19 Grunnforhold / fjellforhold

Beskrivelsen / rapporten(e) skal gi entreprenøren grunnlag for egne vurderinger av grunnforholdenes betydning for entreprenørens arbeid.

Entreprenøren kan ikke påberope at de virkelige forhold avviker fra beskrivelsen/rapporten(e) med mindre det foreligger markert avvik som entreprenøren ikke verken kunne eller burde ha oppdaget før pristilbud for arbeidene ble inngitt. Dersom det foreligger et slikt markert avvik, må entreprenøren i tillegg påvise at han er påført nødvendige merkostnader som klart overskrider kostnader som kunne ha påløpt med slike variasjoner i de beskrevne forhold som erfaringsmessig kan forekomme.

En eventuell kompensasjon til entreprenøren skal tilfelle bare gjelde avvik av kostnadmessig betydning mellom forholdene som de virkelig har vist seg å være, og slik de kunne ha vært med slike variasjoner i de beskrevne forhold som erfaringsmessig kan forekomme.

De vanlige regler om varsling og utmåling av kompensasjon gjelder i tillegg.

Bestemmelsen begrenser således området for byggherrens ansvar til markerte avvik og merkostnader som klart overskrider kostnader som følge av variasjoner i de beskrevne forhold som erfaringsmessig kan forekomme. I det følgende omtales også de utgiftene som omfattes av byggherrens ansvar, for enkelhets skyld som vesentlige merkostnader eller merutgifter.

Forelå det markert avvik mellom de virkelige grunnforholdene og kontrakten?

Det første spørsmålet blir etter dette om det forelå et markert avvik i grunnforholdene i forhold til det som fulgte av kontrakten. Svaret på dette spørsmålet vil bero på en sammenligning av de virkelige grunnforholdene med beskrivelsen i den ingeniør-geologiske rapporten sammenholdt med de kontraktsbestemmelsene som særlig gir uttrykk for byggherrens vurdering av grunnforholdene. Som nevnt ovenfor er det byggherren som har angitt kontraktens mengder.

I den ingeniørgeologiske rapporten var tunneltraséen delt i tre hovedsoner: Den nederste sonen mot sør strakk seg fra Vinterbro til Dalselva. Den midterste sonen gikk fra Dalselva til Jernbanen, og den øverste sonen strakk seg fra Jernbanen til Assurdalen. Det var visse variasjoner i beskrivelsen av bergartene i de tre sonene, men for alle var det angitt at berggrunnen besto av granittisk gneis. I punkt 3 i rapporten er det gitt en generell redegjørelse for grunnforholdene i hele traséen, som er gjengitt i tingrettens dom. Her gjengis bare punkt 3.2 om bergartene:

Bergartene i det undersøkte området er en del av det prekambriske sørøstnorske grunnfjellet og består for det meste av gneis. Gneisen er i tillegg gjennomsett av flere større og mindre drag, ganger og årer av gabbroide bergarter, i første rekke amfibolitt.

En nord-sørgående rombeporfyrgang med bredde ca. 10 m krysser det undersøkte området nær Nøstvedt.

På det ingeniørgeologiske kartet, tegn. nr.-1, er det ikke skilt mellom forskjellige bergarter, da det anleggsteknisk sett antas at egenskapene for de ulike bergartene ikke varierer vesentlig.

Om den nederste sonen fra Vinterbro til Dalselva, som omfatter den omtvistede delen av tunneltraséen, er det blant annet uttalt:

4.1.2 Bergarter

Berggrunnen består hovedsakelig av granittisk gneis med markert foliasjon med strøk 20 [grader] V – 60 [grader] Ø og fall 50 – 70 [grader] mot vest.

4.1.3 Oppsprekking

Oppsprekkingen er uregelmessig med plane og utholdende sprekker. De mest markerte sprekkeene er foliasjonssprekker, samt et sett med strøk N 0 – 10 [grader] Ø. Sprekkerosen på ingeniørgeologisk kart viser at det er flere sprekkesett med stor variasjon i retning.

4.1.4 Svakhetssoner

Det ingeniørgeologiske kartet viser flere markerte svakhetssoner. De antatt største sonene er orientert ca. N-S på begge sider av Vinebergåsen. I tillegg er det en svært markert sone som følger Dalselva med orientering NV-SØ. Denne sonen er det antatt mest kritiske partiet for tunnelprosjektet. Overdekningen for fjelltunnelen vil her være ca. 5 meter på det minste og sonene vil være oppknust med serpentinit, leire og andre fyllmaterialer på sprekkeflatene, kfr. utførte kjerneboringer i sonen.

Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å gjengi rapportens beskrivelse av de to andre sonene. Som nevnt er bergarten angitt som granittisk gneis også for disse to sonene. Kort oppsummert er grunnforholdene beskrevet som noe bedre i disse to sonene enn i den nederste, med noe bedre kvalitet på berget, større avstand mellom sprekkeene og færre og mindre markerte svakhetssoner.

Den ingeniørgeologiske rapporten danner grunnlaget for mengdeangivelsene i anbudsgrunnlaget. Disse var utarbeidet av rådgiverselskapet Aas-Jacobsen, som prosjekterte arbeidet på oppdrag fra Statens vegvesen. Det er særlig tre prosesser som har stått i fokus under partenes prosedyre for lagmannsretten: Prosess 32.23 Sprengning av tunnel med salvelengde 2,0-3,0 meter, prosess 32.24 Sprengning av tunnel med flerdelt tverrsnitt og prosess 33.21 Bolter på stoff.

For de to sprengningsprosessene var mengden oppgitt til 10 000 kubikkmeter for hver. Som redegjort for ovenfor under saksfremstillingen ville det være nødvendig å redusere salvelengdene eller bruke flerdelte tverrsnitt der hvor bergkvaliteten var for dårlig til normale salvelengder. Fridtjof W. Andreassen fra Aas-Jacobsen forklarte under hovedforhandlingen at det var totalmengden på 20 000 kubikkmeter som ga uttrykk for

deres forventning om behovet. Fordelingen mellom korte og flerdelte salvelengder var vilkårlig angitt med en halvpart på hver. I tillegg til disse sprengningsprosessene vil særlig det anslåtte behovet for sikringsmidler gi uttrykk for byggherrens forventninger om bergkvaliteten. Under prosesskode 33.21 Bolter på stoff er det gitt mengdeangivelser for flere ulike boltetyper. Som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor, ble det brukt større mengder av enkelte boltetyper.

Mengdene i anbudsgrunnlaget gir uttrykk for byggherrens forventninger om behovet, men det ligger i kontraktens system med enhetspriser at begge parter er forberedt på at de faktiske mengdene kan bli annerledes enn angitt. Under ankeforhandlingen ble det opplyst at entreprenøren må ta høyde for en økning av sikringsmidlene med inntil 100 prosent. Entreprenøren må også i tilbudet inkludere tomgang og heft som følge av den fremgangsmåten som velges for sikringsarbeidet. Disse prinsippene er fastslått innledningsvis under kapittel 33 Stabilitetssikring:

- a) Prosessen omfatter all stabilitetssikring som må utføres utover forsvarlig driftsrensk for å kunne drive og levere ferdig tunnel med tilfredsstillende sikkerhet. Omfanget av sikringen på stoff er den utførendes ansvar. Metoden for sikring på stoff fastlegges av den utførende og byggherren i samråd. Metoden og omfang av sikring bak stoff fastlegges av byggherren. Prosessen skal foruten selve sikringsarbeidene også inkludere tomgang, heft, maskinleie inkl. tomgangsleie, samt arbeidslønn også til arbeidskraft som helt eller delvis får dødtid som følge av den fremgangsmåte som anvendes, f.eks. verkstedpersonale, tippmannskap, reparatører etc.

De økonomiske konsekvensene av endringene er ivaretatt gjennom enhetsprisene. I tillegg inneholder kontrakten bestemmelser om automatisk forskyvning av tidsfristene ved endringer i mengdene av enkelte arbeidsprosesser, det såkalte ekvivalenttidsregnskapet. Det er ikke nødvendig for lagmannsretten å beskrive detaljene i dette, men det nevnes at prosessene for stabilitetssikring bak og foran stoff er inkludert i ekvivalenttidsregnskapet og altså gir grunnlag for fristforskyvninger ved endringer, mens prosessene for sprengning med korte og tverrdelte salvelengder ikke var inkludert i ekvivalenttidsregnskapet slik det var utformet på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Komponentene i ekvivalenttidsregnskapet er resultat av forhandlinger mellom Statens vegvesen og entreprenørenes bransjeorganisasjoner, og det er opplyst at korte og tverrdelte salvelengder nå er en del av regnskapet. Lagmannsretten kommer tilbake til betydningen av ekvivalenttidsregnskapet nedenfor.

I kontraktsgrunnlaget er fordelingen av sikringsmidler anslått til en tredjedel på den sørlige delen av tunnelen og to tredjedeler på den nordlige delen av tunnelen, se kontrakten punkt D 2 10. Statens vegvesen har vist til at det var tre kjørefelt i deler av tunnelen nordover, slik at arealet var større – og bruken av sikringsmidler derfor forholdsmessig mindre per kubikkmeter – i denne delen av tunnelen. Fridtjof W. Andreassen fra Aas-Jacobsen forklarte imidlertid at en tredjedel av samlet tunnellengde lå fra tverrslaget til Vinterbro

mens to tredjedeler lå fra tverrslaget til Assurdalen. På denne bakgrunn hadde de regnet med at når entreprenøren hadde fullført drivingen av tunnelen mot Vinterbro, ville han være halvveis til Assurdalen. Deretter skulle entreprenøren gjennomføre ferdig kompletteringsarbeidene mot Vinterbro før man fikk gjennomslag mot Assurdalen og kunne gjennomføre kompletteringsarbeidene mot nord. Etter lagmannsrettens syn innebærer dette at man ved prosjekteringen la til grunn at det ville ta om lag like lang tid å drive tunnelen i begge retninger fra tverrslaget. Dette er også reflektert i delfristene A og D som fastsetter at arbeidet i den sørlige delen av tunnelen skulle være ferdigstilt etter i overkant av ett år, mens den nordlige delen av tunnelen skulle være ferdigstilt ytterligere ett år etter dette.

Lagmannsrettens vurdering av grunnforholdene slik de følger av kontraktsgrunnlaget kan etter dette oppsummeres slik:

I den ingeniørgeologiske rapporten er det beskrevet visse variasjoner i bergartene og grunnforholdene for øvrig mellom sonene. Forholdene fremstår som noe dårligere i den nederste sonen fra tverrslaget til Dalselva, og det er også i denne sonen den mest markerte og antatt mest krevende svakhetssonen er beskrevet. I rapporten er det imidlertid ikke beskrevet vesentlige forskjeller mellom bergartene, og det er gitt uttrykk for at det ikke er vesentlige anleggstekniske variasjoner mellom sonene. Denne opplysningen er reflektert i kontraktens oppstilling over fordelingen av sikringsmidler og i tidsfristene for ferdigstillelse av de to delene av tunneltraséen. Det er ikke påvist kontraktsbestemmelser som ville gi entreprenøren grunn til å anta at han sto overfor særlig krevende forhold i enkelte deler av tunneltraséen. Lagmannsretten kommer tilbake til betydningen av ekvivalenttidsregnskapet under sin vurdering av de faktiske grunnforholdene nedenfor.

På denne bakgrunn er det lagmannsrettens oppfatning at entreprenøren ut fra anbudsgrunnlaget kunne forvente at det ville være omtrent like tid- og ressurskrevende å drive tunnelen i begge retninger.

I sammenligningen med de virkelige grunnforholdene vil lagmannsretten trekke frem følgende forhold:

Den ingeniørgeologiske rapporten inneholdt ikke opplysning om et bergartskille ved Vinebergåsen i den nederste sonen. Dette skillet er beskrevet for lagmannsretten som et skille mellom granittisk gneis og glimmerholdig gneis. Bergartskillet fremgår av et berggrunnskart fra NGU, men dette var heller ikke vedlagt rapporten.

Knut Boge, som utarbeidet rapporten for Statens vegvesen, har forklart for lagmannsretten at denne opplysningen ikke ville få noen praktisk betydning for rapporten. Staten har også vist til at berggrunnen for den nederste sonen er angitt å bestå av "granittisk gneis med markert foliasjon med strøk 20 [grader] V – 60 [grader] Ø og fall 50 – 70 [grader] mot vest", og anført at dette ga entreprenøren grunn til å forvente innslag av glimmerholdige

bergarter. På grunnlag av forklaringen til det sakkyndige vitnet Eivind Grøv legger imidlertid lagmannsretten til grunn at bergartskillet i alle fall ikke er formidlet på en klar nok måte i rapporten.

Odd Oppedal, Lars Runar Murstam og Eivind Klaveness har alle forklart at da de nådde Vinebergåsen våren 2007, fikk Mika problemer med drivingen. De har beskrevet berget som langt mer skifrig og oppsprukket enn i området fra Vinebergåsen til tverrslaget og videre nordover fra tverrslaget. De anleggstekniske konsekvensene var at fjellet raste sammen rundt borkrona, noe som førte til at hullene måtte bores opp gjentatte ganger før de kunne plassere sikringsbolter og salver. Det er også dokumentert en ikke ubetydelig økning i bruken av kortere salvelengder og visse typer sikringsbolter. I partenes temamøte om geologi den 12. november 2007 opplyste Mikas representanter om et merforbruk av sikringsbolter mot sør med 20 prosent i forhold til mot nord. Som referert ovenfor under saksfremstillingen anslo Mika i et senere møte at tidsbruken knyttet til prosessene for boring og lading, rensk og boltemontasje tok 20 til 30 prosent lenger tid mot sør enn mot nord.

Vitnenes forklaringer og dokumentasjonen støttes av det sakkyndige vitnet Eivind Grøv, som har forklart at det er svært vanskelig å drive i glimmerholdig gneis og glimmerskifer. Også Anne-Grethe Nordahl har forklart at representanter for Statens vegvesen på anlegget bekreftet at fjellet var oppsprukket og raste sammen rundt borkrona. Ifølge de kartleggingene av fjellet som geologer fra Statens vegvesen foretok høsten 2007, lå 17,6 prosent av utsprengt tunnallengde i sør i ekstremt dårlig fjell mens tilsvarende tall for nord var 3 prosent for sørgående løp og 4,6 prosent for nordgående løp.

De vanskelige driveforholdene førte til at Mika allerede i april 2007 måtte fravike planen om parallell driving i begge løp sørover og til forsinkelser i fremdriften. Staten har anført at entreprenørens planlagte driftsopplegg og ressursbruk er uten betydning for vurderingen. Lagmannsretten er ikke uenig i at entreprenørens planlagte opplegg vil bero på en rekke forhold som ligger utenfor byggherrens ansvar, men i dette tilfellet inntraff avviket i fremdriftsplanen omtrent samtidig med at entreprenøren støtte på de endrede grunn- og driveforholdene ved Vinebergåsen. Etter lagmannsrettens vurdering er det derfor sannsynliggjort at avviket i fremdriftsplanen våren 2007 i alle fall for en vesentlig del kan føres tilbake til de endrede grunn- og driveforholdene.

Endringen i grunn- og driveforholdene er knyttet til et bergartskille som det ikke var opplyst om, og kontrakten inneholder for øvrig ikke noe som gir entreprenøren grunn til å tro at denne delen av traséen ville være spesielt krevende anleggsteknisk. Lagmannsrettens syn er derfor at det er kvaliteten på grunnen i den øvrige delen av traséen som må være bestemmende for hva entreprenøren hadde grunn til å forvente på grunnlag av rapportens formulering om anleggsteknisk like forhold.

Staten har særlig fremhevet at entreprenørens behov for økonomisk kompensasjon og fristutsettelse ved økning i mengdene er ivaretatt gjennom enhetsprisene og ekvivalenttidsregnskapet. I dette tilfellet var økningen i sikringsmengde såvidt beskjedent at den ikke ga grunnlag for noen fristutsettelse etter ekvivalenttidsregnskapet. Selv om man skulle regnet med økningen i korte salvelengder, slik ordningen er etter det ekvivalenttidsregnskapet som benyttes i dag, ville ikke Mika hatt krav på fristutsettelse. Staten anfører blant annet på denne bakgrunn at det ikke foreligger noe avvik, i alle fall ikke noe markert avvik, i grunnforholdene som gir entreprenøren rett til tilleggsvederlag.

Lagmannsretten er enig i at kontraktens system må innebære at en ren økning av mengdene for korte salvelengder og sikringsbolter innenfor kontraktens rammer ikke i seg selv kan anses som uttrykk for at det foreligger markert avvik i grunnforholdene. Dette er forhold som entreprenøren må være forberedt på og ta hensyn til ved utarbeidelsen av tilbudet og i planleggingen av arbeidet.

I denne saken er det imidlertid ikke treffende å beskrive de drivetekniske endringene bare som en økning i mengdene for korte salvelengder og sikringsbolter. Det forelå endringer i grunnforholdene som førte til at arbeidet ble mer tidkrevende og ineffektivt på en måte som ikke fanges opp av enhetsprisene og ekvivalentregnskapet. Sentralt her står særlig de problemene som entreprenøren fikk med bore- og ladeprosessene på grunn av oppsprukket og løst berg. Som referert ovenfor førte det til at driveprosessene tok mellom 20 og 30 prosent lenger tid mot sør enn mot nord. Etter lagmannsrettens syn må de anleggstekniske konsekvensene av endrede grunnforhold anses for å være vesentlige.

Kort oppsummert legger lagmannsretten vekt på den manglende opplysningen om bergartskillet ved Vinebergåsen, andelen ekstremt dårlig fjell mot sør og de vesentlige drivetekniske konsekvensene som de endrede grunnforholdene fikk. Dette må holdes opp mot beskrivelsen i den ingeniørgeologiske rapporten og kontraktens bestemmelser om salvelengder, sikringsmidler og tidsfrister, som det er redegjort for ovenfor.

Lagmannsrettens konklusjon er at det forelå et markert avvik mellom de virkelige grunnforholdene og kontraktens beskrivelse.

Årsakssammenheng og tap

Konsekvensene av de endrede grunnforholdene var i første rekke at tunneldrivingen mot sør ble forsinket. Som redegjort for ovenfor måtte Mika forlate forutsetningen om parallell drift i begge løp sørover. Dette førte igjen til forsinkelser også for tunneldrivingen mot nord fordi mannskap og utstyr ble bundet opp mot sør i større grad og over lengre tid enn forutsatt.

Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at forsinkelsene i tunneldrivingen både sørover og nordover fikk videre konsekvenser for kompletteringsarbeidene i form av nedsatt produktivitet og forstyrrelser. Forsinkelsene i tunneldrivingen forstyrret den

planlagte vekseldriften og ga mindre tid til kompletteringsarbeidene, som måtte forseres og gjennomføres på en mindre rasjonell måte i kortere strekninger. På tidspunktet for inngåelse av avtale nr. 39 var forsinkelsen i drivingen nordover tre uker, mens det ble avtalt en to og en halv måneds forlengelse av fristen for ferdigstilling av tunnelen og de vesentligste kompletteringsarbeidene sørover. Selv om hele forsinkelsen neppe kan føres tilbake til endrede grunnforhold, finner lagmannsretten det sannsynlig at den delen av forsinkelsen som skyldes grunnforholdene har vært så stor at dette har ført til merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene.

Som følge av lagmannsrettens syn på spørsmålene om tolkning og revisjon av avtale nr. 39 er det ikke nødvendig for retten å ta endelig stilling til størrelsen på de merutgiftene knyttet til kompletteringsarbeidene som kan føres tilbake dårlige grunnforhold. Fordi beløpets størrelse er et moment av betydning for vurderingen av om det er grunnlag for avtalerevisjon, vil lagmannsretten likevel knytte enkelte bemerkninger til kravets størrelse.

Etter kontrakten kan Mika kreve dekket "merutgifter" som følge av markert endrede fjellforhold. Dette innebærer at det er forskjellen mellom faktisk påløpte utgifter som følge av markert endrede fjellforhold og de beregnede utgiftene for en drift uten slike forhold. Mika kan kreve dekket, jf. Rt. 2005 side 788 avsnitt 43, jf. også avsnittene 40, 48 og 49.

Lagmannsretten er således enig med staten i at entreprenørens forutsetninger slik de kom til uttrykk i anbudet, i utgangspunktet ikke vil være avgjørende for de beregningene som foretas.

Slik lagmannsretten har oppfattet Mikas anførsler, er heller ikke Mika uenig i dette prinsipielle utgangspunktet, men det anføres at selskapets kalkyle i dette tilfellet gir et korrekt uttrykk for hvilke kostnader som ville påløpt, dersom grunnforholdene hadde vært i samsvar med kontrakten. Dette begrunnes med at det ikke foreligger andre forhold som kan forklare de store kostnadene. Det er også vist til Borgarting lagmannsretts uttalelse i LB-2011-95644 (Lysaker Brygge) om at "(d)et er mulig at det lidte tap kan gi veiledning dersom man står overfor et entydig årsaksforhold i en entreprise med en entreprenør som har utført et ensartet arbeid."

Nærværende sak gjelder ett krav og er for så vidt knyttet til et relativt ensartet arbeid selv om det omfatter en rekke ulike arbeidsoperasjoner. Lagmannsretten er imidlertid ikke enig i at man står overfor et entydig årsaksforløp hvor det ikke foreligger andre forhold som sannsynligvis har bidratt til forsinkelsene og kostnadsutviklingen.

Som et overordnet og generelt synspunkt vil lagmannsretten innledningsvis bemerke at vi står overfor et hendelsesforløp som strekker seg over om lag to og et halvt år. I denne perioden er det gjennomført en rekke arbeidsoperasjoner knyttet til de ulike hovedaktivitetene - tunneldriving, veibygging og øvrige kompletteringsarbeider. Ulike

arbeidsoperasjoner har skjedd både parallelt og suksessivt. Mikas krav bygger på at dårlige grunnforhold førte til forsinkelser i tunneldrivingen, som igjen førte til forstyrrelser og forsinkelser også for andre arbeider. I et slikt hendelsesforløp vil det imidlertid være en rekke forhold knyttet til driftsopplegg og prioriteringer, leveranser, mannskap og utstyr som også kan føre til forstyrrelser og forsinkelser, og som på samme måte som forsinkelser som skyldes grunnforholdene, kan få ringvirkninger for annet og senere arbeid. Retten kommer tilbake til enkelte slike konkrete omstendigheter som er påvist i denne saken. Det generelle poenget som lagmannsretten vil fremheve her, er at bevisbildet ofte vil være vanskelig og sammensatt i slike saker. I denne saken forsterkes bevisproblemene betraktelig fordi Mika ikke meldte fra om noen krav knyttet til kompletteringsarbeidene underveis i prosessen, men først fremsatte kravet i ettertid med grunnlag i en utarbeidet oversikt over faktisk påløpte kostnader. Da Mika fremsatte kravet, var det nærmere ett år og sju måneder siden tunneldrivingen mot sør var ferdig. Kompletteringsarbeidene som kravet var knyttet til, strakk seg helt tilbake til 2007. Hoveddelene av kravet er knyttet til utgifter som er påløpt i 2008 og første halvdel av 2009. Når dette er situasjonen, blir det svært vanskelig for både byggherren og domstolen å kontrollere om kravet kan føres tilbake til de dårlige grunnforholdene, eller om det også ligger andre årsaker bak.

Lagmannsretten er enig med staten i at det metodisk riktige utgangspunktet, også i denne saken, ville være å påvise konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret og utsatt for produktivitetstap som følge av endrede grunnforhold, og så beregne merutgiftene knyttet til disse konkret påviste forstyrrelsene. En etterfølgende differanseberegning av samlet tap basert på totaltallene i kalkylen og den utarbeidede oversikten over faktiske kostnader er etter lagmannsretten syn ikke en egnet metode for å beregne entreprenørens tap.

Mika har anført at deres driftsopplegg var hensiktsmessig, at kalkylen var realistisk, og at det ikke finnes noen andre omstendigheter knyttet til utførelsen av arbeidet som kan forklare tapet. Videre har Mika anført at staten ikke har anført at det er mangler i driftsopplegget eller kalkylen, eller kunnet påvise andre forhold som kan forklare det store tapet. Som det fremgår ovenfor, er det lagmannsrettens syn at årsaksforløpet ved denne type entreprisarbeider ofte vil være sammensatt. I tillegg bærer Mika ansvar for at bevissituasjonen er blitt vanskelig og uklar fordi de fremmet kravet sent. Lagmannsretten finner det derfor klart at Mika ikke kan skyve bevisbyrden over på staten på denne måten. Det er Mika som må føre bevis for hvilket tap selskapet har lidt. Den usikkerheten som hefter ved kravet som følge av den uklare bevissituasjonen, må Mika bære risikoen for.

Lagmannsretten går så over til å redegjøre for enkelte konkrete omstendigheter som har vært trukket frem i saken, og som etter lagmannsrettens vurdering sannsynligvis også har bidratt til kostnadsutviklingen for kompletteringsarbeidene.

I et byggemøte i oktober 2007 rapporterte Mika at elementmonteringen lå betydelig etter gjeldende fremdriftsplan. Dette gjaldt særlig montering av takelementer som ikke hadde

startet. Fremdriftsproblemene ble forklart med innkjørings- og oppstartsproblemer og mangelfull sprengning av grøfter. Atle Strøm forklarte for lagmannsretten at Mika ikke hadde gravd grøftene store nok og måtte gjøre arbeidet på nytt. Det fremgår av senere byggemøtereferater at elementmonteringen fremdeles var forsinket utover våren 2008.

I desember 2007 ble det ved en stikkprøvekontroll avdekket vesentlige avvik i armeringsoverdekningen på takelementer. Videre undersøkelser viste at alle de leverte elementene hadde denne konstruksjonsfeilen. Elementer som allerede var montert, måtte tas ned, og alle leverte elementer ble reparert på stedet. Det er rapportert om disse problemene i flere byggemøtereferater våren 2008, og det fremgår at utbedringsarbeidene ble igangsatt i april og fullført i juni 2008.

Av et referat fra et samarbeidsmøte i november 2008 fremgår det at Mika hadde hatt bemanningsproblemer:

Mika er enig i at bemanning av sentrale stillinger for oppfølging av betongarbeider har vært for dårlig. Mika har i tillegg foretatt noen ikke vellykkete ansettelser, det har også skjedd at personer har måttet jobbe på andre anlegg. Noe entreprenør ikke syntes er en tilfredsstillende ordning, men dette er direktiv fra Mika sentralt. Mika er enige i at ved utskifting av personell, skal disse erstattes med personell med tilsvarende kompetanse, men mener at de nye personene er like bra kvalifisert som de som er vekk. Mika sier seg enig i at det har vært for snaut med folk på S 1 og S 2.

I samme referat fremgår det noe nedenfor:

Kompletterende arbeider har krevd ekstra oppfølging fra byggherre. Gjentatte ganger er arbeider ikke utført til avtalt tidspunkt. Byggherren blir bedt om å komme og kontrollere, selv om arbeidene ikke er utført. Byggherren etterspør tiltak for å rette på dette.

Våren 2009 ble det rapportert om at monteringen av PE-skum skapte kritiske problemer for overholdelse av delfrist D. Mika leide i begynnelsen av februar inn tre arbeidslag fra Mesta for å bistå med monteringen fordi de selv ikke hadde tilstrekkelig med kompetent personell. Disse arbeidslagene viste seg ikke å fungere, og ble erstattet med nye folk fra AF, som kom på plass i slutten av mars.

Etter lagmannsrettens vurdering er dette eksempler på forhold som ikke bare har ført til direkte produktivitetstap og utgifter knyttet til de enkelte problemene, men som også har hatt sannsynlige konsekvenser i form av forsinkelser og produktivitetstap for annet arbeid. Etter lagmannsrettens syn viser disse forholdene at man står overfor et langt mer sammensatt årsaksforløp enn det Mika gjør gjeldende. Det er ikke grunnlag for å føre alle merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene tilbake til endrede grunnforhold.

Mika ga under prosessen etter inngåelsen av avtale nr. 39 aldri uttrykk for at de endrede grunnforholdene og forsinkelsene i tunneldrivingen hadde ført til forstyrrelser for kompletteringsarbeidene. Dette bidrar, som lagmannsretten har redegjort for, til en uklar bevissituasjon. Det at Mika aldri sa fra underveis, er imidlertid også et forhold som trekker i retning av at det ikke er slik årsakssammenheng mellom grunnforholdene og merutgiftene knyttet til kompletteringsarbeidene som Mika nå hevder. Mika har anført at de ikke begynte å få oversikt over kostnadsbildet før våren 2009. Selv om dette legges til grunn, er det imidlertid påfallende at Mikas prosjektledelse aldri ga uttrykk for at *forsinkelsene* i kompletteringsarbeidene skyldtes de tidligere forsinkelsene i tunneldrivingen. I stedet var det, som redegjort for ovenfor, andre forhold som ble trukket frem som årsak til forsinkelsene. Møtereferatene er begivenhetsnære bevis som med tyngde taler for at de sentrale personene på Mikas side den gangen ikke anså grunnforholdene og forsinkelsene i tunneldrivingen som noen sentral årsak til forsinkelsene i kompletteringsarbeidene.

Som det fremgår ovenfor, har lagmannsretten konkludert med at endrede grunnforhold har ført til plunder og heft for kompletteringsarbeidene. Lagmannsretten antar også at det må legges til grunn som sannsynlig at dette tapet tilfredsstiller vesentlighetskravet i kontrakten punkt D 2 19. Merutgiftene knyttet til kompletteringsarbeidene må i denne sammenheng vurderes sammen med merutgiftene knyttet til tunneldrivingen. Lagmannsretten har imidlertid få konkrete holdepunkter for å vurdere hva som er riktig kompensasjon. Selv om det aksepteres at utmåling av kompensasjon for plunder og heft etter sin art må bero på et skjønn, kan ikke retten overlates til å foreta utmålingen på et rent ut spekulativt eller vilkårlig grunnlag. Etter lagmannsrettens vurdering har Mika ikke i tilstrekkelig grad konkretisert og sannsynliggjort hvilket nivå en kompensasjon rimeligvis bør ligge på. Det er ikke nødvendig for lagmannsretten å ta endelig stilling til om det likevel ville være grunnlag for å fastsette en skjønnsmessig utmålt erstatning, og hva denne i så fall ville være. Lagmannsretten nøyer seg på grunnlag av ovenstående vurderinger med å konkludere med at et sannsynlig tap uansett måtte settes betydelig lavere enn Mikas påstand.

Er Mikas krav avskåret etter avtale nr. 39?

Fra senhøsten 2007 forhandlet partene om en kompensasjon til Mika som følge av plunder og heft på grunn av endrede grunnforhold i den sørlige delen av tunnelen. Etter disse forhandlingene inngikk partene avtale nr. 39 den 3. mars 2008. Avtalen har to hovedelementer: For det første blir det avtalt en forlengelse av delfrist A med to og en halv måned frem til 15. juli 2008 (den var allerede utsatt fra 15. mars til 1. mai). For det andre ble det avtalt et tilleggsvederlag på 8 768 599,97 kroner for 13 av de tunneldrivende prosessene. Tilleggsvederlaget fremkom ved at prisene for disse prosessene ble økt mellom 15 og 27,5 prosent. Økningen tilsvarer omtrent de anslagene over økt tidsbruk for tunneldrivende prosesser som Mika hadde gitt i temamøte nr. 17 om geologi i november 2007. På bakgrunn av dette og Øyvind Storløkkens forklaring, legger lagmannsretten til grunn at tilleggsvederlaget er fremkommet ved en sammenligning av tidsbruken mellom sør og nord.

Det springende punktet i tvisten gjelder tolkningen av bestemmelsen i fjerde avsnitt i avtalen (av tingretten omtalt som tredje avsnitt). Bestemmelsen lyder slik:

Denne avtalen utgjør et fullt og endelig oppgjør til Mika AS for ethvert forhold/følgekonsekvens som kan tilbakeføres til fjellforholdene fra tverrslaget og til Vinterbro (S1 og S2).

Det dreier seg om en forretningsmessig avtale som er inngått mellom profesjonelle parter. Etter teori og rettspraksis bør kontrakten i utgangspunktet tolkes objektivt med stor vekt på avtalens ordlyd med mindre det kan påvises at partene har hatt en felles forståelse som avviker fra ordlyden, jf. Rt. 2002 side 1155. Noen slik felles forståelse foreligger ikke i denne saken.

I likhet med tingretten finner lagmannsretten at ordlyden entydig gir uttrykk for at tilleggsvederlaget skal være fullt og endelig oppgjør for alle påløpte og fremtidige merutgifter knyttet til så vel kompletteringsarbeidene som tunneldrivingen, som kan føres tilbake til grunnforholdene i den sørlige delen av tunnelen.

Lagmannsretten er ikke enig med Mika i at det er motstrid mellom bestemmelsen i fjerde avsnitt og setningen som avslutter andre avsnitt – "(a)vtalen gjelder kun område fra tverrslaget til Vinterbro (S1 og S2) og kan ikke gjøres gjeldende for andre deler av tunnelen". Lagmannsretten kan heller ikke se at de to bestemmelsene, holdt opp mot hverandre, gjør avtalen uklar. Etter lagmannsrettens syn er det klart at siste setning i andre avsnitt refererer tilbake til avsnittet for øvrig, og innebærer at de avtalte endringene i vederlaget for enkelte tunneldrivende prosesser ikke kan gjøres gjeldende for arbeid knyttet til tunneldrivingen mot nord.

Mika har særlig vist til at partene i forhandlingene bare hadde diskutert konsekvensene for tunneldrivingen, og at avtalen derfor ikke kan fortolkes slik at den avskjærer Mikas krav på dekning av merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene. Etter lagmannsrettens syn kan ikke avtalens forhistorie begrunne en slik begrensende fortolkning av avtalen i strid med dens ordlyd. Lagmannsretten er for øvrig enig med tingrettens flertall i at omstendighetene rundt avtaleinngåelsen heller er et moment i favør av en fortolkning i samsvar med ordlyden.

Avtalen ble inngått etter at Mika høsten 2007 fremmet krav om tilleggsvederlag og fristutsettelse på grunn av dårlige grunnforhold sørover. Fra Mikas side ble det anført at dette fikk konsekvenser for tunneldrivingen både nordover og sørover. I Oppedals skisse over konsekvensene var også konsekvenser for kompletteringsarbeidene nevnt. Det ble gjennomført flere forhandlingsmøter mellom partene mellom november 2007 og februar 2008 da avtalen ble inngått. I disse forhandlingene avviste Statens vegvesen å diskutere

kompensasjon for annet enn dokumenterte merkostnader i den sørlige delen av tunnelen, og fokus for diskusjonene ble derfor konsekvensene for tunneldrivingen mot sør. Statens vegvesen utarbeidet tilbud til avtale på grunnlag av sin forhandlingsposisjon og de diskusjonene partene hadde hatt. Da Mika mottok dette tilbudet, var de derfor klar over at de hadde hatt og ville få merutgifter knyttet til tunneldrivingen både nordover og sørover som avtalen ville avskjære selskapet fra å gjøre gjeldende. Tunneldrivingen mot sør var nærmest avsluttet, og de var i gang med kompletteringsarbeidene selv om disse var kommet kortere enn tingretten hadde lagt til grunn. Både for Statens vegvesen og Mika var det på denne bakgrunn nærliggende at de dårlige grunnforholdene kunne få konsekvenser også for kompletteringsarbeidene. Når det mot denne bakgrunn inntas en bestemmelse i avtalen om at den utgjør fullt og endelig oppgjør for alle konsekvenser av grunnforholdene mot sør, er det nærliggende også ut fra forhistorien å fortolke avtalen slik at den avskjærer krav knyttet til kompletteringsarbeidene.

Etter lagmannsrettens syn er det heller ikke andre omstendigheter rundt avtaleinngåelsen som kan tilsi en fortolkning i strid med ordlyden. Bestemmelsen fremgår klart av avtalen, og Mika fikk god tid til å vurdere denne før akseptfristen gikk ut. Det kan da ikke føre til en annen tolkning at partene ikke hadde diskutert utformingen av avtalen eller denne bestemmelsen spesielt før avtalen ble signert.

Når det gjelder partenes forutsetninger, har vitnene Anne Grethe Nordahl og Øyvind Storløkken gitt uttrykk for at de forsto avtalen i samsvar med sin ordlyd som fullt og endelig oppgjør for alle krav knyttet til grunnforholdene i sør, og at dette var helt sentralt for dem ved avtaleinngåelsen. Når det gjelder Mika, finner lagmannsretten deres forklaringer om de forutsetningene de gjorde seg på tidspunktet for avtaleinngåelsen, nokså uklare. Odd Oppedal forklarte blant annet at han ikke la så stor vekt på formuleringen, men mente at avtalen gjaldt tunneldrivingen som var det partene hadde diskutert. Lars Runar Murstam ga uttrykk for lignende synspunkter.

Partenes etterfølgende opptreden hvor Mika aldri knyttet forsinkelsene i kompletteringsarbeidene til grunnforholdene eller fremmet noe krav, men tvert i mot aksepterte dagmulkt for fristoversittelse, taler imidlertid mot at Mikas representanter den gangen hadde en slik klar forutsetning om at avtalens rekkevidde var begrenset.

Mika har anført at avtalen må fortolkes mot Statens vegvesen som har tatt initiativ til og forfattet den. Lagmannsretten bemerker at disse tolkningsprinsippene primært vil få betydning når avtalen er uklar, noe som ikke er tilfellet her. Etter lagmannsrettens syn tilsier heller ikke hensynet til rimelighet eller balanse i avtaleforholdet en fortolkning klart i strid med avtalens ordlyd. Dette er et moment som i denne saken primært må drøftes under spørsmålet om avtalerevisjon.

Etter dette er lagmannsrettens konklusjon at avtale nr. 39 i utgangspunktet avskjærer Mikas krav på tilleggsvederlag knyttet til kompletteringsarbeidene.

Er det grunnlag for avtalerevisjon etter de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36?

Som et subsidiært grunnlag for sitt krav har Mika anført at avtale nr. 39 skal revideres etter de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger, alternativt avtaleloven § 36.

Med hensyn til de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger, viser lagmannsretten til Rt. 2010 side 1345 avsnitt 63, hvor Høyesterett oppsummerer vilkårene for avtalerevisjon på dette grunnlaget slik:

For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjonen. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. Rt. 1999 side 922 på side 931.

I denne saken er det anført at merutgiftene som følge av plunder og heft for kompletteringsarbeidene er blitt mye høyere enn forutsatt ved inngåelsen av avtale nr. 39.

Lagmannsretten legger til grunn at både Mika og Statens vegvesen mente at avtale nr. 39 utgjorde et balansert oppgjør for de merutgiftene Mika var påført som følge av plunder og heft på grunn av grunnforholdene, og at det således er riktig at ingen av partene forutså vesentlige merutgifter knyttet til kompletteringsarbeidene. Det må også legges til grunn at Mika ikke ville inngått avtalen, dersom selskapet hadde vært klar over at det ville påløpe store merutgifter som det ville være avskåret fra å kreve dekket.

I likhet med tingretten er det imidlertid lagmannsrettens vurdering at dette er en forutsetning som Mika må bære risikoen for.

På tidspunktet for avtaleinngåelsen var situasjonen, som tidligere redegjort for, at tunnelen sørover nærmest var ferdig drevet, mens man var over halvveis nordover.

Kompletteringsarbeidene var i gang. Man visste altså hvilke problemer og forsinkelser tunneldrivingen sørover hadde medført, og dermed hadde Mika grunnlag for å vurdere hvilke faktiske og økonomiske konsekvenser dette ville få for kompletteringsarbeidene.

Den anførte begrunnelsen for kravet er utelukkende at forsinkelsene i tunneldrivingen førte til plunder og heft for kompletteringsarbeidene. Det er ikke anført at det er noen andre omstendigheter utenfor Mikas kontroll som har inntruffet etter avtaleinngåelsen, og som

har bidratt til merutgiftene knyttet til kompletteringsarbeidene. Den forutsetningen som ikke er oppfylt, er således Mikas egen vurdering av de faktiske og økonomiske konsekvensene av de forsinkelsene som allerede var et faktum da avtalen ble inngått.

Lagmannsretten er uenig med Mika når det anføres at Mika på tidspunktet for avtaleinngåelsen ikke hadde muligheter for å forutse de store økonomiske konsekvensene for kompletteringsarbeidet. Etter rettens syn er det klart at Mika kunne forutse at forsinkelsene ville få negative konsekvenser for arbeidet og kostnadsutviklingen for kompletteringsarbeidene selv om omfanget kunne være usikkert. Det ligger innenfor entreprenørens ansvarsområde å foreta slike vurderinger, og utgangspunktet må da være at entreprenøren må bære risikoen for manglende eller sviktende vurderinger.

Mika var heller ikke under noen form for press som tilsa at selskapet måtte inngå en snarlig avtale. Hvis selskapet hadde funnet de fremtidige utgiftene for usikre, kunne man enten tatt forbehold om å fremme krav knyttet til kompletteringsarbeidene senere, eller latt være å inngå avtalen dersom Statens vegvesen ikke hadde akseptert dette. Mika kunne da varslet sine krav knyttet til både tunneldrivingen og kompletteringsarbeidene og fremmet spesifiserte krav senere.

Etter lagmannsrettens vurdering er det heller ingen andre omstendigheter knyttet til avtalens tilblivelse som etter en helhetsvurdering kan begrunne revisjon.

Mika har anført at tapets størrelse sterkt taler for at avtalen revideres. Som det fremgår ovenfor, finner ikke lagmannsretten å kunne legge til grunn at Mika er påført merutgifter i den størrelsesorden som anføres. Det sannsynlige tapet er betydelig lavere, og den usikkerheten som hefter ved dets størrelse, må Mika under enhver omstendighet bære risikoen for. Lagmannsretten legger til grunn at Mika er kommet dårlig ut økonomisk av prosjektet og avtale nr. 39, men dette er verken i seg selv eller sammenholdt med andre momenter i saken, tilstrekkelig til å begrunne en revisjon av avtalen.

Med hensyn til avtaleloven § 36 som er anført fra Mikas side som et alternativt grunnlag for kravet, legger lagmannsretten til grunn at bestemmelsen kan begrunne avtalerevisjon utover hva som vil følge av de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger. Terskelen vil imidlertid være høy når man står overfor en kontrakt i næring mellom profesjonelle parter. Det vises til Rt. 1999 side 922, som gjaldt en større broentreprise, hvor Høyesterett uttalte at "avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står overfor".

I denne saken finner lagmannsretten at vurderingen etter avtaleloven § 36 faller sammen med vurderingen etter de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger. Det er de samme momenter og hensyn som gjør seg gjeldende, og resultatet må bli det samme. Etter

lagmannsrettens vurdering kan verken tapets størrelse, avtalens tilblivelse eller andre momenter gi grunnlag for en revisjon etter avtaleloven § 36.

Konklusjon og sakskostnader

Etter dette forkastes anken.

Staten har vunnet saken fullt ut og har krav på full erstatning for sakskostnadene, jf. hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Mika har fått medhold i enkelte anførsler, men lagmannsretten har ikke vært i tvil om resultatet. Det foreligger heller ikke andre grunner som tilsier at det skal gjøres unntak fra hovedregelen.

Advokat Remmen har levert kostnadsoppgave hvor advokatsalæret er oppgitt til 544 935 kroner. I tillegg kommer merverdiavgift med 136 233,75 kroner, utlegg til juridisk utdrag med 2 182 kroner, reiseutgifter med 3 055,82 kroner og utgifter til vitner og befarings med 58 000 kroner, til sammen 744 610,57 kroner.

Advokat Kobbé har hatt innvendinger til det antallet timer som er benyttet under ankeforhandlingen, jf. tvisteloven § 20-5 tredje ledd bokstav c, til sammen 130 timer. Han har selv benyttet 69 timer i samme periode. Advokat Remmen har opplyst at oppgaven inkluderer timene for en advokat som i tillegg til ham selv har arbeidet med saken, og som også var til stede under hele forhandlingen. Totalt har advokat Remmen krevd salær for 322 timer mens advokat Kluge har krevd salær for 222 timer. På grunn av høyere timepris utgjør advokat Kluges salærkrav 691 271 kroner, altså i underkant av 150 000 kroner mer enn advokat Remmens krav.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i det oppgitte timeforbruket ved vurderingen av salærkravet. En samlet forskjell på 100 timer er vesentlig. Når det benyttes advokatfullmektig med lavere timesats, gir det imidlertid rom for et høyere timeforbruk innenfor hva som anses som nødvendige kostnader. Når det samlede timetallet må anses som rimelig og heller ikke vesentlig overstiger hva den annen parts advokat har benyttet, må det overlates til prosessfullmektigen å organisere arbeidet slik han finner det hensiktsmessig. Dette gjelder i denne saken for det fremsatte salærkravet frem til hovedforhandling, jf. tvisteloven § 20-5 tredje ledd bokstav a og b. Derimot finner lagmannsretten at det ikke kan anses som en nødvendig kostnad for saken at advokatfullmektigen var til stede under hele ankeforhandlingen. I tillegg må det samlede timetallet på 130 timer for ankeforhandlingen og annet arbeid frem til avslutning av saken etter rettens syn anses for vesentlig å overstige hva som er nødvendig. Et nesten dobbelt så høyt timetall som for motparten i denne fasen kan ikke anses som utslag av en hensiktsmessig organisering av arbeidet. Lagmannsretten gjør etter dette et skjønnsmessig fradrag i salærkravet knyttet til denne fasen med 60 000 kroner inkludert merverdiavgift.

Lagmannsretten skal legge sitt resultat til grunn også for avgjørelsen av sakskostnadsansvaret for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Staten har etter dette krav på dekning av sine kostnader også for tingretten idet Mika for tingretten bare fikk medhold på et punkt av liten betydning. Tingretten tilkjente staten fulle sakskostnader, og lagmannsretten finner at det ikke er grunnlag for å endre denne avgjørelsen.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Mika AS til Staten v/Samferdselsdepartementet 684 610,57 – sekshundreogåttifiretusensekshundreogti 57/100 kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

Kristel Heyerdahl

Hedda Remen

Stein Schjølberg

Bekreftes
for førstelagmannen: