



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 29.06.2016 i Borgarting lagmannsrett

Saksnr.: 15-076130ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Tilkalt dommer,
sorenskriver

Christian Lund
Eirik Vikanes
Pål Prestesæter

Ankende part

Nrc Rail Norge AS

Advokat Morten
Grønvigh

Ankende part

H.F. Wiebe GmbH & Co
KG

Advokat Anders Pind
Advokat Anders Pind

Ankemotpart

Bmo Entreprenør AS

Advokat Hans Christian
Bjønness

DOM

Saken gjelder tvist om oppgjør etter betongarbeider på Lambertseterbanen mellom Brattlikollen og Bergkrystallen i Oslo.

Team Bane AS (Team Bane) ble stiftet i 2011. Selskapet heter nå NRC Rail Norge AS og er en av landets største entreprenører innen jernbanebygging. Selskapet er nå en del av det børsnoterte NRC Group. H.F. Wiebe GmbH & Co KG (Wiebe) er et privateid tysk entreprenørselskap med en betydelig del av sin virksomhet innenfor jernbanesektoren.

Team Bane og Wiebe samarbeidet i 2012 om å bli prekvalifisert til prosjektet "Lambertseterbanen fase 3 og 4", som gjaldt entreprisarbeider på Lambertseterbanen mellom Brattlikollen og Bergkrystallen. Byggherre var Kollektivtransportproduksjon AS (KTP), som var eiet av Oslo kommune. Wiebe skulle være hovedansvarlig for sporarbeidene i prosjektet mens Team Bane skulle være ansvarlig for arbeid med lavspent og strømskinne. Wiebe og Team Bane trakk også inn BMO Entreprenør AS (BMO) og Isachsen Entreprenør AS (Isachsen) i prosjektet. Den 27. august 2012 ble det inngått flere samarbeidserklæringer mellom selskapene, hvor det fremkom at Team Bane og Wiebe ville stå som hovedentreprenør i prosjektet, med BMO og Isachsen som underleverandører for henholdsvis betongarbeider og grunnarbeider.

Anbudsgrunnlaget ble sendt ut fra KTP i oktober 2012, og dette ble videresendt til BMO. Team Bane og Wiebe vant anbudskonkurransen og inngikk 27. februar 2013 avtale med KTP om arbeidene (heretter omtalt som Hovedkontrakten). I etterkant av kontraktsinngåelsen etablerte Team Bane og Wiebe et ansvarlig selskap, Team Bane Wiebe ANS (TBW), som fikk avtalen transportert til seg.

Den 1. mars 2013 sendte prosjektleder Frank Halvorsen hos Team Bane et utkast til avtale mellom Team Bane/Wiebe og BMO til Bent Asbjørnhus, som var prosjektleder hos BMO. I utkastets punkt 2 fjerde avsnitt var følgende bestemmelse tatt inn:

Denne avtalen er basert på prinsippet "Back to back" hvor UNDERENTREPRENØR har de samme forpliktelser overfor HOVEDENTREPRENØR som HOVEDENTREPRENØR har overfor KTP AS.

- a) Ved identifisering av endringsarbeid skal dette uten ugrunnet opphold varsles skriftlig til HOVEDENTREPRENØR.
- b) Det er avtalt at HOVEDENTREPRENØR kun skal dekke økonomiske krav fra UNDERENTREPRENØR under forutsetning av at KTP som byggherre godkjenner tilsvarende krav fra HOVEDENTREPRENØR.

I en e-post 5. mars 2013 fra Asbjørnhus til Halvorsen kommenterte Asbjørnhus dette som følger:

Punkt 2, 4. avsnitt, underpunkt b): Dette punktet er ok for så vidt gjelder krav som Hovedentreprenør skal dekke. Krav som ligger utenfor Hovedentreprenørs ansvarsområde ihht kontrakt må regnes som et økonomisk mellomværende mellom Hovedentreprenør og Underentreprenør. (Eksempelvis om det finnes elementer som ikke har blitt priset av noen UE til HE ifm tilbudskonkurransen.)

Denne kommentaren medførte at Frank Halvorsen tilføyde en ny bokstav c) i punkt 4 fjerde ledd. Det var så en videre dialog mellom Halvorsen og Asbjørnhus. Den 27. mai 2013 sendte Halvorsen en e-post til Asbjørnhus hvor han oversendte avtalen undertegnet av Team Bane/Wiebe. I e-posten uttales det at det har "vært en lang kontraktsprosess men har justert ihht dine innspill". I selve avtalen, heretter omtalt som Avtaledokumentet, har punkt 2 fjerde ledd fått følgende ordlyd:

Denne avtalen er basert på prinsippet "Back to back" hvor UNDERENTREPRENØR har de samme forpliktelser overfor HOVEDENTREPRENØR som HOVEDENTREPRENØR har overfor KTP AS. Dette prinsippet gjelder alle forhold som berører HOVEDENTREPRENØR'S kontrakt med KTP AS. For øvrige forhold som ikke berører HOVEDENTREPRENØR'S kontrakt med KTP AS, gjelder ikke prinsippet om "Back to back".

- a) Ved identifisering av endringsarbeid skal dette uten ugrunnet opphold varsles skriftlig til HOVEDENTREPRENØR.
- b) For de forhold som kommer inn under prinsippet om "Back to back" er det avtalt at HOVEDENTREPRENØR kun skal dekke økonomiske krav fra UNDERENTREPRENØR under forutsetning av at KTP som byggherre godkjenner tilsvarende krav fra HOVEDENTREPRENØR. For de forhold som ikke kommer inn under prinsippet om "Back to back" gjelder ikke forutsetning i forrige setning.
- c) Arbeider som bestilles av HE og som ikke fremgår av denne kontrakt avregnes etter skriftlig avtale for hvert enkelt tilfelle.

Av Avtaledokumentets bestemmelser for øvrig fremgår det i punkt 10 at tidsfristene for BMO er de samme som i henhold til TBWs avtale med KTP. Det følger av denne bestemmelsen at alle arbeider i prosjektet skal være ferdigstilt 30. august 2013. Punkt 11 omhandler rapportering og kommunikasjon. Punkt C i denne bestemmelsen har følgende ordlyd:

C. Ved avslutning av prosjekt

- Avsluttende og godkjente målebrev: Sendes ved tidspunkt for avslutning av produksjon.
- Avsluttende og godkjente sjekklistor: Sendes ved tidspunkt for avslutning av produksjon.
- Sluttregnskap: Sendes 5 dager etter avsluttet produksjon.

BMO undertegnet ikke Avtaledokumentet. 23. juni 2013 sendte Asbjørnhus i BMO en e-post til Halvorsen i TBW. Asbjørnhus skrev i e-posten at de på grunn av TBWs håndtering av prosjektet underveis hadde fått avtaledokumentet gjennomgått av ekstern jurist. På bakgrunn av denne gjennomgangen kunne ikke BMO se at de kunne undertegne

Avtaledokumentet "uten store omfattende endringer ift den foreslåtte kontrakten, og forholder oss til det som var utgangspunktet. Dvs at konkurransegrunnlagets bestemmelser er gjeldende for vår avtale i den utstrekning som gjelder våre tilbudte arbeider".

TBW ved Halvorsen besvarte e-posten 8. juli 2013. Halvorsen fastholdt at BMO var bundet av Avtaledokumentet slik det forelå.

Prosjektet ble overlevert til byggherren i slutten av august 2013. Den 16. september 2013 sendte Frank Halvorsen en e-post til prosjektlederne hos alle de fire entreprenørene på prosjektet. I e-posten bad Halvorsen om å få sluttoppstilling for både endringsarbeid og hovedkontraktens prosesser. For endringsarbeider ble det satt en frist til 19. september. For hovedkontraktens prosesser ble det uttalt at denne ikke kunne utarbeides før alle målebrev var ferdigstilt. Avslutningsvis i e-posten står følgende:

Stå på alle sammen. Kanskje klarer vi å "overraske" byggherre med å levere sluttregnskap tidligere enn hva som er forventet....

BMO sendte inn sin sluttoppstilling 27. september 2013. Slutfaktura pålydende 3 206 310 kroner er datert 30. september 2013. I denne perioden oversendte BMO også en rekke andre fakturaer til TBW. Disse ble kommentert og til dels avvist av TBW. Slutfakturaen ble kommentert i en e-post 20. oktober 2013 fra Halvorsen til Asbjørnhus som følger:

Denne faktura godkjennes ikke for utbetaling. Saken omhandler sluttoppgjør. I henhold til kontrakt kan ikke BMO Entreprenør utføre slutfakturering før AF Team Bane Wiebe ANS har fått godkjent sluttoppstilling fra byggherre.

Asbjørnhus svarte dagen etter i en e-post blant annet følgende:

For det første ønsker vi å presisere at vi forholder oss til kontraktsbestemmelsene gitt i konkurransegrunnlaget ifm tilbudskonkurransen for dette prosjektet. Det er ingen enighet om noen kontrakt utover dette.

[...]

Det er riktig at denne fakturaen omhandler sluttoppgjør. Vi kan ikke se noe sted i kontraktsbestemmelsene nevnt ovenfor som tilsier at vi ikke kan sende slutfaktura før HE har fått sin sluttoppstilling godkjent av byggherre. Team Bane har bedt om å få tilsendt sluttoppsett fra BMO. Dette har dere fått, og slutfaktura er sendt ihht dette oppsettet.

Også de tre andre entreprenørene sendte inn sluttoppstillinger. TBW sammenstilte alle oppstillingene til en samlet sluttoppstilling som ble oversendt til KTP 19. november 2013. Slutfakturaen tilknyttet sluttoppstillingen var på 31 384 438 kroner, noe som brakte totalkravet under Hovedkontrakten opp til omkring 191 millioner kroner.

Den 20. desember 2013 sendte BMO et brev til TBW med overskrift "Lambertseterbanen fase 3 og 4 – varsel om rettslig inndrivelse av utestående beløp". I brevet refereres det først til tidligere utsendte fakturaer, inkludert slutfakturaen. Deretter står det:

Det står ubetalte beløp for til sammen kr. 10.270.800,03 ifm ovenstående fakturaer. Fristen for å komme med innsigelser til slutfaktura er for lengst gått ut uten at innsigelser foreligger. Samtlige av våre krav er derfor som akseptert å regne, selvfølgelig da også tidligere tilsendte fakturaer.

Vi ber om at ovenstående beløp utbetales omgående.
Det gis frist til 3. januar 2014 før vi overlater saken til vår advokat og iverksetter rettslig inndrivelse av kravet.

Brevet ble besvart av daglig leder i Team Bane, Øivind Horpestad, i en e-post 8. januar 2014. Det står i e-posten blant annet:

Som kjent er vi av den oppfatning at det foreligger en bindende avtale basert på "Back to Back" og at BMO sin vederlagsopptjening er avhengig av Byggherrens posisjonering.
Vi har inngitt sluttoppgjør på arbeidene til Byggherren og avventer tilbakemelding derfra. Som kjent har Byggherren avvist en rekke krav som BMO tidligere har fremsatt.

Vi har – så langt vi har hatt grunnlag for det – fremmet de avviste kravene i sluttoppgjøret, og arbeider fremdeles med tilleggsdokumentasjon.

KTP fremkom med sine innsigelser til TBWs sluttoppstilling i brev 15. januar 2014. TBWs sluttoppstilling ble ikke akseptert. KTP fremmet også motkrav. KTP krevde således utstedt kreditnotaer på omkring 41 millioner kroner, samt tilbakebetaling av omkring 18 millioner kroner.

TBW gikk deretter i forhandlinger med KTP om sluttoppgjøret. Entreprenørene i prosjektet, inkludert BMO, ble invitert til å delta. Dette ble akseptert at KTP for så vidt gjaldt den enkelte underleverandørs leveranser i prosjektet. BMO deltok på noen av disse møtene.

TBW og KTP ble enige om et endelig sluttoppgjør i mai 2014. De utarbeidet en forliksavtale, som dog ikke ble undertegnet (Forliksavtalen"). Forliket innebar at TBW ikke fikk gjennomslag for alle sine krav overfor KTP. Basert på forliket satte TBW opp en sluttavregning for BMO. Denne innebar at BMO skulle få utbetalt 1 914 437 kroner. Tilsvarende sluttavregninger ble utarbeidet for de øvrige entreprenørene.

Sluttavregningen ble akseptert at Team Bane, Isachsen og Wiebe. BMO godtok ikke sluttavregningen for sin del, og sendte 21. juni 2014 inn stevning til Oslo tingrett.

Oslo tingrett avsa 6. mars 2015 dom med slik domsslutning:

1. Team Bane AS og H.F. Wiebe GmbH & Co KG dømmes in solidum til å betale til BMO Entreprenør AS NOK 9.721.626,17 med tillegg av lovens forsinkelsesrente av NOK 150.000 fra 30.7.2013, NOK 147.375 fra 5.8.2013, NOK 219.260 fra 5.8.2013, NOK 881.371,25 fra 31.8.2013, NOK 500.000 fra 5.9.2014, NOK 941.427,50 fra 5.10.2013, NOK 771.868,75 fra 27.10.2013, NOK 2.721.937,50 fra 27.10.2013, NOK 731.250 fra 27.10.2013, NOK 2.365.368,31 fra 1.12.2013 og av NOK 291.767,86 fra 26.2.2014. Beløpene forfaller til betaling 2-to-uker etter forkynnelse av dommen.
2. Team Bane AS og H.F. Wiebe GmbH & Co KG dømmes in solidum til å betale BMO Entreprenør AS`s sakskostnader med 792 868 – sjuhundreogtittitusen-åttehundreogsekstiåtte-kroner. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter forkynnelse av dommen.

Team Bane AS og H.F. Wiebe GmbH & Co KG har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Saksforberedende dommer besluttet i planleggingsmøtet avholdt 17. august 2015 at ankeforhandlingen skulle deles etter tvisteloven § 16-1, slik at det først skulle forhandles om TBWs innsigelser mot BMOs sluttoppstilling er prekludert. Ankeforhandling om dette spørsmålet er holdt 7. – 9. mars 2016 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt to vitner.

I brev 18. mars 2016 fra rettens leder til partenes prosessfullmektiger ble partene meddelt at lagmannsretten hadde besluttet at ankesaken skulle fortsette ved at det skulle forhandles også om realitetene i TBWs innsigelser mot BMOs sluttoppstilling. Ankeforhandling om disse spørsmålene er holdt 18. – 20. mai 2016 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt ett vitne.

Om bevisføringen ellers vises det til rettsboken.

De ankende parter, **Team Bane AS og H.F. Wiebe GmbH & Co KG**, har i hovedtrekk anført:

Preklusjonsreglene i NS 8405 punkt 33.2 kommer ikke til anvendelse da partene har avtalt noe annet i avtalen som er inngått mellom dem. Dette følger blant annet av avtalens bestemmelser om back to back-prinsippet og bestemmelsen om at BMO skulle sende inn sluttregnskap etter ferdigstillelse av arbeidet. Uansett foreligger det motstrid mellom standardavtalens preklusjonsbestemmelser og punkt 2 b) i Avtaledokumentet. Bestemmelsene regulerer ulike forhold, men resultatet av anvendelsen av standardavtalens preklusjonsbestemmelser medfører at det er motstrid mellom standardavtalens

bestemmelser om preklusjon og Avtaledokumentet. Etter motstridsbestemmelsen i Avtaledokumentet må standardavtalen da vike.

Subsidiært anføres det i tilknytning til preklusjonsspørsmålet at det er i strid med de alminnelige regler om lojalitet i kontraktsforhold å påberope seg preklusjonsbestemmelsene. BMO hadde ved å varsle at de anså seg ubundet av Avtaledokumentet skapt en usikkerhet omkring hvilket rettsforhold som gjaldt. BMO var klar over at TBW mente at BMOs krav var avhengig av hva byggherren ville akseptere. I en slik situasjon var det illojalt av BMO ikke å avklare situasjonen med TBW, men i stedet vente på at innsigelsesfristen skulle løpe ut. Atter subsidiært anføres det at sluttoppstillingen fra BMO ikke oppfyller kravene i standardavtalen punkt 33.1.

Kravene fra BMO kan uansett ikke føre frem i større utstrekning enn det som følger av forhandlingsresultatet med KTP. Kontraktsmodellen som ble inngått mellom entreprenørene i prosjektet, forutsatte at partene i fellesskap måtte akseptere eller forkaste det forhandlingsresultat som ble oppnådd med KTP. BMO valgte bevisst ikke å delta i denne prosessen, og kan da ikke i etterkant fremme krav som KTP ikke har akseptert.

Det følger uansett av Avtaledokumentet at BMOs vederlagsopptjening er avhengig av at KTP har akseptert kravet, jf. avtalens punkt 2 fjerde avsnitt.

Subsidiært anføres det at selv om Avtaledokumentet skal forstås slik at back-to-back bestemmelsen kun gjelder krav som KTP er ansvarlig for, må TBW frifinnes for alle krav. Ingen av kravene gjelder forhold TBW kan klandres for, og da er TBW ikke ansvarlig.

TBW's konkrete innsigelser knyttet til de enkelte krav redegjøres det for under behandlingen av kravene nedenfor.

Det er nedlagt slik påstand:

1. NRC Rail Norge AS (tidligere Team Bane AS) og H.F Wiebe GmbH & Co KG frifinnes mot å betale NOK 1.344.938 eks mva med tillegg av rente fra 1. mai 2014 og til betaling skjer.
2. BMO Entreprenør AS betaler til NRC Rail Norge AS (tidligere Team Bane AS) og H.F Wiebe GmbH & Co KG sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten, med forfall to uker fra dommens forkynnelse.

Ankemotparten, **BMO Entreprenør AS**, har i hovedtrekk anført:

TBW's innsigelser mot BMOs sluttoppstilling er prekludert etter standardavtalen punkt 33.2. Det er ingen motstrid mellom denne bestemmelsen og Avtaledokumentet. Preklusjonsbestemmelsene i standardavtalen er heller ikke fraveket ved avtale mellom

partene. Vanlig tolkningsprinsipper gjør det klart at preklusjonsbestemmelsene ikke er fraveket, men gjelder mellom partene.

TBW har ikke fremmet innsigelser mot BMOs sluttoppgjør i samsvar med standardavtalen punkt 33.2. De e-poster og brev som ble sendt fra TBW til BMO før preklusjonsfristen løp ut, oppfyller ikke kravene.

Subsidiært anføres det at preklusjon har inntrådt i alle fall for krav fremmet av BMO som ikke er omhandlet i KTPs brev til TBW 15. januar 2014, samt for TBWs motkrav. For disse forhold var det ingen grunn til å avvente forhandlingsløsningen overfor KTP. Alle slike forhold ble prekludert senest 15. mars 2014, som var to måneder etter KTPs brev 15. januar 2014.

For de krav som ikke er prekludert, anføres det at BMO kun har påtatt seg en vederlagsrisiko for de forhold som omfattes av back-to-back-bestemmelsen. Back-to-back-bestemmelsen i Avtaledokumentet forutsetter at den faktiske og rettslige situasjonen i forholdet mellom BMO og TBW, og mellom TBW og KTP, er den samme. Det er KTPs begrunnelse for å avvise et krav fra TBW som vil være avgjørende for om back-to-back prinsippet får anvendelse. Dersom KTPs avvisning av et krav er begrunnet med forhold som ligger utenfor BMOs kontrakts- og ansvarsområde, vil BMO ikke være ansvarlig for forholdet. Back-to-back prinsippet gjelder heller ikke for krav fra BMO som ikke er videreført fra TBW mot KTP.

Når det gjelder de enkelte krav fremmet av BMO, gjelder de alle forhold som er avvist av KTP med en annen begrunnelse enn at det har skjedd feil hos BMO.

Lagmannsretten gjør nærmere rede for BMOs anførsler knyttet til de enkelte krav under behandlingen av kravene nedenfor.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Team Bane AS og H.F. Wiebe GmbH & Co. KG dømmes in solidum til å betale BMO Entreprenør AS' sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Oversikt over avtaleforholdet

TBW anførte under ankeforhandlingen at BMO ikke var en vanlig underentreprenør, men at alle de fire utførende selskapene i prosjektet i realiteten var sidestilte entreprenører. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Avtalen med KTP ble inngått av Team Bane og Wiebe og senere transportert til TBW, hvor kun Team Bane og Wiebe var deltagere. Samarbeidserklæringene som ble inngått i august 2012, viser til at BMO skulle være

underleverandør og Team Bane og Wiebe skulle være hovedentreprenører. Det samme fremgår av Avtaledokumentet. Disse partsbetegnelseene er også anvendt av partene under prosjektets gang. Lagmannsretten legger derfor til grunn at BMO var underleverandør i et prosjekt hvor TBW var hovedentreprenør.

BMO har erkjent at Avtaledokumentet gjelder mellom partene. Lagmannsretten er enig i dette. Etter lagmannsrettens syn er imidlertid Avtaledokumentet ufullstendig på flere punkter. En sentral bestemmelse i avtalen er punkt 2, som omhandler back to back-prinsippet. Lagmannsretten vil gjøre nærmere rede for hvordan denne bestemmelsen er å forstå nedenfor. I denne forbindelsen er poenget at alle avtalene TBW hadde med underentreprenørene, inneholdt tilsvarende bestemmelser. Det fremstår som en åpenbar risiko for den enkelte underentreprenør at han kan få økte kostnader på grunn av feil gjort hos TBW eller en annen underentreprenør. Hvordan dette skulle håndteres, er det ingen bestemmelser om i avtalen.

Frank Halvorsen har forklart at de involverte entreprenørene underveis avtalte at slike interne kostnader og krav skulle fordeles mellom entreprenørene ved avslutning av prosjektet. Dette ble ikke formalisert skriftlig, men var en klar underforstått forutsetning hos alle entreprenørene.

Lagmannsretten finner – under noen tvil – at Halvorsens forklaring om dette kan legges til grunn. I tillegg til at det var et åpenbart behov for entreprenørene å bli enige om en prosess for å håndtere interne krav, viser lagmannsretten til at det faktisk ble gjennomført et slikt oppgjør mellom entreprenørene slik Halvorsen forklarte. Da TBW hadde oppnådd enighet om sluttoppgjøret med KTP, satte TBW opp en oversikt for hver entreprenør som viste det økonomiske sluttoppgjøret for hver enkelt entreprenør. Dette ble akseptert av alle entreprenørene utenom BMO.

Innledningsvis vil lagmannsretten også bemerke at prosjektet til dels ble gjennomført uten at alle kravene til rapportering i Avtaledokumentet ble fulgt. Dette gjelder blant annet kravet om å føre daglige timelister for regningsarbeid. For enkelte krav fra BMO har TBW vist til dette som grunnlag for å avvise kravet. Til dette vil lagmannsretten påpeke at det fremkommer av bevisføringen at aktørene i prosjektet – særlig i relasjonen mellom hovedentreprenøren og underentreprenørene – ved flere anledninger ikke fulgte alle formalkrav i Avtaledokumentet. Dette ble gjennomgående ikke brukt av TBW som grunnlag for å avvise kravene fra underentreprenørene. Lagmannsretten finner det bevist at partene har praktisert et rapporteringssystem som ikke har vært så detaljert som det som følger av Avtaledokumentet. Partene må anses å ha avtalt at det ikke skulle medføre at krav som ble fremsatt dermed måtte avvises. Disse innvendingene fra TBW til de enkelte krav er lagmannsretten således ikke enig i.

Spørsmålet om innsigelsene er prekludert

BMO oversendte sin sluttoppstilling til TBW 27. september 2013. Det er klart at TBW ikke ga noen detaljerte innsigelser til oppstillingen innen to måneders-fristen som følger av NS 8405 punkt 33.2. BMO anfører at TBWs innsigelser dermed er prekludert. TBWs hovedanførsel er at partene har avtalt at denne fristen ikke skal gjelde, alternativt at det er motstrid mellom Avtaledokumentet og NS 8405 punkt 33.

Det følger av Avtaledokumentet punkt 3 at NS 8405 gjelder mellom partene, men at Avtaledokumentet har forrang. Spørsmålet for lagmannsretten er i første omgang om partene har avtalt noe annet enn det som følger av NS 8405 punktene 33.1 og 33.2. Med henvisning til TBWs anførsler, bemerker lagmannsretten at den ikke kan se at det gjør noen forskjell om man vurderer om partene har avtalt noe annet enn det som følger av standardavtalen, eller om det foreligger motstrid. Etter lagmannsrettens syn vil det være to sider av samme sak.

Utgangspunktet må tas i Avtaledokumentet og en tolkning av dette basert på vanlige tolkningsprinsipper. Omstendighetene omkring inngåelsen av avtalen kan da på vanlig måte få betydning.

Partene har for lagmannsretten brukt mye tid på forståelsen av Avtaledokumentet punkt 2 fjerde avsnitt. TBW har anført at denne bestemmelsen etablerer en vederlagsordning som medfører at preklusjonsreglene i NS 8405 punktene 33.1 og 33.2 ikke får anvendelse. BMO har anført at bestemmelsene gjelder ulike forhold. Avtaledokumentet punkt 2 fjerde avsnitt har ingenting med sluttoppgjør og preklusjon å gjøre. Preklusjonsbestemmelsene i NS 8405 får derfor full anvendelse ved siden av back to back-prinsippet som er inntatt i Avtaledokumentet.

Lagmannsretten kommer tilbake til hvordan back to back-bestemmelsen i Avtaledokumentet må forstås. Her er det tilstrekkelig å konstatere at partene har avtalt at for visse krav er BMOs vederlagskrav avhengig av at KTP aksepterer kravet.

Etter lagmannsrettens syn må standardavtalens bestemmelser leses og forstås i lys av hva partene har avtalt i Avtaledokumentet. For at det avtalte back to back-prinsippet skulle fungere var det en forutsetning at TBW videreførte krav fra BMO opp til KTP. Lagmannsretten har fått dokumentert at dette skjedde for endringsanmodninger underveis. Muligheten for å videreføre krav fra BMO var vel så viktig for sluttoppstillingen og det påfølgende sluttoppgjøret. Hvis man skulle ta NS 8405 punktene 33.1 og 33.2 på ordet, ville BMOs frist for å fremsette sluttoppstilling overfor TBW løpe ut samme dag som TBWs frist for å fremsette sluttoppstilling overfor KTP. I og med at partene har avtalt at oppgjør av BMOs krav, der back-to-back prinsippet gjaldt, var avhengig av om kravene ble akseptert av KTP, har det formodningen mot seg at partene har ment at frist- og

preklusjonsreglene i NS 8405 skulle gjelde fullt ut. Det ville kunne gjøre et vesentlig element av den avtalte vederlagsmekanismen mellom partene illusorisk.

Den ovenstående forståelsen er også reflektert i andre deler av Avtaledokumentet. Etter punkt 11 bokstav C skal BMO ved avslutning av prosjektet sende inn avsluttende og godkjente målebrev og sjekklister. Fem dager etter avsluttet produksjon skal "sluttregnskap" sendes inn. Lagmannsretten kan vanskelig se at en slik forpliktelse kan ha andre årsaker enn at dokumentasjonen derfra skal brukes i et sluttoppgjør med byggherren.

Etter lagmannsrettens syn støttes det ovenstående av partenes opptreden i forbindelse med avslutningen av prosjektet. Den 16. september 2013 bad Frank Halvorsen i TBW om å få tilsendt sluttoppstillinger for endringsarbeider og kontraktens prosesser. BMO har vist til at Halvorsen her bruker begrepet "sluttoppstilling" – som er samme begrep som brukes i NS 8405 – og ikke begrepet "sluttregnskap" som benyttes i Avtaledokumentet.

Lagmannsretten legger ikke avgjørende vekt på dette, da aktørenes begrepsbruk underveis i prosjektet uansett synes å ha vært noe tilfeldig. Lagmannsretten legger mer vekt på at det fremkommer klart av Halvorsens e-post at han ønsket å motta disse oppstillingene slik at han kunne bruke dem som input til den sluttoppstilling han skulle sende til KTP.

Asbjørnhus hos BMO har også overfor lagmannsretten forklart at han var klar over at det var det TBW skulle bruke informasjonen til.

Da BMO sendte inn sin sluttoppstilling 27. september 2013, er det liten tvil om at de anså det som en sluttoppstilling i tråd med NS 8405, og at de mente at fristene og preklusjonsreglene der skulle få anvendelse. Dette gir de uttrykk for i klartekst i den e-posten Asbjørnhus sendte 21. oktober 2013. Som det fremgår av det ovenstående, baserte BMO seg imidlertid på en uriktig rettsoppfattelse, i og med at de feilaktig la til grunn at Avtaledokumentet ikke var bindende mellom partene. Det har derfor mindre betydning at BMO var av den oppfatning at deres sluttoppstilling skulle ha preklusiv virkning.

Det er tilsvarende liten tvil om at TBW var av den oppfatning at Avtaledokumentet gjaldt, og at deres betalingsplikt dermed var avhengig av hvordan KTP ville forholde seg til kravene fra BMO. Dette må BMO ha vært klar over. Da TBW avviste BMOs slutfaktura med den begrunnelse at TBW først måtte få godkjent sluttoppstillingen fra KTP, kan det ikke ha hatt noen annen begrunnelse enn dette.

BMO har anført at når BMO sendte inn noe som fremstår som en sluttoppstilling, så måtte TBW reagere. Til dette vil lagmannsretten bemerke at når det gjelder innsendelsen av selve sluttoppstillingen, var den i samsvar med det TBW hadde bedt om. Den skulle benyttes til å ferdigstille en endelig sluttoppstilling overfor KTP, og i hvilken grad BMO ville få gjennomslag for sine fremsatte krav ville avhenge av KTPs posisjon. Det var derfor ikke noen spesiell grunn for TBW til å fremme sine innsigelser til BMOs sluttoppstilling.

Det er imidlertid dokumentert at BMO og TBW hadde en dialog om sluttoppstillingen i forbindelse med å avklare behov for blant annet ytterligere dokumentasjon fra BMO for den sluttoppstillingen TBW skulle sende inn til KTP. Dette fremstår som en adekvat og naturlig prosess, og understøtter at begge parter var klar over at BMOs sluttoppstilling skulle være et element i sluttoppstillingen overfor KTP.

Det TBW reagerte på i forbindelse med sluttoppgjøret, var at BMO sendte dem en slutfaktura. Mens en sluttoppstilling samsvarer godt med det faktum at TBW skulle sammenstille en komplett sluttoppstilling til KTP, kan ikke det samme sies om BMOs slutfaktura. TBW reagerte da også umiddelbart ved å påpeke at det ikke var grunnlag for noen slutfaktura før sluttoppgjøret overfor KTP var ferdigstilt.

Når rettsforholdet mellom partene er basert på at kravene fra BMO måtte videreføres til KTP før de kunne avklares, fremstår det som helt unødvendig formalisme å kreve at TBW – forut for oversendelsen av den samlede sluttoppstillingen til KTP – skulle gi sine innsigelser til BMO basert på deres sluttoppstilling.

Lagmannsretten har merket seg at Isachsen ikke leverte sin sluttoppstilling før 30. oktober 2013, som var samme dag som fristen opprinnelig løp ut også for TBW overfor KTP. Letmolie fra Isachsen forklarte for lagmannsretten at de hadde vurdert om de hadde fått innsigelser fra TBW innenfor den fristen som følger av standardavtalen punkt 33.2. Dette kan tilsi at Isachsen mente at NS 8405 punktene 33.1 og 33.2 gjaldt i relasjonen mellom dem og TBW. Lagmannsretten legger ikke avgjørende vekt på dette. Isachsen aksepterte også en kort innsigelse på e-post om at sluttbehandlingen av deres sluttoppstilling måtte utstå til etter avklaring med KTP.

BMO har anført at det var elementer i sluttoppstillingen som TBW kunne kommentere, og hvor KTPs standpunkt ikke ville ha betydning. Etter lagmannsrettens syn ville en slik tilbakemelding uansett måtte inneholde mange forbehold med hensyn til hva KTPs standpunkt ville være. Den ville derfor ikke oppfylle det som er formålet med preklusjonsreglene, nemlig at partene får klarhet i sin rettslige posisjon. En preklusjonsregel basert på at TBW skulle gi sine innsigelser på det de kunne si noe sikkert om, mens de skulle ta forbehold om de elementer hvor KTPs posisjon var avgjørende, har heller ikke noen rettslig forankring verken i NS 8405 eller i Avtaledokumentet.

Lagmannsretten er heller ikke enig med BMO i at preklusjon har inntrådt for de forhold som ikke er omhandlet i KTPs brev 15. januar 2014. Lagmannsretten er av den oppfatning at det må anses som forutsatt mellom alle de fire entreprenørene at det skulle skje et endelig oppgjør mellom dem i forbindelse med at sluttoppgjøret med KTP ble avtalt. Dette ville naturlig måtte relatere seg også til interne motkrav mellom entreprenørene, avhengig av hva som var årsaken til at KTP ikke ville akseptere et vederlagskrav fra TBW. Det er

ikke forenlig med et slikt system at enkeltkrav fra eller mot TBW kunne prekluderes allerede før enighet med KTP ble oppnådd.

Sammenfatningsvis er det lagmannsrettens oppfatning at standardavtalens punkt 33.1 og 33.2 ikke kan få direkte anvendelse etter sin ordlyd. Partene har avtalt en vederlagsmekanisme i Avtaledokumentet som nødvendiggjør justeringer i standardavtalen på dette punkt. Det var ingen spesiell grunn for TBW å reagere på sluttoppstillingen til BMO, da den oppfylte TBWs etterspurte formål om å få en oppstilling som kunne brukes i den endelige sluttoppstillingen overfor KTP. Det var dermed ingen grunn for TBW til å protestere på de enkelte elementer i sluttoppstillingen. TBW protesterte klart på slutfakturaen og viste til at denne ikke kunne betales før nødvendig avklaring var oppnådd med KTP. Slik avtaleforholdet var mellom BMO og TBW, var dette en tilstrekkelig innsigelse. Det må anses å ha vært forutsatt av alle entreprenørene – også BMO – at det skulle skje et endelig oppgjør og avregning mellom dem i forbindelse med at sluttoppgjøret med KTP ble avtalt. Lagmannsretten finner dermed at ingen av TBWs innsigelser mot BMOs krav er prekludert.

Nærmere om forståelsen av back to back-bestemmelsen

Avtaledokumentet punkt 2 fjerde avsnitt slår først fast at avtalen er basert på back to back-prinsippet. Dette er presisert til å bety at BMO har "de samme forpliktelser overfor [TBW] som [TBW] har overfor KTP". Det presiseres at prinsippet gjelder "alle forhold som berører [TBWs] kontrakt med KTP".

En naturlig forståelse av det ovenstående er at partene har avtalt at for de arbeidene som TBW er forpliktet til å utføre overfor KTP – og som i henhold til Avtaledokumentet skal utføres av BMO – har BMO de samme forpliktelsene overfor TBW som TBW har overfor KTP. Det er dette som kan kalles back to back-forpliktelser på regelnivå, se nærmere Arne Engesæth i Lov og Rett 1996 side 369 i artikkelen "Kontrahering av underleveranser, særlig om det såkalte back to back prinsippet".

Engesæth (op. cit. side 373) beskriver også det han kaller back to back på konsekvensnivå. Etter denne varianten er poenget at det ansvaret hovedentreprenøren kan komme i overfor byggherren, i sin helhet skal dekkes av underleverandøren. Videre er det et siktemål at hovedentreprenøren ikke selv må betale vederlag til underleverandøren med mindre han har dekning for en slik utbetaling hos byggherren.

Etter lagmannsrettens syn er det en variant av back to back på konsekvensnivå som partene har avtalt i punkt 2 fjerde avsnitt bokstav b). Der back to back-prinsippet gjelder skal TBW "kun dekke økonomiske krav fra [BMO] under forutsetning av at KTP som byggherre godkjenner tilsvarende krav fra [TBW]". Dette betyr at for krav som fremmes av BMO – og hvor back to back-prinsippet gjelder – er TBWs forpliktelse overfor BMO avhengig av at KTP aksepterer kravet, eventuelt pålegges en forpliktelse gjennom rettslig prosess.

Med henvisning til BMOs anførsel om dette vil lagmannsretten bemerke at det ikke er noe grunnlag i Avtaledokumentet for å konkludere at det er KTPs *begrunnelse* for å avvise et krav som avgjør om back to back-prinsippet får anvendelse. En slik forståelse har ikke støtte i ordlyden i Avtaledokumentet.

Det må imidlertid gjøres noen andre begrensninger i det ovenstående utgangspunktet.

For det første må det gjøres et unntak for de tilfellene der årsaken til at KTP ikke honorerer et krav skyldes at TBW ikke har oppfylt sin forpliktelse om å videreføre krav fra BMO opp til KTP. Det kan ses på som både en innskrenking i omfanget av back to back-prinsippet, og som et eget grunnlag for å fremme vederlagskrav overfor TBW.

Dernest må det gjøres en begrensning for de tilfellene der årsaken til KTPs avvisning av et krav skyldes feil gjort hos en annen underentreprenør enn BMO, eventuelt hos TBW. For slike forhold har de fire entreprenørene avtalt at det skal skje et sluttoppgjør dem i mellom. Dersom BMO har blitt påført ekstra kostnader på grunn av for eksempel dårlig utført grunnarbeid av IE – eller manglende koordinering av underentreprenørene fra TBWs side – skal BMO ha dekket disse kostnadene av TBW. Også her har det mindre betydning om dette ses som en innskrenking i anvendelsesområdet for back to back-prinsippet, eller som et eget grunnlag for vederlagskrav fra BMO mot TBW.

På bakgrunn av denne generelle forståelsen av avtaleverket vil lagmannsretten gjennomgå de enkelte krav i saken.

Kontraktens prosesser

Innledning

For det arbeidet som følger av kontraktens prosessbeskrivelse, har BMO fremsatt fakturaer på totalt 23 015 755 kroner. Partene er enige om at det skal gjøres et fratrekk på 400 000 kroner, som var en rabatt som ble avtalt og akseptert av BMO.

Uenigheten mellom partene knytter seg til i hvilken grad BMO må akseptere en reduksjon i sitt vederlag på grunn av den innsigelse KTP fremmet i forbindelse med sluttoppgjøret. KTPs innsigelse var på 1 719 762 kroner. BMO har akseptert en mengdereduksjon på 672 753 kroner. Det gjenstår da 1 047 009 kroner som partene er uenige om det skal gjøres fradrag for. Av dette relaterer 530 700 seg til en prosess knyttet til fundament boret for rekkverk. 52 500 knytter seg til tildekking og beskyttelse av skinnegangen gjennom Brattlikollen stasjon. Det gjenstår da 463 809 kroner, som BMO anfører er uforklart og udokumentert.

Fundament boret for rekkverk (prosess D.8.1.84.921) – 530 700 kroner

Dette arbeidet ble avregnet av BMO i deres sluttregnskap med en enhetspris på 3 675 kroner. Dette var basert på prisen gitt i deres reviderte tilbud av 10. januar 2013. BMO ga i forbindelse med kontraktsforhandlingene også en annen enhetspris på 2 150 kroner for en alternativ løsning basert på nedsetting av prefabrikkert fundament. Under utførelsen av arbeidet ble det valgt en tredje løsning. Dette skjedde etter at BMO fremsatte en TA (Teknisk Anmodning) som ble videresendt til KTP. KTP aksepterte anmodningen, under forutsetning av at det ikke ble krevd "tillegg".

BMO har anført at kontraktene mellom henholdsvis BMO og TBW og mellom TBW og KTP på dette punkt er ulike, slik at back-to-back prinsippet ikke gjelder. Det er vist til at deres prosessdokument kun inkluderer den opprinnelige prosessen for boret fundament for rekkverk (D.8.1.84.921). Den alternative prosessen med prefabrikkerte fundamenter (D.8.1.84.9211) ble kun inkludert i Hovedavtalen mellom TBW og KTP. Det er vist til at Hovedavtalen har lavere prioritet enn prosessdokumentet mellom BMO og TBW.

Denne anførselen kan ikke føre frem. Det er klart at BMO ga et tilbud på en alternativ utførelse. Denne er de bundet av selv om prosessdokumentet ikke ble oppdatert til å inkludere denne prosessen. Dette må gjelde som om TAen viser til den opprinnelige prosessen. Lagmannsretten mener derfor at dette er et punkt hvor BMOs forpliktelser overfor TBW er de samme som TBWs forpliktelser overfor KTP. Når KTP aksepterer en tredje løsning under forutsetning av at det ikke kreves "tillegg", innebærer back to back-prinsippet at BMOs vederlagskrav er avhengig av at det aksepteres av KTP. Vi er her i kjernen av back to back-prinsippets anvendelsesområde. Lagmannsretten kan heller ikke se at TBW i noen større grad enn BMO kan klandres for ikke å ha avklart med KTP hvilken pris KTP forutsatte det ikke skulle skje et "tillegg" i. BMO må derfor på dette punkt akseptere at deres vederlagskrav baseres på en enhetspris på 2 150 kroner. Dette innebærer en reduksjon på 530 700 kroner.

Tildekking og beskyttelse av skinnegangen gjennom Brattlikollen stasjon – 52 500 kroner

BMO har anført at de måtte foreta tildekningen en gang til fordi TBW ikke hadde gitt beskjed om at den ikke skulle fjernes.

Dette punktet er dårlig belyst for lagmannsretten. Retten kan ikke se at det er påvist at det eventuelle doble arbeidet skyldes manglende oppfølging fra TBWs side. Siden dette også er et område i kjernen av back to back-prinsippet, mener lagmannsretten at det må slå igjennom, slik at det blir avgjørende at KTP ikke har akseptert å dekke kravet. Dette må også BMO forholde seg til.

Andre innsigelser fra KTP – 463 809 kroner

TBW har under ankeforhandlingene fremlagt et regneark som skal dokumentere det totale beløpet på 1 719 762 kroner som var innsigelsene fra KTP. Dette ble etter det opplyste

brukt i diskusjonene med KTP, og det er fremlagt dokumentasjon på denne prosessen. Lagmannsretten legger dermed til grunn at det fremlagte regnearket gjengir de innsigelsene KTP hadde til vederlagskravet under kontraktens prosesser.

Av de større postene på regnearket – som ikke er behandlet ovenfor – har BMO særlig hatt innsigelser til en post på 457 530 kroner knyttet til murer av betongelementer. Bent Asbjørnhus fra BMO forklarte at denne posten var hensyntatt ved at de i deres sluttoppstilling hadde satt beløpet til null.

Lagmannsretten konstaterer at også denne posten var en del av forhandlingene i sluttoppgjøret med KTP. KTP godtok ikke kravet og det måtte aksepteres av TBW. Også dette gjelder arbeider som omfattes av det avtalte back to back-prinsippet, hvor BMOs vederlagskrav er avhengig av at det aksepteres av KTP. Kravet ble fremsatt av TBW i sluttforhandlingene med KTP. Det er mulig at kravet hadde ført frem dersom BMO hadde priset prosessen i deres sluttoppstilling, men lagmannsretten har ikke grunnlag for å legge dette til grunn, og dette kan uansett ikke bebreides TBW.

Lagmannsretten finner etter dette at BMO må akseptere at deres vederlagskrav reduseres også på dette punkt.

Sammenfatning

Som sammenfatning betyr dette at TBW får medhold i at vederlagskravet under kontraktens prosesser må redusere med 1 719 762, som tilsvarer innsigelsene fra KTP. Hensyntatt den avtalte rabatten på 400 000 kroner reduseres dermed BMOs krav fra 23 015 755 til 20 895 993 kroner. Partene har hatt en liten uenighet om hvor mye som allerede er betalt til BMO. Forskjellen er kun på knapt 8 000 kroner, og lagmannsretten legger TBWs tall til grunn som det korrekte. Når man da tar hensyn til hva som er tilbakeholdt tidligere, og hva som har vært innestående etter kontrakten, skal TBW under kontraktens prosesser betale ytterligere 1 154 266 kroner til BMO.

Endringsarbeider

BMO har fremmet krav knyttet til endringsarbeider med totalt 6 087 826 kroner. Av dette er 596 797 akseptert av TBW. Lagmannsretten gjennomgår i det følgende de enkelte krav.

EA 001 Manglende tilgang til tunnel – 148 000 kroner

BMO sendte den første endringsanmodningen (EA) til TBW 16. april 2013. En revidert versjon ble oversendt 19. april 2013. Denne ble videreført fra TBW til KTP. Bakgrunnen for EAen var at rivningen av skinnene i tunnelen var forsinket. I EAen var dette begrunnet med manglende godkjenning fra KTP av skinnegående materiell. EAen ble avslått av KTP 22. april 2013 med henvisning til at det i følge kontrakten måtte påregnes sju ukers behandlingstid for godkjenning av skinnegående maskiner. TBW avviste BMOs EA 9. mai

2013. Det heter i avvisningen at TBW ikke tar ansvar for manglende godkjenning, samt at hovedårsaken til forsinkelsen skyldtes BMOs vurdering av behov for arbeidssikring.

BMO fremmet kravet igjen i forbindelse med sluttoppgjøret med KTP. Det ble igjen avvist av KTP, og KTP fremsatte et motkrav på dagmulkt knyttet til den forsinkede godkjennelsen. I det endelige sluttoppgjøret frafalt TBW kravet på tilleggsvederlag mens KTP frafalt kravet på dagbøter.

Det har for lagmannsretten vært en del bevisføring omkring problemene med arbeidene i tunnelen. I følge Frank Halvorsen var tunnelen et problem gjennom hele prosjektet. Prosjektet startet 8. april 2013 og først 15. mai hadde de fått tilgang til tunnelen. Problemene ved oppstart knyttet seg delvis til manglende godkjenning av skinnegående maskiner og dels til uklarheter omkring sikringstiltak.

Bent Asbjørnhus bekreftet at det var problemer og forsinkelser i tunnelen fra første dag. En del av årsaken lå hos KTP, men en del skyldtes også dårlig koordinering fra TBWs side, samt mangelfullt arbeid av Isachsen.

Etter bevisføringen legger lagmannsretten til grunn at hovedårsaken til den forsinkede oppstarten i tunnelen skyldes at det skinnegående materiellet ikke ble godkjent av KTP. Lagmannsretten legger til grunn at ansvaret for å sørge for slik godkjenning ikke lå hos BMO, men hos TBW eller en av de andre underentreprenørene. Lagmannsretten finner det også sannsynliggjort at den forsinkede godkjennelsen ikke skyldes kontraktsstridig opptreden hos KTP.

Den forsinkede oppstarten skyldes dermed forhold som ikke lå hos BMO, men hos TBW eller en av de andre underentreprenørene. I forholdet mellom BMO og TBW kan TBW da ikke føre ansvaret for dette over på BMO, men må dekke BMOs ekstra kostnader knyttet til forsinkelsen. Beløpet er ikke bestridt og lagmannsretten legger det til grunn.

EA 05 Manglende prosesser tunnel – 585 000 kroner

Dette kravet står i en spesiell stilling. Det ble akseptert av TBW i deres oppstilling til BMO 4. april 2014. Det har ikke vært en del av saken før TBW sent i ankeforhandlingen anførte at godkjennelsen av dette kravet berodde på en misforståelse. Det ble vist til et møtereferat fra sluttforhandlingene med KTP, hvor det fremkommer at KTP bare godtok kravet for et begrenset beløp på 49 800 kroner knyttet til splittskiver.

Lagmannsretten vil bemerke at det ikke kan anses sannsynliggjort at TBWs godkjenning av dette kravet skyldes en misforståelse. Det er kun vist til et enkeltstående møtereferat underveis i forhandlingsprosessen med KTP. Lagmannsretten peker også på at kravet ikke er med i oppstillingen i Forliksavtalen over de endringsarbeider som TBW hadde frafalt.

Forlikssavtalen inkluderer også en rund sum for endringsarbeider som lagmannsretten ikke har fått spesifisert i detalj.

På bakgrunn av det ovenstående mener lagmannsretten dermed at TBW er forpliktet til å akseptere kravet slik det er fremsatt av BMO. Retten nevner også – uten at det har vært nødvendig for konklusjonen – at mye taler for at TBW uansett måtte anses bundet av den aksept som var gitt på kravet og som stod fast helt til langt inn i ankeforhandlingene for lagmannsretten.

EA 07 Ineffektiv drift betongrehabilitering – 145 824 kroner

Dette kravet skyldes påståtte merutgifter for BMO som følge av at TBW og Isachsen var forsinket med sine arbeider.

BMO fremmet en EA om dette 6. juni 2013. TBW videreførte EAen 7. juni 2013. Det er vist til at BMO skulle ha hatt tilgang til betongarbeider knyttet til fundamenter for plattformelementer. Det vises også til at øvrige grunnarbeider hindret BMO fra å ha en hensiktsmessig produksjon. TBW påpekte også at problemene skyldtes mangelfull prosjektering av Atkins på vegne av KTP.

KTP avviste anmodningen 10. juni 2013 med henvisning til at TBW pliktet å koordinere arbeider som utføres av underentreprenørene.

Etter lagmannsrettens syn er dette et punkt hvor årsaken til BMOs merkostnader vil være avgjørende for om de har krav på tilleggsvederlag. Dersom årsaken skyldes manglende prosjektering hos KTP eller noen som har handlet på deres vegne, vil back to back-prinsippet få anvendelse. Dersom TBW ikke får dekket kravet hos KTP etter å ha fremmet det i prosessen om sluttoppgjøret, vil BMO heller ikke ha krav på vederlag. Dette gjelder selv om man skulle mene at KTP i realiteten var forpliktet til å dekke kravet. Hvis merkostnaden hos BMO derimot skyldes manglende koordinering hos TBW eller mangelfullt arbeid av Isachsen, kan ikke TBW avvise kravet med henvisning til back to back-prinsippet.

Lagmannsretten har ikke – utover partsforklaringene – blitt tilbudt noe bevisføring som kaster lys over årsaksforholdene på dette punkt. Lagmannsretten må falle tilbake på det generelle prinsipp om at det er den part som krever et tap erstattet, som må sannsynliggjøre at vilkårene for dette er oppfylt. Retten kan ikke se at BMO har sannsynliggjort at årsakene til merkostnaden ligger hos TBW eller Isachsen, og ikke hos KTP. Kravet må dermed avvises.

EA 13 Forlenget drift tunnel – 1 442 592 kroner

Kravet knytter seg til anførte merutgifter for BMO fordi deres arbeid i tunnelen ble forskjøvet i tid. BMO måtte derfor ha maskiner og utstyr på anlegget dobbelt så lenge som forutsatt.

BMO sendte 6. juni 2013 et oppsett til TBW som viste ekstrakostnader knyttet til utstyr. Det samme oppsettet ble inkludert i EA 13 som er datert 18. juni 2013. Allerede i forkant av dette hadde BMO den 10. juni 2013 sendt en EA til KTP som omhandlet diverse problemer knyttet til arbeidet i tunnelen. EAen ble avvist av KTP 13. juni 2013, uten noen omfattende begrunnelse. TBW avviste deretter, den 16. juli 2013, EAen som var fremsatt av BMO.

I brev 15. januar 2014 opprettholdt KTP avvisningen av kravet. Det vises her til at den fremlagte dokumentasjonen for ventetid hos underentreprenører ikke er et byggherreforhold, "men mangelfull koordinering fra entreprenør". I den endelige forliksavtalen mellom TBW og KTP er "fristforlengelse tunnel" et av de krav som det fremgår at TBW har frafalt.

I brevet fra TBW til BMO 4. april 2014 avviste TBW kravet fra BMO.

Også dette forholdet er et punkt hvor årsakene til BMOs merkostnader vil være avgjørende for om de har krav på tilleggsvederlag, jf. lagmannsrettens redegjørelse ovenfor.

Etter lagmannsrettens syn er det mest sannsynlig at problemene knyttet til arbeidet i tunnelen skyldes en kombinasjon av uheldige omstendigheter, hvorav noen kan henføres til KTP og noen kan henføres til TBW eller noen av underentreprenørene. Bevisføringen gir ikke grunnlag for å anta at BMO har noe ansvar for problemene. Lagmannsretten mener at det er mest sannsynlig at årsakene til problemene må fordeles likt mellom KTP og TBW/underentreprenørene. Etter lagmannsrettens syn innebærer det at BMO har krav på å få dekket 50 prosent av deres dokumenterte merkostnader knyttet til disse forholdene.

Det neste spørsmålet under dette punktet blir dermed i hvilken grad BMOs merkostnader er dokumentert. Lagmannsretten kan ikke se at TBW har fremkommet med innsigelser av betydning til BMOs kostnadsoppsett. Dette legges dermed til grunn, men da slik at BMO kun får dekket halvparten av kravet, dvs. 721 296 kroner.

EA 15 Tiltak til forsering – 2 177 550 kroner

Dette er det største enkeltkravet mellom partene. Bakgrunnen er at arbeidene ble forsinket i forhold til forutsatt fremdrift. Arbeidet ble derfor forsert for å prøve å nå Hovedkontraktens milepæler. BMO forserte sine arbeidere ved å sette på flere mannskaper og bruke mer overtidarbeid. Det er kostnadene ved dette som kreves dekket.

I juli 2013 var det en dialog mellom entreprenørene i prosjektet om forsering av arbeidene og kostnadene knyttet til dette. BMO fremmet EA 15 den 8. juli 2013. TBW etterspurte i den forbindelse et budsjett for forseringskostnadene hos BMO. Det fremkom at TBW ønsket å fremsette et samlet forseringskrav mot KTP. Dette ble fremsatt 25. juli 2013. Kravet er der beregnet til 4-6 millioner kroner. Kravet ble avvist av KTP 12. august 2013 med henvisning til at TBW måtte dokumentere de påståtte forseringskostnadene, samt synliggjøre og dokumentere at KTP "har generert det påståtte forhold".

BMO sendte 27. august 2013 faktura til TBW på tilleggsarbeidene knyttet til forsering. Fakturaen er på 2 177 550 kroner eks. mva. Det er vedlagt et oppsett som viser at den største posten er knyttet til 2 091,5 ekstra timer med mannskaper, som utgjør 1 464 050 kroner. Videre er det inkludert kostnader til sprøytebetong (313 500 kroner), rigg (100 000 kroner) og bonus (300 000 kroner).

Fakturaen fra BMO ble avvist av TBW med henvisning til at EAen ikke er godkjent av KTP. BMO sendte fakturaen på nytt 27. september 2013. Det er inkludert et regneark som viser påløpte timer.

I TBWs sluttoppstilling overfor KTP er forseringskostnader i tunnelen inkludert med 5 442 719 kroner. Dette inkluderer forseringskostnadene for alle entreprenørene, også kravet på 2 177 550 kroner fra BMO. Kravet ble avvist i KTPs brev 15. januar 2014 med følgende begrunnelse:

Sporveien har ikke bestilt forsering i tunnel og avvisning av kravet opprettholdes. Vedlagte dokumentasjon for kostnadene angir heller ikke forsering, men totalt produksjonskostnad. Dette er arbeider som er beskrevet i kontrakten. Ventetid, riggkostnad anses å være et resultat av manglende koordinering fra entreprenør.

KTP opprettholdt avvisningen av kravet gjennom forhandlingene om sluttoppgjøret. TBW varslet BMO om dette i brevet 4. april 2014. I brevet fremsettes også innsigelser til BMOs oppsett over de påløpte kostnadene.

I forliksavtalen mellom TBW og KTP er forseringskostnadene inkludert i listen over krav som TBW har frafalt. Det er også inntatt følgende avsnitt:

KTP sin hovedinnvending mot ovennevnte poster var knyttet til at kontraktens krav til dokumentasjon og løpende rapportering ikke var overholdt, og at TBW dermed ikke var i stand til å dokumentere kravene.

I forbindelse med krav om forsering er Sporveien også av den oppfatning av at det er kostnadsført prispåbærende poster som ikke tidligere er varslet, samt at underleverandører har krevd dekket mer en reelle kostnader ved iverksetting av forsering.

Lagmannsretten vil først bemerke at også på dette punkt er det betydelig usikkerhet knyttet til årsaksforholdene. Retten konstaterer at med unntak for riggkostnadene, som utgjør en beskjeden del av kravet, har ikke KTP anført som begrunnelse for avvisning at det har skjedd manglende koordinering hos TBW. Innsigelsene til KTP er hovedsakelig knyttet til dokumentasjonen for kravet, samt arten av de kostnader som var inkludert i kravet.

Lagmannsretten mener at forseringskostnadene må anses som kostnader hvor back to back-prinsippet får anvendelse. BMO har ikke sannsynliggjort at årsakene til behovet for forsering ligger hos TBW eller noen av de andre entreprenørene. TBW har heller ikke bestilt arbeidene fra BMO på en slik måte at BMO kan ha fått noen berettiget forventning om at TBW skulle dekke kostnadene uavhengig av KTPs syn på kostnadene. Tvert i mot fremgår det at TBW skulle sammenstille alle entreprenørenes forseringskostnader i et samlet krav mot KTP.

Resultatet av forhandlingene med KTP ble at TBW ikke fikk kravet innfridd. Etter lagmannsrettens syn er dette et tilfelle hvor Avtaledokumentet punkt 2 fjerde avsnitt bokstav b) får anvendelse, ved at BMO kun får gjennomslag for sitt krav dersom KTP som byggherre godkjenner tilsvarende krav fra TBW. Det har KTP ikke gjort.

Lagmannsretten viser også til at KTP i Forliksavtalen viser til mangler ved dokumentasjonen og de inkluderte kostnadene som begrunnelse for å avvise kravet. Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at TBW under prosjektet flere ganger etterlyste bedre dokumentasjon fra BMO. Lagmannsretten anser at den dokumentasjonen som ble fremlagt av BMO til dels var mangelfull, og at det bidro til at KTP avviste kravet.

Hele kravet fra BMO under dette punktet må dermed avvises.

EA 17 Diverse bolting i tunnel – 410 562 kroner

Kravet gjelder boltearbeider i tunnelen som etter BMOs syn ikke er omfattet av kontrakten, og som BMO har utført etter avtale med TBW.

Partene synes å være enige om at dette arbeidet i prinsippet er tilleggsarbeider som BMO har krav på vederlag for. Frank Halvorsen forklarte imidlertid at de hadde etterlyst bedre dokumentasjon, og at TBW på grunn av manglende dokumentasjon bare hadde fått ført videre deler av kravet.

Lagmannsretten viser til at det av et møtereferat etter en befaring 5. august 2013 fremkommer at det bestilles diverse tilleggsarbeider knyttet til bolting. På møtet er det representanter fra både KTP, TBW og BMO. Det er en ansatt hos TBW som har skrevet referatet, slik at de hele tiden har hatt kunnskap om det planlagte arbeidet. I etterkant av møtet sendte BMO også 15. august 2013 ut EA 17 hvor det fremkommer at alt boltearbeid

avtalt under befaringen vil bli utført som regningsarbeid. TBW etterlyste samme dag mer informasjon, noe de fikk tilbakemelding på fra BMO.

BMO har anført at størstedelen av EAen fra BMO ikke ble videreført av BMO til KTP. De delene som ble videreført, ble akseptert av KTP. Lagmannsretten har fått presentert dokumentasjon på dette, og det er heller ikke bestridt av TBW. Lagmannsretten legger dette til grunn.

BMO utstedte faktura på arbeidene i forbindelse med slutfakturaen. Vedlagt fakturaen var det flere bilag som skulle dokumentere det utførte arbeidet.

I og med at KTP hadde akseptert de delene av kravet som hadde blitt videreført fra TBW til KTP, ble ikke kravet en del av forhandlingene om sluttoppgjør med KTP. I brev 4. april 2014 fra TBW til BMO avvises kravet. Det ble uttalt at EAen var utformet på en måte som gjorde det vanskelig å forstå innholdet i kravet. Det vises også til at BMO har fakturert et annet selskap for arbeidet, samt at det ikke er ført daglige timelister i tråd med kravene i kontrakten.

Lagmannsretten viser til at partene er enige om at det aktuelle arbeidet er tilleggsarbeider. TBW hadde en forpliktelse til å videreføre kravet fra BMO til KTP. Dette har de erkjent bare delvis å ha gjort, uten at det er gitt noen fyllestgjørende forklaring på hvorfor ikke hele kravet ble videreført. KTP har heller ikke kunnet underbygge at arbeidet også er fakturert til noen andre.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det skulle være vanskelig å forstå grunnlaget for kravet. Det var en dialog mellom partene om arbeidet, og det er gitt dokumentasjon for arbeidet i slutfakturaen. Lagmannsretten kan derfor ikke se at det var noe som skulle forhindre TBW fra å videreføre kravet til KTP.

Lagmannsretten mener etter dette at TBW på dette punkt har sviktet i sin oppgave som hovedentreprenør, med ansvar for å koordinere kravene mot KTP. TBW kan ikke da vise til back to back-prinsippet som begrunnelse for ikke å betale for tilleggsarbeidene. TBW har heller ikke fremkommet med noen substansielle innsigelser mot størrelsen på kravet.

Kravet etterkommes etter dette i sin helhet.

EA 18 Påstøp stripefundamenter – 88 660 kroner

Dette kravet er knyttet til enkelte stripefundamenter støpt av BMO og hvor Isachsen skulle montere kantstein og rekkverk. Enkelte steder ble fundamentene for smale for rekkverket. BMO måtte derfor utføre ekstraarbeider som de krevde dekket under EA 18, datert 15. august 2013.

Allerede 9. august 2013 hadde TBW sendt en TA til KTP hvor problemet ble beskrevet. KTP svarte på anmodningen 15. august 2013 og understreket der at de ikke aksepterte noen krav om dette forholdet, "da dette er internt mellom Isachsen/BMO". På bakgrunn av denne tilbakemeldingen videreførte ikke TBW den EAen de mottok fra BMO til KTP. Av den grunn ble ikke kravet en del av forhandlingene om sluttoppgjør med KTP.

Det er for lagmannsretten fremsatt ulike hypoteser om hva som var årsaken til problemene med stripefundamentene. Feilen kunne skyldtes KTPs utstikkingsgrunnlag, TBWs utføring av utstikkingen eller at Isachsen hadde satt kantsteinene feil. Det synes å være enighet om at feilen ikke lå hos BMO. Utover partsforklaringene fra Halvorsen og Asbjørnhus har lagmannsretten ikke blitt tilbudt noen bevis som kan kaste lys over spørsmålet. Verken Halvorsen eller Asbjørnhus kunne i sine forklaringer si noe sikkert om hvor feilen hadde oppstått.

Lagmannsretten konstaterer etter dette at det ikke er mulig å fastslå hvor årsaken til at BMO ble påført ekstra kostnader lå. I tråd med de prinsipper lagmannsretten har redegjort for over med hensyn til når back to back-prinsippet får anvendelse, må BMO sannsynliggjøre at feilen lå hos Isachsen eller TBW. Dersom feilen skyldes forhold hos KTP, vil back to back-prinsippet medføre at BMO ikke får dekket sitt vederlagskrav med mindre KTP aksepterer kravet. Det har de ikke gjort.

Ved ikke å videreføre kravet fra BMO til KTP har TBW akseptert at det ikke er KTP som var ansvarlig for feilen. Situasjonen her skiller seg således fra de tilfellene der TBW har videreført kravet, men KTP ikke har akseptert det. TBW har ikke anført at feilen ligger hos BMO. Uavhengig av om feilen ligger hos TBW eller Isachsen er forholdet at BMO i det interne oppgjøret mellom entreprenørene skal ha dekket sitt krav. TBW kan i et tilfelle som dette ikke avvise kravet med henvisning til back-to-back prinsippet.

Kravet blir etter dette etterkommet.

Injeksjonsarbeider i Bergkrystallen tunnel – 491 085 kroner

Kravet gjelder kostnader til injeksjonsarbeider for å tette vannlekkasjer i tunnelen.

Dette kravet ble videreført fra TBW til KTP og ble i utgangspunktet akseptert av KTP.

BMO sendte en EA på arbeidet 1. august 2013. Kravet ble endelig fakturert i slutfakturaen med et beløp på 491 085 kroner. Vedlagt fakturaen var det en rekke bilag som skulle underbygge beløpet i fakturaen.

I sluttoppstillingen for Hovedkontrakten inkluderte TBW kravet med krav fra andre entreprenører om samme forhold, og det ble prissatt til 1 007 480 kroner. I brev fra KTP

15. januar 2014 gjentas det at kravet i utgangspunktet er godkjent. Deretter uttaler KTP følgende:

Etter gjennomgang av oversendt dokumentasjon av påløpte kostnader, viser det seg at korrekt sum for kravet skulle ha vært kr 616 992,50. Videre er store deler av disse kostnadene generert fra manglende koordinering av underentreprenører. Dette viser at regningsarbeidet har hatt urasjonell drift som ikke kan relateres til byggherreforhold som betyr at byggherren aksepterer 50 % av de fremsatte kostnader. I tillegg er arbeidet en direkte konsekvens av tidligere mangelfull utførelse av kontraktsarbeidene.

Etter dette aksepterte KTP kravet med et beløp på 308 496,25 kroner.

I brev fra TBW til BMO 4. april 2014 ble kravet fra BMO akseptert med 243 719. Det gjenstår således 248 086 kroner av BMOs krav. I brevet viste TBW til at KTP hadde hatt innsigelser til kravets størrelse. Det uttales også at en vesentlig del av injeksjonsarbeidet var en følge av at BMO ikke hadde utført tilfredsstillende vann- og frostsikring (V/F).

Under ankeforhandlingen har ikke TBW underbygget at behovet for injeksjonsarbeidet på noen måte kan tilbakeføres til feil gjort av BMO. Lagmannsretten legger dermed til grunn at behovet for dette arbeidet ikke skyldes feil gjort av BMO.

Ut over det som er gjengitt ovenfor, har lagmannsretten ikke i særlig grad blitt tilbudt bevis som nærmere kan belyse hvilke kostnader i TBWs fremsatte krav som KTP mente var gale. Grunnlaget for KTPs reduksjon av kravet med 50 prosent på grunn av manglende koordinering er heller ikke nærmere belyst. Lagmannsretten har heller ikke fått noen forklaring – ut over det som følger av brevet fra TBW 4. april 2014 – på hva grunnlaget er for at TBW bare aksepterte omkring halvparten av kravet fra BMO mot TBW.

Lagmannsretten har ikke noe grunnlag for å anta at reduksjonen i kravet fra KTPs side knyttet til gjennomgangen av dokumentasjonen av påløpte kostnader, relaterer seg til kostnadene BMO har hatt. TBW har ikke for lagmannsretten søkt å underbygge at BMOs kostnader ikke har vært reelle.

Basert på bevisføringen finner lagmannsretten det også sannsynliggjort at deler av kostnadene som har påløpt skyldes manglende koordinering hos TBW. Reduksjon av kravet på grunn av slike forhold kan ikke videreføres til BMO med henvisning til back to back-prinsippet.

Hvor stor del av reduksjonen som skyldes manglende koordinering hos TBW, blir utpreget skjønnsmessig. Av mangel på annen dokumentasjon mener lagmannsretten det kan legges til grunn at 50 prosent av ansvaret kan henføres til TBW.

Etter dette kan ikke lagmannsretten se at TBW har gitt en fyllestgjørende forklaring på hvorfor kravet fra BMO har blitt redusert. Kravet aksepteres dermed med det fulle beløp på 491 085 kroner.

Hjelp til stikker i tunnel – 117 900 kroner

Kravet gjelder kostnader for bistand BMO ga til TBW i forbindelse med TBWs utstikking av Isachsens arbeider. Utstikkingen var TBWs ansvar.

BMO sendte ikke en EA på dette arbeidet. De utstedte en faktura på arbeidet 30. juni 2013, med vedlagte timelister. På timelistene har Knut Holen fra Team Bane AS skrevet: "Timeantall OK". Det er uklart når denne påføringen er gjort.

Kravet ble avvist av TBW i e-post fra Frank Halvorsen 22. juli 2013. Det vises blant annet til at TBW ikke har bestilt tjenestene, og at BMO ikke har sendt EA på arbeidene. Avvisningen av kravet gjentas i TBWs brev til BMO 4. april 2014.

Basert på bevisføringen finner lagmannsretten det sannsynliggjort at de aktuelle arbeidene ble bestilt muntlig av Knut Holen på vegne av TBW. Det vises til Asbjørnhus' forklaring, samt fakturaen som BMO utstedte. Lagmannsretten finner det videre mest sannsynlig at arbeidene omfattes av Avtaledokumentet punkt 2 fjerde avsnitt bokstav c). Arbeidene skal da avregnes i hvert enkelt tilfelle.

TBW har ikke kunnet imøtegå det ovenstående. Under ankeforhandlingen viste TBW til at denne posten også var inkludert i oppgjøret mot Isachsen, uten at retten kan se at dette har betydning.

Lagmannsretten finner etter dette at kravet skal honoreres i sin helhet.

Motkrav fra KTP

Under sluttforhandlingene mellom TBW og KTP fremmet KTP et motkrav mot TBW knyttet til kostnadene til vakthold utført av Securitas. Kravet var på 900 000 kroner. Kravet er i Forliksavtalen vist til som et av de kravene som helt eller i det vesentligste er opprettholdt.

I sluttoppgjøret mellom entreprenørene ble denne kostnaden fordelt mellom selskapene, basert på entreprenørenes opprinnelige kontraktsverdi. For BMOs del utgjorde det 15 prosent. BMO ble dermed belastet med 135 000.

BMO har anført at kravet er udokumentert, og at det uansett ikke er noe rettslig grunnlag for kravet.

Lagmannsretten finner det godtgjort at kravet ble fremmet av KTP i sluttforhandlingene og at det er belastet TBW med det fulle beløp på 900 000 kroner i Forlikavtalen. Spørsmålet blir dermed om det er grunnlag for TBW til å videreføre deler av kravet til BMO.

Etter lagmannsrettens syn faller dette kravet inn under Avtaledokumentet punkt 2 fjerde avsnitt første setning. Det følger av denne bestemmelsen at BMO har de samme forpliktelser overfor TBW som TBW har overfor KTP. TBW har overfor KTP måttet akseptere å dekke denne kostnaden. BMO har ikke sannsynliggjort at en slik forpliktelse ikke fulgte av Hovedavtalen, eller at det på annen måte var uforsvarlig av TBW å akseptere dette kravet fra KTP. Det er et grunnleggende element ved back to back-prinsippet – også slik det er formulert i Avtaledokumentet – at TBWs forpliktelser overfor KTP gjenspeiles i underentreprenørenes forpliktelser overfor TBW. Dette må også gjelde kravet knyttet til vakthold fra Securitas.

Lagmannsretten har ikke noe grunnlag til å bestride den fordelingen av kravet som er gjort mellom entreprenørene. TBWs motkrav på 135 000 kroner etterkommes dermed i sin helhet.

Interne motkrav mellom entreprenørene – 244 125 kroner

Innledning

TBW mottok under prosjektet krav fra både BMO og de andre underentreprenørene som omhandlet interne forhold mellom entreprenørene. I brevet fra TBW til BMO 4. april 2014 uttales det at etter at forhandlingene med KTP er ferdigstilt, vil BMO "innkalle alle involverte entreprenører til et fellesmøte for å avklare økonomiske krav mellom partene". I oppstillingen vedlagt brevet er det gjort en foreløpig beregning av slike interne krav hvor kravet mot BMO utgjør omkring 500 000 kroner.

Partene har senere – også under ankeforhandlingen – avklart en del av kravene. Det gjenstår nå samlede krav fra TBW mot BMO på totalt 244 125 kroner. Disse er bestridt av BMO.

Det er tale om ti ulike krav, hvorav åtte av kravene gjelder beløp på under 15 000 kroner. Lagmannsretten har blitt tilbudt meget beskjeden bevisføring om disse kravene. De to største kravene, som skal gjennomgå i det følgende, er noe bedre belyst.

Varmekabel for frostsikring – 79 000 kroner

Kravet ble fremmet i en EA fra TBW til KTP 11. november 2013. KTP avviste kravet med henvisning til at varmekablene var en nødvendighet på grunn av feil utførelse av BMO av vann- og frostsikring. Lagmannsretten forstår det slik at det var Team Bane som la varmekablene, og at kostnaden ved dette nå kreves dekket av BMO i det interne oppgjøret mellom entreprenørene.

Bent Asbjørnhus hos BMO erkjente overfor lagmannsretten at dersom det var noen feil ved utførelsen av vann- og frostsikring på dette punkt, var det BMO som var ansvarlig for dette. Det er dermed tale om en situasjon hvor årsaken til at KTP avviste kravet enten kan henføres til mangelfullt utført arbeid hos BMO, eller at KTP på sviktende grunnlag har nektet å akseptere et fremsatt krav.

Lagmannsretten finner det lite sannsynlig at arbeidet med å legge varmekabler ble gjort uten at det var nødvendig. Lagmannsretten finner det mest sannsynlig at grunnen til at det var nødvendig var at vann- og frostsikringen var mangelfullt utført. Dette må henføres til BMO. I tråd med prinsippet gjennomgått tidligere skal da kostnaden dekkes av BMO. Kravet fra TBW etterkommes dermed i sin helhet.

Landmålingstjenester – 91 700 kroner

Kravet gjelder levering av landmålingstjenester fra TBW til BMO. Det følger av Avtaledokumentet punkt 12A at BMO kostnadsfritt kan disponere 256 landmåler timer i løpet av prosjektperioden. TBW anfører at BMO har brukt flere timer, og krever dekket timene som overstiger 256 med 91 700 kroner.

BMO har anført at det ikke er dokumentert at timeantallet på 256 timer er overskredet.

Den 21. juni 2013 sendte TBW en intern endringsanmodning til BMO. Det uttales i anmodningen at det pr. 20. juni 2013 hadde påløpt totalt 279,5 timer med landmålingstjenester. Det var ikke vedlagt noe vedlegg med noen oppstilling av timene som var forbrukt.

Lagmannsretten kan ikke se at TBW har dokumentert at BMO har benyttet mer enn 256 timer med landmåler tjenester. Den eneste dokumentasjonen som er tilbudt, er et timesett for perioden etter juni 2013 som viser 131 timer. TBW anfører at disse timene kommer på toppen av de 256 timene. Dette fremstår imidlertid som et postulat som ikke er nærmere underbygget.

Lagmannsretten kan etter dette ikke se at TBW har godtgjort at BMO har benyttet landmåler tjenester utover 256 timer. Kravet fra TBW blir etter dette avvist.

Øvrige interne krav

De øvrige interne krav gjelder åtte ulike krav på totalt 73 425 kroner.

Lagmannsretten har ikke fått noen bevisføring om disse kravene som kan gi grunnlag for å vurdere om kravene er berettiget eller ikke. Det er opp til TBW å sørge for å sannsynliggjøre de krav som de fremsetter. Kravene blir etter dette avvist.

Tilleggskrav fra BMO for arbeider etter slutfaktura - 291 768 kroner

Dette kravet relaterer seg til tilleggsarbeider knyttet til injeksjonsarbeider i tunnelen. Faktura på kravet er datert 27. januar 2014. Av spesifikasjonene til fakturaen fremkommer det at arbeidet er utført i perioden 22. oktober til 15. november 2013.

TBW har anført at dette kravet er en del av EA 172. Det ble fremmet overfor KTP i sluttoppgjøret og kun delvis akseptert av KTP. Det er derfor ikke noe grunnlag for noen ytterligere betaling til BMO utover det BMO skal ha som sin andel av sluttoppgjøret med KTP.

Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at dette tilleggsarbeidet var omfattet av EA 172 og inkludert i sluttoppstillingen overfor KTP. Arbeidet ble som nevnt utført fra 22. oktober til 15. november 2013. Faktura ble sendt i januar 2014. TBWs sluttoppstilling overfor KTP er datert 19. november 2013. Av sluttoppstillingen fremgår det at arbeidet under EA 172 "pågår" og at det er godkjent.

I etterkant av at TBW hadde mottatt fakturaen fra BMO 27. januar 2014 sendte TBW 3. mars 2014 en e-post til BMO med spørsmål om beløpet var inkludert i sluttoppstillingen til BMO. Dette ble samme dag besvart benektende av BMO. Senere samme dag ble kravet så avvist i e-post fra TBW. Det vises til at siden TBW ikke har hatt mulighet til å fremme kravet overfor KTP, kan de heller ikke "godkjenne nye krav eller faktura som oversendes etter at sluttoppstillingen ble levert av dere".

Lagmannsretten legger således til grunn at kravet knyttet til dette arbeidet ikke var en del av sluttoppstillingen til BMO, og at det ikke ble inkludert i TBWs sluttoppstilling til KTP. Retten legger også til grunn at kravet ikke omfattes av sluttoppgjøret med KTP, i den forstand at TBW ikke har ført kravet videre mot KTP i forhandlingene om sluttoppgjør.

Lagmannsretten legger til grunn at de aktuelle arbeidene er utført av BMO, og at de er bestilt av TBW og/eller KTP. TBW har heller ikke bestridt beløpet på 291 768 kroner.

TBW har ikke videreført kravet til KTP. Dette må være en beslutning de selv må ta risikoen for. Dersom kravet fra BMO er berettiget, kan TBW dermed ikke avvise kravet med henvisning til back-to-back prinsippet når de selv har valgt ikke å fremme kravet overfor KTP.

TBW har anført at kravet fra BMO må avvises fordi det ikke er tatt forbehold i BMOs sluttoppstilling, jf. NS 8405 punkt 33.1 fjerde ledd. Forbeholdet ble først inntatt i slutfakturaen, og det er ikke tilstrekkelig etter NS 8405.

Anførselen kan ikke føre frem. Lagmannsretten viser til at BMO – i tillegg til å ta forbehold i slutfakturaen – også tok forbehold i e-posten 27. september 2013 der

sluttoppstillingen ble oversendt. At forbeholdet da ikke fremkommer av selve regnearket med sluttoppstillingen kan ikke ha noen betydning.

Etter dette mener lagmannsretten at BMOs krav er berettiget, og at TBW ikke har fremkommet med noen innsigelser til kravet som medfører at det ikke skal honoreres. Kravet etterkommes dermed i sin helhet.

Oppsummering

Basert på ovenstående gjennomgang kan mellomværendet mellom partene sammenfattes som følger:

Kontraktens prosesser		1 154 266
Endringsarbeider		
Manglende tilgang til tunnel	148 000	
Manglende prosesser tunnel	*585 000	0
Forlenget drift tunnel	721 296	
Tiltak til forsering	0	
Diverse bolting i tunnel	410 562	
Påstøp stripefundamenter	88 660	
Injeksjonsarbeider i tunnel	491 085	
Hjelp til stikker i tunnel	117 0	* 2 562 503 1 977 503
Tilleggskrav fra BMO		<u>291 768</u>
Totale krav fra BMO		* 4 008 537 — 3 423 537
Motkrav fra KTP (Securitas)		135 000
Interne motkrav		
Varmekabel for frostsikring	79 000	
Landmålingstjenester	0	
Øvrige interne krav	0	<u>79 000</u>
Samlet betalingsplikt for TBW		* 3 794 537 3 209 537

* Beløp rettet i henhold til tvisteloven § 19-8, jf. beslutning av 9. september 2016
Lagdommer Christian Lund

Rentekrav

Som nevnt tidligere er lagmannsretten av den oppfatning at det skulle skje et endelig internt oppgjør mellom entreprenørene i prosjektet etter at sluttoppgjøret med KTP var fastlagt og endelig. Dette må gjelde for alle de fremsatte krav. Det er derfor ikke grunnlag for BMOs anførsel om at forsinkelsesrente skal beregnes fra de ulike fakturaenes forfall.

Det ovenstående betyr at ingen av kravene forfalt før det var oppnådd enighet med KTP. Denne ble oppnådd i mai 2014. På dette tidspunkt oppstod betalingsplikten for TBW.

TBW har akseptert at renter løper fra 1. mai 2014, og lagmannsretten legger dette til grunn.

Sakskostnader

Ingen av partene har vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 første og annet ledd. Dette gjelder selv om lagmannsrettens konklusjon ligger en del nærmere påstanden til ankende part enn den gjør påstanden til ankemotparten.

Lagmannsretten har vurdert om ankende part skal tilkjennes sakskostnader helt eller delvis etter tvisteloven § 20-3, men har ikke funnet denne anvendelig. Det vises i den sammenheng til at ankende part ikke har villet betale noen deler av ankemotpartens krav, selv ikke det beløpet ankende part har erkjent å skyldes ankemotparten. Det var derfor nødvendig for ankemotparten å gå til sak for å inndrive denne delen av kravet. Lagmannsretten anser heller ikke at ankemotparten har krav på sakskostnader etter tvisteloven § 20-3.

I tråd med tvisteloven § 20-9 annet ledd legges lagmannsrettens resultat også til grunn for avgjørelsen om sakskostnader for tingretten.

Etter dette bærer hver av partene egne omkostninger både for tingrett og lagmannsrett.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Team Bane AS og H.F. Wiebe GmbH & Co KG dømmes til, en for begge og begge for en, å betale til BMO Entreprenør AS * ~~3 209 537 – tremillioner-~~
~~tohundreogtusenfemhundreogtrettisju~~ – kroner, med tillegg av lovens
forsinkelsesrente fra 1. mai 2014. Beløpet forfaller til betaling 2 – to – uker etter
forkynnelsen av dommen.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

* 3 794 537 – tremillionersjuhundreogtittifiretusenfemhundreogtrettisju

* Beløp rettet iht tvisteloven § 19-8, jf. beslutning av 9. september 2016. Lagdommer Christian Lund

Christian Lund

Eirik Vikanes

Pål Prestesæter

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Beate Kyung Næss (Signert elektronisk)