



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 28.03.2019

Saksnr.: 17-148733ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer
Konstituert lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Harald Georg Venger
Lise Lehrmann
Halvard Hauge

Ankende part

Entreprenørservice AS

Advokat Aron Solheim

Ankemotpart

Bærum kommune
v/ordføreren

Advokat Audun Olsen

Saken gjelder krav om erstatning for mangler i entrepriserforhold.

Bærum kommune (BK) og Entreprenørservice AS (ES) inngikk 15. oktober 2014 kontrakt om boring av en 225 meter lang mikrotunnel for transport av overvann fra Vollsveien ned til Lysakerelven i Bærum kommune. ES er et spesialistfirma innen fundamentering, boring og betongteknologi. Selskapet er heleid av Skanska Norge AS og har ca. 100 ansatte og ca. 470 millioner kroner i omsetning.

Kontrakten ble inngått som en utførelsesentreprise basert på NS 8405 med kommunen som byggherre og ES som entreprenør. Ifølge oppdragsbeskrivelsen gjaldt arbeidet etablering av et grovhull i berg for føring av et minimum Ø560 mm PE-rør. Tunnelen skulle ha en innvendig diameter på Ø660 mm, men den ble forsøkt levert med Ø600 mm uten at kommunen har hatt innsigelser til endringen. Innføringen av selve PE-røret var ikke inkludert i entreprisen. Samlet kontraktssum for 225 meter tunnel var 4 641 291 kroner inklusive merverdiavgift. Beløpet var basert på enhetspris per meter for boring i berg og spyling av borehull, samt en rundsum for rigg og oppstilling. I kontrakten var det krav om nullutslipp av borekaks og borevæske i Lysakerelven. Alle boremasser skulle pumpes opp til boregrop. Avtalt ferdigstillelsesdato var 1. april 2015.

Arbeidene fant sted i 2015. Det oppstod store forsinkelser, og ES måtte til slutt gi opp å rømme opp (utvide) tunnelen til avtalt dimensjon i hele tunnelens lengde. Den 9. april 2015 ba kommunen om en redegjørelse fra ES om selskapet hadde til hensikt å gjennomføre kontrakten. Redegjørelsen måtte inneholde opplysninger om hvilke tiltak som ble gjort for å sikre et vellykket resultat, samt en fremdriftsplan. Kommunen erklærte at dersom slik redegjørelse ikke ble mottatt innen en gitt frist, ville den sende varsel om heving.

Den 12. mai 2015 ble første varsel om heving sendt til ES. Gjentatt varsel om heving ble sendt 8. september 2015. Her ga BK uttrykk for at det var beklagelig at ES ikke maktet å oppfylle kontrakten, og at BK forventet at ES kom med forslag til tiltak som lot seg gjennomføre i henhold til kontrakten. Videre het det:

Mottar ikke BK en avklaring innen fristen er dette brevet å anse som et varsel om heving, jf. NS 8405 pkt. 39.1. Ved en heving vil ES bli holdt ansvarlig for alle kostnader som påløper for å få gjennomført kontraktsarbeidet ved hjelp av en annen entreprenør eller egne krefter. BK vil også kreve dagmulkt og alle ekstrakostnader som ES' mislykkede arbeider har påført BK.

Nytt, gjentatt hevingsvarsel ble sendt 22. september 2015 og inneholdt følgende avsnitt:

Dersom ES ikke gjennomfører en alternativ løsning innenfor kontraktens rammer, samt aksepterer at arbeidet utføres for egen regning og risiko, ser BK seg nødt til å gjennomføre hevingen av kontrakten som varslet. [...]

Den 26. november 2015 ble borearbeidene stoppet grunnet en stor lekkasje av vann og borekaks ut på terrenget. ES fryktet at de store vannmengdene kunne forårsake ustabilitet i grunnen og for eksisterende bebyggelse, og at Lysakerelven kunne bli forurenset. Det var da rømmet opp ca. 77 meter med Ø600 mm. Videre hadde borehullet en dimensjon på Ø440 mm frem til de siste 7 meterne som hadde en dimensjon på Ø280 mm. Befaring ble gjennomført 30. november 2015. I referat fra byggemøte 6 den 3. desember 2015 heter det:

BK registrerer at ES ikke er i stand til å fullføre boringen i henhold til kontrakt. ES foreslår en løsning som i korte trekk omfatter utslipp og håndtering av alt borkaks og borvann i nedstrøms ende av borhullet. [...] Denne løsningen tillates ikke da den er kontraktsstridig.

For å kunne få et funksjonelt borhull, ber BK ES om å rømme opp de siste ca. 7 meterne nedstrøms til Ø440mm.

[...]

ES aksepterer ovennevnte løsning.

[...]

BK ber ES om å utarbeide sluttoppgjør.

Deretter sendte ES brev om at borehullet var opprømmet de siste 7 meterne mot Lysakerelven. Her het det:

Manglende vann til transport av bore kaks i hullet gjør videre boring etter beskrevet metode umulig.

Overtakelse skjedde ved overtakelsesforretning 21. januar 2016. I overtakelsesprotokollen del B «Mangelliste/ikke utførte kontraktsarbeider» fremgår følgende under punkt 3 «Mangler»:

Kontrakten omfatter boring av ett grovhull med diameter 660 mm.

ES har ikke vært i stand til å fullføre denne boringen med de krav og forutsetninger som er satt i kontrakten.

Det er enighet mellom BK og ES å avslutte arbeidene med følgende dimensjoner på borhullet:

0-77 m = Ø600mm

77-216 m = Ø440mm.

Se referat fra byggemøte 6 den 03.12.2015 for ytterligere detaljer.

Partene var på dette tidspunktet uenige om hvem som hadde risikoen for forsinkelsen og at arbeidene ikke kunne fullføres i henhold til kontrakt. Dette berodde blant annet på hvem av partene som hadde risikoen for at grunnforholdene var av en slik kvalitet at den avtalte utførelsesmetoden ikke lot seg gjennomføre.

I slutfaktura 14. mars 2016 krevde ES oppgjør for utført kontraktsarbeid, ventetid, ekstraarbeider og endringsarbeider til et beløp på 5 353 043 kroner eksklusive merverdiavgift. Kommunen bestred kravet og fremmet på sin side krav om dagmulkt og dekning av kostnader pådratt som følge av at mikrotunnelen ikke hadde avtalt diameter. I kommunens svar vedrørende sluttoppgjøret datert 19. april 2016 het det:

ES har ikke vært i stand til å fullføre boringen i henhold til kontrakt.

Det er ES' mislighold av kontrakten som utløser BKs krav om erstatning av merkostnader.

Kontraktsfestet dimensjon på borhullet er Ø660 mm.

Borhullet fikk følgende dimensjoner:

0-77m = Ø600mm

77-216m = Ø440 mm

Dette fører til at borhullet ikke har den kapasiteten som var tenkt.

BK har derfor sett seg nødt til å utføre ytterligere tiltak for at systemet skal kunne håndtere de prosjekterte vannmengdene.

Det har blitt bygget et fordrøyningsmagasin på ca. 153 m³.

Totalkostnader for dette er anslått til 450 000 eks mva.

Opprinnelig ble det prosjektert å trekke 560 mm PE-rør gjennom Ø600mm borhullet.

For å utnytte det leverte borhullet maksimalt ble det installert en strømpe med dimensjonsovergang.

Det kreves at ES dekker merkostnaden, differansen, mellom strømpe og PE-rør.

Kostnad for levering og montering av 560PE-rør i borhullet er i henhold til kontrakt med Topaas og Haug 551 870 eks mva.

Kostnad for levering og montering av strømpe ble på totalt 1 087 550 eks mva.

Differanse: 535 680.

Total følgekostnad. **985 680,-**

ES tok ut stevning 4. oktober 2016 med påstand om at BK skulle dømmes til å betale 5 347 083 kroner med tillegg av merverdiavgift og forsinkelsesrente. I tilsvaret krevde BK seg frifunnet og fremmet motkrav på inntil 546 419 kroner med tillegg av merverdiavgift og forsinkelsesrente.

Hovedspørsmålet for tingretten var om grunnforholdene var avvikende fra det ES kunne legge til grunn basert på kommunens opplysninger. Retten konkluderte med at ES måtte bære den økonomiske risikoen for at utførelsesmetoden i henhold til kontrakten ikke lot seg gjennomføre. Dette var basert på den informasjonen om grunnforholdene som var gitt i konkurransegrunnlaget (ingeniørgeologisk notat), og hva en befaring, som ES ikke deltok i, ville ha gitt indikasjon på. Retten fant ikke mangler ved kommunens prosjektering, og BK hadde heller ikke plikt til å kontrollere ES' valg av utførelsesmetode. Tingrettens avgjørelse av hovedspørsmålet er ikke anket.

ES krevde betalt for ventetid med til sammen 4 045 860 kroner. BK hadde akseptert å betale ventetid med 440 440 kroner. I tingretten fikk ES delvis medhold i krav på å få dekket ventetid, nærmere bestemt ventetid for plassering av packer på 336 336 kroner og ventetid for pigging på 536 800 kroner, til sammen 873 136 kroner. I tillegg fikk ES medhold i krav om betaling for hjelpehull på 349 440 kroner. BK hadde på sin side krav på maksimal dagmulkt på 371 303 kroner, som tilsvarte 10 % av kontraktssummen. Videre ble kommunen tilkjent 1 001 870 kroner i erstatning for kostnader til fordrøyningsmagasin og innvendig «strømpe» i mikrotunnelen. Anken omhandler dette siste punktet, i tillegg til sakskostnadsspørsmålet.

Det fremgikk av tingrettens beregning at ES' hovedkrav oversteg BKs motkrav, slik at differansen skulle dekkes av kommunen, etter at også tidligere fakturering var hensyntatt.

Asker og Bærum tingrett avsa 13. juni 2017 dom med slik domsslutning:

1. Bærum kommune v/ordføreren dømmes til å betale til Entreprenørservice AS innen to uker fra forkynning 231 753 kroner, med tillegg av merverdiavgift og forsinkelsesrente fra 14. mai 2016 og til betaling skjer.
2. Entreprenørservice AS frifinnes.
3. Entreprenørservice AS dømmes til innen to uker fra forkynning å betale sakskostnader til Bærum kommune v/ordføreren med 274 000 kroner.

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

Entreprenørservice AS har anket deler av dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 14. februar 2019 i Borgarting lagmannsretts hus. Det ble avhørt to vitner: Hans Reinert Flaten, avdelingsleder hos ES, og Dan Magnus Gjerstad, tidligere prosjektleder hos kommunen. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part – *Entreprenørservice AS* – har i hovedtrekk anført:

Det foreligger ikke faktisk eller rettslig grunnlag for kommunens erstatningskrav.

Kommunens mangelskrav er ikke i behold. Kommunen kan ikke få både redusert pris for oppdraget og full erstatning for foretatte utbedringsarbeider. Oppgjøret innebærer i realiteten et prisavslag for den delen av arbeidet som ikke er fullført. ES krevde bare betalt for opprømning til Ø600 mm for de første 77 meterne, men ikke for den resterende delen.

Avtalen om avslutning av arbeidene er til hinder for at BK kan kreve erstatning for utbedringskostnader. Partene har avtalt overtakelse uten ferdigstilling av arbeidene. Det var

enighet om avslutning av arbeidene med en mindre dimensjon på borehullet på deler av strekningen. ES har oppfylt denne avtalen, og kommunen har ikke forespurt ES om å utføre ytterligere arbeider. Kommunen har heller ikke betalt for mer enn det arbeidet som er utført, eller tatt forbehold om å kreve erstatning for ytterligere arbeider.

Uansett er det ikke grunnlag for erstatning etter NS 8405 punkt 36.3 eller 36.5.

Grunnvilkåret for erstatning etter punkt 36.3 er at utbedring ikke er foretatt innen en fastsatt frist. Overskridelse av grunnvilkåret innebærer at retten på erstatning bortfaller. Det er eksplisitt avtalt at arbeidene skal avsluttes, og det er uansett ikke sendt varsel til ES for de arbeider som ligger til grunn for kravet.

Utgiftene kan uansett ikke erstattes etter punkt 36.3. De aktuelle arbeidene som ble gjort avviker fra det avtalte arbeidet og kan ikke sies å være en direkte utbedring av dette. Innstallering av rør i tunnelen var utsatt til en annen entreprise, og det var heller ikke tiltenkt et fordrøyningsmagasin. ES ville hatt krav på vederlagsjustering for slike endringer.

Det er heller ikke grunnlag for erstatning etter NS 8405 punkt 36.5 annet ledd basert på det faktum som er lagt til grunn av tingretten, og som partene er enige om at skal legges til grunn for lagmannsretten. Mangelen skyldes ikke forsett eller grov uaktsomhet på ES' side, og det foreligger ikke årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet som kreves erstattet.

Kommunen har ikke vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige. BK la ned påstand om å bli tilkjent 546 419 kroner, mens domsslutningen gikk 231 753 kroner i ES' favør. Korrekt resultat i lagmannsretten vil medføre en enda større differanse mellom domsslutningen og kommunens påstand. At BK fremla avgjørende dokumentasjon sent og ikke har vært villig til å mekle, bør også tas hensyn til i sakskostnadsspørsmålet.

Entreprenørservice AS har nedlagt slik påstand:

1. Bærum kommune ved ordføreren dømmes til å betale Entreprenørservice AS kr 1 233 623 med tillegg av merverdiavgift og forsinkelsesrente fra 14. mai 2016 til betaling skjer.
2. Partene dekker hver sine sakskostnader for tingretten.
3. Entreprenørservice AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Ankemotparten – *Bærum kommune* – har i hovedtrekk anført:

Bærum kommune har ikke frasagt seg muligheten til å påberope erstatning i overtakelsesprotokollen. Begrepet «enighet om å avslutte arbeidet» dekker ikke den virkning som motparten tillegger den.

Kommunen har heller ikke fratatt ES muligheten til å utbedre mangelen. Kommunen satte frist for å utbedre og sendte hevingsvarsel der de varslet om at arbeidet ellers kunne settes ut til andre. Begge ble sendt etter at avtalt overtagelsesdato for lengst var passert. NS 8405 kan ikke forstås så formalistisk. Varslingsregelen er en saksbehandlingsregel og fører ikke til bortfall av erstatning for økonomisk tap.

Under enhver omstendighet er det uaktsomt å inngi tilbud på sviktende grunnlag. ES gikk ikke på befaring og gjorde ikke forundersøkelser. ES burde ikke ha gitt tilbud på noe som for dem var umulig å levere på. Dette tydeliggjøres av at ES etter inngivelsen av tilbud forsøkte å trekke seg ut av oppdraget.

Når det gjelder sakskostnader, så anføres det at kommunen har vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2. Kommunen fikk medhold på nesten alle poster i tingretten, da ES krevde mer enn 5 millioner kroner og kun fikk ca. 300 000 kroner. Selv om ES vinner frem i ankesaken, og får ca. 1 200 000 kroner, har ES tapt hovedspørsmålet om hvem av partene som hadde risikoen for grunnforholdene. Under enhver omstendighet må tvisteloven § 20-3 lede til samme resultat.

Bærum kommune har nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Entreprenørservice AS dømmes til å betale sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Twisten for lagmannsretten gjelder krav om erstatning som følge av at mikrotunnelen ikke ble levert med avtalt dimensjon (Ø600 mm) i hele lengden, men at ca. to tredjedeler av tunnelen ble levert med en mindre dimensjon (Ø440 mm).

Det er ikke omtvistet at mikrotunnelen avvek fra det som var avtalt ved overleveringen. Tingretten har avgjort at dette skyldes forhold ES bærer risikoen for. For lagmannsretten har partene derved vært enige om at det foreligger en mangel etter NS 8405 punkt 36.1.

Tapet som kreves erstattet består av utgifter til etablering av fordrøyningsmagasin for å kompensere for at tunnelen fikk mindre kapasitet til å lede vekk overvann, samt merutgifter til etablering av en innvendig strømppe med dimensjonsovergang i stedet for et innvendig PE-rør på Ø560 mm som opprinnelig var prosjektert.

Kommunen har prinsipalt påberopt NS 8405 punkt 36.3 som grunnlag for kravet, subsidiært NS 8405 punkt 36.5 annet ledd. Vilåårene for erstatning etter disse to bestemmelsene er vesensforskjellige ved at punkt 36.3 gir rett til erstatning på objektivt

grunnlag, mens punkt 36.5 annet ledd krever forsett eller grov uaktsomhet. Ved avgjørelsen av hvilke(n) bestemmelse(r) som regulerer ES' erstatningsansvar, er det naturlig å ta utgangspunkt i hvordan misligholdsbeføyelser og erstatningsansvar er regulert i entreprisekontraktene.

Erstatning for utbedringsutgifter (NS 8405 punkt 36.3)

Entreprisekontraktene kjennetegnes ved at byggherrens sentrale mangelsbeføyelse er krav på utbedring (retting), mens øvrige mangelsbeføyelser som prisavslag og erstatning er subsidiære. Som retten kommer tilbake til, kjennetegnes systemet i NS 8405 videre ved at de øvrige beføyelsene, særlig krav på erstatning, i vid utstrekning er fraskrevet gjennom nokså kompliserte regler, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett (2014) side 387.

Dersom kontraktsarbeidet leveres med avvik fra det som er avtalt, er den primære beføyelsen med andre ord at byggherren kan kreve mangelen rettet slik at leveransen blir kontraktsmessig (mangelfri). Entreprenøren på sin side kan også kreve å rette mangler byggherren påberoper seg, og derved avskjære mangelskrav ved å levere avtalt ytelse.

I NS 8405 er entreprenørens rett og plikt til å foreta retting regulert i punkt 36.2. Dersom entreprenøren ikke imøtekommer krav om retting, følger det videre av punkt 36.3 at han er objektivt erstatningsansvarlig for kostnader forbundet med at rettingen utføres av andre.

Dersom kontraktsarbeidet ikke er i samsvar med det som er avtalt ved overtakelsen, er kontraktens ordning med andre ord at entreprenøren har en prinsipal realforpliktelse til selv å bringe kontraktsarbeidet i samsvar med det som er avtalt. Dersom rettingsplikten ikke overholdes som en realforpliktelse, har han et subsidiært økonomisk ansvar (uavhengig av skyld) for at kontraktsarbeidet bringes i samsvar med kontrakten.

Ut fra dette legger lagmannsretten til grunn at entreprenørens erstatningsansvar etter NS 8405 punkt 36.3 er begrenset til å omfatte utgifter til rettingsarbeid som byggherren kunne ha krevd at entreprenøren utførte selv etter punkt 36.2. Det som kan kreves erstattet, er med andre ord utgifter med å gjøre kontraktsarbeidet mangelfritt ved å bringe leveransen i samsvar med det som er avtalt. Hvilke utgifter som kan kreves erstattet, må derfor fastlegges med utgangspunkt i hva ES har påtatt seg å levere i kontrakten.

I dette tilfellet hadde ES påtatt seg en utførelsesentreprise som besto i å levere en mikrotunnel med diameter Ø660 mm (som senere er endret til Ø600 mm uten at kommunen har hatt innsigelser). Prosjekteringen av avløpssystemet var ikke en del av entreprisen. ES hadde således ikke påtatt seg et oppdrag om å prosjektere og levere en løsning for å bli kvitt overflatevannet. Oppdraget gikk ut på å levere en ferdig tunnel innenfor fastsatte toleransekrav med hensyn til diameter, retning og plassering av innslags- og utslagspunkt. Toleransekravene skulle sikre at kommunen senere kunne trekke et

Ø560 mm PE-rør med tilstrekkelig fall inne i tunnelen. Heller ikke arbeidet med å trekke innvendige rør var en del av kontraktsforpliktelsen til ES.

I lys av dette legger lagmannsretten til grunn at utgifter med å rømme opp (utvide) tunnelen til Ø600 mm i full lengde, ville være en typisk rettingsutgift som kunne kreves erstattet etter NS 8405 punkt 36.3. En slik retting ville gjort leveransen kontraktsmessig. Kostnadene kunne derved vært krevd erstattet uavhengig av skyld «med mindre [de] vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås», jf. punkt 36.2 første ledd.

I dette tilfellet har imidlertid ikke kommunen rettet mangelen ved å sette kontraktsarbeidet i mangelfri stand. Slik lagmannsretten forstår det, er det også tvilsomt om en opprømming av hele tunnelen til Ø600 mm i det hele tatt ville vært mulig, i alle fall innenfor en økonomisk ramme som gjør at ES kunne holdes ansvarlig for utgiftene, jf. ovenfor.

I stedet har kommunen valgt å overta kontraktsarbeidet i mangelfull stand, og deretter prosjektert en ny teknisk løsning for å nyttiggjøre seg den mangelfulle leveransen. Slik retten ser det, er dette ikke «utbedring» (retting) som faller innenfor punkt 36.2, og som ES er økonomisk ansvarlig for på objektivt grunnlag etter punkt 36.3. «Rettingsarbeidet» som kreves erstattet, gjør ikke leveransen kontraktsmessig i større utstrekning enn tilfellet var ved overtakelsen. For fullstendighetens skyld bemerkes det kort at kommunen ikke har krevd endring etter reglene i NS 8405 kapittel 22, slik at ES' kontraktsforpliktelse er blitt omlagt til å levere den alternative løsningen kommunen har valgt å bygge.

Det må således være klart at kommunen kunne motsatt seg slik «retting» etter NS 8405 punkt 36.2, dersom den ikke ønsket en alternativ leveranse med fordrøyningsmagasin og innvendig strømpe i borehullet. På samme måte kunne ES motsatt seg krav fra kommunen om slik «retting» som alternativ til den forpliktelsen de hadde påtatt seg. Et slikt krav fra byggherren ville i realiteten vært en ensidig omlegging av ES' kontraktsforpliktelse, som måtte ha vært krevd etter kontraktens bestemmelser om endring i kapittel 22.

At disse arbeidene ligger utenfor retten og plikten til å foreta retting etter NS 8405 punkt 36.2, understrekes av at «rettingsarbeidet» etter sin art skiller seg fra den opprinnelige boreentreprisen og forutsetter annen kompetanse. Det er således ikke holdepunkter for at ES som utførende boreentreprenør hadde kompetanse til å prosjektere en alternativ avløpsordning, herunder et fordrøyningsmagasin med beregning av kapasitet og krav til teknisk utførelse. Det er heller ikke holdepunkter for at ES hadde kompetanse til å bygge et slikt magasin. Etter det opplyste hadde ES heller ikke kompetanse og utstyr til å prosjektere og levere en løsning med innvendig strømpe med dimensjonsovergang til erstatning for innvendige PE-rør, som det for øvrig også lå utenfor kontrakten å levere.

Etter lagmannsrettens syn er utgiftene til fordrøyningsmagasin og innvendig strømpe med dimensjonsovergang utgifter kommunen har pådratt for å kunne nyttiggjøre seg det

mangelfulle kontraktsarbeidet ES har levert. Denne utgiften måtte kommunen eventuelt krevd kompensert gjennom prisavslag, med utgangspunkt i at verdien av kontraktsarbeidet var redusert når tunnelen ikke løste kommunens overvannsproblem uten kompenserende investeringer, jf. rettens bemerkninger om dette nedenfor.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at utgiftene ikke er «kostnader til utbedring» som kan kreves erstattet etter NS 8405 punkt 36.3.

At retting er den primære misligholdsbeføyelsen ved mangler, innebærer for øvrig at mangelsbeføyelser som prisavslag og erstatning er subsidiære til byggherrens krav på retting, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett, 2014 side 387. Byggherren kan ikke velge å kreve prisavslag i stedet for retting, jf. NS 8405 punkt 36.4. Prisavslag kan heller ikke kreves i tillegg til retting (med mindre rettingen ikke har fjernet mangelen helt). Dette er naturlig, siden det ikke gjenstår noen mangel å kreve prisavslag for. Motsatt er det en selvsagt forutsetning for å kreve en mangelfri leveranse gjennom retting, at byggherren har betalt fullt kontraktsvederlag. Denne forutsetningen må gjelde uavhengig av om rettingskravet fremmes som et krav om naturaloppfyllelse etter punkt 36.2, eller som et økonomisk ansvar etter punkt 36.3.

Lagmannsretten vil derfor tilføye at partene ble enige om at kommunen ikke skulle betale den avtalte kontraktssummen – det vil si fullt vederlag for en mikrotunnel på Ø600 mm i full lengde – men at den bare skulle betale for utført arbeid ved overlevering basert på enhetspriser. I dette ligger et avtalt prisavslag som reiser spørsmål om kommunen – ved ikke å betale fullt vederlag – er avskåret fra å kreve en mangelfri ytelse gjennom full erstatning for rettingsutgifter etter NS 8405 punkt 36.3. Siden lagmannsretten er kommet til at utgiftene uansett ikke er «kostnader til utbedring» som kan kreves erstattet etter NS 8405 punkt 36.3, er det imidlertid ikke nødvendig for avgjørelsen å gå inn på dette.

Prisavslag (NS 8405 punkt 36.4)

Når kommunen ikke kan kreve utgiftene erstattet i medhold av NS 8405 punkt 36.3, blir spørsmålet om kommunens krav kan føre frem på annet grunnlag.

I denne forbindelse vil lagmannsretten knytte enkelte bemerkninger til entreprenørens økonomiske ansvar som følger av kontraktens bestemmelser om prisavslag i NS 8405 punkt 36.4, siden dette også er et økonomisk mangelsansvar uavhengig av skyld.

Slik saken er opplyst, er det mye som taler for at en opprømming til avtalt diameter (Ø600 mm) ikke var gjennomførbart innenfor kontraktens krav om nulltoleranse for utslipp nedstrøms, eller at dette ville vært så kostbart at vilkårene for å kreve retting ikke ville vært oppfylt. I så fall kunne kommunen krevd prisavslag med utgangspunkt i verdireduksjonen mangelen representerte, jf. NS 8405 punkt 36.4. Dersom mikrotunnelen overhodet ikke hadde nytte for kommunen slik den ble levert, kunne avslaget teoretisk vært satt til 100 %.

Slik retten ser det, har heller ingen av partene i dette tilfellet rent faktisk krevd retting av mangelen. Kommunen har således ikke fremmet krav om at ES skulle rømme opp tunnelen til avtalt diameter i medhold av NS 8405 punkt 36.2, eller krevd slik opprømming utført for ES' regning etter punkt 36.3. ES har på sin side ikke krevd å få rømme opp tunnelen til avtalt diameter som en defensiv beføyelse mot mangelskrav fra kommunen. Tvert imot har ES gitt klart uttrykk for at dette var umulig, med mindre kommunen aksepterte en endring i kontrakten ved at borekaks og borevann kunne samles opp nedstrøms.

Mye taler derfor for at kommunen i utgangspunktet kunne krevd prisavslag etter NS 8405 punkt 36.4, basert på at verdien av kontraktsarbeidet var redusert når tunnelen ikke løste kommunens overvannsproblem uten kompenserende investeringer. Når kommunen ikke har krevd prisavslag på et slikt faktisk grunnlag, har imidlertid ikke retten anledning til å vurdere dette, jf. tvisteloven § 11-2. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til om et slikt prisavslagskrav måtte anses som samme krav, i prosessuell forstand, som det erstatningskravet som er brakt inn for domstolene til avgjørelse gjennom stevningen, jf. Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utg. (2017) side 1086.

Lagmannsretten vil i denne forbindelse likevel tilføye at partene synes å ha vært enige om at kontraktsarbeidet skulle overtas mot et redusert vederlag, ved at ES skulle fakturere utført arbeid med utgangspunkt i enhetspriser. Etter rettens syn er det derved en relevant problemstilling om partene har inngått en avtale om prisavslag, og om kommunen gjennom en slik avtale har forpliktet seg til ikke å påberope ytterligere prisavslag etter NS 8405 punkt 36.4. Reduksjonen i avtalt kontraktsvederlag er ifølge partene 472 336 kroner eksklusive merverdiavgift (216,93 – 72,74 meter x 3 600 kroner x 91 %).

Erstatning på skyldgrunnlag (NS 8405 punkt 36.5)

Det neste spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til, er om utgiftene kan kreves erstattet i medhold av erstatningsbestemmelsen i NS 8405 punkt 36.5.

Som nevnt innledningsvis under rettens bemerkninger, kjennetegnes systemet i NS 8405 blant annet ved at krav på erstatning i vid utstrekning er fraskrevet gjennom nokså kompliserte regler, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett (2014) side 387.

Ut over det objektive erstatningsansvaret som knytter seg til entreprenørens primære retteplikt, er entreprenørens erstatningsansvar som følge av mangler regulert i NS 8405 punkt 36.5. Erstatningsansvar etter denne bestemmelsen krever at det foreligger et skyldbasert ansvarsgrunnlag, og kravet til subjektiv skyld er ulikt for ulike tap.

Entreprenørens ansvar for skader som følge av mangler som skyldes uaktsomhet, er begrenset til utbedring av skader på bygget eller anlegget som ikke omfattes av kontrakten,

jf. punkt 36.5 første ledd. Partene er enige om at kommunens tap ikke omfattes av denne bestemmelsen.

Erstatningsansvaret må derfor vurderes etter punkt 36.5 annet ledd som bestemmer at entreprenøren bare er ansvarlig for andre typer tap dersom «mangelen har sin årsak i forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren». Kravet om kvalifisert skyld som vilkår for erstatning for annet økonomisk tap enn skade på andre deler av bygget eller anlegget, innebærer en betydningsfull og reell ansvarsbegrensning for entreprenøren, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett (2014) side 401.

Kommunen har bevisbyrden for at vilkårene for erstatning er oppfylt, og den har ikke forsøkt å føre bevis for at det var mulig å levere mikrotunnelen med avtalt diameter (uten å bryte kontraktsvilkåret om å unngå nedstrøms utslipp av borekaks). Kommunen har derved ikke sannsynliggjort at det var et handlingsalternativ for ES å levere en mangelfri ytelse etter at avtalen var inngått, noe som regelmessig vil være en forutsetning for at entreprenøren skal kunne bebreides for mangelen på subjektivt grunnlag.

På spørsmål om hvilken handling som pretenderes å ligge til grunn for kravet om erstatning etter NS 8405 punkt 36.5, presiserte kommunen under ankeforhandlingen at kravet er basert på at ES kan bebreides for å ha inngitt tilbud på et arbeid som de visste eller burde ha visst at det ikke var mulig å levere. Lagmannsretten legger dette til grunn.

I lys av dette kan lagmannsretten ikke se at det pretenderte ansvarsgrunnlaget har forårsaket det tapet kommunen krever erstattet.

I vurderingen av årsakssammenheng, tas det utgangspunkt i at skadelidte skal stilles økonomisk som om den skadevoldende handlingen tenkes borte. I dette tilfellet innebærer det at ES ikke hadde inngitt tilbud på boreentreprisen, og spørsmålet er om kommunen har sannsynliggjort at tapet som kreves erstattet i så fall ikke ville ha oppstått.

Kommunens økonomiske situasjon dersom den ikke hadde inngått kontrakten med ES, har i svært liten grad vært gjenstand for bevisførsel og prosedyre fra kommunens side. Det retten har fått opplyst, er at anbudskonkurransen resulterte i et tilbud fra én annen tilbyder, og at det alternative tilbudet var vesentlig dyrere enn den samlede utgiften kommunen har hatt med den overvannsløsningen som ble etablert. Dersom ES ikke hadde inngitt tilbudet som kommunen mener selskapet kan bebreides for å ha inngitt, ville situasjonen med andre ord vært at kommunen hadde hatt større utgifter med å få levert den prosjekterte tunnelen. Samtidig har kommunen ikke ført noen form for bevis for at det var andre løsninger på overvannsproblemet, enn å føre vannet gjennom en mikrotunnel til Lysakerelva.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at kommunen ikke har sannsynliggjort at det foreligger årsakssammenheng mellom det pretenderte ansvarsgrunnlaget og det tapet som kreves erstattet. Vilkårene for erstatning er derved heller ikke oppfylt etter punkt 36.5.

Denne mangelen på årsakssammenheng kan uttrykkes som at kommunen ikke kan kreve *den positive kontraktsinteressen* erstattet dersom den ansvarsbærende feilen er at avtalen ikke skulle ha vært inngått, det vil si at kommunen ikke kan kreve å stilles økonomisk som om kontrakten ble oppfylt. I slike tilfeller må kravet til årsakssammenheng medføre at det er *den negative kontraktsinteressen* som eventuelt kan kreves erstattet, det vil si at kommunen stilles økonomisk som om avtalen ikke var inngått.

Etter lagmannsrettens syn er det derfor tvilsomt om et erstatningsansvar på grunnlag av at avtalen ikke skulle ha vært inngått, hvor den uaktsomme handlingen forutsetningsvis ligger forut for partenes kontraktsforhold, i det hele tatt faller innenfor det mangelsansvaret som er regulert i den kontrakten som senere ble inngått. Spørsmålet er om ikke et slik ansvar må forankres i et ulovfestet skyldansvar utenfor det avtaleforholdet som ble etablert ved den uaktsomme handlingen.

Lagmannsretten går imidlertid ikke nærmere inn på dette, siden kommunen uansett ikke kan gis medhold i erstatningskravet på grunnlag av andre ulovfestede ansvarsgrunnlag. Det vises i denne forbindelse til lagmannsrettens drøftelse ovenfor, der det går frem at kommunen ikke har sannsynliggjort at det foreligger årsakssammenheng mellom det uaktsomme forholdet som påberopes og det økonomiske tapet som kreves erstattet.

Kommunens krav synes å være basert på at det foreligger årsakssammenheng ved at tapet er en følge av mangelen, og at mangelen igjen er forårsaket av at ES grovt uaktsomt har påtatt seg en kontraktsforpliktelse som det er umulig å oppfylle. Etter lagmannsrettens vurdering må et slik resonnement bygge på en feilslutning. Til sammenlikning vil realdebitor i en kontrakt der erstatningsansvaret bygger på et kontrollansvar, ikke være erstatningsansvarlig hvis mangelen skyldes en oppfylleleshindring som ligger utenfor hans kontroll. Dette må gjelde selv om det nødvendigvis lå innenfor realdebitors kontroll å påta seg kontraktsforpliktelsen ved å inngå avtalen i utgangspunktet. Dette illustrerer at det kontraktsregulerte mangelsansvaret (i dette tilfellet et kontrollansvar) ikke regulerer et eventuelt erstatningsansvar på grunnlag av at kontraktsforholdet i det hele tatt ble etablert.

Selv om det etter dette ikke er nødvendig for resultatet å ta stilling til om ES har utvist grov uaktsomhet ved å inngi tilbudet som ble akseptert av kommunen, vil lagmannsretten kort bemerke at den ikke finner dette sannsynliggjort. Tingretten har riktignok avgjort at det var entreprenørens *risiko* at fjellet hadde en tetthet og kvalitet som gjorde det mulig å skape tilstrekkelig trykk for å presse ut borekaks og borevann oppstrøms i borehullet slik det ble stilt krav om. Bevisførselen om grunnlaget for partenes forutsetninger om grunnforholdene har imidlertid vært svært begrenset i lagmannsretten. Og etter rettens vurdering har

kommunen ikke tilbudt bevisførsel som sannsynliggjør at konkurransegrunnlaget med den geologiske rapporten, synbare forhold på stedet eller andre forhold tilsa at det var grovt uaktsomt av ES å legge til grunn at fjellet hadde en kvalitet som tilsa at den valgte utførelsesmetoden var gjennomførbar.

Uten at det har betydning for avgjørelsen, vil lagmannsretten også kort tilføye at en eventuell erstatning etter punkt 36.5 skal utmåles som en nettotapserstatning. I dette ligger at BKs besparelse ved at ES ikke fakturerte tunnelen fullt ut fordi den ikke ble levert i avtalt dimensjon, under enhver omstendighet måtte komme til fradrag i en eventuell erstatning etter punkt 36.5 annet ledd.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at ES ikke er erstatningsansvarlig for tapet, verken etter ansvarsregelen i NS 8405 punkt 36.5 eller på annet ulovfestet grunnlag.

Oppsummering

Lagmannsretten er etter dette kommet til at kommunen ikke har krav på erstatning for utgifter til fordrøyningsmagasin og merutgifter til etablering av innvendig strømpe i stedet for PE-rør i borehullet. Det er således ikke grunnlag for å redusere kontraktsvederlaget med et beløp på 1 001 870 kroner slik tingretten har lagt til grunn.

Anken har etter dette ført frem. ES har lagt ned påstand om fullbyrdsdom for betaling av utestående kontraktsvederlag med 1 233 623 kroner. Beløpet består av netto sluttvederlag på 231 753 kroner som kommunen ble dømt til å betale i tingretten, med tillegg av et beløp på 1 001 870 kroner som lagmannsretten har gitt ES medhold i at det ikke skal gjøres fradrag for i sluttvederlaget. Videre er påstanden utformet slik at det skal betales tillegg av merverdiavgift på beløpet, samt forsinkelsesrente fra 14. mai 2016.

Påstandsbeløpet omfatter således netto sluttvederlag som resultat av de tvistepunktene som er avgjort i tingretten og lagmannsretten. Kommunen har ikke hatt innsigelser til påstandsutformingen og tidspunktet for renteberegningen. Påstanden tas til følge.

Saksomkostninger

ES har vunnet ankesaken og har i utgangspunktet krav på erstatning for saksomkostninger i lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2. Det foreligger ingen tungtveiende grunner som gjør det rimelig å frita kommunen for omkostningsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

For lagmannsretten har ES krevd 109 406 kroner. Av dette er 99 875 kroner salær til prosessfullmektigen, mens resten er utgiftsdekning. Beløpene er uten merverdiavgift, som ikke er krevd erstattet. I tillegg kommer rettsgebyret på 25 176 kroner. Omkostningskravet utgjør etter dette 134 582 kroner. Kommunen har ikke hatt innsigelser til kravets størrelse.

Lagmannsretten finner utgiftene i sin helhet nødvendige, og at det har vært rimelig å pådra dem for en betryggende utførelse av oppdraget, jf. tvisteloven § 20-5. Kravet tas til følge.

Kommunen har krevd erstatning for saksomkostninger i tingretten. Ved avgjørelsen legger lagmannsretten sitt resultat til grunn så langt saken er anket, jf. § 20-9. Av dette følger at kommunen ikke har vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, og at kravet må vurderes etter § 20-3. Etter lagmannsrettens vurdering foreligger det ingen tungtveiende grunner som tilsier at kommunen bør tilkjennes saksomkostninger helt eller delvis for tingretten etter denne bestemmelsen. I tillegg til de tvistespørsmålene tingretten har avgjort at kommunen ikke fikk medhold i, følger det av lagmannsrettens avgjørelse at kommunen heller ikke har fått medhold i erstatningskravet på 1 001 870 kroner. Dette tvistespørsmålet tok alene én full rettsdag å behandle i lagmannsretten. Selv om det legges til grunn at dette spørsmålet ikke ble behandlet like grundig i tingretten, tilsier verken det beløpsmessige resultatet eller tyngdepunktet i saken derved at kommunen bør tilkjennes saksomkostninger for tingretten. Etter dette bærer partene hver sine saksomkostninger for tingretten.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er vinterferie og andre berammelser etter ankeforhandlingen.

DOMSSLUTNING

1. Bærum kommune dømmes til å betale 1 233 623 – enmilliontohundreogtrettitretusen-
sekshundreogtjuetre – kroner til Entreprenørservice AS innen to uker fra dommens
forkynnelse, med tillegg av merverdiavgift og lovens forsinkelsesrente fra 14. mai
2016 og frem til betaling skjer.
2. I erstatning for saksomkostninger i lagmannsretten dømmes Bærum kommune til å
betale 134 582 – etthundreogtrettifiretusenfemhundreogåttito – kroner til
Entreprenørservice AS innen to uker fra dommens forkynnelse.
3. Partene bærer hver sine saksomkostninger for tingretten.

Harald Georg Venger

Lise Lehrmann

Halvard Hauge

Dokument i samsvar med
undertegnet original:

Ingerid Helene Sandberg
(signert elektronisk)