



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 23.11.2018

Saksnr.: 17-050988ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer	Eyvin Sivertsen
Lagdommer	Kine Elisabeth Steinsvik
Tilkalt dommer, sorenskriver	Kari Johanne Bjørnøy

Fagkyndig meddommer	Sivilingeniør	Knut Arild Røste
Fagkyndig meddommer	Ingeniør	Arne Kruhaug

Ankende part	Asko Bygg Vestby AS	Advokat Vegar Vatne Advokat Espen Nyland
--------------	---------------------	---

Ankemotpart	Åsland Pukkverk AS	Advokat Knut Solum Advokat Peter Vagle
-------------	--------------------	---

Innhold

I. SAKENS BAKGRUNN.....	3
II. PARTENES ANFØRSLER	7
III. LAGMANNSRETTENS MERKNADER.....	18
1. Innledning.....	18
2. Mangel ved fyllingsmassene	19
3. Spørsmålet om grov uaktsomhet.....	24
3.1 Utgangspunkter	24
3.2 En kjerneforpliktelse	25
3.3 Klarheten av forpliktelsen.....	26
3.4 Skadeevnen	26
3.5 Alternativ oppfyllelsesmåte	28
3.6 Kvalitetssikring og kontroll	30
3.7 Forhold på byggherrens side	31
3.8 Oppsummering.....	32
4. Tidspunktet for overtakelse	33
5. Masseutskifting i fyllingen under bygget (byggegroppen)	38
6. Fjerning og reetablering av fundamenter og ringmur	41
6.1 Oversikt.....	41
6.2 Rettslig vurdering	42
6.3 Utmåling	43
7. Masseutskifting ved lastebryggene	44
7.1 Oversikt.....	44
7.2 Arbeidskostnader	44
7.3 Innkjøp og transport av erstatningsmasser.....	46
8. Masseutskifting under kontordelen	49
8.1 Arbeidskostnader	49
8.2 Innkjøp og transport av erstatningsmasser.....	49
9. Fyllingsarbeider ved jernbanen	50
10. Løsmassene i haug.....	50
10.1 Spørsmålet om mangler	51
10.2 Massene i fraksjon 0-32 og 0-63 mm	51
10.3 Maskinkulten i fraksjon 60-120 mm.....	53
10.4 Konklusjon om mangler.....	53
10.5 Askos erstatningskrav	53

10.6	Løsmassene ved spunten.....	54
10.7	Øvrige løsmasser.....	56
10.8	Åslands krav	57
11.	Prisavslag.....	57
12.	Forsinkelses- og forseringskostnader (fremdriftskonsekvenser).....	58
12.1	Oversikt.....	58
12.2	Perioden 10. til 22. september 2014	59
12.3	Perioden 23. september til 10. oktober 2014	59
12.4	Perioden fra ca. 10. oktober til 1. desember 2014	60
12.5	Utmåling	60
13.	Dagmulkt	62
14.	Rigg og drift	62
15.	Oppsummering	64
15.1	Askos krav	64
15.2	Åslands krav	65
16.	Sakskostnader	66
	DOMSSLUTNING.....	68

I. SAKENS BAKGRUNN

Saken gjelder tvist om sluttoppgjør i totalentreprise om opparbeidelse av tomt for byggeprosjektet Asko Varestrøm Kjøl i Vestby kommune.

Redegjørelsen nedenfor er i hovedsak basert på tingrettens saksfremstilling, som partene ikke har hatt vesentlige merknader til.

1. Om prosjektet

Prosjekt Asko Varestrøm Kjøl omfatter oppføring av et nytt kjølelager for matvarer i tilknytning til Askos eksisterende anlegg i Vestby kommune i Akershus, omtalt om Asko Sentrallager Kjøl.

Prosjektet er delt i tre hovedentrepriser: (1) tomteopparbeidelse, (2) oppføring av bygget og (3) levering og montering av innvendig logistikk- og automatikksystem. Disse vil nedenfor bli betegnet som henholdsvis tomteentreprisen, bygningsentreprisen og automatentreprisen. Kjølelageret har et samlet gulvareal på om lag 17 000 m² inkludert kontorlokaler. Tomtens størrelse er ca. 35 000 m².

Ankende part, Asko Bygg Vestby AS, er et datterselskap av Asko Norge AS, som blant annet leverer dagligvarer til NorgesGruppen. Internt i Asko Norge AS står Asko Bygg Vestby AS (heretter Asko) som ansvarlig for gjennomføringen av byggeprosjektet.

Ankemotparten, Åsland Pukkverk AS (heretter Åsland), er totalleverandør innen pukk, stein og deponi. Åsland er eid av Hæhre Entreprenør AS med 50 prosent og Gunnar Holth Grusforretning AS med 50 prosent. Åsland ble engasjert som totalentreprenør for tomteopparbeidelsen. Hæhre entreprenør AS var underentreprenør for Åsland for arbeid knyttet til sprenging, mens Gunnar Holt Grusforretning AS var underentreprenør for knusing av steinmassene. Tidligere daglig leder i Åsland, Roar Kristiansen, som ledet prosjektet for Åsland, døde sommeren 2016.

Asko engasjerte Brick AS (heretter Brick) som byggherre for Åslands tomteentreprise. Kontrakt mellom Åsland og Brick ble undertegnet i månedsskiftet august/september 2013. Kontrakten var basert på NS 8407.

Kontrakten ga Brick adgang til å overføre byggherreposisjonen med tilhørende rettigheter til Asko. Slik overføring fant sted 19. januar 2015, etter at Åsland var ferdig med tomteopparbeidelsen. Det er enighet mellom partene om at de reelle byggherreinteressene hele tiden har ligget hos Asko. Nedenfor vil "byggherre" bli brukt som fellesbetegnelse for Asko og Brick, så langt det ikke er nødvendig å skille.

Asko var selv byggherre i bygningsentreprisen, der AF Anlegg AS (heretter AF) ble engasjert som totalentreprenør. Kontrakt mellom Asko og AF ble inngått 18. juni 2014. AF satte i gang byggearbeider i september 2014 etter at oppstart var blitt utsatt i påvente av at tomten skulle bli ferdig. AF engasjerte Bøckmann AS som underentreprenør for gravearbeider på tomten.

Geotekniker Albert Ølnes ble engasjert som rådgivende ingeniør (RIG) i bygningsentreprisen, mens Bright Rådgivende Ingeniører AS (heretter Bright) ble engasjert som prosjekterende og rådgivende ingeniør for bygg, elektro og VVS (RIB, RIE og RIV) i samme entreprisen.

Asko inngikk 8. april 2014 kontrakt med Witron om oppføring av logistikk- og automatikksystemene i bygget (automatentreprisen). Etter kontrakten skulle Witron starte monteringsarbeidene i bygget 1. september 2015. Asko selv var byggherre også for denne entreprisen.

Olav Johansen i Asko hadde det overordnede ansvaret for prosjektet som prosjektdirektør, mens Jan Krogstad var prosjekteringsleder for byggprosjektet og også involvert i tomteprosjektet, der Brick var byggherre. I Brick var Per-Johan Evensen prosjektsjef og Ketil Fjeld prosjektleder.

2. Nærmere om kontrakten

Albert Kr Hæhre Entreprenør AS inngikk i 2000 en samarbeidsavtale med den største eieren av NorgesGruppen, Joh. Johannson, om utbygging av eiendommer for NorgesGruppen.

Albert Kr Hæhre Entreprenør AS kjøpte eiendommen i vår sak av Vestby kommune og fikk den omregulert i 2003/2004. NorgesGruppen hadde på dette tidspunkt et annet bygg på samme område i øst (øvre planum). Partene avtalte at Albert Kr Hæhre Entreprenør AS kunne vinne ut og selge masser på tomten i påvente av at Asko skulle utøve sin opsjon om å bebygge tomten. Det innebar i praksis at Åsland drev pukkverksvirksomhet på tomten parallelt med at tomten ble sprengt ut for senere bebyggelse.

Da Asko skulle bygge på tomten, innga Åsland tre forskjellige tilbud til Brick. Det tredje tilbudet, datert 14. mai 2013, ble akseptert av byggherren og hadde overskriften "[t]ilbud på sprengning, utgraving og fjerning av stein og løsmasser på nytt lager ved Asko Vestby". Tilbudet omfattet blant annet sprenging av tomt og planering til kote 54. Riggkostnadene var satt til fire prosent.

Partene diskuterte tomteprosjektet på et møte 15. mai 2013. Dagen etter sendte byggherren ved Per-Johan Evensen en epost til Åsland med bestilling av "tomte opparbeidelse i hht inngitt tilbud og gårsdagens intensjoner på møte".

Brick utarbeidet kontrakt med kravspesifikasjon i løpet av sommeren 2013. Åsland og Brick undertegnet kontrakten henholdsvis 30. august og 5. september 2013.

I kontrakten punkt 10 fremkommer at det er avtalt igangsettelse 20. mai 2013 og at sluttfristen er 1. oktober 2013. Fristene ble senere endret flere ganger.

I kontrakten punkt 5 er tilbudssummen for kontraktarbeidene oppgitt til 44 946 200 kroner. Det er deretter gjort fradrag for 8 000 000 kroner for justering av nordre grense. Kontraktsummen ble etter dette 36 946 200 kroner, tillagt merverdiavgift, til sammen 46 182 750 kroner. I tillegg kommer riggkostnader med fire prosent.

Kravspesifikasjonen i kontrakten lyder:

- | | | |
|----------------|--|----------|
| 1. Entreprenør | Tomten opparbeides av entreprenør, og entreprenøren innestår for at nedstående parametere er ivaretatt. | 01/10-13 |
| 2. Entreprenør | Entreprenøren har planert byggeområdet (ca 35 000 m2) med Sprengsteinsmasser (T1). Overflate på planum for oppfylte masser skal allikevel ikke variere mer enn +/- 5 cm. | 01/10-13 |
| 3. Entreprenør | Alle fyllinger er av T1 masser til fjell og det er lagt ut lagvis og | 01/10-13 |

- komprimert iht. Statens Vegvesen sin håndbok 018 og veiledning 176.
 - Sprengsteinfylling er en kvalitetsfylling av velgraderte ikke telefarlige sprengsteinsmasser som er lagvis utlagt og komprimert i.h.t. tabell 5:1 "Normal komprimering". [...] Deformasjonsmodul $EV2 \geq 80 \text{ MN/m}^2$ og $Ev2/Ev1 \leq 2,5$. [...]
4. Entreprenør I skjærings/fyllingsarealene skal det være minst 2 meter oppfylling og 1 meter undersprenging. 01/10-13
5. Entreprenør Overflate på planum for oppfylte T1-masser skal ikke variere mer enn +/- 5cm. 01/10-13
6. Entreprenør Fyllingen for fundament skal tåle 500 kN/m². Langtidssetningen skal ikke medføre større setninger enn maks 2 cm og/eller vinkelendringer på byggets fundamenter på mer enn 1,5 promille. Langtidssetninger defineres som 0-10 år. 01/10-13
7. Entreprenør Entreprenør må sikre at skjæringer sikres forskriftsmessig i henhold til spesifisering fra geolog. Dette utføres i hht. Kontraktens enhetspriser og er ikke inkludert i kontraktssummen. 01/10-13
9. Entreprenør Inkludert i leveransen er inntil 20 000 m³ med T1 uknuste steinmasser innenfor næringsområdet for senere bruk på tomt. Avtalt

3. Saken for domstolene

Høsten 2014 oppsto uenighet mellom partene på en rekke punkter. Brick og Asko mente blant annet at verken fyllingsmassene eller løsmassene som Åsland hadde levert, oppfylte kontraktens kvalitetskrav om drenerende og telesikre masser i T1-kvalitet. Åsland bestred at det var mangler ved leveransen.

Den 28. februar 2015 krevde Åsland sluttoppgjør med totalt 75 440 514 kroner. I tilsvaret til sluttoppgjøret 28. april 2015 aksepterte Asko 63 391 765 kroner som rett oppgjør. Asko har utbetalt 59 194 807 kroner. Restbeløpet er tilbakeholdt.

Ved stevning 14. oktober 2015 til Follo tingrett reiste Åsland søksmål mot Asko med krav om betaling av differansen mellom kravet i sluttoppgjøret og faktisk utbetalt beløp. Asko fremmet for sin del motkrav mot Åsland på til sammen 29 337 997 kroner.

Follo tingrett avsa 29. desember 2016 dom med slik slutning:

1. ASKO Norge AS dømmes til å betale til Åsland Pukkverk AS kr 13 681 360, med tillegg av renter fra forfall til betaling skjer.
2. ASKO Norge AS dømmes til å betale merverdiavgift av beløp tilkjent iht pkt 1 over, etter de til en hver tid gjeldende regler.
3. Åsland Pukkverk AS dømmes til å betale til ASKO Norge AS kr 4 237 430, med tillegg av renter fra forfall til betaling skjer.
4. Åsland Pukkverk AS dømmes til å betale merverdiavgift av beløp tilkjent iht pkt 3 over, etter de til en hver tid gjeldende regler.

5. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader.
6. Partene dømmes til å dekke halvparten av rettens utgifter til de sakkyndige meddommerne.

Partene er enige om at tingrettens angivelse av Asko Norge AS som part er feil. Riktig partsangivelse er Asko Bygg Vestby AS.

For nærmere detaljer om saksforholdet vises det til tingrettens dom og lagmannsrettens merknader nedenfor.

Asko Bygg Vestby AS har anket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett. Anken gjelder hele dommen bortsett fra tingrettens avgjørelse av krav knyttet til sømboring og sikringsarbeider, som dermed er rettskraftig avgjort. Åsland Pukkverk AS har gitt tilsvaret.

Ankeforhandling er holdt 28. august til 13. september 2018 i Borgarting lagmannsretts lokaler i Oslo. Partene var representert ved sine prosessfullmektiger og partsrepresentantene Olav Andreas Johnsen (for ankende part), Albert Kristian Hæhre og Edgar Dønåsen (for ankemotparten). I tillegg til forklaringer fra partsrepresentantene ble det avhørt 16 vitner, hvorav seks var sakkyndige. Om bevisføringen ellers vises det til rettsboken.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på grunn av sakens omfang og kompleksitet.

II. PARTENES ANFØRSLER

Den ankende part, **Asko Bygg Vestby AS**, har i hovedtrekk anført:

Det foreligger mangler ved Åslands ytelser – både ved sprengsteinsfyllingen og løsmassene i haug – og Asko har reklamert i tide for alle forholdene i saken. Asko har krav på full dekning av utgifter og tap, uten noen reduksjon basert på synspunkter om uforholdsmessighet, misligholdt tapsbegrensningsplikt eller medvirkning.

Mangler ved fyllingen

Åsland var etter kontrakten forpliktet til å levere en sprengsteinsfylling med drenerende og telesikre masser av T1-kvalitet. Det er på det rene at massene var av typen T2. Det foreligger derfor en mangel ved ytelsen.

Tidligere kontrakter med aktører i NorgesGruppen er uten betydning for Åslands forpliktelser i denne saken. De tidligere kontraktene inneholdt ikke krav om telesikre T1-masser og var inngått mellom andre parter. Det kan ikke påvises en fast avtalepraksis eller felles partsoppfatning som tilsier at massene, til tross for kontraktens ordlyd, ikke skulle ha T1-kvalitet.

Det er ikke nødvendig for lagmannsretten å vurdere den konkrete risikoen for telehiv på tomten. Det følger uttrykkelig av kontrakten at fyllingen skal bestå av T1-masser. Når byggherren har bestilt og betalt for telesikre masser med en definert kvalitet, foreligger en mangel selv om det i ettertid skulle vise seg at risikoen for telehiv og andre problemer var liten eller usikker. Det er ikke byggherren som skal bære risikoen for eventuelle skader ved at entreprenøren ikke har oppfylt kontraktskravet.

Asko mener uansett at det var en reell og konkret risiko for telehiv på tomten. T2-masser har dessuten dårligere dreneringsevne enn T1-masser. De blir ustabile ved regn og ved opptining etter frostperioder. Det var derfor også fare for setningsskader. Konsekvensene kunne blitt meget alvorlige fordi automatlageret var avhengig av en helt stabil grunn for å fungere.

Enkelte prøver fra fyllingen avdekket masser på grensen til T3. Det er derfor sannsynlig at det flere steder lå T3-masser med stor risiko for telehiv og dreneringsproblemer. Det er de dårligste massene i fyllingen, og ikke gjennomsnittskvaliteten, som avgjør hvor store problemene kan bli.

Det var også påvist mye stor stein i fyllingen, herunder stein på over én kubikkmeter. Det øker risikoen for telehiv og setninger. Det vises til at Åsland har påtatt seg å levere en fylling med "velgraderte" masser der steinstørrelsen ikke skal overstige to tredjedeler av lagtykkelsen i fyllingen.

Løsmassene i haug

Også leveransen av løsmasser i haug hadde T2-kvalitet og var derfor mangelfull. Opsjonen i kontrakten ga krav på telesikre masser i T1-kvalitet.

Kontraktsforpliktelsen ble ikke endret ved at byggherren bestilte knusing av steinmassene i ett trinn, og ikke i to trinn. Åsland skulle ha gitt byggherren veiledning dersom bestillingen ikke førte til T1-masser. Totalentreprenøren har en vidtrekkende omsorgsplikt overfor byggherren.

Åsland var gjennom byggetegninger kjent med at løsmassene skulle brukes som komprimerings- og bærelag for bygget. Åsland måtte derfor forstå at massene skulle ha T1-kvalitet. Det er uten betydning at tegningene ble utarbeidet for byggherren i en sideentreprise (bygningssentreprisen). Tegningene var også rettet mot Åslands tomteentreprise. Som totalentreprenør for tomteopparbeidelsen hadde Åsland dessuten en plikt til å sette seg inn i totaliteten i prosjektet.

Åsland har erkjent at massene i topplaget på 20-30 cm (masser i størrelse 0-63 mm) var så dårlige at de måtte fjernes. Det er selvmotsigende når Åsland hevder at masser som var

uegnet i øvre del av fyllingen, var egnet til bruk i byggfundamentet over planum, hvor det er enda viktigere med gode masser.

Reklamasjon

Byggherren har overholdt reklamasjonsfristen for alle mangler og krav.

Reklamasjonsfristen løper ikke før det er holdt overtakelsesforretning. Det stemmer ikke at tomten ble delovertatt allerede 22. september 2014, slik Åsland hevder. Det som da fant sted, var kun en delvis ibruktakelse for at byggentreprenøren AF skulle komme i gang. Overtakelse i NS 8407s forstand ble utsatt fordi det manglet sentral dokumentasjon for Åslands arbeider, blant annet om massekvalitet og fjellsikringsarbeider.

Overtakelse med risikoovergang skjedde først i desember 2014, da protokoll ble undertegnet etter befaring av hele tomten. Det er lang tradisjon for at overtakelse må formaliseres for å sikre klarhet om risiko og ansvarsforhold.

Byggherren varslet om manglene ved fyllingen allerede i midten av oktober 2014 da grunnen ble gjørmete i regnvær. Byggherren fulgte opp da prøveresultater viste T2-kvalitet. Det er derfor klart at byggherren har reklamert i tide.

Det er uansett ingen holdepunkter for at løsmassene i haug ble overtatt før desember 2014. Disse er overhodet ikke nevnt i korrespondansen fra september 2014. Det ble heller ikke avtalt ibruktakelse. Disse massene er første gang omtalt i overtakelsesprotokoll fra desember 2014.

Et synspunkt om overtakelse av løsmassene må uansett begrenses til de marginale mengdene i 0-32 mm som byggentreprenøren AF brukte under punktfundamentene for bygget. Masser i 0-63 mm var ikke tilgjengelig på tomten før i oktober og ble aldri tatt i bruk, annet enn midlertidig ved spunten i fjellskjæringen. Følgelig kan disse massene umulig anses som overtatt i september.

Det følger av rettspraksis at byggherren kunne gjøre gjeldende mangelsbeføyelser høsten 2014 selv om fyllingen ennå ikke var overtatt, men kun ibruktatt av byggherren.

Det anføres subsidiært at byggherren har reklamert i tide selv om overtakelse settes til 22. september 2014. Den dårlige massekvaliteten ble først avdekket i oktober 2014 da massene ble bløte av regnvær. Før dette var mangelen skjult. Byggherren reklamerte umiddelbart og fulgte opp da prøveresultater bekreftet mangelen.

Det samme gjelder for løsmassene i haug. Også her påberopte byggherren mangelen så snart det var anledning til det.

Reklamasjonsfristen er også overholdt for masseutskifting ved lasterampene og kontordelen av bygget. Byggherren varslet så snart det ble oppdaget blant annet islinser i grunnen ved kontordelen som indikerte konkrete teleproblemer.

Åsland kan uansett ikke påberope for sen reklamasjon fordi selskapet har opptrådt grovt uaktsomt. Dessuten er reklamasjonsinnsigelsene fremsatt for sent – de kom først i brev 16. juni 2015 – og Åsland har gått inn på realitetsdiskusjoner som gjør at innsigelsene er tapt.

Uforholdsmessighet

Tingretten har feilaktig lagt til grunn at masseutskifting i fyllingen var et uforholdsmessig utbedringstiltak. Asko har krav på den ytelsen som følger av kontrakten. Mangelen gjelder selve kjernefunksjonen til ytelsen, som er at fyllingen skal være telesikker, selvdrenerende og stabil. Full utbedring ved masseutskifting var nødvendig og ikke uforholdsmessig.

Asko skal ikke måtte bære risikoen for at de dårlige massene forårsaker telehiv og skader på bygget. Det gjelder selv om risikoen måtte være liten.

Det er et paradoks når tingretten mener at totalentreprenøren (Åsland) ikke kunne forventes å ta den økonomiske risikoen ved å stille garanti mot skader, men samtidig mener at det var uforholdsmessig av byggherren å utbedre fyllingen for å unngå den samme økonomiske risikoen. Det betyr i praksis at risikoen skyves over på byggherren.

Åsland valgte selv å skifte ut masser ned til 1,7 meter dybde der bygget skulle oppføres. Da kan selskapet ikke i ettertid høres med at masseutskifting var uforholdsmessig.

Alternative og billigere tiltak, for eksempel isolering i byggeperioden om vinteren, ville ikke ha vært like effektive. Slike tiltak ville dessuten ikke ha sikret mot teleproblemer etter at bygget var oppført. Heller ikke isolering av fundamentene ville ha vært like effektivt.

Masseutskifting var basert på sakkyndige råd. Åsland foreslo ingen alternative utbedringstiltak høsten 2014. Senere forslag til utbedringstiltak er irrelevante for saken.

Heller ikke masseutskifting på andre deler av tomten var uforholdsmessig. Askos utskifting var begrenset til områder med stor belastning (lasterampene) eller med konkrete og påviste frostproblemer (under kontordelen).

Det er videre ikke tvilsomt at løsmassene i haug måtte skiftes ut. Det var spesielt viktig med T1-kvalitet fordi disse massene skulle brukes ved selve fundamenteringen av bygget.

Det bestrides at Åsland ikke fikk mulighet til å utbedre selv. Åsland ble forespurt, men nektet for at det forelå mangler og ønsket ikke å utbedre.

Forserings- og forsinkelseskostnader

Åsland er objektivt erstatningsansvarlig for Askos utgifter og tap. Alle kostnadene er direktetap, slik at det ikke er nødvendig å påvise forsett eller grov uaktsomhet. Det gjelder også for forserings- og forsinkelseskostnader (fremdriftskonsekvenser).

Om lagmannsretten kommer til at fremdriftskonsekvenser er indirekte tap, anfører Asko at vilkåret om forsett eller grov uaktsomhet er oppfylt. Aktsomhetsnormen er meget streng. Som totalentreprenør for tomteprosjektet hadde Åsland en plikt til å planlegge, prosjektere og dokumentere egne arbeider. Åsland har forsettlig unnlatt dette. Om forpliktelsene var blitt overholdt, ville ytelsen ha blitt kontraktsmessig.

Plikten til prosjektering og kvalitetskontroll følger ikke bare av NS 8407, men også av lover og forskrifter, blant annet av plan- og bygningsloven med tilhørende forskrifter og standarder. Det er tale om allment aksepterte profesjonsnormer.

Det totale fraværet av kvalitetssikring i prosjektet er i seg selv nok til å konstatere ansvarsgrunnlag for indirekte tap. Åsland manglet planer og oppfølging både når det gjaldt finstoff, storstein, komprimering og håndtering av vann i byggefasen. Fremlagte "sjekklister" sier ingen ting om hvilke rutiner som er fulgt.

Det bestrides at Åsland har fulgt prosedyrene i Håndbok 018. På grunn av de særlige utfordringene med å etablere tomt på et tidligere pukkverk, var det uansett ikke nok å følge denne håndboken.

At tomten var i bruk som pukkverk, skapte et særlig behov for planlegging og kvalitetssikring, blant annet for å unngå sammenblanding med dårlige masser fra pukkverksdriften. Det var behov for en saneringsplan. Det var dessuten kjent i bransjen at det ofte oppstår problemer ved bruk av sprengte steinmasser i fyllinger. Også dette tilsa særlig aktsomhet fra Åslands side.

Ikke bare prosjekteringen, men også selve utførelsen var grovt uaktsom. Åsland har brutt kjerneforpliktelsen om å levere en fylling med T1-masser. Det er tale om en betydningsfull svikt med stor skadeevne. Det samme gjelder for løsmassene i haug.

Åsland kan ikke høres med at det var uklart hvem som hadde prosjekteringsansvaret. Åsland var oppført med ansvarsrett for prosjektering og utførelse og ga samsvarserklæring ved søknad til plan- og bygningsmyndighetene om igangsettingstillatelse.

Åsland kan heller ikke unnskyldes seg med dårlig koordinering og oppfølging på byggherresiden. Byggherren har ingen plikt til å føre tilsyn med og kontrollere

totalentreprenørens arbeid underveis, men har kun en rett til dette. Det får ingen konsekvenser om retten ikke brukes.

Det er korrekt, som Åsland har anført, at fremgangsmåten for kommunikasjon i PA-manualen er fraveket, men det var partene enige om. Åsland måtte ha varslet hvis selskapet ønsket at manualen skulle følges.

De enkelte kravene

Det var feil av tingretten å tilkjenne Åsland 5 683 960,80 kroner for masseutskifting under bygget, mot å tilkjenne Asko et prisavslag. Det anføres at Åsland må dekke disse kostnadene selv.

Fordi massene ikke oppfylte T1-kravet, var det også nødvendig å masseutskifte ved lastebryggene og kontordelen samt å skifte ut løsmassene i haug. Asko krever 5 757 120 kroner for innkjøp av nye masser (etter motregning mot Åslands krav knyttet til løsmassene i haug) og 2 504 690 kroner for transportkostnader. For masseutskiftingen ved lasterampene og kontordelen krever Asko i tillegg erstatning for arbeidskostnader med henholdsvis 1 650 000 kroner og 66 808 kroner.

Asko krever 1 100 000 kroner i prisavslag for de massene i fyllingen som ikke ble skiftet ut.

I erstatning for fremdriftskonsekvenser krever Asko til sammen 13 289 921 kroner. Kravet består av tre elementer: Fjerning og reetablering av fundamenter, forsinkelseskostnader og forseringskostnader. Kravene er en konsekvens av mangler ved fyllingsmassene.

Det var ikke riktig av tingretten å tilkjenne Åsland 547 318 kroner for bortkjøring av løsmasser i haug. Asko godtar at Åsland som utgangspunkt har krav på 2 079 154 kroner i oppgjør for løsmassene, men Asko har motregnet dette beløpet i sitt erstatningskrav. Det betyr at Åsland ikke har krav på ytterligere betaling. Det var også feil å tilkjenne Åsland 759 496 kroner for fyllingsarbeider ved jernbanen.

Videre var det ikke riktig å tilkjenne Åsland 1 148 768 kroner for tilleggskostnader til rigg og drift for perioden 1. juni til 19. desember 2014, utover det beløpet på 576 232 kroner som Asko har akseptert og betalt. Tilleggskostnadene er ikke dokumentert og skyldes uansett svikt ved Åslands egen leveranse.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Åsland Pukkverk AS dømmes til å betale ASKO Bygg Vestby AS et beløp oppad begrenset til NOK 21.131.582,81, eks. mva., tillagt lovens forsinkelsesrente fra 28. mai 2015 og inntil betaling skjer.

2. ASKO Bygg Vestby AS tilkjennes sakens omkostninger.

Ankemotparten, **Åsland Pukkverk AS**, har i hovedtrekk anført:

Tingrettens dom må legges til grunn. Asko har ikke krav på dekning av ytterligere kostnader og tap.

Mangler ved fyllingen

Åsland har oppfylt kontraktens krav om å levere en kvalitetsfylling av velgraderte og ikke telefarlige sprengsteinsmasser. Det foreligger derfor ingen mangel ved fyllingen.

Uttrykket "T1-masser" i kontrakten kan ikke forstås bokstavelig. Kriteriet var ikke gjennomtenkt og ble ikke drøftet mellom partene. Kravspesifikasjonen bærer preg av å være et "lappverk" med flere elementer som ikke passer i et tomteprosjekt. Det avgjørende kravet er at det ikke skulle være fare for telehiv. Hæhre-selskapene har lang erfaring og omfattende kunnskap om hva som skal til for å etablere en telesikker fylling.

Det var ikke mulig for Åsland å forstå at T1-masser var ment som et absolutt krav. Partene hadde i flere tidligere samarbeidsprosjekter brukt samme type masser som i dette prosjektet. Det hadde aldri oppstått teleproblemer eller blitt påpekt mangler ved massene. Åsland var berettiget til å bygge på en felles avtalepraksis og forståelse om at T1-masser ikke var nødvendig.

Kjernen i samarbeidet har vært bruk av stedlige masser som ble pigget og deretter vendt tilbake i fyllingen, uten videre bearbeiding ved sikting og rensing. At byggherren ikke kunne forvente slik bearbeiding, fulgte også av den lave prisen. Byggherren måtte ha gitt klar beskjed hvis det var ønskelig med høyere massekvalitet i dette prosjektet.

Krav om T1-masser kan ikke utledes av kontraktens henvisning til Statens vegvesens Håndbok 018. Denne sier at T1 skal brukes i bære- og komprimeringslag over planum, men ikke i fyllingen under planum, som Åslands kontrakt gjelder. Det er uansett ikke krav om T1-masser hvis fyllingen består av et "steinskjelett" av sprengstein, slik som i dette tilfellet. Det er umulig for vann å trekke opp i et steinskjelett, selv om finstoffinnholdet skulle være høyt.

Om Håndbok 018 skal anvendes, er det mest naturlig å bruke bestemmelsene om dypsprengning i bergskjæring i punkt 226.2. For slike arbeider kreves ikke T1-masser, fordi det ikke er telehivrisiko i en dypsprengt fjelltomt.

Et krav om T1-masser kan heller ikke utledes av tegning B10-001 revisjon G. Det bestrides ikke at Åsland var kjent med tegningen, men den sier ingen ting om T1-masser og kan uansett ikke oppfattes som et pålegg til Åsland. Tegningen var utarbeidet i

bygningssentreprisen, som hadde en annen byggherre. Hvis tegningen skulle følges, måtte Åslands byggherre Brick ha gitt en skriftlig instruks, eventuelt i form av en endringsordre, slik det følger av NS 8407 punkt 31 og 32 og PA-manualen.

Tegning B10-001 revisjon G bygger på RIG 01-notatet. Dette notatet fremstår som en fullstendig prosjektering av tomten, men sier ingen ting om T1-masser. Hvis det skulle brukes T1-masser, burde det ha fremgått av notatet. Åsland ble for øvrig aldri gjort kjent med dette notatet.

Det er ingen alminnelig bransjeoppfatning at T1-masser er nødvendig for å sikre mot telehiv i fyllinger. Tvert imot er bransjen ikke opptatt av dette. God bransjepraksis kommer til uttrykk i Statens vegvesens nye Håndbok N200, som tillater bruk av T2-masser i fylling.

Åsland var ikke kjent med de ekstreme kravene til stabilitet som fulgte av automatentreprisen med Witron. Denne entreprisekontrakten ble ikke inngått før i april 2015, og Åsland ble aldri orientert om detaljene. Asko kan ikke i ettertid bruke kvalitetskravene i sideentreprisene som grunnlag for å fremme mangelskrav mot Åsland.

Det var uansett ingen konkret fare for telehiv på tomten. Fyllingen var lagt på stabil fjellgrunn. Ut fra grunnvannstanden var det ikke mulig at vann kunne bli trukket opp i fyllingens frostsone og skape telehiv. Det støttes av senere beregninger utført av NGI.

Telehiv kunne heller ikke oppstå ved at overflatevann fra regnvær samlet seg i fyllingen, slik Asko har anført. Dette vannet ville raskt dreneres ut gjennom sprekker i fjellet under fyllingen. Også dette bekreftes av NGI.

Åsland har erkjent at topplaget (avrettingslaget) på fyllingen på 20-30 cm fungerte dårlig og måtte fjernes, men det skyldes ikke bare massekvaliteten i Åslands leveranse. Også intens komprimering og mye tungtransport på tomten bidro. Fjerningen av topplaget er derfor ingen erkjennelse av at fyllingsmassene ikke oppfylte kontraktens krav.

Det er ikke påvist at det var mye storstein i fyllingen. Vitneforklaringene og det fragmenterte bildematerialet utgjør ingen dokumentasjon.

Løsmassene i haug

Heller ikke T1-kravet for løsmassene kan tas på ordet. Det sentrale er at massene skulle ha god kvalitet og være telesikre. Massene som Åsland leverte, oppfylte dette kravet. Hvis Asko var opptatt av T1-kvalitet, burde selskapet ha bestilt pukk eller maskinkult, som er vesentlig dyrere.

Kontraktsforpliktelsen må uansett anses som endret ved at Brick valgte å bestille masseknusing i ett trinn. Det er kjent i bransjen at det kreves knusing og sikting i to trinn

for å oppnå T1-masser. Brick ønsket ikke dette fordi det var dyrere. Åslands leveranse er i samsvar med bestillingen og har ingen mangler.

Det stemmer ikke at Åsland var kjent med hva løsmassene skulle brukes til. Dette ble aldri formidlet til Åsland.

Byggherren har brukt en god del av løsmassene til spunt og anleggsvei. Byggherren kan ikke påberope mangler for disse delene av massene. Byggherren har akseptert bruk av faktisk kvalitet og fraskrevet seg muligheten til å påberope mangel.

Reklamasjon

Forutsatt at det foreligger mangler, har byggherren reklamert for sent.

Tomten ble delovertatt av byggherren senest 22. eller 23. september 2014. Det ble ikke kun avtalt delvis ibruktakelse. Det var enighet om at tomten skulle delovertas forutsatt at Åsland leverte nødvendig dokumentasjon. Slik dokumentasjon ble levert til byggherren og godkjent 19. september 2014 etter at komprimeringen var testet. Byggherren ba ikke om ytterligere dokumentasjon, men overlot tomten til AF. Ettersom AF startet bygging på tomten, må den åpenbart være overtatt.

I korrespondansen mellom partene brukes uttrykket "overlevering". Byggherren måtte ha gitt klar beskjed hvis meningen kun var å ta tomten i bruk. I så fall ville Åsland ha protestert, ettersom ibruktakelse uten overtakelse skaper uklare ansvarsforhold.

Også løsmassene i haug ble overtatt i september 2014. AF ga klart uttrykk for at selskapet trengte løsmassene til byggearbeidene. Ettersom selve tomten ble overtatt, må det samme gjelde for løsmassene. Det støttes av referat fra byggemøte nr. 36.

Det er ikke avgjørende at overtakelsesprotokoll ikke ble undertegnet. Partene var enige om at undertegning skulle skje når hele tomten var ferdig og klar til overtakelse senere på året.

Med dette som utgangspunkt kom reklamasjon over de enkelte forholdene for sent.

Massene i fyllingen ble bearbeidet over lang tid. Byggherren var flere ganger på fyllingen og burde ha reagert tidligere. Hvis T1-kravet var viktig, burde byggherren ha etterlyst sikteprøver av massene.

Det samme gjelder for massene ved lasterampene og under kontordelen av bygget. Åsland fikk dessuten ikke mulighet til å besiktige de påståtte manglene og ble fratatt muligheten til å utbedre selv.

For løsmassene la Åsland frem to sikteprøver i september 2014 som viste avvik i finstoffinnhold. Asko har opptrådt uaktsomt ved ikke å gjennomgå prøvene og påberope avviket. Mangelsinnsigelsen mot disse massene er på denne bakgrunn tapt, slik også tingretten kom til.

Når det gjelder storstein, mottok Åsland et varsel i oktober 2014, men avviste at steinene stammet fra fyllingen. Byggherren slo seg til ro med dette svaret og fulgte ikke opp spørsmålet om storstein, verken ved sluttoppgjøret eller i stevningen til tingretten. Tingretten har korrekt konkludert med at reklamasjonsfristen er oversittet.

Uforholdsmessighet mv.

Forutsatt mangel ved fyllingsmassene var masseutskifting i fyllingen et uforholdsmessig utbedringstiltak. Masseutskifting innebærer i praksis omlevering og er langt på vei like byrdefullt for entreprenøren som heving.

Det stemmer ikke at Åsland selv valgte å masseutskifte under bygget. Åsland hadde flere alternative forslag, nemlig drenering av tomten, rensing av masser i topplaget og bruk av kult til forsterkningslag. Byggherren fremsatte i stedet tre meget kostbare eller upraktiske alternativer som Åsland fikk kun to dager på å vurdere. Åsland hadde i praksis ikke annet valg enn å masseutskifte, ettersom alternativene fra byggherren var meget byrdefulle.

Faren for telehiv var minimal og kunne ha vært avverget ved enkle tiltak. Det bekreftes av vurderinger fra NGI. Det kunne ha vært benyttet vinterisolering på tomten med matter og varmluft, eventuelt kombinert med permanent isolering av byggets fundamenter. Dette er vanlige fremgangsmåter som ville ha vært effektive og vesentlig billigere. AF måtte uansett ha vinterisolert tomten i byggeperioden.

Frostproblemer kunne bare oppstå i byggeperioden den første vinteren. Etter at bygget var ferdig, ville telehiv ikke kunne oppstå fordi bygget ville ha holdt grunnen frostfri.

Det var heller ikke nødvendig å skifte ut løsmassene i haug. Da beslutning om dette ble truffet, var fyllingsmassene allerede utskiftet opp til planum, slik at løsmassene ville bli liggende på rene T1-masser. Telehiv ville da ikke kunne oppstå.

Åsland ble dessuten fratatt sin utbedringsrett for løsmassene. Åsland foreslo sikting av massene og ny levering. Byggherren avsto dette på usaklig grunnlag og kjøpte i stedet inn maskinkult eksternt, noe som var uforholdsmessig dyrt.

Byggherren har generelt ikke overholdt tapsbegrensningsplikten.

Erstatningsansvar – spørsmålet om grov uaktsomhet

Forsterings- og forsinkelseskostnader er indirekte tap, slik at Asko må påvise forsett eller grov uaktsomhet hos Åsland for å få dekket tapene.

Det bestrides at Åsland har utvist forsett eller grov uaktsomhet. Det var fullt forsvarlig av Åsland å oppfatte kontrakten slik at det verken var krav om T1-masser i fyllingen eller i løsmassene i haug.

Det er riktig at Åsland som utgangspunkt hadde prosjekteringsansvaret for tomteopparbeidelsen, men byggherren skapte uklarhet om dette ansvaret. Blant annet fulgte byggherren ikke kontrakten når det gjaldt prosjekteringsansvaret for sikringsarbeider i fjellskjæringen rundt tomten. Uklarheten smittet over på andre deler av kontraktsarbeidet.

Videre har rådgiverne i bygningsentreprisen – Albert Ølnes og Bright – laget en rekke notater og tegninger som griper inn i prosjekteringen av tomteopparbeidelsen. Notatet RIG 01, sett i sammenheng med geotekniske notater fra Ølnes og tegninger fra Bright, er i praksis en fullstendig prosjektering av tomten. Det er uklart hva Asko mener at det gjensto for Åsland å prosjektere. Det kom ingen innvendinger mot Åslands prosjektering underveis i prosjektet.

Byggherren skapte også uklarhet om selve utførelsen av tomteentreprisen ved ikke å følge sin egen PA-manual ved pålegg til entreprenøren.

Åsland hadde ingen plikt til å følge opp anvisninger fra rådgiverne i bygningsentreprisen uten pålegg fra egen byggherre, Brick. Det var ikke grovt uaktsomt av Åsland ikke å følge disse anvisningene.

Samlet sett har byggherren sterkt bidratt til de påberopte manglene ved fyllingen og massene i haug.

Det er ikke riktig at Åsland og Hæhre-selskapene manglet kvalitetssikringsprosedyrer. Selskapene har lang erfaring med sprengning og opparbeidelse av tomt. De har arbeidet etter gode og innarbeidede rutiner og har fulgt prosedyrene i Håndbok 018.

Asko har i liten grad konkretisert hvilke prosedyrer og planer som manglet. Åsland har fulgt forsvarlige rutiner for sprengning, pigging og vending av masser. Det er lagt frem sjekklistene for arbeidene. Det var ingen ting spesielt ved prosjektet som forutsatte særlige rutiner. Det var ikke grunnlag for å kreve en "saneringsplan" for pukkverksdriften.

Det erkjennes at Åslands dokumentasjon for arbeidene kom sent, men det skyldtes at Åsland hadde prioritert å ferdigstille tomten slik at den kunne overleveres til AF. Dokumentasjonen ble gjennomgått og godkjent av Ølnes, som hadde fått dette i oppdrag av

byggherren. Byggherren ba ikke om ytterligere dokumentasjon og kan ikke nå hevde at dokumentasjonen var mangelfull.

Plan- og bygningsloven med tilhørende regelverk er irrelevant for den vurderingen lagmannsretten skal gjøre.

Samlet sett har Åsland opptrådt fullt forsvarlig både ved planleggingen og gjennomføringen av tomteprosjektet. Anførselen om grov uaktsomhet er konstruert av Asko i ettertid for å få større erstatning.

De enkelte kravene

Åsland godtar tingrettens dom. Asko har ikke krav på noe mer enn det som ble tilkjent av tingretten.

Åsland har for sin del krav på de beløp som ble tilkjent i tingretten, blant annet 5 683 960 kroner for masseutskifting under bygget, 1 759 543 kroner for levering av løsmasser og 547 318 kroner for bortkjøring av disse løsmassene etter ordre fra byggherren.

Åsland har videre krav på 1 148 768 kroner for tilleggs kostnader til rigg og drift i den forlengede byggeperioden fra 1. juni til 19. desember 2014, slik tingretten kom til. Åsland har åpenbart hatt høyere kostnader i denne perioden enn de 576 232 kronene som Asko har akseptert og betalt.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Åsland Pukkverk AS tilkjennes sakens omkostninger.

III. LAGMANNSRETTENS MERKNADER

1. Innledning

Det første spørsmålet i saken er om det foreligger en mangel ved sprengsteinsfyllingen som Åsland har levert.

Sentralt i mangelsvurderingen står Askos anførsel om at både massene i sprengsteinsfyllingen og løsmassene i haug skulle ha T1-kvalitet for å sikre en telesikker og drenerende fylling. Lagmannsretten vil først forklare sentrale faguttrykk i saken.

Med telehiv menes en heving av terrengoverflaten som følge av at telefarlig masse under bakken fryser. For at det skal oppstå telehiv, må følgende tre faktorer være til stede:

1. Det må være tilgang på kulde slik at frost trenger ned til de telefarlige massene
2. Massene må ha tilgang på vann fra undersiden
3. Massene må ha kapillær sugesevne slik at vann suges opp til frostsone i fyllingen

Hvis vannet suges opp til frostsone i grunnen, vil vannet kunne fryse og danne islinser som "sprenger" overflaten og danner telehiv.

Statens vegvesens Håndbok 018 punkt 510.1 (side 207) deler masser inn i fire telefarlighetskategorier – fra T1 til T4 – ut fra mengden finstoff i materiale under 22,4 mm. Hvis andelen finstoff – definert som materiale under 0,02 mm – er på under tre prosent, brukes betegnelsen T1, som betyr "ikke telefarlig". Ved finstoffinnhold på mellom tre og tolv prosent brukes betegnelsen T2, "litt telefarlig". Hvis finstoffinnholdet overskrider tolv prosent, er materialet enten "middels telefarlig" (T3) eller "meget telefarlig" (T4).

Telefarligheten øker altså med andelen finstoffinnhold. Bakgrunnen er at vann lettere stiger i masser med høyt finstoffinnhold fordi den kapillære sugesevnen er større.

Finstoffinnholdet har også betydning for dreneringsevnen ved at mye finstoff gir dårligere dreneringsevne. Finstoffinnholdet måles også her i massefraksjoner på 0-22,4 mm, men finstoff omfatter materiale opp til 0,063 mm, jf. Håndbok 018 side 263. Hvis andelen finstoff overskrider sju prosent, regnes massene ikke som selvdrenerende. Det betyr i praksis at det kan samle seg vann på overflaten etter regnvær eller annen vanntilførsel. Som lagmannsretten kommer til, kan dette påvirke stabiliteten i fyllingsmassene.

Lagmannsretten vil nedenfor vurdere om sprengsteinsfyllingen som Åsland leverte, oppfylte kravene i kontrakten, det vil si mangelsspørsmålet (punkt 2). Deretter vurderes spørsmålene om grov uaktsomhet (punkt 3) og om overtakelsestidspunkt for byggetomten (punkt 4). De enkelte kravspostene vurderes i punkt 5 til 14. Kravene i punkt 9, 10.8 og 14 er fremmet av Åsland og gjelder tilleggsarbeider. Øvrige kravsposter er fremmet av Asko.

2. Mangel ved fyllingsmassene

I kontraktens kravspesifikasjon for tomteopparbeidelsen – som er inntatt foran i dommen – er det bestemt at Åsland skal planere byggeområdet på 35 000 m² "med sprengsteinsmasser (T1)". Det er videre presisert at "[a]lle fyllinger er av T1 masser til fjell".

Det er på det rene – og ubestridt – at fyllingen som ble levert, ikke besto av T1-masser. Dette bekreftes av prøver som ble tatt av grunnen. I slutten av oktober 2014 tok Åsland ut elleve prøver. Materialet ble analysert av NGI, som fant at kun én prøve var i telefarlighetsklasse T1. De øvrige ti prøvene var av T2-kvalitet med et gjennomsnittlig finstoffinnhold på 7,33 prosent, som er over det dobbelte av grensen på tre prosent. Én prøve var på grensen til T3 med et finstoffinnhold på 11,1 prosent.

NGI gjorde også tester for dreneringsevne (vannømfintlighet) og kom til et gjennomsnittlig finstoffinnhold på 11,35 prosent. Dette er klart over grensen på sju prosent for selvdrenerende masser.

I tillegg tok sivilingeniør Albert Ølnes ut seks prøver som ble undersøkt av Multiconsult. Analyseresultatet viste én prøve i gruppe T1, mens de fem øvrige prøvene var i gruppe T2.

Åsland har anført at kontrakten ikke kan forstås slik at det er et absolutt krav at fyllingen skal bestå av T1-masser. Kjernen i kontraktsforpliktelsen er etter Åslands oppfatning at det skal etableres en kvalitetsfylling som ikke er telefarlig. Åsland mener at denne kontraktsforpliktelsen er oppfylt. Åsland har til støtte for sin tolkning påberopt både kontraktens utforming og forhistorie og tidligere avtalepraksis mellom partene.

Lagmannsretten finner at Åslands anførsler ikke kan føre frem, og at selskapet var forpliktet til å levere en fylling med T1-masser. Det var derfor mangler ved leveransen, jf. NS 8407 punkt 42.1 første ledd, jf. punkt 14.

Høyesterett har fastslått at det ved tolkningen av avtaler mellom profesjonelle skal legges stor vekt på det som følger av en objektiv tolkning av avtalens ordlyd. Det skyldes hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet i forretningsforhold, jf. Rt-2002-1155, der det heter:

"Saken gjelder tolkning av en kontrakt i næring inngått mellom profesjonelle parter. Det finnes støtte så vel i teori som i rettspraksis for at slike kontrakter som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt. [...]"

Utgangspunktet om en objektiv fortolkning med basis i kontrakten kan også uttrykkes slik at den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, har bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse på avtaletiden, jf. Haaskjold: Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002 side 102."

Standpunktet er fulgt opp i senere rettspraksis, se blant annet Rt-2012-1729 avsnitt 57.

Kontrakten oppstiller som nevnt et eksplisitt krav om T1-masser. Kravet kommer til uttrykk tre steder; i kravspesifikasjonen punkt 2 og 3 og i opsjonsbestemmelsen om løsmasser i haug, som lagmannsretten kommer til senere.

Det må foreligge klare holdepunkter for å legge til grunn en annen forståelse enn den som følger av ordlyden. Slike holdepunkter finnes ikke.

Åsland har vist til at T1-masser ikke var omfattet av det tilbudet Åsland fremsatte 14. mai 2013, og som ble akseptert av byggherren. Det som ble tilbudt, var "sprengning, utgraving og fjerning av stein og løsmasser", inkludert at "[t]omten sprenges, planeres på kote 54".

Det var ikke sagt noe om T1-masser. Ifølge Åsland ville prisen i så fall ha blitt vesentlig høyere fordi massene måtte bearbeides videre.

Lagmannsretten finner det ikke avgjørende hva som fremgikk av tilbudet. Åslands tilbud var kortfattet og skjematisk utformet. Kravene til ytelsen ble utdypet og konkretisert i selve kontrakten med tilhørende kravspesifikasjon, som Åsland undertegnet i slutten av august 2013. Hvis Åsland mente at det ikke skulle leveres T1-masser, eller at prisen da ville bli høyere fordi massene måtte bearbeides videre, måtte selskapet ha bragt dette inn i kontraktsforhandlingene. Ved motstrid mellom tilbud og endelig kontrakt er det – naturlig nok – kontrakten som gjelder, se i den forbindelse prinsippet i NS 8407 punkt 2.2.

Åsland har også vist til formuleringen i selve kravspesifikasjonen om at det skal leveres en "steinfylling" i form av en "kvalitetsfylling av velgraderte ikke telefarlige sprengsteinsmasser" – og videre at det skal være minst to meter oppfylling "og 1 meter undersprengning". Det som her beskrives, er etter Åslands oppfatning en såkalt dypsprengt steinfylling der Statens vegvesens Håndbok 018 ikke stiller krav om T1-kvalitet. Dette ble påpekt av Albert Kristian Hæhre, styremedlem i Åsland, i hans partsforklaring for lagmannsretten. Det samme ble understreket av daværende daglige leder i Åsland, Roar Kristiansen, i hans epost 24. oktober 2014 til byggherren, som ble skrevet etter at Asko hadde reklamert over dårlig massekvalitet. I eposten oppsummerte Kristiansen sin oppfatning av kontrakten slik:

"Åsland har påtatt seg i kontrakt å sprengre, dypsprengre, vende dypsprengt sprengstein samt levere denne sprengsteinsfyllingen i komprimert og avrettet tilstand i hh til krav for slike arbeider spesifisert i Statens Vegvesen Håndbok 0-18."

Kristiansen hevdet i forlengelsen av dette at Åsland ikke i tillegg hadde påtatt seg å sikte ut finstoff fra de sprengte steinmassene for å oppnå T1-kvalitet, og at slik massekvalitet etter hans oppfatning var nødvendig etter Håndbok 018:

"I 018 stilles det ikke krav til finstoffinnhold i vegens underbygning. Oppfylling av sprengstein under forsterkningslag (etter sommeren 2013 i noen nyere kontrakter kalt frostsikringslag) defineres som underbygning og kan sammenliknes med de arbeider vi har påtatt oss og utføre."

Lagmannsretten kan ikke slutte seg til denne forståelsen av Håndbok 018. Det er riktig at håndboken ikke oppstiller et generelt T1-krav for fylling under planum. Det gjelder likevel et krav om T1-masser for den øverste meteren av steinfyllingen. Utgangspunktet er at dette fyllingslaget skal oppfylle kravene til forsterkningslag, hvor det gjelder et T1-krav. Det heter i håndboken punkt 255 på side 88:

"I øvre 1,0 meter av steinfyllingen skal det benyttes godt drenerende masser. Med hensyn til finstoffinnholdet gjelder de samme krav som til forsterkningslag, se punkt 522.1. [...]"

T1-kravet til forsterkningslag fremgår i håndboken punkt 522.1. At håndboken krever T1-masser i den øverste delen av fyllingen, ble bekreftet i vitneforklaringene fra sjefsingeniør Jostein Aksnes i Statens vegvesen og sivilingeniør Ragnar Evensen, også han med bakgrunn fra Statens vegvesen.

I tegning B10-001 revisjon G i bygningsentreprisen, som ble utarbeidet 25. mars 2015, er øvre del av fyllingsmassen på én meter definert som "forsterkningslag". Med utgangspunkt i kravene i Håndbok 018 bekrefter dette at T1-kravet skulle oppfylles. Åsland ved Roar Kristiansen var kjent med denne tegningen og brukte den blant annet som grunnlag for endringsmeldinger.

Åsland anførte under prosedyren at det er håndbokens bestemmelser om dypsprengning i bergskjæringer som det er naturlig å anvende i saken, og at det for slike arbeider ikke gjelder et T1-krav. Det er vist til håndboken kapittel 22, særlig punkt 225 og 226.2.

Lagmannsretten ser ikke grunnlag for anførselen. Kontrakten gjelder etablering av en sprengsteinsfylling, og tvisten gjelder massene i denne fyllingen, ikke det forutgående sprengningsarbeidet. Det må da være kapittel 25 om "fyllinger" (med den videre henvisningen til kapittel 522.1 som er omtalt ovenfor), og ikke kapittel 22 om "skråninger og skjæringer i berg", som gir relevant veiledning.

Det sentrale er uansett at det i kontrakten er stilt eksplisitt krav om at massene skal ha T1-kvalitet. T1-kravet er i kravspesifikasjonen plassert foran den mer detaljerte beskrivelsen av en dypsprengt steinfylling i spesifikasjonen punkt 3. Den nærmere beskrivelsen av steinfyllingen fremstår derfor kun som en utdyping av det grunnleggende kvalitetskravet om bruk av T1-masser, men uten å endre dette kravet.

Det er for øvrig understreket i spesifikasjonen punkt 3 at "[a]lle fyllinger er av T1-masser til fjell", hvorpå det presiseres at sprengsteinsmassene skal være "ikke telefarlige". Uttrykket "ikke telefarlige" er i samsvar med definisjonen av T1 i Håndbok 018. Også dette underbygger at kravet om T1-kvalitet må tas på ordet.

Åsland har til støtte for sitt standpunkt påberopt kontraktens forhistorie og tidligere praksis mellom partene. Det er vist til at aktører i Hæhre-gruppen og NorgesGruppen tidligere har samarbeidet om en rekke tomteentrepriser der fellestrekket har vært at stedlige masser pigges og vendes tilbake i grunnen, uten videre bearbeiding for å oppnå T1-kvalitet. Åsland har blant annet påberopt en tidligere entreprisekontrakt fra 2006 om et tomteprosjekt på den samme eiendommen som vår sak gjelder. I kontrakten heter det:

Det skal foretas planering av tomter med planeringsnivå i henhold til veiledende planeringsnivå i reguleringsplan for Deli skog nord [...].

I områder med fjell undersprenges min 1,5 meter og i områder med løsmasser graves masser ut til fast bakke. [...]

Det fylles opp med sprengstein og etableres et minimum 1,5 m tykt forsterkningslag av sprengstein. Alle områder komprimeres ihht. krav i Statens Vegvesen håndbok 0-18 til en nøyaktighet +/- 10 cm.

Overskudd av fjell og løsmasser fjernes."

Liknende formuleringer er brukt i en mer overordnet samarbeidsavtale fra mai 2000 om utvikling av eiendommen:

"Etter at JOH-System har overtatt Eiendommen, skal Hæhre i totalentreprise opparbeide Eiendommen til ferdig avrettet og komprimert kvalitetsfylling klart for bygging. Det regnes med gjennomgående dypsprengt areal hvor bygget kan fundamenteres i komprimert sprengsteinsfylling, med unntak av eventuelle vindforankringer til fjell. [...]"

Det er fra Åslands side understreket at T1-kvalitet verken var tema i disse avtalene eller i andre samarbeidsprosjekter. Etter Åslands syn tilsier dette at den massekvaliteten som er levert – stedlige sprengsteinsmasser – må regnes som en "preakseptert" løsning som er i samsvar med partenes forutsetninger.

Lagmannsretten ser ikke grunnlag for å oppstille en felles partsforutsetning om en annen massekvalitet enn den som er nedfelt i kontrakten. Det er korrekt at kontrakten forutsetter bruk av stedlige sprengsteinsmasser. Noe annet er ikke anført av Asko. Men kontrakten sier også – i motsetning til kontraktene i de tidligere samarbeidsforholdene som Åsland har påberopt – at fyllingsmassene skal ha T1-kvalitet. Det er ikke noe i veien for å kombinere et krav om bruk av sprengsteinsmasser med et krav om at sluttproduktet skal ha T1-kvalitet. Det er altså ingen motsetning mellom de to delene av kravspesifikasjonen. Det vises til vitneforklaringen fra sjefsingeniør Jostein Aksnes om at det ikke er problematisk å fremstille T1-kvalitet fra sprengte fjellmasser. Det gjøres ved å sikte og rense massene for finstoff før de legges i fyllingen.

Edgar Dønåsen, som nå er daglig leder i Åsland, forklarte for lagmannsretten at det ville være vanskelig å fremstille T1-kvalitet fra de stedlige massene, blant annet på grunn av typen bergarter på tomten. Lagmannsretten finner ikke at dette har betydning for kontraktstolkningen. Åsland har inngått en totalentreprise og bestemmer selv fremgangsmåten som skal brukes for å oppfylle kontraktsforpliktelsen om å levere en sprengsteinsfylling av T1-masser. Åsland hadde drevet pukkverk på tomten i mange år og må derfor ha vært godt kjent med fjellkvaliteten og eventuelle utfordringer ved å oppnå T1-kvalitet fra stedlige masser. Åsland måtte ha sagt tydelig fra på forhånd hvis selskapet ikke kunne påta seg en kontraktsforpliktelse om T1-masser.

Når Åsland ikke har levert en fylling med T1-kvalitet, foreligger kontraktsbrudd.

Asko har også påberopt at det var mye stor stein i fyllingen, og at fyllingsmassen derfor ikke var "velgradert", slik kontrakten krever, jf. kravspesifikasjonen punkt 3. Asko mener at de store steinene kunne forsterke den risikoen for setninger og telehiv som følger av finstoffinnholdet i massene.

Lagmannsretten bemerker at det er lagt frem bilder som viser store steinblokker i og ved fyllingen. Det er åpenbart at flere av steinene ikke oppfyller kravet i Håndbok 018 om at steinstørrelsen maksimalt skal utgjøre to tredjedeler av lagtykkelsen i fyllingen.

Basert på fremlagte bilder og vitneforklaringer legger lagmannsretten til grunn at det var en del uforholdsmessig store stein i fyllingsmassen. Det underbygger at Åsland ikke har sørget for tilstrekkelig kvalitetskontroll av sitt arbeid, se nedenfor.

Det er imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at det var så store mengder steinblokker i fyllingsmassen at det i seg selv utgjør en mangel ved leveransen. Det begrensede bildematerialet som er lagt frem, er ikke egnet til å sannsynliggjøre dette. Det er uklart både hvor store mengder stein det er tale om, og hvor de befant seg i fyllingen, noe som har sentral betydning for om steinene kunne påvirke fyllingens stabilitet. Det er også uklart i hvilken grad de avbildete steinblokkene lå i selve fyllingsmassen, eller om de stammet fra annet arbeid på tomten, for eksempel fra arbeidet med fjellskjæringen rundt fyllingen eller fra AFs gravearbeider i forbindelse med fundamenteringen av bygget.

Lagmannsrettens konklusjon blir at det var en mangel ved fyllingen at Åsland ikke brukte telesikre og selvdrenerende fyllingsmasser i T1-kvalitet. Spørsmålet om det var mangler også ved løsmassene som Åsland leverte for senere bruk i byggeprosjektet, behandles i punkt 10 nedenfor.

Det tilføyes at partene unnlot å foreta en dokumentert kontraktsgjennomgåelse før oppstart. Om dette var blitt gjort, kunne flere av de omtvistede forholdene trolig ha blitt avklart.

3. Spørsmålet om grov uaktsomhet

3.1 Utgangspunkter

Asko har anført at mangelen ved fyllingsmassene skyldes grov uaktsomhet.

Spørsmålet om entreprenøren har opptrådt grovt uaktsomt, har betydning i to sammenhenger. For det første kan en entreprenør som har opptrådt grovt uaktsomt, som utgangspunkt ikke påberope for sen reklamasjon, jf. NS 8407 punkt 42.2.3. For det andre kan byggherren i en slik situasjon også kreve erstatning for indirekte tap (konsekvenstap), jf. NS 8407 punkt 42.5 andre ledd. Det siste er en aktuell problemstilling i vår sak ved at Asko har krevd dekning av forserings- og forsinkelseskostnader i sideentreprisen om bygg, se nærmere punkt 12 nedenfor. Slike kostnader regnes i utgangspunktet som indirekte tap.

Erstatningsvilkåret om grov uaktsomhet innebærer et krav om sterkt klanderverdig opptreden. I HR-2017-1977-A avsnitt 15 har Høyesterett presisert dette slik:

"Grov uaktsomhet forutsetter at skadevolderen har opptrådt på en måte som representerer et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om opptreden som er sterkt klanderverdig, og vedkommende må være vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om vanlig uaktsomhet, jf. Rt-1989-1318 og senere dommer som følger opp dette."

Det gjelder en streng aktsomhetsnorm for profesjonsutøvere både på entrepriserettens område og ellers, jf. Rt-2014-422 avsnitt 31. Spørsmålet om det foreligger et klart og markert avvik fra forsvarlig og aktsom atferd, må avgjøres med utgangspunkt i en slik – streng – norm.

I den nærmere vurderingen må det blant annet legges vekt på om forsømmelsen gjelder en sentral avtaleforpliktelse, hvilken skade som kunne oppstå, og hvilke handlingsalternativer som forelå. Det må videre tas hensyn til særtrekk ved kontraktsforpliktelsen. Ved totalentrepriser vil den alminnelige omsorgsplikten overfor byggherren kunne innebære at rekkevidden av aktsomhetskravet skjerpes og utvides noe sammenliknet med det som gjelder ved utførelsesentrepriser. Totalentreprenøren har veiledningsplikt overfor byggherren og må sette seg inn i helheten av byggherrens prosjekt. Entreprenøren må med dette som utgangspunkt sørge for at egen ytelse passer til formålet både gjennom sin prosjektering, utførelse og kvalitetskontroll. Det vises til NS 8407 punkt 14.3, 16.1, 16.2 og 17. Avhengig av saksforholdene vil dette i praksis kunne bety at ansvar lettere foreligger, selv om ansvarsnormen er den samme som i entrepriseforhold ellers.

Etter en samlet vurdering er lagmannsretten – under tvil – kommet til at Åsland må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt ved ikke å oppfylle kontraktens krav til massekvalitet.

3.2 En kjerneforpliktelse

Åslands kontraktsbrudd gjelder en kjerneforpliktelse i entreprisekontrakten, nemlig massekvaliteten i fyllingen. Kravet om T1-masser fremgikk eksplisitt flere steder i kontrakten. Begrepet har et utvetydig innhold som er godt kjent både for Åsland og i bransjen for øvrig. Kravet skulle ivareta en sentral funksjon ved ytelsen ved å sikre at tomtene ble telesikker. Dette formålet fremgikk eksplisitt av avtalen ved at sprengsteinsmassene skulle være "ikke telefarlige", jf. kravspesifikasjonen punkt 2 og 3.

At kontraktsbruddet gjelder en kjerneforpliktelse for Åsland, er i seg selv et tungtveiende argument for grov uaktsomhet.

3.3 Klarheten av forpliktelsen

Åsland har anført at kontrakten var uklar, og at en eventuell misforståelse ikke kan betegnes som grovt uaktsom.

Lagmannsretten er enig i at kravspesifikasjonen med fordel kunne ha vært mer gjennomarbeidet, blant annet ved en mer presis henvisning til hvilke deler av Håndbok 018 som skulle følges. Selve kravet om telesikkerhet og T1-masser er imidlertid utvetydig og sentralt plassert i kravspesifikasjonen. Som tidligere nevnt er det ingen motsetning mellom dette kravet og bruk av stedlige sprengsteinsmasser.

Lagmannsretten ser derfor ikke noe grunnlag for at kontrakten i seg selv kunne misforstås.

Åsland har påberopt at det i tidligere samarbeidsprosjekter mellom aktører i Hæhregruppen og NorgesGruppen ikke har vært stilt krav om telesikre T1-masser. Det var derfor – hevdes det – forsvarlig av Åsland å levere samme typer masser som i tidligere prosjekter.

Heller ikke denne anførselen kan føre frem. Hvis Åsland ikke hadde til hensikt å følge opp T1-kravet, skulle dette ha vært avklart med byggherren på forhånd. Åsland hadde ikke et legitimt grunnlag for å se bort fra kravet.

3.4 Skadeevnen

Skadeevne ved å etablere en byggetomt som ikke er telesikker, er betydelig. Selv små setninger kan føre til store konsekvenser for byggherren. Åsland var kjent med at det skulle bygges et avansert kjølelager på tomten. Selv om selskapet ikke hadde kunnskap om detaljene i kravene til stabilitet m.m. for automatsystemene i lageret, burde dette ha skjerpet aktsomheten.

Åsland har gjort gjeldende at det ikke var noen konkret telehivrisiko på eiendommen. Det er vist til at fyllingen lå på fjellgrunn, og at det basert på grunnvannstanden og massekvaliteten etter Åslands syn ikke kunne oppstå telehiv. Åsland har blant annet lagt frem sakkyndige utredninger fra NGI, utarbeidet henholdsvis 19. desember 2014 og 9. mai 2016.

Lagmannsretten understreker at spørsmålet om grov uaktsomhet må avgjøres ut fra forholdene da tomteentreprisen ble planlagt og utført, det vil si fra 2013 og frem til høsten 2014. Det er ingen holdepunkter for at Åsland selv gjorde noen konkrete faglige vurderinger av telehivrisikoen i denne perioden.

Etterfølgende vurderinger er i utgangspunktet ikke avgjørende i vurderingen. De kan likevel ha interesse ved at de kaster lys over spørsmålet om i hvilken grad Åslands

handlemåte den gangen var forsvarlig. Lagmannsretten vil derfor redegjøre kort for slike vurderinger nedenfor.

Begge parter har lagt frem utredninger om telehivrisikoen på tomten og ført en rekke sakkyndige vitner om dette. De sakkyndige har lagt ulike faktiske forutsetninger til grunn for sine vurderinger, blant annet når det gjelder grunnvannstand, frostnivå i området og dreneringsevne i fjellgrunnen. De har også kommet til ulike konklusjoner om telehivrisikoen. Rapportene gir altså ikke et entydig bilde av hvor stor risikoen var.

Ut fra en samlet vurdering av den omfattende bevisførselen mener lagmannsretten for sin del at det på ingen måte kunne utelukkes at det ville oppstå telehiv på tomten.

For at det skal oppstå telehiv, må avstanden fra toppen av sprengsteinsfyllingen og ned til grunnvannet være mindre enn summen av frostdybden og massenes evne til trekke vannet opp i massene (den kapillære stighøyden). Toppen av steinfyllingen ligger på kote 53,5. Spørsmålet blir da hvilket nivå grunnvannet ligger på.

I rapport 19. desember 2014 uttaler NGI at grunnvannsspeilet er observert på kote 50,8 utenfor tomten (i en bekk langs jernbanen), det vil si 2,7 meter under toppen av fyllingen, samt at det ved prøvetaking ble sjaktet til 1,7 meter dybde (kote 51,8) uten at grunnvann ble påtruffet. Sammenholdt med den kapillære stighøyden og frostdybden ville telehivrisikoen etter NGIs oppfatning være liten. Det vises til vitneforklaringen fra Gunvor Baardvik, fagansvarlig for anleggsgeoteknikk i NGI.

Geoteknisk sakkyndig Per Løvlien ga i rapport 14. oktober 2015 og i forklaringen for lagmannsretten uttrykk for et annet syn. Hans oppfatning – etter å ha undersøkt og vurdert forholdet i forbindelse med et tidligere prosjekt i området – var at grunnvannstanden nedenfor eiendommen (i bekken ved jernbanen) er på kote 51,3, det vil si en halv meter høyere enn det NGI forutsatte i sine beregninger. Han mente dessuten at det er variasjoner i grunnvannsnivået i området. Ettersom vann fra høyere terreng bak tomten vil renne ned i fyllingen og videre ned mot bekken, mente han at grunnvannstanden på tomten er på omtrent kote 52,5, og ikke lavere enn kote 51,5. Det betyr i så fall at grunnvannsnivået er mellom 1,0 og 2,0 meter under toppen av fyllingen.

NGI har i sin rapport av 19. desember 2014 beregnet maksimal frostdybde ("100-års frost") til å være mellom 1,9 og 2,2 meter. SINTEF har i sin rapport 21. september 2016 beregnet frostdybden til å ligge mellom 2,33 og 3,00 meter. Ut fra dette legger lagmannsretten til grunn at frostdybden er minimum 1,9 meter.

NGI har beregnet kapillær stighøyde i prøver av massene. Beregningene viser at kapillær stighøyde i snitt ligger på 13 cm og maksimalt på 43,2 cm. SINTEF har analysert de samme prøvene ved en annen fremgangsmåte og er kommet til at de dårligste massene har

en kapillær stighøyde på 101 cm, ikke 43,2 cm. Ut fra dette legger lagmannsretten til grunn at kapillær stighøyde i snitt er minst 13 cm.

Sammenfattet viser dette at summen av frostdybde og kapillær stighøyde er over 2,0 meter. Hvis avstanden fra toppen av fyllingen og ned til grunnvannet er mindre enn 2,0 meter, slik den geoteknisk sakkyndige Per Løvlien har forklart, er det fare for at det kan oppstå telehiv.

Etter lagmannsrettens syn var det på denne bakgrunn en ikke ubetydelig risiko for skadelig telehiv i fyllingen.

Når det gjelder skadepotensialet, kunne telehiv vinteren 2014/2015 ha løftet de etablerte fundamentene og underlaget for det fremtidige gulvet. Når islinsene smeltet, ville det ha blitt et overskudd av vann i massene. Da ville bæreevnen ha blitt svekket, og det kunne ha oppstått setninger. Det kunne ha gått lang tid ut på våren og sommeren 2015 før islinsene smeltet, og setningene ble avdekket. Konsekvensene ville da ha blitt store.

Uavhengig av om den konkrete risikoen for telehiv vurderes som stor eller liten, underbygger redegjørelsen ovenfor at det var et markant avvik fra forsvarlig opptreden å fravike kravet om telesikre T1-masser uten noen forutgående vurdering av forholdene på tomten.

Åsland var et pukkverk som ikke selv hadde erfaring med tomteopparbeidelse. Det må derfor legges til grunn at Åsland lente seg på sine underentreprenører og deres alminnelige erfaring med fyllingsarbeider, men uten at noen av disse ble bedt om eller faktisk gjorde konkrete undersøkelser knyttet til telehivrisiko på tomten som grunnlag for å se bort fra kontraktskravet om T1-kvalitet. Dette er etter lagmannsrettens syn klart kritikkverdig, særlig i lys av at Åsland hadde påtatt seg å være totalentreprenør for tomteopparbeidelsen. Åsland skulle ha sørget for en klar ansvarsfordeling og pålagt sine underentreprenører konkrete forpliktelser knyttet til kvalitetssikring og dokumentasjon av fyllingsarbeidene.

3.5 Alternativ oppfyllelsesmåte

Åsland har anført at fyllingen var telesikker uavhengig av finstoffinnholdet fordi den besto av et "steinskjelett" av sprengstein. Etablering av et slikt steinskjelett var med andre ord en likeverdig fremgangsmåte for å etablere en selvdrenerende og telesikker fylling.

Lagmannsretten bemerker at Håndbok 018 gjør unntak fra kravet til finstoffinnhold i forsterkingslag hvis det knuste steinmaterialet danner et åpent steinskjelett, jf. håndboken punkt 522.11 side 261. Årsaken er at det ikke er mulig for vann å stige i finstoffet hvis stein ligger mot stein i fyllingsmassene. Det vil i så fall verken kunne oppstå telehiv eller dreneringsproblemer i massene.

Det er imidlertid ikke bevismessig dekning for at Åsland har etablert et slikt steinskjelett. Ut fra bevisførselen – bilder og vitneforklaringer – må det tvert imot legges til grunn at fyllingen i stor grad besto av nokså finkornede masser av lav kvalitet, og ikke av sprengstein av en viss størrelse. Dette støttes av flere vitneforklaringer. Det vises blant annet til forklaringen til Bjørn Riseng, driftsleder i AF, som beskrev fyllingsmassene som usedvanlig dårlige og gjørmete, nærmest ren subbus. Det gjaldt ikke bare i overflaten, men også nedover mot fjellgrunnen. Ingeniør Hans Petter Bøckmann fra Bøckmann AS, som var underentreprenør for gravearbeider for AF, beskrev dårlige og finkornede masser som ikke lot seg drenere.

Fremlagte Füller-kurver fra NGI og Sintef bekrefter, slik lagmannsretten tolker resultatene, at fyllingen ikke hadde et gjennomgående steinskjelett.

Ut fra en samlet vurdering av bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at store deler av fyllingsmassene ikke hadde preg av steinskjelett. Det høye finstoffinnholdet i fyllingen kompenseres derfor ikke av at stein lå mot stein. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, er det vanskelig å komme utenom at massekvaliteten fremsto som lav. Tester fra NGI viser at massene, i tillegg til ikke å oppfylle T1-kravet, også manglet evne til selvdrenering. Den dårlige dreneringsevnen underbygges av bilder, som viser at det sto vann høyt i fundamentgroper over hele tomten etter regnvær i oktober 2014, men med ulikt vannivå i gropene. Det forhold at vannet ikke fordelte seg jevnt utover i fyllingen, forsterker inntrykket av dårlig dreneringsevne. Det vises til geotekniker Per Løvliens vitneforklaring om dette.

Når vann samler seg i fyllingsmassene på grunn av svak dreneringsevne, kan det ødelegge stivheten og komprimeringen i massene. Fyllingen kan bli ustabil ved regn og ved opptining etter frostperioder, slik at det oppstår fare for setningsskader. Med andre ord svekkes bæreevnen. Askov vil da ikke få en slik velkomprimert kvalitetsfylling som kontrakten gir krav på. Det nevnes at T1-masser har bæreevne i klasse 1, mens T2-masser har bæreevne i klasse 3, jf. Håndbok 018 side 207 (figur 510.1). Det er altså en ikke ubetydelig forskjell i bæreevne mellom de to massetypene.

Åsland kan etter dette ikke høres med at kontraktens kvalitetskrav er oppfylt uavhengig av massenes finstoffinnhold.

Kontrakten ga dessuten ikke Åsland et valg om utførelsesmåte for å oppnå telesikkerhet, jf. NS 8407 punkt 14.6. T1-kravet er formulert som en absolutt og ubetinget forpliktelse. Hvis Åsland mente at en alternativ fremgangsmåte burde velges, måtte Åsland ha avtalt kontraktsendring med byggherren. Det ble ikke gjort.

3.6 Kvalitetssikring og kontroll

Sentralt i lagmannsrettens aktsomhetsvurdering står det forhold at Åsland underveis i tomteopparbeidelsen ikke gjorde noe som helst for å forsikre seg om at fyllingsmassene oppfylte kontraktens krav. Som totalentreprenør skulle Åsland ha tatt prøver av massene underveis og analysert. Hvis finstoffinnholdet eller massesammensetningen for øvrig ikke stemte med kontrakten, skulle forholdet ha vært utbedret, for eksempel ved å sikte eller rense massene for finstoff. Utførelsen og kvalitetskontrollen knyttet til massekvaliteten skulle ha vært dokumentert.

Ingen ting av dette ble gjort. Basert på bevisførselen har Åsland ikke hatt noen form for løpende tilsyn og kvalitetskontroll av massene underveis i arbeidet. Det foreligger ingen dokumentasjon om dette utover enkelte "sjekklister" for sprengning mv. som ikke sier noe om fyllingsmassen og dens kvalitet.

Det foreligger heller ingen dokumentasjon om bakgrunnen for at T1-kravet ble fraveket, eller for at det ble gjort noen analyser av hvilken massekvalitet som var nødvendig ut fra forholdene på tomten.

Lagmannsretten betviler ikke at Hæhre-gruppen i alminnelighet har gode rutiner og kvalitetssikringssystemer, slik det er anført under ankeforhandlingen. Saken for lagmannsretten gjelder imidlertid ikke de generelle rutinene, men Åslands anvendelse av disse i det konkrete prosjektet. Denne har vært klart mangelfull.

Åsland har vist til at prøvene som er tatt i ettertid, viser T2-masser, som er kategorisert som er "litt telefarlige". Det er ikke påvist T3- eller T4-masser. Åsland mener at dette taler mot grov uaktsomhet.

Åsland hadde imidlertid ikke grunnlag for å mene noe om massekvaliteten da fyllingen ble overlevert til byggherren. Entreprenøren visste ikke da om det var levert en steinfylling med T1-, T2-, T3- eller T4-masser. Det var først da resultatene fra prøvetaking i oktober 2014 forelå, at det ble avklart hva Åsland hadde levert.

Som nevnt er det også påvist en del store steinblokker i fyllingen, det vil si stein som både overskrider grensen på 0,5 meter steinstørrelse som Åsland selv opererte med, og den grensen på to tredjedeler av lagtykkelsen i fyllingen som er bransjestandard. Det forsterker inntrykket av at Åslands planlegging og kvalitetskontroll av arbeidet har vært mangelfull, se blant annet NS 8407 punkt 15.1.

Det er flere forhold i saken som ga særskilt oppfordring til aktsomhet fra Åslands side. At det skulle oppføres et avansert kjølelager på tomten av stor betydning for byggherrens interesser, er allerede påpekt.

Også særtrekk ved byggetomten ga grunn til aktsomhet. Tomten var i den siste tiårsperioden blitt sprengt ned 25 meter ved Åslands pukkverksdrift. Sprengning og pukkverksdrift gir mye finstoff. Etter lagmannsrettens syn er den mest sannsynlige årsaken til massekvaliteten nettopp at avfallsprodukter fra den mangeårige pukkverksdriften på tomten har blandet seg i sprengsteinen, slik blant andre Bjørn Riseng fremhevet i sin vitneforklaring. Det tilsier at Åsland har manglet planer og rutiner for å skille ut rester fra denne virksomheten fra sprengsteinsmasser som skulle brukes i fyllingen.

Lagmannsretten viser også til at det i 2013 var stor oppmerksomhet i bygge- og anleggsbransjen om risiko for telehiv ved bruk av sprengstein i fyllinger, fordi sprengsteinen ofte viste seg å ha høyt finstoffinnhold. Dette er blant annet fremhevet i retningslinjer fra Statens vegvesen. Det er fra Åslands side bekreftet at selskapet var kjent med disse problemstillingene.

Samlet tilsa dette et høyt aktsomhetsnivå som på ingen måte reflekteres i Åslands oppfølging.

3.7 Forhold på byggherrens side

Åsland har anført at forhold på byggherresiden har bidratt til at fyllingen ikke oppfylte kontraktskravet. Det er blant annet vist til at både den tunge komprimeringen for å oppfylle byggherrens krav om stabilitet i fyllingen, og anleggstrafikk på tomten kan ha økt finstoffinnholdet.

Lagmannsretten finner ikke at massekvaliteten kan forklares med anleggstrafikken eller den tunge komprimeringen, som skjedde ved bruk av 24,8 tonns valse med dybdevirkning på to meter. Bruk av tung valse kan ha bidratt til at fyllingen som helhet ble mer kompakt og derfor fikk dårligere dreneringsevne, men den viktigste forklaringen er etter lagmannsrettens vurdering selve massekvaliteten.

Komprimeringen kan uansett ikke i særlig grad ha påvirket selve massesammensetningen og finstoffinnholdet, som var likeartet fra topp til bunn i fyllingen. Lagmannsretten viser til sakkyndig rapport 26. september 2016 fra sjefsingeniør Jostein Aksnes i Statens vegvesen, der det er påpekt at komprimering med tung valse vil føre til noe nedknusing av massene i øvre lag, men ikke påvirke finstoffmengden lengre ned i massene. Sivilingeniør Hans Petter Hansen var inne på det samme i sin forklaring for lagmannsretten. Med utgangspunkt blant annet i bildematerialet må det legges til grunn at massene hadde likeartet konsistens hele veien ned i fyllingen, og ikke bare i øvre del.

Heller ikke avrenning av vann fra øvre planum kan forklare de gjennomgående dreneringsproblemene på tomten eller massekvaliteten for øvrig.

Åsland har også påberopt dårlig koordinering og uklare ansvarsforhold på byggherresiden som argument mot ansvar.

Lagmannsretten er enig med Åsland i at byggherren kan kritiseres for mangelfulle rutiner for samordning av tomte- og bygningsentreprisene, og for å ha kommunisert krav og pålegg til Åsland på en ikke tilfredsstillende måte. Beslutningslinjene var uklare blant annet ved at Åsland ble forventet å følge opp byggetegninger i Asko og AFs bygningsentreprise uten konkrete pålegg fra sin egen byggherre i tomteentreprisen, Brick. Videre ble viktige pålegg gitt uformelt, uten skriftlige endringsmeldinger og instruksjoner som forutsatt i byggherrens egen PA-manual, se også NS 8407 punkt 31 og 32. Det er etter lagmannsrettens syn klart kritikkverdig.

Lagmannsretten kan derimot ikke se at de påberopte forholdene på byggherresiden har bidratt til at kontraktens krav til fyllingsmassene ikke ble oppfylt. Det var hele tiden klart at ansvaret for massekvaliteten lå hos Åsland. Dette følger av kontrakten ved at entreprenøren "innestår for at nedstående parametere er ivaretatt", jf. kravspesifikasjonen punkt 1. Blant disse er T1-kravet i spesifikasjonen punkt 2 og 3. Byggherren har ikke underveis i prosjektet opptrådt på en måte som ga Åsland grunn til å tro at T1-kravet i kontrakten kunne fravikes. Dette kravet ble tvert imot understøttet blant annet gjennom tegning B10-001 revisjon G, som Åsland fulgte opp i andre sammenhenger.

3.8 Oppsummering

Åsland kan ikke unnskyldes for å ha misforstått kontrakten. Kravet om telesikre masser i T1-kvalitet fremkom klart og utvetydig og var gjentatt flere ganger i kravspesifikasjonen.

Ved ordinær bransjemessig atferd ville det ha vært kurant å sørge for planlegging og kvalitetskontroll som sikret at fyllingen oppfylte kontraktens krav. Lagmannsretten finner det særlig kritikkverdig at Åsland fravek T1-kravet uten å kunne dokumentere et faglig grunnlag for at den valgte utførelsen var like egnet til å oppnå en telesikker fylling, jf. NS 8407 punkt 15.1 og punkt 17.

Lagmannsretten finner det også sterkt klanderverdig at Åsland ikke kontrollerte massekvaliteten underveis. Dette fremstår – også i lys av etterfølgende vurderinger – som et klart og markert avvik fra faglig forsvarlig atferd. Som nevnt synes realiteten å være at Åsland underveis i arbeidet ikke hadde noen som helst formening om finstoffinnholdet i massene. Det var derfor mer eller mindre tilfeldig at fyllingen ikke viste seg å inneholde enda dårligere masser.

Selv om risikoen for telehiv kunne fremstå som liten, ville de økonomiske og praktiske konsekvensene av telehiv kunne bli store for byggherren. Det var Åsland kjent med. Åsland var ikke berettiget til å skyve telehivrisikoen – stor eller liten – over på byggherren.

Mangelen fikk store konsekvenser ved at store deler av fyllingen måtte masseutskiftes, se punkt 5 flg. nedenfor. Lagmannsretten deler ikke tingrettens vurdering om at fyllingen var egnet for oppføring av kjølelageret.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at Åsland har opptrådt grovt uaktsomt.

Når lagmannsretten har vært i tvil om konklusjonen, så skyldes det at T1-kravet kom inn på et sent tidspunkt i avtaleprosessen, uten særskilt diskusjon mellom partene. Kravet fikk ikke konsekvenser for prisingen av Åslands leveranse.

Dette kan imidlertid ikke slå gjennom i forhold til momentene ovenfor. Åsland har påtatt seg å levere telesikre masser av T1-kvalitet. Kontrakten og de skrevne spesifikasjonene om sentrale elementer ved ytelsen må håndheves strengt på entrepriserettens område for å sikre forutberegnelighet og redusere konfliktpotensialet mellom kontraktpartene. Når også Åslands generelle kvalitetssikring og oppfølging av det overordnede kravet om telesikkerhet i kontrakten har vært klart kritikkverdig, blir konklusjonen grov uaktsomhet.

4. Tidspunktet for overtakelse

Byggherrens overtakelse av entreprisen er regulert i NS 8407 kapittel 37.

Spørsmålet om kontraktsarbeidet er overtatt, har i entrepriseretten betydning i en rekke relasjoner. Blant annet går risikoen over på byggherren, som får rett til å ta kontraktsgjenstanden i bruk. Det oppstår undersøkelsesplikt for byggherren, og reklamasjonsfrister begynner å løpe. Det vises til NS 8407 punkt 37.4.

Partene er uenige om når byggetomten ble overtatt av byggherren. Ettersom lagmannsretten er kommet til at Åsland har opptrådt grovt uaktsomt, får dette ikke betydning for reklamasjonsspørsmålet. Det får derimot betydning i en annen sammenheng, nemlig for byggherrens adgang til å påberope mangelsbeføyelser. I vår sak gjorde byggherren gjeldende en rekke mangelskrav før det tidspunktet i desember 2014 som Asko har anført som overtakelsestidspunkt. Utgangspunktet er at kontraktsgjenstanden må være overtatt for å kunne gjøre gjeldende slike beføyelser. Rt-2007-1768, som Asko har påberopt, gjør ikke et generelt unntak fra dette.

Lagmannsretten må derfor ta stilling til når byggetomten ble overtatt. Drøftelsen nedenfor gjelder fyllingen, ikke løsmassene i haug. Disse er særskilt omtalt i punkt 10 nedenfor.

Prosedyrene for overtakelse er nøye regulert i NS 8407 kapittel 37. Bestemmelsen i punkt 37.1 slår fast at overtakelse skal skje ved overtakelsesforretning. Virkningene av overtakelse inntreffer først når overtakelsesforretningen er avsluttet ved undertegning av protokoll, jf. punkt 37.4 andre ledd, jf. punkt 37.2 andre ledd. Bestemmelsene skal sikre notoritet, klarhet og forutberegnelighet for partene.

Det finnes eksempler i rettspraksis på at entrepriser er blitt ansett som overtatt av byggherren selv om den formelle fremgangsmåten i NS-avtalene ikke er fulgt, se blant annet Borgarting lagmannsretts dom 9. februar 2001 (LB-2000-1512). På bakgrunn av overtakelsesinstituttets sentrale funksjon som skjæringspunkt for fordelingen av rettigheter og plikter mellom partene må det foreligge spesielle forhold i saken for kunne konkludere slik. Det gjelder ikke minst for NS 8407, som etter ordlyden oppstiller et unntaksfritt krav om overtakelsesforretning.

I vårt saksforhold ble overtakelsesprotokoll for hele tomten undertegnet etter befaring 15. desember 2014. I ukene før dette var det undertegnet protokoller for deler av tomten, betegnet som "delovertakelser". Det er som nevnt undertegningen som markerer avslutningen av overtakelsesforretningen. Kontraktsarbeidene kan normalt ikke anses som overtatt før det foreligger undertegnet protokoll. Det taler med tyngde for at overtakelse først fant sted i desember 2014.

Lagmannsretten er likevel kommet til at det i denne saken foreligger spesielle forhold som tilsier at byggetomten må anses som overtatt av byggherren 22. september 2014. Standpunktet begrunnes i det følgende.

Tidspunktet for ferdigstilling og overtakelse av tomten ble i løpet av prosjektet utsatt flere ganger. Fremdriftsplanene fra sommeren 2014 forutsatte at hele Åslands kontraktsarbeid, også arbeidene i fjellskjæringen mot øvre planum, skulle overtas av byggherren 15. september 2014.

Situasjonen i fjellskjæringen viste seg å være mer komplisert enn først antatt. I august 2014 avtalte partene derfor at overtakelsen skulle splittes opp i tre delovertakelser. Den største delen av tomten – etappe I med selve byggegropen – skulle overtas av byggherren 15. september 2014, slik at AF kunne komme i gang med sine byggearbeider. Etappe II, et mindre område sør på tomten, skulle overleveres 29. september 2014. For etappe III – nord-øst og ved fjellskjæringen – ble det tatt sikte på overtakelse 8. november 2014. Den 15. august ble fremdriftsplanen revidert i tråd med dette. Det betød i praksis at AF og Åsland skulle arbeide parallelt på tomten, men på ulike deler av den.

Fremdriftsplanen ble justert på nytt i slutten av august 2014, men det ble fastholdt at Åsland skulle overlevere tomten for selve bygget 15. september 2014. AF skulle få tilkomst for oppstart av bygningsentreprisen samme dag.

Både i fremdriftsplanene og i øvrig korrespondanse fra denne perioden brukes uttrykket "deloverlevering". Det er ikke tvilsomt – og heller ikke bestridt – at partene ved dette hadde avtalt "overtakelse" av byggetomten i NS 8407s forstand, og ikke bare ibruktakelse uten risikoovergang etter standarden punkt 38.1.

Byggherren hadde oppstilt som betingelse for overtakelse at Åsland hadde lagt frem nødvendig dokumentasjon for tomteopparbeidelsen. I begynnelsen av september 2014 var slik dokumentasjon ennå ikke fremlagt, til tross for purringer fra byggherren. I Bricks epost 10. september er det uttalt:

"Dokumentasjon på arbeidene dere har utført må foreligge, ellers tar ikke Asko eller AF over på mandag [15.09.2014, lagmannsrettens tilføyelse]".

I Bricks epost 11. september er det presisert hvilken dokumentasjon som etterspørres:

"Det som vi forventer å motta er dokumentasjon iht kontraktens kravspesifikasjon. Her står det blant annet:

'Entreprenør skal levere planert byggeområde med planum +/- 5cm'
'Alle fyllinger er av T1 masser til fjell og det er lagt ut lagvis og komprimert iht Statens Vegvesen håndbok 018 og veiledning 176'"

Asko har anført for lagmannsretten at nødvendig dokumentasjon ikke ble fremlagt av Åsland i september 2014, og at tomten derfor ikke kunne overtas av byggherren. Partene avtalte i stedet ibruktakelse etter NS 8407 punkt 38.1 og utsatte overtakelsen til desember 2014.

Lagmannsretten kan ikke slutte seg til dette. Det er riktig at tomten ikke ble overtatt 15. september 2014 fordi Åsland ikke hadde fremlagt etterspurt dokumentasjon. Byggherren var særlig opptatt av at komprimeringen måtte dokumenteres bedre. Den 15. september 2014 ble det gjennomført belastningsforsøk for komprimeringen med Albert Ølnes til stede, men det fant ikke sted noen overtakelse.

Lagmannsretten oppfatter det imidlertid slik at byggherren noen dager senere valgte å godkjenne dokumentasjonen og overta tomten på det foreliggende grunnlaget. Dette bygger på en samlet vurdering av flere forhold.

I dagene etter 15. september arbeidet partene hektisk med å skaffe oversikt over dokumentasjonen. Albert Ølnes ble i byggemøte 16. september bedt om å sammenfatte "målinger og dokumentasjon fra prøver i tomten i et sluttnotat for komprimeringen". Ølnes hadde tidligere fått oppgaven med å koordinere all KS-dokumentasjon på vegne av byggherren. Åsland ble for sin del bedt om å gi en samlet oversikt over "den dokumentasjon som dere har pr dd for tomtearbeidene", noe Åsland gjorde 17. september 2014. I notat RIG 03 fra 19. september konkluderte Albert Ølnes med at "generell grunn er godt komprimert og tilfredsstillende kontraktsskravet". Innledningsvis i notatet heter det:

"For byggegrunnen har Åsland Pukkverk overlevert ei dokumentmappe som dokumenterer utført arbeid. Vi er blitt bedt om å verifisere dette."

RIG 03-notatet kunne på denne bakgrunn oppfattes som en samlet godkjennelse av dokumentasjonen, slik at den betingelsen som byggherren tidligere hadde oppstilt for overtakelse, var oppfylt. Det var ikke tatt noe forbehold i notatet om at dokumentasjon manglet.

Den 22. september 2014 signerte Brick ved Ketil Fjeld på en oversikt over de tre avtalte deloverleveringene og skrev "ok" for "deloverlevering I". Det undertegnede dokumentet ble oversendt til Åsland og AF. I en situasjon der Albert Ølnes hadde godkjent dokumentasjonen i RIG-03 notatet, kan det undertegnede dokumentet vanskelig oppfattes på annen måte enn at byggherren godtok delovertakelse i NS 8407s forstand av etappe I, slik det tidligere var forutsatt mellom partene. Dokumentet fylte med andre ord funksjonen til en overtakelsesprotokoll.

Byggherren måtte uansett forstå at dokumentet ville bli oppfattet slik av entreprenøren. Det gjelder selv om det på dette tidspunkt – som Asko har påpekt – ennå ikke var lagt frem dokumentasjon for kvaliteten av selve fyllingsmassene. Delovertakelsen ble bekreftet i byggemøte 1. oktober 2014, der det i referatet punkt 4.18 heter: "Etappe I er deloverlevert til Asko og AF har fått tilkomst til denne 22.09.14. [...]"

At byggherren valgte overtakelse selv om dokumentasjonen ikke var fullstendig, kan forklares med tidsnød for å rekke fristene i AFs bygningsentreprise og Witrons automatentreprise.

Et ytterligere – og tungtveiende – moment i vurderingen er at AF allerede 22. september fikk tilkomst til tomten og startet bygging av kjølelageret. Asko har anført at grunnlaget for dette var en avtale med Åsland om ibruktakelse etter NS 8407 punkt 38.1 uten risikoovergang. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at partene i dagene mellom 15. og 22. september endret den opprinnelige avtalen om delovertakelse av tomten til en avtale om ibruktakelse. Om det var meningen fra byggherrens side å endre et så sentralt premiss i avtaleforholdet, måtte det ha vært klargjort og nedfelt skriftlig. Det er ikke gjort. Etter det lagmannsretten kan se, er muligheten for ibruktakelse ikke omtalt i korrespondanse mellom partene fra denne perioden. En avtale om ibruktakelse påberopes første gang av Asko i tilsvaret til tingretten.

Det har dessuten formodningen mot seg at Åsland ville ha godtatt en ordning med ibruktakelse som innebar byggevirkksomhet på en tomt som selskapet fortsatt satt med risikoen for. Åsland hadde i epost 11. september 2014 til byggherren understreket at det var behov for klarhet i overtakelsen nettopp for å hindre at Åsland "i ettertid kan bli sittende med ansvar for slike arbeider [...]" som skal utføres etter at Åsland har ferdigstilt sine arbeider".

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at byggherren ved å undertegne for delovertakelse og igangsette byggearbeider, overtok etappe I av tomten med permanent og endelig virkning.

Det endrer ikke lagmannsrettens syn at undertegning av overtakelsesprotokoll ikke skjedde før i desember 2014. Asko har særlig vist til Bricks epost 1. oktober 2014, der det er presisert:

"Endelig overlevering fra Åsland, med befriende virkning for dem, skjer når siste etappe III meldes klar til det og når all dokumentasjon foreligger og er kontrollert."

Presiseringen om "befriende virkning" kom i forbindelse med den senere overleveringen av etappe II, ikke etappe I som vår sak gjelder. Byggherren kan ikke endre forutsetningene for overtakelsen av den første etappen over en uke etter at overtakelse er skjedd. For øvrig sier ikke eposten noe mer enn at full ("befriende") risikoovergang for hele tomteområdet ikke skjer før alle områder er overlevert.

Lagmannsretten viser også til at Åsland fra midten av oktober 2014 – i forbindelse med uenighet om mangler og reklamasjon – en rekke ganger påpekte overfor byggherren at byggetomten var blitt overtatt i september 2014. Byggherren bestred ikke at byggetomten var overtatt. Det var først i Bricks brev 7. november 2014 at Åsland fikk et signal om at byggherren kunne ha et annet syn på dette spørsmålet. Etter å ha gjennomgått mangelsspørsmålene tilføyde Brick at "[a]ndre tema som ÅP tar opp, som går på overtakelse osv, vil byggherren komme tilbake til senere". En uke senere, i brev 15. november 2014 – det vil si nesten to måneder etter at byggherren og AF hadde tiltrådt tomten – uttalte Brick så at "[e]ndelig overtakelse av ÅPs kontraktsarbeider har ikke funnet sted". Lagmannsretten oppfatter dette som en strategisk posisjonering fra Bricks side, etter at advokater var koblet inn, for å svekke Åslands reklamasjonsinnsigelse. Hva som menes med "endelig" overtakelse, er for øvrig ikke klart.

Domstolene bør være tilbakeholdne med å konkludere med overtakelse uten overtakelsesforretning basert på en konkret vurdering. En fleksibel holdning til NS-standardenes krav på dette punkt vil undergrave reglenes formål om å skape klarhet, ryddighet og forutberegnelighet for partene. I vår sak har imidlertid byggherren skriftlig gitt uttrykk for tomten ble delovertatt i september 2014, selv om formell overtakelsesforretning ikke ble holdt. Delovertakelse i september var også det opprinnelige siktemålet. Videre har byggherren disponert over tomten som om den var permanent overtatt ved å igangsette et stort byggeprosjekt. Partene opptrådte også i den etterfølgende mangelsdiskusjonen som om overtakelse var skjedd.

Lagmannsrettens konklusjon blir på denne bakgrunn at selve byggetomten – etappe I av tomteopparbeidelsen – ble overtatt av byggherren 22. september 2014.

5. Masseutskifting i fyllingen under bygget (byggegropen)

I november 2014 skiftet Åsland ut fyllingsmassene under bygget ned til 1,70 meter med 20-200 mm maskinkult.

Tingretten fant at masseutskifting var et uforholdsmessig utbedringstiltak. Asko ble derfor dømt til å dekke Åslands kostnader med 5 683 960,80 kroner mot å bli tilkjent et prisavslag.

Asko har anført for lagmannsretten at masseutskifting var et nødvendig og forholdsmessig utbedringstiltak, og at Åsland derfor må bære utbedringskostnadene selv.

NS 8407 punkt 42.3.1 første ledd lyder:

"Totalentreprenøren har plikt til å utbedre mangelen med mindre kostnadene til utbedringen vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås."

Utgangspunktet er altså at entreprenøren har plikt til full utbedring av mangler for egen regning, men det gjelder ikke hvis utbedringskostnadene blir uforholdsmessig store.

Misforholdsbegrensningen innebærer at byggherrens interesse i en kontraktsmessig ytelse må avveies mot de kostnadene det vil påføre entreprenøren. Siden det klare utgangspunktet er at kontrakter skal oppfylles, ligger terskelen for å konstatere misforhold høyt, særlig hvis mangelen har betydning for ytelsens funksjon. I Hagstrøm og Bruserud, Entrepriserett, 2014, side 390, er det uttalt følgende om dette:

"Går mangelen ut over funksjonsdyktigheten, innevarsler misforholdsbegrensningen at det skal meget til før entreprenøren kan nekte å utbedre. Dreier det seg derimot om en skjønnhetsfeil, må det særlig ses hen til hva slags bygg det gjelder; toleranseterskelen er åpenbart annerledes for et bolig- eller representasjonsbygg enn et enklere kontor- eller lagerbygg. Det er ikke uvanlig at misforholdsbegrensningen blir aktuell først etter at deler av manglene er utbedret. Entreprenøren kan i slike tilfeller altså være forpliktet til å utbedre et stykke på vei, men ikke foreta en fullstendig reparasjon. Det resterende avviket kan i slike tilfeller kompenseres gjennom et prisavslag."

I vår sak gjelder mangelen massekvaliteten i fyllingen, som er en kjernefunksjon ved ytelsen. Mangelen skapte risiko for at tomten ikke var telesikker. Det må derfor påvises et klart og markant avvik mellom kostnadene til masseutskifting og den kvalitetshevingen som ble oppnådd, for at misforholdsbegrensningen skal slå inn.

Lagmannsretten finner ikke at en kostnad på drøyt 5,6 millioner kroner i seg selv er uforholdsmessig sett i forhold til at fyllingen under bygget ble telesikker. Det er uklart hvor stor risikoen for telehiv var med de opprinnelige massene. Det er derimot klart at kostnadene kunne ha blitt meget store hvis risikoen manifesterte seg og skadet bygget. Det

var derfor i utgangspunktet berettiget av byggherren å pådra utbedringskostnader i denne størrelsesorden.

Åslands interesser kan ikke begrunne en annen konklusjon. Verken kontraktssummen, entreprenørens handlemåte eller øvrige omstendigheter tilsier at utbedringskostnaden var uforholdsmessig.

Det må likevel vurderes om effektiv utbedring kunne ha vært oppnådd ved alternative og billigere tiltak.

Vurderingen må gjøres ut fra situasjonen da mangelen ble oppdaget høsten 2014. Spørsmålet er med andre ord hvilke utbedringstiltak som fremsto som aktuelle den gangen. Senere vurderinger fra sakkyndige er bare relevante i den grad de kaster lys over forsvarligheten av den vurderingen som byggherren gjorde den gangen.

Utbedringsplikten og -retten ligger hos entreprenøren, jf. NS 8407 punkt 42.3.1. Det var derfor primært opp til Åsland å ta stilling til fremgangsmåten for utbedring.

Lagmannsretten kan ikke se at Åsland foreslo alternative tiltak i den aktuelle perioden, i hvert fall ingen tiltak som ville ha vært effektive. Fra siste del av oktober 2014 ba byggherren flere ganger om at Åsland vurderte utbedringstiltak, se blant annet byggherrens eposter 21. og 24. oktober og referat fra særmøte 28. oktober 2014. Åsland tilbød seg å fjerne det øvre avrettingslaget på 20-30 cm, men nektet utbedringsansvar for øvrige fyllingsmasser og fremmet ingen konkrete forslag utover å forbedre dreneringen. Åslands syn var at massene var gode nok.

De første forslagene til konkrete utbedringstiltak kom fra byggherren. I brev 5. november 2014 til Åsland nevnte byggherren tre alternative utbedringsmåter etter forslag fra sine rådgivere Albert Ølnes og Bright:

1. Fullstendig utskifting av alle masser
2. Delvis utskifting av masser kombinert med frostisolering i byggeperioden
3. Permanent frostisolering av bygget med foamglass

Alternativt kunne byggherren godta at Åsland påtok seg garantiansvar for alle konsekvensene av at massene ikke oppfylte T1-kravet. Åsland fikk to dagers svarfrist fordi "det er snakk om meget tidskritiske arbeider, som i stor grad må utføres før det kommer frost".

I sitt svar 6. november 2014 nektet Åsland igjen for å ha mangels- og utbedringsansvar. Som et utspill "for å få produksjonen av fundamenter i gang raskest mulig", tilbød Åsland likevel å foreta masseutskifting under bygget ned til 1,7 meter med maskinkult.

Masseutskiftingen ble igangsatt 10. november 2014. Det var ingen ytterligere diskusjon mellom partene om alternative utbedringsmåter.

Asko har anført at Åsland ikke kan påberope uforholdsmessighet når det var Åsland selv som valgte masseutskifting. Åsland har innvendt at selskapet var i en tvangssituasjon fordi byggherrens alternative utbedringstiltak var enda mer byrdefulle. Det er også vist til at svarfristen var svært kort.

Det er ikke nødvendig å ta konkret stilling til disse anførselene. Lagmannsretten finner etter en helhetlig vurdering at Åsland fikk "rimelig" tid og anledning til å vurdere utbedringsmåter, jf. NS 8407 punkt 42.3.3 første ledd. Som nevnt var Åsland flere ganger blitt oppfordret til å foreslå utbedringstiltak, men uten å gjøre det. Det er da forståelig at byggherren selv fremmet forslag og ga en kort svarfrist. Det hastet med å komme videre i byggearbeidene, noe Åsland var kjent med.

Åsland engasjerte NGI for å vurdere fyllingsmassene, men det skjedde først etter at masseutskifting var igangsatt. NGIs rapport kom 1. desember 2014 og inneholdt ingen utbedringsforslag. Derimot bekreftet rapporten at massene ikke oppfylte T1-kravet.

Etter lagmannsrettens syn fremsto masseutskifting som både faglig og økonomisk forsvarlig ut fra de opplysningene som forelå høsten 2014. Tiltaket var i tråd med anbefalinger fra byggherrens rådgivere, jf. byggherrens brev til Åsland 5. november 2014, der det uttales at "verken ansvarlig RIG eller ansvarlig RIB anser det forsvarlig å utføre fundamenteringsarbeider på den tomt ÅP har opparbeidet".

Masseutskifting fremstår også i ettertid som et fornuftig og velegnet utbedringstiltak. Vitneforklaringene for lagmannsretten om alternative tiltak endrer ikke lagmannsrettens syn på dette.

Sivilingeniør Hans Petter Hansen ga i sin sakkyndige vitneforklaring uttrykk for at vinterisolering av tomten kombinert med permanent isolering av byggfundamenter og grunnen utenfor bygget kunne ha vært et godt alternativ. Det samme gjorde sivilingeniør Ola Ellingbø fra Norconsult i sin sakkyndigforklaring. Per Johan Evensen, prosjektsjef hos Brick, forklarte for lagmannsretten at han nevnte vinterisolering som et alternativ i drøftelser med Asko høsten 2014.

Sjefsingeniør Jostein Aksnes fra Statens vegvesen mente for sin del at det var fornuftig å masseutskifte.

Lagmannsretten er enig i at isolering trolig kunne ha vært noe billigere enn masseutskiftingen. Det ville på den annen side ha ført til ulemper, forsinkelser og ekstrakostnader i byggeprosjektet. Det er derfor usikkert i hvilken grad de samlede

kostnadene ville ha blitt vesentlig lavere. Det er ikke lagt frem konkrete kostnadsberegninger for isolering under ankeforhandlingen, men kun gitt løse anslag.

Spørsmålet er dessuten ikke hvilket utbedringstiltak som ville ha vært *mest* kostnadseffektivt, men om kostnadene til full utbedring ved masseutskifting står i et markant misforhold til de ekstra godene som ble oppnådd sammenliknet med effekten av alternative og rimeligere tiltak.

Lagmannsretten er oppsummeringsvis kommet til at masseutskifting var et forsvarlig utbedringstiltak som ikke rammes av misforholdsbegrensningen i NS 8407 punkt 42.3.1 første ledd. I lys av det klare utgangspunktet om at byggherren har krav på kontraktsmessig funksjonalitet, kan byggherren ikke kritiseres for sin beslutning. Det er ikke påvist at forskjellen i samlede kostnader for alternative tiltak er så markant at det kan begrunne en motsatt konklusjon, heller ikke vurdert i ettertid. Masseutskifting var det mest effektive tiltaket for å sikre en telesikker tomt i samsvar med kontrakten. Det må tas hensyn til at byggherren høsten 2014 hadde begrenset tid til rådighet for sine vurderinger, og at Åsland ikke bidro med alternative forslag, men nektet utbedringsansvar.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at Åsland må bære kostnadene på 5 683 960,80 kroner til masseutskifting under bygget, jf. NS 8407 punkt 42.3.2 første ledd. Beløpet kan ikke kreves dekket av byggherren, slik tingretten kom til.

6. Fjerning og reetablering av fundamenter og ringmur

6.1 Oversikt

AF har fakturert 1 689 921 kroner for fjerning og reetablering av fundamenter og ringmur for bygget i forbindelse med masseutskiftingen på tomten. Asko krever at Åsland erstatter disse kostnadene.

Lagmannsretten ser først på bakgrunnen for kravet.

Avgjørelsen om å rive fundamentene ser ut til å ha blitt truffet av byggherren i særmøte om mangelsutbedring 28. oktober 2014. Formålet var å kunne skifte ut avrettings- og bærelaget under fundamentene på grunn av massekvaliteten. På dette tidspunktet var det besluttet utskifting av avrettingslaget, men ikke av fyllingsmassene under dette laget, der man avventet prøveresultater. Det heter i møtereferatet punkt 3:

"Da ingen vil verifisere kvaliteten på underlaget til de utførte betongfundamenter må disse fjernes og etableres på nytt.
ASKO fremsender kostnadsoverslag på å reetablere disse fundamentene.
Åsland sørger for riving av disse fundamentene samtidig med at det nye finavrettingslaget blir etablert."

I epost 29. oktober ba byggherren Åsland om å utføre arbeidet. AFs pristilbud på 1 689 921 kroner var vedlagt. Åsland ble ved dette varslet om at arbeidet ellers ville bli utført av AF, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd tredje punktum.

I svar 30. oktober avviste Roar Kristiansen at Åsland i særmøtet 28. oktober hadde påtatt seg å rive fundamentene. Kristiansen avviste "alt ansvar av økonomisk art vedr AF sine fundamentarbeider herunder riving og reetablering av slike fundamenter" og viste til at byggherren ikke hadde bestilt løsmasser med bærelagskvalitet (T1-kvalitet):

"ÅP opplyste i møte at ÅP har mottatt bestilling på knusing av leveranse av 0/30 mm og 0/60 mm knust fjell. Disse masser er siktet ut på forsikting etter grovknuser og er således ikke av bærelagskvalitet. Bærelagskvalitet er slik ÅP ser det, ikke bestilt. Sikteprøver av disse massene ble overlevert byggherre ved Brick 15 september. 1 uke senere ble samme sikteprøver overlevert til AF etter bestilling fra Ketil Fjeld. Hvis AF på bakgrunn av mottatte sikteprøver har valgt å benytte disse masser til oppfylling av overlevert planum som underlag for betongfundamenter er dette en avgjørelse som er ÅP uvedkommende. [...] ÅP sitt syn er at AF i egenskap av totalentreprenør selv må stå ansvarlig for egne arbeider herunder kvalitetskontroll av bruk av type oppfyllingsmasser under fundamenter. [...]"

Dagen etter, 31. oktober, sendte byggherren bestilling til AF om fjerning av de støpte fundamentene i samsvar med selskapets tilbud. Byggherren fulgte opp 3. november med beskjed til AF om også å fjerne fundament for brannvegg etter at Åsland var blitt forespurt om selskapet var villig til å fjerne dette. Åsland fastholdt at selskapet hadde levert i henhold til kontrakt og bestillinger, slik at "riving av fundamenter er ikke ÅP sitt ansvar".

Med dette som bakgrunn vil lagmannsretten vurdere de rettslige anførslene.

6.2 Rettslig vurdering

Åsland har anført at selskapet ble fratatt sin utbedringsrett etter NS 8407 punkt 42.3.1, jf. punkt 42.3.3. Denne anførselen kan ikke føre frem. Gjennomgåelsen ovenfor viser at Åsland ble forespurt, men nektet ansvar for massekvaliteten og dermed også for fjerning og reetablering av fundamenter. Om Åsland likevel ønsket å utbedre selv for å begrense et eventuelt kostnadsansvar, måtte byggherren ha fått beskjed, jf. NS 8407 punkt 42.3.1 andre ledd. Åsland var kjent med at arbeidet ellers ville bli utført av AF. Åslands holdning til fjerning av fundamentene bekreftes i skriv til byggherren 13. november 2014.

Lagmannsretten er videre kommet til at fjerning av fundamentene ikke var et uforholdsmessig utbedringstiltak, jf. misforholdsbegrensningen i NS 8407 punkt 42.3.1 første ledd. Fundamentene måtte uansett ha blitt fjernet da det senere ble besluttet masseutskifting ned til 1,7 meter. Fundamentene sto nærmest direkte på fyllingen, med bare et tynt avrettings- og bærelag mellom. I den grad utskifting av fyllingsmassene var tilstrekkelig begrunnet fordi massene ikke var telesikre, noe lagmannsretten tidligere har

svart bekreftende på, var det nødvendig også å fjerne fundamentene for å få tilgang til massene under.

Kostnadene til fjerning og reetablering av fundamenter er derfor en "direkte og nødvendig følge av mangelsutbedringen", jf. NS 8407 punkt 42.3.2 første ledd. Det er med andre ord tale om direktekostnader i form av tilkomstutgifter for mangelsutbedring.

Lagmannsretten finner etter dette at Åsland i utgangspunktet er ansvarlig for å dekke kostnader til fjerning og reetablering av fundamentene.

Åsland har anført at det var klanderverdig å bygge fundamenter for bygget uten først å undersøke kvaliteten på de løsmassene fra Åsland som var brukt i bærelaget. Om fremlagte sikteprøver fra Åsland var blitt gjennomgått, ville byggherren – hevdes det – ha oppdaget at løsmassene ikke var selvdrenerende. Fundamenter ville da ikke ha blitt bygget, og kostnadene til fjerning og reetablering ville ha blitt unngått. Åsland mener derfor at kravet knyttet til fundamentene må bortfalle på grunn av årsaks- eller medvirkningsbetraktninger, jf. skadeserstatningsloven § 5-1, se også nødvendighetskriteriet i NS 8407 punkt 42.3.2 første ledd.

Lagmannsretten finner at anførselen ikke kan føre frem. Om byggherren hadde konkludert med at løsmassene fra Åsland var for dårlige til å kunne brukes i bærelaget, ville handlingsalternativet ikke ha vært å utsette byggingen av fundamentene, men raskt å skaffe en begrenset mengde erstatningsmasser med T1-kvalitet fra Åsland eller eksternt for bruk under fundamentene, slik at byggearbeidene kunne komme i gang umiddelbart. I det alternative scenariet ville fundamentene derfor uansett ha blitt etablert, for så å måtte fjernes da mangelen ved selve fyllingsmassene ble påvist noen uker senere. Dermed ville kostnadene til fjerning og reetablering av fundamenter likevel ha oppstått.

Det er derfor ikke årsakssammenheng mellom manglende gjennomgåelse av sikteprøver på byggherresiden og kostnadene til fjerning og reetablering av fundamenter. Det kan for øvrig ikke uten videre legges til grunn at de sikteprøvene som Åsland la frem i september 2014, stammet fra løsmassene. Angivelsen av tidspunkt og sted for prøvetakingen stemmer dårlig med dette.

6.3 Utmåling

Lagmannsretten finner ikke at kostnadene knyttet til fundamentene var urimelige eller unødvendig høye, slik at tapsbegrensningsplikten er misligholdt, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd, jf. punkt 42.3.2 første ledd. Kravet på drøyt 1,6 millioner kroner bygger på spesifiserte tilbud fra AFs underentreprenører Contiga og Bøckmann. Det er ikke holdepunkter for at andre ville ha utført oppgaven vesentlig billigere. Det må dessuten tas hensyn til at byggherren ikke hadde tid til å gå bredt ut og innhente tilbud, jf. Hagstrøm/Bruserud, Entrepriserett, 2014, side 359.

Det er ikke sannsynliggjort at kostnadene dels har karakter av forseringskostnader, som anført av Åsland. Per Eirik Silseth, prosjektleder i Asko, forklarte for lagmannsretten at AF og byggherren tok utgangspunkt i kostnadene til den opprinnelige etableringen av fundamenter, fordi det var sannsynlig at arbeidet med reetablering ville ha omtrent samme omfang. Lagmannsretten har ikke innvendinger mot denne vurderingen.

Åsland pålegges etter dette å dekke kravet på 1 689 921 kroner for fjerning og reetablering av fundamenter, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd.

7. Masseutskifting ved lastebryggene

7.1 Oversikt

Asko har krevd 1 650 000 kroner i erstatning for AFs arbeid med masseutskifting ved lastebryggene utenfor bygget, som ble utført av AF (EMBH-051 og PM 98).

Masseutskiftingen var begrunnet med at det ville være tung lastebiltrafikk i området, og derfor behov for gode masser. Asko har i tillegg krevd dekning av kostnadene til innkjøp og transport av 12 240 tonn gode masser til denne utskiftingen (maskinkult).

Tingretten fant at masseutskiftingen var et uforholdsmessig utbedringstiltak. Asko ble derfor ikke tilkjent erstatning, men kun et prisavslag.

Nedenfor redegjøres det for kravenes bakgrunn.

7.2 Arbeidskostnader

Den 7. november 2014 ble Åsland varslet om at byggherren tok sikte på masseutskifting også ved lastebryggene for varetransport. Endelig beslutning om masseutskifting ble truffet i begynnelsen av desember. Jan Krogstad, Askos prosjekteringsleder i bygningsentreprisen, ba 3. desember 2014 om Albert Ølnes' syn på behovet for masseutskifting utenfor selve bygget:

"I den pågående sak om masseutskifting i tomte til T1 masser er det betydelig motstand fra Åsland mot å skifte ut masser utenfor ringmurene. Vi har til dels akseptert at det ikke masseutskiftes utenfor ringmur, med unntak av kjørearealet for store biler foran varemottak. Dette er et område med mye trafikk og stor belastning fra tunge kjøretøy. [...]"

Ølnes svarte 4. desember 2014 at det for "[v]iktige arealer anbefales T1, mens mindre viktige områder kan lempes på til T2". Dagen etter utdypet han dette slik:

"For viktige utearealer som ikke skal ha setninger, som torget, støpte områder, høyt belastede kjøresoner osv., anbefales at kontraktskravet om T1-masser opprettholdes.

For andre mindre viktige utearealer kan man vurdere å lempe på kravet og tillate T2-masser i undergrunnen. Det øker total tykkelse av overbygningen med ca. 100-200

mm, dvs. tykkelsen av forsterkningslag og bærelag. En slik løsning er ikke helt telefri."

Den 5. desember 2014 spurte byggherren om Åsland var villig til å masseutskifte ved lastebryggene slik "ansvarlig RIG" hadde anbefalt, men Åsland avviste at det var behov for dette.

Arbeidet ble etter dette utført av AF i mars 2015. AF skaffet også nye masser i form av maskinkult.

Lagmannsretten vurderer så de rettslige anførselene.

Åsland kan ikke påberope å ha blitt fratatt utbedringsretten. Åsland ble forespurt, men avviste mangels- og utbedringsansvar. Byggherren var da berettiget til å bestille arbeidet fra andre, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd.

Det er ikke tvilsomt at Åsland var kjent med at masseutskifting ville bli utført i byggherrens regi hvis ikke Åsland selv ønsket å utbedre, jf. varslingsregelen i NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd tredje punktum. Oppgavefordeling mellom AF og Åsland for utbedringsarbeider var diskutert flere ganger, blant annet i særmøte 10. november 2014, se også punkt 6 ovenfor om fundamenter.

Beslutningen om masseutskifting bygget på prøveresultater og anbefaling fra geoteknisk rådgiver i bygningsentreprisen. Etter lagmannsrettens syn var beslutningen forsvarlig og innenfor rammen av misforholdsbegrensningen, jf. NS 8407 punkt 42.3.1 første ledd. Det gjelder selv om det i mars 2015, da masseutskiftingen ble utført, forelå en vurdering fra NGI etter bestilling fra Åsland som konkluderte med at det ikke var nevneverdig risiko for telehiv på tomten. Som nevnt er det senere kommet sakkyndige vurderinger som konkluderer annerledes.

Lagmannsretten finner ikke at byggherren har misligholdt sin tapsbegrensningsplikt ved å betale unødvendig mye for arbeidene. Når det gjelder kravets størrelse, reduserte AF sitt krav på arbeidskostnader fra et estimat på 2 180 312 kroner for timebasert arbeid til en fastpris på 1 650 000 kroner, jf. EMBH-051 revisjon C fra 18. juni 2015. Asko lyktes altså i å forhandle ned kravet. Slik det fremstår for lagmannsretten, har byggherren opptrådt forsvarlig, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd andre punktum, jf. punkt 42.3.2 første ledd.

Lagmannsretten ser ikke holdepunkter for at kravet inneholder forseringskostnader, eller at kravet er for uspesifisert til å kunne tas til følge, som anført av Åsland.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at Asko har krav på 1 650 000 kroner i erstatning for arbeidet med masseutskifting under lastebryggene.

7.3 Innkjøp og transport av erstatningsmasser

Asko har krevd erstatning for AFs innkjøp av 12 240 tonn masser til lastebryggene. Kravet inngår i et samlet krav om dekning av innkjøpskostnader for 53 220 tonn erstatningsmasser som følge av at Åslands leveranse ikke oppfylte T1-kravet (EMBH-021 og PM 41). Det er med andre ord tale om et omleveringskrav. Det meste er innkjøpt fra eksterne leverandører. Foruten de 12 240 tonnene til lastebryggene omfatter Askos erstatningskrav 40 000 tonn erstatningsmasser for løsmassene i haug, som omtales i punkt 10 nedenfor. De siste 1 000 tonnene skal være brukt til oppfylling ved kontordelen, som drøftes i punkt 8 nedenfor.

Samlet krav for de 53 220 tonnene er i utgangspunktet på 7 076 778 kroner, men Asko har i prinsippet godtatt å betale 1 319 658 kroner til Åsland for løsmassene i haug, se punkt 10 nedenfor. Det sistnevnte beløpet er tilbakeholdt og motregnet mot Askos eget erstatningskrav for løsmassene, som etter dette fradraget er på 5 757 120 kroner.

Kravet på 7 076 778 kroner gir en pris per tonn på ca. 133 kroner når det ikke tas hensyn til at prisen for ulike massefraksjoner varierte. Den største andelen masser var maskinkult i 20-120/170 mm. Lagmannsretten legger til grunn at det var denne massetypen som ble brukt til oppfylling ved lastebryggene.

Fremlagte oversikter viser at mesteparten av maskinkulten ble innkjøpt for mellom 108 og 113 kroner per tonn (eksklusive merverdiavgift), eller rundt 125 kroner når AFs påslag inkluderes. Askos erstatningskrav for de 12 240 tonnene ved lastebryggene blir følgelig ca. 1 500 000 kroner.

Åsland har fremmet innsigelser både til prisen og til mengden masser som er innkjøpt. Det anføres at tapsbegrensningsplikten er misligholdt.

Lagmannsretten er enig med Åsland i at det er grunn til å reise spørsmål om byggherren har betalt overpris for massene, og om tapsbegrensningsplikten er overholdt. Åsland har i ettertid innhentet tilbud fra samme leverandør på tilsvarende fraksjon og mengde der prisen var vesentlig lavere (75 kroner per tonn). Den høyere prisen kan vanskelig forklares med leveringsbetingelsene, for eksempel at AF trengte rask levering. Det gikk lang tid fra byggherren traff beslutning om masseutskifting ved lastebryggene i desember 2014 til jobben ble utført av AF i mars 2015, slik at det var god tid til planlegging. Fremlagte oversikter knyttet til EMBH-020 om transport av masser viser at erstatningsmasser ble fraktet inn gradvis og over et langt tidsrom.

Det er imidlertid ikke nødvendig å ta konkret stilling til prisen, ettersom lagmannsretten er kommet til at Askos erstatningskrav for massene ikke kan føre frem av andre grunner.

Åsland har anført at det ikke var behov for 12 240 tonn masser til lastebryggene, og at erstatningskravet derfor er altfor høyt. Lagmannsretten slutter seg til dette. Askos erstatningskrav for 12 240 tonn masser ($7\,650\text{ m}^3$) forutsetter at fyllingen ble masseutskiftet til en dybde på 1,7 meter, slik det tidligere var blitt gjort på området under bygget, se punkt 5 ovenfor. Fyllingsnivået (planum) ved lastebryggene lå imidlertid på et lavere nivå enn ellers på tomten; på kote 52,8 mot kote 53,5 andre steder, jf. tegning B10-001 revisjon L fra 12. juli 2014. Når dette fyllingsnivået sammenholdes med kotekart som viser sprengningsnivå for fjellet under fyllingen, fremgår det at fyllingsdybden på store deler av området ved lastebryggene var på rundt én meter. En slik fyllingsdybde stemmer godt med Åslands sjekkliste 14. september 2014 for de opprinnelige fyllingsarbeidene.

Det tilsier at det på byggherresiden ble bestilt vesentlig mer erstatningsmasser til lasterampene enn det var behov for.

Det ville ha vært nokså kurant å beregne massebehovet nærmere før bestillingen. Arealet ved lastebryggene var på om lag $4\,000\text{ m}^2$. Med utgangspunkt i det som er sagt om fyllingsdybden, ville ca. 9 000 tonn masser etter lagmannsrettens vurdering ha vært tilstrekkelig til oppfylling ved lastebryggene. Om AF i praksis foretok masseutskifting på et større areal enn $4\,000\text{ m}^2$, kan det ikke – slik saken er opplyst – forankres i byggherrens beslutning eller Albert Ølnes' faglige anbefaling.

Det betyr at Asko maksimalt kan kreve erstatning for 9 000 tonn masser. At kravet må reduseres, kan forankres både i den alminnelige tapsbegrensningsplikten og i at entreprenørens kostnadsansvar er begrenset til det som er rimelig og nødvendig for full utbedring, jf. NS 8407 42.3.4 første ledd, jf. punkt 42.3.2 første ledd.

Etter lagmannsrettens syn kan heller ikke innkjøpskostnaden for disse 9 000 tonnene kreves dekket. Det skyldes at det var tilgang til masser andre steder på tomten som kunne ha vært brukt til oppfylling ved lasterampene. Dette utdypes i det følgende.

Det er på det rene at Åsland hadde levert om lag 13 500 tonn maskinkult i fraksjon 60-120 mm for bruk i bygningsentreprisen. Som det vil fremgå i punkt 10 nedenfor, må det legges til grunn at maskinkulten hadde T1-kvalitet ved levering, men den ble trolig blandet med andre fraksjoner og forurensset på annen måte ved oppfylling ved spunten. Byggherren beordret etter hvert bortkjøring av massene.

Ut fra bevisførselen finner lagmannsretten det klart at maskinkulten – som anført av Åsland – uten store problemer kunne ha blitt siktet for finstoff og andre fraksjoner for deretter å bli benyttet i fyllingen, fremfor at massene ble borttransportert.

Lagmannsretten viser til at Åsland allerede i oktober 2014 hadde fremmet konkret forslag om å sikte maskinkulten som var tilgjengelig på tomten. I Roar Kristiansens epost 24. oktober 2014 heter det:

"Vi vil ved oppfylling under golv anbefale at det brukes ren Pukk. Dvs uten finstoff. Tomten inneholder store volum av forurenset maskinkult (benyttet til midlertidig oppfylling for spunt etc) 0/60 og andre fraksjoner. Vår anbefaling er å sikte disse massene via ett mobilt sikt slik at volum av ren pukk fra disse haugene kan benyttes. Åsland kan tilby å utføre slikt arbeid og supplere med ren pukk hvis behov utenfra. Håper dette kan oppfattes som ett oppklarende og positivt innspill i pågående diskusjon."

Etter det lagmannsretten kan se, er Åslands forslag om sikting verken kommentert, vurdert eller på annen fulgt opp av byggherren.

Selv om det legges til grunn et svinn på 10 - 20 prosent etter bruk ved spunten, ville det ha vært nok maskinkult tilgjengelig på tomten til å fylle opp både ved lastebryggene og på andre områder der AF masseutskiftet, se punkt 8 nedenfor om kontordelen. Åsland hadde som nevnt tilbudt seg å supplere med ekstra masser hvis det var behov.

Byggherren varslet som nevnt om masseutskifting ved lastebryggene allerede 7. november 2014. Massene ble først kjørt bort på et senere tidspunkt. Diskusjon om bortkjøring pågikk i hvert fall frem til månedsskiftet november/desember 2014, jf. omtalen i byggemøte 30. november 2014. Det betyr at maskinkulten var tilgjengelig på eiendommen da det viste seg at ytterligere masseutskifting var aktuelt. Byggherren burde ha spart på masser som kunne benyttes til dette.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at det var i strid med byggherrens tapsbegrensningsplikt å foreta masseutskifting ved lasterampene ved bruk av eksterne masser, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd, jf. punkt 42.3.2 første ledd, se også skadeserstatningsloven § 5-1. Byggherren burde ha valgt utbedring ved bruk av tilgjengelige masser i stedet for omlevering ved innkjøp av ny maskinkult fra ekstern leverandør.

Ettersom Åsland hadde tilbudt seg å foreta sikting av maskinkulten, kan det også reises spørsmål om Åsland ble fratatt utbedringsretten, jf. NS 8407 punkt 42.3.3. Lagmannsretten tar ikke stilling til dette. På bakgrunn av Åslands tilbud blir konsekvensen under enhver omstendighet at erstatningskravet for maskinkulten i sin helhet faller bort.

Også sikting ville ha pådratt kostnader. Sikting måtte imidlertid ha skjedd for byggherrens egen regning, ettersom det var byggherrens ansvar at maskinkulten eventuelt var blitt forurenset ved bruk ved spunten, se punkt 10 nedenfor.

I forlengelsen av dette kan Asko heller ikke kreve erstatning for transportkostnader for maskinkulten som ble innkjøpt til lasterampene (EMBH-020 og PM 40).

Samlet konklusjon blir at Asko ikke tilkjennes erstatning for innkjøp og transport av masser for oppfylling ved lasterampene.

8. Masseutskifting under kontordelen

8.1 Arbeidskostnader

Asko har krevd dekning av 66 808 kroner for AFs arbeid med masseutskifting under kontordelen av bygget.

Bakgrunnen for kravet er at AF 16. januar 2015 sendte avviksrappport om funn av stor stein og finstoffer i fyllingen i forbindelse med utgraving for kummer (EMBH-033 og PM 75). Rapporten har påskrift om at forholdet allerede er utbedret ("Anses som OK etter utførte tiltak"). Det stemmer med fremlagte timelister, som viser at oppgraving og borttransport av masser ble påbegynt allerede 8. januar 2015.

Funn av stor stein ved kontordelen er ikke dokumentert med bilder. Åsland ble ikke varslet og gitt mulighet for å vurdere forholdet selv.

Ut fra dette finner lagmannsretten at kravet på 66 808 kroner bygger på mangelfull dokumentasjon. Asko kan derfor ikke kreve at beløpet dekkes av Åsland.

8.2 Innkjøp og transport av erstatningsmasser

Asko har også krevd dekning av innkjøpskostnader for ca. 1 000 tonn erstatningsmasser (maskinkult) ved kontordelen. Kravet bygger på AFs avviksrappport 9. februar 2015 om funn av teleklumper i fyllingen. Det var vedlagt bilder av noe ser ut som islinser. AF anslo kostnadene til masseutskifting til 150 000 kroner.

Åsland ble umiddelbart varslet ved epost og oppfordret til å møte på tomten og se på forholdet. Åsland gjorde ikke dette, men avviste ethvert krav i juni 2015.

Basert på vitneforklaringer og fremlagte bilder finner lagmannsretten det mest sannsynlig at masseutskiftingen var berettiget og nødvendig. Lagmannsretten finner likevel at Asko verken har krav på erstatning for maskinkulten som ble brukt ved oppfyllingen, eller de tilhørende transportkostnadene. Det skyldes at byggherren kunne ha benyttet maskinkulten som Åsland hadde levert. At disse massene – i likhet med andre løsmasser fra Åsland – på dette tidspunktet trolig var kjørt bort, må byggherren selv bære det økonomiske ansvaret for. Det vises til drøftelsen i punkt 7.3 ovenfor.

Det er ikke krevd dekning av arbeidskostnader for denne masseutskiftingen, idet byggherren ikke betalte AF ekstra for dette arbeidet.

Samlet konklusjon blir at Asko ikke tilkjennes dekning av kostnader vedrørende masseutskiftingen ved kontordelen.

9. Fyllingsarbeider ved jernbanen

Åsland har fremmet krav om 756 496 kroner i merkostnader som følge av at selskapet måtte bruke andre masser enn sprengstein til oppfylling av et område mellom bygget og jernbanen i sør, jf. endringsmelding nr. 17. Bakgrunnen var at byggherren besluttet å senke kotehøyden fra kote 53 til 52,8. Ettersom sprengningsnivået var på kote 52 eller høyere, ble fyllingsdybden så lav – fra 0,2 til 0,8 meter – at sprengstein i størrelse 0-500 cm ikke kunne brukes. Åsland fikk medhold i kravet i tingretten.

Lagmannsretten forstår det slik at Åslands krav gjelder fyllingsarbeider i et område som inngår i det området ved lastebryggene der AF foretok masseutskifting i mars 2015.

Ettersom kotehøyden for planum ble senket av byggherren, er det ikke bestridt at endringsmelding nr. 17 gjelder reelle endringsarbeider. Lagmannsretten er ovenfor kommet til at Åsland må dekke arbeidskostnadene til masseutskiftingen ved lastebryggene. I forlengelsen av dette må Åsland få dekket sine opprinnelige kostnader til fyllingsarbeidene i dette området. Ellers vil konsekvensen bli at byggherren får arbeidet med denne delen av fyllingen vederlagsfritt.

Lagmannsretten slutter seg etter dette til tingrettens konklusjon om at Åsland har krav på betaling for arbeidet under endringsmelding nr. 17. Beløpet settes til 756 496 kroner. Beløpet er 3 000 kroner lavere enn i tingrettens dom for å bringe det i samsvar med Åslands krav i nevnte endringsmelding.

10. Løsmassene i haug

Som lagmannsretten har vært inne på, har Asko anført at det var mangler også ved løsmassene som Åsland leverte for bruk i byggeprosjektet. Asko krever på denne bakgrunn erstatning for kostnader til innkjøp og transport (omlevering) av 40 000 tonn løsmasser i T1-kvalitet.

Tingretten kom til at Asko ikke kunne fremme krav for løsmassene fordi det var reklamert for sent.

Lagmannsretten vurderer først om det var mangler ved løsmassene. Deretter vurderes Askos erstatningskrav.

10.1 Spørsmålet om mangler

Det følger av kravspesifikasjonen punkt 9 at Åslands kontraktsarbeider også omfatter levering av "inntil 20 000 fm³ med T1 uknuste steinmasser innenfor næringsområdet for senere bruk på tomt". Det tilsvarer omtrent 54 000 tonn stein fra sprengningsarbeider på tomten. Det fremgår av Åslands tilbud 14. mai 2013 at steinmassene inntil videre skulle mellomlagres på tomten. Byggherren fikk opsjon på bestilling av knusing av sprengsteinen for bruk i andre deler av byggprosjektet.

Byggherren utøvde opsjonen ved å bestille konkrete massefraksjoner 12. februar 2014 i byggemøte nr. 18. I møtereferatet er bestillingen oppsummert slik:

"Masser til byggefasen

1. Plassering langs fjellvegg må avklares
2. 10.000 m³ 0-64 mm
3. 10.000 m³ 0-32 mm
4. Angitt mengde er ferdig komprimert. Lagres i haug innen 01.07.2014"

I endringsmelding nr. 10 fra 4. april 2014 har Åsland beskrevet bestillingen slik:

"Knusing av 0-30 og 0-60 ca 35.000 tonn (1. trinnsknusing). Dette utføres for kr. 35,- pr tonn, dette er ihht. kontraktens priser. [...]"

Slik lagmannsretten oppfatter det, er partene enige om at Åsland under denne endringsmeldingen og senere endringsmeldinger nr. 14 og nr. 23 til sammen har levert ca. 54 000 tonn løsmasser i ulike fraksjoner. Det fremgår av Åslands fakturering at drøyt 40 000 tonn var løsmasser i fraksjon 0-32 og 0-63 mm, mens 13 500 tonn var 60-120 mm maskinkult. Spørsmålet om mangler må vurderes separat for disse fraksjonene.

10.2 Massene i fraksjon 0-32 og 0-63 mm

Når det gjelder massene i fraksjon 0-32 og 0-63 mm, er det ubestridt at disse ikke hadde T1-kvalitet som angitt i kontraktens kravspesifikasjon. Åsland ved Roar Kristiansen erkjente i særmøte 10. november 2014 å "ikke [ha] siktet bort primærsubbusen på massene, som dermed er telefarlige", jf. referatet punkt 4. Som utgangspunkt foreligger derfor kontraktsbrudd.

Det forhold at T1-kravet ikke er oppfylt for disse massene, er etter Åslands oppfatning en konsekvens av at byggherren bestilte knusing i ett trinn. For fremstilling av T1-kvalitet kreves det ifølge Åsland at massene knuses og bearbeides i to trinn, noe som er dyrere. Det vises til daglig leder Edgar Dønåsens forklaring for lagmannsretten. Åsland anfører derfor at kontraktsforpliktelsen om levering av T1-kvalitet må anses som endret ved at byggherren bestilte ett-trinnsknusing.

Basert på vitneførselen legger lagmannsretten til grunn at det ikke er en alminnelig bransjeoppfatning at det må bestilles to-trinnsknusing for å oppnå T1-kvalitet. Dette var uansett ikke kjent for byggherren i vår sak. For å endre kontraktsforpliktelsen måtte Åsland ha gitt byggherren klar beskjed om at bestillingen ikke ville føre til T1-kvalitet, jf. NS 8407 punkt 25.2, jf. punkt 14.1. Åsland ga ingen beskjed om dette.

At Åsland ikke tok opp spørsmålet om T1-kvalitet, kan skyldes at selskapet mente at massekvaliteten ikke var selskapets ansvar, men var avhengig av kvaliteten på sprengsteinen. Det vises til Roar Kristiansens epost til byggherren 15. oktober 2014 der han, etter å ha beskrevet hva ett-trinnsknusing går ut på, uttalte følgende:

"Dette [ett trinns knusing] er en helt vanlig metode for fremstilling av disse massetyperne og som vi i kontrakten har gitt pris på, hva vi får ut av masser er det fjellets kvalitet som bestemmer.

Ved bestilling av knusing av disse massene, ble det ikke stilt noen krav til hvordan disse massene skulle være, vi visste heller ikke hvor de skulle benyttes."

Åsland kan ikke høres med at bruksformålet var ukjent. Det fremgikk av bestillingen i byggemøte nr. 18 at løsmassene skulle brukes i byggefasen, jf. sitatet fra møtereferatet ovenfor. Sett i sammenheng med fraksjonene som byggherren bestilte, var den eneste rimelige muligheten at massene skulle brukes i forsterknings- og bærelag i bygningsentreprisen. Det bekreftes av tegning B10-001 revisjon G fra 24. mars 2014, der fraksjoner på 0-32 mm og 0-63 mm er tegnet inn i forsterknings- og bærelag over planum. Som nevnt stiller Håndbok 018 krav om T1-kvalitet for disse fyllingslagene.

Det er ikke tvilsomt at Åsland mottok denne tegningen og gjorde seg kjent med den, se blant annet byggherrens epost 28. mars 2014 der Åslands merknader til tegningen omtales. Åsland fulgte opp de ulike tegningsrevisjonene i flere sammenhenger, blant annet ved endringsmeldinger. Blant annet ble endringsmelding nr. 10 om løsmasser sendt etter at Åsland hadde mottatt revisjon G.

Videre fremgår bruksformålet for løsmassene av tegning B10-002 revisjon A og B fra henholdsvis 3. og 20. juni 2014. Tegningene har overskriften "lagring av løsmasser" og angir hvor massehaugene skal plasseres på tomten, og hva massene skal brukes til i bygningsentreprisen. Tegningene kom på et sent tidspunkt, men før ferdige løsmasser var levert. Det er ikke tvil om at Åsland var kjent med tegningen. I Brights epost 20. juni 2014, der tegning B10-002 revisjon B ble oversendt til blant andre Åsland ved Roar Kristiansen og Johan Karlsson, heter det:

"Her, vedlagt oppdatert tegning mht. masselagring på tomt, der haugene er rokert. Har også delt 0-63 haugen litt for å ikke å bli låst når man begynner med bygget. (pga. omrokering).

Hvis det skulle være noen innvendinger eller kommentarer til dette så gi tilbakemelding. Tegninger legges ut på web hotell om 10 minutter."

Åsland hadde på denne bakgrunn en klar oppfordring til å gi beskjed hvis kravet om bærelagskvalitet, T1, ikke ville bli oppfylt ved knusing i ett trinn. Det gjelder selv om tegningene med tilhørende krav ble formidlet til Åsland på en uryddig måte ved at de ble oversendt fra aktører i bygningsentreprisen, og ikke fra Åslands egen byggherre i tomteentreprisen, Brick. Tegningene kan derfor ikke anses som formriktige pålegg.

Lagmannsrettens konklusjon blir etter dette at det var et kontraktsbrudd at løsmassene i fraksjon 0-32 og 0-63 mm ikke hadde T1-kvalitet. Lagmannsretten legger som nevnt til grunn at samlet mengde løsmasser i disse fraksjonene var drøyt 40 000 tonn.

10.3 Maskinkulten i fraksjon 60-120 mm

De resterende 13 500 tonnene av samlet leveranse på 54 000 tonn var maskinkult i fraksjon 60-120 mm for bruk i bygningsentreprisen. Etter det lagmannsretten forstår, ble massene levert etter ønske fra AF høsten 2014. Det vises til Åslands epost 17. september 2014 om at "0-250 mm blir erstattet med 60-120, blir lagt i nord når vi fjerner massene for spunten". Når massene konkret ble levert, er uklart.

Det er ikke holdepunkter for at maskinkulten ikke oppfylte T1-kravet. Fraksjonsstørrelsen tilsier at finstoff var silt bort. Asko har ikke sannsynliggjort noe annet.

10.4 Konklusjon om mangler

Lagmannsrettens samlede konklusjon blir etter dette at det var mangler ved drøyt 40 000 tonn av løsmassene fra Åsland ved at T1-kravet ikke var oppfylt for 0-32 og 0-63 mm-massene. Det må derimot legges til grunn at de resterende 13 500 tonnene, maskinkulten, var kontraktsmessige ved leveringen.

Spørsmålet er så om Asko har krav på at Åsland dekker omleveringskostnadene for de 40 000 tonnene som ikke oppfylte T1-kravet.

10.5 Askos erstatningskrav

Som nevnt er Askos krav begrenset til omleveringskostnader for 40 000 tonn av samlet leveranse på 54 000 tonn. Det skyldes at Asko erkjenner at inntil 14 000 tonn ble forbrukt av byggherren ved spunten i fjellskjæringen, se nedenfor. Askos erstatningskrav for de 40 000 tonnene er på ca. 6,2 millioner kroner.

Det følger av mangelsdrøftelsen ovenfor at Asko uansett ikke kan få fullt medhold i dette kravet, ettersom T1-kravet var oppfylt for maskinkulten som utgjorde om lag en fjerdedel

av samlet leveranse (13 500 av 54 000 tonn). Erstatningskravet må derfor reduseres tilsvarende.

Lagmannsretten er imidlertid kommet til at Askos erstatningskrav for løsmassene i sin helhet må forkastes på annet grunnlag. Dette begrunnes nedenfor.

Lagmannsretten skiller drøftelsen i to deler. Først behandles erstatningskravet for løsmassene som ble brukt ved spunten, om lag 31-32 000 tonn (punkt 10.6 nedenfor). Deretter behandles løsmasser som var lagret i haug på tomten og ikke benyttet ved spunten, om lag 9 500 tonn (punkt 10.7).

10.6 Løsmassene ved spunten

Sommeren 2014 oppsto komplikasjoner med fjellskjæringen mot øvre planum på tomten. Det viste seg nødvendig å etablere en kraftig spuntvegg mot løsmassene på toppen av fjellskjæringen. Spuntvegg ble etablert av Kynningsrud Fundamentering AS som underentreprenør i bygningsentreprisen. Løsmasser fra Åsland ble brukt til oppfylling både foran og bak spunten og til anleggsvei for spuntarbeidene. Det gjaldt både maskinkulten og øvrige massefraksjoner fra Åsland.

Denne bruken av løsmassene var i strid med det opprinnelige bruksformålet som er beskrevet ovenfor. I tegning B10-002 er det eksplisitt angitt at løsmassene ikke skulle brukes ved spunten. Ketil Fjeld, Bricks prosjektleder for tomteentreprisen, forklarte for lagmannsretten at det ikke var kjent at det ville bli behov for løsmasser ved spunten da tegningen ble laget i juni 2014.

Asko har anslått at inntil 5 000 tonn løsmasser ble fylt opp bak spunten. Anslaget bygger blant annet på Åslands endringsmeldinger nr. 14 og 23 med tilhørende fakturaer for oppfylling ved spunt. Asko godtar at denne bruken er permanent, slik at de 5 000 tonnene ikke kan kreves omlevert.

Det ble også fylt opp med masser foran spunten. Denne bruken skulle være midlertidig og sikre at spunten holdt seg på plass under montering og festing av spunten. Med utgangspunkt i Åslands endringsmelding nr. 25 mener Asko at om lag 39 000 tonn ble brukt til dette formålet. Ettersom bruken foran spunten var midlertidig, mener Asko at om lag 31-32 000 tonn av løsmassene kunne ha vært gjenbrukt i byggeprosjektet. Det er da gjort fradrag for om lag 20 prosent svinn.

Asko krever på denne bakgrunn erstatning for 31-32 000 tonn av disse løsmassene på grunn av manglende T1-kvalitet.

Åsland har hatt innsigelser til beregningen. Det er ikke nødvendig å gå inn på disse, ettersom lagmannsretten uansett er kommet til at Asko ikke har krav på erstatning for løsmassene foran spunten.

Det avgjørende for lagmannsretten er at Asko ikke kunne forvente at løsmassene skulle opprettholde T1-kvalitet etter bruken foran spunten. Massene ville da bli forurenset – det var i hvert fall en betydelig risiko for det – slik at de måtte siktes på nytt for å sikre T1-kvalitet ved gjenbruk i byggeprosjektet. Det gjaldt også for maskinkulten, som etter det lagmannsretten forstår kan ha blitt sammenblandet med andre fraksjoner foran spunten, se omtalen i punkt 7.3 ovenfor. Både selve lastingen og flyttingen av masser frem og tilbake fra spunten, arbeidene i skjæringen og tilførsel av sølevann fra øvre planum var potensielle forurensningskilder. Videre ble en god del masser brukt til å anlegge vei ved spunten, jf. punkt 4 i referat fra særmøte om utbedring 10. november 2014, se også byggherrens brev til Åsland 6. november 2014. Også denne bruken vil åpenbart kunne endre massekvaliteten og øke finstoffinnholdet.

Dette ble påpekt av Roar Kristiansen i epost 24. oktober 2014 til byggherren:

"[...] Etter at Åsland har overlevert og fakturert disse masser har store deler av lagerhaugene blitt flyttet/benyttet som oppfylling for spunting etc. Det bør være kjent for alle som har ett minimum av innsikt i slike arbeider at ved gjentatte flyttinger og bruk av knuste masser så økes finstoffandel tilsvarende. Det vil altså pr dd være umulig å sammenlikne finstoffinnholdet i de masser som nå befinner seg i lagerhaugene med det finstoffinnhold som var i opprinnelig knust haug. [...]"

Lagmannsretten slutter seg til denne vurderingen og ser ikke avtalerettslig grunnlag for å holde Åsland ansvarlig for massekvaliteten etter at byggherren hadde disponert over løsmassene gjennom bruk ved spunten og eventuelt til anleggsveier. Åslands forpliktelse var å levere T1-masser til bruk i byggeprosjektet. Det er i den sammenheng at selskapet "innestår" for massekvaliteten, jf. kravspesifikasjonen punkt 1. Åsland har ikke innestått for at massekvaliteten opprettholdes etter slik bruk som det her er tale om. Åsland ville i så fall ha påtatt seg en betydelig tilleggsrisiko uten særskilt vederlag. Det er ikke spor av et avtalerettslig grunnlag for dette.

At noe slikt ikke ble avtalt, har støtte i samtidsnær dokumentasjon. I Roar Kristiansens epost til byggherren 17. september 2014 er det uttalt:

"Hvorfor det ikke er nok masser på tomten er at massene har blitt prioritert annerledes på tomten, oppfylling for spunt. Dette er Brick og Asko inne forstått med. Hvordan masser skal erstattes er ikke avtalt pr i dag. Hvis vi skal levere de massene utenfra, blir det pris, vektlapp i tonn, evt. transport som AF kvitterer ved mottagelse."

Det kan også vises til årsaksbetraktninger. Ettersom løsmassene etter bruken ved spunten under enhver omstendighet måtte siktes eller omleveres for å sikre T1-kvalitet, har det ikke

påført byggherren et tap at Åslands opprinnelige leveranse ikke oppfylte dette kravet. Kostnadene ville uansett ha oppstått som følge av byggherrens egen bruk av massene.

Et skjønnsmessig fradrag for 20 prosent svinn, som Asko har lagt inn i sine beregninger, endrer ikke vurderingen om at byggherren ikke kunne være trygg på gjenbruksverdien av massene med mindre de ble siktet på nytt.

Lagmannsrettens konklusjon blir på denne bakgrunn at byggherren måtte godta massene i den tilstanden de var etter bruk for eksempel foran spunten, uavhengig av det opprinnelige kvalitetskravet om T1. Følgelig kan Asko ikke kreve erstatning for omleveringskostnader.

Det er ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til øvrige anførsler, blant annet om overtakelsestidspunktet etter NS 8407 kapittel 37.

10.7 Øvrige løsmasser

Asko har også krevd erstatning for omlevering av ca. 9 500 tonn løsmasser i fraksjon 0-32 mm som ikke ble brukt ved spunten, men som var lagret i haug på tomten for senere bruk i byggeprosjektet, slik det opprinnelig var forutsatt.

Etter lagmannsrettens syn skulle byggherren ha vurdert sikting av disse massene. Det var tale om en begrenset massemengde som – i motsetning til fyllingsmassene – skulle brukes over tid og var lett tilgjengelige på tomten. Sikting ville derfor trolig ha vært nokså kurant. Åsland hadde omtalt sikting av massene som et aktuelt tiltak, se blant annet Roar Kristiansens omtale av muligheten for "mobil sikting" i epost til byggherren 24. oktober 2014, som er sitert tidligere.

Basert på det som er opplyst om priser, er det ikke tvilsomt at sikting av stedlige masser ville ha vært vesentlig billigere enn innkjøp og transport av eksterne erstatningsmasser.

Når byggherren valgte omlevering, må det være opp til byggherren å sannsynliggjøre at sikting ikke ville ha gitt et tilfredsstillende resultat. Det har byggherren ikke gjort.

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at omlevering av disse massene var et uforholdsmessig tiltak, jf. misforholdsbegrensningen i NS 8407 punkt 42.3.1 første ledd. Konklusjonen kan også begrunnes i misligholdts tapsbegrensningsplikt, jf. NS 8407 punkt 42.3.4 første ledd, jf. punkt 42.3.2 første ledd, se også skadeserstatningsloven § 5-1.

Lagmannsretten ser det ikke som avgjørende at Åsland ikke fulgte opp sitt forslag om sikting ved konkret å påberope utbedringsrett etter hvert som konflikten tilspisset seg utover senhøsten 2014. Byggherren skulle ha vurdert sikting av eget tiltak.

Samlet konklusjon blir at Asko ikke gis erstatning for løsmassene, heller ikke for de tilhørende transportkostnadene. Det er ikke fremmet subsidiært krav om prisavslag for disse massene.

Det er etter dette ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til partenes øvrige anførsler, herunder spørsmålene om overtakelsestidspunkt, grov uaktsomhet og rettidig reklamasjon.

10.8 Åslands krav

Åsland har fremmet krav om at byggherren skal betale 1 759 543 kroner for den tidligere omtalte endringsmelding nr. 10 om levering av knuste løsmasser i ulike fraksjoner. Åsland vant frem med sitt krav i tingretten.

Det er ikke bestridt at Åslands krav gjelder reelle tilleggsarbeider. Asko aksepterte i sluttoppgjøret å betale ca. 25 prosent av beløpet – 439 885 kroner – fordi en del av massene var brukt bak spunten, men Asko har tilbakeholdt beløpet til sikring av eget krav. Asko har anført at Åsland ikke har krav på restbeløpet på 1 319 658 kroner fordi massene ikke oppfylte T1-kravet.

Åsland ble i tingretten også tilkjent 547 318 kroner for bortkjøring av masser i haug etter bestilling fra byggherren. Byggherren avbestilte og ba om bortkjøring fordi massene ikke oppfylte T1-kravet.

Siden Asko ikke kan gjøre gjeldende mangelsbeføyelser for løsmassene, legger lagmannsretten – i likhet med tingretten – til grunn at Åsland må få dekket både kravet knyttet til endringsmelding nr. 10 og transportkostnadene fullt ut. Partene er enige om at dette må bli utfallet hvis mangler ikke kan påberopes.

Etter dette godtar lagmannsretten Åslands krav om oppgjør for løsmassene, slik også tingretten gjorde. Samlet beløp for levering og transport blir 2 306 861 kroner.

11. Prisavslag

Det følger av NS 8407 punkt 42.4 at byggherren kan kreve prisavslag hvis mangelen ikke blir utbedret. Asko har krevd prisavslag for områder av fyllingen der det ikke er skjedd masseutskifting for Åslands regning.

Prisavslaget skal fastsettes på grunnlag av verdireduksjonen som mangelen fører til, likevel slik at avslaget minst skal tilsvare entreprenørens besparelse.

Det er ikke sannsynliggjort en verdireduksjon for tomten som følge av at ikke alle fyllingsmassene ble skiftet. Erstatning for verditap er derfor ikke aktuelt.

Når det gjelder hvilken besparelse Åsland oppnådde ved ikke å benytte T1-masser på de aktuelle delene av tomten, må vurderingen bli utpreget skjønnsmessig. Partene har ikke lagt frem beregninger. Askos har bevisbyrden og bærer risikoen for tvil.

Med utgangspunkt i tingrettens beregninger om en besparelse for hele fyllingen på mellom 1,2 og 1,5 millioner kroner (dommen side 45 øverst), finner lagmannsretten at Askos prisavslag passende kan settes til 350 000 kroner for de delene av tomten som ikke ble masseutskiftet.

12. Forsinkelses- og forseringskostnader (fremdriftskonsekvenser)

12.1 Oversikt

Totalentreprisekontrakt mellom Askos og AF ble inngått 18. juni 2014. Det var forutsatt mellom partene at igangsettingstillatelse skulle foreligge 10. september 2014, og at AF skulle få tilgang til hele tomten og starte sine arbeidere 11. september 2014 (jf. AFs notat 12. september 2014).

Askos og AF inngikk 8. desember 2014 avtale om oppgjør for alle merkostnader som AF var påført som følge av forsinkelser på byggherresiden fra oppstart i september og frem til avtaledatoen. Askos betalte AF til sammen 11 600 000 kroner. Av dette gjaldt 4 046 626 kroner forsinkelseskostnader (urasjonell drift og vinterulemper) for perioden 10. september til 1. desember 2014 (EMBH-012 rev E), mens 7 553 374 kroner gjaldt forseringskostnader for å ta inn en forsinkelse på tre måneder i løpet av det neste året, slik at fristene i Askos automatentreprise med Witron for overlevering av bygget kunne overholdes (EMBH-022).

Forsinkelses- og fremdriftskostnadene er følgetap der erstatningsansvar forutsetter grov uaktsomhet fra Åslands side, jf. NS 8407 punkt 42.5 andre ledd. Lagmannsretten har i punkt 3 ovenfor konkludert med at dette vilkåret er oppfylt for så vidt gjelder massekvaliteten i fyllingen. I den grad kostnadene er forårsaket av massekvaliteten, vil Åsland derfor være erstatningsansvarlig. Åsland svarer ikke erstatningsrettslig for forsinkelser som skyldes andre forhold.

Som nevnt ble det i august 2014 avtalt med byggherren at Åsland skulle overlevere sine arbeidere i tre etapper. Den største delen av tomten – etappe I med selve byggegropen – skulle overleveres 15. september 2014, mens etappe II – et mindre område sør på tomten – skulle overleveres 29. september 2014. Åsland overholdt sistnevnte frist.

For etappe III – nord-øst og ved fjellskjæringen – ble det tatt sikte på overlevering 8. november 2014, men det forutsatte at spuntarbeidene var ferdige, noe de viste seg ikke å bli. Åslands arbeidere i fjellskjæringen var etter det lagmannsretten forstår ikke ferdige før i siste del av november 2014, og trolig med en del avsluttende arbeidere frem til midten av

desember, jf. blant annet referat fra byggemøte 4. november 2014 (punkt 4.8 og 4.14) og referat fra koordineringsmøte 3. desember 2014 (punkt 4.2). Denne forsinkelsen kan Åsland ikke lastes for.

Lagmannsretten vil med dette som utgangspunkt vurdere i hvilken grad Åsland kan holdes ansvarlig for fremdriftskonsekvensene.

12.2 Perioden 10. til 22. september 2014

Det er klart at Åsland ikke kan holdes ansvarlig for forsinkelse tilbake til 10. september 2014. Erstatningsansvar kan tidligst oppstå 15. september 2014, som var Åslands frist for å overlevere byggegropen til byggherren (etappe I).

Forsinkelsen fra 15. til 22. september 2014 skyldtes at det pågikk testing av komprimeringen og at Åsland ikke hadde levert tilstrekkelig dokumentasjon. Forsinkelsen skyldtes ikke massekvaliteten og kan ikke relateres til grov uaktsomhet fra Åslands side. Bevisførselen har vist at Åsland la ned en betydelig ekstrainsats for å klare overlevering i september.

Åsland kan derfor ikke holdes erstatningsansvarlig for perioden 10. til 22. september 2014.

12.3 Perioden 23. september til 10. oktober 2014

Heller ikke forsinkelser i perioden frem til rundt 10. oktober 2014 hadde sammenheng med massekvaliteten. Dette var før problemene med fyllingsmassene ble avdekket.

AF krevde i denne perioden dekning av ekstrakostnader for forhold som Åsland ikke er ansvarlig for, blant annet ulemper som følge av at AF ikke hadde fått tilgang til hele tomten. Dette fremgår av AFs notat 12. september og Askos svar 26. september 2014. Den 1. oktober 2014 anslo AF forsinkelsene på grunn av disse forholdene til 30 dager og krevde kostnadsdekning i to alternativer, enten forsinkelseskostnader med drøyt 1,3 millioner kroner eller forseringskostnader med nesten 2,5 millioner kroner (EMBH-003).

At forsinkelsen ikke bare skyldtes Åslands forhold, bekreftes av AFs notat 27. oktober 2014. AF oppga der ikke bare massekvaliteten, men også "forsinket/begrenset oppstart" som årsak til en anslått forsinkelse på 8-10 uker.

Åsland er ikke erstatningsansvarlig for at tomten ble ferdigstilt og overlevert i etapper. Dette var som nevnt avtalt med byggherren, Brick. Etappe II ble overlevert av Åsland i slutten av september 2014, slik det var avtalt. Forsinkelsene i etappe III skyldtes uforutsette problemer i fjellskjæringen som Åsland ikke svarer for.

Asko kan derfor ikke kreve erstatning fra Åsland for forsinkelse frem til 10. oktober 2014. Disse forsinkelsene oppsto uavhengig av massekvaliteten.

12.4 Perioden fra ca. 10. oktober til 1. desember 2014

Det var først etter regnvær 7. til 10. oktober 2014 at det ble avdekket problemer med massekvaliteten. Etter lagmannsrettens syn er det først fra dette tidspunktet at Åsland kan bli erstatningsansvarlig for fremdriftskonsekvenser.

Fra midten av oktober var det liten fremdrift i AFs arbeider. Frem til begynnelsen av november 2014 pågikk undersøkelser og diskusjoner mellom partene om mangelsspørsmålet, hvorpå Åsland startet masseutskifting i byggegruppen rundt 10. november. Masseutskiftet fylling ble overlevert til byggherren i flere etapper fra 19. november og frem til desember 2014 ved særskilte overtakelsesforretninger for utbedringsarbeidene.

AF fikk i denne perioden gradvis tilkomst til tomten, i første omgang til et område på 30 x 80 meter, jf. protokoll fra overtakelsesforretning 19. november 2014 med tilhørende skisser.

Lagmannsretten legger likevel til grunn at AF fra 19. november 2014 igjen kunne sette i gang arbeider på deler av tomten, blant annet på et område ved heissjakten, og at selskapet deretter – i løpet av de neste ukene frem til begynnelsen av desember – fikk full tilkomst til området, jf. protokoll fra overtakelsesforretning 9. desember, se også referat fra koordineringsmøter 17. november og 3. desember 2014.

Lagmannsretten legger til grunn at AF i første del av desember 2014 var kommet omtrent like langt i arbeidene som før masseutskiftingen startet ved at nye fundamenter mv. var lagt. Det betyr at mangelen ved fyllingsmassene forsinket AFs arbeid med opp mot sju-åtte uker.

Ettersom AFs arbeider ikke sto helt stille i utbedringsperioden, settes forsinkelsesperioden som Åsland er ansvarlig for, skjønsmessig til seks uker. I AFs notat 27. oktober 2014 beskrives at det pågikk arbeider med kumringer og visse andre fundamenteringsarbeider. Det vises også til Hans Petter Bøckmanns forklaring for lagmannsretten.

12.5 Utmåling

Basert på gjennomgåelsen ovenfor finner lagmannsretten at Åsland er erstatningsansvarlig for en forsinkelse på om lag seks uker i kravperioden fra 10. september til 1. desember 2014. Det er ikke fremmet krav knyttet til fremdriftskonsekvenser etter 1. desember.

Spørsmålet er så hvilket beløp Åsland skal erstatte av det samlede kravet på 11 600 000 kroner.

Det er ingen nødvendig sammenheng mellom lengden på forsinkelsene og størrelsen på ulemper som oppstår i byggefasen. For eksempel kan en begrenset forsinkelse føre til at det oppstår store vinterulemper som ellers ville ha vært unngått helt. Men det kan også være motsatt ved at det i ethvert tilfelle ville ha påløpt betydelige kostnader til bygging i vinterperioden, og at en forsinkelse derfor får liten selvstendig betydning for samlede kostnader.

Fremlagt dokumentasjon gir ikke grunnlag for en nyansert erstatningsutmåling. AFs krav om forsinkelseskostnader for urasjonell drift og vinterulemper (EMBH-012 rev E) omfatter all forsinkelse i hele perioden fra 10. september til 1. desember 2014 – også forsinkelser som skyldtes at AF fikk begrenset tilkomst til tomten fordi etappe II og III ikke var ferdig (EMBH-003). Det er ikke spesifisert hvilke kostnadsposter som skyldtes henholdsvis massekvaliteten og begrenset tilkomst.

Det må imidlertid legges til grunn at behovet for masseutskifting i byggegropen hemmet fremdriften i større grad enn begrenset tilkomst. Selv om Åslands ansvar *tidsmessig* bare omfatter halvparten av den perioden på nærmere tolv uker som kravet om forsinkelseskostnader knytter seg til, må Åslands *beløpsmessige* ansvar bli noe høyere.

I mangel av holdepunkter for en mer fingradert fordeling legger lagmannsretten til grunn at Åsland skal dekke to tredjedeler av samlede forsinkelseskostnader. Beløpet settes til 2 700 000 kroner.

AFs krav om forseringskostnader gjelder som nevnt tiltak for å ta inn en samlet forsinkelse i byggeprosjektet på tre måneder (EMBH-022). Forsinkelsesperioden er også her regnet fra 10. september 2014.

Det er ikke gitt noen begrunnelse for hvordan det i løpet av en periode på under tre måneder kan oppstå behov for å forsere inn tre måneders forsinkelse. AFs arbeid sto ikke stille i hele denne perioden. Det er under enhver omstendighet klart at Åsland ikke kan holdes ansvarlig for alle forseringskostnadene. Tidsmessig må det gjøres et vesentlig fradrag i begge ender av tremånedersperioden. Åsland er dessuten ikke ansvarlig for alle forhold som hemmet fremdriften. Blant annet må fremdriftskonsekvenser av problemene i fjellskjæringen holdes utenfor.

Lagmannsretten legger skjønnsmessig til grunn at Åsland skal dekke om lag halvparten av forseringskostnadene. Beløpet settes til 3 750 000 kroner.

Det er ikke grunnlag for å fastslå at byggherren ikke har overholdt tapsbegrensningsplikten, jf. skadeserstatningsloven § 5-1. Det er dokumentert at byggherren gjorde en forsvarlig jobb i å forhandle med AF, som på enkelte punkter

reduerte sine krav. Det må i vurderingen tas hensyn til at byggherren hadde en vanskelig forhandlingsposisjon.

Lagmannsretten finner videre at kostnadene er tilstrekkelig spesifisert med blant annet timelister og mengdeangivelser. Kostnadene fremstår ikke som urimelige høye ut fra prosjektets art og omfang.

Etter dette tilkjennes Asko 6 450 000 kroner i samlet erstatning for fremdriftskonsekvenser.

13. Dagmulkt

Tingretten tilkjente Asko 77 430 kroner i dagmulkt fordi Åsland overleverte tomten noen dager etter avtalt frist 15. september 2014. Kravet om dagmulkt er subsidiært til kravet om erstatning for fremdriftskonsekvenser.

Ettersom lagmannsretten har tilkjent erstatning for fremdriftskonsekvenser, er dagmulkt ikke aktuelt. Dagmulktkravet bortfaller derfor.

14. Rigg og drift

Åsland ble ved tingrettens dom tilkjent 1 148 768 kroner i ekstrakostnader til rigg og drift fordi byggeperioden ble forlenget (endringsmelding nr. 6).

Åsland krevde opprinnelig rundt 3,5 millioner kroner for rigg og drift som følge av at arbeidsperioden på tomten ble forlenget fra 1. juni til 19. desember 2014. Asko har akseptert å betale 576 232 kroner for perioden frem til 15. september 2014, men avviser at Åsland har krav utover dette.

Av Åslands restkrav på nærmere tre millioner kroner tilkjente tingretten 1 148 768 kroner. Åsland har ikke anket. Det betyr at selskapets krav for lagmannsretten – tvistesummen – er begrenset oppad til 1 148 768 kroner.

Det er uomtvistet at byggherren er ansvarlig for forlengelsen i byggetid på 3,5 måneder fra 1. juni til 15. september 2014. For denne perioden krever Åsland prinsipalt 288 000 kroner per måned. Etter det lagmannsretten forstår, er beløpet beregnet med utgangspunkt i kontraktens riggtillegg på fire prosent.

Lagmannsretten legger til grunn at Åsland og byggherren i møte 19. januar 2015 ble enige om et riggtillegg på 216 000 kroner per måned for denne perioden. Det gir et samlet beløp på 756 000 kroner. Avtalen kommer til uttrykk i samtidsnær dokumentasjon, blant annet i Roar Kristiansens møtenotater fra januar 2015 og i Bricks epost 24. februar 2015. Beløpet var resultat av et kompromiss der partene halverte differansen mellom Åslands

opprinnelige krav om 288 000 kroner og byggherrens tilbud om 144 000 kroner per måned. I samsvar med dette fakturerte Åsland i begynnelsen av 2015 et beløp på 756 000 kroner med påtegning "[a]vtalt i møte den 19.1.2015".

Lagmannsrettens konklusjon blir at Åsland har krav på 756 000 kroner for perioden fra 1. juni til 15. september 2014. Et månedlig beløp på 288 000 kroner, som Åsland har fremmet krav om, stemmer ikke med det som ble avtalt mellom partene.

For perioden fra 15. september til 19. desember 2014 kom tingretten til at Åsland hadde krav på riggtillegg med halv sats av 216 000 kroner fordi halvparten av ekstraarbeidet skyldtes Åslands forhold. Partene er enige om at tingretten har begått en regnefeil ved å tilkjenne til sammen 972 000 kroner for denne perioden. Åsland mener likevel å ha krav på hele dette beløpet fordi de faktiske tilleggskostnadene minst tilsvarer en slik sum. Asko bestrider for sin del at det er dokumentert tilleggskostnader som byggherren er ansvarlig for.

NS 8407 punkt 34.1.3 gir entreprenøren krav på dekning av økte utgifter til rigg og drift som er en nødvendig følge av endringer eller forsinkelser på byggherrens side, såfremt krav varsles uten ugrunnet opphold. Det er opp til entreprenøren å dokumentere utgiftene.

Lagmannsretten bemerker at Åsland ikke kan kreve riggtillegg for arbeidet med masseutskifting i fyllingen, som startet i midten av november 2014. Dette arbeidet skyldtes mangler ved selskapets egen leveranse.

Åsland har derimot krav på dekning av tilleggskostnader for arbeider i fjellskjæringen. Disse arbeidene pågikk som nevnt i hele perioden fra 15. september og – minst – frem til siste del av november 2014, og trolig med en del avsluttende arbeider frem til midten av desember dette året. Dessuten arbeidet Åsland med etappe II av tomten frem til utløpet av september 2014. Også her må tilleggskostnader til rigg og drift kunne kreves dekket.

Asko har anført at Åsland har fått oppgjør for endringsarbeidene etter avtalt pris eller regning, og at disse oppgjørene inkluderte rigg- og driftskostnader. Asko mener derfor at Åsland i realiteten krever dobbel dekning for disse kostnadene.

Lagmannsretten finner ikke dette sannsynliggjort. Som dokumentasjon har Asko kun lagt frem én enkelt endringsmelding; endringsmelding nr. 33 fra 16. desember 2014 om opparbeidelse av areal bak spunt, som ikke eksplisitt nevner rigg og drift. Åsland sendte høsten 2014 særskilte fakturaer for rigg og drift. Det taler mot at disse kostnadene var inkludert i fakturaene for de enkelte endringsarbeidene. Ettersom Åsland arbeidet parallelt på flere deler av tomten med til dels samme mannskap og maskiner, var det ikke unaturlig å samle rigg- og driftskostnader på egne fakturaer. Utskilling i egen post er den vanlige

fremgangsmåten ved fakturering, jf. NS 8407 punkt 27.2.1 tredje ledd andre punktum. Også i den opprinnelige kontrakten var rigg og drift skilt ut i en egen post.

Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at Åslands arbeider i blant annet fjellskjæringen har pådratt rigg- og driftskostnader, men fremlagt dokumentasjon i form av utstyrs- og bemanningslister gir ikke grunnlag for en presis utmåling. Ettersom arbeid med masseutskifting må holdes utenfor, må kostnadene uansett fastsettes skjønnsmessig.

Det er naturlig at den skjønnsmessige utmålingen tar utgangspunkt i det månedsbeløpet på 216 000 kroner som partene avtalte for perioden før 15. september 2014. Det fremforhandlede beløpet må antas å gi et rimelig uttrykk for faktiske kostnader. Basert på fremlagt dokumentasjon er det ikke grunn til å gå vesentlig høyere enn dette beløpet for perioden etter 15. september.

Lagmannsretten er kommet til at Åsland bør få dekket ekstrakostnader til rigg og drift for hele perioden på tre måneder fra 15. september til midten av desember 2014 basert på et månedlig beløp på 216 000 kroner. Det gjelder selv om deler av arbeidet i denne perioden gjaldt forhold som var forårsaket av svikten i Åslands egen leveranse. Lagmannsretten legger avgjørende vekt på at det på grunn av arbeidene i fjellskjæringen uansett var nødvendig å ha utstyr og bemanning på tomten i hele perioden. Dette har mest sannsynlig pådratt månedlige kostnader på minst 216 000 kroner.

Samlet beløp for perioden etter 15. september 2014 blir dermed 648 000 kroner.

Det betyr at Åsland til sammen har krav på 1 404 000 kroner i ekstrakostnader til rigg og drift fra 1. juni til midten av desember 2014. Etter fradrag for utbetalt beløp på 576 232 kroner tilkjennes Åsland 827 768 kroner. Det er innenfor rammen av det tingretten har tilkjent.

15. Oppsummering

Lagmannsretten vil nedenfor kort oppsummere utfallet av saken. Alle beløp er eksklusive merverdiavgift.

15.1 Askos krav

Asko ble i tingretten tilkjent 4 237 430 kroner. I dette inngår et beløp på 960 000 kroner for sømboring som er endelig avgjort ved tingrettens dom. For de postene som har vært tvistegjenstand for lagmannsretten, er tilkjent beløp i tingretten 3 277 430 kroner.

Ved lagmannsrettens dom tilkjennes Asko følgende beløp:

- 1 689 921 kroner for fjerning og reetablering av fundamenter (punkt 6)

- 1 650 000 kroner for arbeid med masseutskifting under lastebryggene (punkt 7.2)
- 350 000 kroner i prisavslag for fyllingsmasser som ikke er utskiftet (punkt 11)
- 6 450 000 kroner for fremdriftskonsekvenser (punkt 12)

I sum blir dette 10 139 921 kroner i tillegg til det nevnte beløpet for sømboring. Beløpet inkluderer ikke merverdiavgift. Det er enighet om at renter skal regnes fra 28. mai 2015.

Asko har også fått medhold i at Åsland selv må dekke kostnadene på 5 683 960,80 kroner til masseutskifting under bygget (punkt 5).

Asko har derimot ikke fått medhold i sitt krav om dekning av 7 076 778 kroner for innkjøp av erstatningsmasser (5 757 120 kroner etter motregning mot Åslands krav knyttet til løsmassene). Asko har heller ikke vunnet frem med at de tilhørende transportkostnadene på til sammen 2 504 690 kroner skal dekkes av Åsland. Videre har Åsland ikke fått medhold i krav om dekning av arbeidskostnader for masseutskifting ved kontordelen. Det vises til punkt 7.3, 8 og 10 ovenfor.

At tilkjent beløp er vesentlig høyere enn i tingretten, skyldes i hovedsak at lagmannsretten – i motsetning til tingretten – er kommet til at det var berettiget å foreta masseutskifting i fyllingen, samt at lagmannsretten fant at Åsland må dekke kostnader knyttet til fremdriftskonsekvenser som følge av grov uaktsomhet.

15.2 Åslands krav

Åsland har som nevnt ikke anket tingrettens dom, der selskapet ble tilkjent til sammen 13 681 360 kroner inkludert et beløp på 24 551 kroner for sikringsarbeider som ikke har vært tema for lagmannsretten.

Ved lagmannsrettens behandling av Askos anke er dette beløpet vesentlig redusert. Lagmannsretten tilkjenner Åsland følgende beløp:

- 756 496 kroner for fyllingsarbeider med jernbanen (punkt 9)
- 2 306 861 kroner for levering og borttransport av løsmasser i haug (punkt 10.8)
- 827 768 kroner for ekstrakostnader til rigg og drift (punkt 14)

Videre har Åsland krav på utbetaling av tilbakeholdt beløp på 4 196 957 kroner. I dette beløpet må det gjøres fradrag for 439 885 kroner, som er inkludert i det tilkjente beløpet på 2 306 861 kroner for løsmassene. Tilbakeholdt beløp som skal utbetales Åsland, blir følgelig 3 757 072 kroner.

I sum blir dette 7 648 197 kroner eksklusive merverdiavgift. Dette kommer i tillegg til det nevnte beløpet på 24 551 kroner for sikringsarbeider som er endelig avgjort ved tingrettens dom.

Det tilføyes for ordens skyld at det ut fra partenes oversikt over tilbakeholdte beløp kan se ut som om betalingen for sikringsarbeider inngår i det som er tilbakeholdt av Asko. Tingretten har imidlertid tilkjent de 24 551 kronene ved siden av det tilbakeholdte beløpet. Dommen er på dette punkt endelig. Lagmannsretten gjør derfor ingen endringer i dette.

Tingretten har ikke presisert når renter skal regnes fra. Åsland fremsatte krav om sluttoppgjør 28. februar 2015. I mangel av holdepunkter for noe annet legger lagmannsretten til grunn at renter skal regnes fra 28. mai 2015, jf. NS 8407 punkt 39.2 første ledd sammenholdt med punkt 29.1.

16. Sakskostnader

Asko har oppnådd et vesentlig bedre resultat enn i tingretten, men kan ikke sies å ha vunnet saken for lagmannsretten fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvistemålsloven § 20-2 første og andre ledd. Blant annet har Asko ikke fått medhold i kravet om dekning av kostnader til innkjøp av transport av løsmasser i haug. Dette er en betydelig post i saken som det er brukt mye ressurser på under ankebehandlingen. Det vises ellers til oversikten i punkt 15.1 ovenfor.

Både Asko og Åsland har fått medhold av betydning, jf. tvisteloven § 20-3. Det er ikke grunnlag for å tilkjenne Åsland hel eller delvis dekning av sakskostnader etter denne bestemmelsen. Derimot finner lagmannsretten at tungtveiende grunner tilsier at Asko bør få dekket halvparten av sakskostnadene for lagmannsretten. Lagmannsretten har i denne vurderingen lagt vekt på at Asko har fått medhold i en rekke krav som har stått sentralt under saksforberedelsen og ankeforhandlingen, og som utgjør betydelige beløp, blant annet krav om masseutskifting i fyllingen og dekning av fremdriftskonsekvenser basert på grov uaktsomhet, jf. Rt-2014-731 avsnitt 16. Det siste spørsmålet har voldt tvil. Det rokker ikke ved den samlede vurderingen om at tungtveiende grunner tilsier delvis kostnadsdekning for Asko.

Advokat Nyland har lagt frem et sakskostnadskrav for lagmannsretten på 2 932 184 kroner, hvorav 2 579 747 kroner er salær, administrative kostnader og kostnader til sakkyndige utredninger mv., mens 352 437 kroner er utgifter til vitner. Det er ikke protestert mot kravet.

Lagmannsretten finner at kostnadene har vært rimelige og nødvendige ut fra sakens art og omfang og tilkjenner halvparten av beløpet – 1 466 092 kroner – i sakskostnader for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-5. I tillegg kommer halvparten av ankegebyret på

67 136 kroner slik at samlede sakskostnader som tilkjennes for lagmannsretten, blir 1 499 660 kroner.

Asko motsatte seg oppnevning av fagkyndige meddommere for lagmannsretten. Det er likevel klart at oppnevningen av fagkyndige meddommere var nødvendig i lys av sakens tema. Oppnevningen skjedde i begge parter interesse, og partene bør dekke en halvpart av kostnadene hver. Kostnadene vil bli fastsatt ved egen salærbeslutning.

Ved avgjørelsen av sakskostnader for tingretten skal resultatet i lagmannsretten legges til grunn, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd, jf. første ledd. Dette resultatet skal sammenholdes med partenes krav i stevning og tilsvaret til tingretten. Lagmannsretten finner med dette som utgangspunkt at Asko har fått medhold av betydning også i tingretten, og at tungtveiende grunner tilsier at Asko bør tilkjennes dekning av halvparten av sakskostnadene for tingretten, jf. tvisteloven § 20-3. Det vises til momentene som er gjennomgått ovenfor.

For tingretten krevde Asko 3 231 400 kroner i sakskostnader. Av dette var 2 696 097 kroner salær, administrative kostnader og kostnader til sakkyndige utredninger mv., mens 535 303 kroner var utgifter til vitner. Det fremgår ikke av tingrettens rettsbok at det ble protestert mot kravet. Lagmannsretten finner at kostnadene har vært rimelige og nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5, og tilkjenner Asko halvparten av beløpet, det vil si 1 615 700 kroner.

Partene har dekket omtrent halvparten hver av utgiftene til de fagkyndige meddommerne for tingretten. Lagmannsretten gjør ingen endringer i dette eller i fordeling av rettsgebyret for tingretten.

Sakskostnadene er eksklusive merverdiavgift.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. I tillegg til det beløpet på 960 000 kroner som er endelig tilkjent ved tingrettens dom, betaler Åsland Pukkverk AS 10 139 921
– timillioneretthundreogtrettinitusennihundreogtjueén – kroner til Asko Bygg Vestby AS med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra 28. mai 2015 og til betaling skjer.
2. I tillegg til det beløpet på 24 551 kroner som er endelig tilkjent ved tingrettens dom, betaler Asko Bygg Vestby AS 7 648 197
– sjumillionersekshundreogførtiåttetusenetthundreognittisju – kroner til Åsland Pukkverk AS med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra 28. mai 2015 og til betaling skjer.
3. I sakskostnader for tingretten betaler Åsland Pukkverk AS 1 615 700
– énmillionsekshundreogfemtentusensjuhundre – kroner til Asko Bygg Vestby AS.
4. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Åsland Pukkverk AS 1 499 660
– énmillionfirehundreognittinitusensekshundreogseksti – kroner til Asko Bygg Vestby AS.
5. Partene dekker utgiftene til fagkyndige meddommere for lagmannsretten med en halvpart hver i henhold til særskilt salærbeslutning.
6. Oppfyllelsesfristen er to uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Eyvin Sivertsen

Kari Johanne Bjørnøy

Kine Elisabeth Steinsvik

Knut Arild Røste

Arne Kruhaug

Dokument i samsvar med undertegnet original
Signert elektronisk – Terje Jørgensen