



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 27.04.2022

Saksnr.: 21-042691ASD-BORG/01

Dommere:

Lagdommer
Konstituert lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Ingvild Mestad
Helge Røstum
Ellen Mo

Meddommere:

Sivilingeniør
Storkundeansvarlig

Johannes Hope
Magnus Thunestvedt

Ankende part

Backe Stor-Oslo AS

Advokat Marius Undersrud
Borgen

Ankemotpart

Elektro-Kontakten AS

Advokat Rolf Wilhelm
Markussen

1.	Innledning.....	4
1.1.	Overordnet om hva tvisten i ankesaken gjelder	4
2.	Sakens bakgrunn	4
3.	Partenes krav og påstander for lagmannsretten	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	BSOs krav og påstand	11
3.3	EKs krav og påstand.....	11
4.	Lagmannsrettens merknader	12
4.1	Behandlingen av kravene	12
5.	Kontraktens fremdriftsforutsetninger.....	12
5.1	Innledning.....	12
5.2	BSOs sentrale anførsler	13
5.3	EKs sentrale anførsler.....	14
5.4	Lagmannsrettens nærmere vurdering	15
6.	EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft.....	23
6.1	Innledning – EKs krav	23
6.2	Bakgrunnen for EKs krav om tilleggsvederlag.....	23
6.3	BSOs sentrale anførsler	26
6.4	EKs sentrale anførsler.....	27
6.5	Lagmannsrettens vurdering	30
6.5.1	Innledning.....	30
6.5.2	Overordnet om kontraktens risikofordeling	30
6.5.3	Forsering og plunder og heft – overordnede rettslige utgangspunkter	32
6.5.4	Om EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse, jf. NS 8417 punkt 33.8.....	36
6.5.5	Om EKs forseringskrav ligger innenfor forholdsmessighetskravet i punkt 33.8	42
6.5.6	Foreløpig oppsummering og overordnet om EKs forseringstiltak	45
6.5.7	Lagmannsrettens syn på EKs krav om tilleggsvederlag for de ulike periodene	46
6.5.7.1	Innledning – EKs reviderte kalkyle (revisjon 1.3) og bemanningsplan.....	46
6.5.7.2	Forsering og plunder og heft for uke 33 til 41 i 2019.....	49
6.5.7.2.1	Forseringskostnader	49
6.5.7.2.2	Plunder og heft.....	59
6.5.7.3	Forsering og plunder og heft for uke 42 til 46 i 2019.....	68
6.5.7.3.1	Forseringskostnader	68
6.5.7.3.2	Plunder og heft.....	69
6.5.7.4	Forsering og plunder og heft for uke 47 til 51 i 2019.....	71
6.5.7.4.1	Forseringskostnader	71

6.5.7.4.2	Plunder og heft.....	74
6.5.7.5	Forsering og plunder og heft for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020.....	75
6.5.7.5.1	Forseringskostnader.....	76
6.5.7.5.2	Plunder og heft.....	78
6.5.7.6	Forsering og plunder og heft for uke 6 til uke 12 i 2020.....	80
6.5.7.6.1	Forseringskostnader.....	80
6.5.7.6.2	Plunder og heft.....	82
6.6	Særlig om kravet om plunder og heft fra uke 2 til uke 32 i 2019.....	84
6.7	Oppsummering.....	89
7.	EKs krav om tilleggsvederlag for forlenget kontraksperiode – rigg og drift	90
7.1	Innledning.....	90
7.2	BSOs anførsler	90
7.3	EKs anførsler.....	90
7.4	Lagmannsrettens vurdering	91
8.	EKs krav om tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning på grunn av forskjøvet kontraks- og produksjonsperiode	96
8.1	Innledning.....	96
8.2	BSOs anførsler	97
8.3	EKs anførsler.....	97
8.4	Lagmannsrettens vurdering	97
9.	BSOs krav om dagmulkt	100
9.1	Innledning.....	100
9.2	BSOs anførsler	100
9.3	EKs anførsler.....	101
9.4	Lagmannsrettens vurdering	101
10.	BSOs krav om erstatning for brudd på samordningsplikten	103
11.	EKs krav om utbetaling av resterende kontraktssum	104
12.	Sakskostnader	104

Saken gjelder krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft i en totalunderentreprise, samt motkrav om betaling av dagmulkt og erstatning.

1. Innledning

1.1. Overordnet om hva tvisten i ankesaken gjelder

Ankesaken knytter seg til et prosjekt om nybygg og rehabilitering av Slemdal skole i Oslo. Backe Stor-Oslo AS (heretter også «BSO») var totalentreprenør for prosjektet, og inngikk 7. mars 2018 kontrakt med Elektro-Kontakten AS (heretter også «EK») som totalunderentreprenør for elektroarbeidene. Det ble inngått en fastpriskontrakt basert på NS 8417: 2011 (heretter NS 8417). Kontraktssummen var på kroner 31 207 330 (inklusive merverdiavgift).

Sentralt i tvisten står spørsmålet om det er grunnlag for EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering¹ og plunder og heft², som EK hevder skyldes forsinkelser og svikt ved BSOs ytelser som totalentreprenør. EK har videre fremmet krav om dekning av økte kostnader grunnet lønns- og prisstigning som følge av at kontrakts- og produksjonsperioden i kontrakten ble forskjøvet, samt krav om dekning av økte kostnader til rigg og drift. BSO har på sin side fremmet motkrav om at EK må betale dagmulkt for forsinket overtakelse og erstatning for brudd på samordningsplikten i kontrakten.

2. Sakens bakgrunn

Slemdal skole ligger i bydel Vestre Aker i Oslo kommune. I forbindelse med at kommunen ønsket å rehabilitere eksisterende bygninger og utvide skolens funksjonsareal, sendte Undervisningsbygg, nå Oslobygg KF (heretter også «UBF»), prosjektet på anbud 21. juni 2017. Prosjektet omfatter i hovedsak 3 bygg: Hovedbygget, Bygg Nord og Gamleskolen. Hovedbygget består av fire etasjer, hvorav tre av etasjene er skolerom, mens underetasjen består av tekniske rom. Bygg Nord har også fire etasjer, med gymsal i underetasjen og første etasje. Gamleskolen er et noe mindre bygg, med kun to etasjer. Byggenes totale areal er på ca. 10 400 m², hvor ca. 6 600 m² består av nybygg og ca. 3 800 m² består av rehabiliteringsarbeider. Det var med andre ord tale om et sammensatt byggeprosjekt, som omfattet en blanding av både nybygg og eldre bygningsmasse, hvor deler av bygningsmassen også var vernet. Prosjektet omfattet i tillegg arbeider med uteareal, så som belysning, elbilladere og føringer mellom byggene.

¹ Med forsering menes at totalunderentreprenøren må tilføre ekstra ressurser for å hente inn en forsinkelse.

² Plunder og heft er et bransjetrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. I denne sammenheng betyr det at totalunderentreprenøren påføres ekstraavgifter som følge av at forhold på totalentreprenørens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos totalunderentreprenøren, jf. NS 8417 34.1.3 og HR-2019-1225-A avsnitt 54. Lagmannsretten vil gjennomgående bruke begrepene plunder og heft eller ineffektivt drift for å beskrive dette forholdet, og understreker at det skal forstås som synonymmer.

Partene har i ankesaken lagt frem illustrasjoner av skolebygningene. Det er nedenfor klippet inn fra et hjelpedokument fremlagt av EK, som viser de forskjellige byggene med de betegnelsene som er brukt av partene, og som også vil brukes av lagmannsretten:



BSO innga tilbud på prosjektet 15. september 2017 og ble kontrahert som totalentreprenør 3. november 2017. Kontrakten mellom UBF og BSO var basert på NS 8407 (alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser) og kontraktssummen var kroner 372 011 130 (inklusive merverdiavgift). Det ble avtalt en byggetid på totalt 24 måneder regnet fra mottatt rammetillatelse, noe lagmannsretten kommer nærmere tilbake til nedenfor.

BSO hadde ingen egenproduksjon utover rollen som totalentreprenør, men kontraherte en rekke totalunderentreprenører til forskjellige deler av prosjektet. Etter det opplyste har det vært samhandling mellom omlag 55 prosjektaktører.

EK ble invitert til å inngi tilbud på totalunderentreprisen for elektro, og innga slikt tilbud 24. november 2017. Revidert tilbud ble inngitt 3. januar 2018. Det ble avholdt et avklaringsmøte mellom partene 22. januar 2018. Kort tid etter møtet fikk EK beskjed om at de hadde fått tildelt oppdraget. Kontrakt på totalunderentreprisen ble deretter signert 7. mars 2018. Det fremgikk av avtaledokumentet at EKs forpliktelse var å levere «[...] komplett elektroleveranse samt svakstrømleveranse», og at NS 8417 (alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser) gjaldt, med de endringer/avvik som fulgte av avtaledokumentet. I forbindelse med inngåelsen av kontrakten, ble også BSOs kontraktsposisjon overfor rådgivende ingeniør elektro (heretter også «RIE») tiltransportert EK. Som tidligere nevnt ble kontraktssummen på kroner 31 207 330 (inklusive merverdiavgift). Det ble ved avtaleinngåelsen krysset av for at kontraktssummen var fast,

og at den ikke var gjenstand for regulering eller kompensasjon for pris- og lønnsstigning i byggetiden. Det fremgår videre av avtaledokumentet at følgende dokumenter skulle inngå i kontrakten mellom EK og BSO (der TUE er definert som totalunderentreprenør, altså EK, og TE er totalentreprenør, altså BSO):

1. BackeGruppens krav til etisk adferd og samfunnsansvar
2. Dette avtaledokument med særlige kontrakts bestemmelser i kap. 2
3. Byggherrens beskrivelse med funksjonskrav og tegninger som er relevant for TUE, samt de kontrakts bestemmelser i TEs kontrakt med byggherre som er relevant for TUE.
(...)
4. TEs spesielle kontrakts bestemmelser for helse, miljø og sikkerhet (HMS)
5. Referat fra avklaringsmøte/kontraktforhandlingsmøte datert 22.01.2018
6. Grensnittsmatrise datert 15.01.2018
7. Prinsipp grensesnitt og føringsveier dørmiljø
8. TUEs tilbud datert 03.01.2018
9. Tiltransportert kontrakt ECT
10. NS 8417 (av 01.07.11) (vedlegges ikke)

Når det særlig gjelder fremdriften og tidsfrister i kontrakten fremgår følgende av avtaledokumentet punkt 1.9:

TUE skal følge omforent fremdriftsplan og omforent dokumentleveranseplan, samt senere revisjoner av disse. Se for øvrig punkt 2.6 i særlige bestemmelser.

Det er avtalt følgende tidsfrister, jf. NS 8417 pkt. 21.1:

(...)

Byggetid for TUE gjelder med samme vilkår som for TE. Det er 20 mnd byggetid fra

mottatt og godkjent rammetillatelse. Byggetiden inkluderer også IG søknad som først kan søkes etter at rammetillatelse er gitt. Etter byggefasen vil prosjektet gå over i slutfasen som har en varighet på 4 mnd. For mer detaljer rundt slutfasen henvises det til kontraktsunderlaget.

Som tillegg til NS 8417 punkt 21 om fremdrift og samordning ble følgende avsnitt tatt med i avtaledokumentet punkt 2.7.4:

Arbeidet skal skje i samsvar med TEs til enhver tid gjeldende felles fremdriftsplan for prosjektet, inkludert enhver omforent fremdriftsplan mellom TE og byggherren. TUE skal snarest mulig utarbeide fremdriftsplan for sine arbeider innen de rammer TEs fremdriftsplan setter og levere planen til TE for godkjenning. TUE må regne med at han ikke til enhver tid kan oppnå fullt ut optimal fremdrift, og plikter å samordne sin fremdrift med andre aktører i prosjektet.

TUE forplikter seg til å fremskaffe nødvendig prosjekteringsgrunnlag iht. omforent dokumentleveranseplan og utføre nødvendig koordinering mot øvrige prosjekterende. TUE forplikter seg til å rapportere fremdrift for egen prosjektering 1 gang per måned.

TUE må i god tid skriftlig underrette TE om de tegninger, beskrivelser og spesifikasjoner han må ha for å holde fremdriftsplanen og de oppsatte frister. Dette kommer i tillegg til pliktene til TUE som følger av pkt. 25.

Som et tillegg til NS 8417 punkt 37 om overtakelse fremgikk følgende av avtaledokumentet punkt 2.7.10:

Overtakelse skjer samtidig med TEs overtakelse til byggherre. Dette gjelder også for delovertakelse med byggherre.

Dette innebar at EK ikke kunne overlevere elektroarbeidene før BSO overleverte kontraktsarbeidene til byggherren UBF.

I avtaledokumentet var det videre inntatt en «Back to Back»-bestemmelse i punkt 2.13. Av denne fremgikk det at TUE (dvs. EK) skal ha de samme rettigheter og forpliktelser og ansvar overfor TE (dvs. BSO) som TE har overfor byggherren UBF. Videre at «[...] TUE ikke får dekket krav på fristforlengelse og vederlagsjustering, herunder rigg og drift, med mindre dette blir akseptert av byggherren». Det var samtidig presisert at dette ikke gjaldt «[...] der TUEs krav relaterer seg til forhold TE selv er ansvarlig for, og som ikke kan videreføres til BH».

Som det fremgår av redegjørelsen over, var det i kontrakten avtalt at byggetiden for EK gjaldt med samme vilkår som for BSO overfor byggherren UBF. I begge relasjoner var det avtalt en byggetid på 20 måneder «fra mottatt og godkjent rammetillatelse», jf. punkt 1.9.1 i avtalen mellom BSO og EK. I tillegg fremgikk at prosjektet skulle ha en «slutfase som har en varighet på 4 mnd», noe som innebar en kontraktsperiode på totalt 24 måneder regnet fra rammetillatelsen.

Opprinnelig var det planlagt at det skulle søkes om én rammetillatelse for prosjektet. Etter avklaringer med plan- og bygningsmyndighetene ble det likevel bestemt at det skulle gis separate rammetillatelser for byggene. Rammetillatelse for Bygg Nord forelå 23. mars 2018, og for Hovedbygget 20. april 2018. Rammetillatelsen for Gamleskolen forelå først 8. februar 2019. Det ble senere avtalt mellom BSO og UBF at byggetiden skulle regnes fra rammetillatelsen forelå for Hovedbygget 20. april 2018. Kort tid etter ble det også avklart mellom BSO og EK at fristen skulle regnes fra 24. april 2018, noe som innebar at overtakelse etter kontrakten skulle skje 24. april 2020, hvilket også ble den dagmulktbelagte fristen etter kontrakten. Dette ble også videreført overfor EK.

For tingretten gjorde EK gjeldende et annet syn på kontraktens frister enn det som fremgår over. For lagmannsretten er det uomtvistet at kontraktens tidsfrister skal regnes fra 24. april 2018. Med en byggetid på 20 måneder og en slutfase på 4 måneder, innebar dette at fristen for mekanisk ferdigstilling i utgangspunktet var ved årsskiftet 2019/2020 og at

fristen for overtakelse var 24. april 2020. For Gamleskolen ble det fastsatt en særskilt frist for mekanisk ferdigstilling 16. mars 2020, som følge av at man avdekket asbest i bygningen i forbindelse med riving sommeren 2019. De nevnte fristene ble senere utsatt, noe lagmannsretten kommer tilbake til i premissene.

Når det gjaldt gjennomføringen, er det på det rene at det var helt begrenset med aktivitet fra EKs side på byggeplassen i 2018. Etter EKs syn oppsto det vesentlige forsinkelser i den forutsatte fremdriften i prosjektet i løpet av 2019, med betydelige konsekvenser for elektroarbeidene. EK varslet om dette og fremsatte krav om fristforlengelse frem mot sommeren 2019, men dette ble i all hovedsak avvist av BSO. Den 20. mai 2019 innvilget BSO likevel fristforlengelse for mekanisk ferdigstilling til 23. februar 2020, men fastholdt samtidig fristen for overtakelse 24. april 2020. Frem mot sommeren 2019 varslet EK om det selskapet mente var ytterligere betydelige forsinkelser. I brev 2. september 2019 varslet EK om at det ville bli iverksatt en rekke forseringstiltak for å overholde kontraktens frister, og det ble samtidig utarbeidet anslag over de fremtidige forseringskostnadene.

Fra høsten 2019 iverksatte EK omfattende forseringstiltak. EK hevder dette skyldes vesentlige forsinkelser og svikt i ytelsene fra BSO som totalentreprenør. BSO har bestridt at det har vært grunnlag for fristforlengelse og forsering. BSOs syn er at eventuelle fremdriftsutfordringer og øvrige forstyrrelser av elektroarbeidene ligger innenfor hva EK måtte påregne etter kontrakten, sett hen til prosjektets karakter og EKs plikt til å samordne sine arbeider med de andre entreprenørene.

EK varslet om ytterligere forsinkelser og fremsatte nye krav om fristforlengelse frem mot prosjektets sluttfrist i 2020, men også disse kravene ble bestridt av BSO. EK utarbeidet i denne perioden fremdriftsvarsler og forseringsrapporter, som skulle underbygge forsinkelsene og kostnadene ved forsering og plunder og heft. Det foreligger en omfattende korrespondanse mellom partene i denne perioden. EK fremsatte etter hvert krav om tilleggsvederlag for disse kostnadene, som ble bestridt av BSO. Da det ikke ble enighet mellom partene, tok EK ut stevning 29. januar 2020. Søksmålet gjaldt en rekke krav, men var primært knyttet til forseringen. BSO innga tilsvarende 8. mai 2020, og la ned påstand om frifinnelse. BSO trakk etter hvert inn motkrav på dagmulkt og erstatning.

Parallelt med søksmålet pågikk byggearbeidene. Det ble oppnådd mekanisk ferdigstilling av elektroarbeidene innen den reviderte fristen 23. februar 2020 for Hovedbygget og Bygg Nord, og for Gamleskolen 16. mars 2020. Derimot ble det ikke oppnådd overtakelse av elektroarbeidene innen sluttfristen 24. april 2020. Partene er uenige om hva som er årsaken til dette, og lagmannsretten kommer tilbake til dette i premissene. Prosjektet som sådan ble først overtatt av byggherren UBF 13. juli 2020.

Ettersom sluttoppgjøret ikke var ferdig da saken sto for tingretten, ble pådømmelsen av søksmålet delt, slik at BSOs motkrav på dagmulkt og erstatning, samt EKs krav på

utbetaling av restbeløpet på kontraktssummen, ble behandlet i en egen dom som ble avsagt noe senere.

Når det gjaldt EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft, samt enkelte endringskrav, avsa Oslo tingrett 25. januar 2021 dom med slik domsslutning:

1. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 4 844 815 – firemillioneråttehundreogførtifiretusenåttehundreogfemten – kroner eksklusiv merverdiavgift for krav på dekning av forseringskostnader, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - a. av 1 536 119 kroner fra 29. november 2019,
 - b. av 784 022 kroner fra 29. desember 2019 og
 - c. av 2 524 674 kroner fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
2. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 5 516 040 – femmillionerfemhundreogsekstentusenogførti – kroner eksklusiv merverdiavgift for krav knyttet til ineffektiv drift, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - a. av 3 027 600 kroner fra 29. november 2019,
 - b. av 1 051 560 kroner fra 29. desember 2019 og
 - c. av 1 436 880 kroner fra 1. mars 2020.og til betaling skjer.
3. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 87 758 – åttisjutusensjuhundreofemtiåtte – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av forlenget byggetid, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
4. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 322 278 – trehundreogtjueotusentohundreogsoettiåtte – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av prisstigning i forskjøvet produksjonsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 11. desember 2020 og til betaling skjer.
5. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 371 524 – trehundreogsoettientusenfemhundreogtjuefire – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av bestilling av ekstra kortlesere, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 30. oktober 2020 og til betaling skjer.
6. Elektro-Kontakten AS har krav på tilleggsvederlag for arbeidet varslet i endringsmelding 55 (dørholdermagneter).
7. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS 180 000 – etthundreogåttitusen – kroner eksklusiv merverdiavgift som følge av ineffektiv drift knyttet til SD-anlegg og varmesentral (endringsmelding 53), med tillegg av forsinkelsesrenter fra 30. oktober 2020 og til betaling skjer.

8. Backe Stor-Oslo AS frifinnes for krav fremmet i endringsmelding 31 (merkostnader forbundet med levering av kortlesere og dørautomatikk), endringsmelding 54 (sprinkelsentral) og endringsmelding 49 (optisk varsling).
9. Backe Stor-Oslo AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å erstatte Elektro-Kontakten AS' sakskostnader med 1 578 000 – enmillionfemhundreogsoettiåttetusen – kroner. I tillegg kommer rettens gebyrer med 33 988 kroner samt kostnader til fagkyndige meddommere.

Når det gjaldt BSOs motkrav, og EKs krav på utbetaling av restbeløpet på kontraktssummen, avsa Oslo tingrett 26. februar 2021 dom med slik domsslutning:

1. Elektro-Kontakten AS frikjennes for krav om dagmulkt og erstatning for brudd på samordningsplikten.
2. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å utbetale til Elektro-Kontakten AS resterende kontraktsbeløp på kr 1 272 439 – enmilliontohundreogsyttitotusenfirehundreogtrettini – eks. mva innen to uker fra forkynnelse av dommen.
3. Backe Stor-Oslo AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å erstatte Elektro-Kontakten AS' sakskostnader med 246 700 – tohundreogførtisekstusensjuhundre – kroner. I tillegg kommer rettens gebyrer og kostnader til fagkyndige meddommere.

BSO påanket tingrettens dom 26. februar 2021 i sin helhet. For tingrettens dom 25. januar 2021, påanket BSO domsslutningen punkt 1 til 4, 6, 7 og 9. EK innga avledet anke over tingrettens dom 25. januar 2021 domsslutningen punkt 3, 7 og 8. For øvrig la EK ned påstand om at anken over begge dommene ble forkastet.

Ankeforhandling i saken ble holdt 25. januar til 11. februar 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt 14 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

3. Partenes krav og påstander for lagmannsretten

3.1 Innledning

Som nevnt gjaldt tingrettens dom også flere endringskrav. Samtlige av endringskravene som ble behandlet av tingretten har imidlertid blitt forlikt av partene underveis i saksforberedelsen for lagmannsretten. Dette innebærer at kravene avgjort i punkt 6,7 og 8 i tingrettens domsslutning i dommen 25. januar 2021 ikke lenger er tema. Slik saken står for lagmannsretten, er den avgrenset til EKs krav om dekning av kostnader til forsering og plunder og heft, samt krav om dekning av kostnader for forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode. I tillegg gjelder saken BSOs motkrav om dagmulkt og erstatning.

På samme måte som tingretten, finner lagmannsretten det hensiktsmessig å strukturere dommen slik at det innledningsvis gis en oversikt over partenes krav og påstander. En nærmere redegjørelse for partenes anførsler vil bli gitt under drøftelsen av det enkelte krav og tvistepunkt nedenfor.

3.2 BSOs krav og påstand

BSO gjør gjeldende at det ikke er grunnlag for å tilkjenne EK tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft, eller for lønns- og prisstigning og rigg og drift. BSO gjør gjeldende at tingretten i dommen 25. januar 2021 har foretatt feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse, og påstår seg frifunnet.

BSO fastholder samtidig kravene om at EK må betale dagmulkt og erstatning for brudd på samordningsplikten. BSO gjør gjeldende at tingretten i dommen 26. februar 2021 har foretatt feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse.

BSO har lagt ned følgende påstand for lagmannsretten:

1. Backe Stor-Oslo AS frifinnes.
2. Elektro-Kontakten AS dømmes til å betale til Backe Stor-Oslo AS et beløp fastsatt etter rettens skjønn.
3. Elektro-Kontakten AS dømmes til å erstatte sakskostnadene til Backe Stor-Oslo AS for tingretten og lagmannsretten.

3.3 EKs krav og påstand

EK gjør gjeldende at tingretten har foretatt riktig rettsanvendelse og bevisbedømmelse i begge dommene og at BSOs anke over begge dommene må forkastes. EK har imidlertid inngitt avledet anke over tingrettens utmåling av tilleggsvederlag for kostnader til rigg og drift i domsslutningen punkt 3 i dommen 25. januar 2021.

EK fastholder kravene på tilleggsvederlag, som er som følger:

- Krav på tilleggsvederlag for forseringskostnader i uke 33 (2019) til uke 12 (2020) på til sammen kroner 4 844 815
- Krav på tilleggsvederlag for plunder og heft fra uke 2 til 32 (2019), og uke 33 til 12 (2020) på til sammen kroner 5 516 040
- Krav om dekning av kostnader for lønns- og prisstigning på grunn av forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode på kroner 322 278
- Krav om dekning av kostnader for økte kostnader til rigg- og drift på grunn av forlenget kontraktsperiode fra 24. april 2020 til 13. juli 2020 på kroner 218 451

EK har lagt ned følgende påstand for lagmannsretten:

1. Anken forkastes for domsslutningens punkt 1,2, 4 og 9 i Oslo tingretts dom av 25.01.21.
2. Anken forkastes for domsslutningen punkt 1,2 og 3 i Oslo tingretts dom av 26.02.21
3. Backe Stor-Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kr. 218 451,- ekskl. mva som følge av forlenget byggetid fra 24.04.20 til 13.07.20, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
4. Elektro-Kontakten AS tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten, herunder dømmes Backe-Stor Oslo AS til å dekke utgiftene til de fagkyndige meddommerne.

4. Lagmannsrettens merknader

4.1 Behandlingen av kravene

Lagmannsretten vil i all hovedsak følge samme disposisjon som tingretten ved behandlingen av kravene i ankesaken.

I punkt 5 behandles kontraktens fremdriftsforutsetninger. I punkt 6 behandles EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft. I punkt 7 og 8 behandles EKs krav om dekning av økte kostnader grunnet forlenget kontrakts- og produksjonsperiode. I punkt 9, 10 og 11 drøftes BSOs motkrav om dagmulkt og erstatning for brudd, samt spørsmålet om tilbakehold av restbeløpet på kontraktssummen. I punkt 12 tas stilling til sakskostnadene.

5. Kontraktens fremdriftsforutsetninger

5.1 Innledning

EKs krav om tilleggsvederlag bygger på at den planlagte fremdriften og utførelsen av elektroarbeidene ble vesentlig forsinket, og at dette skyldes forhold BSO som totalentreprenør har risikoen for. Spørsmålet om hvilke fremdriftsforutsetninger som følger av kontraktsforholdet mellom partene er derfor av sentral betydning for avgjørelsen av EKs krav om tilleggsvederlag. Ettersom dette spørsmålet er av gjennomgripende betydning for avgjørelsen av kravene om tilleggsvederlag, finner lagmannsretten, på samme måte som tingretten, grunn til å behandle spørsmålet om kontraktens fremdriftsforutsetninger først, før det konkret tas stilling til EKs krav om tilleggsvederlag.

Som nevnt foran var partene for tingretten også uenige om byggetiden i prosjektet. For lagmannsretten er partene enige om at kontraktens byggetid er 24 måneder (20 måneder byggetid + 4 måneder slutfase), og at byggetiden skal regnes fra tidspunktet da rammetillatelsen forelå for Hovedbygget 20. april 2018.

Både for tingretten og lagmannsretten har EK anført at den fremdriftsplanen som ble utarbeidet 26. november 2018 er den *omforente* fremdriftsplanen i kontraktens forstand, som kravene om fristforlengelse og tilleggsvederlag må vurderes mot. I tingrettsdommen og av partene er denne planen omtalt som 26/11-planen, og lagmannsretten vil for enkelhets skyld gjøre det samme. Lagmannsretten bruker også gjennomgående forkortelsen TE om totalentreprenøren i prosjektet, dvs. BSO, og TUE om totalunderentreprenøren, dvs. EK.

5.2 BSOs sentrale anførsler

Tingretten har lagt til grunn feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse når den har kommet til at 26/11-planen skal regnes som den «omforente» fremdriftsplanen etter kontrakten. Det er grunnleggende feil når tingretten har tillagt fremdriftsplanen en slik status, og vurderer EKs krav om tilleggsvederlag for forsering og plunder og heft opp mot denne. Fremdriftsplaner er ikke bindende som sådan, og de kan endres fortløpende i prosjektet, jf. Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen).

Den riktige tilnærmingen er å vurdere om EK har måttet omlegge fremdriften og utførelsen av elektroarbeidene i større grad enn det kontraktsdokumentene og prosjektets karakter tilsa. Dette må ses i sammenheng med EK hadde en skjerpet samordningsplikt i kontrakten, jf. kontrakten punkt 2.7.4. EK måtte derfor forvente betydelig grad av tilpasning og fleksibilitet ved fremdriftsplanleggingen og utførelsen av elektroarbeidene innenfor den avsatte byggetiden. EK hadde ikke grunn til å forvente en «normal» utførelse, og kunne heller ikke basere seg på at arbeidene kunne planlegges og utføres sekvensielt, slik tingretten feilaktig har lagt til grunn. Ved kontraktsinngåelsen forelå det ingen fremdriftsplan for tekniske fag som kunne gi grunnlag for en slik forventning. EK måtte i så fall tatt forbehold om at tilbudet var basert på en slik forutsetning, noe EK ikke har gjort. Det må videre legges vekt på at EK var kjent med at Slemdal skole var et krevende prosjekt, og at det på tidspunktet for kontraktsinngåelsen var stor usikkerhet om gjennomføringen og hva som ville kreves av samordning med andre sideentreprenører.

Når det konkret gjelder 26/11-planen, bestrider BSO at denne hadde en annen status enn de øvrige fremdriftsplanene. Verken ordlyden eller andre tidsnære bevis underbygger en slik forståelse. Som overskrift på planen sto det «under utarbeidelse/prinsipp på fremdriftsplan», noe som klart taler mot at dette var den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. Videre fulgte det av kontrakten punkt 2.7.4 at EK hadde forpliktet seg til å utføre arbeidet i henhold til den til «enhver tid gjeldende fremdriftsplan for prosjektet». Det er derfor feil å se det slik at senere revisjoner av 26/11-planen innebar en forsinkelse som kunne gi grunnlag for fristforlengelse. 26/11-planen var heller ikke fullstendig, ettersom den manglet en rekke aktiviteter i planen. Dette taler klart mot å tillegge planen

den betydning som tingretten har gjort. Det er ikke sannsynliggjort at EK foretok en revidert bemanningsplanlegging og rekalkyle basert på denne versjonen av planen.

5.3 EKs sentrale anførsler

EK slutter seg til tingrettens dom, og anfører at både rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen er korrekt når det gjelder vurderingen av kontraktens fremdriftsforutsetninger.

Fremdriftsplanen er et helt sentralt planleggings- og styringsverktøy i en entreprise, ikke minst i en kontrakt som involverer et stort antall aktører og som krever en utstrakt grad av koordinering. Kontrakten forutsatte at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan som aktørene, inkludert EK, kunne planlegge arbeidene etter, og varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot. En rasjonell fremdriftsplan er særlig viktig for elektro, som gjennomgående ligger på kritisk linje i prosjektet og som er avhengig av at foranliggende fag har ferdigstilt sine arbeider. Det er BSO som totalentreprenør som har hovedansvaret for å få på plass en slik plan, og som har mulighet til å koordinere de ulike aktørene og sikre en god fremdrift innenfor den avsatte byggetiden.

På kontraktstidspunktet hadde EK grunn til å forvente at partene utarbeidet en omforent fremdriftsplan som la til rette for en rasjonell drift, og med en normal produksjonsrekkefølge på elektroarbeidene. Det bestrides ikke at EK har en samordningsplikt som gjør at en ikke kan forvente optimal fremdrift. Det er derimot ikke holdepunkter i kontrakten for at EK skulle tatt høyde for en fremdrift med utstrakt grad av parallelle aktiviteter og med stadige forskyvninger av når elektroarbeidene skulle utføres.

26/11-planen var den «omforente» planen i kontraktens forstand, som EK kunne planlegge produksjonen etter, og varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot. Det er ikke avgjørende at det i overskriften står «under utarbeidelse/prinsipp på fremdriftsplan», noe som for øvrig kun var synlig ved utskriftvisning. At dette var den omforente planen etter kontrakten, underbygges av tidsnære bevis, planens innhold og måten den kom i stand på. Dette var en felles plan hvor aktørenes aktiviteter for alle plan i Hovedbygget og Bygg Nord var lagt inn, med unntak av underetasjene og Gamleskolen. EK hadde ut fra 26/11-planen grunn til å forvente en produksjonsperiode på om lag 46 uker, og med normale avhengigheter og hvor produksjonen gikk sekvensielt, og ikke parallelt.

Dersom ikke 26/11-planen var den omforente planen etter kontrakten, må det i så fall anses som et alvorlig kontraktsbrudd av BSO at en slik plan ikke var på plass før EKs oppstart av elektroarbeidene. Det at det står i kontrakten punkt 2.7.4 at EK skal følge den til enhver tid gjeldende fremdriftsplanen, kan ikke forstås slik at EK måtte finne seg i å stadig skyve på elektroarbeidene uten mulighet til å kreve fristforlengelse. Dette punktet i kontrakten sikter til en arbeidsplikt, og regulerer ikke om EK kan kreve fristforlengelse.

5.4 Lagmannsrettens nærmere vurdering

Lagmannsretten tar som overordnet utgangspunkt at fremdriftsplanen er et sentralt styrings- og planleggingsverktøy i kontraktsgjennomføringen, både for totalentreprenøren og totalunderentreprenøren. Dette gjelder ikke minst i et prosjekt av denne karakter, hvor BSO valgte som kontraktsstrategi å kontrahere et stort antall totalunderentreprenører med gjensidige avhengigheter av hverandre. Dette stiller store krav til koordinering og samordning av aktørene og deres aktiviteter. En omforent og gjennomarbeidet fremdriftsplan er et viktig verktøy for at dette skal løses på en god måte. Lagmannsretten understreker i den forbindelse at hovedansvaret for å få frem en slik fremdriftsplan og koordinere aktørene i prosjektet ligger på totalentreprenøren. I kommentarutgaven til NS 8407 av Nordtvedt mfl. (2020) s. 292 står det følgende om fremdriftsplanens betydning i innledningen til kapittel 21 i standarden (som tilsvarende kapittel 21 i NS 8417):

Regler om fremdrift og samordning er en sentral del av en entrepriseavtale. Gjennom slike regler legges en plan for den tidsmessige utførelsen av arbeidet og samvirket mellom de aktørene som deltar i prosjektet. Ivaretagelse av pliktene som knytter seg til dette, er derfor sentralt for å unngå forsinkelser og øvrige fremdriftsmessige problemer ved utførelsen. Det er et utstrakt samspill mellom regler om utarbeidelse av fremdriftsplan og reglene om varsling ved avvik og, ikke minst, reglene om totalentreprenørens plikt til å samordne sin aktivitet med øvrige aktører i prosjektet for at fremdriftsplanen best mulig skal kunne oppfylles.

Det første spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til når det gjelder fremdriftsforutsetningene i kontraktsforholdet, er hvilke berettigede forventninger EK hadde grunn til å ha om dette ved kontraktsinngåelsen.

På tidspunktet for kontraktsinngåelsen forelå det ingen fremdriftsplan for prosjektet som klargjorde rammen for når elektroarbeidene skulle utføres innenfor den avsatte byggetiden. I fravær av en slik fremdriftsplan, er det spørsmål om hva EK som totalunderentreprenør for elektroarbeidene hadde grunn til å forvente om fremdriften. Slik lagmannsretten ser det, må dette bero på en samlet vurdering av kontraktsdokumentene og beskrivelsen av arbeidenes karakter og omfang. På dette punktet er lagmannsretten enig med tingretten i at EK på kontraktstidspunktet hadde grunn til å forvente at byggeprosjektet hadde en relativt normal fremdrift og koordinering av totalunderentreprenørene. Det var ingen særskilte opplysninger i kontraktsdokumentene som tilsa at man måtte påregne en uvanlig fremdrift i prosjektet, som for eksempel at arbeidene i stor utstrekning måtte utføres parallelt i de ulike byggene. Lagmannsretten kan i all hovedsak slutte seg til tingrettens vurdering og begrunnelse på side 16 i dommen. Tingretten skriver der følgende:

Etter tingrettens syn hadde EK på kontraktstidspunktet en berettiget forventning om at byggeprosjektet – innenfor de 18 måneder som var satt av til selve utførelsen og gitt prosjektets omfang og karakter – hadde en noenlunde normal fremdrift hos

øvrige fag og med normalt god samordning og koordinering av totalunderentreprenørene. Det var tale om et sammensatt prosjekt, med nybygg, rehabilitering, tilbygg og påbygg. Elektroentreprisen fremstår i seg selv som ordinær, men også den sammensatt og omfattende. Både systemene som skulle installeres og avhengighetene til andre fag var normale. Etter rettens syn hadde EK en berettiget forventning om en relativt normal produksjonsrekkefølge på elektroaktiviteter, og det var ikke noe i kontrakten eller kontraktsgrunnlaget som tilsa en unormalt komprimert produksjon for elektroentreprisen.

BSO har anført at tingrettens vurdering av dette er feil, og at tingretten har undervurdert kompleksiteten og omfanget av arbeidene. Det anføres videre at EK ikke hadde noen berettiget grunn til å forvente en «normal» produksjonsrekkefølge, hvor elektroarbeidene kunne planlegges og utføres sekvensielt. BSO anfører at EK ved kontraktsinngåelsen måtte forvente en betydelig grad av tilpasning og fleksibilitet ved utførelsen av elektroarbeidene.

Selv om prosjektet Slemdal skole var et sammensatt prosjekt med ulike bygningstyper og flere «prosjekter i prosjektet», slik BSO har omtalt det, kan ikke lagmannsretten se at elektroentreprisen i seg selv kan betegnes som særskilt kompleks eller utfordrende. Det er heller ikke ført bevis i ankeforhandlingen som kan underbygge noe slikt. Slik lagmannsretten ser det, var det heller ikke noe i kontraktsdokumentene som tilsa at EK måtte påregne noe annet enn en noenlunde normal produksjonsrekkefølge på elektroaktivitetene, eller at det i stor utstrekning måtte forventes at elektroaktivitetene ble utført parallelt, og ikke sekvensielt. Som lagmannsretten kommer til, var det i kontraktsdokumentene forutsatt at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan. Etter lagmannsrettens syn hadde EK rimelig grunn til å forvente at man arbeidet frem en fremdriftsplan hvor de ulike fagområdene med gjensidige avhengigheter av hverandre var koordinert, og hvor det var lagt opp til en normal produksjonsrekkefølge på de sentrale elektroaktivitetene. Dette innebar ikke at EK hadde grunn til å forvente at fremdriftsplanen og utførelsen ble uten endringer eller forskyvninger, men derimot at dette var utgangspunktet for produksjonen som selskapet kunne planlegge etter.

BSO anfører at spørsmålet om hva EK kunne forvente om fremdriften må ses i lys av at det i kontrakten var inntatt en bestemmelse som skjerpet EKs samordningsplikt, sammenlignet med hva som ellers følger av NS 8417 punkt 21.4. Av sistnevnte bestemmelse fremgår det følgende om TUEs samordningsplikt:

TUE har plikt til å samordne sin fremdrift og utførelse med sideentreprenører og øvrige aktører i prosjektet. Disse forpliktelsene gjelder bare innenfor de rammer som er påregnelige etter kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprisenes antall, art og fremdrift.

Som et tillegg til denne bestemmelsen var det i kontrakten punkt 2.7.4 tatt inn følgende:

TUE må regne med at han ikke til enhver tid kan oppnå fullt ut optimal fremdrift og plikter å samordne sin fremdrift med andre aktører i prosjektet.

Lagmannsretten kan ikke se at kontrakten punkt 2.7.4 skjerper samordningsplikten utover det som følger av standarden og rettspraksis, jf. HR-2019-1225-A avsnitt 55. Det er derfor vanskelig å se at bestemmelsen tilsa at EK måtte forvente en større grad av tilpasning og fleksibilitet enn det som er normalt ved en slik elektroentreprise. Lagmannsretten vil samtidig legge til at kontraktsgjennomføringen var organisert ved å kontrahere et stort antall totalunderentreprenører. EK måtte derfor påregne en god del samordning med sideentreprenørene i prosjektet, noe lagmannsretten kommer tilbake til ved drøftelsen av EKs krav om tilleggsvederlag. Den kontraktsstrategien som ble valgt, forutsatte samtidig en betydelig grad av koordinering av underentreprenørene, noe som var BSOs ansvar som totalentreprenør. I denne sammenheng spiller fremdriftsplanen naturligvis en sentral rolle.

Etter lagmannsrettens syn var det videre en forutsetning etter kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan som de ulike totalunderentreprenørene kunne planlegge sine aktiviteter etter. Etter NS 8417 har en slik fremdriftsplan flere rettsvirkninger, og i vår sammenheng er det sentrale at eventuelle avvik og forsinkelser etter denne planen kan gi totalunderentreprenøren rett til å kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering, jf. NS 8417 kapittel 33 og 34. I kontrakten mellom partene er det flere bestemmelser som legger opp til at det skal etableres en omforent fremdriftsplan, og at planen har de rettsvirkninger som er nevnt over. Lagmannsretten viser til NS 8417 punkt 21.2 første ledd som fastslår følgende:

Er ikke annen frist avtalt, skal TUE innen fire uker etter kontraktsinngåelsen utarbeide og fremlegge fremdriftsplan. Fremdriftsplanen skal vise både TUEs ytelser og hvilke av totalentreprenørens ytelser disse er avhengig av. Fremdriftsplanen skal holde seg innenfor de rammer som er angitt i kontrakten, og spesifiseres slik at fremdriften kan kontrolleres av totalentreprenøren.

[...]

Hvis TUE har krav på fristforlengelse, skal fremdriftsplanen justeres tilsvarende

Partene hadde i kontraktens punkt 2.7.4 avtalt følgende tillegg til dette punktet i standarden:

Arbeidet skal skje i samsvar med TEs til enhver tid gjeldende felles fremdriftsplan for prosjektet, inkludert enhver omforent fremdriftsplan mellom TE og byggherren. TUE skal snarest mulig utarbeide fremdriftsplan for sine arbeider innen de rammer TEs fremdriftsplan setter og levere planen til TE for godkjenning.

I kontrakten punkt 2.7.5 var det videre tatt inn et tillegg til standardens punkt 21.3, hvor det fremgikk følgende:

Unnlater TUE å gi varsel om avvik vedrørende fremdrift, kan TE kreve erstatning for det tap eller forsinkelse som kunne vært unngått dersom varsel var gitt.

[...]

Utenfor de tilfeller hvor TE kan kreve intervensjon i medhold av pkt. 21 («vesentlig hindret») kan TE også kreve intervensjon i TUEs arbeid, når TUE er forsinket eller det er klart at TUE vil bli forsinket i forhold til deres felles fremdriftsplan

EK kunne etter disse kontraktsbestemmelsene holdes erstatningsansvarlig ved unnlatelse av å varsle om avvik fra den forutsatte fremdriften. Videre kunne BSO kreve intervensjon i EKs arbeid dersom TUE var forsinket «i forhold til deres felles fremdriftsplan». Det var videre i kontrakten punkt 1.9 om tidsfrister, og i referatet fra avklaringsmøtet punkt 5.5 om dagmulker og punkt 6.2 om leveringsfrister, forutsatt at det skulle utarbeides en «omforent fremdriftsplan» mellom partene. EK tok også forbehold om at det ble utarbeidet en omforent fremdriftsplan i tilbudsbrevet. På denne bakgrunn mener lagmannsretten at EK ved kontraktsinngåelsen hadde en berettiget forventning om at det ble utarbeidet en omforent fremdriftsplan, og at denne hadde de rettsvirkninger som ellers følger av standardens regler.

Som det fremgår av tingrettens dom, har ikke partene fulgt den fremgangsmåten for utarbeidelse av fremdriftsplaner som det legges opp til etter standarden og kontraktens punkt 2.7.4. EK har ikke innlevert en egen fremdriftsplan til BSO, og BSO hadde heller ikke i prosjektets første fase utarbeidet felles fremdriftsplaner som EK kunne planlegge egen fremdrift etter. På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen, slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering av at partene i praksis har blitt enige om en fremgangsmåte hvor man gjennom fremdriftsmøter og innspill fra prosjektaktørene utarbeidet en felles fremdriftsplan for prosjektet. Lagmannsretten er enig med tingretten i at dette fremsto som en naturlig og rasjonell fremgangsmåte, gitt det antallet entreprenører som var involvert.

Spørsmålet er videre om det gjennom denne fremdriftsplanleggingen ble utarbeidet en omforent fremdriftsplan i kontraktens forstand, med de rettsvirkninger som er nevnt over. Som nevnt anfører EK at fremdriftsplanen som ble utarbeidet 26. november 2018, også omtalt som 26/11-planen, var den «omforente» fremdriftsplanen etter kontrakten, som EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot.

Før lagmannsretten går nærmere inn på dette spørsmålet, er det naturlig å behandle en annen sentral anførsel fra BSOs side. Lagmannsretten har forstått det slik at BSO anfører at en omforent fremdriftsplan uansett ikke har de rettsvirkninger som EK påberoper seg, ettersom en slik fremdriftsplan ikke er bindende, men kan endres etter hvert som prosjektet skrider frem. Til støtte for dette synspunktet har BSO vist til Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen), hvor Høyesterett uttaler at fremdriftsplanen ikke er bindende, men

kan endres. Videre anfører BSO at det følger av kontrakten punkt 2.7.4 at EK har forpliktet seg til å følge den til enhver tid gjeldende fremdriftsplan, og det også av denne grunn er feil å se det slik at én bestemt fremdriftsplan utgjør en kontraktsforutsetning med de rettsvirkninger EK påberoper seg.

Lagmannsretten finner det klart at forpliktelsen i kontrakten punkt 2.7.4 om å følge den til enhver tid gjeldende fremdriftsplan må forstås slik at den pålegger EK en arbeidsplikt, og ikke at EK har fraskrevet seg muligheten til å kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering dersom fremdriftsplanen endres med den konsekvens at fremdriften for elektroarbeidene hindres. Noe annet ville innebære en markant uthuling av EKs rettigheter etter NS 8417. Det måtte i så fall vært klart uttrykt i ordlyden i kontrakten om dette var meningen, noe det ikke er. Uttalelsen i Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen) avsnitt 55 om at fremdriftsplanen ikke er bindende og kan endres, kan rimeligvis heller ikke forstås slik at totalentreprenøren står fritt til å endre en omforent fremdriftsplan uten at totalunderentreprenøren kan kreve fristforlengelse eller vederlagsjustering.

Når det gjelder spørsmålet om 26/11-planen er den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, så er det etter lagmannsrettens syn sentralt å se hen til måten denne planen kom i stand på. Det var i liten grad noen felles fremdriftsplanlegging før sommeren 2018. Prosjektaktørene kom derimot i gang med dette tidlig på høsten 2018. Nicolai Laache, som var prosjektleder i EK, redegjorde i ankeforhandlingen for hvordan aktørene i begynnelsen satte opp de sentrale aktivitetene i et system med Post-it-lapper. I følge Laache var dette basert på hva som kom frem i møter, hvor hver aktør ga innspill om egne aktiviteter, herunder lengden av aktivitetene og rekkefølgen. Dette ble så endret fortløpende i fremdriftsplanleggingen etter innspill og samordning. Gjennom dette ble de ulike fagområdene med gjensidige avhengigheter koordinert, og kunne planlegges i forhold til hverandre. Denne planleggingen ble intensivert utover høsten, og det ble avholdt jevnlig fremdriftsmøter gjennom oktober og november 2018, hvor det ble arbeidet videre med en felles fremdriftsplan. Etter hvert ble det utarbeidet en fremdriftsplan i MS Project-format, som ble sendt til alle prosjektaktørene for gjennomgang og innspill. Av referatet fra fremdriftsmøtet 22. oktober 2018 fremgår at det jobbes fortløpende med fremdriftsplanen, og det etterlyses antall dager for to bestemte prosjektaktører. I neste fremdriftsmøte 29. oktober 2018 fremgår det følgende:

Har blitt laget en ny plan som vi har gjennomgått i dag, og denne blir sendt med møtereferatet så alle kan gå igjennom og komme med tilbakemeldinger.

Av referat fra det påfølgende fremdriftsmøtet 5. november 2018, fremgår at ingen av prosjektaktørene hadde kommentarer til denne planen. Det fremgår av endringsmelding 14, som EK sendte til BSO 9. november 2018, at det var jobbet mye med fremdriftsplanleggingen, og at selskapet på dette tidspunktet var bekymret for avsatt tid til egne aktiviteter. Det ble videre bedt om at man fikk på plass «omforente revisjoner» av

fremdriftsplanen. I fremdriftsmøtet 26. november 2018, fremgikk det så at: «Ny fremdriftsplan er laget, gås gjennom etter møtet». Samme dag sendte BSO denne planen til alle aktørene, og omtalte den som en «oppdatert fremdriftsplan».

Slik lagmannsretten vurderer bevisførselen, ledet det intensiverte arbeidet med fremdriftsplanleggingen høsten 2018 frem til utarbeidelsen av 26/11-planen, som var revisjon nr. 9 av fremdriftsplanen i prosjektet. I de etterfølgende fremdriftsmøtene i desember 2018 er det ingen merknader eller kommentarer til denne planen. Nicolai Laache fra EK forklarte at han oppfattet 26/11-planen som en omforent eller felles fremdriftsplan, som var startskuddet for at EK kunne begynne detaljplanleggingen av elektroarbeidene. Han fremhevet i sin forklaring at alle de sentrale aktivitetene i elektroarbeidene var lagt inn i 26/11-planen, med unntak for underetasjene og Gamleskolen. For sistnevnte bygg var det satt inn tidspunkt for oppstart og avslutning. Det var i 26/11-planen lagt opp til at elektroaktivitetene skulle utføres sekvensielt, hvor produksjonen beveget seg fra etasje til etasje, og fra bygg til bygg. Eksempelvis var det for Hovedbygget del 2 satt opp i planen at arbeidet med hovedføringsveier skulle starte i første etasje 25. februar 2019, deretter for andre etasje 5. mars, og for tredje etasje 18. mars. Tilsvarende gjaldt for de andre byggene, og med påfølgende avsatt tid til de andre hovedaktivitetene for elektro. Den avsatte tiden og fremdriften var samordnet med foranliggende fagområder, som elektro var avhengig av.

Prosjektleder Bjørn Vesteng fra BSO og anleggsleder Tom Erik Lillegård ga derimot i forklaringene i ankeforhandlingen uttrykk for at 26/11-planen ikke kunne anses som en omforent fremdriftsplan, og mente at den ikke hadde annen status enn de senere revisjonene. De underbygget dette ved å vise til at det ikke var lagt inn aktiviteter i underetasjene i Hovedbygget og Bygg Nord, samt at det fortsatt ikke var satt inn aktiviteter for Gamleskolen. De mente derfor det hadde formodningen mot seg at dette var en omforent plan som aktørene kunne legge til grunn for detaljplanleggingen. Lagmannsretten oppfattet Lillegård slik at han mente fremdriftsplanen først begynte å bli landet på et tidspunkt sent på våren 2019. Vesteng var derimot mer uklar på når han mente det forelå en omforent fremdriftsplan.

Lagmannsretten har i likhet med tingretten kommet til at 26/11-planen må anses som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. Dette underbygges av måten planen ble til på. Som det fremgår av det som er gjennomgått over, var 26/11-planen resultatet av et omfattende og intensivt arbeid med fremdriftsplanleggingen gjennom høsten 2018, og som involverte alle relevante prosjektaktørene. Det ble i fremdriftsmøtene satt klare frister for tilbakemeldinger til denne fremdriftsplanen. At det ikke ble arbeidet videre med fremdriftsplanen i de nærmeste møtene etter at 26/11-planen var utarbeidet og sendt ut til aktørene i prosjektet, trekker i samme retning. Dette underbygges også av at denne planen hadde lagt inn de sentrale aktivitetene for alle prosjektaktørene i plan 1-3 i Hovedbygget og Bygg Nord, samt angitt tid for oppstart og avslutning for elektroarbeidene i Gamleskolen.

BSO har anført at det forhold at det i overskriften på 26/11-planen sto «under utarbeidelse/prinsipp på fremdriftsplan» taler mot å se dette som en omforent fremdriftsplan etter kontrakten. BSO har videre anført at det forhold at 26/11-planen ikke hadde lagt inn aktiviteter i underetasjene eller for Gamleskolen, underbygger det samme. Det ble i ankeforhandlingen også pekt på at det i punkt 5.5 i referatet fra avklaringsmøtet står at den omforente fremdriftsplanen skal «signeres», og at 26/11-planen aldri er signert.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. For det første kan ikke lagmannsretten se at det er grunn til å legge særlig vekt på hva som sto i overskriften på 26/11-planen, slik BSO har anført. Det er ingen holdepunkter for at partene har tillagt angivelsen i overskriften noen betydning, og det er så vidt lagmannsretten kan forstå heller ingen av de senere revisjonene av fremdriftsplanene som i overskriften er omtalt som «omforent» eller «felles» fremdriftsplan. Som lagmannsretten har nevnt, var det likevel en klar og gjennomgående forutsetning etter kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan. Den teksten BSO viser til, fremkom for øvrig kun ved utskriftsvisning, eller dersom planen ble skrevet ut i et pdf-format. Lagmannsretten legger til at det også er tidsnære bevis som underbygger at EK oppfattet 26/11-planen som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. I endringsmelding 15 revisjon 1 28. januar 2019, varslet EK om forsinket underlag for prosjekteringen og henviser i den forbindelse til at produksjonsprosessen følger den «omforente hovedfremdriftsplanen». I endringsmelding 16. april 2019 omtaler EK ved prosjektleder Nicolai Laache 26/11-planen som «omforent hovedfremdriftsplan av 26.11.2018». Laache forklarte også i ankeforhandlingen at den bemanningsplanen som ble utarbeidet 28. november 2018 var basert på 26/11-planen, noe som underbygger at prosjektorganisasjonen i EK la til grunn at denne planen hadde en slik status i prosjektet. Det fremgår også av de tidsnære bevisene i saken at BSO i månedsrapporten til UBF fra januar 2019 omtaler 26/11-planen som «ny fremdriftsplan» i prosjektet, og at en har valgt å bruke denne «nye fremdriftsplanen» for videre rapportering av fremdriftsfronten.

Lagmannsretten kan ellers slutte seg til det tingretten skriver om innholdet av 26/11-planen, og betydningen dette har for om planen må anses som den omforente planen etter kontrakten. Tingretten skriver følgende på side 21:

Det var altså tale om en relativt detaljert plan for de mest sentrale og arbeidskrevende delene av prosjektet – og en plan som etter sitt innhold kunne fungere som et planleggings- og styringsverktøy. Etter rettens syn gir planen også uttrykk for en fremdrift som er samsvarende med det EK på kontraktstidspunktet kunne forvente. Den legger i stor grad opp til at EKs aktiviteter kan skje sekvensielt (i motsetning til parallelt), noe som etter rettens vurdering er det normale i en slik entreprise, og med en fornuftig og realistisk tidsramme. Aktiviteter fra alle relevante prosjektaktører var tatt med, etter samordning i en rekke møter.

Når det gjelder det forhold at 26/11-planen ikke hadde lagt inn aktiviteter i underetasjene i Hovedbygget og Bygg Nord, eller noen aktiviteter i Gamleskolen, kan ikke lagmannsretten se at dette er en avgjørende innvending. Underetasjene besto primært av tekniske rom, og prosjektleder Nicolai Laache i EK forklarte at det var normalt at dette ble planlagt særskilt, fordi disse rommene ikke lå på samme kritiske linje som de øvrige hovedaktivitetene for elektro. Lagmannsretten legger dette til grunn, og tilføyer samtidig at de tekniske rommene i underetasjene ble lagt inn i den senere revisjonen av fremdriftsplanen 25. mars 2019. For disse arbeidene er det denne planen som må anses som den omforente planen i kontraktens forstand, som EK har rett til å varsle om avvik og forsinkelser mot.

Lagmannsretten er videre enig med tingretten i at det er et poeng at 26/11-planen la opp til oppstart av hovedaktivitetene i elektroentreprenene rett over nyttår 2019, og at planen ble sendt ut til prosjektaktørene som en «oppdatert fremdriftsplan» og gjennomgått i fremdriftsmøter uten at det kom innvendinger. Det er vanskelig å se hva som skulle være meningen med å sende ut en så vidt detaljert plan hvor hovedaktivitetene var forutsatt igangsatt kort tid etter, om det ikke var for at prosjektaktørene skulle kunne innrette seg og planlegge arbeidsutførelsen og bemanningen etter denne. På dette tidspunktet var man også kommet så langt ut i den avsatte byggetiden (7-8 måneder), at EK måtte ha en berettiget forventning om å få avklart når og hvor foranliggende fagområder var ferdig med sine aktiviteter, slik at elektroarbeidene kunne detaljplanlegges. Som nevnt over, bekreftet prosjektleder Laache i sin forklaring i ankeforhandlingen, at EK oppfattet 26/11-planen som «startskuddet» for detaljplanleggingen.

Som tidligere nevnt, var det etter lagmannsrettens syn en klar forutsetning i kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan. BSO har bestridt at 26/11-planen var en slik omforent plan, men har ikke på en konsistent måte argumentert for hva som ellers skulle utgjøre den omforente fremdriftsplanen i kontrakten som aktørene kunne planlegge etter, og varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot. Prosjektaktørene måtte på et eller annet tidspunkt kunne innrette seg, og begynne detaljplanleggingen. Lagmannsretten er på dette punktet enig med EK i at dersom ikke 26/11-planen var en slik plan, er det nærliggende å se det slik at det utgjør et kontraktsbrudd fra BSOs side som ansvarlig for koordineringen av prosjektet, å ikke sørge for at en slik fremdriftsplan kom på plass før årsskiftet 2019. Lagmannsretten konkluderer imidlertid med at 26/11-planen, så langt den gjelder, må anses som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten i samsvar med EKs prinsipale anførsel.

26/11-planen ble grundig gjennomgått i ankeforhandlingen. Det fremgår av planen at det var forutsatt oppstart for elektroarbeidene i uke 2 i januar 2019, med produksjonsslutt 15. november 2019. Dette innebærer en produksjonsperiode på om lag 46 uker. I perioden etter dette og frem til overlevering 24. april 2020 er det avsatt tid til slutfasen / sluttkontroll og tverrfaglig systemtesting.

I likhet med tingretten, vil også lagmannsretten understreke at dette ikke innebærer at ethvert avvik fra disse fremdriftsplanene innebær et avvik eller en forsinkelse som ga EK rett på fristforlengelse eller vederlagsjustering. Som lagmannsretten kommer tilbake til, følger det av den tålegrensen som ligger i samordningsplikten etter NS 8417 punkt 21.4 og kontrakten punkt 2.7.4 at EK måtte finne seg i visse forskyvninger i fremdriften. Lagmannsrettens vurdering av at 26/11-planen utgjør den omforente og felles fremdriftsplanen etter kontrakten, medfører derimot at det er denne planen EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot, og som kravene om fristforlengelse og tilleggsvederlag i utgangspunktet skal vurderes mot, med unntak for de tekniske rommene, hvor det er fremdriftsplanen 25. mars 2019 som gjelder.

6. EKs krav om tilleggsvederlag for kostnader til forsering og plunder og heft

6.1 Innledning – EKs krav

For tingretten fremsatte EK krav om kroner 5 164 504 i tilleggsvederlag for forseringskostnader, og kroner 5 868 600 i tilleggsvederlag for plunder og heft. Tingretten ga i all hovedsak EK medhold, men utmålte et noe lavere beløp enn det EK krevde. EK ble tilkjent kroner 4 844 815 i tilleggsvederlag for forseringskostnader, og kroner 5 516 040 i tilleggsvederlag for plunder og heft. EK har ikke påanket tingrettens avgjørelse på disse punktene, og EKs krav for lagmannsretten tilsvarer det som ble tilkjent av tingretten. BSO har bestridt at det er grunnlag for tilleggsvederlag, og har påanket dommen i sin helhet.

Som det fremgår av tingrettens dom, er tilleggskravene fordelt på ulike perioder. Lagmannsretten kommer tilbake til kravene for de ulike periodene i drøftelsen nedenfor.

I likhet med tingretten, finner lagmannsretten at det er hensiktsmessig å behandle tilleggskravene for forsering og plunder og heft samlet. Selv om det er tale om to ulike krav, har de begge sammenheng med forseringssituasjonen. Før det går nærmere inn på anførselene og behandlingen av kravene, finner lagmannsretten grunn til å knytte noen merknader til den faktiske bakgrunnen for kravene, jf. punkt 6.2 nedenfor.

6.2 Bakgrunnen for EKs krav om tilleggsvederlag

Som nevnt i drøftelsen av fremdriftsforutsetningene i kontrakten, legger lagmannsretten til grunn at EK, basert på den omforente 26/11-planen, utarbeidet en bemanningsplan for prosjektet og en revidert kalkyle for prosjektet (også omtalt som revisjon 1.3). Prosjektleder Nicolai Laache og prosjektkoordinator Anders Dahl forklarte seg om dette i ankeforhandlingen, og både bemanningsplanen og den reviderte kalkylen ble gjennomgått. Det fremgikk av disse dokumentene at EK la opp til å bruke drøyt 17 000 montørtimer på prosjektet. Videre fremgår det at EK la opp til å benytte 11 montører på det meste, med et tyngdepunkt i produksjonen frem mot sommeren 2019. Vitnene Laache og Dahl forklarte

at de planla bemanningen med Laache som prosjektleder, og med to operative baser med hver sine montørlag. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i premissene nedenfor.

Det er på det rene at det var helt begrenset med aktivitet på byggeplassen fra EKs side i 2018. I endringsmelding 14 fra 9. november 2018 ble det første gang varslet om bekymring for fremdriften fra EK. I endringsmelding 15 fra 12. november 2018 ble det varslet om forsinkelser i tegningsunderlaget fra rørlegger og ventilasjon, og at dette medførte at EKs prosjektering ble forsinket. Fra begynnelsen av 2019 økte EKs aktivitet på byggeplassen, og det fremgår av timesoversiktene at EK hadde registrert totalt 2513 og 3078 timer i henholdsvis første og andre kvartal.

Det ble samtidig tidlig klart at 26/11-planen ikke ble fulgt, og det kom etter hvert svært mange revisjoner av fremdriftsplanen. Etter hva lagmannsretten har forstått, ble fremdriftsplanen revidert totalt 43 ganger. Utover våren 2019 meldte EK flere ganger fra om bekymring for fremdriften. I endringsmelding 14 revisjon 1 fra 4. april 2019 fremsatte EK krav om fristforlengelse. Det ble avholdt møte mellom partene om dette i april 2019, men BSO innvilget ikke fristutsettelse. I endringsmelding 14 revisjon 2 fra 16. april 2019, varslet EK på nytt om avvik fra fremdriften i 26/11-planen. EK pekte på at de ikke hadde kunnet sette på det mannskapet som var forutsatt, og at mannskapet som arbeidet på byggeplassen utførte arbeidet ineffektivt på grunn av forsinkelser hos foranliggende fag. Det ble vedlagt et anslag over fremtidige kostnader til forsering med kroner 3 051 360. Kravene ble avvist av BSO i brev 10. mai 2019.

Etter dette engasjerte EK advokat, og i brev 14. mai 2019 varslet EK krav om 3,5 måneder fristforlengelse basert på 26/11-planen. Vedlagt brevet lå det 24 såkalte varsler om fremdriftsavvik (fremdriftsvarsler 1-24), med bilder og beskrivelser av hvor det konkret var forsinkelser som EK mente BSO var ansvarlig for, og hvordan dette påvirket elektroaktivitetene. EK krevde at fristen for mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. mars 2020, og at fristen for overtakelse ble forlenget til 30. juni 2020, etter fire måneder slutfase. I brevet ble det angitt at dersom det ikke ble gitt fristforlengelse, kunne forsinkelsene i fremdriften eventuelt hentes inn gjennom forseringstiltak. Forseringskostnadene ble anslått til kroner 6 219 240. Det ble også varslet om fremtidig krav grunnet plunder og heft, samt varslet om at det allerede hadde påløpt slike ekstrakostnader fra uke 2 i 2019.

I e-post fra BSO til EK 24. mai 2019, ble det innvilget fristutsettelse for mekanisk ferdigstilling til 23. februar 2020. Fristen for overtakelse ble fastholdt til 24. april 2020. I brev av 28. mai 2019 avviste BSO krav om fristforlengelse utover dette, og mente at forsering var uaktuelt. BSO avviste også at det var grunnlag for plunder og heft-krav, og påpekte at dette heller ikke hadde blitt varslet tidligere.

Det ble frem mot sommeren 2019 fremsatt flere krav om fristforlengelse fra EKs side, basert på det selskapet mente var nye avvik og forsinkelser opp mot 26/11-planen. På dette tidspunktet var det også funnet asbest i Gamleskolen, noe som medførte at man ikke fikk tilkomst der. I endringsmelding 26 fra 9. juli 2019, varslet EK om fristforlengelse grunnet dette, i utgangspunktet så lenge asbestsaneringen pågikk. Det ble i e-post 11. juli 2019 fremlagt en rekke nye fremdriftsvarsler i form av bilder og beskrivelser, som viste eksempler på det EK mente var forsinkelser mot 26/11-planen, hovedsakelig fordi foranliggende fagområder ikke var ferdig (fremdriftsvarsler nr. 25-39). Det ble også varslet om ytterligere forsinkelser og behov for forseringstiltak.

I brev 2. september 2019, sendte EK et nytt varsel om fristforlengelse og forsering, herunder ble det varslet om fremtidige kostnader til plunder og heft. EK krevde i dette brevet fristforlengelse med 4,5 måneder sammenlignet med 26/11-planen, slik at mekanisk ferdigstilling ble 1. april 2020 og overlevering 1. august 2020. EK redegjorde samtidig for at man ville sette i gang omfattende forseringstiltak for å overholde kontraktens frister, med mindre BSO innvilget fristforlengelse i tråd med hva som var krevet. Det ble også fremsatt krav om dekning av kostnader grunnet forlenget kontrakts- og produksjonsperiode. Forseringskostnadene ble anslått til kroner 4 069 000, og fremtidige kostnader til plunder og heft ble anslått til kroner 1 678 500.

Disse kravene fra EK ble avslått av BSO, noe som fremgår av et brev BSO sendte 8. oktober 2019. For tingretten oppsto det i denne forbindelse en preklusjonsproblematikk. Saken står imidlertid i en litt annen stilling for lagmannsretten på dette punktet, noe lagmannsretten kommer tilbake til i premissene.

Utover høsten 2019 varslet EK om ytterligere forsinkelser i prosjektgjennomføringen, uten at lagmannsretten finner det nødvendig å gå nærmere inn på disse.

I brev 26. oktober 2019 fremsatte EK krav om dekning av forseringskostnader og kostnader grunnet plunder og heft for uke 33 til uke 41 i 2019. Det ble vedlagt en forseringsrapport, hvor det var laget ukentlige beskrivelser av forseringsutfordringer og problemer med plunder og heft. Det ble senere sendt varsel og krav for de øvrige periodene som ankesaken gjelder. I disse brevene er det på samme måte vedlagt forseringsrapporter utarbeidet av EK. Det ble også varslet om ytterligere forsinkelser etter de reviderte fremdriftsplanene, som EK mente ga grunnlag for nye fristforlengelser.

I brev 18. og 29. november 2019 ga BSO uttrykk for at man var åpen for å diskutere en kompensasjon for rigg- og driftskostnader knyttet til forskjøvet byggetid, samt forseringskostnader for Gamleskolen. EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft for øvrig ble avvist. Da det ikke ble enighet mellom partene, tok EK som tidligere nevnt ut stevning 29. januar 2020.

Lagmannsretten bemerker at det også etter tidspunktet for stevning har vært korrespondanse mellom partene om de samme temaene som nevnt over, noe lagmannsretten kommer tilbake til i premissene nedenfor.

6.3 BSOs sentrale anførsler

Generelt

Tingrettens dom er basert på uriktig rettsanvendelse og bevisbedømmelse, og BSO gjør gjeldende at det ikke er grunnlag for å tilkjenne EK tilleggsvederlag for verken forseringskostnader eller plunder og heft.

Forseringskostnadene

EK har ikke hatt et berettiget krav på fristforlengelse, og i alle fall ikke utover den fristforlengelsen som ble gitt for mekanisk ferdigstillelse til 23. februar 2020. BSO har derfor ikke avslått et berettiget krav på fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.8, og EK har ikke krav på tilleggsvederlag. Det er heller ikke gitt pålegg om forsering etter NS 8417 punkt 31.2. Det er grunnleggende feil når EK vurderer kravet på fristforlengelse mot en foreløpig og ufullstendig fremdriftsplan. Hvorvidt EK hadde krav på fristforlengelse og tilleggsvederlag, må bero på en nærmere vurdering av hva selskapet hadde grunn til å forvente ut fra kontrakten, og arbeidenes kompleksitet og omfang. Videre må det tas hensyn til EKs samordningsplikt, som var skjerpet i denne kontrakten. Basert på en slik tilnærming, måtte EK forvente utstrakt grad av tilpasning og fleksibilitet ved utførelsen av elektroarbeidene. Fremdriftshindringene og det høye timeforbruket skyldes feilvurderinger og manglende erfaring fra EKs side.

Det er uansett ikke grunnlag for å dekke forseringskostnader etter punkt 33.8, da forseringskostnadene som ble varslet og anslått før EK iverksatte forsering oversteg et eventuelt dagmulktsskrav tillagt 30 %. Øvrige vilkår for å få dekket forseringskostnader er heller ikke oppfylt. EK har ikke konkret påvist hvordan fremdriften har vært hindret som følge av forhold BSO hevdes å ha risikoen for. EK har heller ikke sannsynliggjort at disse ekstrakostnadene ikke ville ha oppstått dersom de forsinkelsene som BSO hevdes å være ansvarlig for tenkes borte, jf. HAB-dommen.

Det er ikke grunnlag for preklusjon av BSOs innsigelser til EKs krav om fristforlengelse og forsering, slik tingretten feilaktig har lagt til grunn basert på NS 8417 punkt 33.7. BSO har avslått kravet om fristforlengelse og forsering, og EK har ikke skriftlig varslet at BSO har svart for sent, jf. NS 8417 punkt 5.

Det er også feil ved måten EK har beregnet sitt krav på. Det er gjennomgående sammenlignet planlagte timeverk med utførte timeverk, uten at det er knyttet til samme arbeidsoperasjon, noe som gir feil resultat. Det er også sett bort fra at EKs omfattende timebruk skyldes feilkalkuleringer, kontraktsstridig bruk av innleie og manglende erfaring

med skolebygg. Tingrettens dom innebærer i realiteten at EK har fått arbeidene gjort opp på regning i strid med kontraktens fastprismodell. Det er EK som har effektivitetsrisikoen.

Det er også utmålt tilleggsvederlag for ekstrakostnader i strid med kontraktens regler. Kontraktens timepriser for montører inkluderer allerede kostnader til administrasjon og arbeidsledelse. Da kan man ikke benytte timeprisene ved utmålingen av vederlag for forseringskostnader og i tillegg legge på utgifter til administrasjon og arbeidsledelse. Merkostnad ved innleie kan uansett ikke kreves, da EK etter kontrakten måtte stille med 35 % ekstra kapasitet og derfor selv burde hatt disse mannskapsressursene tilgjengelig.

Det er ikke grunnlag for preklusjon av BSOs innsigelser for noen del av kravet om tilleggsvederlag for forsering.

Plunder og heft:

Vilkårene for å tilkjenne tilleggsvederlag for plunder og heft er ikke oppfylt, jf. NS 8417 punkt 34.1.3, jf. 34.1.2. EKs krav oppfyller ikke tottrinnskravet til årsakssammenheng som gjelder for et slikt krav, og som er nærmere presisert i HAB-dommen. EK må for det første sannsynliggjøre at det foreligger forstyrrelser og nedsatt produktivitet på annet arbeid som følge av forhold BSO svarer for, og samtidig konkret påvise hvilke konsekvenser dette har hatt for EKs arbeid. For det andre må det sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse konsekvensene og EKs merkostnader, noe som ikke er tilfellet dersom merkostnadene ville oppstått uansett. Det er etter BSOs syn mer sannsynlig at årsaken til eventuelt merforbruk av timer og plunder og heft skyldes EKs egne forhold, så som svikt ved planleggingen, underbemanning, uerfarenhet med skolebygg i Oslo og ineffektivitet på grunn av kontraktsstridig innleie.

Ved utmålingen av kravet på plunder og heft har EK lagt til grunn en «ovenfra og ned» tilnærming, som er i strid med HAB-dommen. Kravet kan derfor uansett ikke legges til grunn. Det er heller ikke varslet om krav om plunder og heft i tråd med kontraktens regler.

Det er ikke grunnlag for preklusjon av BSOs innsigelser for noen del av EKs krav om tilleggsvederlag for plunder og heft, og tingretten har feiltolket standardens regler når den har konkludert slik for perioden fra uke 2 til uke 41 i 2019. Tingretten har også oversett at BSO allerede hadde avvist kravene.

Kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft fra uke 2 til uke 33 i 2019 er det ikke grunnlag for. Dette kravet er heller ikke varslet i henhold til kontraktens regler, jf. punkt 34.1.3, og må anses prekludert. BSO har varslet om dette.

6.4 EKs sentrale anførsler

Generelt

EK gjør gjeldende at tingrettens dom er korrekt på alle punkter, både når det gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Tingretten har utmålt et noe lavere beløp enn det EK krevde i tilleggsvederlag, men EK har valgt å ikke påanke dette.

Forseringskostnader

26/11-planen var den omforente planen i kontraktens forstand som EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot. Det er dokumentert at det gjennom 2019 oppsto vesentlige forsinkelser i den forutsatte fremdriften, og at årsaken var at foranliggende fag som elektro var avhengig av, ikke var ferdige til planlagt tid. Dette skyldes svikt og forsinkelser ved BSOs ytelser som totalentreprenør, jf. NS 8417 punkt 33.1. EKs planlagte aktiviteter ble derfor vesentlig forskjøvet, og produksjonstiden ble ekstremt komprimert, sammenlignet med hva som fulgte av 26/11-planen. Dette medførte at det vesentligste av elektroarbeidene måtte utføres ved parallelle aktiviteter. I tillegg ble det ofte nødvendig med tilbakeganger og ineffektiv drift for det mannskapet som var i gang. I stedet for å holde på 26/11-planen, og hente inn forsinkelsene gjennom bedre koordinering av de øvrige aktørene, ble det utarbeidet stadig nye revisjoner, med mer komprimert tid for elektro.

Det er sannsynliggjort at det per august/september 2019 forelå forsinkelser som ga EK krav på fristforlengelse med 4,5 måneder målt mot 26/11-planen, det vil si til 1. april 2020 for mekanisk ferdigstilling og til 1. august 2020 for sluttfristen. EK hadde krav på fristforlengelse i tråd med de forsinkelsene som forelå, jf. NS 8417 punkt 33.1. Prinsipalt anføres at BSO har avslått EKs berettigede krav på fristforlengelse, og at vilkårene for å igangsette defensiv forsering etter NS 8417 punkt 33.8 var oppfylt. Forlengelsen av fristen for mekanisk ferdigstilling til 23. februar 2020 kompenserte ikke for forsinkelsene.

Forholdsmessighetskravet i punkt 33.8 er oppfylt. De forseringskostnadene som ble varslet oversteg ikke dagmultskravet tillagt 30 %, gitt riktig beregningsmåte. Det faktum at de endelige forseringskostnadene ble høyere enn dagmultskravet tillagt 30 %, har ingen betydning for om EK kan kreve hele beløpet, da bestemmelsen ikke er av preklusiv karakter.

Subsidiært må BSOs fastholdelse av kontraktens frister forstås som et pålegg om forsering etter NS 8417 punkt 31.2, og da gjelder ikke et forholdsmessighetskrav.

Forseringskostnadene er forankret i de krav til årsakssammenheng som følger av HAB-dommen. Det er dokumentert at det forelå en forsinkelse som følge av forhold BSO har risikoen for, og at forseringstiltakene var nødvendige for å hente inn forsinkelsen. EK har varslet forseringskostnadene i tråd med kontraktens regler for alle perioder det kreves tilleggsvederlag. Det er kun krevd erstatning for de ekstra kostnadene dette har medført, og EK ville ikke hatt disse kostnadene dersom man hadde fulgt den omforente

fremdriftsplanen av 26/11. Ekstrakostnadene skyldes vesentlig kortere tid til produksjon, stor grad av parallelle aktiviteter og behov for mer mannskap, administrasjon og overtid. Forsinkelsene som BSO er ansvarlig for ligger langt utenfor den tålegrensen for fremdriftsforstyrrelser som følger av samordningsplikten.

Tingrettens utmåling av kravet på forseringskostnader er korrekt. Kontraktens timepriser dekker ikke ekstra administrative ressurser som knytter seg til en ekstrem forseringssituasjon, men er myntet på den mer ordinære arbeidsledelsen ved påregnelige endringsarbeider. Ekstra kostnader til innleie må kunne dekkes, da dette er forårsaket av svikt ved BSOs ytelser som totalentreprenør. Det er ikke slik at EK måtte ha stående en ekstra kapasitet på 35 %, slik BSO hevder. Det bestrides at det er svikt og feil fra EKs side som er årsaken til økt timeforbruk.

Plunder og heft

EK har krav på tilleggsvederlag for økte utgifter for plunder og heft med grunnlag i NS 8417 punkt 34.1.3. EK har i samtlige perioder det kreves tilleggsvederlag for blitt utsatt for forstyrrelser og hindringer på grunn av forhold BSO har ansvaret for som totalentreprenør. Dette gjelder både for perioden fra uke 2 til 33 i 2019, og i forseringsperioden fra uke 33. I førstnevnte periode var det stadige tilbakeganger, opp- og nedrigging og ad-hoc produksjon på grunn av at foranliggende fag ikke var ferdige i henhold til den omforente fremdriftsplanen. Dette er konkret dokumentert i fremdriftsvarslene fra 14. mai 2019. I forseringsperioden fra uke 33 i 2019 og til uke 12 i 2020, var det den ekstreme forseringen som medførte økt grad av parallellitet, tilbakeganger og økt tidsbruk i forbindelse med å sette innleid mannskap inn i prosjektet.

Kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft oppfyller kravet til årsakssammenheng slik det følger av HAB-dommen. Det er for det første dokumentert forsinkelser og avvik fra den forutsatte fremdriften, og at dette skyldes forsinkelser hos foranliggende fag og mangelfullt prosjekteringsunderlag, som BSO har risikoen for. Det er også sannsynliggjort hvilke konsekvenser dette fikk for arbeidsoperasjonene til elektro, jf. HAB-dommen. Dette er grundig dokumentert gjennom forseringsrapportene. For perioden fra uke 2 til uke 33 i 2019 er dette dokumentert gjennom fremdriftsvarslene. Det er videre sannsynliggjort årsakssammenheng mellom disse forstyrrelsene, og EKs merkostnader. Merkostnadene ville ikke oppstått uten de forsinkelsene og avvikene som BSO har risikoen for.

EKs metode for utmåling av kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft er ikke i strid med HAB-dommen, og det er ikke anvendt en «ovenfra og ned» metode, slik BSO hevder, men derimot en inntjent verdi-analyse. Det er ikke tilbudskalkylen som danner utgangspunktet for tapsberegningen, men den reviderte kalkylen og bemanningsplanen som ble laget etter at 26/11-planen var på plass. EK har løpende målt hvor stor prosentandel av kontraktsarbeidet som er utført, og ut fra dette beregnet «inntjent» timeverk. Dette er så sammenholdt med faktisk forbrukte timeverk, som gjennomgående

ligger langt høyere. Denne differansen utgjør i utgangspunktet produktivitetstapet i den aktuelle perioden. I tillegg har prosjektledelsen og basene gjort en konkret vurdering av den ineffektive driften i hver uke, samt gjort et skjønnsmessig fradrag for forhold EK har risikoen for.

Produktivitetstapet kommer til uttrykk i et timeantall. Etter EKs syn er det riktig å anvende kontraktens timepriser for regningsarbeider.

Det bestrides at det er forhold på EKs side som har forårsaket den ineffektive driften. Dette skyldes verken feilvurderinger eller manglende erfaring med skolebygg. Den omforente 26/11-planen var grundig og gjennomarbeidet, og ikke urealistisk. Dersom foranliggende fag, som BSO er ansvarlig for, hadde fulgt denne planen, ville EK klart å gjennomføre planen og brukt de montørtimer som følger av bemanningsplanen og den reviderte kalkylen. EK er enig i at innleie medfører at arbeidet utføres mindre effektivt, men dette skyldes forhold BSO er ansvarlig for.

For perioden fra uke 2 til 33 i 2019 anføres at BSOs innsigelser er prekludert, jf. NS 8417 punkt 33.7. Dette ble det også varslet om i brev av 26. oktober 2019.

6.5 Lagmannsrettens vurdering

6.5.1 Innledning

Tingretten har behandlet kravene om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft i punkt 7 i dommen 25. januar 2021. Lagmannsretten vil i all hovedsak følge samme struktur som tingretten ved behandlingen av EKs krav, om enn med noen tilpasninger.

Tingretten kom til at BSOs innsigelser mot EKs krav om fristforlengelse i brevet 2. september 2019 var prekludert, jf. dommen punkt 7.5.5. Denne anførselen er ikke opprettholdt av EK, og lagmannsretten vil derfor ta stilling til realiteten i kravet om fristforlengelse, og om BSO har avslått et berettiget krav om fristforlengelse, jf. NS 8417 punkt 33.8.

Tingretten kom også til at BSOs innsigelser til EKs krav om tilleggsvederlag for plunder og heft og forseringskostnader fra uke 2 til og med uke 41 i 2019 var prekludert, jf. dommen punkt 7.5.5.2 til og med 7.5.7. EK har for lagmannsretten kun opprettholdt anførselen om preklusjon når det gjelder kravet på tilleggsvederlag for plunder og heft fra uke 2 til 32 i 2019, og ikke kravet om forseringskostnader for uke 33 til 41. I tråd med hvordan dette har vært lagt opp av partene, behandles plunder og heft-kravet for perioden fra uke 2 til 32 i 2019 særskilt og etter de øvrige periodene.

6.5.2 Overordnet om kontraktens risikofordeling

I likhet med tingretten, finner lagmannsretten grunn til å knytte noen innledende merknader til risikofordelingen i kontrakten, ettersom dette er et viktig bakteppe for behandlingen av EKs tilleggskrav.

Den kontrakten partene inngikk, var en funksjonskontrakt med fastpris. Det innebærer at EK påtok seg prosjekterings- og utførelsesrisikoen for elektroarbeidene, og følgelig risikoen for at arbeidene ble levert til kontraktsmessig kvalitet og innen kontraktens frister. EK kunne derfor ikke kreve tillegg i vederlaget dersom arbeidet viste seg å være mer utfordrende eller tidkrevende enn det selskapet forutsatte ved kontraktsinngåelsen, jf. funksjonsfordelingsprinsippet. Den andre siden av denne funksjonsfordelingen, er at EK råder over egen fremdrift, utførelsen og produksjonsopplegget. Gjennom gode valg for utførelsen og ved et grundig arbeid med detaljplanleggingen og samordningen med de øvrige aktørene i prosjektet, hadde EK mulighet til å redusere tidsbruken på de ulike aktivitetene og få et rasjonelt og lønnsomt driftsopplegg.

Etter kontrakten hadde BSO på sin side som totalentreprenør ansvaret for å stille til rådighet det arbeidsgrunnlaget som EK skulle bygge på, herunder andres arbeid på bygget eller anlegget. BSO hadde risikoen for at dette var slik EK hadde grunn til å regne med, jf. NS 8417 punkt 22.3. Som totalentreprenør hadde BSO det overordnede koordineringsansvaret for de andre totalunderentreprenørene i prosjektet, og det var BSO som satt med det kontraktsrettslige verktøyet for å få dette gjennomført på en god måte. Forsinkelser eller avvik som skyldes mangelfull koordinering fra BSOs side, eller forsømmelser av BSOs plikt til å stille til rådighet det arbeidsgrunnlaget EK skulle bygge på, lå utenfor den risikoen EK hadde påtatt seg i kontrakten.

Lagmannsretten har i punkt 5 ovenfor konkludert med at det var en forutsetning i kontrakten at det skulle utarbeides en omforent fremdriftsplan som prosjektaktørene kunne planlegge og samordne sin arbeidsutførelse etter. Lagmannsretten konkluderte også med at 26/11-planen, så langt den gjelder, må anses som den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten. Etter lagmannsrettens syn, innebar dette at EK måtte kunne ta utgangspunkt i 26/11-planen ved detaljplanleggingen, og at selskapet hadde rett til å varsle eventuelle avvik og forsinkelser mot denne. Som tidligere nevnt, betyr ikke det at enhver forsinkelse og avvik fra planen kunne gi EK krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering. For det første forutsatte dette at det var tale om avvik og forsinkelser som BSO hadde ansvaret for, for eksempel at foranliggende fagområder som EK var avhengig av for å utføre planlagte elektroaktiviteter var forsinket med sine arbeidere. For det andre er det klart at EK etter kontrakten hadde en samordningsplikt, og i dette ligger det også at selskapet ved planleggingen og kalkuleringen av arbeidene ved Slemdal skole måtte ta høyde for at det kunne inntre visse forskyvninger i den fremdriften som fulgte av en omforent plan. Forsinkelser som ikke gikk utover denne «tålegrensen», var etter kontrakten EKs risiko.

Som nevnt har BSO med utgangspunkt i kontrakten punkt 2.7.4 anført at det i tillegg gjaldt en skjerpet samordningsplikt, og derfor at EK måtte påregne flere fremdriftsutfordringer og forskyvninger enn normalt. Lagmannsretten mener det ikke var grunnlag for dette, og viser til drøftelsen i punkt 5 ovenfor. Her ble det også lagt til grunn at EK på kontraktstidspunktet hadde grunn til å forvente at byggeprosjektet hadde en noenlunde normal fremdrift, og med en normalt god samordning og koordinering av totalunderentreprenørene. Dette må derfor også legges til grunn som utgangspunkter for lagmannsrettens nærmere vurdering av EKs krav på tilleggsvederlag. Lagmannsretten vil likevel påpeke at den er enig med tingretten i at det store antallet sideordnede totalunderentreprenører i prosjektet, og det faktum at elektroarbeidene hadde gjennomgående avhengigheter både i forkant og etterkant, taler for at EK måtte påregne en del utfordringer med fremdriften og samordningen. Samtidig måtte EK også kunne forvente at den grundige felles fremdriftsplanleggingen i prosjektet gjennom høsten 2018, og som endte i den omforente 26/11-planen, ville redusere en del av disse utfordringene.

6.5.3 Forsering og plunder og heft – overordnede rettslige utgangspunkter

Før lagmannsretten går inn på den konkrete vurderingen av EKs krav, er det også grunn til å knytte noen overordnede merknader til de sentrale kontraktsbestemmelsene kravene knytter seg til, samt til de krav til bevis for årsakssammenheng som følger av rettspraksis.

Både forseringskravet og kravet om plunder og heft springer ut av det EK hevder var en situasjon med vesentlige forsinkelser som BSO hadde risikoen for, og som ifølge EK ga rett på fristforlengelse. En sentral bestemmelse i saken er derfor NS 8417 punkt 33.1, som gjelder totalunderentreprenørens krav på fristforlengelse som følge av totalentreprenørens forhold. Det følger av denne bestemmelsen at:

TUE har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av:

- a) endringer, jf. punkt 31 og 32, eller
- b) forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23 og 24 eller
- c) andre forhold totalentreprenøren har risikoen for.

Det følger videre av punkt 33.4 at den som vil kreve fristforlengelse på grunn av forhold som nevnt, skal varsle den andre parten om dette «uten ugrunnet opphold», selv om han ennå ikke kan fremsette et spesifisert krav. Videre fremgår det av punkt 33.5 at fristforlengelsen skal svare til den virkning på fremdriften som forholdene i punkt 33.1 har forårsaket. I punkt 33.6 er det fastsatt at parten, så snart han har grunnlag for å beregne omfanget, skal angi det antall dager han krever som fristforlengelse. Sentralt i vår sak står i tillegg bestemmelsen i punkt 33.8, som gjelder totalunderentreprenørens rett til å sette i verk forsering ved et uberettiget avslag på krav om fristforlengelse. Bestemmelsen lyder slik:

Hvis totalentreprenøren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan TUE velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre.

TUE har ikke en slik valgrett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Dersom vilkårene i punkt 33.8 er oppfylt, kan totalunderentreprenøren i utgangspunktet kreve forseringskostnadene dekket etter kontraktens regler om vederlagsjustering, jf. kapittel 34.

Når det gjelder kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft, så springer som nevnt også dette kravet ut fra de forsinkelsene EK hevder oppsto, og som selskapet mener skyldes forhold BSO har risikoen for. Det kontraktsrettslige grunnlaget for et krav om plunder og heft følger av reglene i NS 8417 kapittel 34 om vederlagsjustering. Etter punkt 34.1.3 annet ledd, som gjelder særskilt varsel om økte utgifter til rigg og drift mv., fremgår det at

TUE kan også kreve særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter på grunn av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i punkt 34.1.1 og 34.1.2.

Av de nevnte bestemmelsene er det punkt 34.1.2 som er relevant i vår sak. Av denne bestemmelsen følger det at TUE har krav på justering av vederlaget som følge av

[...] forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller som følge av andre forhold totalentreprenøren har risikoen for.

Det fremgår videre av punkt 34.1.3 at dersom totalunderentreprenøren vil kreve vederlagsjustering på grunn av kostnader til plunder og heft, «må han varsle totalentreprenøren særskilt uten ugrunnet opphold etter at han blir eller burde blitt klar over at utgifter ville påløpe». Dersom varslingsplikten ikke overholdes, tapes etter omstendighetene retten til å påberope seg slike utgifter som grunnlag for vederlagsjustering.

Både for forseringskrav og krav om plunder og heft, må totalunderentreprenøren sannsynliggjøre at det er årsakssammenheng mellom svikt, forsinkelser eller andre forhold totalentreprenøren har risikoen for etter kontrakten, og de merkostnader som totalunderentreprenøren er påført og krever dekket. Dette beviskravet følger av ordlyden i de kontraktsbestemmelsene om vederlagsjustering som lagmannsretten har gjennomgått over. Begge parter har under ankeforhandlingen i tillegg viet mye tid til hva som fremgår om beviskravene for årsakssammenheng i avgjørelsen i HR-2019-1225-A (HAB-dommen). For BSOs del, er dette knyttet til at de anfører at EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft ikke oppfyller de krav til bevis for

årsakssammenheng som følger av dommen. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn grunn til å knytte noen overordnede merknader til HAB-dommen.

Saken gjaldt krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft i en utførelsesentreprise om vegbygging, hvor kontrakten var basert på NS 3430. Det sentrale spørsmålet var hvilke krav som måtte stilles til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold og entreprenørens merkostnader. Både BSO og EK har lagt til grunn at de samme kravene må gjelde i kontraktsforholdet mellom en totalentreprenør og en totalunderentreprenør, og lagmannsretten er enig i dette.

Når det gjaldt plunder og heft-krav, understreket Høyesterett at bevis for årsakssammenheng må fastlegges i to trinn. Disse ble beskrevet slik i avsnitt 66:

(66) Først skal det bevises at det foreligger forstyrrelser eller ineffektiv drift som følge av byggherrens forhold. Dette omfatter å føre bevis for at det har inntrådt forhold under arbeidet som er byggherrens risiko, hvilke arbeidsoperasjoner disse har påvirket, i hvilke perioder det har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet som dette har medført for entreprenøren. Når det er ført sannsynlighetsbevis for konsekvensene, må det deretter sannsynliggjøres en årsakssammenheng mellom disse og entreprenørens merutgifter.

I forlengelsen av dette viser Høyesterett til at det er entreprenøren som har bevisbyrden, og understreker samtidig i avsnitt 74 at:

[...] Men dersom entreprenøren har lagt frem vektige bevis, vil bevisføringsbyrden skifte over til byggherren, og den kan veksle frem og tilbake mellom partene, avhengige av hvor mange og hvor sterke bevis som til enhver tid er ført.

Høyesterett fremhever etter dette hvordan det i praksis kan være vanskelig å sannsynliggjøre hvilke kostnader entreprenørene ville hatt dersom byggherreforholdene tenkes borte. I avsnitt 78-80 understreker Høyesterett at det likevel ikke er noe godt alternativ å basere vurderingen av plunder og heft-krav på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkyle, ettersom dette ikke tar høyde for mulige svakheter ved entreprenørens kalkyle eller ineffektivitet ved entreprenørens utførelse. Høyesterett utelukker samtidig ikke at generelle erfaringstall eller andre generelle metoder kan være tjenlige som bevis, men påpeker at dette særlig gjelder der slike bevis kommer inn som supplement til «konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet». Høyesterett oppsummerer dette slik i avsnitt 82-83:

(82) På bakgrunn av det jeg nå har sagt, er mitt syn at entreprenøren som utgangspunkt ikke kan basere bevisførselen alene på generelle og overordnede tilnærminger. Kravet må underbygges kvalitativt og kvantitativt etter de linjer jeg har redegjort for. At dette ikke nødvendigvis er mulig å gjøre fullt ut, betyr med andre ord ikke at det helt kan unnlates.

(83) Utgangspunktet må altså være at skadelidte – entreprenøren – skal påvise konkret arbeidsoperasjoner som ble påvirket av byggherreforholdene og beregne de merkostnader dette har medført

Høyesterett trekker i den forbindelse også frem betydningen av begivenhetsnære bevis. Videre understrekes at beviskravene ikke kan strekkes så langt at det i praksis blir urimelig tyngende å bevise at det har påløpt slike kostnader. Dette understrekes slik i avsnitt 86-87:

(86) Men etter mitt syn kan det ikke generelt kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av hvert enkelt byggherreforhold må påvises. Kravene til bevis må ta høyde for at det kan være vanskelig eller umulig å knytte alle merutgiftene til enkelte byggherreforhold. Beviskravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for plunder og heft. Ved plunder og heft står dessuten, som jeg har vært inne på, ofte den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet i forgrunnen.

(87) Den endelige utmålingen av tilleggsvederlaget vil følgelig i noen grad måtte bygge på et skjønn. Når bevisførselen knyttes opp til de to trinnene i årsakssammenheng som jeg har redegjort for, vil imidlertid rommet for skjønn bli snevret inn. Utmålingen av tilleggsvederlaget kan da i større grad forankres i det faktum som finnes bevist.

Hva gjaldt selve saken, kom Høyesterett til at lagmannsretten hadde basert sin utmåling av kravet på plunder og heft på en samlet skjønnsmessig vurdering, som langt på vei var frikoblet fra de konkrete krav til bevis for årsakssammenheng som er gjennomgått over. Dommen ble derfor opphevet.

Som nevnt gjaldt dommen i tillegg krav om dekning av forseringskostnader. Høyesterett viste til at det også for slike krav gjaldt nærmere krav til bevisene for årsakssammenheng mellom byggherrens forhold, og merutgiftene for entreprenøren. Av særlig relevans for vår sak, nevnes den uttalelsen om kravet til årsakssammenheng i juridisk teori, som Høyesterett sluttet seg til (avsnitt 104). Lagmannsretten gjengir dette avsnittet i dommen:

(104) Det er to vilkår for at entreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse. Det ene vilkåret er at fremdriften er blitt hindret, og det andre at dette kan henføres til byggherrens forhold. Begge vilkår må være oppfylt. Det må være årsakssammenheng mellom fremdriftshindringen og at den har sin årsak i forhold som byggherren har risikoen for. Det sentrale er at fremdriften påvirkes, i den forstand at det må foreligge et hinder for fremdriften. Det kan skje flere forskyvninger av operasjoner i et byggeprosjekt uten at fremdriften hindres slik at muligheten for å nå den avtalte fristen påvirkes.

Også på dette punktet kom Høyesterett til at lagmannsretten hadde begått feil, ved at den ikke hadde gått konkret inn på hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader entreprenøren ville hatt ved å ta igjen forsinkelsene, jf. avsnitt 108.

Lagmannsretten vil komme nærmere tilbake til anvendelsen av beviskravene for årsakssammenheng som følger av HAB-dommen ved behandlingen av EKs krav for de enkelte periodene.

6.5.4 Om EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse, jf. NS 8417 punkt 33.8

Som det er redegjort for ovenfor, krevde EK både før og etter sommeren 2019 fristforlengelse, og varslet samtidig om at det ville iverksettes forseringstiltak dersom dette ikke ble innvilget. I brev 2. september 2019 krevde EK fristforlengelse med 4,5 måneder sammenlignet med kontraktens frister, slik at mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og fristen for overlevering ble forlenget til 1. august 2020. For lagmannsretten er det ikke omtvistet at BSO avsto dette kravet, blant annet gjennom fastholdelse av kontraktens frister i påfølgende fremdriftsmøter. For lagmannsretten er det ikke anført at BSOs innsigelser mot kravet om fristforlengelse og forsering er prekludert, slik tingretten la til grunn.

Det første spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til er om BSO ved dette avsto et «berettiget krav på fristforlengelse», slik at EK kunne velge å anse dette som et pålegg om forsering, jf. NS 8417 punkt 33.8 første setning. Dette er EKs prinsipale anførsel når det gjelder forseringskravet i saken. Forutsatt at BSO avsto et berettiget krav på fristforlengelse, blir det neste spørsmålet om EK likevel var forhindret fra å sette i verk forsering, på grunn av at de anslåtte kostnadene til dette oversteg kostnadene ved et dagmulktkrav tillagt 30 %, jf. forholdsmessighetskravet i punkt 33.8 andre setning.

Ved vurderingen av om BSO avsto et berettiget krav om fristforlengelse, tar lagmannsretten utgangspunkt i den tidligere konklusjonen om at 26/11-planen utgjorde den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, som EK kunne varsle avvik og forsinkelser mot. Som tidligere nevnt, forutsatte denne planen oppstart for elektroarbeidene i uke 2 i 2019, med produksjonsslutt 15. november 2019. Dette medførte en produksjonsperiode på om lag 46 uker. I perioden etter dette og frem til overlevering 24. april 2020, hadde planen avsatt tid til slutfase, med blant annet kontroller og tverrfaglig systemtesting.

Ettersom vurderingen av om det forelå et berettiget krav på fristforlengelse er knyttet til EKs krav i brevet 2. september 2019, er det etter lagmannsrettens syn situasjonen slik den var på dette tidspunktet som er avgjørende. For sammenhengens skyld vil lagmannsretten likevel knytte noen merknader til perioden før dette, det vil si første halvår 2019.

Lagmannsretten anser det sannsynliggjort at det tidlig i første halvdel av 2019 oppsto betydelige forsinkelser i den fremdriften som var forutsatt i 26/11-planen. I all hovedsak besto dette av at foranliggende fag, som EKs elektroaktiviteter var avhengig av, ikke hadde ferdigstilt sine arbeider. I tillegg manglet det på noen områder prosjekteringsunderlag, noe EK varslet om. Den praktiske konsekvensen av disse forsinkelsene var at EK, om enn med

noen unntak, ikke fikk kommet i gang med hovedaktivitetene, og at disse ble vesentlig forsinket i tid. Lagmannsretten legger i denne forbindelse til grunn at hovedaktivitetene i EKs elektroarbeid var følgende:

- 1) legging av hovedføringsveier (montering av kabelbroer, kanaler, sjakter)
- 2) kursopplegg (kabling og merking)
- 3) komplettering (montasje og tilkobling av utstyr)
- 4) sluttkontroll og systemtesting (sluttfasen)

Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at disse aktivitetene lå på kritisk linje i prosjektet, noe som innebærer at aktivitetene var avhengige av hverandre og hang sammen, slik at forsinkelser på en av aktivitetene hindret fremdriften i elektroentreprisen som sådan.

At det forelå forsinkelser allerede tidlig i første halvdel av 2019, er blant annet dokumentert gjennom 24 fremdriftsmeldinger EK oversendte BSO 14. mai 2019 (fremdriftsvarsler 1-24). Disse meldingene, som totalt utgjorde om lag 80 sider, inneholdt bilder og beskrivelser av det EK mente var forsinkelser målt mot fremdriften i 26/11-planen. For eksempel var det i fremdriftsmelding 4 vist til at oppstart komplettering i Hovedbyggets del 1 var forutsatt igangsatt 11. februar 2019 i 26/11-planen, men at man per 14. mai 2019 fortsatt ikke hadde kunnet starte på grunn av forsinkelser hos foranliggende fag og manglende prosjekteringsunderlag. Tilsvarende forsinkelser er dokumentert i de øvrige fremdriftsvarslene. Disse forsinkelsene i de foranliggende fagområdene til elektroentreprisen ble ikke håndtert ved at BSO påla forsering eller lignende tiltak for de andre underentreprenørene som EKs arbeidsoperasjoner var avhengig av. Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at dette i stedet ble håndtert ved at BSO forskjøv EKs aktiviteter tilsvarende forsinkelsene i de senere revisjonene av fremdriftsplanen, uten at det ble gitt fristforlengelse. For eksempel fremgikk det av fremdriftsvarsel 6 at det i 26/11-planen var lagt opp til at hovedføringsveiene i Hovedbygget del 1, plan 3, skulle starte 15. mars 2019. Oppstarten ble imidlertid forskjøvet til 1. april 2019 i revisjon 14 av fremdriftsplanen, deretter til 26. april i revisjon 18 og så til 6. mai i revisjon 19 av fremdriftsplanen. Per 14. mai 2019 hadde imidlertid EK fortsatt ikke fått mulighet til å starte med hovedføringsveiene for kabelbroene, da foranliggende fag ikke var ferdig, og det manglet prosjekteringsunderlag. Denne forsinkelsen, og andre lignende forsinkelser, er grundig dokumentert gjennom beskrivelser og bilder i de nevnte fremdriftsmeldingene fra 14. mai 2019. BSO har ikke i ankeforhandlingen imøtegått de forsinkelsene som er dokumentert gjennom disse fremdriftsmeldingene.

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at det oppsto nye betydelige forsinkelser frem mot sommeren 2019. Dette er blant annet dokumentert gjennom en rekke fremdriftsmeldinger utarbeidet av EK 5. juli 2019, som ble oversendt BSO i forbindelse med at EK krevde ytterligere fristforlengelse før sommeren. Lagmannsretten slutter seg her

til den oppsummeringen av forsinkelsene som tingretten la til grunn forelå per 5. juli 2019. Tingretten oppsummerer dette slik (på s. 39):

I forbindelse med det som skulle bli revisjon 31 (datert 9. juli 2019) av fremdriftsplanen ble det avholdt en rekke møter om fremdrift i juni og juli 2019. EK gjennomførte 5. juli 2019 en ny gjennomgang av byggeplassen, og innga en rekke nye varsler om fremdriftsavvik. Varslene, sammenholdt med den reviderte fremdriftsplanen, dokumenterer slik retten ser det ytterligere forsinkelser i prosjektet per 5. juli 2019, bl.a.:

- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til Gamleskolen. Dette var i perioden Gamleskolen undergikk asbestsanering.
- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten hovedføringsveier i noen av etasjene i Hovedbyggets del 2, fordi forangående fag ikke var ferdige.
- EK hadde ikke fått tilkomst til å påbegynne hovedføringsveier i noen av etasjene i Hovedbyggets del 4, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 23. mai 2019.
- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten komplettering i noen av etasjene i Hovedbyggets del 1, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 11. februar 2019.
- EK hadde fortsatt ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten komplettering i noen av etasjene i Hovedbyggets del 3, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 23. april 2019.
- EK hadde ikke fått tilkomst til å påbegynne aktiviteten hovedføringsveier i noen av etasjene i Bygg Nord, fordi forangående fag ikke var ferdige. I 26/11-planen var oppstart av denne aktiviteten (i første etasje) planlagt til 14. juni 2019

I revisjon 31 av fremdriftsplanen 9. juli 2019 ble det lagt opp til at en rekke av EKs hovedaktiviteter ble flyttet til andre siden av sommerferien. Dette gjaldt bl.a.:

- Komplettering i alle bygg og etasjer
- Hovedføringsveier, kursopplegg, komplettering i Hovedbyggets del 2 og 4, samt Bygg Nord
- Alle aktiviteter i Gamlebygget
- Alle tekniske rom
- Slutfase/systemtesting

For flere av aktivitetene forelå det følgelig forsinkelser på opp mot 6 måneder, om man sammenholder det som følger av revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019 med 26/11-planen. For Gamleskolen var oppstart for elektroarbeidene, som følge av funn av asbest, forskjøvet fra opprinnelig 2. februar 2019 til 17. oktober 2019. Dette innebar en forsinkelse på drøyt 8 måneder.

I tillegg finner lagmannsretten det sannsynliggjort at det tilkom ytterligere forsinkelser over sommeren, slik at det i tillegg ble forsinkelser målt mot flere av de oppstartstidspunkter som fulgte av revisjon 31 av fremdriftsplanen 9. juli 2019. Det vises i

denne forbindelse til EKs fremdriftsmeldinger 14. og 22. august 2019, hvor det gjennom bilder og beskrivelser er dokumentert forsinkelser målt mot denne planen. Også for disse forsinkelsene fremgår det at hovedutfordringen er at foranliggende fagområder ikke har ferdigstilt sine arbeider, slik at EK ikke fikk den tilkomst som var nødvendig.

Som nevnt er spørsmålet om BSO har avslått et berettiget krav på fristforlengelse knyttet til EKs krav i brevet 2. september 2019. I dette brevet krevde EK fristforlengelse med 4,5 måneder, slik at mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og overlevering til 1. august 2020. På dette tidspunktet var det revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019 som anga fremdriften. Sammenholder man denne versjonen med 26/11-planen, fremgår det at det for en stor del av EKs hovedaktiviteter forelå vesentlige forsinkelser i oppstartstidspunktet, herunder opp mot 6 måneder for enkelte aktiviteter. Eksempelvis var det for Hovedbygget del 2 en forsinkelse på 6 måneder for oppstart av hovedføringsveier. Tilsvarende var det for Hovedbygget del 1 om lag 6 måneder forsinkelse for hovedaktiviteten komplettering. For Bygg Nord var det forsinkelser på om lag 4 måneder. For Gamleskolen var forsinkelsene som nevnt større, som følge av funnet av asbest.

Lagmannsretten anser at det er solid underbygget i sakens beviser at det forelå vesentlige forsinkelser som i stor grad hindret EKs forutsatte fremdrift da kravet om fristforlengelse ble fremsatt av EK i brevet 2. september 2019. Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at det i alle fall forelå forsinkelser av det omfang som lå til grunn for EKs krav om fristforlengelse, dvs. med 4,5 måneder. Selv om man vurderer situasjonen på dette tidspunktet mot revisjon 19 av fremdriftsplanen fra 25. mars 2019, forelå det vesentlige forsinkelser. Som tidligere nevnt kom de tekniske rommene i bygningene først på plass i denne fremdriftsplanen. I henhold til fremdriftsplanen fra 25. mars 2019 skulle elektroarbeidet med de tekniske rommene ha oppstart 22. mai 2019, men dette ble også forskjøvet med flere måneder i senere revisjoner av fremdriftsplanen. På et overordnet nivå, er det grunn til å fremheve at det etter 26/11-planen var lagt opp til en produksjonsperiode på 46 uker for elektroarbeidene. Etter revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019, var hovedtyngden i elektroarbeidet forskjøvet på en måte som innebar at den sentrale produksjonsperioden var tilnærmet halvert.

Lagmannsretten har forstått det slik at BSO anfører at et eventuelt krav EK måtte ha på fristforlengelse uansett ble kompensert gjennom den fristforlengelsen for mekanisk ferdigstilling som ble innvilget 24. mai 2019. Fristen for mekanisk ferdigstilling ble da forlenget til 23. februar 2020. Lagmannsretten er ikke enig i dette. For det første ble ikke fristen for overlevering utsatt tilsvarende, noe som i så fall innebar at slutfasen ble forkortet, med den konsekvens at det arbeidet som var forutsatt utført i denne perioden måtte gjøres innenfor fristen for mekanisk ferdigstilling. For det andre tilkom det ytterligere forsinkelser frem mot sommeren. Dette følger også av de forskyvninger som ble gjort i revisjon 31 av fremdriftsplanen fra 9. juli 2019. For det tredje tilkom det som nevnt ytterligere forsinkelser etter sommeren, og frem mot EKs krav 2. september 2019.

For at EKs krav om fristforlengelse i brevet 2. september 2019 kan anses berettiget, må også årsaken til de forsinkelsene lagmannsretten har konkludert med ovenfor, skyldes forsinkelse eller svikt ved BSOs ytelser som totalentreprenør, eller andre forhold som BSO har risikoen for, jf. NS 8417 punkt 33.1 b og c. Det kan på dette punktet også vises til HAB-dommen avsnitt 104, hvor det er vist til juridisk teori, som uttaler følgende om vilkårene for fristforlengelse:

Det er to vilkår for at entreprenøren skal kunne kreve fristforlengelse. Det ene vilkåret er at fremdriften har blitt hindret, og det andre at dette kan henføres til byggherrens forhold. Begge vilkår må være oppfylt. Det må være årsakssammenheng mellom fremdriftshindringen og at den har sin årsak i forhold som byggherren har risikoen for. [...]

BSO bestrider at det forelå et berettiget grunnlag for fristforlengelse da EK krevde dette 2. september 2019. BSOs hovedinnvending er at det ikke forelå en avvikende fremdrift, utover det EK var forpliktet til å akseptere etter kontrakten og samordningsplikten. Lagmannsretten oppfatter det slik at BSO også anfører at hindringer i fremdriften uansett ikke skyldes forhold BSO hadde risikoen for.

Som det fremgår av lagmannsrettens tidligere drøftelser, legger lagmannsretten til grunn at 26/11-planen var den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, og at EK derfor hadde grunn til å forvente en fremdrift som i all hovedsak var i tråd med denne. Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at den helt dominerende årsaken til forsinkelsene og fremdriftshindringene for EKs elektroarbeider skyldes forhold som BSO bærer risikoen for. Gjennom en rekke fremdriftsmeldinger med beskrivelser og bilder, samt annen korrespondanse, har EK dokumentert hvordan forsinkelser og manglende ferdigstilling fra foranliggende fag, forsinket deres planlagte hovedaktiviteter. Det dreide seg om forsinkede tømmerarbeider, malingsarbeider og arbeider med gulv og himling, herunder sjakter. Det er også dokumentert fremdriftsutfordringer som skyldes manglende prosjekteringsunderlag. Det var BSOs ansvar og risiko etter kontrakten å sørge for at det fysiske arbeidsgrunnlaget som var nødvendig for EKs elektroarbeider, var på plass, herunder å sørge for at foranliggende fag hadde ferdigstilt sjakter, gulv, himlinger, malingsarbeider osv. Lagmannsretten kan ikke se at det er bevismessig dekning for at forsinkelsene i fremdriften skyldes ineffektivitet eller andre forhold som EK hadde risikoen for etter kontrakten.

På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen, sitter lagmannsretten igjen med det inntrykk at BSOs overordnede fremdriftsstyring og koordinering har vært utilstrekkelig, herunder at det har skortet på den stedlige byggeplassledelsen. Dette inntrykket underbygges av sluttrapporten av 24. februar 2021, som er utarbeidet av Advansia AS til UBF. Advansia AS var kontrahert som UBFs byggeledelse i prosjektet. I rapporten fremheves det at mangler ved fremdriftsstyringen fra BSOs side anses som hovedårsak til forsinkelsene på 4-5 måneder i prosjektet. Det nevnes at det var store avvik mellom

fremdriftsplanene og faktisk fremdrift på byggeplassen, og videre er det flere innvendinger til BSOs stedlige byggeplassledelse. Om dette står det blant annet følgende:

Prosjektet har vært preget av at BSO ikke har produsert prosjektilpassede og til enhver tid oppdaterte planer (fremdrift, slutfase, RTB), og byggeledelsens påstand er at BSO ikke har hatt tilstrekkelige ressurser og nødvendige kompetansen til å produsere gode planer og sørge for at planlagt fremdrift blir fulgt.

BSO hadde flere innvendinger til rapporten. Lagmannsretten viser til at Per Aurtande fra Advansia forklarte seg om rapporten i ankeforhandlingen, og at han fastholdt de hovedkonklusjoner som er gjengitt over. Også vitneforklaringen fra Sven Windhager, som er ansatt som bas i EK, underbygget de forholdene som er beskrevet i rapporten. Han forklarte at det i store perioder var så vanskelig å holde oversikt over fremdriftsfronten, og hvor det var tilkomst, at han måtte starte arbeidsdagen med å gå runder på byggeplassen for å få oversikt over hvor det var klart for EKs aktiviteter.

På denne bakgrunn legger lagmannsretten til grunn at EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse i samsvar med det selskapet krevde i brevet 2. september 2019, det vil si 4,5 måneder. Dette innebærer at EK i utgangspunktet hadde krav på at fristen for mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og at fristen for overtakelse ble forlenget tilsvarende til 1. august 2020. Lagmannsretten legger samtidig til at forsinkelsene og fremdriftshindringene i dette tilfellet gikk langt utover den tålegrensen som følger av den samordningsplikten EK har etter kontrakten.

Før lagmannsretten går over til å drøfte om EKs forseringskrav ligger innenfor det forholdsmessighetskravet som fremgår av punkt 33.8, er det grunn til å knytte noen merknader til en annen av BSOs innvendinger til kravet om fristforlengelse. BSO har fremhevet at kravet om fristforlengelse i brevet 2. september 2019 gjelder perioden fra og med uke 33, det vil si fra 12. august. BSO anfører at det ikke foreligger noe avslag på et krav om fristforlengelse for perioden fra 12. august og frem til 2. september 2019, og som går utover den fristforlengelsen som ble innvilget av BSO i brevet 24. mai 2019. I følge BSO foreligger det derfor uansett ikke et «avslag» på et krav om fristforlengelse som kunne gi EK rett til å forsere før 2. september 2019. Som tidligere nevnt er det derimot enighet mellom partene om at kravet om fristforlengelse for perioden etter 2. september 2019 må anses avslått fra BSOs side gjennom fastholdelsen av kontraktens frister i de etterfølgende fremdriftsmøtene.

Lagmannsretten viser til at EK fremsatte et formelt krav om fristforlengelse i e-post 4. juli 2019. Dette var i utgangspunktet knyttet til forsinkelsene som følge av funn av asbest i Gamleskolen. Lagmannsretten mener likevel det er naturlig å forstå e-posten 4. juli, og den etterfølgende e-posten 11. juli 2019, slik at EK krevde fristforlengelse også for de øvrige delene av bygget, utover den fristforlengelsen som allerede var gitt. Det vises i denne sammenheng til at det i EKs e-post 11. juli 2019 var vedlagt en rekke fremdriftsmeldinger

som varslet om ytterligere forsinkelser målt mot 26/11-planen. BSOs opprettholdelse av fristen for overlevering i det senere fremdriftsmøtet 22. juli 2019 og i de reviderte fremdriftsplanene, må etter lagmannsrettens syn anses som et avslag på dette kravet, jf. NS 8417 punkt 33.8.

6.5.5 Om EKs forseringskrav ligger innenfor forholdsmessighetskravet i punkt 33.8

I brevet 2. september 2019 varslet EK om at det var iverksatt forseringstiltak fra uke 33, og anslo samtidig forseringskostnadene frem til og med uke 12 i 2020 til kroner 4 069 000 (eks. mva.). I samme varsel ble det også anslått fremtidige kostnader til plunder og heft i forseringsperioden på kroner 1 678 500 (eks. mva.).

BSO anfører at EKs eget anslag over forseringskostnadene viser at selskapet ikke hadde rett til å velge å iverksette forsering. Som nevnt følger det av NS 8417 punkt 33.8 at totalunderentreprenøren ikke har rett til å velge å iverksette forsering dersom:

[...] vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %.

BSO og EK er uenige om flere sider av tolkningen av denne begrensningen i retten til å iverksette forsering. Partene er for det første uenige om hvordan man skal beregne de to økonomiske størrelsene som skal sammenlignes etter bestemmelsen, det vil si det antatte vederlaget for forseringen og dagmulktkravet. BSO anfører at dagmulktkravet skal beregnes ved å ta utgangspunkt i kontraktssummen eks. mva., og tillegge 30 %. Ut fra dette regner BSO seg frem til et maksimalt dagmulktkrav på kroner 3 245 562 ($24\,965\,864/10 \times 1,3$). Videre anfører BSO at anslaget over vederlaget for forseringen må inkludere både de anslåtte forseringskostnadene og det plunder og heft-kravet som ble varslet av EK. BSO legger på denne bakgrunn til grunn at det anslåtte vederlaget for forseringen samlet var kroner 5 747 500. Ettersom dette beløpet klart oversteg dagmulktkravet, mener BSO at EK ikke hadde rett til å forsere, og uansett at et eventuelt forseringskrav er begrenset til dagmulktkravet.

EK mener derimot at dagmulktkravet må beregnes ut fra kontraktssummen inkl. mva. Etter EKs beregning blir dermed det maksimale dagmulktkravet kroner 4 056 952 ($31\,207\,330/10 \times 1,3$). Videre anfører EK at det ikke er grunnlag for å medregne det varslede plunder og heft-kravet, slik BSO gjør. Som nevnt over var de anslåtte forseringskostnadene i varslet kroner 4 069 000. Etter EKs beregningsmåte, blir dermed de anslåtte forseringskostnadene tilnærmet likt dagmulktkravet (differanse på kroner 12 048).

Lagmannsretten er enig i EK tolkning. Etter bestemmelsen om dagmulktens størrelse i NS 8417 punkt 40.3 beregnes denne med utgangspunkt i «kontraktssummen». Etter punkt 1.6 defineres kontraktssummen som «det opprinnelige avtalte vederlaget for TUEs oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift». Etter lagmannsrettens syn er det derfor riktig å ta med merverdiavgift ved beregningen av dagmulktkravet. I kontrakten er

kontraktssummen inkludert merverdiavgift kroner 31 207 330. Dette gir et beløp på kroner 4 056 952 ($31\,207\,330/10 \times 1,3$), som er i samsvar med EKs regnestykke. Lagmannsretten legger til grunn at det ikke kan ha noen betydning for retten til å forsure at det anslåtte forseringskravet, gitt denne beregningsmåten, ligger marginalt høyere enn dagmulktkravet (om lag 12 000 kroner).

Lagmannsretten er derimot i tvil om det varslede plunder og heft-kravet skal trekkes inn i det anslåtte forseringsvederlaget som dagmulktkravet skal sammenlignes med.

Lagmannsretten er ikke kjent med rettspraksis eller juridisk teori som behandler spørsmålet. Ordlyden i punkt 33.8 tilsier isolert at det er kostnadene ved selve forseringen som er det relevante sammenligningsgrunnlaget, jf. «vederlaget for forseringen». Ordlyden utelukker likevel ikke at kostnader til plunder og heft som anslås av totalunderentreprenøren også må tas med i beregningen. Formålet med bestemmelsen kan også trekke i denne retning, ettersom det sentrale for totalentreprenøren må sies å være de samlede økonomiske virkningene ved at det igangsettes en forsering på hans regning. Selv om det i praksis nok er en sammenheng mellom forsering og kostnader i form av plunder og heft, slik for så vidt EKs eget varsel illustrerer, er det likevel ikke en nødvendig sammenheng. Det er to ulike krav i kontraktens forstand, som bygger på ulikt faktisk og rettslig grunnlag. Et krav om dekning av kostnader for plunder og heft må også varsles særskilt til totalentreprenøren, jf. NS 8417 punkt 34.1.3.

Lagmannsretten er som nevnt i noe tvil, men har kommet til at de beste grunner taler for at anslåtte kostnader til plunder og heft ikke skal trekkes inn i beregningen av vederlaget for forseringen etter punkt 33.8. I tillegg til det som allerede er nevnt, viser lagmannsretten til avgjørelsen i Rt-1999-878, hvor Høyesterett i tilknytning til tolkningen av den dagjeldende forholdsmessighetsbegrensningen i NS 3430 punkt 17.6 fremhevet at bestemmelsen «er en regel som tilgodeser entreprenøren i en situasjon der byggherren begår kontraktsbrudd ved å avslå krav på fristforlengelse. Dette må få betydning for tolkingen». Lagmannsretten forstår dette slik at Høyesterett la til grunn at en eventuell tolkningstvil om bestemmelsens rekkevidde må gå i favør av entreprenøren, som er satt i en vanskelig situasjon ved å ha fått avslått et berettiget krav om fristforlengelse. Slik lagmannsretten ser det, vil også en tolkning av punkt 33.8 hvor anslåtte fremtidige kostnader til plunder og heft inkluderes, kunne slå urimelig og tilfeldig ut. En entreprenør som lojalt vurderer og varsler om at det også *kan* påløpe kostnader for plunder og heft ved en forsering, vil ved dette stilles svakere enn en entreprenør som først fremmer et slikt krav i etterkant av forseringen, slik som kontrakten punkt 34.1.3 åpner for. Slik lagmannsretten ser det, må den forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter punkt 33.8 også hensynta at EK risikerte både intervensjon og et eventuelt erstatningsansvar, jf. kontrakten punkt 2.7.5 og 2.7.8. Dette tilsier i seg selv at det ikke kan trekkes snevre grenser for retten til å velge å sette i verk forseringstiltak.

Et annet spørsmål er hvilken betydning det skal ha at EKs endelige forseringskrav er høyere enn det maksimale dagmulktsskravet, riktig beregnet. Etter lagmannsrettens syn kan ikke punkt 33.8 forstås slik at dagmulktsskravet eller de anslåtte forseringskostnadene utgjør en øvre grense for hvilke forseringskostnader en entreprenør kan kreve dekket. Lagmannsretten viser til Hagstrøm/Bruserud «Entrepriserett» (2014) om den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405, på s. 277:

Videre oppstiller standarden en begrensning ved at entreprenøren ikke har adgang til å forsure hvis kostnadene «må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt tillagt 30 %» Kravet som stilles her retter seg til entreprenørens kalkyle, forut for at forseringen igangsettes, og ikke til de endelige forseringskostnadene. Selv om de endelige forseringskostnadene skulle vise seg å bli høyere, kan entreprenøren kreve samtlige kostnader dekket, forutsatt at den opprinnelige kalkylen var forsvarlig. Ytterligere må det selvfølgelig forutsettes at forseringstiltakene som er satt i verk er forsvarlige.

Tilsvarende legges til grunn i kommentaren til NS 8407 av Nordtvedt mfl. (2013, oppdatert på www.juridika.no) på s. 501. Det avgjørende er om totalunderentreprenøren har foretatt en forsvarlig vurdering av forseringskostnadene sammenholdt med det potensielle dagmulktsskravet før forseringen igangsettes. Dersom dette er gjort, virker det å være en utbredt oppfatning i juridisk teori at entreprenøren i utgangspunktet har krav på få dekket samtlige forseringskostnader, selv om de endelige kostnadene skulle bli høyere enn dagmulktsskravet og anslaget. I tillegg til den uttalelsen som det er vist til over, kan det vises til Giverholt mfl. i kommentaren til NS 8407 (2012) s. 537. Lagmannsretten slutter seg til denne tolkningen.

Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å konkludere med at det anslaget EK gjorde over forseringskostnadene før forseringstiltakene ble igangsatt fra uke 33 i 2019, var uforsvarlig, selv om de endelige forseringskostnadene som kreves dekket både ble en del høyere enn det som ble anslått i varslet 2. september 2019 og dagmulktsskravet tillagt 30 %. I etterkant av det nevnte varslet oppsto det nye forsinkelser, som medførte økte forseringskostnader for EK, jf. drøftelsen nedenfor. Disse forsinkelsene var det etter lagmannsrettens syn BSO som var ansvarlig for.

BSO har videre innvendt at EKs varsel 2. september 2019 gjelder forseringskostnader i perioden fra uke 33, dvs. fra 12. august, og følgelig at EK ikke fremsatte et spesifisert varsel med anslag av forseringskostnadene før forseringstiltakene ble iverksatt, men først flere uker etter at forsering var iverksatt. Slik lagmannsretten oppfatter innvendingen, hevdes det at dette må innebære at forseringskostnader som er påløpt i perioden fra 12. august (uke 33) og frem til EKs varsel i brevet 2. september 2019 uansett er gått tapt, med henvisning til varslingsregelen i siste ledd i punkt 33.8. Av denne bestemmelsen fremgår at:

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Det fremgår av kommentaren til den tilsvarende bestemmelsen i 8407 av Nordtvedt mfl. (2013, oppdatert på www.juridika.no) s. 503 at varslingsplikten i andre ledd ikke er gjort preklusiv, i den forstand at unnlatelse av å varsle ikke betyr at man taper retten til å kreve vederlag for forseringen. Til støtte for dette standpunktet har forfatterne vist til at det samme ble lagt til grunn av Hålogaland lagmannsrett i dom 6. mai 2005 (LH-2004-12799) for den tilsvarende bestemmelsen i NS 3430. Det samme er lagt til grunn i Hagstrøm og Bruseruds «Entrepriserett» (2014) s. 278. Lagmannsretten legger denne rettsoppfatningen til grunn, og kan derfor ikke se at en eventuell unnlatt varsling med angivelse av kostnadene før forsering ble igangsatt, har slik preklusiv betydning for krav om dekning av forseringskostnader som gjelder perioden før 2. september 2019, slik BSO har anført.

6.5.6 Foreløpig oppsummering og overordnet om EKs forseringstiltak

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med EK hadde et berettiget krav om fristforlengelse av det omfang som var krevet i varslet 2. september 2019. Dette betyr at lagmannsretten legger til grunn at EK hadde krav på fristforlengelse med 4,5 måneder, sammenlignet med kontraktens opprinnelige frister, slik at mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 1. april 2020 og fristen for overlevering ble forlenget til 1. august 2020. Ved å fastholde kontraktens frister, har BSO derfor avslått et berettiget krav om fristforlengelse. Dette gjelder for hele den perioden som er varslet, det vil si fra uke 33, jf. NS 8417 punkt 33.8 første setning.

Lagmannsretten har videre konkludert med at EKs anslag over forseringskostnadene lå innenfor den begrensning i forseringsretten som følger av punkt 33.8 annen setning, og at EK derfor som utgangspunkt hadde rett til å velge å forsere på BSOs regning. Lagmannsretten kan heller ikke se at retten er prekludert på grunn av manglende varsling, verken for hele eller deler av forseringsperioden. Konsekvensen av dette er at EK hadde rett til å velge å iverksette nødvendige og forsvarlige forseringstiltak.

Det er på det rene at EK iverksatte en rekke forseringstiltak i denne perioden og frem mot fristen for mekanisk ferdigstilling, og det er disse kostnadene som kreves dekket av BSO som tilleggsvederlag. Disse forseringstiltakene ble varslet og beskrevet i EKs brev 2. september 2019. Av brevet fremgikk følgende:

Vi ønsker å bistå Backe med å komme i mål med prosjektet uten at Backe blir ilagt dagmulkt av Undervisningsbygg og for at Slemdal skole kan bli klar til skolestart høsten 2020. For å klare å forsere inn ovennevnte forsinkelser, så har vi iverksatt følgende forseringstiltak:

- Ny prosjektlederassistent Sven Windhager fra uke 33 – heltid

- Ekstra ressurs ved prosjektkoordinator Anders Dahl – 2 dager i uken
- Ekstra bas til forseringslaget – heltid
- Ekstra forseringslag med snitt 10 stk. ekstra innleid mannskap
- Overtid
- Benytte midlertidig innleie fra godkjente bemanningsforetak

Det fremgikk av brevet at EK hadde søkt UBF om, og fått godkjent, bruk av innleid mannskap fra bemanningsforetak. Videre skrev EK følgende:

Dersom Backe ikke ønsker at vi skal forsere med et ekstra innleid forseringslag på 10 montører, ekstra bas og prosjektledelse, men isteden innvilger oss fristforlengelse og reviderer fremdriftsplanen må vi umiddelbart få beskjed om det.

Lagmannsretten oppfatter at det ikke er bestridt eller omtvistet at EK faktisk satte i verk de nevnte forseringstiltakene. Det som bestrides fra BSOs side, utover det som allerede er drøftet, gjelder årsakssammenhengen mellom forseringskostnadene og forhold som BSO har risikoen for etter kontrakten, samt flere sider ved utmålingen av tapet. Dette kommer lagmannsretten tilbake til nedenfor.

I tillegg til de rene forseringskostnadene, krever EK dekket ekstra utgifter til plunder og heft i samme periode. I EKs brev 2. september 2019 ble det både varslet om det selskapet mente var pådratte utgifter til plunder og heft, og fremtidige kostnader til dette, som følge av forseringssituasjonen. Vedlagt EKs brev 2. september 2019 lå det også et oppsett med anslag over påløpte og fremtidige forseringskostnader og utgifter til plunder og heft, som lagmannsretten allerede har nevnt i drøftelsen av forholdsmessighetsbegrensningen i punkt 33.8 over. Her fremgikk også de sentrale kostnadspostene for forseringstiltakene, som ligger til grunn for EKs krav om tilleggsvederlag.

6.5.7 Lagmannsrettens syn på EKs krav om tilleggsvederlag for de ulike periodene

6.5.7.1 Innledning – EKs reviderte kalkyle (revisjon 1.3) og bemanningsplan

Lagmannsretten vil i det følgende fra punkt 6.5.7.3 nedenfor drøfte EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft for hver enkelt periode kravene er fremmet.

Før lagmannsretten behandler kravene for de enkelte periodene, vil lagmannsretten knytte noen merknader til EKs reviderte kalkyle og bemanningsplan. Dette har sammenheng med at det er et grunnleggende utgangspunkt etter kontrakten at de merkostnadene som totalunderentreprenøren krever dekket, står i årsakssammenheng med svikt eller forsinkelser ved totalentreprenørens ytelser, eller andre forhold totalentreprenøren har risikoen for. Dersom merkostnadene uansett ville ha påløpt, er det ikke grunnlag for tilleggsvederlag. For forseringskostnader er dette blant annet kommet til uttrykk i avsnitt 108 i HAB-dommen, hvor Høyesterett viser til at det var feil når lagmannsretten i den

påankede dom ikke foretok en konkret vurdering av «[...] hvilken forsinkelse som ville påløpt uten forsering, eller hvilke kostnader HAB Construction ville hatt ved å ta igjen forsinkelsen». For plunder og heft, er det i HAB-dommen, med henvisning til Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen), vist til at merkostnadene som kan kreves dekket skal svare til «[...] forskjellen mellom faktisk påløpte utgifter som følge av forhold byggherren svarer for, og de utgifter entreprenøren ville hatt uten byggherreforholdene [...]». Følgelig må det både for forseringskostnader og plunder og heft sammenlignes med et hypotetisk handlingsforløp, hvor man ser bort fra forholdene på totalentreprenørens side.

Lagmannsretten har ved drøftelsen av om EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse, lagt til grunn at forsinkelsene og fremdriftshindringene per 2. september 2019 skyldes forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og ikke svikt eller forsømmelser på EKs side. For EKs krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft i forseringsperioden, må det på bakgrunn av det som er nevnt over likevel vurderes om det er sannsynlig at disse kostnadene ville påløpt uansett. Dette må vurderes mot situasjonen slik den ville vært om 26/11-planen og det produksjonsopplegget EK planla etter hadde vært fulgt, jf. det som er gjengitt fra HAB-dommen i avsnittet over.

Som nevnt i drøftelsen av fremdriftsforutsetningene i kontrakten i punkt 5 ovenfor, legger lagmannsretten til grunn at EK, basert på den omforente 26/11-planen, utarbeidet en bemanningsplan 28. november 2018 og en revidert kalkyle for prosjektet (også omtalt som revisjon 1.3). Prosjektleder Nicolai Laache og prosjektkoordinator Anders Dahl forklarte seg om dette i ankeforhandlingen, og både bemanningsplanen og den reviderte kalkylen ble gjennomgått. Av dette fremgikk at EK la opp til å bruke drøyt 17 000 montørtimer på prosjektet. Videre fremgår det at EK la opp til å benytte opptil 11 montører på det meste, med et tyngdepunkt i produksjonen frem mot sommeren 2019, og de første månedene etter sommeren. Deretter var det lagt opp til gradvis færre montørtimer frem mot slutfasen. Dahl forklarte at Laache skulle være prosjektleder, og ha med seg to baser med hver sine montørslag. Det er denne bemanningsplanen og den reviderte kalkylen (revisjon 1.3) som danner utgangspunktet for beregningen av EKs krav om tilleggsvederlag.

BSO har anført at EKs bemanningsplan og reviderte kalkyle var urealistisk og at EK undervurderte omfanget av arbeidene. BSO hevder at en god del av de kostnadene som kreves dekket ville påløpt uansett. Med andre ord hevdes det at EK ville måtte leid inn mannskaper og utvidet administrasjonen også om de påståtte forholdene på BSOs side tenkes borte. Til støtte for dette har BSO blant annet vist til en rapport innhentet fra Paradigme AS.

Lagmannsretten vil komme tilbake til dette ved vurderingen av kravet om tilleggsvederlag for de enkelte periodene nedenfor. På et overordnet plan vil lagmannsretten likevel bemerke at den etter bevisførselen finner å kunne slutte seg til tingrettens vurdering av EKs

reviderte kalkyle og bemanningsplan. Om dette skriver tingretten følgende under punkt 7.5.4 i dommen (s. 42):

26/11-planen viser etter rettens syn en realistisk og rasjonell produksjonsrekkefølge på EKs aktiviteter. Bemanningsplanen og revisjon 1.3 av kalkylen synes å være godt i samsvar med de ytelser og den produksjonsrekkefølge 26/11-planen legger opp til. EKs kalkyle og bemanningsplan innebærer et gjennomsnitt på drøyt 1,6 montørtimer per kvadratmeter. For nybygg kan dette virke noe høyt, men for rehabilitering/ombygging kan det virke som noe lavt. Samlet gir det ikke noen umiddelbar indikasjon på at beregnet totalt timetall er for lavt. Det er i denne sammenheng også riktig å se på EK sitt opprinnelige tilbud i forhold til konkurrentenes prisnivå. EK sitt tilbud var på ca. 22,80 MNOK. De øvrige tilbyderne innga tilbud på omkring 22,50 MNOK, 24,97 MNOK og 26,66 MNOK. Avvikene er små, og indikerer ikke at EK's tilbudssum var for lav – tvert imot har de etter rettens syn i denne konkurransen kalkulert riktig og faktisk fått tilslag selv om de ikke hadde lavest tilbudspris.

Retten er av den oppfatning at EK pr 28. november 2018 ikke kan kritiseres for sin vurdering av totalt antall montørtimer, men at de kanskje hadde en noe optimistisk flat bemanning som ikke ivaretar en vanlig topp på slutten av byggetiden. Det kan også være et resultat av at tidligarbeider, som normalt burde vært utført før 28. november 2018, allerede på dette tidspunkt var forskjøvet på grunn av manglende prosjekteringsunderlag og tilkomst.

Lagmannsretten er enig i disse vurderingene. Det fremstår for lagmannsretten som det timeforbruket som EK la opp til i bemanningsplanen og den reviderte kalkylen var realistisk, forutsatt at 26/11-planen ble fulgt. Som tidligere nevnt la 26/11-planen opp til at produksjonen av hovedaktivitetene i elektroentreprisen skulle foregå sekvensielt, og at montørene skulle gå fra etasje til etasje, og deretter fra bygg til bygg, noe som også er det normale i en elektroentreprise. At EKs bemanningsplan muligens var noe flat og ikke tok tilstrekkelig hensyn til at det var påregnelig med en bemanningstopp inn mot fristen for mekanisk ferdigstilling, er også påpekt i rapporten som er fremlagt av Paradigme AS.

I likhet med tingretten kan heller ikke lagmannsretten se at EK hadde planlagt med for få administrative ressurser. For lagmannsretten fremstår det som realistisk å planlegge utførelsen med én prosjektleder og to baser med hver sine montørlag. Anders Dahl forklarte i ankeforhandlingen at prosjektet var fullt mulig å gjennomføre med den planlagte bemanningen, om man kunne utført arbeidene som forutsatt i 26/11-planen. Han understreket at det ikke var forhold ved elektroarbeidene som skapte utfordringer med bemanningen, men de stadige og betydelige forsinkelsene og den ekstreme forseringssituasjonen EK ble satt i.

BSO har som nevnt innhentet en rapport fra Paradigme AS ved Helge Solberg, som senere er oppdatert med en tilleggsvurdering. Rapporten løfter frem flere forhold som hevdes å tale for at EK feilvurderte omfanget av elektroentreprisen, og at dette er årsaken til en

vesentlig del av merforbruket av montørtimer. Helge Solberg forklarte seg om dette i lagmannsretten. I rapporten er det blant annet pekt på at bruken av innleid mannskap og stadige utskiftninger av disse har medført ineffektiv drift. Som lagmannsretten kommer tilbake til, bestrider ikke EK at innleid mannskap normalt vil være mindre effektivt enn om arbeidet utføres med egne ansatte. EK anfører imidlertid at innleie var nødvendig for å hente inn de store forsinkelsene, som skyldtes forhold BSO hadde risikoen for. Paradigmes rapport peker videre på at den kurven for bemanning som følger av EKs bemanningsplan skiller seg fra hva som er vanlig i en elektroentreprise, og at det normalt er påregnelig med en bemanningstopp frem mot mekanisk ferdigstilling. Som nevnt er lagmannsretten til en viss grad enig i dette, og lagmannsretten kommer tilbake til dette i behandlingen av kravene for de enkelte periodene. Lagmannsretten vil samtidig påpeke at kurven for bemanning kan bli noe annerledes der en elektroentreprise er fordelt på flere bygg, og entreprenøren har lagt opp til å ta disse sekvensielt, slik tilfellet var her. Lagmannsretten kan for øvrig ikke se at rapporten fra Paradigme AS rokker ved essensen i vurderingen over, om at EKs reviderte kalkyle og bemanningsplan fremstår som realistisk og sannsynlig, dersom 26/11-planen hadde vært fulgt.

6.5.7.2 Forsering og plunder og heft for uke 33 til 41 i 2019

6.5.7.2.1 Forseringskostnader

I brev 26. oktober 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader, som senere ble revidert til kroner 1 536 119. Tingretten kom til at BSOs innsigelser mot kravet var prekludert og tilkjente EK tilleggsvederlag i tråd med kravet. Som nevnt anføres det ikke for lagmannsretten at BSOs innsigelser til kravet er prekludert. EK fastholder likevel kravet. BSO anfører at det ikke er grunnlag for å tilkjenne forseringskostnader for perioden.

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at BSO avslo et berettiget krav på fristforlengelse, og at EK hadde rett til å iverksette forseringstiltak for å overholde kontraktens frister. Tingretten har lagt til grunn at det må være riktig å innrømme EK en nokså romslig margin ved bedømmelsen av de valg som ble gjort ved forseringen, ettersom EK ufrivillig ble satt i en situasjon hvor de måtte hente inn store forsinkelser i løpet av kort tid. Tingretten støttet seg på en uttalelse i en voldgiftsdom 2. august 2012, avsagt av Flock, Engesæth og Kobbe. Lagmannsretten er enig i synspunktet, og legger det samme til grunn for vurderingen nedenfor.

EKs krav for perioden uke 33 til 41 i 2019 på kroner 1 536 119 gjelder merkostnader selskapet skal ha hatt med å hente inn forsinkelsene, fordelt på følgende poster:

2 Foreringskost - mannskap uke 33 til 41 (2019)					1 536 119
2.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	4631	509 410
2.2	Pålagt overtid 50%	1	300	77	23 100
2.3	Pålagt overtid 100%	1	600	189	113 400
2.4	Prosjektlederassistent Anders Dahl	1	740	376	278 240
2.5	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	318	219 420
2.6	Prosjektlederassistent Timothy A McParland i uke 37 og 38	1	690	98	67 620
2.6	BAS foreringslag Adrian Edmund Leman	1	640	385	246 400
2.7	Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	1	78529		78 529

Lagmannsretten vil først knytte enkelte overordnede merknader til postene, da dette er poster som kommer igjen også for de senere periodene det kreves tilleggsvederlag:

- Post 2.1 gjelder merkostnader ved at EK har leid inn montører til et ekstra foreringslag som ble satt på prosjektet. EK har for lagmannsretten fremlagt fakturaer og lønns slipper som skal vise at den gjennomsnittlige merkostnaden ved innleid mannskap (inkludert sosiale utgifter) utgjør 120 kroner per timeverk, sammenlignet med egne ansatte. EK har trukket ut kroner 10, som selskapet dekker som egen risiko, slik at differansen som kreves dekket er kroner 110. BSO har innvendinger til både at dette kan kreves dekket, og beregningen, som lagmannsretten kommer tilbake til.
- Post 2.2 og 2.3 gjelder pålagt overtid med henholdsvis 50 og 100 %, som EK har fremlagt timelister for. BSO mener det ikke er sannsynliggjort at overtid var nødvendig som følge av forseringen.
- Post 2.4 til 2.6³ gjelder økte administrative ressurser, i form av ekstra prosjektadministrasjon og baser, som EK satte inn som en del av forseringstiltakene. BSO har flere innvendinger til denne kostnadsposten.
- Post 2.7 gjelder ekstra utstyr og overtidsmat som følge av forseringstiltakene. Det ble i ankeforhandlingen gjennomgått et kostnadsoppsett og faktura for dette. BSO har ikke hatt innvendinger til denne kostnadsposten.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at det følger av NS 8417 punkt 34.2.2 at justering av vederlaget skal skje etter bestemmelsene i punkt 34.3 og 34.4. Kontraktens timepriser skal legges til grunn der de er anvendelige, jf. punkt 34.3.1. Som for tingretten, er det sentrale spørsmålet om det er årsakssammenheng mellom forsinkelsene som ga EK rett til å forsure, og de kostnader som kreves dekket av BSO.

³ Post 2.6 er ført opp to ganger, men det fremgår at post 2.6 gjelder to ulike poster

Lagmannsretten har i punkt 6.5.7.1 ovenfor konkludert med at den bemanningen og det timeforbruket som EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen, var realistisk, forutsatt at den omforente 26/11-planen ble fulgt. På samme måte som tingretten finner lagmannsretten at det er sannsynlig at EK ville klart å gjennomføre prosjektet som forutsatt, dersom de vesentlige forsinkelsene i fremdriften som BSO hadde ansvaret for, tenkes borte. Dette gjelder også de administrative ressurser EK hadde planlagt med i prosjektet, med én prosjektleder og to baser. Dette må likevel nyanseres noe, og lagmannsretten kommer tilbake til dette nedenfor.

BSO har som tidligere nevnt anført at EK har undervurdert egne kontraktsforpliktelser og det timeforbruket som var nødvendig for å utføre elektroarbeidene. BSO har fremhevet at EK manglet erfaring med den tekniske kravspesifikasjonen som gjaldt for UBFs skolebygg, og at rehabiliteringsarbeidene på Slemdal skole var komplekse, og at det er sannsynlig at det er dette som har ført til et høyere timeforbruk enn det EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen. Lagmannsretten kan ikke se at dette har dekning i bevisene. For lagmannsretten fremstår det som solid underbygget at den dominerende årsaken til at timeforbruket ble langt mer omfattende, var forsinkelser og fremdriftshindringer som BSO var ansvarlig for etter kontrakten. Den bevisførselen BSO har støttet seg på for å underbygge det motsatte, er gjennomgående holdt på et overordnet plan, og er lite konkret når det gjelder hvordan EKs feilvurderinger skal ha gitt seg utslag i et høyere timeforbruk. Et unntak her gjelder monteringen av optisk varslings, hvor omfanget av varslingsen sprang ut av et særkrav i UBFs kravspesifikasjon som EK feilvurderte. Dette forholdet har ingen betydning i denne sammenhengen.

Når det gjelder merkostnaden som følger av post 2.1 ovenfor, så knytter dette seg til innleie av mannskap. Det er på det rene at EK som en del av forseringstiltakene økte bemanningen og leide inn et stort antall ekstra montører. Lagmannsretten mener dette var både nødvendig og påregnelig i den krevende forseringssituasjonen som oppsto etter sommeren 2019. Som nevnt i drøftelsen over, var konsekvensen av forsinkelsene at produksjonsperioden for elektroarbeidene ble svært komprimert og tilnærmet halvert sammenlignet med det som fremgikk av 26/11-planen. Dette innebar at det ble vesentlig kortere tid til å utføre stort sett alle hovedaktivitetene i elektroentreprisen. I tillegg måtte elektroarbeidene i stor grad utføres parallelt, noe som gjorde arbeidet mindre effektivt.

BSO har som en overordnet innvending til posten som gjelder innleie av mannskap, anført at det ikke er rom for å dekke dette som en merkostnad etter kontrakten. BSO har vist til at EK var forpliktet til å utføre arbeidene med egne ansatte, og at det var avtalt en utvidet endringskompetanse på inntil 35 % av kontraktssummen, jf. kontrakten punkt 2.7.7, som er et tillegg til NS 8417 punkt 31.2 om endringsarbeider. I følge BSO tilsvarer dette en endringskompetanse på totalt ca. 14 593 timesverk. BSO hevder derfor at EK skulle stilt med kapasiteten til å dekke forseringen gjennom egne ansatte, og merkostnaden ville da overhodet ikke oppstått.

Bestemmelsen i punkt 2.7.7 gir riktignok totalentreprenøren adgang til å bestille tilleggsarbeider, som for øvrig kan bestå av både materialer og timesverk, for inntil 35 % av kontraktsummen. Men bestemmelsen regulerer ikke om slike tilleggsarbeider skal utføres med totalunderentreprenørens fast ansatte mannskaper eller på annen måte. Etter lagmannsrettens syn er det uansett vanskelig å se at disse kontraktsforpliktelsene regulerer en situasjon med defensiv forsering, slik BSO anfører. Lagmannsretten kan vanskelig se at EK var forpliktet til å stille med en reservekapasitet av fast ansatte på 35 % for enhver forseringssituasjon, herunder for å hente inn vesentlige forsinkelser som skyldes forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det kan i denne sammenheng vises til at det også etter bestemmelsen i NS 8417 punkt 31.2 om pålagt omlegging og forsering, gjelder et krav om at forseringen må være praktisk mulig uten urimelige oppofrelser for totalunderentreprenøren. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at merkostnad ved innleie på grunn av forsering eller plunder og heft kan dekkes etter kontrakten.

EK har fremlagt timelister for å dokumentere omfanget av innleie. Lagmannsretten finner at det timeantallet på 4631 som ligger til grunn for kostnadspost 2.1 i oppstillingen over, er sannsynliggjort. Så vidt lagmannsretten kan se, har heller ikke BSO hatt innvendinger til timeantallet. Lagmannsretten anser det som sannsynliggjort at det var forsinkelsene og fremdriftshindringene BSO var ansvarlig for, som var årsaken til at det ble nødvendig med innleie av dette omfanget. Et annet spørsmål er om dette gjelder all innleie i perioden. Tingretten tok ikke stilling til om det var sannsynliggjort at all innleie i denne perioden skyldes forhold BSO hadde risikoen for, da tingretten fant at BSOs innsigelser til kravet var prekludert. For den etterfølgende perioden fra uke 42 til 46, tok derimot tingretten stilling til dette. Tingretten fant at det var sannsynlig at deler av innleiebehovet i uke 42 til 46 skyldtes at EK hadde en noe flatere bemanning enn påkrevd, og følgelig at deler av merkostnaden ikke sto i årsakssammenheng med forhold på BSOs side. Om dette skriver tingretten følgende (s. 52):

Etter rettens syn er det ikke sannsynliggjort at all innleie i perioden skyldes forhold BSO har risikoen for. Retten viser til at EK hadde planlagt for en mer flat bemanning enn det som var realistisk, jf. punkt 7.5.4 ovenfor. Retten mener det er sannsynlig at EK i denne perioden hadde undervurdert bemanningsbehovet noe, og at dette har bidratt til antallet innleide montører. Etter rettens syn burde EK, særlig gitt samordningsplikten og den tålegrense som gjelder, ha kunnet stille med en snittbemanning på 12 egne montører i denne fasen. Tall fra BSO viser at snittbemanningen på byggeplassen fra EK i 3. og 4. kvartal 2019 var henholdsvis 18,6 og 24,8 montører totalt, hvorav henholdsvis 8,2 og 8,5 var EKs egne ansatte. En bemanning på 8-9 montører er for så vidt i samsvar med EKs bemanningsplanen 28. desember 2018, men dette ville altså etter rettens syn vært utilstrekkelig selv dersom de forhold BSO har risikoen for tenkes bort. Kravet om tilleggsvederlag må reduseres tilsvarende. EKs krav innebærer at det i uke 42 til 46 i snitt var over 19 *innleide* ukesverk i elektroentreprisen (3 590 timer delt på fem uker à 37,5 timer). Retten mener EK burde ha hatt fire flere faste ukesverk på prosjektet enn det de

hadde, og mener derfor det bare er sannsynliggjort årsakssammenheng for 2 812 timer (15 innleide ukesverk, ganger fem uker à 37,5 timer).

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor, er lagmannsretten enig i at EK har undervurdert bemanningsbehovet noe. Dette har støtte i rapporten fra Paradigme AS. Lagmannsretten mener de synspunkter tingretten legger til grunn for uke 42 til 46 over er overførbare også for perioden fra uke 33 til 41, og følgelig at deler av merkostnadene til innleie i denne perioden skyldes at EK var noe lavere bemannet enn påkrevd, særlig når man hensyntar samordningsplikten og den tålegrensen som gjelder. EK har for øvrig heller ikke påanket tingrettens vurdering for perioden uke 42 til 46. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn til grunn at EK burde kunne stilt med 12 egne ansatte montører også i uke 33 til 41, det vil si om lag tre flere enn de hadde i snitt. Ut fra de tallene som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, hadde EK i snitt om lag 15 innleide ukesverk med montører i denne perioden. Hensyntatt de tre faste ukesverkene lagmannsretten mener EK må dekke som egen risiko etter kontrakten, er det sannsynliggjort årsakssammenheng mellom de forsinkelser BSO var ansvarlig for, og 3600 timer med innleide mannskaper (12 innleide ukesverk, ganger åtte uker á 37,5 timer).

Lagmannsretten vil i forlengelsen av dette påpeke at BSO har hatt en rekke andre innvendinger til omfanget av EKs innleie, og i hvilken grad denne merkostnaden kan tilbakeføres til forhold BSO er ansvarlig for. Det er anført at EK har hatt for liten kapasitet og at EK har prioritert å sette inn egne ansatte på andre oppdrag. Det er videre anført at EK har hatt hyppige utskiftninger av det innleide mannskapet, med den følge at driften ble enda mer ineffektiv enn den kunne vært. Lagmannsretten oppfatter at det siste både er en innvending til timeforbruket som ligger til grunn for forseringskravet, og til kravet om plunder og heft. Kravet om plunder og heft kommer lagmannsretten tilbake til.

Lagmannsretten kan ikke se at det er dekning for å hevde at EK generelt har hatt for liten kapasitet i organisasjonen, eller at selskapet har prioritert andre oppdrag på bekostning av Slemdal skole. Det fratrekket lagmannsretten har gjort for at selskapet hadde en noe flatere bemanning enn påkrevd, knytter seg til en konkret vurdering av bemanningsbehovet, og skyldes etter lagmannsrettens oppfatning ikke at EK generelt hadde for liten kapasitet eller bortprioriterte Slemdal skole. Når det gjelder utskiftningen av innleid mannskap, mener lagmannsretten at dette må henføres til forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det var BSOs forhold som var den helt dominerende årsaken til behovet for innleie i den forseringssituasjonen som oppsto, og lagmannsretten anser det bevist at EK gjorde hva de kunne for å opprettholde kontinuitet blant de innleide mannskapene.

BSO har fremlagt en rapport fra Sweco ved Thomas Selboe, som selskapet hevder underbygger at en del av merforbruket av timer skyldes at EK har hatt for dårlige arbeidstegninger som underlag for elektroarbeidene. I rapporten legges det til grunn at svakheter ved arbeidstegningene kan ha ført til mye prosjektering på stedet, og økt

timeforbruk og administrasjon, og at denne effekten har tiltatt ved bruk av innleid mannskap. Både Selboe fra Sweco og Prosjektleder Anders Dahl fra EK forklarte seg om dette i ankeforhandlingen. Dahl gikk detaljert inn på hvilke premisser i Swecos notat som er feil, og hvorfor arbeidstegningene var tilstrekkelige som arbeidsunderlag. På bakgrunn av bevisførselen om dette forholdet, kan lagmannsretten ikke se at det Sweco legger til grunn i rapporten er sannsynliggjort.

BSO har også anført at det ikke er sannsynliggjort at innleie av mannskap innebærer en forskjell i gjennomsnittskostnad på kroner 110 per time, slik det er forutsatt under post 2.1 i EKs krav. Slik lagmannsretten forsto anførselen, hevdes det at differansen er kroner 92, og at EKs høyere tall skyldes at selskapet uriktig har tatt med lønn til lærlinger og hjelpemenn i beregningen av gjennomsnittslønnen for egne ansatte. Lagmannsretten viser her til at underlagsdokumentasjonen beregningen bygger på ble grundig gjennomgått i ankeforhandlingen, blant annet gjennom sammenligning av lønns slipper og faktura fra bemanningsbyråene. Lagmannsretten kan ikke se at det var feil å ta med lønn til lærlinger og hjelpemenn i beregningen av gjennomsnittslønnen for egne ansatte, all den tid dette var et kontraktsfestet krav i prosjektet. EK hadde samtidig ikke mulighet til å leie inn eksterne lærlinger og hjelpemenn, og det må derfor være riktig at dette holdes utenfor kostnadsberegningen for innleiemannskapene. Lagmannsretten finner at differansen på kroner 110 per time er sannsynliggjort som en merkostnad som følge av forseringen.

På denne bakgrunn finner lagmannsretten at EK har sannsynliggjort at 3600 timer innleid bemanning kan dekkes som en merkostnad av BSO. De resterende timene for innleid mannskap som EK krever dekket, er det ikke sannsynliggjort at skyldes forhold som BSO hadde risikoen for. Dette innebærer en merkostnad på kroner 396 000 (3600 timer x 110 differanse) for innleid mannskap, som lagmannsretten mener EK kan kreve dekket som tilleggsvederlag.

Når det gjelder post 2.2 og 2.3 i kostnadsoppsettet, gjelder dette merkostnader for pålagt overtid med henholdsvis 50 og 100 %. Omfanget av overtiden, henholdsvis 77 og 189 timer, er dokumentert med timelister som ble gjennomgått i ankeforhandlingen. BSO mener det ikke er sannsynliggjort at overtidsbruken var nødvendig. Lagmannsretten er ikke enig, og kan i all hovedsak vise til drøftelsene ovenfor når det gjelder behovet for å tilføre ekstra ressurser som følge av forseringen. Lagmannsretten kan ikke se at overtidsbruken ville påløpt uten forseringen. Et annet spørsmål gjelder timesatsen som er benyttet. EK har lagt til grunn en timesats på kroner 600 for sin beregning. Tingretten tok ikke stilling til dette for denne perioden som følge av sitt syn på preklusjonsspørsmålet, men behandlet dette for perioden fra uke 42 til 46. Tingretten skriver følgende om dette (s. 53):

Kontraktens timepriser har ikke noen særskilt regulering av overtid, og retten antar at et tilleggsvederlag for overtidsbruk må beregnes i medhold av NS 8417 punkt 30.1, slik at EK skal *«ha betalt for nødvendige kostnader med å utføre arbeidet og et avtalt*

eller sedvanlig påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste». EK har dokumentert at snittkostnaden for egne ansatte er omkring 320 kroner per time, inkludert sosiale kostnader. Retten antar at et sedvanlig påslag er 19 %, slik at timelønnen inkludert påslag er ca. 380 kroner. Det overtidstillegget EK kan kreve fra BSO utgjør etter dette 190 kroner per time. EK tilkjennes etter dette et tilleggsvederlag for merkostnader ved bruk av overtid med 10 640 kroner

EK har ikke hatt innvendinger til tingrettens beregning ovenfor for perioden uke 42 til 46. Heller ikke BSO har hatt innvendinger til timeprisen for overtid. Lagmannsretten finner å kunne slutte seg til tingrettens vurderinger. For pålagt overtid med 50 % kan derfor EK kreve kroner 190 i overtid, mens det for pålagt overtid med 100 % blir kroner 380. Totalt utgjør dette kroner 86 450.

Lagmannsretten går over til å se på de merkostnadene EK krever dekket som relaterer seg til ekstra administrative ressurser som følge av forseringen, og som er omfattet av postene 2.4 til 2.6 i oppsettet ovenfor.

Det er uomtvistet at EK som en del av forseringstiltakene endret prosjektadministrasjonen, og satte inn langt flere administrative ressurser. Det er redegjort for hva dette innebar i den forseringsrapporten som var vedlagt EKs spesifiserte krav 26. oktober 2019. EK skriver her følgende:

I forbindelse med betydelig økt forseringsbemanning, parallelle aktiviteter og flere fremdriftsfronter må prosjektadministrasjonen økes med kostnadskonsekvens for å kunne klare å holde kvalitet, fremdriftsplan og milepælsdatoer. Det etableres nye rutiner for møtevirksomhet og rollefordeling.

Det utføres følgende endringer i uke 33:

Anders Dahl – ny stilling som prosjektkoordinator.

Sven Windhager – endres fra BAS til prosjektlederassistent.

Timothy A McParland – overtar rollen til Sven som BAS.

Adrian E. Leman – ny stilling BAS forseringslag.

Lagmannsretten mener det var både nødvendig og påregnelig å oppskalere prosjektadministrasjonen i den krevende forseringssituasjonen som oppsto for EK etter sommeren 2019. Administrativt måtte EK håndtere et større antall innleide montører i prosjektet, som fortløpende måtte settes inn i de arbeidsoppgaver som var tilgjengelig, samt koordinere et økende antall parallelle aktiviteter. Dette krevde nødvendigvis en god del mer administrasjon. Prosjektleder Nicolai Laache forklarte i lagmannsretten at han opplevde at de ble tvunget inn i en uholdbar situasjon, hvor prosjektledelsen ble sittende kontinuerlig med planlegging og allokering av ressursene der man fikk tilkomst. Han forklarte at dette skilte seg sterkt fra det man var vant til for en elektroentreprise, og fremhevet forsinkelsene og manglende fremdriftsstyring og koordinering fra BSO som årsaken til dette. For lagmannsretten fremstår denne beskrivelsen fra EKs side som godt forankret i bevisene. Det ble i ankeforhandlingen dokumentert fra forseringsrapporten for

uke 33 til 41 som var vedlagt EKs brev 26. oktober 2019. Etter lagmannsrettens syn underbygger beskrivelsene i rapporten at det var behov for en betydelig oppskalering av administrasjonen, og at dette skyldtes forseringssituasjonen og de forsinkelser BSO hadde ansvaret for. Slik lagmannsretten ser det, ble dette behovet for en betydelig oppskalering av administrasjonen forsterket av tilsvarende svakheter i BSOs administrasjon og fremdriftsstyring. Lagmannsretten viser her til at det i sluttrapporten utarbeidet av UBFs byggeleder Advansia AS ble konkludert med at BSO har hatt en mangelfull og uhensiktsmessig organisering av prosjektet. Det pekes gjennomgående på at det var for få administrative ressurser satt inn fra BSOs side og at prosjektorganisasjonen manglet kompetanse på å produsere gode fremdriftsplaner og sørge for at fremdriften ble fulgt, jf. rapporten side 15-16.

Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at de ressursene som er nevnt over, ble satt inn i administrasjonen på den måten som er beskrevet av EK i brevet 26. oktober 2019, og at dette medførte en merkostnad for EKs del. Det bemerkes at både Anders Dahl og Nicolai Laache forklarte seg om dette i ankeforhandlingen, og deres forklaring samsvarte med den redegjørelsen som fremgår av brevet. Lagmannsretten nevner i tillegg at for Timothy A McParland er det krevd gjort opp for timepris som prosjektlederassistent for uke 37 og 38, da han fungerte i denne rollen i disse ukene. Også dette mener lagmannsretten er sannsynliggjort. Lagmannsretten understreker at den ikke kan se at det er sannsynlig at EK ville hatt disse kostnadene dersom prosjektet hadde fulgt 26/11-planen, selv når det tas hensyn til at samordningsplikten innebar at EK måtte tåle visse forskyvninger i den fremdriften som fulgte av planen.

Et annet spørsmål knytter seg til den timeprisen EK legger til grunn for de administrative ressursene. Partene er enige om at man skal ta utgangspunkt i kontraktens timepriser for regningsarbeider. Kontraktens punkt 1.4 har følgende innhold:

Det er avtalt følgende timepriser for regningsarbeider eksklusiv merverdiavgift:

- | | |
|---|---------------|
| a) Faggruppe: RIE | Timesats: 940 |
| b) Faggruppe: Prosjektleder | Timesats: 740 |
| c) Faggruppe: Elektromontør | Timesats: 600 |
| d) Faggruppe: Lærling | Timesats: 420 |
| e) Faggruppe: ikke viderefakturerbare timer (for eksempel riggarbeider) | Timesats: 500 |
| f) Maskiner belastes i henhold til: Dokumentert kostpris + 20% | |
| g) Transport belastes i henhold til: Dokumentert kostpris + 20% | |

Alle satser som timesatser og endringer med fastpris er inklusive arbeidsledelse, administrasjon, rigg og driftskostnader, fortjeneste og fremdriftskonsekvenser.

Disse satsene og/eller endringer med fastpris skal også dekke inn eventuelle krav iht NS8417 pkt 34.1.

Påslag for materialer (på TUEs netto kostpris) skal være: 20 %.

BSO viser til at det følger av punkt 1.4 annet ledd at alle timeprisene i kontrakten, inklusive montørtimer, er inkludert kostnader til arbeidsledelse, administrasjon og rigg og drift. BSO anfører at EK vil få «dobbelte betalt», om man både erstatter merkostnader til økt administrasjon og arbeidsledelse som følge av forseringen, samtidig som man krever oppgjør etter kontraktens timesatser for montører, hvor det samme allerede er inkludert i timeprisen. EK bestrider dette, og viser til at ekstra forseringsressurser ikke er inkludert i timeprisen for montører.

Spørsmålet er relevant for begge kravene om tilleggsvederlag som er fremmet av EK i saken. Lagmannsretten finner det naturlig å behandle dette allerede ved drøftelsen av EKs forseringskrav, ettersom det også relaterer seg til de økte administrative ressursene som ble satt inn som en del av forseringen.

Lagmannsretten er for så vidt enig med BSO i at ordlyden i kontrakten punkt 1.4 annet ledd *kan* leses slik at timeprisen på kroner 600 for elektromontører omfatter all arbeidsledelse og administrasjon, også de ekstra ressursene som settes på i en forseringssituasjon. Ordlyden i punkt 1.4 utelukker imidlertid ikke den motsatte forståelsen. Tvert imot mener lagmannsretten den fremstår vel så naturlig. For det første omtaler ikke punkt 1.4 ekstra arbeidsledelse og administrasjon i forbindelse med en forsering. For det andre henviser ikke bestemmelsen til kapittel 33 i standarden, eller punkt 33.8 om forsering ved uberettiget avslag. Etter lagmannsrettens syn fremstår det i det hele tatt som noe anstrengt å se det slik at en totalunderentreprenør må prise inn mulige fremtidige ekstrakostnader til arbeidsledelse og administrasjon for enhver forseringssituasjon etter punkt 33.8 i timeprisen, som vil være konsekvensen av BSOs syn.

EK har vist til noe rettspraksis som ser ut til å forutsette at ekstrakostnader for økte utgifter til arbeidsledelse og administrasjon i forbindelse med forsering ikke er dekket av kontraktens timesatser. Lagmannsretten kan likevel ikke se at spørsmålet er behandlet i rettspraksis på en måte som er avgjørende for vår sak. Lagmannsretten har funnet spørsmålet tvilsomt, men har kommet til at det ikke er naturlig å tolke kontrakten slik at timesatsen for montører inkluderer den ekstra arbeidsledelse og administrasjon som er en nødvendig følge av en forsering etter punkt 33.8. Slik lagmannsretten ser det, er den arbeidsledelse og administrasjon som er inkludert i timeprisen for montører i kontraktens punkt 1.4 den ordinære administrasjonen i prosjektet. For EKs del gjelder dette kontraktens baser og rigg og drift, samt prosjektleder Nicolai Laache. Kostnadene for dette inngår i timeprisen, og kreves heller ikke dekket av EK som en ekstrakostnad. Under enhver omstendighet kan lagmannsretten ikke se at kontraktens timepriser dekker den ekstra arbeidsledelse og administrasjon som var nødvendig i en forsering av den karakter vi står overfor i vår sak, hvor det er tale om svært store forsinkelser på stort sett alle hovedaktiviteter i elektroentreprisen, og hvor forsinkelsene måtte hentes inn i løpet av relativt kort tid.

Lagmannsretten konkluderer derfor under en viss tvil med at ekstra administrative ressurser og arbeidsledelse som var en nødvendig følge av forseringen, ikke er inkludert i timeprisen for montører i kontrakten punkt 1.4.

Når det gjelder de timesatsene EK har lagt til grunn for de ekstra administrative ressursene som ble tilført prosjektet som følge av forseringen, så slutter lagmannsretten seg til de vurderinger tingretten gjorde av dette i behandlingen av kravet for den påfølgende perioden fra uke 42 til 46. Tingretten kom til at det måtte være riktig å benytte kroner 740 som timepris for Anders Dahl, da han hadde fungert som prosjektkoordinator, som var sammenlignbart med prosjektleder. Tingretten kom også til at det for Sven Windhager var grunnlag for å bruke en timepris på kroner 690, i samsvar med hva EK har krevd. For Adrian Leman kom tingretten til at det ikke var grunnlag for å benytte mer enn kroner 600 i timesats. EK har ikke påanket tingrettens vurdering av timesatsene. Lagmannsretten slutter seg som nevnt til tingrettens vurdering, og legger derfor dette til grunn for utmålingen også for uke 33 til 41. EK har imidlertid i tillegg krevd dekket en timepris på kroner 690 for Timothy A McParland for den rollen han skal ha innehatt som prosjektlederassistent i uke 37 og 38. Som nevnt over, har lagmannsretten funnet at det er sannsynliggjort at McParland har fungert i denne rollen. Timeprisen for ham legges derfor også til grunn.

På denne bakgrunn kommer lagmannsretten til at tilleggsvederlaget som kreves for Dahl, Windhager og McParland i post 2.4 til 2.6 legges til grunn. For Leman (i den andre posten som kalles post 2.6) benytter lagmannsretten den samme timeprisen som tingretten gjorde for uke 42 til 46, det vil si kroner 600. Samlet sett kommer lagmannsretten etter dette til at det skal utmåles et tilleggsvederlag for disse postene på kroner 796 280.

Når det gjelder post 2.7 og merkostnadene til overtidsutstyr, mat osv., har ikke BSO hatt innvendinger til denne posten. Lagmannsretten finner uansett at kostnadene er sannsynliggjort som en merkostnad som følge av forseringen. Det ligger i sakens natur at det med ekstra innleid mannskap også var behov for ekstra utstyr, og at denne kostnadsposten er en følge av forseringen. Tilsvarende finner lagmannsretten det sannsynliggjort at økt timeforbruk og overtid medførte behov for overtidsmat, og at dette er en følge av forseringen. Lagmannsretten kommer derfor til at EK har krav på kroner 78 529 for dette.

Samlet kommer lagmannsretten til et tilleggsvederlag for forseringskostnader for uke 33 til 41 på kroner 1 357 259.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 29. november 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.2.2 Plunder og heft

I brevet 26. oktober 2019 fremsatte EK i tillegg krav om dekning av merkostnader for plunder og heft i perioden fra uke 33 til 41. Kravet som er fremsatt i brevet er på 1 627 632 kroner. På samme måte som for forseringskravet for perioden, fant tingretten at BSOs innsigelser mot kravet om plunder og heft var prekludert, og tilkjente EK tilleggsvederlag i tråd med kravet. For lagmannsretten anføres ikke at BSOs innsigelser til kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft for perioden er prekludert. EK fastholder likevel kravet, mens BSO anfører at det ikke er grunnlag for å tilkjenne dette.

Når det gjelder det rettslige utgangspunktet, så legger lagmannsretten til grunn følgende: Kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft er som nevnt forankret i NS 8417 punkt 34.1.3 om vederlagsjustering for «økte utgifter på grunn av nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som er en følge av forhold angitt i 34.1.1 og 34.1.2». De sistnevnte bestemmelsene gjelder svikt i totalentreprenørens ytelse, eller andre forhold totalentreprenøren har risikoen for. Disse bestemmelsene, og Høyesteretts avgjørelse i HAB-dommen, viser at det er et grunnleggende krav for å få dekket økte utgifter til plunder og heft at entreprenøren kan sannsynliggjøre at det har inntrådt forhold som byggherren har risikoen for etter kontrakten, og som har gitt redusert effektivitet og merkostnader, sammenlignet med hvordan situasjonen ville vært dersom byggherreforholdene ikke hadde inntrådt. Merkostnader som det er like sannsynlig at skyldes ineffektivitet fra entreprenørens side gir ikke krav på tilleggsvederlag. Entreprenøren kan heller ikke basere et plunder og heft-krav alene på overordnede og skjønnsmessige tilnærminger. Entreprenøren må sannsynliggjøre konkret hvilke arbeidsoperasjoner som ble negativt påvirket av forhold byggherren er ansvarlig for, og hvilke merkostnader dette har medført, jf. HAB-dommen avsnitt 66 og 83.

Etter lagmannsrettens syn er det solid underbygget i tidsnære skriftlige bevis at det i løpet av høsten 2019, herunder også i perioden kravet gjelder, inntrådte forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og som hadde avledede konsekvenser i form av forstyrrelser og nedsatt produktivitet på EKs øvrige arbeid etter kontrakten. Lagmannsretten kan gjennomgående ikke se at det er bevismessig dekning for at disse merkostnadene springer ut av EKs egne forhold. Slik lagmannsretten vurderer bevisene, er det grovt sagt følgende forhold som var hovedårsaken til den ineffektive driften:

- Omfattende bruk av innleide montører, foranlediget av forsinkelsene og forseringen BSO hadde risikoen for, medførte nedsatt produktivitet og økt timeforbruk
- Eksisterende og nye forsinkelser, samt stadige endringer av fremdriftsplaner, medførte forstyrrelser og avledede konsekvenser for annet arbeid, ved at montører fikk hyppige tilbakeganger og økt opp- og nedrigging, og økt timeforbruk

- Mye ad-hoc produksjon og økt timeforbruk, fordi mannskapet måtte flyttes frem og tilbake mellom arbeidsoperasjoner, avhengig av hvor det var tilkomst for elektroarbeidene, noe som forstyrret og reduserte effektiviteten i EKs øvrige arbeid

Som nevnt, mener lagmannsretten at disse forholdene er solid underbygget gjennom ulike tidsnære skriftlige bevis. Sentralt i denne sammenheng er de forseringsrapportene som er utarbeidet av EK fortløpende i prosjektgjennomføringen. En slik rapport er også utarbeidet for perioden fra uke 33 til 41, og var vedlagt EKs spesifiserte krav 26. oktober 2019.

Rapporten beskriver det som er omtalt som «Forseringsutfordringer» uke for uke, men det er slik lagmannsretten ser det, klart at rapporten også beskriver avledede konsekvenser i form av forstyrrelser og nedsatt produktivitet på annet arbeid. Det fremgår for øvrig av rapporten at det parallelt ble sendt avviksmeldinger til BSO for de samme forholdene.

De enkelte forseringsrapportene ble grundig gjennomgått og dokumentert i lagmannsretten. For å synliggjøre hvordan kravet er underbygget i forseringsrapportene, finner lagmannsretten grunn til å gjengi et utdrag fra forseringsrapporten for uke 33 til 41 i 2019, nærmere bestemt det som gjelder uke 41:

Uke 41 07.10.19 til 11.10.19

1197 prosjekttimer.

Prosjektaktiviteter og fremdriftsfront:

HB DEL1 Plan 30 Komplettering

BN Plan 30 Levering og motasje av underfordeling

BN Plan 30 Hovedføringsveier kabelbroer/kanaler

HB Plan 01 Vent.rom Tilkobling av agregat og tekn. Ustyr

HB Plan 01 Varmesentral Lys og stikk

HB Plan 01 Varmesentral Tilkobling av tekn. utstyr

HB Plan 01 Tekn. rom Tilkobling av agregat og tekn. utstyr

Montasje av kanaler BN Plan 30 må avventes pga endring fra UBF. Oppstart i varmesentral HB Plan 01 må utsettes pga forsinkelse hos RØR tidligere planlagt mannskap må settes på andre oppgaver og tilrettelegging som er gjort i uken før er helt bortkastet da det ikke er klart for våre arbeidere. Planlagt mannskap må flyttes til BN for kabeltrekking. Opplæring må gis. Avvik sendt 07.10.19 HB Del1 Plan 01 Trekking av tilførselskabel fra hovedtavle til varmepumpe kan nå startes igjen etter avklaring og ny kabeltype. Det må skaffes igjen trekkestativ og der er behov for flere montører i trekkelaget pga størrelsen av kabelen. Montører fra BN må flyttes til HB Plan 01. Kabel kan heller ikke ferdig trekkes pga dårlig tilkomst til varmesentralen. Trekkingen ble planlagt etter at våre arbeid i varmesentralen skulle starte 07.10.10. Kabel trekkes inn i hovedtavle men må legges i andre enden på gulvet i korridoren. Vertikal kabeltrekking i EL-sjakt DEL2. Tilførsler til underfordelinger, nødløyskurser, brannsløyfer, uranlegg, SD kabler osv må trekkes mellom etasjene til Plan 01. Vertikal trekking i IKT sjakt. Fiber trekking mellom datarack. Trenger en montør som kan stoppe med pågående arbeid for å legge rør i grunn for pumpekum på hovedinnngang vestsiden av HB. Dette på meget kort varsel. På forseringslag har Szymon Andrzej Burdziej, Grzegorz Andrzej Cieslik, Krzysztof Kaluski oppstart på byggeplass og det går mye tid på opplæring og gjennomgang av rutiner, bygg,

bygningssdeler, etasjer, arbeidsoppgaver og systemer. Vi overskyter 1100 prosjekttimer på en uke i prosjektet, forseringsbehovet gjennomgås ytterligere og det konkluderes med at vi må holde forseringslaget på dette nivået for å klare å utføre produksjonen i henhold til forseringsplanen. Ekstra støvsuging i vårt ansvarsområde pga dårlig oppfølging hos andre fag.

Som det fremgår, er det i rapporten beskrevet hvilke forstyrrelser og påvirkninger som foreligger for de planlagte arbeidsoperasjonene på det aktuelle tidspunktet, og i hvilken del av bygningssmassen det er tale om. Konsekvensene er også konkret synliggjort, eksempelvis ved at det beskrives at det mannskapet som er planlagt brukt for én bestemt arbeidsoperasjon, må settes på andre oppgaver og få ny opplæring, som følge av forsinkelser hos foranliggende fagområder. Det er underbygget at dette skyldes forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten, ved at det blant annet er vist til konkrete forsinkelser og at det arbeidsgrunnlaget EK skal bygge på ikke er klart. Tilsvarende konkrete beskrivelser er utarbeidet for hver enkelt uke perioden gjelder.

Lagmannsretten vil videre nevne at de beskrivelsene som er inntatt i forseringsrapportene, er underbygget gjennom andre tidsnære bevis, herunder fremdrifts- og avviksmeldinger EK har sendt i samme periode, og som det er vist til i forseringsrapportene. For perioden fra uke 33 til 41 er det tale om fremdriftsvarsler 42 til 60. Et utvalg av disse varslene ble gjennomgått i ankeforhandlingen. Vitnene Dahl, Laache og Windhager forklarte seg i tillegg detaljert om disse forholdene i ankeforhandlingen. Lagmannsretten sitter igjen med det samme inntrykket som tingretten av disse forklaringene, som er oppsummert av tingretten ved behandlingen av kravet for uke 42 til 46 på følgende måte (s. 54 i dommen):

Vitnene fra EK har beskrevet utfordringene slik: Både Anders Dahl og Nicolai Laache har forklart at det gjennomgående var svært uklart hvilke områder i prosjektet som var klare for oppstart av forskjellige elektro-aktiviteter. De mener informasjonen fra BSO har vært svært dårlig, og at dette kombinert med stadige revisjoner av fremdriftsplanen har hatt konsekvenser for effektiviteten. EKs Sven Windhager forklarte i retten at han på høsten 2019 gikk daglige runder på hele byggeplassen for å få oversikt over hvor de kunne begynne å jobbe den aktuelle dagen. Dette medførte utfordringer med bemanningsplanlegging og ad hoc-produksjon der mannskap er flyttet rundt etter hvor det til enhver tid har vært mulig å produsere. På grunn av forsinkelser hos foranliggende fag, og for å klare forseringen, var EK nødt til å begynne i deler og etasjer av bygg der foranliggende fag enda ikke var ferdig. Dette medførte tilbakeganger (altså at montører flere ganger må tilbake til områder i bygget de etter planen skulle gjøre seg ferdig første gang). Slike tilbakeganger medfører ineffektiv drift, bl.a. knyttet til opp- og nedrigg, lagring og flytting av utstyr, samt tidsbruk forbundet med opplæring av personell fordi det ikke nødvendigvis er samme montørteam som gjør hele jobben. I tillegg hadde forseringen i seg selv en lignende effekt. Økt parallellitet i oppgavene, og høyere bemanning, førte til økt tidsbruk.

Lagmannsretten slutter seg til denne oppsummeringen, som også gjenspeiler forklaringene fra de sentrale vitnene fra EK slik de var under ankeforhandlingen. De vitner BSO førte,

imøtegikk i liten grad de beskrivelsene som er gitt i forseringsrapporter og i vitneforklaringene fra EKs side. Innvendingene til BSO er holdt på et mer generelt plan, og lagmannsretten behandler dem nedenfor.

På denne bakgrunn mener lagmannsretten EK har sannsynliggjort at det i denne perioden tilkom økte utgifter grunnet plunder og heft som var en følge av forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. EK har gjennom tidsnære bevis underbygget hvilke arbeidsoperasjoner som ble forstyrret, i hvilke perioder dette har skjedd og hvilke konsekvenser dette hadde i form av redusert produktivitet, jf. HAB-dommen avsnitt 66. Lagmannsretten mener at det er sannsynliggjort at disse forholdene ikke skyldes forhold på EKs side, så som manglende effektivitet eller feilvurderinger, og at situasjonen ikke ville vært den samme dersom forholdene på BSOs side tenkes borte. Lagmannsretten kommer likevel tilbake til dette nedenfor.

BSO har videre anført at EKs krav om tilleggsvederlag for plunder og heft bryter med kontraktens system for fremsettelse av slike krav, og at det av den grunn ikke kan føre frem. BSO hevder at det først må varsles og spesifiseres et særskilt krav for hvert enkelt «byggherreforhold» etter NS 8417 punkt 34.1.2, før det eventuelt kan fremsettes et krav om plunder og heft for avledede konsekvenser av dette i henhold til punkt 34.1.3.

Denne anførselen kan ikke føre frem. Kravet om plunder og heft er i stor grad knyttet til forseringssituasjonen. Forseringen og forseringskravet var varslet og spesifisert i samsvar med kontraktens regler. En avledet konsekvens av forseringen, som EK fortløpende varslet om, var at produksjonen og driftsopplegget ble mer ineffektivt og at dette ledet til merkostnader. Som nevnt ovenfor, oppsto det i tillegg ytterligere fremdriftshindringer og forsinkelser underveis i forseringsperioden. EK har etter lagmannsrettens syn, løpende varslet om disse forholdene etter kontraktens regler, herunder at en avledet konsekvens av byggherreforholdene var merkostnader for plunder og heft. Lagmannsretten kan derfor ikke se at den måten EK har gått frem på, er i strid med kontraktens system for byggherreforhold, slik BSO hevder. Lagmannsretten vil legge til at BSO har pekt på at det allerede i deres brev 10. mai 2019 ble understreket at EK måtte varsle krav om plunder og heft basert på kontraktens system. Dette ble da spesifisert på følgende måte av BSO:

Det vi derimot må se på er hvilke forhold EK fra prosjektstart til nå har varslet som fremdriftshindrende/fremdriftsforstyrrende, for deretter å se hvilke konkrete effekter dette kan ha hatt for de ressurser som er involvert. En slik analyse er fullstendig fraværende.

Lagmannsretten mener EK har oppfylt det kravet som BSO beskriver i sitt eget brev, ved at EK løpende har varslet om fremdriftshindringer og avvik fra det produksjonsopplegget som var forutsatt i fremdriftsplanen, og deretter konkret beskrevet hvilke negative effekter dette har hatt for produktiviteten for de ressursene som har vært involvert. Lagmannsretten kan blant annet vise til eksemplet fra uke 41 i forseringsrapporten, som er gjengitt ovenfor.

Lagmannsretten går etter dette over til å behandle det som i HAB-dommen avsnitt 66 betegnes som det andre trinnet i årsakssammenhengen ved et krav om tilleggsvederlag for plunder og heft: bevis for den konkrete utmålingen av vederlaget.

Det følger av HAB-dommen at entreprenøren har bevisbyrden for at det foreligger merkostnader som følge av forhold på byggherresiden, og at entreprenøren må forankre utmålingen i konkrete bevis. Høyesterett uttaler videre i dommen at utmålingen ikke kan baseres på differansen mellom kalkylen og faktiske kostnader, da dette ikke tar hensyn til feilkalkuleringer eller ineffektivitet ved entreprenørens egen drift, jf. avsnitt 78.

Høyesterett legger til grunn at utmålingen ikke «alene» kan baseres på det som omtales som «generelle og overordnede tilnærminger», men derimot at slike analyser kan være viktige supplement til øvrig konkrete bevis, jf. avsnitt 79-80. Høyesterett understreker samtidig at beviskravene ikke kan strekkes så langt at det blir urimelig tyngende å føre bevis for plunder og heft, og at det «ikke generelt kan kreves at de eksakte økonomiske konsekvensene av *hvert enkelt* byggherreforhold må påvises.», jf. avsnitt 86. Det er derfor i noen grad slik at utmålingen må bygge på et skjønn, jf. avsnitt 68.

Lagmannsretten legger disse utgangspunktene til grunn for sin vurdering av den konkrete utmålingen.

Som nevnt innledningsvis, har EK fremmet et krav om plunder og heft for denne perioden på kroner 1 627 632, som reflekterer 35 % ineffektiv drift (2713 montørtimer) som EK mener skyldes forhold BSO har risikoen for. Den tilnærmingen EK har hatt til utmålingen, og som selskapet omtaler som en «inntjent verdi-analyse», er utførlig beskrevet i brevet 26. oktober 2019, hvor kravet om plunder og heft for uke 33 til 41 er fremsatt. Lagmannsretten finner grunn til å gå noe nærmere inn på grunnlaget for beregningen.

EK har tatt utgangspunkt i den reviderte driftskalkylen (revisjon 1.3) og bemanningsplanen som ble utarbeidet i november 2018, etter at den omforente 26/11-planen forelå. I den reviderte driftskalkylen er hver aktivitet vurdert med et antall timer av prosjektledelsen basert på mengder i prosjekteringen og fremdriftsplanen av 26/11. Av dette underlaget følger at EK la opp til å bruke i overkant av 17 000 timeverk på prosjektet. Deretter har EK løpende målt hvor mye av kontraktsarbeidene som er utført i prosent, og funnet hvor mange «inntjente» timeverk dette tilsvarer, det vil si hvor mange timer dette utgjør av timeforbruket i bemanningsplanen og den reviderte kalkylen. Dette er så sammenholdt med «faktisk forbrukte timeverk», som er antallet timer som faktisk er brukt i perioden. Differansen mellom inntjente timeverk og faktisk forbrukte timeverk utgjør utgangspunktet for målingen av den ineffektive driften. For perioden fra uke 33 til 41 viste denne analysen en ineffektiv drift på 46 %, noe som utgjør til sammen 3048 montørtimer.

EKs prosjektkoordinator Anders Dahl forklarte i ankeforhandlingen at prosjektledelsen i tillegg løpende foretok konkrete målinger av den ineffektive driften basert på eget faglig skjønn. Herunder ble det for hver periode vurdert om det var deler av den ineffektive driften som skyldtes EKs egne forhold, og som ikke kunne tilregnes BSO. Dahl redegjorde for at prosjektledelsen og basene i ukentlige og månedlige møter foretok slike konkrete vurderinger, blant annet basert på de forseringsrapportene og avviksmeldingene som ble utarbeidet. For perioden uke 33 til 41 vurderte EK at 11 % av den ineffektive driften var noe de selv hadde risikoen for, hvilket innebar at 335 av montørtimene i denne perioden ble dekket av EK.

Tilnærmingen over er blant annet redegjort for av EK i et senere brev til BSO 29. november 2019, hvor det fremsettes krav for perioden uke 42 til 46. Lagmannsretten finner grunn til å gjengi EKs egen beskrivelse herfra:

Denne vurderingen/beregningen er underbygget med følgende forskjellige underlagsdokumentasjon:

- En måling av vår ineffektiv drift gjennom en sammenlikning av planlagte montørtimer i.h.t vår bemanningsplan fra november 2018 (som var basert på fremdriftsplan av 26.11.18) (inntjente timer) mot faktisk forbrukte timer, se beregning nedenfor.
- En tilsvarende måling av vår ineffektiv drift gjennom en sammenlikning av planlagte montørtimer i.h.t vår kalkyle nr 3 (etter ferdig detaljprosjektering) mot faktisk forbrukte timer, se beregning nedenfor.
- Prosjektledelsens og basenes løpende faglige vurdering av %-vis ineffektiv drift. For uke 42-46 er vår vurdering 32%.
- Ukesrapporter for forseringen og produksjonen i uke 42-46 der vi beskriver den ineffektive driften for å underbygge den ineffektiv drifter
- Spesifiserte målinger for enkelte aktiviteter der vi konkret måler den ineffektive driften for disse aktivitetene. Disse viser en ineffektiv drift på over ca. 32% for de aktiviteter vi konkret måler for denne perioden.

Ønsker Backe andre målinger må dere gi oss konkret beskjed om hvordan Backe ønsker den.

På bakgrunn av de tidsnære skriftlige dokumentbevisene, som redegjør for denne tilnærmingsmåten, og vitneforklaringene fra de sentrale personene i EKs prosjektledelse, finner lagmannsretten at det er sannsynliggjort at EK har basert kravet og utmålingen på den tilnærmingen som er beskrevet ovenfor.

Spørsmålet er om denne tilnærmingen, og de bevis EK i den sammenheng har støttet seg på, oppfyller de beviskravene som følger av HAB-dommen. BSO anfører at EKs tilnærming er av generell og overordnet karakter, en såkalt «ovenfra og ned» metode, som er i strid med føringene fra HAB-dommen. BSO hevder derfor at tingretten har grepet feil når den har lagt EKs metode til grunn som et utgangspunkt for utmålingen av kravet. Disse

innvendingene fra BSOs side gjelder alle periodene kravet er fremsatt for, inkludert for uke 33 til 41.

Høyesterett har ikke i HAB-dommen uttalt seg om hvilken metode som skal benyttes for å sannsynliggjøre et plunder og heft-krav. Slik lagmannsretten oppfatter dommen, er det sentrale at tapet ikke «alene» kan baseres på generelle og overordnede tilnærminger, men i hovedsak må sannsynliggjøres ved konkrete bevis som direkte gjelder prosjektet og som viser at det er pådratt merkostnader som ikke ville oppstått uten byggherreforholdene. Mer generelle metoder kan likevel benyttes når de supplerer andre konkrete bevis, og er egnet til å underbygge en slik årsakssammenheng, jf. avsnitt 79 i dommen. I forlengelsen av dette, vil lagmannsretten bemerke at beviskravene må ta høyde for at det kan være tilnærmet umulig å knytte alle merkostnadene til enkeltstående og spesifiserte byggherreforhold. Dette gjelder særlig i en sak som vår, hvor den påberopte produktivitetsnedsettelsen er så tett knyttet til en vedvarende forseringssituasjon. Som Høyesterett understreker i avsnitt 86 og 87 i HAB-dommen, vil det også ofte for plunder og heft-krav være slik at «den samlede effekten av byggherreforholdene på entreprenørens produktivitet [står] i forgrunnen.» Det er derfor åpnet for et visst skjønn ved utmålingen.

Lagmannsretten har kommet til at EK gjennom den ovennevnte tilnærmingen, og de bevis som er ført i den forbindelse, på tilstrekkelig vis har sannsynliggjort sitt krav om tilleggsvederlag for plunder og heft i perioden. Det er etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for å hevde at EKs metode er i strid med føringene fra HAB-dommen. For det første er ikke EKs inntjent verdi-analyse en ren ovenfra og ned tilnærming, slik lagmannsretten forstår dette begrepet. Det er heller ikke riktig å jevnføre denne med entreprenørens tilbudskalkyle, som Høyesterett uttrykker at man må være varsom med å benytte ved utmålingen av plunder og heft-krav. Tilnærmingen bygger på en revidert driftskalkyle og bemanningsplan som er utarbeidet lenge etter at prosjektet startet opp, og etter at prosjektaktørene hadde kommet frem til en omforent fremdriftsplan som det kunne detaljplanlegges etter. Det er kvalitativt sett noe annet enn tilbudskalkylen, som utarbeides langt tidligere, og normalt på et langt svakere faktisk grunnlag. Risikoen for at entreprenøren skal få betalt for merkostnader som skyldes egne feilvurderinger, er derfor mindre. Slik lagmannsretten ser det, var inntjent verdi-analysen på denne bakgrunn tjenlig som metode for å sannsynliggjøre omfanget av merkostnader ved ineffektiv drift som skyldes BSOs forhold.

For det andre er EKs konkrete krav i tillegg gjennomgående forankret i tidsnære og konkrete bevis, så som forseringsrapportene og avviksvarsler. I disse bevisene er det løpende beskrevet forhold på BSOs side som har forstyrret EKs driftsopplegg, og hvilke negative konsekvenser dette har hatt for produktiviteten for de ulike arbeidsoperasjonene. Dette er på ingen måte beskrivelser på et overordnet nivå, men gjelder forstyrrelser i produksjonsopplegget på grunn av forsinkelser og manglende tilkomst for konkrete bygg og for bestemte tidsperioder. EKs inntjent verdi-analyse, er følgelig også basert på, og

supplert av, tidsnære bevis som konkret påviser slike forhold i dette prosjektet. Som nevnt, har lagmannsretten funnet det bevist at disse konkrete tidsnære bevisene er benyttet av EK som underlag for de løpende målinger prosjektledelsen og basene gjorde av den ineffektive driften i hver periode, og ved vurderingen av hvilke fradrag som eventuelt skulle gjøres for EKs egne forhold. Det er derfor ikke slik at EKs krav «alene» er basert på overordnede eller generelle tilnærminger, jf. HAB-dommen avsnitt 82. Kravet er underbygget kvalitativt og kvantitativt gjennom de nevnte tidsnære bevisene.

BSO har anført at EK kunne foretatt tidsregistreringer og analyser for hver enkelt arbeidsoperasjon og for de enkelte arbeidslag, og at dette ville vært mer treffsikkert ved utmålingen. Lagmannsretten kan ikke se at beviskravet kan strekkes så langt som BSO forutsetter. De alternative måtene BSO mener kravet kunne vært underbygget på, ville for øvrig krevd ytterligere administrative ressurser fra EKs side, og står i kontrast til BSOs syn om at EK har brukt for mye tid og ressurser på å oversende brev og dokumentasjon underveis i prosjektet. Lagmannsretten nevner i tillegg at EK ved fremsettelsen av kravet for denne perioden, uttrykkelig oppfordret BSO om å gi beskjed dersom det var ønskelig at produktivitetstapet ble målt og dokumentert på en annen måte. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, har ikke BSO på noe tidspunkt respondert på dette. BSO hadde etter lagmannsrettens syn oppfordring til å tilkjenne det dersom de mente dokumentasjonen var for dårlig, og at EK burde igangsatt tidsregistreringer og lignende. Det at BSO ikke ga noen slik tilbakemelding, og EK som følge av dette mistet muligheten til å sikre ytterligere dokumentasjon, taler etter lagmannsrettens syn mot å legge noen større vekt på BSOs innsigelser i ettertid om hvilke andre måter tapet kunne vært dokumentert på.

Det er uansett ikke realistisk eller mulig å komme frem til et nøyaktig tall på hvilke merkostnader for plunder og heft som utelukkende kan henføres til forhold BSO svarer for, og som ikke helt eller delvis skyldes forhold på EKs side. Enhver måling eller beregning av dette vil måtte ha noen svakheter. Lagmannsretten mener at EKs skjønsmessige fradrag på 11 % i perioden fra uke 33 til 41, for å ta høyde for egen ineffektivitet, gir et dekkende og sannsynlig bilde på denne fordelingen mellom EKs og BSOs forhold, som er tilstrekkelig forankret i de konkrete og tidsnære bevis. Det skal i denne sammenheng understrekes at lagmannsretten allerede har konkludert med at den bemanningsplanen og reviderte kalkylen som EK utarbeidet med utgangspunkt i 26/11-planen, var realistisk og ga uttrykk for et produksjonsopplegg som lagmannsretten mener det var sannsynlig kunne vært gjennomført om forholdene på BSOs side tenkes borte. BSO har heller ikke i nevneverdig grad ført bevis som underbygger at de konkrete beskrivelsene av forstyrrelser og nedsatt produktivitet som følger av EKs ulike forseringsrapporter og fremdriftsvarsler, kan tilbakeføres til EKs egne forhold.

En innvending fra BSO har vært at det store antallet innleide montører har hatt negativ innvirkning på effektiviteten, og at mye av merforbruket av timer kan henføres til dette. Lagmannsretten har behandlet denne innvendingen i forbindelse med forseringskravet, og

som nevnt bestrider ikke EK at økt innleie leder til mindre effektiv produksjon. Innleie av mannskap er likevel en konsekvens av den forseringen som ble iverksatt, og som BSO har risikoen for. Slik lagmannsretten oppfatter bevisførselen, har EK så langt som mulig forsøkt å begrense de utfordringer dette har skapt. Dette har likevel blitt vanskeliggjort som følge av nye forsinkelser og manglende tilkomst. Av den forseringsrapporten for uke 41 som lagmannsretten har gjengitt over, fremgår det at innleid mannskap som fikk opplæring i én arbeidsoperasjon, måtte flyttes på grunn av at foranliggende fagområder ikke var ferdige, og dermed måtte settes inn i andre arbeidsoperasjoner. Den opplæringen det innleide mannskapet hadde fått i den planlagte arbeidsoperasjonen, ble derfor bortkastet. Basert på de forseringsrapportene som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, fremstår disse effektivitetsutfordringene som gjennomgående, og som forårsaket av forhold BSO svarte for etter kontrakten.

Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at EK, for perioden fra uke 33 til 41 i 2019, har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft. Kravet er basert på et merforbruk av 2713 montørtimer til en timepris på kroner 600. Når det gjelder timeprisen, viser lagmannsretten til drøftelsen av forseringskravet, hvor det er lagt til grunn at timeprisen ikke inkluderer merkostnaden til ekstra prosjektledelse og administrasjon til forseringen. Det er derfor ikke grunnlag for å nedjustere timesatsen.

Derimot mener lagmannsretten at det ved utmålingen må tas hensyn til at det var et kontraktsfestet krav at det skulle benyttes lærlinger, og at dette faktisk er benyttet. For disse gjaldt det en lavere timepris på kroner 420, jf. kontrakten punkt 1.4. Om dette skriver tingretten følgende ved behandlingen av plunder og heft-kravet for uke 42 til 46 (s. 61):

«Det er imidlertid på det rene at det også har vært enkelte lærlinger involvert i prosjektet, der kontrakten gir anvisning på en lavere timesats på 420 kroner. Det er ikke helt klart for retten hvor mange lærlinger det er tale om. EKs Anders Dahl ga i retten uttrykk for at selskapet hadde hatt 2-3 lærlinger på prosjektet «litt on and off», samt to hjelpemontører. Retten legger til grunn at lærlingsandelen har vært omkring 12,5 %. Vederlaget for 228 av timene skal derfor regnes med en timesats på 420 kroner (det vil si 95 760 kroner), mens de resterende 1 593 timene regnes med en timesats på 600 kroner (det vil si 955 800 kroner).»

Det har ikke i bevisførselen i ankeforhandlingen fremkommet noe som rokker ved det tingretten fant bevist om omfanget av bruken av lærlinger, eller at dette stilte seg annerledes i perioden fra uke 33 til 41, enn for uke 42 til 46. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det også for uke 33 til 41 er riktig å benytte en timespris for lærlinger på 12,5 % av timene. Det betyr et tilleggsvederlag på kroner 142 380 for lærlingetimene (420×339) og kroner 1 424 400 for de øvrige montørtimene (600×2374). Samlet sett tilkjennes EK et tilleggsvederlag for plunder og heft i perioden fra uke 33 til 41 på kroner 1 566 780.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 29. november 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

Lagmannsretten går i det følgende over til å behandle EKs krav for de øvrige periodene. De fleste av de sentrale problemstillingene, både for forsering og plunder og heft, er likevel drøftet ved behandlingen av kravene for uke 33 til 41. Behandlingen av de øvrige periodene vil derfor bli kortere, og konsentrert om de særspørsmål som reiser seg for disse periodene. Dette henger sammen med at langt på vei er de fleste av BSOs innvendinger til kravene av generell karakter, og gjelder grunnlaget for kravene, og tilnærmingen til utmålingen. Disse innvendingene er i all hovedsak behandlet i drøftelsene ovenfor.

6.5.7.3 Forsering og plunder og heft for uke 42 til 46 i 2019

6.5.7.3.1 Forseringskostnader

I brev 29. november 2019 varslet EK nytt krav om fristforlengelse, på grunn av ytterligere forsinkelser og fremdriftshindringer. Lagmannsretten kommer tilbake til dette i forbindelse med behandlingen av forseringskravet for uke 47 til 51 nedenfor. I samme brev ble det fremsatt et spesifisert krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader for perioden uke 42 til 46 på kroner 890 640, senere revidert til kroner 885 042. Kravet besto av følgende poster:

3 Forseringskost - mannskap uke 42 til 46 (2019)					885 042
3.1 Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	3590		394 900
3.2 Pålagt overtid 50%	1	300	56		16 800
3.3 Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	215		159 100
3.4 Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	194		133 860
3.5 BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640	232		148 480
3.6 Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	1	31902			31 902

For dette kravet var det ikke anført at BSOs innsigelser var prekludert, og tingretten realitetsbehandlet derfor kravet. Som lagmannsretten har nevnt i forbindelse med behandlingen av kravet for uke 33 til 41, reduserte tingretten timesatsen til Adrian Leman i post 3.5 til kroner 600. Videre reduserte tingretten overtidssatsen i post 3.2 til kroner 190 per time. Endelig kom tingretten til at ikke all innleie av mannskap i perioden var knyttet til forhold BSO var ansvarlig for, men at noe skyldtes for flat bemanning fra EKs side. Nærmere bestemt la tingretten til grunn at EK selv burde stilt med fire flere faste ansatte på prosjektet. På denne bakgrunn reduserte tingretten timeantallet i post 3.1 til 2 812. Tingretten fant at de øvrige merkostnadene var sannsynliggjort. Samlet tilkjente tingretten EK kroner 784 022 i tilleggsvederlag for forseringskostnader.

EK har ikke påanket tingrettens utmåling av forseringskostnader for perioden, og gjør gjeldende at tingrettens utmåling bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisbedømmelse. BSO har påanket også denne delen av dommen, og gjør gjeldende de samme innsigelsene som for perioden fra uke 33 til 41.

Når det gjelder de rettslige vurderingene av de ulike kostnadspostene, og BSOs innvendinger til disse, nøyer lagmannsretten med å vise til vurderingene av dette som følger av drøftelsen av kravet for uke 33 til 41 ovenfor. Disse er like gyldige for EKs krav for uke 42 til 46. Med hensyn til bevissituasjonen, har tingretten gjort en grundig vurdering av denne i dommen punkt 7.5.8. BSO har ikke hatt innvendinger til tingrettens bevisbedømmelse som gjelder spesielt for denne perioden. Lagmannsretten kan for sin del ikke se at saken bevismessig står i noen nevneverdig annen stilling i denne perioden, enn i den foregående. Lagmannsretten mener det er et solid bevismessig grunnlag for at det også i disse ukene var nødvendig med en utvidet administrasjon og arbeidsledelse, samt pålagt overtid. Lagmannsretten finner det bevist at dette var en direkte konsekvens av forseringen, som BSO bar risikoen for, og at disse merkostnadene ikke ville vært pådratt uten forseringen.

Det har ikke vært reist konkrete innvendinger til timeantallet for kostnadspostene for overtid og administrasjon fra BSOs side, utover de generelle innvendingene som er drøftet for kravet for den foregående perioden. Lagmannsretten finner at begge deler er sannsynliggjort som nødvendige merkostnader som følge av forseringen.

Når det konkret gjelder omfanget av innleid mannskap for denne perioden, er dette grundig drøftet av tingretten på s. 52-53 i dommen. Lagmannsretten har i drøftelsen for uke 33 til 41 lagt til grunn at EK hadde planlagt med noe flatere bemanning enn det som var påkrevd med det driftsopplegget som var planlagt, og at EK burde hatt fire flere faste ansatte på prosjektet. Lagmannsretten kan ikke se at det er konkrete holdepunkter for at dette stiller seg annerledes for uke 42 til 46, og slutter seg til tingrettens vurdering.

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet ikke fører frem, og at EK har sannsynliggjort merkostnader som følge av forseringen i denne perioden i tråd med det som tingretten har lagt til grunn, på kroner 784 022.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for forseringskravet for perioden fra 28. desember 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.3.2. Plunder og heft

I samme brev av 29. november 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for uke 42 til 46 på kroner 1 092 600. Kravet er basert på den samme tilnærmingen som for det tilsvarende kravet for uke 33 til 41, hvor EK har beregnet merkostnadene ved ineffektiv drift som følge av forhold BSO har risikoen for etter kontrakten. Det er redegjort for beregningsmåten i drøftelsen ovenfor, og lagmannsretten viser til dette. For denne perioden gjorde EK gjeldende at det forelå en ineffektiv drift på 32 % som BSO var ansvarlig for, og som ga seg utslag i et merforbruk på 2046 montørtimer.

Tingretten kom til at kravet var sannsynliggjort, men at kravet måtte reduseres noe for å ta hensyn til at deler av arbeidene var utført av lærlinger, hvor timeprisen var lavere enn for montører. Tingretten tilkjente samlet kroner 1 051 560 i tilleggsvederlag.

EK har ikke påanket tingrettens utmåling, og gjør gjeldende at dommen bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisbedømmelse. BSO har påanket også denne delen av dommen, og har gjort gjeldende de samme innsigelsene som de gjør for kravet for uke 33 til 41.

Lagmannsretten legger til grunn de samme rettslige utgangspunktene som for avgjørelsen av kravet i foregående periode. For øvrig anser lagmannsretten at bevisituasjonen i det alt vesentlige står i samme stilling for denne perioden, som for uke 33 til 41. EK har underbygget plunder og heft-kravet på samme måte i denne perioden. Det er dokumentert gjennom forseringsrapporter fra perioden hvordan forsinkelser, forstyrrelser og andre forhold som BSO er ansvarlig for har påvirket driftsopplegget og ført til nedsatt produktivitet. Det er dokumentert at det er foretatt en konkret beregning av ineffektiv drift basert på en inntjent verdi-analyse, samt at det er foretatt løpende faglige vurderinger av den ineffektive driften. Som et eksempel på det sistnevnte, viser lagmannsretten til det som er beskrevet for uke 44 i forseringsrapporten for denne perioden, hvor det står følgende:

Det er høy grad av urasjonell drift i forhold til produsert. Faglig vurdering fra basmontører, prosjektleder og prosjektlederassistent er at det brukes fortsatt godt over 40% i ekstra tidsforbruk på aktiviteter grunnet parallelle aktiviteter og gjentakende flytting av mannskap til nye oppgaver og manglende tilkomst. Avvik sendt 29.10.19. Komplettering HB DEL4 Plan 10 må utsettes. Det gjenstår lukking og montasje av fast- og systemhimlinger, ferdigstilling av toaletter, lukking av sjakter, maling, spilehimling i AKS Avvik sendt 30.10.19 Komplettering i HB DEL4 Plan 20 må utsettes. Det gjenstår lukking og montasje av fast- og systemhimlinger, ferdigstilling av toaletter, lukking av sjakter, maling. Avvik sendt 29.10.19. Komplettering i HB DEL1 alle etasjer kan ikke ferdigstilles. Det gjenstår å montere og koble underfordelinger i EL-sjakt akse 3-4 Plan 01 og 30 pga manglende tilkomst i sjakt.

Det er også tilsvarende konkrete beskrivelser av situasjonen i de øvrige ukesrapportene, som er tidsnære bevis som dokumenterer hvordan EK har gjort faglige vurderinger av ineffektiv drift underveis, i tillegg til de øvrige målinger og vurderinger som er nevnt over.

Lagmannsretten kan for øvrig vise til tingrettens grundige bevisvurdering når det gjelder den faktiske situasjonen, jf. dommen punkt 7.5.8.2. For denne perioden er det også gjort et skjønnsmessig fradrag på 11 % for forhold EK selv bærer risikoen for, slik som for uke 33 til 41. Lagmannsretten er enig med tingretten i at EK har fremlagt vektige bevis som underbygger at det effektivitetstapet selskapet har hatt i perioden som følge av forhold BSO har risikoen for er på 32 %, som tilsvarer 1821 montørtimer. Som understreket av Høyesterett i HAB-dommen, vil bevisbyrden skifte og gå over til byggherresiden dersom entreprenøren har fremlagt vektige bevis for sitt krav, jf. avsnitt 74. BSO har ikke hatt innvendinger som knytter seg spesielt til tingrettens bevisvurdering for denne perioden, og har heller ikke ført bevis som konkret imøtegår de beskrivelser EK har støttet seg på fra forseringsrapporter og andre tidsnære bevis. Innvendingene fra BSO har vært på et mer overordnet plan, og lagmannsretten viser til behandlingen av disse over.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag med kroner 1 051 560. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for kravet på plunder og heft for perioden fra 28. desember 2019. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.4 Forsering og plunder og heft for uke 47 til 51 i 2019

6.5.7.4.1 Forseringskostnader

I brev 23. desember 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for forseringskostnader for uke 47 til 51 med kroner 791 973, som senere ble revidert til kroner 844 362, basert på ytterligere dokumentasjon. Kravet besto av følgende poster:

4 Forseringskost - mannskap uke 47 til 51 (2019)						844 362
4.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	1904		209 440
4.2	Pålagt overtid 50%	1	300	68		20 400
4.3	Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	225		166 500
4.4	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	202		139 380
4.5	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640	208		133 120
4.6	BAS forseringslag Gjermund Volden	1	640	312	68 %	135 782
4.7	Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	1	39739			39 739

På samme måte som for foregående periode, kom tingretten til at timesatsen til Adrian Leman i post 4.5 måtte reduseres til kroner 600. Videre reduserte tingretten overtidsatsen i post 4.2 til kroner 190. Tingretten la også her til grunn at ikke all innleie av mannskap var knyttet til forhold BSO var ansvarlig for, men at noe skyldtes for flat bemanning fra EKs side. Tingretten la til grunn at EK burde hatt 12 egne montører på byggeplassen i perioden,

mens EK i snitt hadde hatt 8,5 montører. Basert på denne differansen, nedjusterte tingretten timeantallet i post 4.1 til 1 773. Tingretten fant at de øvrige merkostnadene var sannsynliggjort som direkte følge av forseringen, som BSO var ansvarlig for. Samlet tilkjente tingretten EK kroner 805 664 i tilleggsvederlag for forseringskostnader.

EK har ikke påanket tingrettens utmåling, og gjør gjeldende at dommen bygger på korrekt rettsanvendelse og bevisbedømmelse. BSO har påanket også denne delen av dommen, og har gjort gjeldende de samme innsigelsene til kravet som for de foregående periodene.

Som lagmannsretten har nevnt i drøftelsen for foregående periode, varslet EK i brev 29. november 2019 at det i løpet av oktober og november var inntrådt ytterligere betydelige forsinkelser. EK gjorde derfor i brevet gjeldende at det var behov for å trappe opp forseringen for å klare kontraktens frister. Dette er behandlet av tingretten, og lagmannsretten gjengir følgende om dette fra dommen (s. 62):

Retten vil gå nærmere inn på fremdriftsavvikene nedenfor i punkt 7.5.9.3, men det er etter rettens syn sannsynlig at de forhold som er beskrevet, sammenholdt med det som fremkommer i EKs brev 12. og 25. november 2019, har ført til ytterligere forsinkelser i prosjektet. Det fremgår at ventilasjon og rør er forsinket i forhold til den dagjeldende fremdriftsplanen, og fremdriftsavvikene viser med bilder at foranliggende fag er forsinket målt mot fremdriftsplanen fra juli 2019. Den 22. november 2019 ble det utarbeidet en ny revisjon av fremdriftsplanen, som viser ytterligere utsatt oppstart av EKs arbeider, for eksempel slik at arbeidene i kjelleren i Bygg Nord ble utsatt med 17 arbeidsdager, og arbeidene i første og andre etasje av Hovedbygget del 4 med 21 arbeidsdager.

BSO har ikke ført bevis for at EKs fremstilling av fremdriften i den nevnte perioden avviker fra dette, og etter rettens syn er det sannsynliggjort at det forelå en slik ytterligere forsinkelse på dette tidspunkt.

Denne beskrivelsen av ytterligere forsinkelser mot reviderte fremdriftsplaner, ble underbygget av vitneforklaringene fra de sentrale personene i EKs prosjektorganisasjon. Det ble i ankeforhandlingen også gjennomgått et brev og varsel om fristforlengelse fra 12. november 2019, hvor det var vedlagt fremdrifts- og avviksmeldinger med beskrivelser og bilder av ulike bygningsmessige forsinkelser. Lagmannsretten gjengir et utdrag fra det som ble dokumentert fra dette brevet:

Etter 26.10.19 har vi registrert og oversendt flere og hyppigere alvorligere avvik på manglende tilkomst og befarer selv de bygningsmessige forsinkelsene på arealer som vi snart skal ha oppstart på etter gjeldende forseringsplan. I dagens særmøte (12.11.19) innledet vi møte med at store endringer på våre aktiviteter i forseringsplanen vil få ytterligere fremdrifts og økonomiske konsekvenser for EK da vi har en ekstremt forsert bemanning og administrasjon med stram tidslinje imot en allerede komprimert/forsert slutfase av prosjektet.

Heller ikke for lagmannsretten har BSO ført bevis som viser at EKs fremstilling av de ytterligere forsinkelsene som oppsto i løpet av oktober og november 2019 er feilaktig. Lagmannsretten anser det sannsynliggjort at det i løpet av den perioden som behandles tilkom ytterligere forsinkelser som hindret fremdriften i EKs elektroarbeider. Det følger av de fremdrifts- og avviksmeldinger som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, at forsinkelsene i all hovedsak knyttet seg til manglende tilkomst og at foranliggende fagområder ikke hadde ferdigstilt sine arbeider. Lagmannsretten er enig med tingretten i at forsinkelsene gjaldt forhold BSO var ansvarlig for etter kontrakten, jf. NS 8417 punkt 22.3 og punkt 34.1.2. Lagmannsretten er videre enig med tingretten, når den legger til grunn at de samlede forsinkelsene i prosjektet var langt utenfor den tålegrensen som kan utledes av EKs samordningsplikt, jf. kontrakten punkt 2.7.4.

Det er noe uklart om tingretten har tatt stilling til om de forsinkelsene og fremdriftshindringene som oppsto i løpet av denne perioden, ga grunnlag for ytterligere fristforlengelser etter kontrakten punkt 33.1, *i tillegg til* den fristforlengelsen det allerede var lagt til grunn at EK hadde krav på. Bevisene tilsier at EK hadde krav på ytterligere fristforlengelse, men dette er det strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til. Det sentrale for lagmannsretten er at de ovennevnte forhold sannsynliggjør at det også i denne perioden var nødvendig med de forseringstiltakene som EKs krav for perioden bygger på, og at dette hadde sammenheng med forhold BSO hadde risikoen for.

Når det gjelder de konkrete postene i forseringskravet, finner lagmannsretten at det er sannsynliggjort merkostnader til økt administrasjon og overtid i tråd med det som er krevet i post 4.2 til 4.6. Lagmannsretten mener EK kunne gjennomført prosjektet i denne perioden med de administrative ressursene som var planlagt, og at det var fremdriftsutfordringene og forseringen som var årsaken til merkostnaden ved økte administrative ressurser og overtid. EK har ikke påanket tingrettens reduksjon av timesatser for overtid og for basen Adrian Leman, og BSO har heller ikke hatt særskilte innvendinger til timesatsene. Lagmannsretten anser at de samme timesatsene må legges til grunn for denne perioden.

I denne perioden er det også krevet dekket 312 timer for Gjermund Volden som ekstra administrativ bas på forseringslaget, sammen med Adrian Leman. I lys av de ytterligere fremdriftshindringene som oppsto, er lagmannsretten enig med tingretten i at det er sannsynliggjort at det var behov for dette som følge av forhold BSO var ansvarlig for. Det er i kravet lagt til grunn at 68 % av Voldens oppgaver besto av administrative oppgaver, som er det som kreves dekket som en merkostnad. Lagmannsretten finner at det er sannsynliggjort at Volden hadde slike administrative oppgaver. EK har ikke påanket tingrettens reduksjon av Voldens timesats til kroner 600, og BSO har heller ikke hatt særskilte innvendinger til denne timesatsen. Lagmannsretten legger derfor samme timesats til grunn.

Når det gjelder innleie av mannskap, så var kravet for denne perioden i utgangpunktet dekning av merkostnader ved innleie for til sammen 1904 timer, jf. post 4.1. Tingretten reduserte som nevnt timeantallet ut fra den betraktning at EK burde hatt en egen bemanning på 12 montører. EK har ikke påanket dette. Lagmannsretten viser til sine tidligere vurderinger av EKs egen bemanning, som gjelder tilsvarende for denne perioden. Lagmannsretten mener det er sannsynliggjort at behovet for innleie av mannskap som følge av de nye forsinkelsene var like nødvendig i denne perioden, som i foregående perioder, og lagmannsretten slutter seg derfor til tingrettens vurdering.

Tingretten tilkjente også tilleggsvederlag for ekstrakostnader, jf. post 4.7. Det har ikke vært særskilte innvendinger til tingrettens vurdering, og lagmannsretten finner at også dette er sannsynliggjort som en ekstrakostnad ved forseringen.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for forseringskostnader for perioden med kroner 805 664. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for forseringskostnader for perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.4.2 Plunder og heft

I brevet 23. desember 2019 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for uke 47 til 51. Kravet er basert på den samme tilnærmingen som for de foregående perioder, hvor EK har beregnet merkostnadene ved plunder og heft som følge av forhold BSO har risikoen for. EK gjorde gjeldende at det forelå en ineffektiv drift på 11 % som BSO var ansvarlig for, og som ga seg utslag i et merforbruk på 298 montørtimer. EK gjorde for denne perioden ikke noe fradrag for egne forhold, og krevde samlet et tilleggsvederlag på kroner 178 800.

Tingretten fant at EK hadde fremlagt viktige bevis som underbygget kravet, men kom til at det var riktig å gjøre et skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %, slik at utgangspunktet blir 268 timer. I tillegg ble kravet nedjustert for å ta hensyn til at en del av timeforbruket gjaldt lærlinger med lavere timesats, slik som for tidligere perioder. Tingretten la til grunn 33,5 timer á kroner 420 og 134,5 timer á kroner 600, til sammen kroner 94 770. Lagmannsretten bemerker at tingretten har foretatt en feilregning ved utmålingen, da det mangler 100 timer basert på de forutsetninger tingretten legger til grunn (268 timer – 33,5 timer = 234,5 timer). EK har ikke påanket utmålingen for denne perioden. Lagmannsretten kommer tilbake til betydningen av dette nedenfor. BSO har

derimot påanket denne delen av dommen, og bestridt at det er grunnlag for å utmåle tilleggsvederlag for plunder og heft.

Det ble i ankeforhandlingen dokumentert fra forseringsrapporter utarbeidet for perioden, og de beregninger av ineffektiv drift som er utarbeidet. Disse bevisene sannsynliggjør etter lagmannsrettens oppfatning at det både besto forhold, og inntrådte nye, som BSO var ansvarlig for etter kontrakten, og som førte til forstyrrelser og nedsatt produktivitet i EKs arbeidsoperasjoner. For denne perioden er det dokumentert at EK varslet om både forsinkelser og fristforlengelse som følge av fremdriftshindringer. Som nevnt er EKs konkrete krav i perioden basert på samme tilnærming til utmålingen som for foregående perioder. Basert på bevisførselen i ankeforhandlingen, mener lagmannsretten det er sannsynliggjort at EK er påført merkostnader i den størrelsesorden som er krevet, og at disse ikke ville oppstått dersom de forhold BSO er ansvarlig for tenkes borte. BSO har heller ikke for denne perioden ført bevis, som motbeviser de forhold på byggeplassen som ligger til grunn for EKs krav.

Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å gjøre ytterligere fradrag for EKs egne forhold, enn det fradraget som er gjort av tingretten. Lagmannsretten nevner i den forbindelse at det ble dokumentert at EKs egne faglige vurderinger av ineffektiv drift i perioden var på 11-18 %. Det er på denne bakgrunn vanskelig å se at tingrettens fradrag skulle vært større.

Lagmannsretten kan etter dette ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EKs krav for perioden er sannsynliggjort. Som nevnt over, har imidlertid tingretten gjort en regnefeil, da det i regnestykket som ligger til grunn for utmålingen har forsvunnet 100 timer á kroner 600. Ingen av partene kommenterte dette i ankeforhandlingen. Lagmannsretten mener dette skyldes en klar feil fra tingrettens side. Etter lagmannsrettens syn kan det korrigeres for denne regnefeilen innenfor rammen av ankesaken. Selv om utmålingen av denne posten ikke er påanket særskilt, er kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft påanket og er en del av ankesaken. Den korreksjonen lagmannsretten foretar, innebærer heller ikke at det beløpet som utmåles går utover det som ble tilkjent av tingretten, jf. tingrettens domsslutning punkt 2. Lagmannsretten kommer på denne bakgrunn til at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag med kroner 154 770. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for kravet på plunder og heft for perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.5 Forsering og plunder og heft for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020

6.5.7.5.1 Forseringskostnader

I brev 12. februar 2020 fremsatte EK et spesifisert krav om dekning av forseringskostnader pådratt for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020 med kroner 768 120. Dette ble senere revidert til kroner 753 463 basert på ny underlagsdokumentasjon. Det fremgår av brevet at EK samtidig varslet om nye forsinkelser, og det ble påpekt at BSO hadde avslått selskapets tidligere krav om fristforlengelse. Lagmannsretten kommer tilbake til dette straks nedenfor. Av brevet fremgikk følgende kostnadsposter som ble krevd dekket av BSO:

5 Forseringskost - mannskap uke 52 (2019) til uke 5 (2020)					753 463
5.1	Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	1976	217 360
5.2	Pålagt overtid 50%	1	300	134	40 200
5.3	Pålagt overtid 100%	1	600	14	8 400
5.4	Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	209	154 660
5.5	Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	206	142 140
5.6	BAS forseringslag Adrian Edmund Leman	1	640	155	99 200
5.7	BAS forseringslag Gjermund Volden	1	640	170	70 % 76 160
5.8	Overtidsmat (forseringskost for stillas, gardintrapp mm medtatt i post 1.4)	1	15343		15 343

Tingretten fant at kravet om tilleggsvederlag for merkostnader var sannsynliggjort også for denne perioden, med unntak av post 5.8 overtidsmat. Tingretten viste ellers til tidligere drøftelser av det som gjaldt timesatser og administrative kostnader, og foretok en viss nedjustering av kravet ut fra dette. Totalt ble det tilkjent kroner 709 340 som tilleggsvederlag for forseringskostnader i perioden.

EK har ikke gjort gjeldende at tingrettens utmåling av tilleggsvederlaget er feil, med unntak av det som gjelder post 5.8 for overtidsmat. BSO har påanket også denne delen av dommen, og har vist til de samme innvendinger som for øvrige perioder.

Lagmannsretten er i likhet med tingretten kommet til at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for merkostnader som følge av forseringen også for denne perioden. Lagmannsretten vil for sin del legge til at det er sannsynlig at de ytterligere forsinkelsene som oppsto i løpet av oktober og november 2019, forplantet seg inn i denne perioden. På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen mener lagmannsretten det er sannsynliggjort at det i denne perioden besto en svært krevende forseringssituasjon for EK, hvor forholdene på byggeplassen fremsto uoversiktlig og preget av manglende fremdriftsstyring og koordinering fra BSOs side. Dette underbygges av forklaringene til både Anders Dahl og Nicolai Laache, samt forklaringen til Sven Windhager. Som nevnt over, er situasjonen beskrevet i EKs brev til BSO 12. februar 2020. Lagmannsretten finner grunn til å gjengi utdrag fra dette brevet:

I henhold til gjeldende fremdriftsplan (rev 43 av 03.12.19) skal det etter planen nå i februar kun være de tekniske fagene som skal utføre produksjon, innregulering, test og kontroll i hovedbygget og bygg nord samt montering av himlingsplater i grid, belegg i trapp og vasking i Bygg nord. Dette er langt fra realiteten på byggeplassen. Den 05.02.20 sendte Backe ut en 3 ukersplan som viser noen av de bygningsmessige

forsinkelsene i prosjektet. Det er pr. 10.02.20 registret over 95 håndverkere på byggeplassen. Dette vises hvor tett opp til mekanisk ferdigstilling forangående bygningsmessige fag til Backe er, og hvor krevende det er for oss å produsere rett etter og samtidig med forangående aktiviteter så tett opptil milepælen. Dette er ikke rasjonelt på noen som helst måte at man går så mange oppå hverandre og hele tiden venter på at forangående fag skal bli ferdig for selv raskt å kunne komme i gang.

En av årsakene til forsinkelsene er at Backe har hatt alt for lite stedlig byggeledelse på prosjektet gjennom høsten til å klare styre, koordinere samt følge opp den reviderte fremdrifts- / forseringsplanen som ble utarbeidet 09.07.19 og som senere har blitt revidert gjentatte ganger. Forholdene har blitt tatt opp med Backe ved gjentatte anledninger der vi har anmodet Backe om å øke deres stedlige byggeledelse, uten at det er gjort.

[...]

Som følge av at Backe pr 11.02.20 ikke gir berettigede fristforlengelse øker presset ytterligere på prosjektleder, prosjektlederassistent, baser og montører med spesifikke ansvarsområder. Strikken er allerede strukket langt og vi varsler nå bekymring for helse, miljø og sikkerhet på prosjektet. Det har blitt gjennomført samtaler på plassen for å ivareta våre prosjektdeltakere. Tilbakemeldingene vi får er at prosjektet begynner nå å bli en stor belastning på familieliv og helse da det stilles nesten uoppnåelige krav fra Backe.

De fremdriftshindringene og forsinkelsene som er beskrevet i dette brevet fra EK, er underbygget gjennom forseringsrapporten for samme periode, som ble gjennomgått i ankeforhandlingen. Slik lagmannsretten ser det, har EK sannsynliggjort at det i denne perioden besto en krevende forseringssituasjon, som i tillegg ble ekstra krevende som følge av ytterligere fremdriftshindringer. De ovennevnte bevisene taler videre for at BSO i denne perioden hadde for liten stedlig byggeplassledelse, og ikke på forsvarlig vis utførte plikten som totalentreprenør til å koordinere aktørene og styre fremdriften. Det siste har også støtte i rapporten utarbeidet av UBFs byggeleder Advansia, som lagmannsretten har gjennomgått tidligere.

Lagmannsretten mener det er klart sannsynliggjort at det som følge av disse forholdene var behov for ekstra ressurser til administrasjon og arbeidsledelse, samt fortsatt innleie av mannskap i det omfang som ble gjort. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det for denne perioden ikke er bevismessig grunnlag for å si at EK burde hatt en høyere bemanning med egne ansatte montører. Merkostnadene ved innleie kan fullt ut tilbakeføres til forhold BSO er ansvarlig for. Det er etter lagmannsrettens syn ingen holdepunkter for at de nevnte merkostnadene i denne perioden ville oppstått med det produksjonsopplegget EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen, selv med slike endringer som EK hadde måttet akseptere.

I likhet med tingretten, finner lagmannsretten at overtidsbruken i perioden var nødvendig. For øvrig legges de samme justeringer av timesatser og overtidssatser til grunn som for foregående perioder, da dette står i samme stilling rettslig sett.

På ett punkt er lagmannsretten likevel uenig med tingretten. Tingretten fant at det ikke var sannsynliggjort merkostnader til overtidsmat for perioden, og trakk derfor ut kostnadspost 5.8 på kroner 15 343. For lagmannsretten ble underlagsdokumentene for betaling av overtidsmat gjennomgått, og lagmannsretten finner at også denne kostnadsposten er sannsynliggjort som en nødvendig følge av forseringen.

På denne bakgrunn kommer lagmannsretten til at EK har sannsynliggjort at de har krav på tilleggsvederlag for perioden med samlet kroner 724 683. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører derfor ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for forseringskostnader for denne perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.5.2 Plunder og heft

I det samme brevet 12. februar 2020 fremsatte EK et spesifisert krav om tilleggsvederlag for plunder og heft for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020 på kroner 624 000. Kravet er beregnet på samme måte som lagmannsretten har redegjort for tidligere, og er basert på et effektivitetstap på 36 %, eller 1040 montørtimer, som hevdes å knytte seg til forhold BSO er ansvarlig for.

Tingretten fant at EK hadde fremlagt vektige bevis som underbygget kravet, og at BSO ikke hadde ført bevis som tilsa et annet resultat. Tingretten fant samtidig at det var riktig å gjøre et skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %, og tilkjente på denne bakgrunn kroner 540 540 i samlet tilleggsvederlag. Samtidig ble kravet for denne perioden nedjustert for å ta hensyn til at en del av timeforbruket gjaldt lærlinger med lavere timesats, slik som for tidligere perioder.

EK har ikke påanket utmålingen, og har følgelig akseptert den nedjusteringen av kravet tingretten foretok. BSO har påanket også denne delen av dommen, og bestrider at det er grunnlag for å utmåle tilleggsvederlag for plunder og heft. BSO har imidlertid heller ikke her gjort gjeldende innvendinger som knytter seg spesielt til denne perioden, men viser til innvendingene for tidligere perioder.

Tingretten har funnet det bevist at «problemene med forsinkelser hos foranliggende fag i denne perioden ble verre sammenlignet med perioden før jul 2019», og har støttet seg på

beskrivelsen i EKs brev og de underliggende forseringsrapportene, jf. dommen s. 67-68. Lagmannsretten er enig i dette, og viser for sin del til bevisvurderingen for forseringskravet ovenfor. De forhold som er fremhevet der, underbygger at det inntrådte nye forsinkelser og avvik fra produksjonsopplegget, noe BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det er sannsynliggjort at en avledet konsekvens av dette var nedsatt produktivitet for EKs arbeidsutførelse, og at dette gjaldt både faste montører og innleid mannskap. Det ble i ankeforhandlingen dokumentert fra forseringsrapporten fra perioden, og lagmannsretten finner grunn til å gjengi fra noe av det som ble dokumentert for uke 3 i 2020:

Uke 03 13.01.20 til 17.01.20

1110 prosjekttimer.

Prosjektaktiviteter og fremdriftsfront:

HB DEL2 Plan 30 Komplettering

HB DEL3 Trapp Komplettering

HB DEL1 Trapp Komplettering

GS Plan 10 Komplettering

Tilbakeganger på arealer hvor vi ikke tidligere har hatt tilkomst. Komplettering i HB DEL1 trapp kan ikke påstartes, da 40mms plater er ikke montert. Vi er avhengig av himlingsmontasje for å komplettere. Komplettering i HB DEL3 trapp startes, selv om maleren er ikke helt ferdig. Utsparinger i himling for lamper er delvis for stort eller for lite. Det brukes ekstra tid for å varsle BSO og tømmer. Istedenfor å komplettere ferdig i en etasje/repo må det flyttes videre til neste etasje/repo for å gjøre det som kan gjøres. Stiger og utstyr må flyttes unødvendig. Det går flere dager før utsparinger er utbedret og montøren må settes til andre arbeidsoppgaver. Ingen av etasjene i HB DEL4 kan 100% ferdigstilles da det er fortsatt mindre arealer som er ikke klargjort fra foregående fag. Flere arealer i HB DEL4 alle etasjer har blitt klart i romjulen og vi må komplettere i hver etasje samtidig. Likevel er det fortsatt mindre arealer ikke klart som gjør at komplettering i en etasje ikke kan 100% fullføres. Det har blitt vanlig på prosjektet med tilbakeganger, utfordrende logistikk, lagring, orientering, trange forhold med mange folk i samme områder. Oppfølging av BSO er ikke tilstede og vi må henvise igjen over områder som er forsinket. Det avholdes internt forseringsmøte med prosjektstab 14.01.20 og 16.01.20 det blir brukt mye tid i møtene for å evaluere ny forseringsplan. Hvis den urasjonelle driften fortsetter må vi ytterligere pålegge mer overtid. [...]

Faglig vurdering og måling i perioden er 30-36% ekstra tidsforbruk på forskjellige aktiviteter grunnet parallelle aktiviteter og gjentakende flytting av mannskap til nye oppgaver og manglende tilkomst. I tillegg pålegges det overtidarbeider.

Dette er et tidsnært bevis som etter lagmannsrettens syn underbygger hvordan både forseringssituasjonen og de stadige forsinkelsene hos foranliggende fagområder medførte produktivitetsnedsettelser for EK. Tilsvarende forhold fremgår også av de øvrige ukesrapportene som ble gjennomgått i lagmannsretten. BSO har som tidligere nevnt, ikke ført konkrete bevis som imøtegår disse beskrivelsene av forholdene på byggeplassen i den aktuelle perioden.

EK har som tidligere nevnt beregnet den ineffektive driften for perioden på samme måte som for de øvrige periodene. Basert på bevisførselen i ankeforhandlingen, mener

lagmannsretten det er sannsynliggjort at EK er påført merkostnader for plunder og heft i den størrelsesorden som er krevet, og at disse merutgiftene ikke ville ha oppstått dersom de forhold BSO er ansvarlig for tenkes borte. Tingretten kom til at det var riktig å gjøre et skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %. Dette er ikke påanket av EK. Lagmannsretten kan ikke se at det for denne perioden er bevismessig grunnlag for å gjøre noe større fradrag.

Lagmannsretten kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved tingrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, og finner at EK har sannsynliggjort kravet om tilleggsvederlag for plunder og heft for perioden med kroner 540 540, som er samme beløp som tingretten kom til. BSOs anke over tingrettens dom på dette punktet fører ikke frem.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.6 Forsering og plunder og heft for uke 6 til uke 12 i 2020

6.5.7.6.1 Forseringskostnader

EKs krav om forseringskostnader for denne perioden ble fremsatt i brev 7. mai 2020, og hensyntatt senere revisjon på grunn av ny underlagsdokumentasjon var kravet kroner 1 158 316. Av brevet fremgikk følgende poster som merkostnader ved forseringen som ble krevet dekket som tilleggsvederlag:

6 Faktisk forseringskost - mannskap uke 06-12 (2020)						1 158 316
6.1 Økte kostnader for innleid bemanning	1	110	2293	100 %	252 230	
6.2 Pålagt overtid 50% (+ 39 timer for uke 52-05) (Fratrukket -68 timer covid 19)	1	300	245	100 %	73 500	
6.3 Pålagt overtid 100% (+ 22,5 timer for uke 52-05) (Fratrukket -3 timer covid 19)	1	600	358,5	100 %	215 100	
6.4 Prosjektkoordinator Anders Dahl	1	740	246	100 %	182 040	
6.5 Prosjektlederassistent Sven Windhager	1	690	351	100 %	242 190	
6.6 BAS forseringslag Adrian Edmund Leman - Avsluttet basrollen uke 08	1	640	32	100 %	20 480	
6.7 BAS forseringslag Gjermund Volden	1	640	312	70 %	139 776	
6.8 Stillas, gardintrapp, arbeidsklær, verneutstyr, verktøy, overtidsmat	22	1500			33 000	

Som det fremgår av kostnadsoppstillingen, gjelder kravet en del av perioden etter utbruddet av covid-19. EK har trukket ut en del overtidstimer som selskapet mener relaterer seg til denne situasjonen og som BSO ikke har risikoen for etter kontrakten.

Tingretten fant at kravet om tilleggsvederlag for merkostnader ved forseringen var sannsynliggjort også for denne perioden, med unntak av kostnader til overtidsmat og ekstra utstyr, jf. post 6.8. Tingretten viste ellers til tidligere drøftelser av det som gjaldt timesatser og administrative kostnader, og foretok en nedjustering av kravet ut fra dette. Totalt ble det tilkjent kroner 1 009 670 som tilleggsvederlag for forseringskostnader i perioden.

EK har ikke gjort gjeldende at tingrettens utmåling av tilleggsvederlaget er feil, med unntak av det som gjelder post 6.8 for overtidsmat og ekstra utstyr. BSO har derimot påanket denne delen av dommen, og har vist til de innvendinger som er gjort gjeldende for de øvrige perioder.

Om denne perioden skriver tingretten følgende:

Etter rettens syn er det sannsynliggjort at forseringssituasjonen fortsatt besto, og at den var særlig krevende i denne fasen. Fasen omfatter den siste innspurten før mekanisk ferdigstilling for samtlige bygg. Den omfatter videre deler av slutfasen, som på grunn av BSOs forhold var blitt redusert fra fire måneder til to måneder. Slutfasen, som innebærer innregulering, test og idriftsettelse av samtlige anlegg, er krevende i en elektroentreprise. Det er sannsynlig at den svært reduserte slutfasen innebar en stor utfordring for EK, og at det var nødvendig å sette inn betydelige ressurser for å få den gjennomført innen de frister som gjaldt.

Lagmannsretten kan slutte seg til denne vurderingen. Bevissituasjonen om disse forholdene står ikke i noen nevneverdig annen stilling for lagmannsretten, enn for tingretten. Både Nicolai Laache og Anders Dahl forklarte i lagmannsretten at det som var særskilt komplisert i denne perioden, var at man som følge av forsinkelsene og forseringssituasjonen også måtte utføre arbeider som normalt skulle vært utført i slutfasen. Dette er underbygget gjennom de brev EK skrev til BSO i denne fasen, og i forseringsrapportene. I forseringsrapporten for uke 8 skriver EK følgende:

Det jobbes pålagt overtid for å bli ferdig. Kommer først nå i gang med komplettering i HB DEL4 Plan 01. Arealet er flere måneder forsinket pga vannlekkasjer og dårlig oppfølging i fremdrift av Backe. Pga nærstående mekanisk ferdigstilling blir alle fag pålagt å ferdigstille arealet og det er meget krevende og urasjonell å jobbe på et lite areal med flere forskjellige faggrupper. Arealet blir også igjen delvis stengt pga gulvlegging og meget dårlig samordning/planlegging fra Backe sin side. Det må også jobbes med prosjektering da det nå begynner å komme avklaringer fra RØR/VENT/Automatikk på over 87 installasjoner som det er gitt fristforlengelse på. Arbeidet er meget krevende for automatikkbas og det må settes opp flere montørlag for å påstarte arbeider etterhvert som avklaringer kommer. Det må åpnes himlinger og vegger for kabling av nye HLS/SD komponenter. Byggeplassen oppleves denne uken som ekstremt kaotisk alle fag jobber for å bli ferdig uten at Backe har kontroll og koordineringsevnen eller viljen grunnet alt for lite ressurser på byggeplassen. [...] Det avholdes internt forseringsmøte med prosjektstab 18.02.20 og 20.02.20 det besluttet at det også denne helgen må jobbes pålagt overtid hverdager og helg for å kunne å klare milepæl mekanisk ferdigstilling.

Dette er et tidsnært bevis som dokumenterer situasjonen på byggeplassen i perioden, og det underbygger at forseringssituasjonen var krevende i denne fasen. Riktignok er dette en beskrivelse fra EKs side, men BSO har etter lagmannsrettens syn ikke ført bevis som tilbakeviser beskrivelsen i rapportene, eller i EKs brev i perioden. Lagmannsretten anser

det derfor sannsynliggjort at det påløp merkostnader som følge av forseringen og fremdriftshindringer som BSO var ansvarlig for i denne perioden, og at det kravet som er fremmet av EK ikke går utover det som kan tilbakeføres til dette. Lagmannsretten er følgelig enig med tingretten i at de ekstra ressursene til administrasjon som kreves dekket for denne perioden, ikke ville ha påløpt dersom forseringssituasjonen tenkes borte. Dette inkluderer kostnaden for de administrative oppgaver Gjermund Volden gjorde i denne perioden, som også lagmannsretten mener er sannsynliggjort.

Lagmannsretten slutter seg videre til tingrettens vurdering av at det var nødvendig og påregnelig med innleie av mannskap i det omfang som ble gjort i denne perioden, og at det var som følge av forseringssituasjonen. Det samme gjelder overtidbruken, og lagmannsretten viser på dette punktet til det som er beskrevet om nødvendigheten av overtid i forseringsrapporten. Det anses sannsynliggjort at det i denne perioden ble satt inn ekstra ressurser for å nå kontraktens tidsfrister for mekanisk ferdigstillelse, samtidig som det ble nødvendig å utføre arbeider som normalt ville vært utført i slutfasen. Heller ikke lagmannsretten finner at det er grunnlag for å gjøre noe fradrag for at EK burde hatt en høyere andel egne ansatte i denne perioden. For øvrig legger lagmannsretten til grunn at det må gjøres de samme justeringer i timesatser og overtidssatser som er gjort for foregående perioder.

I motsetning til tingretten, finner derimot lagmannsretten at kostnadene til overtidsmat og ekstra utstyr i post 6.8 på kroner 33 000 er sannsynliggjort.

Lagmannsretten kommer derfor til at EK har krav på tilleggsvederlag for forseringskostnader for denne perioden på kroner 1 042 670.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget for denne perioden fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.5.7.6.2 Plunder og heft

I samme brev 7. mai 2020 fremsatte EK krav om kroner 945 744 i tilleggsvederlag for plunder og heft. Kravet er beregnet på samme måte som lagmannsretten har redegjort for tidligere, og er i utgangspunktet basert på et effektivitetstap på 45 % i perioden, eller 1882 montørtimer, som hevdes å knytte seg til forhold BSO er ansvarlig for. EK gjorde i tillegg et fradrag på 306 montørtimer for forhold knyttet til covid-19, som selskapet mente ikke hadde årsakssammenheng med BSOs ansvar etter kontrakten.

Tingretten fant at EK hadde fremlagt vektige bevis som underbygget kravet, og at BSO ikke hadde ført bevis for noe annet. Tingretten kom imidlertid til at det var riktig å gjøre et ytterligere skjønnsmessig fradrag for EKs egne forhold på 10 %. I tillegg korrigerste

tingretten for lavere timepris for lærlinger, og tilkjente etter dette samlet kroner 801 750 i tilleggsvederlag for perioden.

EK har ikke påanket utmålingen. BSO har påanket også denne delen av dommen, og bestrider at det er grunnlag for å utmåle tilleggsvederlag for plunder og heft. BSO har heller ikke her gjort gjeldende innvendinger som knytter seg spesielt til denne perioden, men viser til innvendingene for tidligere perioder.

På bakgrunn av bevisførselen i ankeforhandlingen, mener lagmannsretten EK har sannsynliggjort kravet for perioden. Det er fremlagt og gjennomgått forseringsrapport for perioden som underbygger at det forelå forhold som BSO svarer for etter kontrakten, og som i stor grad ledet til nedsatt produktivitet og forstyrrelser i EKs arbeidsutførelse og produksjonsopplegg. Lagmannsretten har ovenfor ved behandlingen av forseringskravet trukket frem forseringsrapporten for uke 8, og dette tidsnære beviset underbygger også at det i stor utstrekning inntrådte forhold som var BSOs risiko etter kontrakten, og som hadde avledede og negative innvirkninger på EKs produktivitet. Lagmannsretten gjengir som et illustrativt eksempel, et utdrag fra denne:

Faglig vurdering og måling i perioden er 40-50% ekstra tidsforbruk på forskjellige aktiviteter grunnet meget høy grad av parallelle aktiviteter og gjentakende flytting av mannskap til nye oppgaver og manglende tilkomst. Det medgår mye tid til forflytninger, opprigga og nedrig av verktøy og stiger. Det medgår prosjektets største timeforbruk pr uke med 1 447 timer, grunnet så god planlegging som mulig av prosjektstab holdes den urasjonelle driften så lav som det er mulig basert på antall timer som produseres. Det forespørres også om det kan åpnes for arbeider på søndag 22.02.20.

Forseringsrapporten for denne uken, og de øvrige ukene som ble gjennomgått, viser at en betydelig andel av EKs arbeidsoperasjoner i denne perioden fikk fremdriftshindringer og forsinkelser. Det er etter lagmannsrettens syn godt underbygget at følgene av dette var at EKs øvrige arbeidsoperasjoner ble forstyrret og fikk nedsatt produktivitet. Mannskap måtte flyttes inn og ut av oppgaver, og utstyr måtte rigges opp og ned, avhengig av hvor man fikk tilkomst. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering av at det er ført vektige bevis for at EK er påført et vesentlig effektivitetstap i perioden, og at dette i all hovedsak knytter seg til forhold BSO har risikoen for etter kontrakten. Det er ikke sannsynlig at dette uansett ville inntruffet med det produksjonsopplegget EK la opp til med utgangspunkt i 26/11-planen. Lagmannsretten mener videre at det er sannsynliggjort at omfanget av dette er i den størrelsesorden som kreves dekket. Lagmannsretten bemerker at tingretten har gjort et fradrag på 10 % for forhold som ifølge tingretten relaterer seg til «eventuelle andre egne forhold» hos EK. Lagmannsretten har ikke innvendinger til dette, og mener det i alle fall ikke er sannsynlig at EK bærer risikoen for noen større andel av effektivitetstapet. For øvrig er lagmannsretten enig i at en andel av timene må korrigeres for lavere timesats for lærlinger, slik som for tidligere perioder.

Lagmannsretten kommer på denne bakgrunn til samme konklusjon som tingretten, og finner at EK har krav på tilleggsvederlag for plunder og heft for denne perioden på kroner 801 570.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

6.6 Særlig om kravet om plunder og heft fra uke 2 til uke 32 i 2019

I brevet 2. september 2019, hvor EK fremsatte krav om fristforlengelse med 4,5 måneder, ble det også fremsatt krav om tilleggsvederlag for merkostnader som følge av plunder og heft i perioden fra uke 2 til 32 i 2019. Kravet er beregnet med utgangspunkt i den inntjent verdi-analysen lagmannsretten har redegjort for tidligere. For denne perioden mente EK at det forelå et effektivitetstap på 30 %, noe som tilsvarte 2333 tapte montørtimer og kroner 1 399 516 i tilleggsvederlag. EK mente å kunne sannsynliggjøre at hele produktivitetstapet skyldtes forhold BSO har risikoen for etter kontrakten, og gjorde ikke fradrag for egne forhold.

Tingretten fant at BSOs innsigelser til kravet for perioden var prekludert og tilkjente kravet fullt ut, jf. punkt 7.5.6 i dommen. BSO har påanket dette, og anfører at det ikke er grunnlag for preklusjon av deres innsigelser, men at det er EKs krav som er prekludert. Videre anføres at det uansett ikke er materielt grunnlag for kravet. EK fastholder preklusjonsinnsigelsen, men hevder i alle tilfelle at det er materielt grunnlag for kravet.

Kravet for denne perioden skiller seg på flere punkter fra de øvrige plunder og heft-kravene. For det første gjelder det merkostnader pådratt *før* forseringstiltakene ble iverksatt. For de øvrige periodene har EK gjennomgående argumentert med en sammenheng mellom forseringssituasjonen og produktivitetsnedsettelsen. Slik sammenheng foreligger ikke for plunder og heft-kravet for denne perioden. I forlengelsen av dette påpeker lagmannsretten at bevissituasjonen stiller seg annerledes, ved at det i denne perioden ikke foreligger forseringsrapporter eller løpende effektivitetsmålinger fra EK. Det er også andre forskjeller, som lagmannsretten kommer tilbake til.

Lagmannsretten behandler først preklusjonsspørsmålene.

BSO anfører prinsipalt at EKs krav er prekludert etter NS 8417 punkt 34.1.3. Bestemmelsen lyder som følger:

Dersom TUE vil kreve justering etter første eller annet ledd [krav om plunder og heft], må han varsle totalentreprenøren særskilt uten ugrunnet opphold etter han blir eller burde ha blitt klar over at utgifter ville påløpe. Gir han ikke slikt varsel, taper

han retten til å påberope seg påløpte utgifter som grunnlag for krav på vederlagsjustering

Lagmannsretten anser at «uten ugrunnet opphold» normalt skal forstås som en meget kort frist, og at det må handles raskt etter at totalunderentreprenøren blir eller burde blitt klar over at slike utgifter ville påløpe. I kommentaren til den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405 i Marthinussen mfl. (2006) på s. 318 står det i tråd med dette at «Fristen er kort og entreprenøren vil bare ha noen få dager på seg.». I HR-2020-2254-A la Høyesterett til grunn at ordlyden «uten ugrunnet opphold» måtte forstås som om lag to uker i den konkrete saken for en reklamasjonsbestemmelse i NS 8401, jf. avsnitt 49 og 54. Høyesterett understreket samtidig at tidsbruken må vurderes konkret, blant annet hensett til kravets kompleksitet og entreprisens omfang. Lagmannsretten ser det slik at det normalt må varsles innen noen få dager, og at to uker ligger i ytterkant av varslingsfristen etter punkt 34.1.3.

Et annet spørsmål er hvilke krav som kan stilles til varslingsfristen og dets innhold. Ordlyden sier ikke annet enn at det må gis et «særskilt [...] varsel» om at det vil kreves vederlagsjustering for slike utgifter. Det er ikke naturlig å forstå dette dithen at varselet må begrunnes på noen inngående måte, eller at det må fremsettes et spesifisert krav. Lagmannsretten mener likevel det er naturlig å forstå ordlyden slik at det kreves at det er gitt et eget varsel som gjør det rimelig klart at totalunderentreprenøren mener slike utgifter vil påløpe, og at dette vil kunne danne grunnlag for et krav om vederlagsjustering fra hans side. Alminnelige lojalitetsbetraktninger underbygger denne tolkningen, da det er først ved et slikt varsel totalentreprenøren får oppfordring til å reagere og eventuelt sette inn tiltak.

BSO gjør gjeldende at et varsel som oppfyller bestemmelsens krav til varsel først er fremsatt i EKs brev 14. mai 2019 og at dette er for sent, ettersom EKs krav gjelder utgifter helt tilbake til uke 2, noe som betyr at selskapet må ha blitt kjent med utgiftene allerede tidlig i 2019. EK anfører derimot at særskilt varsel om krav om plunder og heft ble gitt første gang 28. januar, og deretter på nytt 16. april og 14. mai 2019.

Når det gjelder det påberopte varslingsfristen 28. januar 2019, så knyttet dette seg til en endringsmelding fra EK som primært gjaldt forsinket prosjekteringsunderlag fra rådgivende ingeniør og rørlegger. I endringsmeldingen er det også knyttet enkelte kommentarer til den omforente fremdriftsplanen, og det nevnes at det vil bli nødvendig å foreta tilbakegang på grunn av forsinket prosjekteringsunderlag, men at omfanget av dette er uklart. I meldingen står det videre følgende om konsekvensene av dette:

Vi er bekymret over at vi nå er i en situasjon hvor vi vil få utfordringer med å holde frister i omforent fremdriftsplan samtidig som vi skal utføre nødvendige tilbakegangsarbeider. Det varsles herved at vi er hindret i å ferdigstille alle våre produksjonsprosesser iht. gjeldende fremdriftsplan. Det er med stor sannsynlighet at andre fag vil få følgerelaterte konsekvenser. For eksempel montering av

systemhimling, spilehimling, luker, lukking av vegger, mm. De økonomiske og fremdriftsrelaterte konsekvensene vedrørende fristforlengelse/forlenget byggetid, urasjonell drift, tilbakegang og eventuell forsering av våre arbeider er ikke mulig for oss å beregne på det nåværende tidspunkt da underlag ikke foreligger.

Riktignok sies det i meldingen at det vil bli nødvendig med tilbakeganger, og det antydes økonomiske konsekvenser, herunder urasjonell drift. Samtidig står det at det ikke er mulig å beregne økonomiske eller fremdriftsrelaterte konsekvenser, og det er heller ikke fremmet noe eksplisitt krav om dette.

Lagmannsretten har kommet til at det EK skriver i endringsmeldingen 28. januar 2019 ikke oppfyller kravet til et «særskilt [...] varsel» etter NS 8417 punkt 34.1.3 tredje ledd. Som nevnt gjelder det neppe strenge krav til innholdet av et varsel etter bestemmelsen. Det må imidlertid kreves at det er rimelig klart at det påberopes økte utgifter grunnet plunder og heft, slik at totalentreprenøren får oppfordring til å reagere. Lagmannsretten kan ikke se at det er tilfelle for den nevnte endringsmeldingen. Lagmannsretten mener for øvrig at EK hadde oppfordring til å gi et tydelig varsel på dette tidspunktet, ettersom de merkostnadene EK krever dekket som plunder og heft går tilbake til uke 2. Det fremgår også av senere varsel, som lagmannsretten kommer tilbake til, at EK har regnet på produktivitetstapet helt tilbake fra uke 2. Det måtte derfor være klart for EK at det påløp nokså store utgifter grunnet plunder og heft på dette tidspunktet, og at det var grunn til å varsle tydelig om dette.

Det er ikke fra EKs side påberopt at det er gitt noe ytterligere varsel, før ved endringsmelding 014 som ble fremsatt 16. april 2019. Av dette varslet fremgår det som nevnt at EK har regnet på et tap som følge av plunder og heft tilbake til uke 2. Et eventuelt krav om tilleggsvederlag som gjelder perioden frem mot varslet 16. april 2019, må etter lagmannsrettens syn derfor uansett anses prekludert som følge av at det ikke er varslet uten ugrunnet opphold, jf. siste setning i punkt 34.1.3 tredje ledd.

Varslingsregelen i punkt 34.1.3 kan ikke forstås slik at totalunderentreprenøren ved dette mister retten til å kreve tilleggsvederlag for utgifter som ennå ikke er pådratt. Det følger av punkt 34.1.3 at det som prekluderes er retten til å påberope seg «påløpte utgifter» som grunnlag for vederlagsjustering, ikke retten til å kreve vederlagsjustering for utgifter som påløper etter dette. Denne tolkningen følger ikke bare av ordlyden, men er også lagt til grunn i juridisk teori, jf. Nordtvedt mfl. i kommentaren til den tilsvarende bestemmelsen i NS 8407 (1. utg.) s. 522.

Som nevnt påberoper EK også at det i endringsmelding 014 fra 16. april 2019 ble varslet om økte utgifter som følge av plunder og heft i tråd med punkt 34.1.3. Av meldingen fremgår at EK varslar om forsinkelser som følge av forhold BSO har ansvaret for, og at det vil være nødvendig å forsere for å hente inn forsinkelsene. Videre redegjøres det for at forsinkelsene har medført et produktivitetstap sammenlignet med det

produksjonsopplegget som var planlagt etter 26/11-planen. Det er også kort beskrevet hvordan EK har beregnet produktivitetstapet, i form av tapte montørtimer. Det nevnes i tillegg at det ved en forsering fremover vil påløpe ytterligere utgifter grunnet urasjonell drift. Selv om det ikke uttrykkelig fremmes et krav om vederlagsjustering grunnet plunder og heft, mener lagmannsretten det på en tilstrekkelig tydelig måte varsles om at det både har påløpt, og vil påløpe, slike utgifter fremover. Lagmannsretten legger derfor til grunn at meldingen oppfyller kravet til varsling i punkt 34.1.3, og at EK ikke har tapt retten til å påberope seg økte utgifter på grunn av plunder og heft som grunnlag for vederlagsjustering for perioden etter 16. april 2019. Lagmannsretten vil legge til at det under enhver omstendighet er varslet i henhold til kontraktens regler i EKs senere brev 16. mai 2019 fra advokat Markussen.

Som følge av dette legger lagmannsretten til grunn at EKs rett til å kreve tilleggsvederlag for økte utgifter grunnet plunder og heft i perioden fra uke 2 frem til uke 15 er prekludert, men derimot ikke for utgiftene som er pådratt fra uke 16 til 32.

EK fremsatte første gang et spesifisert krav om tilleggsvederlag som følge av plunder og heft i brevet 2. september 2019. Kravet var som nevnt på kroner 1 399 516. I brevet er det nevnt at grunnlaget for kravet er:

Forsinkelser med forangående bygningsmessige fag har medført at vi ikke har fått en normal produksjonseffektivitet med våre aktiviteter, i stedet har manglende tilkomst, forsinkelser og manglende reelle fremdriftsplaner å kunne styre etter, ført til et lavere produksjonstempo, tilbakegang med ekstra opp- og nedrigg, ad-hoc arbeid med mye flytting av montører. Dette har ført til en betydelig differanse mellom inntjente timer og forbrukte timer i dette prosjektet.

Kravet er beregnet på grunnlag av en inntjent verdi-analyse av samme karakter som den lagmannsretten har redegjort for i forbindelse med behandlingen av de øvrige periodene.

BSO anfører at det uansett ikke er materielt grunnlag for kravet for denne perioden. Innvendingene gjelder både det bevismessige grunnlaget og beregningsmåten. I hovedtrekk anføres at det ikke er tidsnære bevis som underbygger at det har påløpt økte utgifter som følge av plunder og heft, og at måten kravet er beregnet på uansett ikke er holdbar.

Lagmannsretten minner innledningsvis om de rettslige utgangspunkter som er lagt til grunn ved drøftelsen av plunder og heft-kravene for de øvrige periodene, jf. særlig punkt 6.5.3 og 6.5.7.1 ovenfor.

Som lagmannsretten har nevnt innledningsvis, skiller plunder og heft-kravet for denne perioden seg fra de øvrige periodene ved at det ikke er knyttet til forseringen. På dette tidspunktet sto ikke EK i en situasjon med utstrakt grad av parallelle aktiviteter og et stort omfang av innleid mannskap. Det er i tillegg andre sentrale forskjeller når det gjelder

bevissituasjonen. I motsetning til de andre periodene, er det ikke løpende utarbeidet forseringsrapporter som beskriver fremdriftshindringene uke for uke i de ulike delene av byggene, og hvordan dette har medført nedsatt produktivitet og forstyrrelser på de øvrige arbeidsoperasjonene hos EK. Det EK derimot først og fremst har støttet seg på, er en rekke fremdriftsvarsler (fremdriftsvarsler nr. 2-48). Disse fremdriftsvarslene er ikke på samme måte som forseringsrapportene tidsnære bevis, som etter rettspraksis har særlig tyngde i bevisvurderingen. Fremdriftsvarsel nr. 1-24 er først utarbeidet 14. mai 2019, mens de øvrige er utarbeidet 5. juli 2019. Videre er det slik at fremdriftsvarslene, som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, først og fremst dokumenterer at det forelå betydelige forsinkelser. Etter hva lagmannsretten kan se, fremgår det bare i begrenset grad av disse varslene hvilke konsekvenser dette hadde i form av redusert produktivitet for EK i denne perioden. Lagmannsretten minner om at det ikke besto en forseringssituasjon, og det var derfor i liten grad parallelle aktiviteter og heller ikke så mange montører på byggeplassen i denne perioden, som er en av hovedårsakene til den ineffektive driften fra høsten 2019. Vitnene fra EK har riktignok forklart seg i ankeforhandlingen om hvordan forsinkelsene i første halvår i 2019 hadde konsekvenser i form av redusert produktivitet, og det er også lagt frem en rekke hjelpedokumenter som skal illustrere dette. Disse bevisene har likevel ikke samme vekt som tidsnære bevis.

Lagmannsretten mener i og for seg det er sannsynlig at de stadige forsinkelsene og fremdriftshindringene som inntrådte utover vinteren og våren 2019 hadde konsekvenser i form av redusert produktivitet for EKs elektroarbeider. Lagmannsretten har likevel kommet til at EK ikke har oppfylt beviskravene for årsakssammenheng mellom byggherreforhold og økte utgifter som følge av plunder og heft i denne perioden. Det er ikke på tilstrekkelig måte sannsynliggjort hvilke arbeidsoperasjoner som ble negativt påvirket av forhold BSO var ansvarlig for etter kontrakten, i hvilke perioder dette har skjedd og hvilke konsekvenser i form av redusert produktivitet dette har medført, jf. HAB-dommen avsnitt 66.

Lagmannsretten legger til at EK heller ikke har underbygget den konkrete utmålingen av kravet på tilleggsvederlaget med like konkrete bevis for denne perioden. Av HAB-dommen følger at det også gjelder krav til bevisene for den konkrete utmålingen av vederlaget, og det må godtgjøres en årsakssammenheng mellom de merutgiftene som kreves dekket og den ineffektive driften som har inntrådt. EK har ikke for denne perioden underbygget at prosjektledelsen og basene har foretatt løpende faglige vurderinger av prosentvis ineffektiv drift, og at dette igjen er sammenholdt med det som følger av inntjent verdi-analysen, slik EK gjorde for senere perioder. Det er heller ikke opplyst om, eller dokumentert, at EK har foretatt spesifiserte målinger for enkelte aktiviteter der man konkret har målt den ineffektive driften for disse aktivitetene, slik det følger av dokumentbevisene at man gjorde for de øvrige periodene. Tilsvarende er det ikke dokumentert at man har foretatt løpende vurderinger av om det er forhold i denne perioden som tilsier at en andel av den ineffektive driften skyldes EKs egne feil eller ineffektivitet, slik som man ellers gjorde.

Ettersom lagmannsretten ovenfor har konkludert med at det første trinnet i kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt, slik dette er omtalt i HAB-dommen, er det strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til om EK også har sannsynliggjort de konkrete merkostnadene som kreves dekket, altså det andre trinnet i årsakssammenhengen. På bakgrunn av det som er redegjort for ovenfor, anser likevel lagmannsretten at heller ikke dette kravet er oppfylt for denne perioden.

Lagmannsretten konkluderer derfor med at det ikke er grunnlag for å tilkjenne EK tilleggsvederlag for økte utgifter til plunder og heft for perioden fra uke 2 til 32 i 2019. På dette punktet får derfor BSO medhold i anken.

6.7 Oppsummering

Som det vil fremgå av drøftelsene ovenfor, slutter lagmannsretten seg i all hovedsak til de vurderinger tingretten har gjort av EKs krav om tilleggsvederlag for forsering og plunder og heft. På noen punkter har imidlertid lagmannsretten utmålt et noe lavere beløp, og på andre punkter er det utmålt et noe høyere beløp. For perioden fra uke 2 til 32 har lagmannsretten kommet til at det ikke er grunnlag for tilleggsvederlag for økte utgifter til plunder og heft. For å oppsummere, har lagmannsretten konkludert med følgende

I tilleggsvederlag for forseringskostnader har lagmannsretten kommet til at EK har krav på totalt kroner 4 714 298 med tillegg av forsinkelsesrenter, fordelt på følgende perioder (alle beløp ekskl. mva.):

- 1 357 259 for uke 33 til 41, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 29. november 2019
- 784 022 for uke 42 til 46, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 28. desember 2019
- 805 664 for uke 47 til 51, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 724 683 for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 1 042 670 for uke 6 til 12 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020

I tilleggsvederlag for merkostnader som følge av plunder og heft har lagmannsretten kommet til at EK har krav på totalt kroner 4 115 220 med tillegg av forsinkelsesrenter, fordelt på følgende perioder (alle beløp ekskl. mva.):

- 1 566 780 for uke 33 til 41, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 29. november 2019
- 1 051 560 for uke 42 til 46, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 28. desember 2019
- 154 770 for uke 47 til 51, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 540 540 for uke 52 i 2019 til uke 5 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020
- 801 570 for uke 6 til 12 i 2020, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020

7. EKs krav om tilleggsvederlag for forlenget kontraktperiode – rigg og drift

7.1 Innledning

EK har videre krevet tilleggsvederlag med kroner 218 451 som følge av at kontraktperioden ble forlenget fra 24. april 2020 til 13. juli 2020, jf. NS 8417 punkt 34.1.2. Nærmere bestemt gjelder det krav om tilleggsvederlag for økte kostnader til prosjektledelse, baser og rigg og drift. EK hevder forlengelsen av fristen for overtakelse skyldes forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og at det derfor var grunnlag for fristforlengelse og tilleggsvederlag etter NS 8417 punkt 33.1 og 34.1.2. BSO hevder derimot det er forhold på EKs side som er årsaken til at kontraktperioden ble forlenget.

Tingretten tilkjente kroner 87 758 for forlenget kontraktperiode, basert på den formel som følger av punkt 2.7.10 i kontrakten mellom UBF og BSO. Partene var for tingretten enige om at denne formelen skulle benyttes, men var uenige om hvilke kostnader som skulle tas med i beregningen, i tillegg til at det var uenighet om årsaken til forlenget kontraktperiode.

BSO påanket tingrettens dom, da selskapet mener det ikke er grunnlag for tilleggsvederlag. EK innga avledet anke over tingrettens dom, da selskapet mener tingretten har utmålt et for lavt beløp i tilleggsvederlag.

7.2 BSOs anførsler

De forhold som danner grunnlag for kravet om tilleggsvederlag for forseringskostnader og plunder og heft, er ikke relevant for kravet om tilleggsvederlag for forlenget kontraktperiode. Forseringskravet knyttet seg til forhold til og med uke 12 i 2020, og kan ikke brukes «på nytt» ved dette kravet. Spørsmålet her er om det har inntrådt forhold etter uke 12 som gjør at EK hadde krav på fristforlengelse iht. NS 8417 punkt 33 hva gjaldt fristen for overtakelse 24. april 2020. Dersom årsaken til at fristen for overtakelse ble forlenget til 13. juli gjelder forhold EK har risikoen for, er det ikke grunnlag for tilleggsvederlag.

EK hadde ikke krav på fristforlengelse. At fristen for overtakelse ble forlenget til 13. juli 2020 skyldes forhold EK har risikoen for, så som undervurdering av prosjektets kompleksitet, kontraktsstridig bruk av innleie osv. EK hadde også ansvaret for forsinkelser grunnet feil ved dørmiljø og mangelfull leveranse når det gjaldt optisk varslings.

Subsidiært anføres at EKs krav er for høyt. BSO mener det er tilbudskalkylens beløp på kroner 860 000 som må legges til grunn ved formelberegningen, slik tingretten har gjort, og ikke 2 995 903 kroner, slik EK anfører. Det er ikke sannsynliggjort at det var kalkulert kostnader til rigg og drift utover dette.

7.3 EKs anførsler

EK hadde krav på fristforlengelse også etter den opprinnelige fristen for overtakelse 24. april 2020 og frem til overtakelsen skjedde 13. juli 2020, jf. NS 8417 punkt 33.1. EK skal derfor kompenseres for økte utgifter til prosjektledelse, baser og rigg og drift som følge av forlenget kontraktperiode, jf. NS 8417 punkt 34.1.2.

Årsaken til at fristen for overtakelse ble utsatt er forhold BSO hadde risikoen for, og ikke forhold på EKs side. EK var i praksis ferdig med sine arbeider innen fristen 24. april 2020, med unntak av systemtesting og integrerte tester med enkelte andre fagområder, som var forsinket. Dette er forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten. Det var etter kontrakten BSO som styrte når overtakelse kunne skje, og EK var klar til å overlevere lenge før 13. juli 2020.

Manglene ved optisk varsling var ikke av en slik karakter at UBF kunne nektet overtakelse. Dette var en mangelssak. Det er derfor uriktig å holde EK ansvarlig for forsinkelsen den tiden det tok å utbedre optisk varsling, slik tingretten gjorde. Det kan uansett bare være snakk om maksimalt 7 dager som EK var ansvarlig for, og ikke 18 dager, slik tingretten la til grunn.

Tingretten har utmålt et for lavt beløp i tilleggsvederlag. De kalkulerter utgiftene til rigg og drift er i realiteten kroner 2 995 903. Økte utgifter til rigg og drift beregnet etter kontraktens formel gir et samlet krav på kroner 218 451.

7.4 Lagmannsrettens vurdering

Det er uomtvistet at fristen for overtakelse i utgangspunktet var 24. april 2020, men at denne fristen ble forlenget til 13. juli 2020. Kontraktperioden ble følgelig forlenget med drøyt 2,5 måned. Begge parter har tatt utgangspunkt i at det avgjørende for om EK har krav på tilleggsvederlag i henhold til kontraktens formel for forlenget byggetid, er om EK hadde krav på fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.1. At dette er avgjørende følger også av reguleringen av krav om tilleggsvederlag for forlenget byggetid i punkt 2.7.10 i kontrakten mellom UBF og BSO. Partene er enige om at denne skal legges til grunn.

Etter NS 8417 punkt 33.1 har totalunderentreprenøren krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av

- a) endringer, jf. punkt 31 og 32, eller
- b) forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23, 24 eller
- c) andre forhold totalentreprenøren har risikoen for

EK anfører at årsaken til at kontraktperioden ble forlenget etter 24. april 2020 gjelder forhold BSO har risikoen for, så som forsinkelser knyttet til rørleggerarbeider, SD-/Automatikk, dørleveranser og andre bygningsmessige forhold, herunder

utenomhusarbeider. EK hevder dette medførte at selskapet ikke fikk overlevert sine arbeider, selv om de var ferdige. BSO anfører derimot at det er forhold på EKs side som er årsaken til at kontraktsperioden ble forlenget, og at EK ikke hadde krav på fristforlengelse.

Lagmannsretten nevner for sammenhengens skyld at det fulgte av punkt 2.7.10 i kontrakten at overtakelse i forholdet mellom EK og BSO skulle skje samtidig som BSOs overlevering til UBF. Dette innebar at BSO som totalentreprenør styrte når overlevering skulle skje, og at EK ikke kunne overlevere sine arbeider selv om disse var ferdige.

På bakgrunn av bevisførselen som har vært om slutfasen, legger lagmannsretten til grunn at EK i all hovedsak var ferdig med egen produksjon og systemtesting per 24. april 2020, med unntak av enkelte tverrfaglige tester opp mot VVS, rørlegger og SD-/Automatikkleverandører. Dette er underbygget av de slutfaseplanene som er fremlagt, herunder slutfaseplanen 2. april 2020, som er oppdatert for det som er ferdigstilt per 30. april 2020. Lagmannsretten kan ikke se at det er bevismessige holdepunkter for at årsaken til at denne tverrfaglige systemtestingen ikke var ferdig, knyttet seg til forhold EK hadde risikoen for. Tvert imot mener lagmannsretten det er sannsynliggjort at dette knyttet seg til forhold BSO hadde risikoen for. Det kan blant annet vises til e-post 19. mars 2020 fra UBF til BSO, hvor det er listet opp en rekke forhold som ikke var ferdig per 16. mars 2020, som var fristen for mekanisk ferdigstilling. Ingen av disse forholdene gjaldt, etter hva lagmannsretten kan se, det som var EKs ansvarsområde i kontrakten. Det er videre på det rene at BSO i første halvdel av april 2020 utsatte fristen for overtakelse til 20. mai 2020. Dette fremgår av revisjon 11 av slutfaseplanen fra 2. april 2020, jf. ID-nr. 190 i denne planen. Etter hva lagmannsretten kan se, er det ingen tidsnære bevis som understøtter at denne utsettelsen skyldes forhold EK hadde risikoen for. Derimot er det fremlagt et brev fra EK av 7. mai 2020, som også tingretten har vist til, hvor EK fremhever at de har vært klare til å overlevere siden opprinnelig frist for overtakelse 24. april 2020. I samme brev skrev EK følgende om et eventuelt tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode:

Vi registrerer da at det er innvilget fristforlengelse til 20.05.20 og at våre merkostnader på prosjektledelse, rigg og drift med ytterligere 1 måned dekkes av Backe.

Det er ikke lagt frem noe tidsnært svarbrev fra BSO hvor det er imøtegått at EK hadde krav på fristforlengelse til 20. mai 2020, eller at denne utsettelsen skyldes forhold EK hadde risikoen for. Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at utsettelsen av fristen for overtakelse fra 24. april 2020 til 20. mai 2020 skyldes forhold BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og at EK hadde krav på fristforlengelse i samme periode.

Det er på det rene at det etter dette ble ytterligere forlengelser av kontraktsperioden, frem til overtakelse skjedde 13. juli 2020. Om disse forlengelsene skriver tingretten følgende:

Bakgrunnen for utsettelsen er ikke godt belyst for tingretten. Det ligger en del korrespondanse om dette i faktisk utdrag, men ingenting av dette synes å ha vært ført som bevis under hovedforhandlingen. Basert på det begrensede bevisgrunnlag retten har, mener retten det er mest sannsynlig at bakgrunnen for at EKs ytelser ikke fullt ut var levert skyldes forsinkelser knyttet til teknisk underlag og arbeider fra rørlegger/RIV og automatikkleverandør, jf. punkt 13 nedenfor, samt andre forhold som er BSOs risiko.

Heller ikke i ankeforhandlingen brukte partene mye tid på grunnen til at fristen for overtakelse ble utsatt helt til 13. juli 2020. De tidsnære dokumentbevisene som ble gjennomgått, taler likevel for at årsaken til forlengelsene skyldes forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten, og ikke forhold på EKs side. Et unntak gjelder optisk varslings, som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor. Lagmannsretten viser blant annet til at det ble gjennomgått møtereferater hvor det fremgår at varmesentral hos rørlegger var forsinket, og at disse først ble igangsatt for drift 15. mai 2020. Videre ble det gjennomgått varsel fra automatikkleverandør 19. mai 2020, hvor det fremgikk at SD-anlegg ikke ble ferdig med test og igangkjøring i henhold til avtalte tidsfrister, og at det var en følge av forsinkelser hos andre fagområder. Det ble også gjennomgått en oppstilling som viste reviderte automatikkskjemaer fra VVS i månedene mars, april, mai og juni 2020. Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at disse forholdene også forsinket den tverrfaglige systemtestingen som EK skulle utføre i slutfasen. Ingen av de ovennevnte forholdene lå under EKs ansvarsområde i kontrakten.

Av e-post 21. mai 2020 fra BSO fremgår det videre at BSO denne dagen utsatte overtakelse til etter gjennomført fullskalatest og teknisk kontrollbefaring, som var planlagt til 16. juni 2020. EK sendte 18. juni 2020 en e-post med krav om fristforlengelse og varsel om kostnader i forbindelse med forlenget kontraktsperiode. Av e-posten fremgår det følgende:

Vi viser til fullskalatest 16.06.20 som ble godkjent av Undervisningsbygg. Denne fullskalatesten har blitt skjøvet på av Backe flere ganger pga. forhold som ikke har med EK å gjøre. Vi har blitt informert om at Backe og Undervisningsbygg vil gjennomføre overtakelse 03.07.20, basert på deres epost 27.05.20 ønsker Backe dette som overleveringsdato mot EK også. Vi varsler fortsatt fristforlengelse på dagsmulktbelagte frister tilsvarende forskjøvet overtakelse, fullskalatest, mekanisk ferdigstillelse (bygningmessig og teknisk ferdigstillelse) og øvrige tester/befaringer som det er Backe som har styrt tidspunkter for. Det varsles fortsatt kostnader i forbindelse med forlenget byggetid på prosjektet. Gjelder overlevering 03.07.20 også for utomhusarbeider? Vil Backe bli ferdig med alt av utomhusarbeider i tide?

Etter hva lagmannsretten kan se, ble e-posten ikke besvart av BSO. Det ble i ankeforhandlingen også gjennomgått en e-post EK sendte BSO 3. juli 2020. I e-posten påpekte EK at det var uheldig at den planlagte overleveringen til UBF samme dag ble avlyst, og fremhevet at det var ingen forhold på EKs side som tilsa at overtakelse ikke

kunne gjennomføres den dagen. EK krevde samtidig fristforlengelse som følge av forsinkelsen. Heller ikke denne e-posten ser ut til å ha blitt besvart av BSO.

Lagmannsretten kan ikke se at det er dekning i bevisene for at noen av disse forholdene skyldes svikt eller forsinkelser fra EKs side. Tvert imot etterlot bevisførselen et klart inntrykk av at det i perioden frem mot 13. juli 2020 var forhold som BSO hadde risikoen for etter kontrakten som førte til at fristen for overtakelse ble utsatt i flere omganger, og helt frem til 13. juli 2020. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at EK i utgangspunktet hadde krav på fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.1 fra 24. april 2020 og frem til 13. juli 2020. Følgelig foreligger det også grunnlag for å kreve tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode.

Som nevnt over, er det imidlertid grunn til å knytte noen særlige merknader til det som gjelder optisk varsling. Det er på det rene at det 8. mai 2020 ble avdekket at EK ikke hadde levert optisk varsling i skolebyggene av det omfanget som kontrakten krevde. Dette ble det reklamert på fra UBFs side, og BSO videreførte denne reklamasjonen mot EK. Av senere korrespondanse fremgår det at EK hadde utbedret mangelen ved optisk varsling 29. mai 2020. Slik lagmannsretten forstår det, anfører BSO at dette var en så alvorlig feil at det ville gitt grunnlag for å nekte overtakelse dersom dette hadde blitt avdekket før den opprinnelige fristen 24. april 2020 ble utsatt til 20. mai 2020. BSO anfører på denne bakgrunn at EK må bære risikoen for den forsinkelsen som knytter seg til selskapets mangelfulle levering av optisk varsling. EK anfører derimot at dette ville blitt håndtert som et mangelskrav, og ikke gitt grunnlag for å nekte overtakelse. EK mener derfor dette ikke kan ha betydning for kravet om tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode.

Det følger av NS 8417 punkt 37.3 at arbeidene skal være ferdigstilt for at overtakelse skal finne sted. Videre fremgår det at «Overtakelse skal likevel finne sted dersom det kun påvises mindre mangler, og manglene eller utbedringen av dem har liten praktisk betydning for den forutsatte bruken av kontraktsgjenstanden.». Spørsmålet er derfor om manglene ved optisk varsling hadde «liten praktisk betydning for den forutsatte bruken av kontraktsgjenstanden.»

Lagmannsretten er i noe tvil om dette spørsmålet, men har for det første kommet til at mangelen ved optisk varsling var av en slik karakter at det ville gitt rettslig grunnlag for å nekte overtakelse etter punkt 37.3. Optisk varsling er et brann- og rømningstiltak som berører sikkerheten til brukerne, herunder skolens elever. I kravspesifikasjonen til UBF var det stilt strenge krav til omfanget av dette varslingssystemet, og lagmannsretten mener dette underbygger at dette var et viktig forhold for byggherren. Ettersom dette angår brukernes sikkerhet mener lagmannsretten det er lite naturlig å se dette som et forhold av «liten praktisk betydning» for bruken av skolen. Lagmannsretten har videre kommet til at det er sannsynliggjort at dette ville ført til nektelse av overtakelse og utsettelse av fristen for overtakelse dersom feilen hadde blitt avdekket før den opprinnelige fristen 24. april

2020. Dette har også støtte i vitneforklaringen fra UBFs seksjonsleder Magnar Skår, som forklarte at dette var et krav som angikk sikkerheten i skolebygget og at det ville vært til hinder for overtakelse. Dette forholdet må derfor hensyntas i vurderingen av fristforlengelsen EK hadde krav på i denne perioden. Ettersom fristen for overtakelse allerede var utsatt fra 24. april til 20. mai 2020 grunnet forhold som var BSOs risiko etter kontrakten, må det etter lagmannsrettens syn være den tiden det tok EK å utbedre optisk varslingslinje etter 20. mai 2020 som skal trekkes inn. Som nevnt over ble forholdet utbedret av EK innen 29. mai 2020. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det er 9 dager hvor den forlengede kontraktperioden skyldes forhold EK hadde risikoen for etter kontrakten. Denne perioden skal derfor ikke inngå i beregningen av tilleggsvederlaget for forlenget kontraktperiode. Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at EK har krav på tilleggsvederlag for 2,4 måneder forlenget kontraktperiode, når man tar hensyn til de 9 dagene EK hadde ansvaret for på grunn av mangelfull levering av optisk varslingslinje.

Som nevnt i punkt 7.1 over, er partene enige om at tilleggsvederlaget for forlenget kontraktperiode skal beregnes etter den formelen som følger av punkt 2.7.10 i kontrakten mellom UBF og BSO. Den aktuelle bestemmelsen i kontrakten mellom UBF og BSO lyder som følger:

Regulering i forlenget byggetid

Har totalentreprenøren krav på fristforlengelse etter NS 8407 pkt. 33.1 skal vederlagsjustering for kapitalytelser, rigging, drift og nedrigging kompenseres etter følgende formel:

$$\frac{0,7 \cdot A \cdot Z}{Y}$$

A= Avtalt pris på opprinnelig rigg- og driftskapittel eks. mva.

Y= Opprinnelig byggetid

Z= Forlengelsen utover opprinnelig byggetid

Dersom fristforlengelse kun er gitt for deler av arbeidene, skal A reduseres forholdsmessig.

Med hensyn til faktor Y er det for lagmannsretten enighet om at opprinnelig byggetid var 24 måneder. Lagmannsretten har ovenfor lagt til grunn at forlengelsen utover opprinnelig byggetid som BSO svarer for (hensyntatt 9 dager for optisk varslingslinje som er EKs ansvar) er på 2,4 måneder, og dette legges derfor til grunn for faktor Z.

Partene er imidlertid uenig om hva som skal legges til grunn for faktor A = Avtalt pris på opprinnelig rigg- og driftskapittel eks. mva. Dette skyldes at det ikke er avtalt noen særskilt pris for rigg- og drift. Denne kostnaden er heller ikke nøyaktig angitt i verken kontrakten eller EKs tilbud. Tingretten fant at det var riktig å trekke inn det som i EKs prosjektrekningsplan var omtalt som «kalkulert administrasjon» på kroner 860 000 og

«kalkulert andre kostnader» på kroner 193 516, i tillegg til et påslag for bruttofortjeneste på 19 %. På denne bakgrunn kom tingretten til at rigg og driftsbeløpet i faktor A i formelen var kroner 1 253 681 inklusive påslaget for bruttofortjeneste.

EK har anført at den kalkulerte rigg og driftsposten for elektroarbeidene er langt høyere enn det tingretten har lagt til grunn, og at riktig beløp er kroner 2 995 903. For å underbygge at dette er riktig beløp for rigg og driftskostnader, har EK fremlagt et hjelpedokument hvor det var laget en oppstilling av ulike kostnadsposter. Summeringen av disse postene stemmer imidlertid ikke overens med beløpet på kroner 2 995 903. Det er heller ikke vist til andre tidsnære bevis som kan sannsynliggjøre det EK hevder skal legges til grunn som kalkulert kostnad for rigg og drift, så som internkalkyler eller internregnskap. Lagmannsretten slutter seg derfor til tingrettens bevisbedømmelse, som kom til at det var sannsynliggjort at det som i EKs prosjektrengnskap var omtalt som «kalkulert administrasjon» og «kalkulert andre kostnader» inngikk i kalkulert kostnad for rigg og drift, samt et påslag for bruttofortjeneste på 19 %, jf. NS 8417 punkt 30.1.

På denne bakgrunn kommer lagmannsretten til følgende beregning ut fra formelen ovenfor:

$$0,7 \times 1\,253\,684 \times 2,4 / 24 = \text{kroner } 87\,758 \text{ eks. mva.}$$

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at EK er berettiget til et tilleggsvederlag for forlenget kontraktsperiode på kroner 87 758 eks. mva. Beløpet er det samme som tingretten kom frem til, noe som skyldes at tingretten feilaktig baserte seg på 20 måneders byggetid i beregningen. Ettersom lagmannsrettens utmåling bygger på litt andre premisser enn tingretten gjorde, utformes det et eget punkt i domsslutningen for beløpet.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 1. mars 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

8. EKs krav om tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning på grunn av forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode

8.1 Innledning

EK har videre krevet tilleggsvederlag for å dekke merkostnader til lønns- og prisstigning som følge av at kontrakts- og produksjonsperioden ble forskjøvet, jf. NS 8417 punkt 34.1.2. Kravet er på kroner 322 278. Tingretten kom til at det var grunnlag for dette, og tilkjente tilleggsvederlag i tråd med den såkalte «tyngdepunktsmetoden», jf. punkt 4 i domsslutningen i dommen 21. januar 2021.

BSO har påanket dommen på dette punktet. BSO anfører at EK ikke har krav på tilleggsvederlag, og følgelig at tingretten har foretatt feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse. EK gjør gjeldende at tingrettens dom er riktig.

8.2 BSOs anførsler

EK har ikke krav på tilleggsvederlag, da det er inngått en fastpriskontrakt, hvor det er avtalt at kontraktssummen ikke skal reguleres for lønns- og prisstigning, jf. kontrakten punkt 1.3. Det foreligger heller ingen forsinkelser eller svikt i BSOs ytelser som totalentreprenør som gir grunnlag for et krav etter kontraktens regler om vederlagsjustering. Eventuelle forskyvninger i kontrakts- og produksjonsperioden skyldes utelukkende forhold EK bærer risikoen for. Det vises til sakene om adgangskontroll, optisk varslings, manglende samordning osv.

Når det gjelder utmålingen, anføres at EKs krav bygger på 26/11-planen, noe det ikke er grunnlag for. EK hadde ingen berettiget forventning etter kontrakten for at tyngdepunktet for elektroarbeidene ville være juni 2019, som er utgangspunktet for EKs utmåling.

Prosjektleder Laache fra EK forklarte at for om lag halvparten av de innkjøpte materialene var det avtalt fast pris. Det kan derfor uansett ikke være grunnlag for å dekke prisstigning som også omfatter dette, jf. vilkåret om økonomisk tap.

8.3 EKs anførsler

Det er sikker rett at en totalunderentreprenør har krav på å få dekket lønns- og prisstigning grunnet forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode, når dette skyldes forhold som totalentreprenøren har risikoen for. I denne sammenheng er det ikke avgjørende at partene har inngått en fastpriskontrakt, da det dreier seg om en merkostnad som er en følge av forsinkelse og svikt på BSOs side, jf. NS 8417 punkt 34.1.2.

Tapet må utmåles etter tyngdepunktsmetoden, hvor det kompenseres for lønns- og prisstigningen fra da tyngdepunktet i arbeidet skulle vært utført etter den omforente fremdriftsplanen, til arbeidet faktisk er utført. EK har tatt utgangspunkt i SSBs indeks for boligblokker, som viser en lønns- og prisstigning på 1,3 % fra det forutsatte tyngdepunktet i juni 2019, til det faktiske tyngdepunktet i november 2019. Gitt kontraktssummen på kroner 24 965 864, gir dette et krav på kroner 322 278.

Kravet er varslet i samsvar med kontraktens frister.

8.4 Lagmannsrettens vurdering

Det følger av kontrakten punkt 1.3 at det er inngått en fastpriskontrakt og at «Kompensasjon for pris- og lønnsendringer i byggetiden er inkludert i kontraktssummen». BSO har med utgangspunkt i dette anført at det ikke er adgang til å kreve tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning overhodet.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Den naturlige forståelsen av punkt 1.3 er at den sikter til pris- og lønnsendringer der prosjektgjennomføringen blir i henhold til kontraktens forutsetninger om fremdrift. I slike tilfeller må totalunderentreprenøren bære den fulle risikoen for eventuelle pris- og lønnsendringer. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at den utelukker vederlagsjustering for lønns- og prisstigning der kontrakts- og produksjonsperioden blir vesentlig forskjøvet sammenlignet med kontraktens fremdriftsforutsetninger, og dette skyldes forsinkelser eller svikt på totalentreprenørens side. Det følger av NS 8417 punkt 34.1.2 at totalunderentreprenøren kan kreve tilleggsvederlag der han påføres merkostnader som følge av forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser. Slik lagmannsretten ser det, må det være adgang til å kreve tilleggsvederlag for merkostnader i form av lønns- og prisstigning som er en følge av forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode, også i en fastpriskontrakt. Forutsetningen må naturligvis også her være at de forsinkelsene og fremdriftshindringene som totalentreprenøren har risikoen for, ligger utenfor den tålegrensen som følger av totalunderentreprenørens samordningsplikt.

BSO har i tillegg anført at det er grunnleggende feil å basere tilnærmingen på fremdriftsforutsetningene i 26/11-planen. Videre bestrider BSO at det foreligger forsinkelser eller svikt ved deres ytelser som totalentreprenør.

Lagmannsretten har i drøftelsene ovenfor lagt til grunn at 26/11-planen var den omforente fremdriftsplanen etter kontrakten, som EK hadde rett til å varsle avvik og forsinkelser mot. Lagmannsretten har videre lagt til grunn at det i løpet av 2019 oppsto betydelige forsinkelser og avvik fra den fremdriften og det produksjonsopplegget som var forutsatt for elektroarbeidene i 26/11-planen, og at EK hadde et berettiget krav på fristforlengelse med flere måneder. Også kontraktsperioden ble forlenget som følge av forhold BSO bærer risikoen for etter kontrakten. Konsekvensen av disse forsinkelsene var at de fleste hovedaktivitetene for elektroarbeidene ble forskjøvet med flere måneder. Den helt dominerende årsaken til dette var forsinkelser og svikt i ytelsene fra BSOs side som totalentreprenør. Etter lagmannsrettens syn, er det ikke grunnlag for å konkludere med at forsinkelsene skyldes forhold som EK hadde risikoen for etter kontrakten. Lagmannsretten finner derfor at det i utgangspunktet er grunnlag for tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning, jf. NS 8417 punkt 34.1.2. BSO har ikke gjort gjeldende at kravet er prekludert, og lagmannsretten anser at EK har varslet om dette kravet i henhold til kontraktens regler.

Kontrakten gir ikke anvisning på hvordan utmålingen av et slikt krav skal foretas. Lagmannsretten kan heller ikke se at det foreligger høyesterettspraksis som avklarer dette. Det sentrale må være å benytte en metode for utmålingen som kompenserer for det faktiske tapet som følge av de forsinkelsene i kontrakts- og produksjonsperioden BSO er ansvarlig for. EK har ved utmålingen tatt utgangspunkt i den såkalte tyngdepunktsmetoden. Metoden

innebærer at man kompenserer for den lønns- og prisstigningen som har vært i perioden fra forutsatt tyngdepunkt i arbeidene etter kontraktens fremdriftsforutsetninger, til det faktiske tyngdepunktet. Denne metoden er blant annet lagt til grunn for utmålingen i avgjørelsen i LA-2013-175355.

Lagmannsretten vurderer det slik at tyngdepunktsmetoden er en egnet og relevant måte å finne det faktiske tapet på. De andre metodene som ble gjennomgått i ankeforhandlingen, herunder det EK omtalte som «forsinket oppstartsmetoden», har andre svakheter. BSO hadde for øvrig heller ikke særskilte innvendinger til tyngdepunktsmetoden som sådan. Lagmannsretten legger etter en samlet vurdering denne til grunn.

EK har tatt utgangspunkt i at tyngdepunktet i elektroarbeidene etter 26/11-planen var i juni 2019, men at det faktiske tyngdepunktet som følge av forsinkelsene og fremdriftshindringene ble i november 2019. Konsekvensen av dette var ifølge EK at innkjøpet av materiell og lønnskostnader ble dyrere på grunn av den mellomliggende prisstigningen. EK har ikke beregnet dette konkret, men har benyttet SSBs indeks for boligblokker (for elektroarbeider) som viser en lønns- og prisstigning på 1,3 % fra juni til november 2019. Gitt kontraktsummen på kroner 24 965 864, gir dette et krav på kroner 322 278.

Vurderingen av det hva som er det faktiske tyngdepunktet for elektroarbeidene må nødvendigvis bero på et skjønn. Lagmannsretten har i forbindelse med drøftelsen av forseringskravet lagt til grunn at det er sannsynliggjort vesentlige forsinkelser sammenlignet med 26/11-planen i alle bygg, og i alle fall tilsvarende EKs krav om fristforlengelse på 4,5 måneder. For en del av hovedaktivitetene var forsinkelsene opp mot 6 måneder, og stedvis også enda lengre. Det fremgår av timeregistreringer som ble gjennomgått i ankeforhandlingen at det har medgått klart flest montørtimer i tredje og fjerde kvartal 2019. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at det er sannsynliggjort at det har vært en forskyvning av tyngdepunktet for elektroarbeidene fra juni 2019 til november 2019, og at dette har påført EK merkostnader til lønn og materiale.

BSO har i tillegg anført at det ikke kan være riktig å utmåle et tilleggsvederlag som dekker prisstigning på materialer, dersom det faktisk ikke har vært merkostnader som følge av prisstigning på dette. BSO viser til at prosjektleder Laache hos EK forklarte at det for om lag halvparten av materialene var avtalt fast pris.

Lagmannsretten er enig i BSOs innvending. Som BSO har påpekt, forklarte Laache at det for om lag halvparten av materialet som skulle inngå i elektroentreprisen var avtalt fastpris. Da er det vanskelig å se at det har vært en prisstigning og en merkostnad på dette materialet som kan gi grunnlag for tilleggsvederlag. Det riktige må derfor være at dette trekkes ut fra beregningen. Det var lite bevisførsel om materialkostnadene i ankeforhandlingen, men det fremgår av EKs reviderte kalkyle (revisjon 1.3) at

materialkostnadene er angitt til kroner 13 487 521. Dersom halvparten av dette beløpet (6 743 760) trekkes ut fra kontraktssummen (24 965 864 – 6 743 760), får man et beløp på kroner 18 222 104. Gitt en prisstigning på 1,3 % i henhold til SSBs indeks for boligblokker, ender man opp med kroner 236 887 i lønns- og prisstigning for perioden.

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at EK er berettiget til et tilleggsvederlag for lønns- og prisstigning på kroner 236 887 eks. mva. Ettersom det utmåles et annet vederlag enn det tingretten kom til, utformes det et eget punkt i domsslutningen om dette.

Tingretten la til grunn at partene var enige om at det løp forsinkelsesrenter på tilleggsvederlaget fra 11. desember 2020. Det har ikke vært innvendinger til dette punktet i tingrettens dom i ankeforhandlingen, og lagmannsretten legger derfor det samme til grunn.

9. BSOs krav om dagmulkt

9.1 Innledning

BSO har fremmet et motkrav, som går ut på at EK må betale dagmulkt med kroner 2 153 283. Kravet er basert på at den dagmulksbelagte fristen for overlevering av prosjektet 24. april 2020 ble forsinket til 13. juli 2020. BSO hevder at det er EK som er ansvarlig for forsinkelsen, og at EK derfor må betale dagmulkt etter kontraktens bestemmelser. Tingretten frifant EK fra dagmulkskravet i dommen 26. februar 2021, og BSO har påanket denne delen av dommen.

9.2 BSOs anførsler

Tingrettens dom er basert på feil tolkning av kontrakten. EK har aldri hatt noe berettiget krav på fristforlengelse, og det vises til tidligere anførsler. Kontrakten punkt 1.9 kan ikke forstås slik at det er et absolutt krav om fire måneders slutfase etter byggetiden, slik at dagmulkt først kunne kreves fra 16. juli 2020 (4 måneder etter mekanisk ferdigstillelse for Gamleskolen). Kontrakten opererer ikke med et absolutt krav om en slutfase på fire måneder, og BSO må ha full anledning til å gi fristforlengelse på en delfrist, uten at dette ga krav på en tilsvarende utsettelse av fristen for overtakelse.

BSO mener det er feil og mangler ved EKs ytelser som er hovedårsaken til at overtakelsen ble utsatt og først kunne gjennomføres 13. juli 2020, og følgelig må EK ilegges dagmulkt for store deler av perioden. I tillegg til at den mangelfulle leveransen av optisk varsling medførte en vesentlig forsinkelse, forelå det også andre svakheter ved EKs ytelser som forsinket overtakelse.

Kontraktens back-to-back bestemmelse i punkt 2.13 er ikke til hinder for dagmulkskravet, ettersom UBF ila BSO dagmulkt. At BSO og UBF forlikte dagmulkskravet har i denne sammenheng ingen betydning.

9.3 EKs anførsler

Tingrettens dom er korrekt, og EK kan fullt og helt slutte seg til tingrettens vurdering.

Prinsipalt anføres at det ikke er grunnlag for dagmulkt, ettersom EK hadde rett på fristforlengelse fra 24. april 2020 til 13. juli 2020 som følge av svikt og forsinkelser ved BSOs ytelser som totalentreprenør. Det bestrides at det er forhold hos EK som er årsaken til at overtakelse først kunne skje 13. juli. Derimot er det forhold som BSO bærer risikoen for, herunder mangler ved varmesentralen, sprinkleranlegget, dørmonteringen mv.

Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for dagmulkt, ettersom det fulgte av kontraktens punkt 1.9 om dagmulktbelagte tidsfrister at prosjektet skulle ha en slutfase på 4 måneder etter byggetiden på 20 måneder. Ettersom byggetiden og mekanisk ferdigstilling ble forlenget til 16. mars 2020 (Gamleskolen), kunne ikke dagmulkt ilegges før tidligst 16. juli 2020. En eventuell dagmulkt ble følgelig avbrutt ved overtakelsen 13. juli 2020.

Atter subsidiært anføres at kontraktens back-to-back bestemmelse i punkt 2.13 medfører at EK ikke kan ilegges dagmulkt, ettersom BSO ikke er ilagt dagmulkt av UBF.

9.4 Lagmannsrettens vurdering

Etter NS 8417 punkt 40.1 kan totalentreprenøren kreve dagmulkt dersom arbeidet ikke er overtatt innen de dagmulktbelagte frister som gjelder i kontrakten, eventuelt justert for krav på fristforlengelse etter punkt 33. Det følger videre av punkt 40.2 at sluttfristen er dagmulktbelagt. Ved vurderingen av om det er grunnlag for BSOs krav om at EK må ilegges dagmulkt, må utgangspunktet tas i kontraktens bestemmelser om tidsfrister. Lagmannsretten finner det naturlig å først behandle det som har vært fremholdt som EKs subsidiære anførsel, da denne anførselen bygger på en tolkning av kontrakten som gjør det unødvendig å gå nærmere inn på om det forelå grunnlag for fristforlengelse etter NS 8417 punkt 33.

Etter kontrakten punkt 1.9.1 var følgende avtalt:

Byggetid for TUE gjelder med samme vilkår som for TE. Det er 20 mnd byggetid fra mottatt og godkjent rammetillatelse. Byggetiden inkluderer også IG søknad som først kan søkes etter at rammetillatelse er gitt.

Etter byggefasen vil prosjektet gå over i slutfasen som har en varighet på 4 mnd. For mer detaljer rundt slutfasen henvises det til kontraktsunderlaget. [...]

Det er for lagmannsretten uomtvistet at kontraktens frister skal regnes fra 24. april 2018. Med en byggetid på 20 måneder og en slutfase på 4 måneder, innebar dette at byggetiden

gikk til 24. desember 2019 og at den dagmulktbelagte sluttfristen var 24. april 2020. Det er videre på det rene at fristen for mekanisk ferdigstilling (og dermed byggetiden) senere ble forlenget til 23. februar 2020 for Hovedbygget og Bygg Nord, og til 16. mars 2020 for Gamleskolen. Sluttfristen 24. april 2020 ble ikke utsatt. Spørsmålet er om denne forlengelsen av byggetiden må innebære en tilsvarende forskyvning av den dagmulktbelagte sluttfristen, ettersom noe annet ville innebære at sluttfasen ble kortere enn de 4 månedene som fulgte av kontrakten. BSO anfører at kontrakten må forstås slik at det var anledning til å forlenge byggetiden og fristen for mekanisk ferdigstilling, uten at den dagmulktbelagte sluttfristen ble forskjøvet tilsvarende. Tingretten fant at kontrakten var til hinder for dette, ettersom den forutsetter en slutfase på 4 måneder.

Det fremgikk av ordlyden i kontrakten punkt 1.9.1 at prosjektet skulle ha en slutfase med varighet på 4 måneder etter byggetiden. Ordlyden åpner ikke for at en av partene ensidig kunne forkorte sluttfasen. Lagmannsretten er derfor ikke enig med BSO når selskapet anfører at det må være anledning til å ensidig forlenge byggetiden, uten konsekvenser for den sluttfasen som fulgte av kontrakten. Slik lagmannsretten ser det, må det antas at det var gode grunner til at varigheten av sluttfasen ble særskilt fastsatt til 4 måneder. Slik lagmannsretten har forstått det, er sluttfasen viktig i en elektroentreprise av denne karakter. Sluttfasen omfatter blant annet innregulering og funksjonstesting av mange systemer, inkludert tverrfaglig testing som sikrer at systemene fra de forskjellige prosjektaktørene fungerer sammen. Prosjektkoordinator Anders Dahl fra EK forklarte i tråd med dette at han ikke ville signert kontrakten med BSO om det ikke var avsatt tilstrekkelig med tid til sluttfasen. Dahl forklarte videre at en slutfase på to måneder – som ville være konsekvensen av det syn som BSO forfekter – var altfor lite for dette prosjektet. Denne forklaringen underbygges av at EK på et langt tidligere tidspunkt i prosjektgjennomføringen, blant annet i e-post 25. juni 2019, ga uttrykk for at en forkortet slutfase ville gjøre det svært krevende å foreta den nødvendige systemtestingen.

På denne bakgrunn anser lagmannsretten at en forkorting av den fastsatte sluttfasen i kontrakten, ville kreve en aksept fra EKs side. Det er på det rene at det ikke forelå en slik aksept.

På samme måte som tingretten, legger derfor lagmannsretten til grunn at den dagmulktbelagte sluttfristen i kontrakten først inntrådte 4 måneder etter den avsatte byggetiden. Ettersom NS 8417 punkt 37.1 forutsatte en samlet overtakelse av kontraktsgjenstanden, og fristen for mekanisk ferdigstilling av Gamleskolen ble fastsatt til 16. mars 2020, må det legges til grunn at den dagmulktbelagte sluttfristen i kontraktsforholdet mellom BSO og EK først inntrådte 16. juli 2020. Overtakelse av kontraktsgjenstanden skjedde 13. juli 2020, og det er derfor ikke grunnlag for dagmulkt.

Det er av denne grunn ikke nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på de øvrige anførselene til EK for hvorfor det ikke er grunnlag for dagmulktkravet.

BSOs krav om dagmulkt tas etter dette ikke til følge, og anken over domsslutningen punkt 1 i dommen 26. februar 2021 forkastes, så langt den gjelder dagmulktkravet.

10. BSOs krav om erstatning for brudd på samordningsplikten

BSO har i tillegg til dagmulktkravet fremmet et motkrav som går ut på at EK plikter å betale erstatning med kroner 937 810 for brudd på samordningsplikten. Som grunnlag for erstatningskravet er det vist til erstatningsbestemmelsen i NS 8417 punkt 41 og alminnelige erstatningsregler i kontraktsforhold. Tingretten frifant EK fra erstatningskravet i dommen 26. februar 2021, og BSO har påanket denne delen av dommen. BSO gjør gjeldende at det foreligger feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse. EK bestrider at det er grunnlag for erstatning, og slutter seg til tingrettens vurderinger.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i erstatningsbestemmelsen i punkt 41 i NS 8417. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

TUE skal erstatte totalentreprenøren de utgifter denne påføres ved at sideentreprenører eller andre av totalentreprenørens kontraktsmedhjelpere blir forsinket, så langt årsaken er at TUE har forsømt sin samordningsplikt etter 21.4. Totalentreprenøren kan ikke kreve erstatning dersom han kan kreve dagmulkt etter punkt 40 for samme forhold. Erstatningsansvaret for slikt brudd på samordningsplikten er begrenset til 10 % av kontraktssummen, med mindre plikten er forsømt ved forsett eller grov uaktsomhet.

Som grunnlag for erstatningskravet har BSO gjort gjeldende at de er påført nødvendige merkostnader til advokat, sakkyndig og kostnader i egen administrasjon som følge av at EK underveis i prosjektgjennomføringen har fremsatt krav om fristforlengelse og dekning av kostnader til forsering og plunder og heft, uten at det har vært kontraktsrettslig grunnlag for dette. EK bestrider at det er grunnlag for erstatning, under henvisning til at det ikke foreligger et kontraktsbrudd.

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at EK hadde krav på fristforlengelse, og at BSO har avslått et berettiget krav om dette, jf. kontrakten punkt 33.8. Videre har lagmannsretten konkludert med at EKs krav om dekning av forseringskostnader og økte utgifter som følge av plunder og heft hadde rettslig grunnlag i kontrakten. Lagmannsretten har ikke funnet grunnlag for å konkludere med at EK har opptrådt i strid med samordningsplikten på en måte som kan anses rettsstridig. Det er derfor ikke grunnlag for å holde EK erstatningsansvarlig, verken etter NS 8417 punkt 41 eller etter alminnelige erstatningsregler i kontraktsforhold. Dette innebærer at BSOs anke over domsslutningen punkt 1 i dommen 26. februar 2021 forkastes, også hva gjelder kravet om erstatning.

11. EKs krav om utbetaling av resterende kontraktssum

BSO har tilbakeholdt et restbeløp på kontraktssummen på kroner 1 272 439, til sikkerhet for motkravene om dagmulkt og erstatning. Tingretten kom i dommen 26. februar 2021 til at det ikke var grunnlag for tilbakehold av restbeløpet, ettersom BSO ikke fikk medhold i motkravene, jf. tingrettens domsslutning punkt 2. BSO har påanket også denne delen av tingrettens dom, mens EK har tatt til motmæle og lagt ned påstand om at anken over domsslutningen punkt 2 forkastes.

Lagmannsretten har i likhet med tingretten kommet til at BSOs motkrav ikke fører frem. Det er derfor ikke grunnlag for å tilbakeholde restbeløpet på kontraktssummen. Anken over domsslutningens punkt 2 må derfor forkastes, i tråd med EKs påstand.

12. Sakskostnader

Selv om lagmannsretten har utmålt et noe lavere beløp i tilleggsvederlag enn tingretten gjorde, må EK likevel anses i det vesentlige å ha fått medhold for lagmannsretten. EK har derfor vunnet saken og har som utgangspunkt krav på å få dekket sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven 20-2 første ledd, jf. annet ledd.

For lagmannsretten har EK fremlagt en sakskostnadsoppgave på kroner 1 722 500, som i sin helhet er advokatsalær. Ettersom EK har rett til fradrag for merverdiavgift, er dette ikke tatt med. I tillegg er det krevd at BSO dekker godtgjørelsen til de fagkyndige meddommerne, som lagmannsretten vil ta stilling til i en egen avgjørelse. BSO har ikke hatt innvendinger til sakskostnadsoppgaven. Lagmannsretten finner at de pådratte kostnadene er både nødvendige og rimelige, jf. tvisteloven § 20-5.

BSO har anført at de må fritas for sakskostnadsansvaret med grunnlag i tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen kan en motpart helt eller delvis fritas for erstatningsansvar for sakskostnader «hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig». BSO har påberopt momentene i bokstav a og b, hvorefter det skal legges «særlig vekt på»:

- a) om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget,
- b) om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud, eller [...]

BSO har for det første pekt på at EK kan bebreides for sin tilnærming til sakens rettslige spørsmål, og videre at EK har avslått et rimelig forlikstilbud. Det ble i ankeforhandlingen gjennomgått et forlikstilbud BSO fremsatte i mai 2021. Essensen i tilbudet var at BSO utbetalte restbeløpet av kontraktssummen, frafalte kravet om dagmulkt og erstatning, og i tillegg utbetalte et beløp på kroner 3 000 000 som en rund sum erstatning for EKs

tilleggskrav og forsinkelsesrenter. Det ble i tillegg tilbudt et beløp på i underkant av kroner 400 000 for øvrige tilleggskrav.

Lagmannsretten kan ikke se at dette medfører at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta BSO for sakskostnadsansvaret. Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, er lagmannsretten ikke enig i at EK kan bebreides for tilnærmingen de har hatt til sakens rettslige spørsmål. Når det gjelder betydningen av BSOs forlikstilbud, viser lagmannsretten til at det følger av ordlyden at det må være tale om et «rimelig» forlikstilbud. Av lovkommentaren til Schei mfl. (2. utg.) s. 708, følger at forlikstilbudet «bør i iallfall ligge nær opp til domsresultatet» for at det skal anses som «rimelig» og kunne begrunne fritak for sakskostnader. I vår sak er det stor avstand mellom det tilleggsvederlaget lagmannsretten har kommet til, og BSOs forlikstilbud. I tillegg er EK frifunnet fra begge BSOs motkrav.

BSO har for det andre pekt på at EK har unnlatt å etterkomme BSOs gjentatte bevisprovokasjoner om kalkyler og prosjektrengskap da saken sto for tingretten, noe selskapet har knyttet til momentet i § 20-2 tredje ledd bokstav a om at saken «først ble bevismessig avklart etter saksanlegget». BSO har på samme grunnlag påberopt bestemmelsen i § 20-4 bokstav c, hvor det følger at en part uavhengig av sakens utfall helt eller delvis kan tilkjennes sakskostnader «i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser».

Lagmannsretten har vurdert om disse forholdene tilsier at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig at BSO fritas fra sakskostnadsansvaret, eller at BSO kan tilkjennes sakskostnader, men har kommet til at det ikke er grunnlag for dette. Lagmannsretten kan ikke se at sakskostnadene BSO har pådratt seg skyldes forsømmelser fra EKs side på de punktene som er fremhevet. Når det særlig gjelder § 20-2 tredje ledd, forutsetter denne bestemmelsen at det skal gjøres en helhetsvurdering av om det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta en part fra kostnadsansvaret. Lagmannsretten kan ikke se at forholdene knyttet til bevisavklaringen er av en slik karakter at det tilsier at BSO skal fritas for sakskostnadsansvaret.

Lagmannsretten har vurdert om det er andre grunnlag for å fritta BSO fra sakskostnadsansvaret, men har kommet til at det ikke er tilfelle.

Når det gjelder sakskostnadene for tingretten, skal lagmannsretten legge sitt resultat til grunn for avgjørelsen, jf. tvisteloven § 20-9. I tingretten ble EK tilkjent fulle sakskostnader, både i dommen 25. januar 2021 og dommen 26. februar 2021. Ut fra det resultat lagmannsretten har kommet til, er det ikke grunnlag for å gjøre endringer i dette.

* * * * *

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Dette skyldes sakens kompleksitet, samt fravær og permisjon hos noen av dommerne.

DOMSSLUTNING

1. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 4 714 298 – firemillionersjuhundreogfjortentusentohundreognittiåtte – eksklusive merverdiavgift for krav om dekning av forseringskostnader, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - av 1 357 259 fra 29. november 2019,
 - av 784 022 fra 28. desember 2019, og
 - av 2 573 017 fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
2. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 4 115 220 – firemillioneretthundreogfemtentusentohundreogtjue – eksklusive merverdiavgift for krav om dekning av plunder og heft, med tillegg av forsinkelsesrenter
 - av 1 566 780 fra 29. november 2019,
 - av 1 051 560 fra 28. desember 2019, og
 - av 1 496 880 fra 1. mars 2020,og til betaling skjer.
3. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 87 758 – åttisjutusensjuhundreogfemtiåtte – eksklusive merverdiavgift for forlenget kontraktsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. mars 2020 og til betaling skjer.
4. Backe-Stor Oslo AS dømmes til å betale til Elektro-Kontakten AS kroner 236 887 – tohundreogtrettisekstusenåttehundreogåttisju – eksklusive merverdiavgift for lønns- og prisstigning i forskjøvet kontrakts- og produksjonsperiode, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 11. desember 2020 og til betaling skjer.
5. For øvrig forkastes Backe-Stor Oslo AS' anke over tingrettens dom 25. januar 2021 og dom 26. februar 2021.
6. Oppfyllelsesfristen for domsslutningen punkt 1 til 5 er to uker fra forkynnelsen av dommen.
7. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Backe-Stor Oslo AS kroner 1 722 500 – enmillionsjuhundreogtjuetotusenfemhundre – til Elektro-Kontakten AS innen to uker fra forkynnelsen av dommen. I tillegg kommer godtgjøring til de fagkyndige meddommerne, som fastsettes i egen avgjørelse.

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold i e-poster av 26. og 27. april 2022, jf. signaturforskriften § 4 andre og tredje ledd.

Helge Røstum

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Ingerid Helene Sandberg (signert elektronisk)