



EIDSIVATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 03.06.2021

Saksnr.: 19-150626ASD-ELAG/

Dommere:

Lagdommer	Ola Rambjør Heide
Førstelagmann	Nina Sollie
Ekstraordinær lagdommer	Per Magne Isaksen

Per Inge Henriksen

Sivilingeniør	Ragnar Steen
---------------	--------------

Ankende part	Hæhre Entreprenør AS	Advokat Aron Solheim
Ankemotpart	Bane Nor Sf	Advokat Johan Fredrik Remmen
Ankemotpart	Samferdselsdepartementet	Advokat Johan Fredrik Remmen

Innhold

1	Bakgrunnen for saken	7
2	Oversikt over tvistepunktene	9
3	Generelt om lagmannsrettens vurdering	14
4	Massehåndtering	16
4.1.	Prosess 26.3 – sprengt stein til depot	16
4.1.1.	Bakgrunnen for tvisten	16
4.1.2.	Partenes anførsler i hovedtrekk	16
i)	Hæhre	16
ii)	Byggherren	18
4.1.3.	Lagmannsrettens vurdering	19
4.2.	KOE 423	27
4.2.1.	Bakgrunnen for tvisten	27
4.2.2.	Partenes anførsler	28
i)	Hæhre	28
ii)	Byggherren	28
4.2.3.	Lagmannsrettens vurdering	29
4.3.	Prosess 25.3	32
4.3.1.	Bakgrunnen for tvisten	32
4.3.2.	Partenes anførsler i hovedtrekk	32
i)	Hæhre	32
ii)	Byggherren	33
4.3.3.	Lagmannsrettens vurdering	34
4.4.	KOE 607	36
4.4.1.	Bakgrunnen for tvisten	36
4.4.2.	Partenes anførsler i hovedtrekk	36
i)	Hæhre	36
ii)	Byggherren	37
4.4.3.	Lagmannsrettens vurdering	37
4.5.	Poster med enighet/ikke påankede poster	40
4.6.	Samlet oversikt - massehåndtering	40
5	Mjøsakrav	41
5.1.	Generelt om grunnforholdene – spørsmål om «markert avvik»	41
5.1.1.	Bakgrunnen for tvisten	41
5.1.2.	Partenes anførsler i hovedtrekk	42

i) Hæhre.....	42
ii) Byggherren	44
5.1.3. Lagmannsrettens vurdering	45
i) Rettslige utgangspunkter	45
ii) Kontraktens beskrivelser av grunnforholdene.....	48
iii) De faktiske grunnforholdene	53
iv) Representerer grunnforholdene et markert avvik?	56
5.2. Endret deponeringsløsning	64
5.2.1. Bakgrunnen for tvisten.....	64
5.2.2. Partenes anførsler i hovedtrekk.....	64
i) Hæhre.....	64
ii) Byggherren	65
5.2.3. Lagmannsrettens vurdering	65
5.3. KOE 444	68
5.3.1. Bakgrunnen for tvisten.....	68
5.3.2. Partenes anførsler i hovedtrekk.....	68
i) Hæhre.....	68
ii) Byggherren	69
5.3.3. Lagmannsrettens vurdering	69
i) Fase 1.....	69
ii) Fase 2.....	73
iii) Fase 3.....	73
iv) Rigg og drift	74
v) Lønns- og prisstigning.....	74
5.4. Mellomlagring av sprengstein	74
5.4.1. Bakgrunnen for kravet.....	74
5.4.2. Partenes anførsler i hovedtrekk.....	74
i) Hæhre.....	74
ii) Byggherren	75
5.4.3. Lagmannsrettens vurdering	75
5.5. Graving under vann med sugemudring.....	77
5.5.1. Bakgrunnen for kravet.....	77
5.5.2. Partenes anførsler i hovedtrekk.....	77
i) Hæhre.....	77
ii) Byggherren	78
5.5.3. Lagmannsrettens vurdering	78

5.6.	Poster med enighet/ikke-påankede poster	83
6.	Totalbrudd.....	84
6.1.	Bakgrunnen for tvisten.....	84
6.2.	KOE 570 – økt antall totalbrudd.....	86
6.2.1.	Partenes anførsler i hovedtrekk.....	86
i)	Hæhre.....	86
ii)	Byggherren	87
6.2.2.	Lagmannsrettens vurdering	87
6.3.	KOE 567 – flytting av langbruddet	95
6.3.1.	Partenes anførsler i hovedtrekk.....	95
i)	Hæhre.....	95
ii)	Byggherren	96
6.3.2.	Lagmannsrettens vurdering	97
7.	KOE 020 – manglende prosess for reis.....	100
7.1.	Bakgrunnen for tvisten.....	100
7.2.	Partenes anførsler i hovedtrekk.....	101
7.2.1.	Byggherren	101
7.2.2.	Hæhre.....	102
7.3.	Lagmannsrettens vurdering	103
8.	KOE 550 – plunder og heft	108
8.1.	Bakgrunnen for kravet	108
8.2.	De rettslige utgangspunkter.....	110
8.3.	Generelt om bevissituasjonen	114
8.3.1.	Utviklingen av kravet.....	114
8.3.2.	Varsling.....	115
8.3.3.	Betydningen av endringsordrer	117
8.3.4.	Særlig om Marstrands rapport.....	118
8.4.	Byggetid.....	121
8.4.1.	Bakgrunnen for tvisten.....	121
8.4.2.	Partenes anførsler	123
i)	Hæhre.....	123
iii)	Byggherren	123
8.4.3.	Lagmannsrettens vurdering	124
8.5.	Endret deponeringsløsning for løsmasser i Mjøsa	128
8.5.1.	Bakgrunnen for tvisten.....	128
8.5.2.	Partenes anførsler	129

i) Hæhre.....	129
ii) Byggherren	129
8.5.3. Lagmannsrettens vurdering	130
8.6. Transporthindring – begrenset adkomst anleggskulvert	133
8.6.1. Bakgrunnen for tvisten.....	133
8.6.2. Partenes anførsler	133
i) Hæhre.....	133
ii) Byggherren	133
8.6.3. Lagmannsrettens vurdering	134
8.7. Avvikende grunnforhold.....	135
8.7.1. Lagmannsrettens vurdering	135
8.8. Økt mengde løsmasser	135
8.8.1. Bakgrunnen for tvisten.....	135
8.8.2. Partenes anførsler	136
i) Hæhre.....	136
ii) Byggherren	137
8.8.3. Lagmannsrettens vurdering	138
8.9. Manglende mulighet for knusing i linjen – flytting av knuseverket.....	144
8.9.1. Lagmannsrettens vurdering	144
8.10. Ikke gjennomførbare faseplaner og andre prosjekteringsfeil.....	144
8.10.1. Bakgrunnen for tvisten.....	144
8.10.2. Partenes anførsler	145
i) Hæhre.....	145
ii) Byggherren	146
8.10.3. Lagmannsrettens vurdering	147
8.11. Antallet endringsordre	154
8.11.1. Bakgrunnen for tvisten.....	154
8.11.2. Partenes anførsler i hovedtrekk.....	155
i) Hæhre.....	155
ii) Byggherren	155
8.11.3. Lagmannsrettens vurdering	155
8.12. Samlet vurdering	157
8.13. Alternative rettsgrunnlag	157
9 Hæhres avledede krav	158
9.1. KOE 614 – finanskostnader/avsavnsrente	158
9.1.1. <i>Bakgrunnen for tvisten</i>	158

9.1.2.	<i>Partenes anførsler</i>	158
i)	Hæhre	158
ii)	Byggherren	158
9.1.3.	<i>Lagmannsrettens vurdering</i>	159
9.2.	Rigg og drift	161
9.2.1.	<i>Bakgrunnen for tvisten</i>	161
9.2.2.	<i>Partenes anførsler</i>	161
i)	Hæhre	161
ii)	Byggherren	162
9.2.3.	<i>Lagmannsrettens vurdering</i>	162
10	Byggherrens krav.....	164
10.1.	Mulkt for mangelfull kvalitetsrapportering.....	164
9.2.4.	Bakgrunnen for tvisten.....	164
10.1.2.	Partenes påstandsgrunnlag i hovedtrekk.....	165
i)	Byggherren	165
ii)	Hæhre.....	165
10.1.3.	Lagmannsrettens syn	166
9.3.	Mulkt for trafikkhindring.....	171
10.1.4.	Bakgrunnen for kravet.....	171
10.1.5.	Partenes anførsler i hovedtrekk.....	171
i)	Byggherren	171
ii)	Hæhre.....	172
10.1.6.	Lagmannsrettens vurdering	172
11	Oppsummering og sakskostnader	175
11.1.	Oversikt over resultatet i lagmannsretten	175
11.2.	Saksomkostninger	176
11.2.1.	Generelt.....	176
11.2.2.	Saksomkostninger for lagmannsretten	177
11.2.3.	Sakskostnader for tingretten.....	179
11.2.4.	Utgifter til fagkyndige meddommere	180
DOMSSLUTNING.....		Error! Bookmark not defined.

Saken gjelder sluttoppgjør i entrepriseforhold.

1 B a k g r u n n e n f o r s a k e n

Statens Vegvesen og Jernbaneverket inngikk i 2012 kontrakter om utbygging av E6 og dobbeltsporet jernbane på en 21,6 km lang strekning fra Minnesund, Akershus til Kleverud, Hedmark. Utbyggingen ble delt opp i tre entrepriser som omfattet både vei og jernbane i et felles prosjekt (FP), henholdsvis FP1, FP2 og FP3. Hæhre Entreprenør AS fikk etter anbudsinnbydelse kontrakten på strekningen FP3, som gjelder området fra Strandlykkja til Kleverud/Labbdalen, lengst nord på prosjektet.

Hæhre påtok seg i kontrakten å bygge 9,6 km firefelts E6, 4,75 km lang dobbeltsporet jernbane, 11,4 km lokalveier og gang- og sykkelveier, samt 4,4 km sykkelvei (Mjøstråkk). Oppdraget omfattet blant annet bygging av Espa-tunnelen med to løp à 650 meter, planfrie kryssområder, bruer, portaler, tekniske bygg, kulverter/støttemurer/overgangsbruer, rasteplasser, molo og automatisk bomstasjon. Hæhre leverte vei- og baneanlegget rettidig 30. september 2016, etter at alle delfrister underveis var overholdt.

Kontrakten var en utførelsesentreprise, som innebærer at byggherren står for prosjekteringen, basert på NS 8405 med Jernbaneverkets tilpasninger. Kontrakten var en såkalt enhetspriskontrakt, som innebærer at entreprenøren skal ha oppgjør pr. enhet i samsvar med kontraktens priser på de enkelte arbeidsoperasjoner («prosesser»). Kontrakten ble inngått 2. mai 2012 og avtalt kontraktssum var på 1 803 232 557 kroner.

Den 13. desember 2016 fremmet Hæhre et krav i sluttoppgjøret på 2 748 225 444 kroner. Byggherren avviste kravet, og var villig til å honorere Hæhre med 1 808 554 475 kroner. I tillegg fremmet byggherren et motkrav på 19 103 000 kroner. Partene ble ikke enige om sluttoppgjøret, og ved stevning 31. august 2017 krevde Hæhre 755,5 millioner kroner, som da var det omtvistede beløp. Statens vegvesen og Bane NOR SF (som hadde overtatt kontrakten fra Jernbaneverket) påsto seg i tilsvarende frifunnet, og fremmet motkrav på til sammen 113,8 millioner kroner.

Etter hovedforhandling avsa Hedmarken tingrett dom 10. mai 2019 med slik slutning:

1. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å tilbakebetale 31 020 506 kroner eks. mva. med tillegg av merverdiavgift og med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. mars 2017 til betaling skjer.
2. Hæhre Entreprenør AS frifinnes for krav om mulkt for mangelfull kvalitetsrapportering og overskridelser av tillatt stengningsperiode på E6.

3. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å betale 1 200 000 kroner i prisavslag til staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF innen 2 –to- uker fra dommens forkynnelse, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
4. Hæhre Entreprenør AS dømmes til innen 2 –to- uker fra dommens forkynnelse å betale sakskostnader til motparten med 4 000 000 –firemillioner- kroner eks. mva. til Bane NOR SF og med 5 000 000 –femmillioner- kroner inkl. mva. til staten v/Samferdselsdepartementet.
5. Partene dekker utgiftene til fagkyndige meddommere med en halvpart hver.

Hæhre påanket dommen 20. juni 2019. Anken gjaldt de fleste poster hvor Hæhre ikke hadde fått medhold. I tilsvaret påsto Statens vegvesen og Bane NOR seg frifunnet og innga avledet anke.

Ankeforhandling ble gjennomført over 39 rettsdager i perioden 27. oktober 2020 til 12. februar 2021, i Eidsivating lagmannsretts innleide lokaler i Hamar teater. Lagmannsretten var satt med fagkyndige meddommere, og det ble gjennomført befaring i løpet av ankeforhandlingens første uke. Øvrig bevisførsel fremgår av rettsboken.

Hæhre nedla for lagmannsretten slik påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF, solidarisk ansvarlige, dømmes til å betale Hæhre Entreprenør AS kr 380 542 682 ekskl. merverdiavgift, med tillegg av merverdiavgift og med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 1. mars 2017 til betaling skjer.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF, solidarisk ansvarlige, dømmes til å betale Hæhre Entreprenør AS lovens forsinkelsesrente av 27 211 400 inkl. mva. fra 1. mars 2017 til betaling skjer.
3. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF, solidarisk ansvarlige, dømmes til å betale sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten.

Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF nedla slik påstand:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF frifinnes.
2. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å tilbakebetale staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF 95 035 665 kroner eks. mva., med tillegg av betalt merverdiavgift og med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 28. mars 2017 til betaling skjer.

3. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å betale staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF mulkt for mangelfull kvalitetsrapportering og overskridelser av tillatt stengningsperiode på E6, 17 255 000 kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
4. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF tilkjennes sakens kostnader for tingretten.
5. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF tilkjennes sakens kostnader for lagmannsretten.

Øvrig bakgrunn for saken og prosesshistorie fremgår av tingrettens dom side 6 – 8.

2 O v e r s i k t o v e r t v i s t e p u n k t e n e

Twisten om sluttoppgjøret gjelder en rekke krav, der uenigheten mellom partene dels har bakgrunn i ulik forståelse av kontraktens ulike prosesskoder, og dels har bakgrunn i uenighet om oppgjør for endringer i prosjektet. Kravene kan grupperes i seks grupper av krav fra Hæhre og én gruppe av krav fra byggherren.

Kravene knyttet til **massehåndtering** gjelder ulike krav fra Hæhre som følge av transport og bearbeiding av masser i prosjektet. Hele entreprisen FP3 var i hovedsak et masseflyttingsprosjekt, og entreprenørens vederlag er for en stor del oppgjør for massehåndtering.

For tingretten gjaldt denne delen av saken i alt fem ulike krav. Hæhre fikk delvis medhold i ett av kravene, ved at tingretten tilkjente Hæhre drøyt halvparten av det vederlaget Hæhre krevde under prosess 26.3. Derimot tilkjente tingretten ikke vederlag for de øvrige fire kravene. Hæhre har påanket tingrettens dom for så vidt gjelder fire av kravene, både det kravet Hæhre fikk delvis medhold i, og tre andre krav. Tingrettens dom for så vidt gjelder det femte kravet, KOE 606, som var ett av kravene hvor tingretten ikke tilkjente vederlag, er ikke påanket av Hæhre. Byggherren har inngitt avledet anke over tingrettens dom for så vidt gjelder kravet knyttet til prosess 26.3.

Det gjenstår derfor fire krav i denne gruppen for lagmannsretten å ta stilling til: For det første er partene uenige om forståelsen av to av kontraktens avregningsposter. Dette gjelder dels krav etter prosess 26.3 (sprengt stein til depot), der Hæhre krevde 53,5 mill. kroner, byggherren aksepterte 17,1 mill. kroner, og Hæhre ble tilkjent 19,4 mill. kroner. For øvrig gjelder det krav etter prosess 25.3 (jordmasser til depot), der Hæhre krevde 18,3 mill. kroner, mens byggherren avviste kravet, og tingretten ikke tilkjente vederlag.

De to øvrige påankede kravene er relatert til endret driftsopplegg som følge av påståtte byggherreforhold. For det første KOE 423 (vederlag for returtransport av knuste masser), der Hæhre har krevd 27,9 mill. kroner, byggherren har avvist kravet, og tingretten ikke har tilkjent vederlag. For det andre KOE 607 (vederlag for transport av overskuddsmasser), der Hæhre har krevd 15,7 mill. kroner, byggherren har avvist kravet, og tingretten ikke tilkjente vederlag.

Lagmannsretten vil vurdere kravene knyttet til massehåndtering under punkt 4 nedenfor.

Kravene knyttet til Mjøsa («**Mjøsakrav**») har utspring i kontraktsarbeider om fjerning av løsmasser i Mjøsa, og etablering av fyllinger i og ved Mjøsa for den dobbeltsporede jernbanen. Hæhre har fremmet krav om vederlagsjustering (KOE 444) på 27,4 mill. kroner, dels fordi den prosjekterte deponeringen av løsmasser i Mjøsa ikke kunne gjennomføres, og det derfor var nødvendig å deponere massene på land, noe som skapte forsinkelse i arbeidet. I tillegg hevder Hæhre at grunnforholdene avvek markert fra beskrivelsen i kontraktsgrunnlaget.

Tingretten kom til at grunnforholdene ikke representerte et markert avvik fra kontrakten, men at det var grunnlag for vederlag for fjellrensk under vann (0,4 mill. kroner) og for dokumentasjon av utgravd fjell (3,4 mill. kroner). Hæhre har påanket tingrettens dom på disse punkter så langt selskapet ikke har fått medhold fullt ut. Byggherren har inngitt avledet anke på disse punktene.

Videre gjelder Mjøsakravene seks ulike krav, i hovedsak knyttet til anvendelsen av kontraktens ulike prosesser. Krav etter prosess 24.111 (A51) gjelder rigg for dynamisk dypkomprimering, krav etter prosess 25.7123 og 25.7124 gjelder graving under vann med sugemudring, krav etter prosess 26.1212 og 26.1226 gjelder mellomlagring av sprengstein til sjøfyllinger i Mjøsa, og krav etter prosess 25.7125 (A51) gjelder graving under vann med maskiner på land med deponering av løsmasser med dumper. For disse kravene har byggherren akseptert deler av kravene fra Hæhre. I tillegg kommer krav etter EO 013 for opplasting av løsmasser fra mellomlager ved Mjøsa, og KOE 110 om oppfylling av område Nord til kote 124,5. Tingretten ga Hæhre delvis medhold i kravene for så vidt gjaldt prosess 25.7123/7124 (8,3 mill. kroner), og fullt medhold i kravet etter EO 013 (2,3 mill. kroner). For øvrig fant tingretten at det ikke var grunnlag for kravene fra Hæhre.

Hæhre har påanket tingrettens dom på de punkter der entreprenøren ikke fikk fullt medhold, med unntak av kravet etter KOE 110. Byggherren har inngitt avledet anke for så vidt gjelder de to kravene Hæhre fikk helt eller delvis medhold i (prosess 25.7123/7124 og EO 013).

Lagmannsretten skal derfor ta stilling til alle kravene i gruppen Mjøsakrav, med unntak av KOE 110, som er rettskraftig avgjort. Ett av kravene (prosess 25.7125) er dessuten subsidiært. Lagmannsretten behandler Mjøsakravene under punkt 5 nedenfor.

Kravene knyttet til **totalbrudd** gjelder krav om endringsordre i forbindelse med arbeider i eller ved jernbanelinjen mens det var full stans i togtrafikken og det var strømfritt i traseen. Arbeidet i og ved linjen kunne da foregå uhindret av strøm og togtrafikk. Arbeidet var riktignok i stor grad planlagt å foregå mens togtrafikken var i gang, mellom passeringen av tog – enten med sikkerhetsmann til stede eller i såkalte «hvite tider». Under totalbrudd kunne arbeid som ellers ikke kunne utføres mellom passeringen av tog, utføres.

Det var i prosjektet planlagt i alt 17 totalbrudd, i hovedsak av kortere varighet. Ett totalbrudd («langbruddet») var planlagt å vare 23 dager. Det ble imidlertid gjennomført langt flere totalbrudd enn planlagt – 23 ekstra totalbrudd – i tillegg til at langbruddet ble utsatt i to runder fra opprinnelig juli 2015 til november samme år.

Hæhre har i KOE 570 satt fram krav om vederlagsjustering på ca. 13,5 millioner kroner som følge av økt antall totalbrudd i kontraktsperioden. Tingretten kom til at det ikke var grunnlag for vederlagsjustering etter dette kravet om endringsordre. Hæhre har videre i KOE 567 satt fram krav om vederlagsjustering på 25,4 millioner kroner som følge av at langbruddet ble utsatt i to omganger. Dels gjelder dette kravet vederlag for forsering (14,8 mill. kroner), dels gjelder det krav om vederlag for merkostnader (10,8 mill. kroner). Tingretten tilkjente 2,5 millioner kroner som vederlag for merkostnader, men kom til at det ikke var grunnlag for vederlagsjustering på grunn av forsering.

Hæhre har påanket tingrettens dom for så vidt gjelder både KOE 570 og KOE 567. Byggherren har inngitt avledet anke for så vidt gjelder KOE 567.

Lagmannsretten vil vurdere kravene knyttet til totalbrudd under punkt 6 nedenfor.

Hæhres øvrige endringskrav gjelder krav om vederlag for arbeider Hæhre hevder det mangler prosesser for i kontrakten. Hæhre har i KOE 020 krevd vederlagsjustering for uteglemt prosess 84.1 for reis/stillas for enkelte arbeider. Byggherren har avvist kravet under henvisning til at det er dekket under prosess 84.2. Tingretten ga Hæhre fullt ut medhold i dette kravet og tilkjente 6.3 mill. kroner. Byggherren har påanket tingrettens dom for så vidt gjelder KOE 020.

Hæhre krevde i KOE 559 vederlag for uteglemt prosess 51.41 for avretting og komprimering av planum. Tingretten tilkjente Hæhre hele beløpet selskapet krevde – 1,5 mill. kroner. Dommen for så vidt gjelder KOE 559 er ikke påanket, og dette kravet er derfor rettskraftig avgjort.

Lagmannsretten behandler KOE 020 under punkt 7 nedenfor.

Hæhre har i **KOE 550** fremsatt et krav om vederlagsjustering for såkalt «**plunder og heft**». Hæhre har i hovedsak begrunnet kravet med i alt ni forhold som det anføres at byggherren hefter for. Kravet for tingretten fra Hæhre var på 464,7 mill. kroner. Tingretten tilkjente 20,4 mill. kroner for dette kravet, idet den kom til at det knyttet seg plunder- og heftvirkninger til fire av de ni påståtte byggherreforholdene. Hæhre har påanket tingrettens dom for så vidt gjelder KOE 550. I anken ble kravets størrelse opprettholdt, men før ankeforhandlingen ble det redusert til 236,8 mill. kroner. Byggherren har inngitt avledet anke.

Lagmannsretten behandler kravet etter KOE 550 under punkt 8 nedenfor.

Hæhres avledede krav er dels fremmet i KOE 614, som gjelder krav på 73,2 mill. kroner for tapte finanskostnader, og dels fremmet som krav på regulering av vederlaget for rigg og driftskostnader på 21,8 mill. kroner. Tingretten tilkjente 1,3 mill. kroner for KOE 614, mens den frifant byggherren for kravet om regulering for rigg og drift.

Hæhre har påanket dommen på begge disse punktene, og kravene er noe justert for lagmannsretten. Byggherren har avgitt avledet anke for den del av tingrettens dom der Hæhre ble tilkjent vederlag etter KOE 614.

Lagmannsretten behandler Hæhres øvrige krav under punkt 9 nedenfor.

Byggherrens krav gjelder for det første krav om mulkt for mangelfull kvalitetsrapportering. Kravet er på 14,8 mill. kroner, men Hæhre har bestridt kravet og tingretten har ikke gitt byggherren medhold i kravet for noen del. For det andre har byggherren krevd mulkt for overskridelser av tillatt stengetid på E6. Kravet for tingretten under hovedforhandlingen var på 3,1 mill. kroner, Hæhre har bestridt kravet og tingretten ga ikke byggherren medhold i kravet. Til sist gjelder byggherrens krav prisavslag for mangelfull oppmåling. Byggherren krevde 1,2 mill. kroner, noe tingretten også tilkjente.

Byggherren har i avledet anke påanket tingrettens dom for så vidt gjelder de to kravene om mulkt. I anken er kravet om mulkt for overskridelser av tillatt stengetid redusert til 2,4 mill. kroner. Hæhre har på sin side ikke påanket dommen for så vidt gjaldt byggherrens krav på prisavslag, slik at denne delen av dommen er rettskraftig.

Lagmannsretten behandler byggherrens krav under punkt 10 nedenfor.

Kravene slik pådømt av tingretten fremgår av nedenstående tabell. Krav i kursiv er ikke påanket av noen av partene, eventuelt forliket under lagmannsrettens behandling, slik at tingrettens dom blir stående. Noen av kravene er som det fremgår foran dessuten i større

eller mindre grad justert i forbindelse med lagmannsrettens behandling – eksempelvis er kravet etter KOE 550 som nevnt redusert til omtrent halvparten. Lagmannsretten kommer tilbake til størrelsen på de enkelte krav som lagmannsretten har til behandling under vurderingen av de respektive kravene.

Pkt.	Krav for tingretten	Krav Hæhre	Akseptert BH	Omtvistet beløp	Tingrettens dom
4	Massehåndtering				
4.1.	Prosess 26.3	53 482 020	17 088 602	36 393 418	19 350 847
4.2.	KOE 423	27 941 067	0	27 941 067	0
	KOE 606	3 344 625	0	3 344 625	0
4.3.	Prosess 25.3	18 345 893	10 853 100	7 492 793	0
4.4.	KOE 607	15 692 224	0	15 692 224	0
	<u>Totalsum</u>	<u>118 805 829</u>	<u>27 941 702</u>	<u>90 864 127</u>	<u>19 350 847</u>
5	Totalbrudd				
5.1.	KOE 570	13 538 000	0	13 538 000	0
5.2.	KOE 567 (inkl. KOE 586)	25 438 850	0	25 438 850	2 500 000
	<u>Totalsum</u>	<u>38 976 850</u>	<u>0</u>	<u>38 976 850</u>	<u>2 500 000</u>
6	Mjøsakrav				
6.1.	KOE 444	27 627 799	225 000	27 402 799	3 589 602
	KOE 110	55 666	0	55 666	0
	Prosess 24.111	2 580 000	645 000	1 935 000	0
6.2.	Prosess 25.7123 og prosess 25.7124	24 836 250	1 250 000	23 586 250	8 278 750
6.3.	Prosess 26.1212 og prosess 26.1226	13 884 284	4 470 794	9 413 490	0
	EO 013	2 964 167	705 160	2 259 007	2 259 007
6.4.	Prosess 25.7125 (A51)	13 064 510	12 064 510	1 000 000	0
6.5.	Prosess 26.1211 (A51)	4 026 201	4 026 201	0	0
	<u>Totalsum</u>	<u>89 038 877</u>	<u>23 386 665</u>	<u>65 652 212</u>	<u>10 897 359</u>
7	Øvrige krav om endringer				
7.1.	KOE 020	6 323 899	0	6 323 899	6 323 899
	KOE 559	1 531 162	476 900	1 054 262	1 054 263
	<u>Totalsum</u>	<u>7 855 061</u>	<u>476 900</u>	<u>7 378 161</u>	<u>7 378 161</u>

8	KOE 550 «plunder og heft»	<u>464 734 012</u>	<u>0</u>	<u>464 734 012</u>	<u>20 400 000</u>
9	Hæhres avledede krav				
9.1.	KOE 614	73 186 050	0	73 156 050	1 313 054
9.2.	Rigg og drift	21 181 226	0	21 181 226	0
	<u>Totalsum</u>	<u>94 367 276</u>	<u>0</u>	<u>94 367 276</u>	<u>1 313 054</u>
	<u>Totalt Hæhres krav</u>	<u>813 777 905</u>	<u>51 805 267</u>	<u>761 972 638</u>	<u>65 069 422</u>
10	Byggherrens motkrav	Akseptert Hæhre	Kravsbeløp BH	Omtvistet beløp	Tingrettens dom
10.1.	Mulkt for trafikkstans utover tillatt stengeperiode E6	0	3 057 000	3 057 000	0
10.2.	Mulkt for mangelfull kvalitetsrapportering	0	14 846 000	14 846 000	0
	<i>Prisavslag for mangelfull oppmåling</i>	0	1 200 000	1 200 000	1 200 000
	<u>Totalt BHs motkrav</u>	<u>0</u>	<u>19 103 000</u>	<u>19 103 000</u>	<u>1 200 000</u>

3 G e n e r e l t o m l a g m a n n s r e t t e n s v u r d e r i n g

Slik det fremgår blant annet i Høyesteretts avgjørelse i HAB-saken (HR-18-175510) avsnitt 72-75, skal lagmannsrettens vurdering ta utgangspunkt i de generelle sivilprosessuelle prinsippene for bevis, herunder prinsippet om fri bevisbedømmelse i tvisteloven § 21-2 første ledd og prinsippet om fri bevisføring i § 21-3 første ledd. Ved bevisbedømmelsen gjelder overvektsprinsippet, der lagmannsretten ved sin avgjørelse må legge til grunn det som fremstår som det mest sannsynlige faktum etter avsluttet bevisføring.

Det er den part som fremmer krav som må sannsynliggjøre kravet. Men dersom parten har lagt frem vektige bevis, vil bevisføringsbyrden skifte over til den annen part, og den kan veksle frem og tilbake mellom partene avhengig av hvor mange og hvor sterke bevis som til enhver tid er ført. Hvis resultatet av bevisførselen er at det er like sannsynlig at kravet er

til, som at det ikke er det, skal tvilen gå ut over den part som fremmer kravet, og som dermed har bevisbyrden.

Ved tolkningen og anvendelsen av kontrakten legger lagmannsretten til grunn de prinsipper som fremgår blant annet av Rt-2007-1489 (Byggholt), Rt-2012-1729 (Mika) og HR-2019-830-A (Magne Sveen). I sistnevnte avgjørelse (avsnitt 35-38) er hovedtrekkene ved tolkningen av entreprisekontrakter utlagt slik:

Innbyderens plikter er utdypet i Rt-2007-1489 Byggholt. I avsnitt 62 fremhever førstvoterende at anbudsgrunnlaget må være «grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse», før han tilføyer at det samme må gjelde «for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset». Han påpeker videre at det er av «vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebransjen». Og i avsnitt 75 uttaler han at det er «anbudsinnsbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag».

Entreprenøren har på sin side risikoen for egne kalkyler – for at den enkelte prosess har fått en pris som dekker kostnader og fortjeneste, se Rt-2012-1729 Mika avsnitt 3. I avsnitt 69 uttaler førstvoterende at det avgjørende er hvordan en «normalt forstandig tilbyder» oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene.

Det er et sikkert rettslig utgangspunkt at avtaler mellom næringsdrivende må fortolkes objektivt, jf. blant annet Rt-2010-961 avsnitt 44 og Rt-2010-1345 Oslo Vei avsnitt 59. I Mika-dommen avsnitt 58 konkretiseres dette slik for kontrakter i entrepriseforhold:

«Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold.»

Førstvoterende fremhever videre i avsnitt 67 at det «vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng» når innholdet i konkurransegrunnlaget skal fastlegges.

Retten legger de samme tolkningsprinsipper til grunn for sin avgjørelse.

4 Massehåndtering

4.1. Prosess 26.3 – sprengt stein til depot

4.1.1. *Bakgrunnen for tvisten*

På prosjektet var det et stort masseoverskudd, og Hæhre transporterte store mengder sprengstein fra linjen til deponi på Kolostuen, nord for strekningen som var omfattet av FP3. Disse overskuddsmassene skulle byggherren benytte på senere prosjekter.

Kontaktens kapittel 26 inneholder flere prosesser for masseflytting av sprengt stein, og omfatter opplasting, transport, tipping, utlegging og komprimering av steinmasser fra skjæring. Prosess 26.3 omfatter «opplasting, transport, tipping og utlegging av sprengt stein fra skjæring i linjen til angitt depot eller lager for knusing.»

Det heter videre i den spesielle beskrivelsen i prosessens bokstav a) første ledd:

Sprengsteinen transporteres til massedeponi på Kolostuen. Inkludert i prosessen er også nødvendig nedpiggning av stein til Dmaks 800mm, samt mottak og utlegging av massene.

Denne spesielle beskrivelsen var imidlertid ikke tatt med i den stedsspesifikke beskrivelsen for E6.

Det er ikke tvilsomt at Hæhre skal ha vederlag – slik de også har fått – for opplasting og transport av overskuddsmasser til Kolostuen. Dette følger av at det etter prosess 26.3 skal ytes vederlag for stein «til angitt depot».

Partene er imidlertid uenige om det etter prosess 26.3 *også* skal ytes vederlag for transport av sprengt stein til knusing for senere bruk i linja. Hæhre etablerte et knuseverk, først i linjen, deretter på Kolostuen. Etter Hæhres syn er dette omfattet av prosessens angivelse av at den omfatter stein til «lager for knusing» etter prosess 26.3. Etter byggherrens syn omfattes dette arbeidet ikke av prosess 26.3, men av andre av kontraktens prosesser, slik at det ikke skal godtgjøres særskilt etter prosess 26.3.

Partene er også uenige om hvilke mengder som skal avregnes under denne prosessen. Hæhre har krevd godtgjort for 942 785 m³, mens byggherren kun har akseptert 440 914 m³. Med en enhetspris på dels 69 kroner, dels 99 kroner, utgjør det omtvistede beløp for lagmannsretten 35 162 598 kroner.

4.1.2. *Partenes anførsler i hovedtrekk*

i) **Hæhre**

Prosess 26.3 gir anvisning på to alternative anvendelser av sprengt stein som Hæhre skal ha vederlag for: Enten til depot eller til mellomlager for knusing. Det er ikke holdepunkter i prosessens spesielle beskrivelse for at ordet «angitt» også gjelder lager. Det må fremgå

klart dersom byggherren mener å ta bort én av to anvendelser i generell beskrivelse. Dersom det i beskrivelsen hadde vært brukt vanlig ordlyd («omfatter»/«gjelder»), hadde tolkningen vært klar. Det er derfor opp til entreprenøren å velge plasseringen av knuseverket og dermed lageret.

Den stedsspesifikke beskrivelsen har ikke inntatt den spesielle beskrivelsen, bare den generelle beskrivelsen. Det er dette entreprenøren ser når han priser, idet han må kunne gå ut fra at det er en grunn til at den spesielle beskrivelsen ikke fremgår. Det er ikke relevant hvordan beskrivelsen skrives ut, blant annet fordi entreprenøren ikke kan skrive ut beskrivelsen på samme måte som byggherren kan.

Systemhensyn tilsier at det arbeidet som utføres, skal prises gjennom konkrete prosesser. Prosesskoden skal brukes likt og sikre forutberegnelighet. Dersom det mangler en prosess, har entreprenøren krav på kompensasjon. Det er ikke mulig å unngå transport og mellomlagring av sprengt stein som skal knuses. Dette tilsier at det skal betales for dette arbeidet.

Tidligere utgaver av prosesskoden viser at det ikke er tvilsomt at prosess 26.3 gjelder to anvendelser av sprengt stein. Denne forståelsen er i samsvar med vanlig praksis. Blant annet er det i andre sammenlignbare kontrakter sagt uttrykkelig dersom slik mellomlagring *ikke* skal være omfattet. Byggherren har dessuten betalt A-notaer basert på lass-lister gjennom hele prosjektperioden på tre år. Dette må tillegges vekt som tolkningsmoment. Dersom det skulle foreligge tolkningstvil, skal dette uansett gå ut over byggherren.

Subsidiært har byggherren forpliktet seg ved konkludent adferd, gjennom å ha godtatt Hæhres helt åpne fakturering. Byggherren hadde full kontroll over hvilke mengder som skulle brukes, og det fremsto for Hæhre slik at partene var enige om faktureringen. Byggherren har derfor vist en aktiv adferd over tre år. Lojalitetshensyn, innrettelseshensyn og risikoplassering tilsier at byggherren har bundet seg gjennom sin praksis.

Hæhre skal uansett ha betalt for knust forsterkningslag. Da forsterkningslaget ble endret fra sprengt stein til knust stein, påløp ekstra opplasting og transport. Entreprenøren skal ha betalt for disse arbeidsoperasjonene, og har ikke avtalt seg bort fra det gjennom krav om endringsordre. Det er utenkelig at de 23 kronene som ble avtalt i EO 023 også dekket transport. I motsatt fall vil avtaleloven § 33 medføre at avtalen er ugyldig.

Knuseverket ble flyttet til Kolostuen på grunn av byggherreforhold, idet det ikke var mulig å knuse i linjen, som planlagt. Subsidiært skal derfor Hæhre ha betalt for de kostnadene disse byggherreforholdene medførte.

Mengden skal etter prosess 26.3 måles i prosjekterte faste masser, det vil si før steinen sprenges ut i linja. Dette var imidlertid ikke mulig, og steinregnskap er da vanlig

avregningsform, for å sikre at alle massene som er sprengt ut, er avregnet. Det er ikke grunnlag for å endre kontrakten til faktisk utført volum. Vi vet hvilke masser som er knust, i tillegg lå det igjen et stort volum på Kolostuen. Til sammen utgjør dette mer enn 950 000 pfm³. Ethvert regnestykke må kalibreres mot disse mengdene, og de viser at byggherrens regnestykke ikke kan være riktig. Partene er enige om tilgangen på stein, og Hæhre skal ha betalt for transport av all stein, likevel slik at mengder som er oppgjort der opplasting og transport er inkludert, kommer til fradrag. Subsidiært, dersom kontraktens måleregel skal endres, kan ikke byggherrens innmåling legges til grunn. Hæhre skal dessuten uansett ha vederlag etter prosess 26.3 for alle mengder som er transportert til Kolostuen for knusing.

ii) Byggherren

Tingretten har lagt for stor vekt på Hæhres subjektive forståelse og ikke anvendt de generelle prinsippene for kontraktstolkning den ellers har redegjort for. Med Hæhres forståelse og tingrettens gjennomsnittsberegninger, blir prisen internt på anlegget for knust stein negativ. Dette viser at prisen på 69 kroner – likevel slik at noen prosesser ga 99 kroner, slik at det vektete gjennomsnitt er 73 kroner – ikke er en gjennomsnittspris ut fra mengdene og transporttabellen.

For å ta stilling til om «angitt» også refererer seg til lager, må man se på prosessens spesielle beskrivelse. Der fremgår det at sprengstein skal transporteres til massedeponi på Kolostuen, og at steinen skal pigges ned, noe som var omfattet av prosessen. Bakgrunnen for denne spesielle beskrivelsen var at overskuddet av stein skulle benyttes til videre veiutbygging nordover. Knusing er uforenlig med denne spesielle beskrivelsen. Spesiell beskrivelse etterlater ingen tvil. Det er ingenting som omhandler knusing. At standardbeskrivelsen åpner for knusing er ikke avgjørende.

Byggherrens akontobetalinger er ikke basert på en vurdering av riktig prosessforståelse. Det fremgår uttrykkelig av kontrakten at betaling av avdrag ikke innebærer godkjenning av grunnlaget for faktureringen. Kontrakten fastslår dermed at det ikke ligger noen binding i betalingen. Det tok betydelig tid før Hæhre la fram målebrev, og begge parter var innforstått med at utbetalingene hadde usikkert grunnlag. Møtereferater viser også at begge parter forsto at det var uenighet mellom partene. Det er også for øvrig – under prosess 26.11 – eksempel på at Hæhre fakturerte på et grunnlag de visste var feil. Heller ikke på denne prosessen gikk byggherren inn i grunnlaget for faktureringen.

Hvis man uttrykkelig skal si hva som *ikke* fremgår av kontraktens ulike prosesser, får man en stor jobb. Man har derimot i kontrakten vært tydelig på hva som positivt omfattes når det gjelder masser som skal knuses. Man må dessuten se hele kontrakten i sammenheng. Håndtering av fjell som skal benyttes som knust stein på anlegget er omfattet av egne prosesser. En rekke slike prosesser som inkluderer levering er prissatt. Eksempelvis fremgår av prosess 67 – belegninger utenfor veibanen – at «levering» av materialer o.l. er

omfattet. Entreprenøren må da skaffe til veie gjennom knusing av fjelloverskudd de ønskede massene.

For beregningen av mengde må man finne den metode som best mulig sikrer et riktig resultat. Både byggherren og Hæhre har målt mengdene på Kolostuen, og disse målingene er ganske like. Målingen på Kolostuen blir styrende for avregningen. Hvis Hæhres forståelse av prosessen legges til grunn, er det stor uenighet mellom partene om mengde. Hæhre inkluderer anvendelse av sprengt stein som ikke kan gjøres rede for, som er oppgjort i endringsordre og som er benyttet til driftsveger m.m. Det er også tatt med knust stein der kontrakten ikke ber om det, og der kontrakten ber om det men ut over det målreglene tilsier. Hæhres tilnærming kan ikke anvendes. Det byggherren aksepterer på E6-linjen er i utgangspunktet beregnet ut fra steinregnskapet, men der det er gjort fradrag for teoretisk overskudd og faktiske masser på Kolostuen. Byggherrens beregning er basert på tingrettens forståelse med enkelte justeringer.

4.1.3. Lagmannsrettens vurdering

Dette tvistepunktet reiser spørsmål om hvordan prosess 26.3 skal tolkes, sett isolert og sett i sammenheng med kontraktens øvrige bestemmelser – om denne prosessen omfatter transport av sprengt stein til knusing. Lagmannsretten minner om at kontrakten skal tolkes objektivt, jf. foran.

Det er på det rene at Hæhre priset arbeidet under den forutsetning at entreprenøren skulle få betalt etter 26.3 for slik transport, og at Hæhre praktiserte dette under avregningen. Denne subjektive forståelsen får imidlertid klart underordnet betydning for tolkingen av kontrakten, gitt at den skal tolkes objektivt.

Videre bemerker lagmannsretten at den ved tolkningen av kontrakten ikke legger nevneverdig vekt på at byggherren utbetalte i samsvar med avdragsnotaene Hæhre leverte, der vederlaget var beregnet ut fra Hæhres kontraktsforståelse. Det følger av kontraktens kapittel C punkt 28.3 tredje ledd at betaling av avdrag «innebærer ingen godkjennelse av grunnlaget for vedkommende faktura». I Marthinussen m.fl. NS 8405 med kommentarer (2010) side 442 påpekes det at «[s]elv om byggherren betaler avdragsfakturaen, kan han likevel komme med innsigelser både mot fakturaen og grunnlaget for fakturaen», herunder at det er anvendt feil pris. Det fremheves videre at hensynet bak denne regelen er at «byggherren ikke har full oversikt over arbeidene under byggeperioden og at betalingens størrelse av og til vil bero på skjønn over hvor mye som er utført. Det vil være upraktisk at han skal måtte kontrollere alle detaljer før han kan betale en faktura i byggetiden.»

Lagmannsretten slutter seg til dette og bemerker at konsekvensen av dette for vårt spørsmål er at byggherrens adferd ikke kan tas til inntekt for en konkret forståelse av kontrakten. Riktignok fakturerte Hæhre åpent, ved å ha medtatt stein til knuseverk under prosess 26.3, og opplyste om dette på ulike måter, blant annet i geomatikkmøter.

Utbetalingen foregikk også over lang tid, i over tre år. Når kontrakten like fullt legger opp til at byggherren ikke skal være nødt til å ta stilling til grunnlaget for avdragsnotaene før utbetaling, kan det heller ikke legges til grunn at partene har hatt en felles forståelse av kontrakten, eller at byggherren har hatt en særlig oppfordring til å fremme innvendinger dersom han var uenig i entreprenørens tolkning. Avregningsmåten var ikke gjort til særskilt tema partene imellom, ut over den åpne faktureringen. Det er heller ikke andre omstendigheter som tilsier at byggherren hadde foranledning til å ta opp avregningen underveis. I og med kontraktens punkt 28.3 tredje ledd kan ikke Hæhre legge til grunn at byggherrens utbetalinger innebærer at byggherren hadde forstått Hæhres avregningsmåte og var enig i den.

Lagmannsretten viser også til at byggherren under andre prosesser – eksempelvis prosess 26.11 – betalte i henhold til avdragsnota som led av åpenbare feil. Verken ved prosess 26.11 eller ved prosess 26.3 kan betalingen tillegges vekt ved fastleggelsen av kontraktsforpliktelsene og sluttoppgjøret.

Dette innebærer også at det ikke er grunnlag for Hæhres subsidiære anførsel om at byggherren har forpliktet seg gjennom konkludent adferd. Kontraktens punkt 28.1 tredje ledd medfører at byggherrens praksis med å utbetale i henhold til avdragsnotaene ikke har en slik karakter at den er rettsstiftende.

Partenes adferd kan på den andre siden bidra til å belyse om kontraktens bestemmelser – i dette tilfellet prosess 26.3 – er uklar, likevel slik at det er kontraktens objektive mening som skal fastlegges, jf. foran.

Ved tolkningen av prosess 26.3 og anvendelsen av prosessen på transport til knusing, har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – førstelagmann Sollie, lagdommer Heide og meddommer Henriksen – er av det syn at kontrakten er uklar på dette punkt, og at den derfor må tolkes mot den som har utarbeidet kontrakten, det vil si byggherren. Flertallet har derfor kommet til at kontraktens prosess 26.3 må forstås slik at Hæhre skal ha vederlag etter denne prosessen for sprengt stein som er kjørt til knusing.

Flertallet peker først på at rotbeskrivelsen i prosess 26.3 viser til to alternative anvendelser av den sprengte steinen som det skal ytes vederlag for: Stein til «angitt depot eller lager for knusing». Etter flertallets syn er det naturlig å forstå dette slik at det skal ytes vederlag både når sprengt stein transporteres til angitt endelig depot – som i dette tilfellet er på Kolomoen – og når sprengt stein transporteres til sted for knusing. Det er riktignok mulig å tolke bestemmelsen på to ulike måter: Dels slik at ordet «angitt» gjelder både depot og lager for knusing, slik at prosess 26.3 bare gjelder der byggherren har angitt et lager for knusing. Dette skulle i så fall innebære at når byggherren ikke har angitt lager for knusing,

kan det heller ikke kreves vederlag for transport dit. Dels slik at ordet «angitt» bare refererer seg til depotet, noe som innebærer at byggherren ikke trenger å ha angitt noe sted for knusing av stein for at entreprenøren skal få betalt.

Den mest nærliggende tolkning er likevel etter flertallets syn – når ordlyden leses isolert – at ordet «angitt» ikke refererer seg til «lager for knusing». Det hadde sin naturlige forklaring at stedet for depotet skulle angis av byggherren, siden byggherren skulle bruke sprengsteinen senere. Det var ikke nødvendigvis et tilsvarende behov for å angi stedet for knusing, fordi det var entreprenøren som senere skulle bruke den knuste steinen i sitt arbeid. Stedet for knusing ville også kunne være avhengig av entreprenørens driftsopplegg. Flertallet ser det derfor ikke som en inkonsekvent kontraktsregulering at bare stedet for depot skulle angis.

Den spesielle beskrivelsen i 26.3 kompliserer bildet noe, både på grunn av ordlyden i den spesielle beskrivelsen og på grunn av at denne spesielle beskrivelsen ikke er gjengitt på stedet A01, det vil si E6. I den spesielle beskrivelsen angis sted for deponiet, men sier ikke noe om lager for knusing. Den spesielle beskrivelsen går etter kontraktens system foran den generelle beskrivelsen. Slik bestemmelsen er formulert, utelukker den imidlertid ikke anvendelse av 26.3 på transport til knuseverk – den kan med andre ord ikke nødvendigvis forstås antitetisk og dermed i motstrid med den generelle beskrivelsen. Som nevnt foran, var det ikke nødvendigvis tilsvarende behov for å angi sted for knusing.

Dette gjelder selv om det i den spesielle beskrivelsen heter at «nødvendig nedpigging av stein til Dmaks 800 mm» er inkludert i prosessen. For stein til knusing er riktignok ikke nedpigging aktuelt, i alle fall ikke til en angitt Dmaks, i motsetning til for stein til depot. Den spesielle beskrivelsen viser imidlertid bare til «nødvendig» nedpigging; anvendelse av prosess 26.3 kan derfor ikke utelukkes når nedpigging av ulike grunner ikke er nødvendig.

Byggherren har vist til at det ikke er mulig eller hensiktsmessig i slike kontrakter å angi alle forhold som ikke skal omfattes av prosessen. Flertallet er for så vidt enig i dette. At kun transport til angitt depot er nevnt i den spesielle beskrivelsen, kan tale for at det er bare dette som er omfattet av prosess 26.3. Men i et tilfelle som dette, der rotbeskrivelsen omfatter to alternative bruksmåter – depot og knusing – vil det ikke være tale om en utførlig angivelse av hvilken av disse to som eventuelt ikke omfattes. Det kunne enkelt vært tatt med en formulering i den spesielle beskrivelsen om at den ikke omfattet transport til lager for knusing. Når det i tillegg kan være ulike behov for å angi stedet for henholdsvis depot og lager for knusing i en spesiell beskrivelse, jf. foran, kan ikke flertallet se at den spesielle beskrivelsen klargjør at transport til lager for knusing ikke er omfattet av prosess 26.3. Den spesielle beskrivelsen kan like gjerne forstås slik at den «angir» depotet og det som honoreres ved denne delen av prosess 26.3, og gir for øvrig ingen nærmere regulering av transporten til lager for knusing. For den form for transport gjelder 26.3 i standardbeskrivelsen.

Slik flertallet forstår ordlyden, fremstår det dermed samlet sett som uklart om den spesielle beskrivelsen skal forstås slik at stein til lager for knusing er omfattet.

I tillegg kommer altså at den den spesielle beskrivelsen ikke er gjengitt i den stedsspesifikke beskrivelsen for E6, slik prosessbeskrivelsene fremsto for entreprenøren under lesing av anbudsinnbydelsen. Flertallet bemerker – på bakgrunn av byggherrens anførsler – at det ikke kan kreves at entreprenøren skriver ut dokumentene for å kunne lese dokumentene i sammenheng. Det er også uklart om tilbyderne hadde skrivetilgang. Med den stedsspesifikke prosessbeskrivelsen Hæhre hadde tilgang til, forsterkes den uklarheten ordlyden i seg selv har skapt.

Tidligere og senere utgaver av Prosesskode 1 håndbok 025 – henholdsvis fra 1994 og 2012 – bygger på at prosesser tilsvarende 26.3 i 2007-utgaven anvendes der det er nødvendig å transportere sprengt stein til mellomlager for senere knusing eller lignende. Det har likevel vært noe ulik kontraktsregulering i de forskjellige prosjektene lagmannsretten fikk seg forelagt som eksempler. I tillegg fremgår det eksplisitt av 2012-versjonen at prosess 26.3 om sprengt stein til lager for senere bearbeiding, omfatter transport m.v. til «angitt» lager. Etter flertallets syn yter øvrige kontrakter og prosesskodeversjoner imidlertid lite bidrag til å avklare forståelsen av 26.3 i vår kontrakt.

Flertallet kan ikke se at systembetraktninger – hele kontrakten sett i sammenheng – rydder den beskrevne uklarheten av veien, i alle fall ikke slik at byggherrens forståelse klargjøres. Byggherren har vist til at flere andre prosesser omfatter håndtering av stein som skal benyttes som knust stein på anlegget. Flertallet kan imidlertid ikke se at disse prosessene – selv om de skulle være prisbærende – gjør det klart at prosess 26.3 ikke er anvendelig på transporten av sprengt stein til lager for knusing, til tross for ordlyden i prosessen. Flertallet bemerker at når det i flere av de aktuelle prosessene i kontrakten fastsettes vederlag for blant annet «levering» av materialer som stein, utelukker ikke det at transport av den steinen som senere skal «leveres» honoreres særskilt. Det er for så vidt det standardbeskrivelsen i 26.3 – og de øvrige prosesser i kontrakten – bygger på, nemlig at vederlag etter prosess 26.3 gjelder ved siden av de øvrige prosesser. Dessuten er mengdene i eksempelvis prosessene 53.2 og 54.2 holdt utenfor Hæhres krav etter prosess 26.3.

Etter flertallets syn innebærer den uklarheten byggherren har skapt at kontrakten må forstås slik at Hæhre skal ha vederlag for massene som er transportert til lager for knusing i henhold til prosess 26.3.

Mindretallet – ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – er kommet til at kontrakten er tilstrekkelig klar slik at prosess 26.3 må forstås slik at den ikke omfatter transport av sprengt stein til lager for knusing.

Standardbeskrivelsen omfatter sprengt stein til depot og lager for knusing. Slik standardbeskrivelsen er formulert, fremstår *depot og lager for knusing* som selvstendige og likeartete alternativer som det i denne sammenheng ikke er naturlig å behandle ulikt med hensyn til at depot må være *angitt* av byggherre, mens det motsatte gjelder for lagerstedet. Det er språklig vanlig å forstå at en betingelse/vilkår nevnt foran en oppregning gjelder for samtlige etterfølgende alternativ, med mindre det motsatte er nevnt.

Det er ikke tvilsomt at depotet skal være angitt og at entreprenøren godtgjøres for dette i henhold til prosess 26.3. Selv uten et kontraktsbestemt krav om at lageret for knusing også må være angitt, fremstår det for mindretallet som noe fjernere at det også skal gjelde knusing hvor entreprenøren selv bestemmer stedet for knuseverket – optimalisert og tilpasset eget driftsopplegg. For øvrig har entreprenøren selv i eksempelvis KOE 423 angitt at konkurransegrunnlaget åpnet for knusing i linjen, noe som også var lagt til grunn i Hæhres anbud og utført fram til juni 2013, da knuseverket ble flyttet Kolostuen, ca. 12 km nord for nordre ende av linja. Transport til knusing i linjen har lite til felles med transport til Kolostuen.

Mindretallet peker videre på at den spesielle beskrivelsen i prosess 26.3 a) utelukker transport til lager for knusing, ved at det i denne beskrivelsen ikke nevnes slik transport. Den spesielle beskrivelsen går foran standardbeskrivelsen, og det som fastsettes om omfang i førstnevnte går foran omfangsbestemmelsen i sistnevnte. At kun transport til deponiet på Kolostuen er omfattet, fremgår også av at det i den spesielle beskrivelsen angis maksimal steinstørrelse. Slik angivelse ville ikke vært nødvendig for stein som skulle til knusing. Den uklarhet som eventuelt kan knyttes til om «angitt» også refererer seg til lager for knusing i standardbeskrivelsen, er derfor ryddet av veien gjennom den spesielle beskrivelsen. Ettersom byggherren aldri bestemte hvor knusing skulle finne sted, var det heller ingen grunn til å innta noen omtale av knusing i den spesielle beskrivelsen.

Etter mindretallets syn er det ikke nødvendig, slik kontrakten er bygd opp, at det spesifiseres konkret i den spesielle beskrivelsen hvilke deler av standardbeskrivelsen som *ikke* er omfattet av omfangsbeskrivelsen. Et krav til slik negativ angivelse av omfang vil åpne for en rekke tolkningsproblemer i entreprisetrakter. Det er derfor nødvendig å holde fast ved at det kun er det prosessene positivt fastsetter som er omfattet, og som det kan kreves vederlag for.

Mindretallet viser også til at prosess 26.5 kunne vært anvendt i kontrakten dersom det var meningen at entreprenøren skulle få særskilt vederlag for transport til lager for knusing. Når dette ikke er gjort, vil en normalt forstandig tilbyder forstå at prosess 26.3 ikke kommer til anvendelse. I tillegg har Hæhre fått betalt for håndteringen av de samme steinmassene gjennom flere av kontraktens øvrige prosesser. Dersom prosess 26.3 også ville vært anvendelig, ville Hæhre til dels fått betalt flere ganger for de samme massene. Det skaper også utfordringer og uklarhet å prissette transport uten at lagerstedet er angitt.

Hæhre har påberopt subsidiære grunnlag for transportvederlag som heller ikke endrer mindretallets konklusjon.

I tråd med flertallets syn om at Hæhre har krav på vederlag for transport til lager for knusing, må flertallet ta stilling til vederlagets størrelse. Det er da ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til Hæhres subsidiære anførsler om grunnlaget for vederlaget.

Flertallet viser først til at etter prosess 26.3 skal vederlag beregnes ut fra antall prosjekterte faste kubikkmeter (p_{fm}³), ved at steinmengden beregnes før den sprenges ut fra fjellet. Slik måling var imidlertid ikke mulig på FP3, og det er blant annet ikke utarbeidet målebrev.

Flertallet må derfor i stedet anvende andre prinsipper for beregningen av mengder. Da må prinsipper som gir det mest treffsikre resultatet anvendes, samtidig som reglene om beviskrav og bevisbyrde iakttas.

Hæhre og byggherren har ulike tilnærminger til beregningen av steinmengdene. Hæhre mener at steinregnskapet skal benyttes til beregningen. Steinregnskap består i sin alminnelighet av følgende faktorer, sitert fra tingrettens dom:

I steinregnskapet tar man utgangspunkt i sprengt fjell (teoretisk) og geologisk utfall (målt) og gjør fradrag for anvendte masser (kombinasjon målt/teoretisk), omgjort til faste masser. Det som er igjen er teoretisk overskudd sprengt fjell.

Hæhres beregning tar utgangspunkt i det omforente omfanget av tilgang på stein, det vil si 1 846 592 p_{fm}³. Fra dette er det trukket fra mengder som er anvendt uten knusing, og mengder som er omfattet av enkelte av kontraktens prosesser eller oppgjort i enkelte endringsordre. Den netto steinmengde det da skal betales for, er 942 785 p_{fm}³.

Byggherrens syn er at vederlaget må beregnes med utgangspunkt i kunnskap om hvilke faktiske mengder som befant seg på Kolostuen, supplert med opplysninger fra byggherrens eget steinregnskap. Byggherren har målt 439 450 p_{fm}³ på Kolostuen.

Ved begge disse tilnærmingene er det ulike feilkilder: Steinregnskapet kan inkludere mengder stein som har gått til bruk andre steder på prosjektet, til fylling der kontrakten ikke krever knust stein, eller som eventuelt er godtgjort for. I så fall vil Hæhre få betalt for mye – til dels dobbelt opp. Byggherrens beregning kan på sin side ikke fange opp eventuelle setninger i deponiet og andre potensielle feil ved målingen. Riktignok er byggherrens og Hæhres målinger av mengdene på Kolostuen nokså like (Hæhres måling ga 456 796 m³), men også Hæhres måling kan være beheftet med lignende feil som byggherrens. For begge metoders del kan det derfor oppstå feilberegninger av volumet.

Prinsipielt sett bør etter flertallets syn den måleregul anvendes, som best harmonerer med kontraktens måleregul. Dette tilsier at Hæhres tilnærming til mengdene gir et bedre utgangspunkt for mengdeberegningen når kontraktens måleregul ikke kan anvendes. Gjennom dette opprettholdes utgangspunktet om beregning av teoretiske mengder, ikke utførte mengder. Som også vitnet Storsveen, geomatiker i Statens vegvesen, forklarte, er masseregnskap gjengs metode for å beregne mengder når det ikke er mulig å måle i skjæring.

Flertallet er dessuten enig med Hæhre i at for å finne den riktigste metode for å beregne mengdene, bør det også ses hen til tall på mengder som er sendt til knusing. Det fremgår av Hæhres beregninger – som flertallet ikke kan se er bestridt av byggherren – at Hæhre har betalt for 511 164 pfm³ stein til Gunnar Holth grusforretning AS, omregnet fra mengder angitt i tonn. Disse mengdene har blitt brukt på anlegget. I tillegg kommer de mengdene som er målt på Kolostuen (439/456 000 pfm³). Etter flertallets syn gir disse mengdene et tall å kontrollere mengdeberegningene mot. Det er ikke tvilsomt at det er Hæhres beregningsmåte som best stemmer med disse tallene.

Byggherren har innvendt mot Hæhres beregning at den inkluderer masser som det ikke er redegjort for bruken av. Dette er etter flertallets syn ikke en avgjørende innvending. For det første er en rekke mengder trukket ut av Hæhres krav, idet det er på det rene at ikke all knust stein er gått til formål der det var nødvendig med knust stein. Noen mengder stein er dessuten gjort opp for. Flertallet bemerker at det i Hæhres krav er trukket ut stein til en del prosesser hvor det er forutsatt at det skal benyttes sprengt stein – ikke knust stein – til fyllinger. Mengder etter prosess 53.2 og 54.2 er som nevnt foran, heller ikke med i kravsberegningen. I tillegg er enkelte endringsordre der Hæhre er godtgjort for knusingen trukket ut.

For det andre kan ikke flertallet se at det er holdepunkter for at de mengdene Hæhre krever vederlag for, ikke har vært anvendt i linja. Det ligger ikke igjen knuste masser i anleggsområdet, bortsett fra på Kolostuen, og det er ikke gjort gjeldende at Hæhre har brukt den knuste steinen som det nå kreves vederlag for, andre steder. Det er etter lagmannsrettens syn betydelig større muligheter for avvik mellom de beregnede mengder og de reelle mengder ved byggherrens metodikk. For flertallet fremstår derfor Hæhres metode som betydelig mer faktisk treffsikker og prinsipielt riktig. Det må imidlertid særskilt vurderes om alle mengder Hæhre har regnet med skal inkluderes i vederlaget etter 26.3.

Partene er særlig uenige om Hæhre har krav på vederlag etter prosess 26.3 for transport av knuste masser som ble brukt i forsterkningslag. Opprinnelig skulle forsterkningslaget bygges med sprengt stein, men partene ble enige om at det skulle benyttes knust stein i stedet på vei i EO 043 i april 2013, og senere på jernbane gjennom TA300 og KOE 233. Partene avtalte først en pris på 19 kr/m³, senere 23 kr/m³ for dette. Spørsmålet er om denne

prisen inkluderer transport av de knuste massene, eller om bare selve knusingen er gjort opp for. Til sammen har Hæhre krevd vederlag for 195 155 pfm³ knust stein til forsterkningslag.

Endringsordrenes ordlyd er ikke klar på hva betalingen omfatter. Endringsordrene kan dermed både tolkes slik at enhetsprisen dekker både transport og knusing, og slik at det er bare endringen i steinens beskaffenhet – fra sprengt til knust – det betales for.

Utgangspunktet må etter flertallets syn være at prissetting av endringsarbeid dekker all endring som følger med. Etter flertallets syn må det kreves holdepunkter for at det påløper ytterligere vederlag – ut over det avtalte – dersom Hæhre skal ha krav på mer enn 23 kr/m³. I dette tilfellet forelå det likevel i kontrakten en egen prosess for transport av knuste masser, noe som kan trekke i retning av at denne prosessen gjaldt ved siden av prisen avtalt i EO 043 og 233.

Etter flertallets syn finnes slike holdepunkter i prissettingen. Prisen på 23 kr/m³ dekker slik flertallet ser det, bare en liten andel av de kostnader som er forbundet med endringen fra sprengt stein til knust stein i forsterkningslaget. Blant annet ville ikke transport kommet i tillegg dersom Hæhre skulle utført arbeidet i samsvar med kontraktens opprinnelige løsning – det vil si med sprengt stein. Ved bruk av knust stein var transport nødvendig.

Hæhre har fremlagt regnestykker som viser erfaringstall for hele prosessen ved anvendelse av knust sprengstein. Selv om ikke flertallet går god for alle komponenter i dette regnestykket, finner flertallet det klart sannsynlig at det påløper vesentlig mer kostnader enn de 23 kronene partene avtalte. Dette ble for så vidt bekreftet av partsvitnet Halbakken fra Statens vegvesen, som forklarte at han opererte med en tommelfingerregel på 30 kr/tonn for knusing. Byggherren var derfor klar over at den prisen som var avtalt var lav. Selv om knust stein i forsterkningslaget gir en noe enklere utførelse enn sprengt stein, slik det også fremgår av teknisk avklaring 018 fra juni 2012, forklarer ikke dette en markant forskjell mellom den prisen som partene avtalte og de reelle kostnader som påløp.

I og med den store forskjellen mellom pris og kostnad, som byggherren var klar over, og det er en egen prosess i 26.3 for transport av knust stein, er det etter flertallets syn skapt en uklarhet ved forståelsen av endringsordrene 043 og 233. Denne uklarheten må gå ut over den av partene som har utarbeidet endringsordrene, det vil si byggherren. Det er derfor ikke grunnlag for å trekke ut massene til forsterkningslag fra kravet om vederlag etter 26.3.

Partene er videre uenige om knust stein som er benyttet på fylkesvei 229 og mot konstruksjoner gir krav på vederlag etter 26.3. Hæhre har krevd vederlag for til sammen 133 154 pfm³, mens byggherren har godtatt 27 832 pfm³. Kontrakten forutsetter i disse tilfellene at sprengt stein skal benyttes, se blant annet prosess 81.63 b) – eventuelt at knust stein anvendes i samsvar med kontraktens måleregler. Bruken av knust stein går i disse tilfellene ut over kontraktens regulering, og det er ikke utstedt endringsordre for bruk av

knust stein. Etter flertallets syn er det heller ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at denne utførelsen er resultat av avtale mellom byggherre og Hæhre. For flertallet fremstår det som sannsynlig at denne utførelsen skjedde som følge av Hæhres eget valg. Det er uansett ikke sannsynliggjort at byggherrens eventuelle aksept av utførelsen også innebar aksept av vederlag etter 26.3. Derfor skal det trekkes ut 105 322 pfm³ fra Hæhres krav på vederlag, der hoveddelen på 75 017 pfm³ er gitt enhetspris på 99, mens det øvrige er gitt enhetspris på 69 kroner.

Flertallet er også kommet til at det ikke er sannsynliggjort at det til filterlag ble benyttet stein som det skal ytes vederlag for etter prosess 26.3. Etter endringsordre 064 fra april 2013 skal det til slikt filterlag benyttes harpet stein, det vil si stein som er sortert. I EO 064 er det avtalt pris på 418 kr/m³, noe som er videreført i EO 631 og 707. I den grad det er benyttet knust stein i filterlag, legger flertallet til grunn at dette beror på Hæhres eget valg, og at det ikke er sannsynliggjort at dette valget utløser krav på vederlag ut over det som er avtalt i EO 064. Til sammen utgjør dette 45 456 pfm³, som skal trekkes ut fra Hæhres krav.

Ut over dette kan ikke flertallet se at det er mengder stein av betydning for vederlagskravet som ikke skal honoreres etter prosess 26.3. i Hæhres steinregnskap.

Til sammen har Hæhre krav på 55 260 393 kroner, når det fra kravsbeløpet på 69 278 265 kroner trekkes fra de nevnte mengder. Byggherren har akseptert å betale 34 115 667 kroner. Hæhre tilkjennes dermed 21 144 726 kroner av det omtvistede beløp under prosess 26.3.

4.2. KOE 423

4.2.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Hæhre etablerte i oktober 2012 knuseverk for stein i linjen – det vil si innenfor anleggsområdet. Her ble det knust stein frem til juni 2013, da Hæhre etablerte et knuseverk på Kolostuen deponi, det vil si ca. 12 km nord for anleggslinja.

I KOE 423, som ble fremmet i februar 2015, krevde Hæhre vederlag for kostnadene ved returtransport av stein fra knuseverket på Kolostuen til anleggsområdet. Byggherren har motsatt seg kravet. Partene er uenige om kontrakten skal forstås slik at den forutsatte knusing av stein langs linjen, samt hvorvidt flyttingen av knuseverket fra linjen til Kolostuen skyldes byggherreforhold eller endringer som byggherren har risikoen for.

Hæhre krever vederlag for 404 943 pfm³ til en pris på 69 kroner/pfm³, til sammen 27 941 067 kroner.

4.2.2. Partenes anførsler

i) Hæhre

Tingretten har tatt uriktig utgangspunkt når den har lagt til grunn at det ikke var en forutsetning at knusing skulle skje i linja. Det var tvert om på vanlig måte planlagt knusing i linjen, noe som optimaliserer transportarbeidet. Begge parter har dessuten forstått det slik, men byggherren har etter KOE 423 benektet en slik forståelse – likevel er byggherrens syn nå noe mer nyansert. I reguleringsplanen er de to rasteplassene på E6 oppgitt som aktuelle muligheter, men det er åpenbart feil at dette skulle være de «gamle» rasteplassene. Hæhre hadde tidlig fått beskjed om at det ville påkomme tilleggsarbeider på de nye rasteplassene, og det var da ikke mulig eller hensiktsmessig å etablere knusing der.

Fra juni 2013 var det ikke plass til knusing i linjen, og det er flere byggherreforhold som gjorde det nødvendig å flytte knuseverket til Kolostuen: Mengden stein som skulle knuses økte dramatisk, særlig fordi det ble besluttet at forsterkningslaget skulle bestå av knust stein, ikke sortert sprengstein, slik opprinnelig avtalt. Dessuten ble behovet for lagring på anlegget tredoblet fordi fyllingsarbeidene i Mjøsa ble sterkt forsinket og entreprenøren ikke fikk avsetning på den knuste steinen. En del andre steder på anlegget var fylt opp av løsmasser som skulle ha vært plassert på Mostue. Området ved Almenningen I kunne da ikke brukes til knusing. Det er ikke tvil om at disse tre forholdene skyldes byggherren. Uten disse byggherreforholdene ville Hæhre utvilsomt ha fortsatt knusingen i linja.

Hæhre kunne ha avregnet kravet etter transporttabellen, men kravet gjelder returtransport, og Hæhre har nøydt seg med å kreve enhetspris på 69 kroner etter prosess 26.3. Antallet knuste masser er beregnet ut fra lass-lister, ut fra en avtalt avregning på 11 pfm³/bil. Subsidiært kreves også vederlag etter 26.3 dersom Hæhre ikke skulle få medhold i tolkningsspørsmålet under punkt 4.1.

ii) Byggherren

Hæhre har ikke ført tilstrekkelige bevis for at flyttingen av knuseverket skyldtes byggherreforhold, til tross for at entreprenøren er nærmest til å skaffe dokumentasjon, særlig gjennom den varslings- og begrunnelsesplikten som gjelder. Partene har ikke avtalt seg bort fra varslingsystemet, som tvert om ble fulgt av partene i praksis. Den manglende varslingen får betydning for bevisvurderingen. Det samme får utviklingen i Hæhres begrunnelse for kravet.

Det er intet grunnlag – slik også tingretten har lagt til grunn – for at partene hadde en felles kontraktsforståelse om at knusing av stein skulle foregå i linja.

Når det gjelder endringen av forsterkningslaget på både E6 og Dovrebanen, skjedde dette etter initiativ fra Hæhre selv. Den endrede løsningen ville gjøre Hæhres utførelse enklere, noe Hæhre også ga uttrykk for. Først i februar 2014 kom krav om ytterligere vederlag. Behovet for mer knusing av stein og for mellomlagring var synlig allerede i september

2012, og Hæhre tok intet forbehold da priskonsekvensen ble avklart da. Entreprenøren kan ikke komme i ettertid med krav som har grunnlag i forhold som var kjent ved inngåelsen av avtalen om priskonsekvens. Det er vanskelig å forene kravet i KOE 423 med at flyttingen skyldtes byggherreforhold.

Opprinnelig var økte løsmasser den sentrale begrunnelsen for KOE 423. Det er imidlertid ingenting som tyder på at økte løsmasser representerer byggherreforhold som tilsier flytting av knuseverket til Kolostuen. Anførselen om at arbeidene i Mjøsa medførte manglende deponeringsmuligheter og krevende utgraving er ikke nevnt i KOE 423 eller i stevningen.

Den tidsnære begrunnelsen for flyttingen av knuseverket er en annen enn den Hæhre nå gir. I korrespondanse med kommunen er helt andre grunner gitt for flyttingen. Etableringen av knuseverket på Kolostuen er ikke omtalt i senere byggemøter eller månedsrapporter.

4.2.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har kommet til at Hæhre ikke kan gis medhold i kravet. Lagmannsretten viser til at det ikke kan utledes av kontrakten at det var en forutsetning at knusing skulle kunne skje i linjen, og at det uansett ikke er sannsynliggjort at flytting av knuseverket skyldes forhold som byggherren hefter for.

Lagmannsretten viser til og tiltrer tingrettens vurdering av om kontrakten forutsatte knusing i linja:

For det første fastsetter ingen av de prosessene som gjelder knuste masser at knusing skal skje i linja. Ordlyden som benyttes er «levering» og «kjøp», noe som viser at det var opp til Hæhre selv å planlegge hvordan disse massene skulle skaffes. Hæhre kunne videre heller ikke etter kontrakten etablere knuseverk hvor de ønsket. Det fremgår av prosess 12.1 (rigg og midlertidige bygninger) at «knuseverk/sorteringsverk kan bare settes opp på områder godkjent av byggherren», jf. spesiell beskrivelse bokstav a femte ledd. I tillegg følger det av offentligrettslige regler at etablering av knuseverk må godkjennes av kommunelegen. Endelig fremkommer det at byggherren i tilbudsbeifaringen opplyste om at det ville være begrensede mellomagringsmuligheter langs linjen. Det foreligger derfor ingen kontraktsfestet forutsetning om at knusing skulle skje langs linjen og det er Hæhre selv som i utgangspunktet da har risikoen for en slik eventuell egen forutsetning.

Lagmannsretten kan ikke se at det etter bevisførselen for lagmannsretten er grunnlag for en annen vurdering. Blant annet er lagmannsretten ikke enig med Hæhre i at reguleringsplanen for området viser at også byggherren forutsatte knusing i linja. Reguleringsplanen oppga at de to rasteplassene på E6 var aktuelle muligheter for knuseverk. Uansett om dette skulle forstås som eksisterende rasteplasser eller de nye

rasteplassene som skulle etableres, legger det ikke andre føringer for plasseringen enn at de kunne være aktuelle som sted for knuseverkene. Det utelukket ikke at andre steder kunne være aktuelle, ut over å anbefale at knuseverket «bør legges til steder der ulempene for omgivelsene med støy og støv blir minst mulig». Dette kan vanskelig sies å forutsette knusing i linja. I tillegg kommer at allerede forutsetningen i kontrakten om godkjenning fra byggherre og kommunelege, jf. sitatet fra tingrettens dom, indikerer at valget av plassering var entreprenørens.

At Hæhre etter egen vurdering av hva som ville være et mest mulig effektivt driftsopplegg mente at knusing i linjen ville være best, er ikke tilstrekkelig til at det etableres en felles forståelse og forutsetning mellom partene. Risikoen påligger Hæhre for at dette var et gjennomførbart og hensiktsmessig driftsopplegg.

Når det gjelder spørsmålet om byggherreforhold er årsaken til at Hæhre flyttet knuseverket, viser lagmannsretten igjen til tingrettens dom, hvor det heter:

For det første finner retten det ikke sannsynliggjort at verken økningen av løsmasser (på land) eller endringen av deponeringsløsning for bløte masser fra Mjøsa, er årsaken til at Hæhre valgte å etablere knuseverket på Kolostuen.

Partene er enige om at det ble økte løsmasser i prosjektet i forhold til estimerte mengder i kontrakten. Det ble totalt håndtert 766 202,99 m³ jordmasser på land (inkludert konstruksjoner), mot estimert mengde på 463 009,80 m³ i kontrakten. For de bløte massene fra Mjøsa var det ingen stor endring, men endringen fra konkurransegrunnlaget var at det ikke ble gitt tillatelse til å dumpe disse i Mjøsa. Det medførte et økt behov for mellomlagring og bortkjøring av løsmasser. Det er likevel ikke holdepunkter i de tidsnære bevisene for at løsmasseøkningen forårsaket flytting av knuseverket. Dokumentene viser at Hæhre uttrykte bekymring for løsmassesituasjonen, men retten legger til grunn at utfordringene knyttet til dette ble løst underveis ved etablering av nye deponier. De økte løsmassene er tema i flere byggemøtereferater uten at det fremkommer noe om flytting av knuseverk. Det er heller ikke sannsynliggjort at man ved etableringen av nye deponier innenfor anleggsområdet tok i bruk områder som Hæhre ellers ville benyttet til knuseverk. I den dokumentasjonen som omtaler flytting av knuseverket til Kolostuen fremkommer det ikke noe om at årsaken er løsmasseutfordringer og i Hæhres søknad til kommunen om etablering av knuseverk på Kolostuen er miljø- og hensiktsmessighetsbetraktninger fremhevet. Selv om det ikke er naturlig å omtale mulige utfordringer ved valg av sted for knuseverk i søknaden til kommunen, ville det vært naturlig å påpeke dette overfor byggherren, dersom Hæhre mente at etableringen av knuseverket på Kolostuen medførte problemer for prosjektgjennomføringen. Selv om partene har avtalt at varslingsreglene ikke gjelder i den forstand at kravet ikke er prekludert, tyder den manglende tidsnære

dokumentasjonen på at Hæhre ikke mente at flyttingen av knuseverket medførte problemer for prosjektgjennomføringen.

Retten finner det heller ikke sannsynliggjort at økningen av de knuste massene som følge av endret forsterkningslag på E6 og på Dovrebanen forårsaket flytting av knuseverket. Kontrakten forutsatte opprinnelig forsterkningslag av sprengt sortert stein til E6 og prosess 53.3 inkluderte transport av den sprengte steinen. Endringen av forsterkningslaget til knust stein ble omtalt allerede i første byggemøte og ble iverksatt allerede høsten 2012, men først formalisert i EO 043 i april 2013. Hæhre var på dette tidspunktet klar over status for produksjon av knuste mengder og fremtidig behov for knusing. EO 043 foranlediger likevel ikke noe om prisjustering som følge av endrede transportforutsetninger. Knuseverket ble deretter flyttet til Kolostuen 3. juni 2013 uten at dette foranlediget noen KOE fra Hæhre. Byggherren var heller ikke på annen måte involvert i plasseringen av knuseverket. Etter at knuseverket var flyttet ble endringen til knust forsterkningslag for Dovrebanen et tema i TA 300, som resulterte i KOE 233 i februar 2014, med krav om tilleggsvederlag for knust i stedet for sprengt stein i forsterkningslaget. Heller ikke i denne KOEen er kravet om tilleggsvederlag knyttet til flytting av knuseverket og det fremkommer ikke noe sted at flyttingen av knuseverket er forårsaket av de økte knuste massene.

Retten kan heller ikke se at en samlet vurdering av forholdene (økning av løsmassene, endret deponeringsløsning for mjøsmassene, samt økt mengde knuste masser) endrer denne vurderingen.

Lagmannsretten er enig i det tingretten her gir uttrykk for. Etter lagmannsrettens syn er det vel så sannsynlig at flyttingen skyldtes at dette ga mer rasjonell drift for Hæhre – Hæhre skulle uansett kjøre masse til Kolostuen, og det kunne da fremstå som mest rasjonelt å kjøre masse tilbake til linjen derfra. Lagmannsretten viser også til – som det fremgår av sitatet fra tingrettens dom foran – at Hæhre blant annet oppga miljøhensyn som begrunnelse for søknaden til kommunelegen, og at en flytting vil medføre at det ikke lenger vil være «behov for å knuse i linjen på anlegget». Plassproblemer eller andre forhold som kan tilbakeføres byggherren er ikke nevnt. Etter lagmannsrettens syn er dette en klar indikasjon for at det var hensiktsmessighetsbetraktninger som begrunnet flyttingen.

Lagmannsretten finner grunn til å bemerke at det åpenbart ikke er tilstrekkelig for å sannsynliggjøre årsakssammenheng mellom flyttingen og økte løsmasser/endret deponeringsløsning at det i ettertid gjøres gjeldende at Hæhre ville ha fortsatt med knusing i linjen dersom disse forholdene tenkes borte. Det samme gjelder argumentasjon i ettertid om at flytting av knuseverket utenfor linjen medførte at arbeidet ikke ble optimalt. Det er nødvendig for dette kravets del at det føres tidsnære bevis for slik årsakssammenheng.

Etter lagmannsrettens syn er det få holdepunkter i tidsnære bevis for at de forhold som nå begrunner Hæhres krav, var reell årsak til flyttingen, slik også tingretten er kommet til.

Lagmannsretten finner det påfallende – dersom årsakene faktisk var slik Hæhre nå hevder – at ikke byggherren ble varslet om at knuseverket ble flyttet på grunn av byggherreforhold. Flyttingen ville potensielt utløse et større vederlagskrav, og fordi Hæhre ikke varslet, var byggherren uten mulighet for å vurdere tiltak eller grunnlaget for Hæhres krav. Samtidig var det tidlig på det rene at behovet for mer knusing og mellomlagring av stein økte gjennom endringen av forsterkningslaget, og Hæhre hadde klar oppfordring og foranledning til å varsle byggherren dersom dette hadde betydning for plasseringen av knuseverket. Når dette ikke ble gjort, tyder dette på at dette ikke var årsak til flyttingen.

Hæhre gis etter dette ikke medhold i kravet.

4.3. Prosess 25.3

4.3.1. Bakgrunnen for tvisten

Partene er uenige om prosess 25.3 kun omfatter jordmasser som deponeres på endelig depot (fyllplass), eller om den også omfatter masser som er mellomlagret. Etter Hæhres syn omfattes mellomlagring av prosessen, og Hæhre krever vederlag for 241 703 pfm³ mellomlagrede masser til en pris på 31 kroner/pfm³. Byggherren er uenig i at det skal betales vederlag for slik mellomlagring. Hæhre har til sammen krevd 21 780 569 kroner under prosess 25.3 – både masser til depot og til mellomlagring – mens byggherren har akseptert 14 287 776 kroner for masser bare til depot. Mellomlegget på 7 492 793 kroner utgjør tvistebeløpet under denne prosessen.

Kontraktens prosess 25 gjelder masseflytting av jord. Prosess 25.3 (jordmasser til depot) omhandler «uttak, opplasting, transport og utlegging av jordmasser fra skjæring i linjen til angitt depot.» I prosessens spesielle beskrivelse under prosess 25.3 bokstav a) er det bestemt at massene skal transporteres til massedeponi på Mostue. Det fremgår videre av kontraktens beskrivende del om mellomlagring at dersom ikke annet er angitt i spesiell beskrivelse, «skal all eventuell mellomlagring av masser og materialer være inkludert i enhetspris.»

4.3.2. Partenes anførsler i hovedtrekk

i) Hæhre

Kontrakten må også på dette punkt tolkes ut fra dens ordlyd og systemhensyn, og uklarhetsregelen får betydning. Kontraktens bruk av «til depot» er ikke nærmere forklart, men det følger forutsetningsvis av bokstav b) at også mellomlager anses som «depot». «Depot» må i denne sammenhengen forstås som noe annet enn fyllplass, som er den endelige deponeringen av masser. Kjøring til fyllplass omfattes av egen prosess (25.5). Det er byggherrens risiko dersom han mente at prosess 25.3. bare skulle benyttes på endelig deponering. Flere forbruksprosesser viser at kjøring fra mellomlager er inkludert, noe som

taler for at entreprenøren skal få betalt for kjøring til mellomlager etter 25.3 og fra mellomlageret etter forbruksprosessene. Deponiet på Mostue var også beregnet for masser til mellomlagring.

Kontraktens prosesser skal i utgangspunktet dekke alt arbeid som faktisk utføres, også transport til og fra mellomlager. Dersom kontrakten skal fravike fra dette utgangspunktet, må dette fremgå klart. Dersom prosesskoden fra 2007, som er benyttet i vår kontrakt, ses i sammenheng med tidligere versjoner av prosesskoden, er det ikke tvil om at kjøring til mellomlagring omfattes. Selv om ordlyden har variert, er det ikke tilsiktet noen realitetsendringer mellom de ulike utgavene av prosesskoden: «Depot» og «(mellom)lager» er det samme.

Kontraktens innledende del i D1 om at eventuell mellomlagring skal være inkludert i enhetspris dersom ikke annet fremgår av spesiell beskrivelse, innebærer at all mellomlagring innenfor en prosess skal være inkludert. Denne forståelsen støttes også av henvisningen til spesiell beskrivelse og til «enhetspris». Det har ingen hensikt å henvise til «til mellomlager» dersom entreprenøren ikke skal få betalt for å kjøre til mellomlageret. Hæhre fakturerte helt åpent alle jordmasser til mellomlager på prosess 25.3, og byggherren aksepterte dette i tre år. Partenes praksis – og vanlig praksis på andre kontrakter – støtter Hæhres forståelse av prosess 25.3, og byggherren er også bundet av sin godkjenning av A-notaene ved å ha vist konkludent adferd og passivitet. Uklarhetsregelen tilsier uansett at Hæhres forståelse må legges til grunn.

Subsidiært; for masser etter prosess 25.2 gjelder særskilt at disse massene ikke kunne kjøres direkte fra skjæring til motfylling, idet fyllingene måtte utføres helt til slutt i prosjektet. Derfor måtte massene mellomlagres. Det subsidiære kravet er på 4 297 716 kroner, idet mengdene er redusert med 103 067 pfm³.

ii) Byggherren

Spørsmålet dette tvistepunktet reiser, er om massene som er avregnet på prosessene 25.2 og 25.4, også skal avregnes på prosess 25.3. Sistnevnte prosess må tolkes med samme tolkningsprinsipper som prosess 26.3.

Hæhres begrunnelse for kravet synes å være av ulik karakter; dels at det har vært feil ved prosjektets bruk av prosesskoden ved at det skulle vært skilt mellom mellomlager og fyllplass, dels at standard beskrivelse i 25.4 tilsier den tolkningen Hæhre bygger på, og dels at mellomlagring var nødvendig.

Det følger av kontraktens overordnede innledning at mellomlagring av masser og materialer skal være inkludert, dersom ikke annet fremgår av spesiell beskrivelse. Unntak fra utgangspunktet finnes ikke i prosessene 25.2, 25.3 eller 25.4. Dette i motsetning til

andre steder i kontrakten, eksempelvis prosess 15.42. Dette innebærer at Hæhre ikke skal ha vederlag for kjøring til mellomlager.

Det er gode grunner for at man har valgt systemet med at mellomlagring ikke dekkes dersom dette ikke er særskilt nevnt: Det avhenger av entreprenørens opplegg i hvilken grad det er grunn til mellomlagring. Entreprenøren vil vite om det er mulig å bruke masser direkte fra linjen, eller om det er nødvendig med mellomlagring. Dersom entreprenøren skjønner at det er behov for mellomlagring, skal han inkludere dette i prisen.

4.3.3. Lagmannsrettens vurdering

Også på dette punkt bemerker lagmannsretten at den ikke legger nevneverdig vekt på ved tolkningen av kontrakten at byggherren utbetalte i samsvar med avdragsnotaene Hæhre leverte over perioden på tre år. Det vises til merknadene foran om bestemmelsen i kontraktens kapittel C punkt 28.3 tredje ledd, der det heter at betaling av avdrag «innebærer ingen godkjennelse av grunnlaget for vedkommende faktura». Det kan heller ikke bli tale om at byggherren skal anses avtalerettslig bundet av sine utbetalinger i samsvar med A-notaene, eller at byggherrens innsigelser er tapt ved passivitet. Partenes subjektive forståelse av kontrakten er også underordnet, gitt utgangspunktet om en objektiv kontraktsforståelse.

Ved tolkningen av avtalen mellom partene viser lagmannsretten til at prosess 25.3 punkt a) gjelder masseflytting av jord fra skjæring i linjen til «angitt depot». Det fremgår ikke klart av denne prosessen om det med depot menes fyllplass for endelig deponering av masser, eller om den i tillegg (eller i stedet) gjelder mellomlager.

Etter lagmannsrettens syn er den mest nærliggende tolkning av denne prosessen isolert sett, at det med depot menes mellomlager. Dette er i så fall den samme forståelsen som eksplisitt fremgår av tidligere og senere versjoner av prosesskode. I 1994-versjonen gjelder eksempelvis prosess 28.2 jordmasser til mellomlager, mens prosess 28.4 gjelder jordmasser til fyllplass. Tilsvarende gjelder i 2012-versjonens prosess 25.3 og 25.5. Det er ikke opplysninger som tilsier at det er tilsiktet en realitetsendring mellom 1994-, 2007- og 2012-versjonene. I tillegg kommer at prosess 25.3 punkt b) omtaler masser «som skal benyttes i linjen». Det følger av dette at massene nødvendigvis ikke skal plasseres på endelig deponi, men på mellomlager. Dessuten inneholder vår kontrakt flere prosesser der «depot» klart nok skal forstås som mellomlager, slik som eksempelvis prosess 25.441.

Kontraktens beskrivende del D1 er følgende bestemt om mellomlagring:

Dersom ikke annet er angitt i spesiell beskrivelse, skal all eventuell mellomlagring av masser og materialer være inkludert i enhetspris.

I den spesielle beskrivelsen under 25.3 er det ikke angitt noe om mellomlagring.

Dette reiser spørsmål om all mellomlagring skal være inkludert i en av kontraktens prosesser, slik at det ikke kan kreves særskilt vederlag for mellomlagringen, eller om all mellomlagring innenfor en prosess skal være inkludert, slik at entreprenøren har krav på vederlag for mellomlagringen.

Lagmannsretten er kommet til at Hæhre ikke har krav på vederlag.

Formuleringen i kontraktens beskrivende del D1 er etter lagmannsrettens syn entydig: Den enhetsprisen entreprenøren har krav på, dekker også mellomlagring når det ikke er fastsatt noe annet i den spesielle beskrivelsen i prosess 25.3. Ordlyden i D1 er klar og er objektivt sett ikke til å misforstå. Noen uklarhet foreligger derfor ikke.

Etter lagmannsrettens syn er bestemmelsen slik lagmannsretten tolker den, også godt begrunnet. Selv om kontraktsarbeidet forutsetter noe mellomlagring av masser, er det opp til entreprenørens driftsopplegg i hvilken grad masser faktisk blir mellomlagret. Dette vil blant annet avhenge av i hvilket omfang entreprenøren tilsikter bruk av masser direkte fra linja. Det vil derfor være opp til entreprenøren når den priser sitt arbeid, å prise inn i enhetsprisene også mellomlagring i det omfang driftsopplegget tilsier. Kontrakten riktig forstått under prisingen vil derfor ikke innebære at entreprenøren ikke får betalt for mellomlagringen, tvert om sikres entreprenøren vederlag. Kontrakten kan på den annen side ikke forstås som en generalfullmakt til mellomlagring mot særskilt vederlag – i stedet bidrar den til å sikre mest mulig optimalisert massehåndtering.

Lagmannsrettens syn støttes i tillegg av at det i flere prosesser er inntatt nettopp en spesiell beskrivelse som inkluderer mellomlagring, slik beskrivende del D1 åpner for. Prosess 15.42 gjelder riving og fjerning av faste vegdekker, og det fremgår her i spesiell beskrivelse at massen «kjøres til mellomlager i linja». Når det motsetningsvis ikke er angitt at mellomlagring kommer i tillegg til enhetsprisen i 25.3 – eller i 25.2 og 25.4 – må kontrakten forstås etter sin ordlyd: Det ytes ikke særskilt vederlag for mellomlagringen etter 25.3. Etter lagmannsrettens syn er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at behovet for mellomlagring økte, sammenlignet med Hæhres planlagte opplegg, på grunn av byggherreforhold.

Lagmannsretten kan heller ikke se at masser til prosess 25.2 kommer i en annen stilling. Riktignok ville arbeider etter prosess 25.221 og 25.222 nødvendigvis måtte utføres sent i prosjektet, og løsmasser måtte derfor forutsetningsvis mellomlagres. Likevel bygger kontrakten også for disse prosessenes del på at mellomlagring er inkludert i enhetsprisene når ikke annet fremgår av den spesielle beskrivelsen. Hæhre kunne og skulle ha priset inn den nødvendige mellomlagringen i enhetsprisen. Når dette eventuelt ikke er gjort, kan det ikke kreves særskilt vederlag for mellomlagringen.

Etter dette gis Hæhre ikke medhold i kravet.

4.4. KOE 607

4.4.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Hæhre fremmet i desember 2016 krav om vederlag for kjøring av jordmasser til et deponi på Tangen, som Hæhre benyttet i perioden mars 2013 til april 2014. Deponiet på Tangen lå utenfor anleggsområdet, og Hæhre krevde vederlag i henhold til transporttabellens priser.

Hæhre gjør gjeldende at partene har avtalt tilleggsvederlag for transport av jordmasser til deponiet på Tangen. Subsidiært gjør Hæhre gjeldende at de øvrige deponier i prosjektet var fulle, og at det derfor var byggherreforhold som gjorde det nødvendig å benytte deponiet på Tangen. Byggherren bestrider at det er inngått avtale om vederlag og at det var nødvendig å benytte deponiet på Tangen på grunn av manglende deponikapasitet i linja.

Hæhres krav for lagmannsretten er beregnet ut fra transporttabellens pris på 80 kr/m³, og lasstellinger som gir en mengde på 139 043 m³, totalt 11 123 440 kroner. Dette beløpet er noe mindre enn kravet i KOE 607 og for tingretten.

4.4.2. *Partenes anførsler i hovedtrekk*

i) **Hæhre**

Prinsipalt gjøres gjeldende at partene har avtalt oppgjør for kjøringen i henhold til transporttabellen. Det ble avtalt i byggemøte i juni 2012 at løsmasser nord for Labbdalen kunne kjøres til Tangen. Grunneier og byggherre var i drøftelser om tilførsel av masse, og byggherrens forpliktelse til å istandsette deponiet på Tangen underbygger at avtalen om oppgjør må anses å gjelde. Denne avtalen ble bekreftet i teknisk avklaring. Oppgjør etter transporttabellen ble avtalt i forbindelse med KOE 019 i september 2012, noe som var en direkte oppfølging av avtalen fra juni samme år. Byggherren bekreftet da enighet om oppgjøret.

I oktober 2012 (KOE 050) avtalte partene på nytt oppgjør etter transporttabellen generelt for masser som transporteres til Tangen, både andre typer masser – ikke bare bløte masser – og masser fra forskjellige steder i linjen – ikke bare fra nord for Labbdalen. Riktignok tok byggherren forbehold om at dette måtte avtales med ham, men dette ble senere gjort. EO 033 i mars 2013 bekreftet det som tidligere var avtalt, og ble en slags rekvisisjon på faktureringen fra Hæhre. Avtalen ble muntlig bekreftet våren 2013 i samtaler mellom Hæhre og byggherren. Denne muntlige avtalen utgjør et selvstendig avtalegrunnlag for oppgjør etter transporttabellen. Det er derfor uforståelig at byggherren nå hevder at forholdet var opp- og avgjort, og at EO 033 ikke ga noen blankofullmakt.

Subsidiært gjøres gjeldende at byggherren ikke har oppfylt sin plikt til å skaffe til veie tilstrekkelig deponikapasitet for løsmasser i utførelsesperioden. Byggherren er ansvarlig for svikt i egen leveranse. Hæhre varslet bekymring om deponikapasiteten, og flere vitner

forklarte seg om vanskelige deponeringsforhold. Det foreligger motsetningsvis ikke vitneforklaringer om at det var tilstrekkelig deponikapasitet. At nytt deponi i Almenningen ble tatt i bruk før kjøring til Tangen ble avsluttet, er et tidsnært bevis for manglende deponikapasitet.

Hæhres krav er basert på transporttabellens pris og lasstellingene som er svært nøyaktige, og det er få feilkilder og små avvik fra disse tellingene. Lasstellingene er benyttet ved andre oppgjør under kontrakten. Mengden underbygges også av masseberegning målt med flyscan, fratrasket bløte masser som er oppgjort på andre prosesser, men tillagt sandmasser. Setninger i grunnen er ikke hensyntatt. Byggherrens beregninger kan ikke legges til grunn.

ii) Byggherren

Hæhres begrunnelse for kravet i KOE 607 har endret seg, fra at det opprinnelig kun var løsmasseøkningen som var bakgrunnen for kravet. Senere er muntlig avtale anført som begrunnelse ved siden av løsmasseøkningen. Det gjøres imidlertid ikke gjeldende før senere at KOE 019 skulle utgjøre avtalegrunnlaget. KOE 019 gjelder ikke for masser nord for Labbdalen, men gjelder et konkret arbeid helt i sør. Det ble derfor ikke inngått noen avtale om oppgjør etter transporttabellen generelt for kjøring til Tangen.

Det ble heller ikke inngått noen muntlig avtale. Da Hæhre første gang tok opp spørsmålet om deponi på Tangen, var det fordi det var praktisk for entreprenøren å kjøre masser fra nord for Labbdalen, og mer effektivt enn å kjøre til Mostue. Det var kapasitet på anlegget da transporten til Tangen startet, og det er ikke ført bevis for at det eksempelvis var fullt på Hestnes. Byggherren er enig i tingrettens vurderinger.

Subsidiært, dersom det skal ytes vederlag, skal det godtgjøres for 89 656 m³, jf. målinger foretatt av vitnet Storsveen.

4.4.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten deler tingrettens vurdering av at det ikke er sannsynliggjort at det er inngått noen muntlig avtale mellom Hæhre og byggherren om vederlag etter transporttabellen for transport av masser til deponiet på Tangen. Lagmannsretten viser til og tiltrer følgende begrunnelse i tingrettens dom:

Partene har inngått to skriftlige avtaler om deponering på Tangen: EO 014 og EO 033. EO 014 gjaldt bløte masser fra Mjøsa og EO 033 gjaldt transport av løsmasser til Tangen som fant sted i 2012. EO 033 kom etter KOE 019 og KOE 050 og viser hvordan partene inngikk avtaler om deponering av masser på Tangen i henhold til kontraktens system. Byggherrens påtegninger på KOE 050 i desember 2012 viser at tilleggsvederlag for å kjøre masser til Tangen forutsatte at deponier i linjen var fulle, samt forutsatte avtale med byggherren om at transport til Tangen var i orden. Når

det ikke foreligger noen tidsnær skriftlig dokumentasjon for at det ble inngått en slik avtale for transport i 2013 – 2014, taler det for at slik avtale ikke ble inngått. Håndteringen av KOE 019 og KOE 050 bekrefter at det ikke var opp til Hæhre verken å avgjøre om deponiene innenfor anlegget var fulle, eller å avgjøre om man kunne benytte deponi Tangen og dermed kreve tilleggsvederlag for deponering utenfor anleggsområdet.

Selv om partene er enige om ikke å håndheve varslingsreglene i kontrakten slik at manglende varslingsregler ikke medfører preklusjon av berettigede krav, mener retten at det faktisk at det ikke ble fremsatt noe krav om tilleggsvederlag for transport av løsmasser til Tangen før i sluttoppgjøret (over 3 ½ år etter at denne transporten startet) i seg selv er et holdepunkt for at heller ikke Hæhre i 2013 og 2014 oppfattet at det forelå noen avtale om tilleggsvederlag. At det ikke ble inngått noen avtale om tilleggsvederlag støttes også av det faktum at transport av løsmasser til Tangen i den aktuelle perioden var en gunstig løsning for Hæhre i og med at massene stammer fra strekningen nord for Labbdalen. Det var kortere å kjøre til Tangen enn til Mostue og transport til Tangen gikk på en firefelts motorvei i vanlig trafikk, i stedet for sørover mot Mostue hvor E6 var påvirket av anleggsarbeidene.

Det er ikke tilkommet opplysninger som tilsier en annen vurdering etter ankeforhandlingen. Det er derfor ikke grunnlag for å anse KOE 019, KOE 050 og EO 033 for avtale om vederlag etter transporttabellen, verken enkeltvis eller samlet. KOE 019 gjaldt et konkret og avgrenset arbeid sør for Labbdalen, og det er ikke holdepunkter i senere krav om endringsordre og endringsordrer at partene har avtalt at det generelt skal ytes vederlag etter transporttabellen for alle masser som transporteres til Tangen.

Det er heller ikke sannsynliggjort at Hæhre inngikk muntlige avtaler om godtgjøring etter transporttabellen. Det er riktignok på det rene at det var muntlig kontakt mellom partene, blant annet snakket Krogseth fra Hæhre med Lorang Halvorsen fra byggherren om bruk av deponiet på Tangen. Halvorsen tok dette videre internt med byggeleder Halbakken. Krogseth forklarte for lagmannsretten at han i samtalen inngikk en avtale med Halvorsen som bekreftet at avtalen i EO 033 kunne videreføres.

For lagmannsretten er det svært uklart hva denne samtalen mellom Krogseth og Halvorsen innebar. Krogseth selv kunne ikke konkretisere samtalen med Halvorsen ut over at Halvorsen skal ha «bekreftet» at EO 033 skulle videreføres. Med partenes ulike forståelse av hvorvidt de skriftlige avtalene i endringsordrer og krav om endringsordre medførte at Hæhre skulle ha betalt etter transporttabellen, kan ikke lagmannsretten se at det er sannsynliggjort at partene her avtalte vederlaget. Samtalen kan vel så gjerne forstås som en aksept fra byggherrens side på at deponiet på Tangen ble brukt, uten at det dermed var aksept for vederlagets størrelse. Lagmannsretten legger også til grunn at Halvorsen ikke hadde fullmakt til å inngå avtale som hadde økonomiske konsekvenser.

Til dette kommer også at Hæhre fremmet kravet svært sent, først i KOE 607 i desember 2016. På dette tidspunktet var det gått 3-4 år siden avtalene Hæhre mener er inngått. Krogseth ga uttrykk for at det skyldtes en uteglemmelse fra Hæhres side at kravet ikke var sendt før. I KOE 607 er heller ikke kravet begrunnet i en slik avtale, men i løsmasseøkning. Henvisningen til avtalerettslig binding kom i inn i saken senere. Når det samtidig ikke foreligger tidsnære skriftlige bevis som gir uttrykk for at partene har avtalt at Hæhre skal ha betalt etter transporttabellen, finner lagmannsretten det ikke sannsynliggjort at partene muntlig har bekreftet det som etter Hæhres syn fremgikk av KOE 019, KOE 050 og EO 033, eller at partene har inngått en selvstendig muntlig avtale om vederlag etter transporttabellen for transport til deponiet på Tangen.

Dette gjelder selv om det nok også var i byggherrens interesse at deponiet på Tangen ble tilført masser, jf. den dialog og avtale byggherren hadde med grunneier Hougsrud. Men denne interessen underbygger ikke at byggherren avtalte å yte vederlag for transporten av masser dit.

Subsidiært har Hæhre gjort gjeldende at kjøringen til Tangen skyldtes manglende deponikapasitet innenfor anlegget, og at dette er et byggherreforhold som utløser krav på vederlag.

Lagmannsretten mener Hæhre ikke har sannsynliggjort at deponiene innenfor anlegget var fulle slik at deponisituasjonen gjorde det nødvendig å kjøre massene i den aktuelle perioden til Tangen. Lagmannsretten viser til og tiltrer tingrettens vurdering:

Den tidsnære dokumentasjonen viser at det ble uttrykt bekymring for deponikapasiteten, men det synes som dette ble løst underveis ved opprettelse av nye deponier. Retten ser ikke bort fra at Hæhres bruk av Tangen som deponi for løsmasser nord for Labbdalen medvirket til at deponiene innenfor anleggsgrensen ikke ble helt fulle og at bruken av Tangen slik sett hadde en avlastende funksjon på deponisituasjonen innenfor anlegget. Det gjør imidlertid ikke at Hæhre, som følge av dette, har krav på vederlag for transport av løsmasser utenfor anlegget. Dersom Hæhre hadde varslet med KOE, slik fremgangsmåten var ved KOE 019 og KOE 050, kunne byggherren vurdert kravet og for eksempel satt i gang arbeid for å etablere eventuelle nye deponier innenfor anleggsgrensen. Man ville da også unngått en senere uenighet om deponiene var fulle eller ikke. Unnlatt varsling og kontraktsfestet fremgangsmåte fratar byggherren muligheten for å foreta nødvendige avklaringer og tilpasninger underveis og får derfor betydning for rettens vurdering av berettigelsen av kravet, selv om kravet ikke er prekludert. Hæhre var ikke berettiget til selv å avgjøre om deponiene innenfor anleggene var fulle slik at transport til annet deponi var nødvendig, med påfølgende kostnadskonsekvens for byggherren. Retten anser

ikke KOE 019 og KOE 050 som et generelt varsel om tillegg etter transporttabellen for transport av masser til deponi Tangen.

Heller ikke det faktum at byggherren var klar over at Hæhre kjørte løsmasser til deponiet på Tangen og ikke reagerte på dette, endrer rettens vurdering av dette. Det er ingen tvil om at Byggherren var klar over at løsmasser ble kjørt til Tangen, og at de hadde akseptert at masser ble deponert der. Det innebærer imidlertid ikke også en aksept av vederlagsjustering, jf. ovenfor om dette.

Flere av Hæhres vitner, som Krogseth og Smetbak, forklarte for lagmannsretten at det var fullt på deponiet på Mostue. Dette står imidlertid i en viss kontrast til Hæhres uttalelser i Hæhres egne månedsrapporter i perioden september 2013 til mai 2014. Der opplyser Hæhre i likelydende ordlyd at: «Entreprenøren er noe bekymret for kapasiteten i løsmassedeponiene. Det er betydelig økning i volumet løsmasser, og deponiene begynner å bli oppfylt.» Hæhres uttrykk for «noe bekymring» og at deponiene «begynner å bli oppfylt» over lengre tid er etter lagmannsrettens syn et tidsnært bevis for potensielle kapasitetsutfordringer, men ikke for at Mostue var så fullt at det var nødvendig å kjøre massene til Tangen. Særlig gjelder dette når Hæhre over lang tid uttrykker seg på samme måte, uten å varsle eksplisitt om at deponiet nå var fullt og det er nødvendig å treffe tiltak.

Riktignok opplyses det i månedsrapport for januar 2014, i forlengelsen av bekymringen for kapasiteten i deponiene, at det etter avtale med byggherren er benyttet deponi på Tangen. I månedsrapport for februar 2014 opplyses at deponi Tangen da var avsluttet, og at Almenningen 3 var etablert. Like fullt henger formuleringen igjen om at Hæhre var «noe bekymret» og at «deponiene begynner å bli oppfylt», helt til og med mai 2014. Det er vanskelig for flertallet å se at disse rapportene gir uttrykk for en kritisk situasjon som gjorde deponering på Tangen nødvendig.

Lagmannsretten ser ikke etableringen av Almenningen 3 – som lå utenfor anleggsgrensen – som et tegn på at kapasitetsproblemer fremtvang deponering av løsmasser på Tangen. Som vist foran, var Hæhres rapportering om deponeringskapasiteten likelydende både før og etter etableringen av Almenningen 3.

Hæhres krav tas derfor ikke til følge.

4.5. Poster med enighet/ikke påankede poster

- KOE 606 Uttransp. av overskuddstein (ikke anket) Hæhre tilkjent 0 kr

4.6. Samlet oversikt - massehåndtering

I nedenstående tabell fremgår i høyre kolonne det beløp Hæhre tilkjennes, uttrykt som andel av det omtvistede beløp for lagmannsretten.

Krav	Krav fra Hæhre for lagmannsretten	Omtvistet beløp for lagmannsretten	Tilkjent av lagmannsretten
Prosess 26.3 Sprengt stein til depot	69 278 265	35 162 598	21 144 726
KOE 423 Returtransport fra Kolostuen	27 941 067	27 941 067	0
Prosess 25.3 Jordmasser til depot	21 780 569	7 492 793	0
KOE 607 Jordmasser til Tangen	11 123 440	11 123 440	0
<u>Totalsum denne gruppen</u>	<u>130 123 341</u>	<u>81 719 898</u>	<u>21 144 726</u>

5 M j ø s a k r a v

5.1. Generelt om grunnforholdene – spørsmål om «markert avvik»

5.1.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Deler av jernbanestrekningen på FP3 skulle bygges på steinfyllinger helt eller delvis i Mjøsa. Dette gjaldt en strekning på ca. 3 km, fra Strandlykkja og nordover. Før steinfyllingen ble lagt, måtte imidlertid løsmasser fjernes. I kontrakten var mengden løsmasser estimert til 270 000 m³. Grunnforholdene og topografien varierte imidlertid relativt sterkt på strekningen, og det var utarbeidet geotekniske rapporter som beskrev topografi, grunnforhold og fyllingsløsninger spesifikt for 15 delstrekninger. Særlig områdene fra profil 90 260 til 90 750, samt fra profil 92 400 til 92 900 var rike på løsmasser.

Kravet som ble fremmet i KOE 444 var dels begrunnet i at grunnforholdene på deler av strekningen ikke var i samsvar med forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Dette kravet om endringsordre gjaldt flere forhold ved grunnen og topografien, og Hæhre hevdet at disse forholdene utgjorde byggherreforhold som ga Hæhre krav på vederlagsjustering. For lagmannsretten er tre grunnforhold anført å utgjøre slikt avvik fra konkurransegrunnlaget at Hæhre skal ha vederlag for det:

For det første gjør Hæhre gjeldende at entreprenøren påtraff et hardt lag med masser ved profil 90 400 til 90 540, noe som etter Hæhres syn avviker fra opplysninger i den geotekniske rapporten om at det var «veldig bløte masser» på denne strekningen. Dette skal ha medført at det ikke var mulig å benytte de prosessene for fjerning av løsmasser som var beskrevet i kontrakten.

For det andre gjør Hæhre gjeldende at det utgjorde et avvikende grunnforhold at fjellet særlig ved profil 90 390 til 90 490 var brattere enn opplyst i konkurransegrunnlaget. Hæhre anfører at det her var en dyp, bratt kløft der det var vanskelig å fjerne løsmasser og der mengden løsmasser var større enn forutsatt.

For det tredje var det stort inntrengning av masser under arbeidet, noe som ikke var beskrevet i konkurransegrunnlaget.

I kontraktens spesielle bestemmelser C pkt. 31 fremgår det at entreprenøren ikke kan påberope seg at de virkelige grunnforholdene avviker fra beskrivelsen i geoteknisk rapport, med mindre det foreligger et «markert avvik». Mens Hæhre gjør gjeldende at de tre forholdene beskrevet foran både enkeltvis og samlet utgjør et markert avvik, bestrider byggherren det.

Spørsmålet om avvikende grunnforhold får betydning for lagmannsrettens vurdering av flere av kravene Hæhre har fremmet under temaet «Mjøsakrav». Lagmannsretten vil derfor først vurdere grunnforholdene mer generelt, før den i punkt 5.3. følgende vil vurdere Hæhres enkelte krav.

5.1.2. Partenes anførsler i hovedtrekk

i) Hæhre

Det må foretas en sammenligning av de faktiske forhold slik de ble avdekket under arbeidet, og forholdene slik beskrevet i NGIs rapport. Entreprenøren trenger informasjon om grunnforholdene for å gi riktig pris på arbeidene, og det geotekniske notatet og de aktuelle beskrevne prosessene utgjør derfor sammenligningsgrunnlaget når det skal vurderes om det forelå et markert avvik.

Ut fra en naturlig språklig forståelse må «markert avvik» forstås som noe klart og lett påvisbart, og som omfatter noe mer enn mindre avvik. Avvikene kan være at det er andre egenskaper ved massene enn oppgitt, eller at omfanget masser er et annet. Det omfatter dermed problemer med grunnforholdene som ikke var forutsett, økt omfang og intensitet av forutsette problemer og anleggstekniske utfordringer. Byggherren har ikke uttrykt noen usikkerhet i konkurransegrunnlaget rundt grunnforholdene og arbeidene, men en eventuell usikkerhet har uansett ikke betydning i denne saken, hvor det er gitt konkrete beskrivelser av arbeidene. Uklarhetsregelen tilsier uansett at en eventuell uklarhet rundt kontraktsgrunnlaget må gå ut over byggherren.

NGIs rapport gir detaljert informasjon om hvilke grunnforhold som foreligger i de enkelte områdene, noe som var viktig for entreprenørens kalkulasjon. Rapporten beskriver at det kun er tale om utgraving (mudring) av betydning i to områder (oransje soner), og at der det er utfordrende grunnforhold skal kun mindre mengder løsmasser, som er tilgjengelig fra land, tas ut.

NGI-rapporten for strekningen profil 90 260 til 90 750 beskrev – på grunnlag av seismikk og boringer – at det var «veldig bløte masser», og at mudringen vil først utføres med grabb «eller lignende», før «sugemudring som en siste rensk av massene over faste masser/fjell». Med andre ord angir byggherrens geotekniske rapport eksplisitt hvordan arbeidene skulle utføres. Det var ingen spor av faste lag i sonderboringene. Teksten i kontraktens prosesser

tyder også på at det ikke skulle fjernes faste masser. Addendum til kontrakten gir ingen nye opplysninger.

Det er imidlertid solide bevis for at det var avvikende grunnforhold; blant annet viser uttalelser fra byggherrens geoteknikere underveis i prosjektet, de supplerende boringer som ble foretatt, Hæhres utfordringer i arbeidet, samt sakkyndige uttalelser i ettertid, at det var harde masser som utgjør markert avvik fra det som er beskrevet av NGI. Denne hardheten skyldes ikke dilatante masser.

Særlig ved profil 90 390 og 90 490 ble det avdekket en dyp, bratt kløft. I NGIs rapport er det opplyst, basert på sonderinger og seismikk, at fjellet faller med en helning opp mot 1:3. Dette er det eneste stedet hvor det gis opplysninger om fjellforløpet. Denne opplysningen er sentral for utgravingsnivået. Hæhre hadde ikke grunn til å tvile på den, men tiller den stor vekt i anbudsfasen. At det også var opplyst at det var planlagt flere grunnundersøkelser, har ikke betydning for vurderingen av om avvik forelå, idet det ikke er tatt forbehold for usikkerhet knyttet til konklusjonene. Kontrakten hadde uansett mekanismer for å løse dette. Opplysningen om utgravningsnivå kan ikke forstås som skranke for når det foreligger avvikende grunnforhold. Under arbeidet ble det avdekket at det var en kløft som ingen av partene hadde kunnskap om da arbeidet ble priset. Dette øker den gjennomsnittlige gravedybden og øker utgravingsvolumet. Det medførte økt kompleksitet og økt tidsbruk. Kløften utgjorde et markert avvik fra NGI-rapporten.

Det var ikke omtalt i konkurransegrunnlaget at det var risiko for masseinntrengning. Hæhre rapporterte imidlertid helt fra august 2013, det vil si over en lang periode mens prosjektet pågikk, at det opplevdes stor masseinntrengning inn i byggegrop på grunn av strømninger i Mjøsa.

Subsidiært; byggherren har påtatt seg risikoen for at mudringsarbeidene i det aktuelle området kunne gjennomføres ved bruk av grabb. Byggherren har etter kontakten prosjekteringsrisikoen, og byggherren har i kontrakten gitt en eksplisitt angivelse av hvordan arbeidene i oransje sone skal utføres. Hæhre måtte da kunne legge til grunn at arbeidet kunne utføres med grabb. Når dette ikke var mulig, har Hæhre krav på vederlagsjustering.

Hæhre var ikke forpliktet til å bruke det utstyret selskapet hadde tilbudt i anbudet. Byggherren har uansett akseptert Hæhres valg av utstyr, og bruk av fagverkskran var uansett en bedre løsning enn det utstyret Hæhre opprinnelig hadde tilbudt. Byggherren ønsket dessuten å unngå bruk av sugemudring, og det var ikke mulig å begynne med kombinert sugemudring/grabbing samtidig på et tidligere tidspunkt enn det som faktisk skjedde.

ii) Byggherren

De faktiske grunnforholdene må sammenlignes med hele konkurransegrunnlaget, ikke bare mot NGIs rapport om en delstrekning. De samlede faktiske forhold må vurderes mot kontraktens samlede beskrivelser, tegninger og rapporter m.v. Strekningen kan med andre ord ikke stykkes opp. Også avvik, lettelser, variasjon og mindre masser på andre deler av strekningen må tas i betraktning. Hæhres tidsbruk og kostnader er ikke egnet som bevis i denne sammenhengen.

Hæhres begrunnelse for at det skal foreligge et markert avvik har endret seg, fra at det i starten var særlig økt volum gravemasser, i tillegg til større gravedybde, mens det nå er harde masser som er hovedfokus. Partene er nå enige om at det samlet ble noe mindre løsmasse (266 000 m³) enn det som var estimert i kontrakten (270 000 m³). I realiteten er differansen enda større. Av anførselen om større gravedybde står nå kun en begrenset kløft igjen. Denne kløften er i samsvar med opplysningene i kontrakten om gravedybde og at fjellet var delvis brattere enn 1:3 enkelte steder. Forutsetningen om jevnt fall er Hæhres egen, ikke kontraktens. Kløften er begrenset i omfang, og det er vanskelig å se at den kan skape tilleggsutfordringer. Det var heller ikke annen masseinntrengning ut over det Hæhre kunne forvente.

Kontrakten beskrev utgraving til fjell også der massene var fastere. Prosessbeskrivelsen gjaldt alle områder, og muligheten for variasjon i grunnforholdene var størst der utgravingen var mest omfattende. Addendumet til kontrakten synliggjorde usikkerheten, og det var opplyst i NGI-rapporten at vurderingen var basert på målinger der det var betydelig avstand mellom borpunktene, at det ikke var tatt prøver av massene i profil 90 290 til 90 750, samt at supplerende grunnundersøkelser skulle foretas. Hæhre var derfor innforstått med variasjon og usikkerhet. Usikkerheten er også fremhevet i de spesielle kontraktsbestemmelsene.

Det er omstridt hvor faste massene var ut fra de nye boringene som ble foretatt i 2012 og 2013. Borekort viser at massene var av samme type som beskrevet i kontrakten. Etterfølgende vurderinger viser at selv fine masser kan oppleves harde. Når det er bløte masser under, er det dessuten begrenset hvor harde massene over kan være. Multiconsults rapport endrer ikke dette. Hæhres tidsbruk under arbeidet er ikke bevis for massenes beskaffenhet, og Hæhre rapporterte uansett under arbeidets gang om snarlig ferdigstilling. Deler av området hvor det påstås å foreligge harde masser ble fortannet, og det ble heller ikke på hele området gravd ned til fjell. Under enhver omstendighet er omfanget av harde lag begrenset – ca. 1 800 m³ av totalt 266 000 m³ som ble gravd ut. Dette kan ikke gi Hæhre rett til omlegging til regningsarbeid i en lang periode. En eventuell vederlagsjustering kan kun knytte seg til justering av enhetsprisene for en mindre andel av massene.

5.1.3. Lagmannsrettens vurdering

i) Rettslige utgangspunkter

I utgangspunktet er det byggherrens ansvar og risiko at grunnforholdene er i samsvar med det entreprenøren hadde grunn til å regne med etter kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig. Dette er blant annet lagt til grunn av Høyesterett i Rt-1999-922 (Salhus flytebro), og har kommet til uttrykk i NS 8405 punkt 19.3 annet ledd og NS 8507 punkt 23.1 første ledd.

Som utgangspunkt har derfor entreprenøren krav på vederlagsjustering og eventuelt fristforlengelse dersom det er avvik mellom det han kunne forvente av grunnforholdene og de faktiske forholdene. Som påpekt blant annet i Rt-1999-992, må entreprenøren imidlertid tåle et visst tap uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling – forutsetningssvikten må være *relevant* for å kunne gi grunnlag for slike beføyelser for entreprenøren, og her er blant annet størrelsen på tapet et element i vurderingen.

Kontraktens spesielle bestemmelser kapittel C1 punkt 31 klargjør dette utgangspunktet, ved at det kun er ved «markert avvik» mellom de virkelige forhold og beskrivelser i de geotekniske rapportene at det kan være grunnlag for vederlagsjustering:

Beskrivelsen/rapportene skal gi entreprenøren grunnlag for egne vurderinger av grunnforholdenes betydning for entreprenørens arbeid.

For geologiske rapporter gjelder:

Beskrivelsen/rapportene består av en faktadel og en tolkningsdel. Faktadelen gir entreprenøren grunnlag for egne vurderinger av grunnforholdenes betydning for entreprenørens arbeid. Tolkningsdelen er byggherrens vurdering av grunnforholdene basert på de foretatte undersøkelsene.

For geotekniske rapporter gjelder:

Beskrivelsen/rapportene består av en faktadel. Faktadelen gir entreprenøren grunnlag for egne vurderinger av grunnforholdenes betydning for entreprenørens arbeid. Entreprenøren kan ikke påberope at de virkelige forhold avviker fra beskrivelsen/rapporten(e) med mindre det foreligger markert avvik. Dersom det foreligger et slikt avvik, behandles avviket i henhold til kap. C pkt. 21.1.

Grunnforhold og løsninger i Mjøsa:

Det gjøres oppmerksom på at det for fyllingsarbeidene for jernbanen i Mjøsa er beskrevet ulike geotekniske tiltak og løsninger som også inkluderer masseutskifting/mudring med sjøgående utstyr. Endelig fordeling mellom de ulike løsninger og prosesser beskrevet i kap. D1 vil avhenge av grunnforholdene, og vil kunne endres. Ytterligere grunnundersøkelser planlegges utført både i perioden

frem til kontraktsstart og i byggetiden. Arbeidene krever en tett oppfølging og et godt samspill mellom byggherre/rådgiver og entreprenør underveis.

Det følger av dette at det er de geologiske og geotekniske rapportene som danner utgangspunktet for entreprenørens vurderinger av grunnforholdene. Entreprenøren er ikke pålagt å gjennomføre egne grunnundersøkelser før prissetting. Likevel vil entreprenøren ikke kunne se bort fra kunnskap han har fått gjennom tilbudsbeferinger eller tidligere kjennskap til området, samt opplysninger i konkurransegrunnlaget for øvrig. Også slike opplysninger må regnes blant dem entreprenøren bygger sine vurderinger på.

Det er i kontrakten gitt uttrykk for at «ytterligere grunnundersøkelser planlegges utført». Lagmannsretten forstår dette som et uttrykk fra byggherrens side for at grunnundersøkelsene ikke er komplette, og at det er behov for flere undersøkelser for å få grundigere kunnskap om grunnforholdene. Det må like fullt legges til grunn at det er de beskrivelser som faktisk er gitt i de nevnte rapportene som entreprenøren skal bygge sine vurderinger på. Kontrakten kan derfor ikke forstås som et forbehold om at entreprenøren må tåle større avvik før han kan kreve vederlagsjustering eller fristforlengelse, enn det han måtte dersom kontrakten ikke inneholdt en opplysning om ytterligere undersøkelser.

For at entreprenøren skal ha krav på vederlagsjustering, må det derfor foreligge et avvik mellom det entreprenøren med rimelighet kan utlede av beskrivelsene i geotekniske rapporter og de virkelige forhold i grunnen, og dette avviket må være *markert*. Hva som skal til for å konstatere et «markert avvik» fremgår ikke av kontrakten selv, og det kan være vanskelig å angi generelt hva som skal regnes som et markert avvik, se om tilsvarende problemstilling i Nordtvedt m.fl., NS 8407. Kommentar-utgave (2013) s. 340, om hva som etter NS 8407 punkt 23.2 skal regnes som et «vesentlig avvik». Det heter imidlertid her at begrensningen i byggherrens risiko som følger av denne bestemmelsen «er trolig langt på vei i samsvar med det som tidligere ble lagt til grunn etter læren om bristende forutsetninger», som Høyesterett bygde på i Rt-1999-992. Det heter videre i kommentarutgaven at det etter NS 8407 punkt 23.2 «kreves et markert avvik i forhold til det totalentreprenøren kunne påregne».

Lagmannsretten legger dette til grunn, også slik at det ikke er avgjørende forskjeller mellom uttrykket «markert avvik», som er brukt i vår kontrakt, og «vesentlig avvik», som er benyttet i NS 8407, selv om sistnevnte standardkontrakt gjelder totalentreprise, ikke utførelsesentreprise, som i vår sak. Nordtvedt m.fl. uttrykker det videre slik at forholdene må «vise seg å være klart utenfor den risikomargin som totalentreprenøren måtte påregne.» I Giverholt m.fl., NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser med kommentarer (2012) side 356 heter det at man normalt ikke ville konstatere vesentlig avvik «med mindre merkostnadene til totalentreprenøren blir på fra 15-20 % høyere enn det som var antatt i tilbudet.»

Lagmannsretten legger ut fra dette til grunn at med «markert avvik» forstås ikke bare at det skal være et tilstrekkelig klart bevismessig grunnlag for å konstatere at de faktiske forhold avviker fra det entreprenøren hadde grunn til å regne med. I tillegg må avviket være av en viss størrelse. Det er neppe mulig eller hensiktsmessig å angi noen prosentandel økte kostnader som terskel for når risikoen for grunnforholdene går over på byggherren. Det vil måtte bero på en helhetsvurdering om avviket er stort nok til at det hører til byggherrens risikoområde, der også andre elementer enn de økte kostnadene vil være relevante.

Som det blant annet fremgår av Rt-1999-992, vil det være relevant ved vurderingen av om det foreligger et markert avvik «om de kontraktsbestemte arbeider utføres på entreprenørens eget område og med bruk av arbeidsmetoder som entreprenøren selv velger eller er fortrolig med, eller om arbeidene utføres på fremmed grunn og/eller med arbeidsmetoder som er foreskrevet av byggherren i kontrakten.» Andre momenter ved helhetsvurderingen vil kunne være hvilken type forutsetningssvikt det er tale om, i hvilken grad entreprenøren hadde mulighet til å avdekke forholdene på forhånd, størrelsen på de økonomiske konsekvensene, og om entreprenøren kunne bruke prosjektert fremgangsmåte, se Nordtvedt m.fl. side 341.

I vår sak er de påberopte avvikene i grunnforholdene konsentrert til en relativt liten del – noen hundre meter – av den strekningen entreprisen gjaldt. Det relevante sammenligningsgrunnlag er derimot hele kontraktens strekning. Dette innebærer at dersom det skulle foreligge et avvik i grunnforholdene på en liten del av strekningen, har byggherren bare risikoen for dette avviket dersom det utgjør et markert avvik hele strekningen sett under ett. Det kan eksempelvis være tilfelle dersom den aktuelle delstrekningen utgjør en vesentlig del av det aktuelle kontraktsarbeidet, det vil i vårt tilfelle si strekningen på 3 km i sjøfyllingen i Mjøsa, eller dersom avviket på denne delstrekningen er så stort at det får vesentlig betydning for hele kontraktsarbeidet. Dette er for så vidt også kommet til uttrykk i kontrakten, der det heter at «endelig fordeling mellom de ulike løsninger og prosesser beskrevet i kap. D1 vil avhenge av grunnforholdene, og vil kunne endres.»

I dette tilfellet var imidlertid FP3 i NGIs geotekniske notat fra november 2011, som kontrakten viste til, delt inn i 15 mindre strekninger ned til få titalls meter. Bakgrunnen for dette var ifølge notatet «relativt store variasjoner i både topografi og grunnforhold». Banens beliggenhet, topografi, grunnforhold og fyllingsløsning var derfor beskrevet for hver delstrekning, og vist ved tegning. Etter lagmannsrettens syn kan dette få en viss betydning for vurderingen av om det foreligger et markert avvik strekningen sett under ett. Med en slik oppdelt beskrivelse, kunne entreprenøren i større grad tilpasse planleggingen og prisingen av arbeidet til de konkrete beskrivelsene av delstrekningene. Det vil, slik lagmannsretten ser det, i større grad enn ved en mer helhetlig beskrivelse av grunnforholdene, være rimelig at byggherren har risikoen for avvik i grunnforholdene på delstrekningene. Det må likevel fastholdes at utgangspunktet er at det er hele den aktuelle

strekningen som utgjør grunnlaget for sammenligningen. I helhetsvurderingen hører derfor også eventuelle lettelser på andre delstrekninger.

ii) Kontraktens beskrivelser av grunnforholdene

Det området hvor Hæhre anfører at det foreligger et markert avvik i grunnforholdene, ligger på delstrekningen km 90 290 til km 90 750. Denne strekningen er beskrevet slik i NGIs notat fra desember 2011 punkt 3.4.:

3.4.1 Fyllingsbeliggenhet

Bortsett fra østre fot av fyllingen, ligger hele fyllingen ute i Mjøsa. Eksisterende jernbanespor ligger ca 25 m øst for framtidig jernbanespor.

3.4.2 Topografi og grunnforhold

Fyllingen for eksisterende jernbane faller med en helning på mellom 1:1,3 og 1:1,5 ned mot sjøkanten. Ved lavvann er det registrert fjell i dagen i overgangen mellom land og Mjøsa langs med hele strekningen. Ute i Mjøsa faller sjøbunnen med en helning på opp mot 1:4.

Det er utført 7 totalsonderinger, 142, 143, 144, NGI12, NGI15, NGI16 og NGI19, og et seismikkprofil, Strv2, langs med strekningen. Disse indikerer at fjellet faller noe brattere enn sjøbunnen, antageligvis med en helning opp mot 1:3. Det er dog noe uoverensstemmelse mellom resultatene fra totalsonderingene og seismikkprofilen.

Det er ikke tatt opp noen prøver langs med strekningen, men ut fra totalsonderingene og seismikken ser det ut til at løsmassene i Mjøsa består av veldig bløte masser.

Langs med strekningen er det planlagt supplerende grunnundersøkelser som antageligvis utføres våren 2012. Disse består av totalsonderinger, CPTU-sonderinger, vingeboringer og prøveserier.

3.4.3 Geoteknisk vurdering

Ved utførelse av stabilitetsberegninger for utfylling på de stedlige massene var det ikke mulig å oppnå tilstrekkelig sikkerhet for fyllingen. Det er heller ikke mulig å øke stabiliteten ved å bruke motfyllinger, da disse vil bli så omfattende at man ville fått problemer med stabiliteten til motfyllingene.

For å oppnå tilstrekkelig sikkerhet for fyllingen må derfor de bløte, stedlige massene fjernes. Fyllingen bygges så opp på faste morenemasser/fjell. En grundigere beskrivelse av gjennomføringen er beskrevet i kapittel 4.

Området km 90 290 til km 90 750 fremgikk også på tegninger, markert med oransje fargekode, angitt som «Løsmasser i Mjøsa fjernes ned til fjell.» Her skulle altså ingen masser bli liggende igjen.

I notatets kapittel 4 fulgte en detaljbeskrivelse for løsningen for blant annet denne strekningen, der det også vises til prinsipptegninger for løsningen. Det heter videre om utførelsen:

4.1 Mudring

Før oppfyllingen starter må alle de bløte massene fjernes. Dette gjøres for å unngå dårlig stabilitet av fyllingen på grunn av bløte lag som fyllingsmassene kan skli på. Mudringen vil først utføres med grabb eller lignende for å fjerne det meste av de bløte massene. Deretter vil man måtte benytte sugemudring som en siste rensk av massene over faste masser/fjell, for å være sikker på at alle bløte masser er fjernet. Avslutningen av de mudrete massene utføres med en helning på 1:2 eller slakere, se tegning UEH-V-26-50040 og UEH-V-26-50041 for prinsippskisse. Etter mudring dokumenteres det blottlagte berget/fast massene med videofilming for å være sikker på at alle bløte masser er fjernet.

4.2 Ekkolodding

Etter at mudringen i Mjøsa er utført må det utføres ekkolodding for å få en kontroll av fjellforløp og mudringsavslutningen til de bløte massene. Ekkolodding vil også bli brukt etter at fyllingen er ferdig oppbygd for å dokumentere den endelige fyllingsgeometrien.

4.3 Oppbygning av fylling

Fyllingene bygges opp i to faser. Først legges nedre del av fyllingen ut med lekter. Deretter bygges den resterende delen av fyllingen opp fra land. Hensikten med at deler av fyllingen legges ut med lekter, er at man ved ren fylling fra land ikke vil oppnå en fyllingshelning på 1:1,5. I stedet vil man kunne få et heng i fyllingen, som gjør at sikkerheten til fyllingen ikke blir tilstrekkelig. Etter at fyllingen er etablert med lekter opp til høyest mulig nivå i henhold til den aktuelle vannstanden, bygges fyllingen opp vha. utfylling fra land.

4.4 Sikring av fyllingsfot

Deler av fyllingene på de to aktuelle strekningene vil ligge på fjell som er brattere enn 1:3. I henhold til ref. 1 vil da "fortanning av fjell være aktuelt". I og med at det aktuelle fortanningsområdet vil være på opp mot 25 m vanndybde, som vil gi krevende sprengningsarbeider, løses dette i stedet ved at man etablerer en motfylling som støtte for fyllingen. Prinsippet for dette er vist i figur 4-1.

Utgravingen av bløte masser i Mjøsa var beskrevet i en egen prosess i kontrakten – prosess 25.71, som lød:

Områdene hvor det skal fjernes bløte masser under framtidige fyllinger i Mjøsa er vist på tegninger. For deler av områdene skal det graves til berg, mens det for deler av områdene skal fjernes bløte masser ned til fastere masser. Omfanget på avgravingen tas i samråd med byggherren.

Sjøbunnen i områdene som skal graves av ligger mellom ca. kote +95 og +120. Avstanden fra land varierer mellom ca. 0 og 70 m. Det endelige utgravingsnivået ligger mellom ca. kote +90 og +120.

Massene som skal graves vekk består av mudder, leire, silt, sand og grus og kan inneholde blokk/stein, med varierende fordeling mellom de forskjellige fraksjonene. Spesiell beskrivelse under prosess 25 gjøres i tillegg gjeldende.

Ut fra disse beskrivelsene kunne Hæhre etter lagmannsrettens syn i utgangspunktet påregne at grunnen på strekningen km 90 290 til km 90 750 besto av «veldig bløte masser». Dette er riktignok neppe et entydig geoteknisk begrep, men det viser likevel klart til lagringsfastheten til massene. Dette blir særlig tydelig når det sammenlignes med andre begreper som er benyttet i det geotekniske notatet til å beskrive fastheten til massene på andre delstrekninger – der benyttes begrep som «relativt faste masser» og «faste masser». Dessuten bidrar gradsadverbet «veldig» til å forsterke at entreprenøren kunne påregne bløte masser. Løsningen som er beskrevet i NGIs notat punkt 4, støtter også opp om at det var tale om bløte masser i dette området.

Prosess 25.71 gjelder, slik lagmannsretten forstår kontrakten, hele strekningen km 90 290 til km 90 750, gjennom henvisningen til «utgraving av bløte masser». I denne prosessen er det også beskrevet hvilke masser som finnes i dette området: De består av «mudder, leire, silt, sand og grus og kan inneholde blokk/stein, med varierende fordeling mellom de forskjellige fraksjonene». Også ut fra denne beskrivelsen kunne Hæhre slutte at det i alle fall i hovedsak var tale om bløte masser.

Byggherren har gjort gjeldende at de geotekniske rapportene uttrykker en usikkerhet og variasjon i grunnforholdene på dette området som Hæhre var innforstått med. Det fremgikk blant annet av NGIs notat at det var gjennomført et begrenset antall sonderinger – i alt sju stykker – og at det var planlagt supplerende grunnundersøkelser våren 2012. Det var også relativt stor avstand mellom borpunktene. Det fremgikk videre at det ikke var tatt opp noen prøver langs strekningen, «men ut fra totalsonderingene og seismikken ser det ut til at løsmassene i Mjøsa består av veldig bløte masser».

Lagmannsretten bemerker først at borkortene som var grunnlaget for NGIs vurderinger, og som det ble vist til i notatets punkt 3.4.1., viste til dels større motstand og økt rotasjonshastighet under boringene. Dette kan indikere en noe hardere lagringsfasthet enn «veldig bløte masser». Etter lagmannsrettens syn, og slik forklart av vitnene Brendbekken og Watn, er det imidlertid ingen motstrid mellom vurderingene i NGIs notat og borkortene. Borkortene skaper derfor i seg selv ingen usikkerhet omkring notatets vurdering av massenes lagringsfasthet. Slik usikkerhet har heller ikke NGI gitt uttrykk for i sitt notat, og Hæhre kan ikke som alminnelig forstandig tilbydes forventes å legge inn større usikkerhet på grunn av borkortene enn det NGI har gjort.

I NGIs notat uttrykkes en viss usikkerhet til grunnforholdene på grunn av at NGI hadde begrenset kunnskap om grunnen. Grunnundersøkelsene var av begrenset omfang, både i antall og i utstrekning. Ved vurderingen av denne usikkerheten, har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – lagdommer Heide, ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – mener at disse opplysningene viser at den geotekniske rapporten hadde begrenset faktisk grunnlag for å angi lagringsfastheten til massene, noe også Hæhre var kjent med. Uttrykket «ser ut til» indikerer en tilsvarende usikkerhet knyttet til NGIs vurderinger. Slik flertallet ser det, kunne ikke Hæhre legge til grunn at entreprenøren *kun* ville støte på veldig bløte masser. I stedet kunne Hæhre stedvis påregne masser med annen lagringsfasthet, selv om entreprenøren hovedsakelig kunne påregne bløte masser. Usikkerheten knyttet til massenes beskaffenhet var derfor del av det Hæhre kunne påregne. Det fremgikk dessuten av kontrakten, jf. sitatet foran, at endelig fordeling mellom de ulike løsninger og prosesser vil avhenge av grunnforholdene og vil kunne endres.

Det fremgikk i tillegg av det geotekniske notatet at naboområdet besto av «relativt faste masser». Selv om det geotekniske notatet er delt i flere delstrekninger, kan det ikke utledes av dette at det er vanntette skott mellom dem. Opplysningen om naboområdet gir derfor også grunn for entreprenøren til å påregne masser med hardere lagringsfasthet enn «veldig bløte masser».

Byggherren har også vist til at det i februar 2012 ble gitt et addendum (nr. 03) til kontrakten. I dette addendumet ble tekst om at massene kunne inneholde blokk/stein lagt til, blant annet i prosess 25.71. I tillegg ba byggherren om at entreprenør priset mengdeendringer som følge av en alternativ utførelse med jernbanebru i området. I addendum 06 fra 27. februar 2012 opplyste byggherren at bruene var ment som et mulig alternativ til fylling i Mjøsa på de aktuelle stedene, at det da ikke var avgjort om de kom til utførelse og at supplerende grunnundersøkelser ville gjennomføres i løpet av våren og sommeren 2012.

Etter flertallets syn kan det ikke ut fra selve forespørselen om bruløsning utledes at grunnforholdene var mer usikre enn det det geotekniske notatet ga uttrykk for. At bruløsning kom som et alternativ kunne skyldes mange forhold, og det er ikke grunn til å innfortolke en større usikkerhet rundt grunnforholdene enn det som kan utledes av NGIs notat. Dersom byggherren lanserte bruløsningen på grunn av grunnforholdene, hadde han all foranledning til å begrunne dette. Når han ikke gjorde det, kan ikke entreprenøren forventes å skulle foreta en fortolkning av hva som ligger bak byggherrens forespørsel.

Samlet sett er det flertallets syn at Hæhre i all hovedsak kunne påregne veldig bløte masser på delstrekningen km 90 290 til km 90 750, men at det var knyttet en viss usikkerhet til at det kunne være masser med en annen lagringsfasthet på strekningen. Denne usikkerheten medfører at Hæhre måtte påregne at det også var masser med hardere lagringsfasthet – men av klart mindre omfang enn de bløte massene. Det fremgår også av KOE 194 og KOE 444 at Hæhre var klar over dette – i KOE 444 er Hæhres krav blant annet begrunnet i at «omfanget av harde masser er større enn først angitt».

Mindretallet – førstelagmann Sollie og meddommer Henriksen – deler langt på vei flertallets generelle vurderinger. Etter mindretallets syn må likevel entreprenøren kunne holde seg til vurderingene i rapporten om at det var veldig bløte masser i området, i alle fall slik at det ikke var masser av et omfang og beskaffenhet som ikke kunne fjernes gjennom de løsninger som angitt i notatets punkt 4. Det ble etter mindretallets syn ikke tatt noen forbehold om eller gitt indikasjoner på at det kunne være fastere masser. NGI synes selv å kunne konkludere ut fra det faktumgrunnlag som da forelå, at det i området var veldig bløte masser. Ved anbudsinngivelsen måtte Hæhre da kunne holde seg til det, uten å selv foreta ytterligere vurderinger.

Dette må særlig gjelde i et tilfelle som det foreliggende, hvor det geotekniske notatet opererte med en relativt bestemt avgrensning mellom de ulike delstrekningene. Byggherren har også gjennom det geotekniske notatet og kontraktens prosesser nokså klart definert hvilken metode entreprenøren skulle benytte for å fjerne masser: Dette skulle utføres med grabb eller lignende, før sugemudring skulle bidra til en siste rensk av fjellet.

Det er byggherren som er ansvarlig for et representativt og godt grunnlag for anbyderne. Det var imidlertid kun gjennomført sju sonderboringer før anbudet, noen av dem også på større dybde, i et særskilt utsatt område for Dovrebanen. Vitnet Rømoen fra NGI forklarte at NGI fikk dårlig tid for ytterligere boringer. Dette indikerer etter mindretallets syn klart at anbudsgrunnlaget gjeldende grunnundersøkelsen var mangelfulle.

Hæhre har forholdt seg til anbudets geotekniske forutsetninger, særlig gjennom oppdelingen i 15 delstrekninger med varierende forhold, bløte masser og bruk av grabb eller lignende. Dette utgjør etter mindretallets syn viktige opplysninger for tilbyderne. Som vitnet Brendbekken forklarte, kunne man ikke lese av borprøvene at det var harde masser i

området. Mindretallet bemerker også at det forhold at byggherren opplyste at det kunne bli behov for ytterligere prøver, i dette tilfelle må anses som en opplysning uten konsekvenser for Hæhres tilbud. Opplysningen åpner ikke for usikkerhet rundt de geotekniske vurderingene. Dersom Hæhre i dette tilfellet skulle priset inn en generell usikkerhet, ville dette gitt en svært uforutsigbar anbudsprosess.

Når det gjelder Hæhres anførsel om at det var en dyp bratt kløft i området km 90 390 til 90 490, viser den samlede lagmannsrett til det foran siterte fra det geotekniske notatet at fjelldybden lå mellom ca. kote +90 til ca. kote +120. Hæhre måtte derfor påregne graving ned til slike dybder. I tillegg måtte Hæhre etter lagmannsrettens syn påregne en brattere helning i fjellgrunnen enn 1:3. Riktignok fremgikk det av det geotekniske notatet punkt 3.4.2 at totalsonderingene indikerer at fjellet faller noe brattere enn sjøbunnen, «antageligvis med en helning opp mot 1:3». Det fremgikk imidlertid både av kontraktens tegninger og NGIs notat at fjellet kunne være brattere enn 1:3. Blant annet het det i notatets punkt 4.4. sitert foran, at deler av fyllingene vil ligge på fjell som er brattere enn 1:3. Hæhre kunne da ikke utlede at helningen på hele delstrekningen ville være opp til 1:3, men måtte påregne også brattere helning.

Det er videre lagmannsrettens syn at Hæhre ikke kunne påregne at helningen på hele strekningen som skulle graves ut ville være jevn. Riktignok indikerer tegningene som det er vist til i detaljbeskrivelsen i NGI-notatets punkt 4 at helningen var jevn, men det fremgår også av tegningene at det inntegnede bergforløpet er «antatt», og at det «vil variere». Samlet sett kunne ikke Hæhre etter lagmannsrettens syn ut fra dette påregne jevnt fall på hele strekningen, men at det stedvis kunne være brattere enn 1:3. I tillegg kommer at topografien på fjellet over vann var ujevn, noe Hæhre kjente til, og det kunne ikke forventes en annen topografi under vann.

iii) De faktiske grunnforholdene

Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at Hæhre i november 2013 påtraff masser som ble opplevd å være av en hardere lagringsfasthet enn ellers på delstrekningen km 90 290 til 90 750. Dette medførte at Hæhre ikke klarte å få opp massene med det utstyret som ellers var i bruk, og som var beskrevet i det geotekniske notatet («grabb eller lignende»). Massene opplevdes så vidt harde at Hæhres anleggsarbeidere var i tvil om det var tale om masser som skulle opp eller om de hadde nådd fjellbunnen. Hæhre stanset arbeidet i én måned og var i dialog med byggherren om hvordan situasjonen skulle håndteres. Blant annet ble sugemudring og sprengning drøftet, i tillegg til modifisering av det utstyret Hæhre allerede benyttet.

Det er imidlertid omstridt hvor faste massene var og hva fastheten eventuelt skyldtes. At Hæhre selv opplevde massene som harde er i seg selv ikke tilstrekkelig til å sannsynliggjøre verken graden av fasthet, årsaken til fastheten eller hvilken arbeidsmetodikk som skulle til for å få gravd ut massene.

Partene har framlagt sakkyndige vurderinger blant annet fra sivilingeniørene Rømoen fra NGI, Berggren fra GeoFrost, Watn fra NTNU og Brendbekken fra Multiconsult.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å gjengi de faglige vurderingene i sin fulle bredde, ut over det følgende:

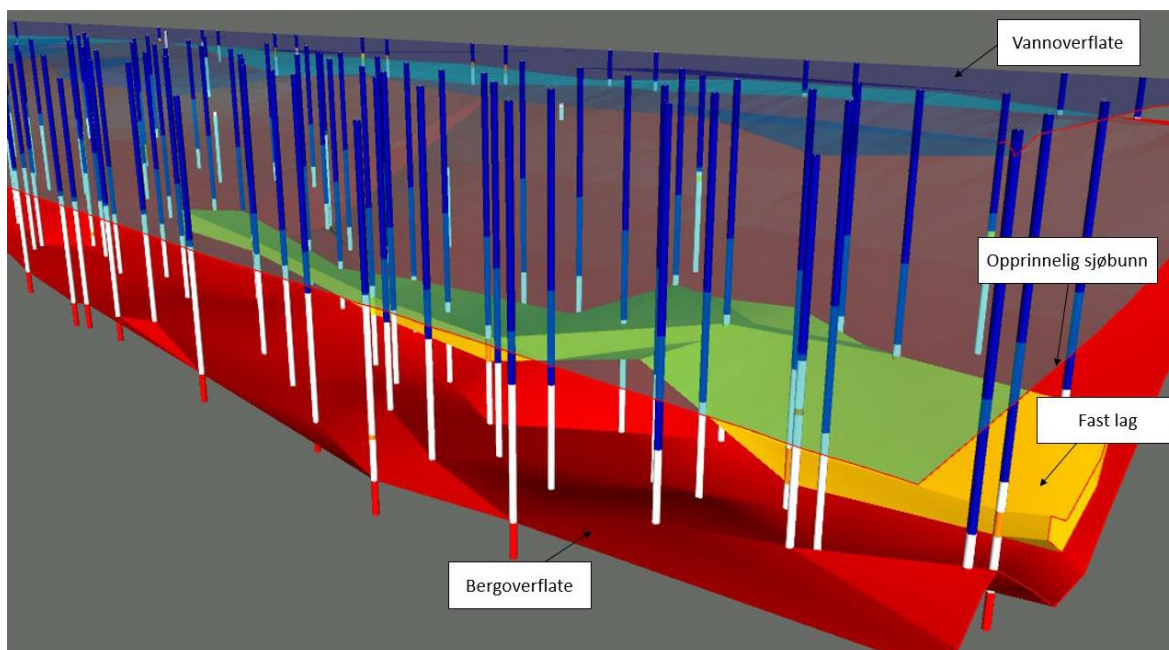
Etter lagmannsretten syn er det sannsynliggjort at massene Hæhre påtraff var harde.

Lagmannsretten viser for sin bevisvurdering særlig til vitnene Watns og Brendbekkens skriftlige rapporter og muntlige forklaringer for lagmannsretten. Watn konkluderte i sin siste rapport fra september 2020 med at senere utførte sonderinger «viser at det stedvis er lag med fastere masser mellom de bløte avsetningene. På enkelte områder viser sonderingene lag med større bormotstand og det er stedvis angitt slag og spyling ved totalsonderingene for å komme gjennom dette laget». Videre heter det i Watns rapport: «Observasjonene fra mudringen tilsier at det stedvis er betydelige lag med fastere masser over de bløte massene og dette har gitt betydelige utfordringer både knyttet til valg av utstyr og framdrift for arbeidene. Etter vår vurdering er utfordringene med mudringen i alle hovedsak knyttet til lag med faste grove masser. Disse massene har det ikke vært mulig å mudre uten spesielle tiltak for å løsgjøre massene før de kunne mudres.»

Brendbekken/Multiconsult har ut fra grunnundersøkelsene foretatt en sammenstilling av resultatene fra utførte totalsonderinger i området ved km 90 290 til km 90 750, og gitt følgende beskrivelse av grunnforholdene langs strekningen:

Det identifiserte faste laget strekker seg fra profil ca. 90.400 til 90.540. Mellom profil ca. 90.460 til 90540 ligger det faste laget relativt horisontalt med en lagtykkelse på ca. 1,5-2 m. Videre sørover fra profil ca. 90.460 til 90.400 danner bergoverflaten en kløft, og i samme området endrer også det faste laget seg til å ligge mer i tilsvarende form som kløften.

Lagmannsretten fikk seg forelagt Multiconsults 3D-modeller av det beregnede faste laget. Fremstilt i 2D ser det beskrevne laget slik ut:



Vitnet Berggren ga i sin forklaring uttrykk for at massene Hæhre påtraff var dilatante – i denne sammenhengen forstått som bløte løsmasser som utvider seg når de møter motstand fordi finstoffet er borte og massene derfor mangler fleksibilitet. Da vil bløte masser oppleves som harde, avhengig av arbeidsmetodikk. Gravekapasiteten ved bruk av grabb vil kunne være liten ved graving av dilatante masser.

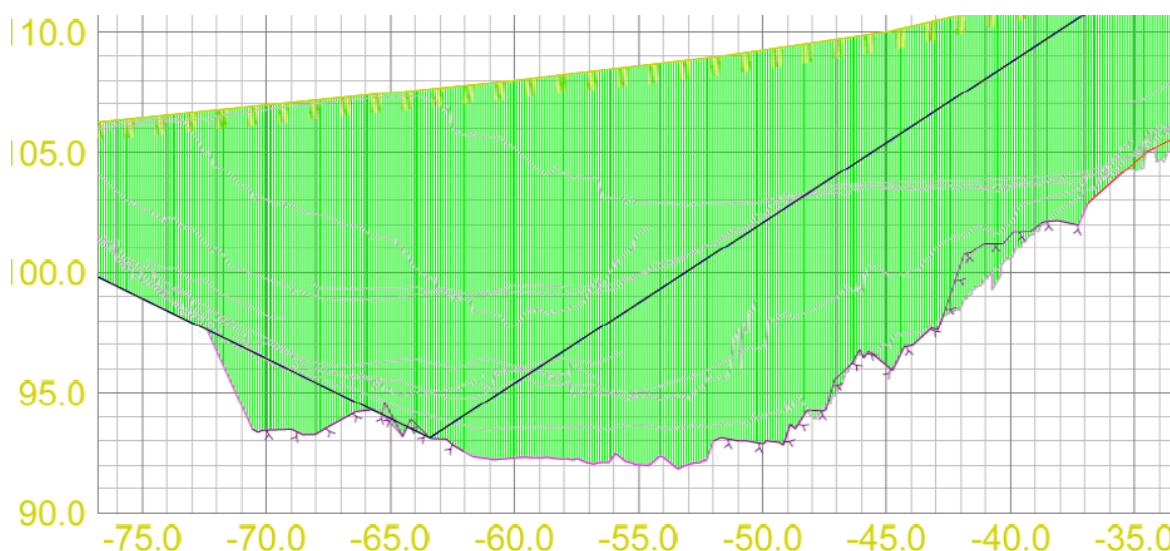
Etter lagmannsrettens syn er det imidlertid ikke sannsynlig at hardheten i massene skyldtes dilatans, heller ikke på den måte Berggren benyttet uttrykket. Som påpekt av Watn i hans rapport var det registrert økt bormotstand og behov for spyling og slag for å penetrere laget ved de supplerende boringene: «Slag og spyling ved boringen og økt bormotstand tilsier at dette ikke er dilatante siltmasser men faste grovere avsetninger.» Han påpeker videre at dersom problemet generelt var dilaterende siltmasser skulle det framkommet kontinuerlig under mudringen, ikke knyttet til et spesifikt lag i et område. I tillegg; dilatante siltmasser lar seg relativt lett sugemudre, men det lot seg ikke gjøre. Lagmannsretten slutter seg til disse vurderingene, og samlet sett finner lagmannsretten det sannsynlig at massenes hardhet ikke skyldtes dilatans, men at massene besto av harde avsetninger.

Lagmannsretten legger videre til grunn Brendbekkens beregning av det harde lagets utbredelse og tykkelse. Riktignok gir beregningene uttrykk for et minimumsomfang, idet de kun er basert på sikre og sammenhengende borpunkter. Det var sannsynligvis også lommer av harde lag utenfor det sammenhengende laget. Det er imidlertid ikke sannsynliggjort et større omfang av betydning, slik at det omregnet i volum utgjorde i overkant av ca. 1 800 m³.

Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at det særlig mellom profil km 90 390 og km 90 490 var en *kløft* som ikke var beskrevet i den geotekniske rapporten, men som viste seg

under senere grunnundersøkelser og under Hæhres mudring. Forsenkningen i berget var fylt med løsmasser som måtte fjernes før fylling ble etablert.

Tverrprofiler av kløften viser at den på sitt dypeste lå på ca. +90,5 m. Figuren nedenfor viser tverrprofilen ved km 90 440. Det grønne feltet viser løsmassene som Hæhre måtte grave ut, mens de rette strekene viser senere etablert fylling og motfylling. Dybden her var ca. +92 m.



Lagmannsretten legger videre til grunn at Hæhre opplevde *masseinntrengning* i byggegrop. Dette rapporterte Hæhre om i månedsrapporter og arbeidsmøter fra august 2013 og videre ut over høsten. Hæhre anga at dette skyldtes strømmer i Mjøsa.

iv) Representerer grunnforholdene et markert avvik?

Harde masser

Ved vurderingen av om det *harde laget* med masser som er beskrevet foran utgjør et markert avvik, har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – lagdommer Heide, ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – er kommet til at dette ikke representerer et slikt markert avvik som kontrakten krever for at byggherren skal ha risikoen for grunnforholdene. Det er da ikke grunnlag for vederlagsjustering eller fristforlengelse.

Flertallet viser først til at Hæhre opprinnelig i KOE 444 gjorde gjeldende at det var en stor økning i volumet masser i Mjøsa – det ble opplyst at økningen var på 20-25 % – og krevde vederlagsjustering blant annet på det grunnlag. Partene har imidlertid senere omforent mengden, ved at Hæhre har fått vederlag for ca. 266 000 m³ med masser fra Mjøsa på de femten delstrekningene samlet sett. Dette er noe mindre enn den mengden kontrakten estimerte (270 000 m³). Det er derfor ikke tale om at mengdene i seg selv var større enn det Hæhre måtte påregne – mengdene utgjør dermed ikke et avvik fra kontraktens mengder.

Kontraktens mengder gjøres opp etter oppmåling og utgjør normalt i seg selv ingen endring.

Flertallet peker videre på at Hæhre allerede ut fra de geotekniske rapportene måtte påregne at det kunne være masser med hardere lagringsfasthet enn «veldig bløte», jf. Flertallets bemerkninger foran. Dette innebærer at det ikke nødvendigvis vil utgjøre et markert avvik fra grunnforholdene slik beskrevet i det geotekniske notatet at det på delstrekningen km 90 290 til km 90 750 ble påtruffet masser med hardere lagringsfasthet. Etter flertallets syn må det riktignok karakteriseres som et «avvik» at det var et samlet lag med en tydelig annen lagringsfasthet enn det det geotekniske notatet anga. Men ved vurderingen av om avviket er «markert» får det betydning at det er knyttet en usikkerhet til angivelsen av massenes lagringsfasthet.

Det omforente totalvolumet på 266 000 m³ innebærer at volumet til det harde laget på i overkant av 1 800 m³ utgjør under 1 % av det samlede utgravde volum i Mjøsa – med andre ord en svært liten andel av det totale utgravingsvolumet. Strekningen det harde laget befant seg på var ca. 140 meter, det vil si under 5 % av strekningen på 3,1 km hvor det skulle etableres fylling for Dovrebanen.

Selv om disse lave prosenttallene ikke i seg selv utelukker at det kan foreligge et markert avvik i kontraktens forstand, gir de etter flertallets syn en pekepinn på den relative betydningen det harde laget hadde for Hæhres samlede arbeid på strekningen. Det er ikke rapportert om avvik fra konkurransegrunnlaget på andre deler av strekningen, slik at flertallet legger til grunn at Hæhres øvrige arbeid forløp i samsvar med Hæhres planlegging – med mulig forbehold for gropa og for masseinntrengning, se nedenfor. Det skal da etter flertallets syn være tale om en markant vanskeligere utførelse på grunn av massenes hardhet enn det Hæhre kunne påregne, før det kan bli tale om et markert avvik.

I det geotekniske notatets punkt 4.1. (også gjengitt ovenfor) var følgende fremgangsmåte beskrevet for å få fjernet de bløte massene:

Mudringen vil først utføres med grabb eller lignende for å fjerne det meste av de bløte massene. Deretter vil man måtte benytte sigemudring som en siste rensk av massene over faste masser/fjell, for å være sikker på at alle bløte masser er fjernet.

Flertallet bemerker at byggherren – gjennom det geotekniske notatet, kontraktens D1-88 og prosessbeskrivelsen – et stykke på vei beskriver arbeidsmetoden som skulle anvendes under arbeidet. Dette får også betydning for vurderingen av om det foreligger et markert avvik: Dersom entreprenøren ikke kan benytte byggherrens prosjekterte fremgangsmåte, vil det lettere bli tale om et markert avvik enn dersom entreprenøren selv har valgt en metodikk som viser seg ikke å fungere godt nok.

Flertallet vil imidlertid igjen vise til den usikkerhet som det geotekniske notatet gir uttrykk for om massenes hardhet. Fremgangsmåten som er beskrevet i notatet gjelder fjerning av bløte masser. Dersom det skulle påtreffes masser med hardere lagringsfasthet, noe notatet gir uttrykk for at er mulig, må andre fremgangsmåter kunne påregnes.

Flertallet viser også til at byggherren i det geotekniske notatet ikke helt bastant fastsetter arbeidsmetodikken: Utførelse med «grabb eller lignende» åpner for annen utførelse – også slik at utførelsen må tilpasses stedlige forhold. I kontraktens prosesser 25.7121 flg. er det på tilsvarende måte beskrevet graving under vann «med grabb, gravemaskin e.l.». Det er derfor ikke slik at arbeidsmetodikken var ferdig prosjektert fra byggherrens side. Entreprenøren måtte foreta selvstendige valg, selv om det geotekniske notatet og kontrakten danner en viss ramme omkring hvilke metoder som kunne påregnes, jf. «eller lignende». Det er flertallets syn at dette også medfører at Hæhre måtte påregne at forskjellig utstyr kunne være nødvendig avhengig av massene.

Kontrakten inneholder dessuten prosesser for sugemudring, som riktignok krevde byggherrens godkjenning. Flertallet nevner her at den ikke kan se holdepunkter for at byggherren har nektet bruk av sugemudring, slik blant annet partsvitnet Harstad forklarte. Riktignok medfører sugemudring visse miljømessige utfordringer, men etter flertallets syn har ikke byggherren vært avvisende til dette. I arbeidsmøte i slutten av november 2013 ble sugemudring diskutert. Hæhre fikk ansvaret for å undersøke alternativ løsning for å unngå eller redusere omfanget av sugemudring. Dette kan ikke forstås som en avvisning, men kun en oppfordring til Hæhre om å vurdere andre løsninger. Hæhres misforståelse på dette punkt er Hæhres risiko, og merarbeidet denne misforståelsen medførte, må trekkes ut av de eventuelle merkostnader som skal være påløpt.

I byggherrens svar i slutten av desember 2013 til KOE 194, skriver byggherren: «At sugemudring ikke lenger er aktuelt er entreprenørens konklusjon. Om forholdene legges til rette for det kan sugemudring fortsatt være aktuell renskemetode». Tilsvarende opplyste byggherren i sær møte tidlig i januar 2014 – etter at Hæhre hadde stanset arbeidet i én måneds tid – at han aldri har vært avvisende til sugemudring, og at byggherren er åpen for dette. At byggherren ville være restriktiv med bruk av sugemudring fremstår slik sett som Hæhres subjektive oppfattelse snarere enn basert på byggherrens uttalelser.

Sugemudring var riktignok en arbeidsprosess som i utgangspunktet skulle benyttes til fjerning av de resterende masser over fjell, etter at størstedelen av massene var fjernet med «grabb eller lignende». Etter flertallets syn må det likevel legges til grunn at sugemudring hele tiden var en alternativ utførelse som var tilgjengelig for Hæhre. Noen mobilisering av utstyr var derfor ikke nødvendig.

Hæhre hadde i sitt tilbud redegjort for de gravemaskiner de skulle stille med under arbeidet – en Hitachi CX 850 (100 tonn) med påmontert teleskopgrabb og en Hitachi 870 (100

tonn) med påmontert langt graveutstyr. Hæhre valgte imidlertid i august 2012 å anskaffe en beltegående fagverkskran med grabb som erstatning for Hitachi CX 850. Flertallet legger til grunn at Hæhre frem til november/desember 2013 fikk mudret uten å støte på nevneverdige vanskeligheter på grunn av massenes lagringsfasthet, og at utstyret Hæhre stilte med var egnet for dette arbeidet. Riktignok opplyste Hæhre i arbeidsmøte i august 2013 at entreprenøren hadde påtruffet et fast lag, men noen konsekvenser for driften ble det ikke rapportert om før i slutten av november 2013. Verken i månedsrapportene for august, september, oktober eller november 2013 rapporterte Hæhre om harde masser.

Det var på dette tidspunktet – høsten 2013 – Hæhre påtraff de harde massene som gjorde gravingen vanskelig. Flertallet legger til grunn at dette skyldtes at det faste laget sannsynligvis besto av grovere masser som var vanskelige å mudre uten at de ble mekanisk løsgjort, jf. også vitnet Watns rapport.

Flertallet merker seg at Hæhre i særmøtet i januar 2014 beklaget stansen av arbeidet i desember 2013. Dette må antakelig forstås som en erkjennelse av at det ikke var grunnlag for stansen. Det er etter flertallets syn – særlig på grunn av Hæhres beklagelse – ikke sannsynliggjort at det før arbeidet ble tatt opp igjen i januar 2014 påløp ekstra kostnader på grunn av det harde laget. Stansen er slik sett Hæhres egen risiko. Som nevnt er det ikke grunnlag for at byggherren avviste sugemudring, slik at dette kunne vært benyttet også før januar 2014.

Det ble deretter etablert en løsning fra januar 2014 med sugemudring slik at massene ble perforert, fra slutten av mai også i kombinasjon med grabbing. Arbeidet pågikk frem til august 2014, da de siste massene ble fjernet. Etter flertallets syn hadde derfor Hæhre for hånden det utstyr og den metodikk som var nødvendig for å få massene fjernet allerede da Hæhre stanset arbeidet.

Flertallet finner det imidlertid ikke tvilsomt at det var mer arbeidskrevende å fjerne det harde laget med sugemudring (eventuelt sammen med grabb), enn ved bruk av de maskiner som ellers ble benyttet. Det må legges til grunn at arbeidet tok lenger tid enn det ellers ville gjort fordi kapasiteten ved sugemudring er lavere enn ved ordinær grabbing. Det er for flertallet likevel vanskelig å konkretisere hvor mye mer utfordrende arbeidet ble, og hvilke merkostnader som kan tilbakeføres til det harde laget. Allerede før sugemudringen tok til hadde utgravingsvolumet minket betraktelig, fra ca. 23 000 pfm³ pr. måned i perioden fram til mai 2013 til i underkant av 8 000 pfm³ pr. måned i neste periode fram til januar 2014. I tiden etter januar 2014 sank utgravingsvolumet ytterligere, til ca. 4 400 pfm³ pr. måned, selv om det ble arbeidet døgnekontinuerlig. Det er vanskelig ut fra dette å anse det sannsynlig at nedgangen i kapasitet hadde hovedsakelig bakgrunn i massenes lagringsfasthet.

I dette bildet høres at Hæhre under arbeidets gang ga nokså positive tilbakemeldinger på fremdriften. I arbeidsmøtene fra januar 2014 uttaler Hæhre seg ved flere tilfeller om god arbeidskapasitet ved bruk av sugemudring og langt tidligere ferdigstilling enn det som faktisk ble tilfelle. Tidsnære bevis kan derfor tyde på at arbeidet i alle fall tidvis skred tilfredsstillende fram. Mens arbeidet pågikk rapporterte Hæhre imidlertid om vanskeligheter underveis, blant annet ved at større steiner/blokker satte seg fast i sugemudringsutstyret. Anslått ferdigstillelsesdato ble derfor forskjøvet ved flere anledninger.

Til dette kommer også at Hæhre underveis foretok viktige selvstendige valg om utførelsen, også etter at byggherren hadde spurt om konkrete løsninger ville være hensiktsmessige. Eksempelvis spurte byggherren i arbeidsmøte i februar 2014 om det ville være «mer effektivt å grabbe de store mengdene først og deretter sugemudre for sluttrensken». Til dette svarte Hæhre at dette ikke vil være mer effektivt fordi bytte av utstyr tar tid. I arbeidsmøter i mai 2014 spurte byggherren om det kunne brukes grabbing i stedet for sugemudring, og om sugemudring og grabbing kunne pågå parallelt. For flertallet fremstår det sannsynlig at en kombinasjon av grabbing og sugemudring ga større kapasitet enn kun sugemudringen, og at denne metoden kunne ha vært igangsatt uhindret av eksempelvis frost langt tidligere enn i slutten av mai, da den faktisk ble tatt i bruk.

Flertallet viser også til at Hæhre erstattet den Hitachi CX 850 gravemaskinen som var oppgitt i Hæhres tilbud med en fagverkskran. Flertallet kan ikke se bort fra muligheten for at dette valget kan ha hatt betydning for gravekapasiteten når det harde laget ble påtruffet. Selv om det ikke er sannsynlig av massene var dilatante, er det flertallets syn at en fagverkskran er mindre egnet til å løsne faste masser. Hæhres valg av utstyr fremstår dermed å ha hatt vesentlig betydning for effektiviteten. Selv om byggherren ikke fremmet innvendinger mot entreprenørens valg av utstyr, lå det innenfor entreprenørens risiko.

Hæhre har i KOE 444, som lagmannsretten kommer nærmere tilbake til nedenfor, krevd ca. 3,3 mill. kroner for fase 3 – det vil si tiden fra januar 2014. I tillegg kommer eventuelt vederlag dersom lagmannsretten finner at det er grunnlag for en lavere timepris enn 7 500 kroner for prosess 25.7124. Som det beskrives i Hæhres vedlegg til KOE 444, er kravet begrunnet i følgende forhold:

Geotekniske og topografiske forhold på bunnen

- *Større dyp og dermed økt gravevolum*
- *Masseinntrengning inn i byggegropa etter at grabbing er utført*
- *Omfang av harde masser er betydelig økt*
- *Det ble krevet at harde masser ble fjernet ned til fjell*

Dette innebærer at de harde massene bare er en del av årsaken til det Hæhre hevder er en fordyret utførelse, og til den kostnadmessige beregningen av fordyrelsen. Flertallet har

ikke særlig grunnlag for å fordele disse påståtte merkostnadene på annen måte enn en tredjedel hver på i) større dyp, ii) masseinntrengning og iii) harde masser. Etter flertallets syn medfører disse kostnadene ikke at det harde laget kan anses som et markert avvik, når det tas i betraktning at det geotekniske notatet beskrev en viss usikkerhet omkring grunnforholdene og at Hæhre selv valgte utførelsesmetode etter at det harde laget var påtruffet.

Det følger av dette at det er flertallets syn at slik kontrakten – herunder det geotekniske notatet – er utformet, har byggherren ikke påtatt seg risikoen for at mudringsarbeidene kunne gjennomføres ved bruk av grabb. Kontrakten kan ikke forstås som en endelig prosjektering av arbeidet. Både usikkerheten knyttet til grunnforholdene og den løse formuleringen av metodikk («eller lignende») ga entreprenøren en viss frihet til å velge gjennomføringsmetodikk. Hæhre traff da også valg underveis om hvordan arbeidet skulle skje, blant annet fravek Hæhre det innmeldte graveutstyret og avslo forespørsler om å bruke grabb sammen med sugemudring.

Mindretallet – førstelagsmann Sollie og meddommer Henriksen – er kommet til at det harde laget utgjør et *markert avvik*, og at byggherren bærer risikoen for merkostnader og fristforlengelse dette avviket medfører.

Mindretallet viser først til at det ikke er avgjørende at massene det her er tale om, utgjør en mindre del av det samlede utgravingsvolumet. Etter mindretallets syn medførte de harde massene at utgraving av den samlede strekningen ble vesentlig mer krevende og mindre rasjonelt enn det Hæhre kunne påregne ut fra det geotekniske notatet. Den metode som var beskrevet i den aktuelle prosessen, kunne ikke benyttes.

Det er på det rene at Hæhre brukte vesentlig lengre tid på utgravingen enn entreprenøren hadde forutsatt. Forskjellen mellom entreprenørens planlagte drift og den virkelige driften avgjør riktignok ikke nødvendigvis om det har påløpt ekstra kostnader for entreprenøren. Det er likevel mindretallets syn at Hæhres planlagte drift var godt i samsvar med grunnforholdene slik beskrevet i det geotekniske notatet og som Hæhre kunne påregne. Den forsinkelsen som inntraff kan i overveiende grad tilskrives massene med hardere lagringsfasthet.

Byggherren hadde beskrevet både i det geotekniske notatet og i kontrakten at massene – bortsett fra den siste rensk – skulle fjernes med grabb eller lignende. Det var også utarbeidet tegninger som viste den beskrevne utførelse. Etter mindretallets syn setter dette klare rammer for hvilken metodikk som skulle anvendes – det var tale om grabb eller lignende graveredskap. Sugemudring for å løse opp det faste laget faller klart utenfor.

Når byggherren hadde prosjektert løsningen, har han risikoen for at den er gjennomførbar. Når den viste seg ikke å være gjennomførbar, fordi løsmassene var hardere enn

anbudsgrunnlaget ga grunnlag for å forvente, står man klart nok foran et avvik mellom kontraktens beskrivelser og de virkelige forhold.

Metodikken Hæhre i stedet tok i bruk var en adekvat og god løsning for å få opp de harde massene. Det er ikke sannsynliggjort at andre arbeidsmåter ville ført til mer effektiv drift. Det er imidlertid ikke tvilsomt at kapasiteten på den metodikken Hæhre tok i bruk var vesentlig lavere enn den metodikken som byggherren hadde prosjektert. Hæhre fakturerte etter januar 2014 for utgraving av kun en femtedel av det volumet entreprenøren hadde fakturert for ett år tidligere. Dette viser hvor mye mer krevende arbeidet var.

Hæhres totale kostnader økte derfor – både regnet i kroner og regnet i tid. Hæhre har beskrevet merarbeidet både i tidsnære dokumenter og i vitneforklaringer for lagmannsretten. Etter mindretallets syn er det sannsynliggjort at de harde massene medførte vesentlig større kostnader enn det Hæhre kunne påregne, det vil si et markert avvik. Dette utgjør derfor et byggherreforhold som gir Hæhre krav på vederlagsjustering og fristforlengelse.

Byggegrøp/kløft

Ved vurderingen av om kløften som er beskrevet foran under iii) utgjør et markert avvik har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – førstelagmann Sollie, lagdommer Heide, ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – finner at kløften ikke utgjør et markert avvik. Flertallet viser til at Hæhre ikke kunne påregne jevn helning på fjellet under sjøbunnen, eller at helningen ikke var brattere enn 1:3. Det dypeste punktet på kløften var ikke dypere enn det som fremgikk av det geotekniske notatet. Dette innebærer at kløften ikke kan ses på som et avvik fra det påregnelige, og det er ikke nødvendig å kvantifisere ytterligere omfanget av det arbeid Hæhre måtte gjennomføre for å grave ut i kløften.

Kløften knyttet seg kun til om lag 100 meter av den samlede strekningen på ca. 3 km og bunnivået lå ikke lavere enn angitt forventet gravenivå. Kløftens bunn var dessuten bred nok til at det var fullt mulig å benytte grabb til utgraving, som prosjektert. Etter flertallets syn er det ikke sannsynliggjort at kløften gjorde arbeidet vanskeligere eller mer tidkrevende enn det Hæhre måtte forvente ut fra anbudsgrunnlaget.

Mindretallet – meddommer Henriksen – er av den oppfatning at Hæhre ikke kunne påregne en kløft av den topografi som er beskrevet foran. Både helningsgraden, det ujevne fallet, dybden og utgravingsvolumet utgjør derfor et avvik fra det Hæhre kunne påregne. Avviket må karakteriseres som markert.

Årsaken til at gropa ikke var beskrevet i anbudsgrunnlaget var byggherrens/NGIs mangelfulle geotekniske undersøkelser, jf. at det bare ble gjennomført sju sonderboringer.

Kløfta ble som nevnt avdekket i forbindelse med utførte boringer etter signert kontrakt. I en grop/kløft vil en få større avsetninger av harde masser over berggrunnen, slik også sakkyndig vitne Watn forklarte.

Mindretallet mener at kløften gjør gravearbeidet vanskeligere og mer tidkrevende. Den bratte helningen medførte betydelige vansker med bruk av det mudringsutstyret som byggherren hadde prosjektert. Dette gjelder både på grunn av kløftens geometri og på grunn av løsmassenes sammensetning i en kløft av denne typen. Mindretallet deler vitnet Watns vurdering i sin skriftlige rapport, der det heter at det samlet sett «innebærer en slik forsenking i bergoverflaten betydelige utfordringer i forhold til gjennomføring av mudringsarbeider, uavhengig av hvilket utstyr som blir benyttet. I tillegg vil den økte dybden av mudringen også medføre økte stabilitetsproblemer til sidene og lett medføre innrasing av løsmasser fra sidene inn mot det dypere partiet.»

Mindretallet kan ikke se at det kan rettes innvendinger mot Hæhres utførelse. Hæhre anvendte adekvat og effektivt utstyr, men til tross for det, var arbeidet særlig tid- og ressurskrevende.

Masseinntrengning

En samlet lagmannsrett kan ikke se at Hæhre ut fra de geotekniske rapportene eller konkurransegrunnlaget for øvrig kunne forvente andre grunnforhold enn de faktiske. Det er etter lagmannsrettens syn påregnelig at masser siger inn i grøft under graving under vann, og det er ikke sannsynliggjort at innsiget var større enn det som kunne påregnes. Den massen som seg inn skulle uansett fjernes, og innsiget medførte ikke noen vanskeligere utførelse med å fjerne massene.

Lagmannsretten viser til og slutter seg til NGIs vurdering, som ble viderebrakt i arbeidsmøte november 2013: «NGI har sett litt på hva man kan forvente seg av tilbakesig ut fra omfanget på gravingen og strømmingen i Mjøsa, sett i forhold til erfaringsdata på erosjon/transport/sedimentasjon gitt i NVEs vassdragshåndbok. Ut fra dette virker det mer trolig at massene som legger seg over de utgravde områdene kommer fra nedrast gravskråning mot vest og nord/sør, enn massetransport fra Mjøsa. Disse massene skal fjernes før tilbakefyllingen kan begynne.»

Lagmannsretten bemerker til slutt – for alle tre påståtte avvik i grunnforholdene – at den ikke kan se at byggherren har brutt sin opplysningsplikt. Byggherren satt ikke på andre relevante opplysninger enn det som har blitt delt med Hæhre om grunnforholdene. Lagmannsretten bemerker særskilt at det ikke er holdepunkter for at bruløsningen ble lansert fordi byggherren hadde informasjon om større usikkerhet rundt grunnforholdene enn det som fremgikk av det geotekniske notatet.

5.2. Endret deponeringsløsning

5.2.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Kontrakten inngått 2. mai 2012 forutsatte at løsmassene skulle deponeres i Mjøsa. Kontrakten inneholdt derfor ulike prosesser for dette arbeidet. Byggherren fikk imidlertid ikke Fylkesmannens tillatelse til slik deponering, og få dager etter kontraktsinngåelsen – 8. mai 2012 – ble deponeringsløsningen endret til landdeponering. Arbeidet er gjort opp i flere ulike endringsordre, men Hæhre fremmet i november 2014 i KOE 444 krav om vederlag blant annet for forsinkelse den endrede deponeringsløsningen skal ha medført, og som ikke var oppgjort i de tidligere endringsordrene. KOE 444 inkluderte i tillegg andre, ikke oppgjorte krav om endringsordre.

Partene er enige om at endret deponeringsløsning er et byggherreforhold, men er uenige om konsekvensene av endringen er gjort opp. Hæhre anfører at den endrede deponeringsløsningen fikk andre konsekvenser for entreprisen enn dem som er gjort opp: Dels ved stansen i arbeidene som følge av flom våren 2013, dels for behovet for mellomlagring.

Hæhres krav om vederlag for forsinkelse på grunn av endret deponeringsløsning er også opptatt i KOE 550, som lagmannsretten behandler nedenfor under punkt 8.

5.2.2. *Partenes anførsler i hovedtrekk*

i) **Hæhre**

Ved tolkningen av de endringsordrer som er utstedt, må det tas utgangspunkt i ordlyden. Det fremgår i alle de relevante endringsordrer at det er utarbeidet en ny prosess for avregning av en endret arbeidsoperasjon som følge av den nye deponeringsløsningen, eller ytt vederlag for et konkret arbeid. Prisen som er avtalt knytter seg derfor til konkrete arbeidsoperasjoner, og det er ikke holdepunkter for at avledede konsekvenser er inkludert. Slike konsekvenser var ikke tema under forhandlingene.

Ingen av partene var på tidspunktet for endringsordrene klar over hvilke konsekvenser endringene ville få. Det ville være unaturlig å regulere inn vederlag for en ukjent konsekvens – i tilfelle måtte dette fremgått uttrykkelig. Det er heller ikke naturlig å regulere fremdriftskonsekvenser i oppgjør for konkrete arbeider, og byggherren har heller ikke lagt til grunn at fremdriftskonsekvensene er oppgjort. En eventuell uklarhet om dette må tolkes mot byggherren.

Hæhre varslet tidlig om forsinkelse som følge av endret deponeringsløsning. Fram til åpningen av deponiet Almenningen 2 var arbeidene vesentlig mindre effektive enn byggherren hadde angitt, noe omfanget av utgravde masser viser. Forsinkelsen var på 13 uker på dette tidspunkt. Etter åpningen av Almenningen 2 iverksatte Hæhre tiltak, men klarte ikke å ta inn forsinkelsen, blant annet på grunn av flom i Mjøsa, som var lenge

islagt. Som følge av forsinkelsen måtte Hæhre mellomlagre en betydelig mengde sprengstein, og Hæhre ble berørt av flommen våren 2013.

Byggherren har brutt opplysningsplikten ved ikke å informere om at det var usikkerhet knyttet til om deponering i Mjøsa lot seg gjennomføre. Dersom Hæhre hadde vært kjent med dette, måtte Hæhre priset inn blant annet mellomlager. Den endrede deponeringsløsningen har hatt stor betydning for Hæhres kostnader.

ii) Byggherren

Selv om endret deponeringsløsning har vært et tungt tema fra Hæhres side under ankeforhandlingen, var det i liten grad tema i krav om endringsordre tilknyttet Mjøsa underveis. Flommen våren 2013 ble verken nevnt i KOEene som ble fremsatt våren 2013 eller i KOEene som Hæhre fremmet før jul i 2013. Hæhres partsvitne Smetbak forklarte at endret deponeringsløsning ikke var sentral i KOE 444.

Konsekvensene av den endrede deponeringsløsningen ble løst i seks endringsordre i samsvar med tilbud fra Hæhre. Partene var da enige om at endringene ikke hadde fremdriftskonsekvenser.

5.2.3. Lagmannsrettens vurdering

Det er ingen tvil om – og heller ikke bestridt – at endringen av deponeringsløsning er et byggherreforhold som kan utløse krav på fristforlengelse eller vederlag for de merkostnader som endringen eventuelt medfører. Spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til, er om endringen av deponeringsløsning er kompensert for gjennom de endringsordre partene har avtalt.

Det ble utstedt seks endringsordrer som følge av den endrede deponeringsløsningen:

- EO 012 - ny spesiell beskrivelse på eksisterende prosess: 25.7125. Graving under vann med maskiner på land, med deponering av løsmassene med dumper
- EO 013 - ny prosess: 25.91 Opplasting av løsmasser fra mellomlager ved Mjøsa
- EO 014 - ny prosess: 25.39 Transport av løsmasser fra deponi Mjøsa til deponi Tangen
- EO 015 - Ny prosess: 25.391 Transport fra mellomlager til ferdig deponi Almenningen2.
- EO 042 - klargjøring av deponi Tangen for mottak av bløte masser fra Dovrebanen
- EO 044 - etablering av nytt deponi Almenningen 2

Lagmannsretten legger til grunn at disse endringsordrene til sammen dekket det arbeid som var nødvendig for å etablere landdeponi i stedet for sjødeponi. Netto samlet estimert priskonsekvens for disse endringsordrene ble angitt å være 51,1 mill. kroner. Det er opplyst at Hæhre fikk utbetalt 66 mill. kroner for denne deponeringen.

Lagmannsretten viser videre til at det på alle endringsordrene er tilføyd «Ingen» på spørsmål om fremdriftskonsekvens. Dessuten er det kryssset av på spørsmål om vederlagskonsekvens at endringen dels skal gjøres opp med justering av kontraktens enhetspriser, dels med nye priser. Det er ikke kryssset av på rubrikken for vederlagskonsekvens «Ikke avklart, byggherren avventer entreprenørens spesifikasjon».

Endringsordrene kan etter lagmannsrettens syn ikke tolkes slik at vederlaget som avtales er avgrenset til å dekke det direkte arbeidet som fremgår av ordren. Det fremgår eksplisitt av endringsordrene et spørsmål om endringene har andre konsekvenser enn de direkte, gjennom spørsmålet om fremdriftskonsekvenser. Slik lagmannsretten leser endringsordrene, fremgår det riktignok ikke eksplisitt at endringsordrenes regulering av fremdriftskonsekvenser også gjelder konsekvenser ut over de direkte endringsarbeidene, men heller ikke at det motsatte gjelder. Det gir etter lagmannsrettens oppfatning begrenset mening i å avgrense rekkevidden av «Ingen» bare til selve endringsarbeidet. I de tilfelle endringsarbeidene innebar et tillegg utover kontrakten, må det antas at det omforente vederlaget gjenspeiler en forutsetning om at fremdriften overholdes. Endringsarbeidene var i flere tilfelle allerede utført da ordren ble signert og konsekvenser utover selve endringsarbeidene måtte forutsettes å være kjent.

Lagmannsretten kan derfor ikke forstå endringsordrene annerledes enn at det var Hæhres og byggherrens felles vurdering at endringene ikke medførte andre konsekvenser enn dem som ble kompensert for i endringsordrene. Hæhre hadde foranledning gjennom mulighetene for å krysse av på endringsordren til å ta stilling til – eventuelt ta forbehold for – at endringene hadde andre konsekvenser. Når Hæhre ikke benyttet denne anledningen, foreligger det et tungtveiende tidsnært bevis for at konsekvensene av endringen fullt ut var kompensert gjennom endringsordrene.

Hæhre har vist til at det ikke var klarlagt på tidspunktet for endringsordrene hvilke andre konsekvenser endringene eventuelt ville få, og at det ikke var naturlig å ta med ukjente konsekvenser man prøvde å unngå. Hæhre hadde imidlertid anledning til – og oppfordring til – å ta forbehold for slike ukjente fremtidige konsekvenser, gjennom endringsordrens eksplisitte spørsmål om konsekvensene var uavklarte. Heller ikke på dette punkt har Hæhre på noen av endringsordrene kryssset av. Også dette er etter lagmannsrettens syn et tungtveiende tidsnært bevis for at konsekvensene av endringene var fullt kompensert for gjennom endringsordrene – også en eventuell usikkerhet om fremdriften.

Lagmannsretten peker i denne forbindelsen på at det blant annet fremgår av Hæhres månedsrapport for oktober 2012 at man da jobbet for å redusere de framdriftsmessige konsekvensene av den endrede deponiløsningen, men at virkningen av tiltakene var usikker. Endringsordrene knyttet til landdeponering ble utferdiget fra 1. november 2012, altså etter at tiltak for å redusere konsekvensene var iverksatt. At endringen potensielt

kunne få fremdriftsmessige konsekvenser var derfor klart for Hæhre da entreprenøren signerte endringsordrene. Lagmannsretten kan da ikke forstå endringsordrene på en annen måte enn at Hæhre her avga en viljeserklæring om at alle eventuelle konsekvenser av endringene var oppgjort.

Hæhre gjør videre gjeldende at entreprenøren pr. november var forsinket sammenlignet med Hæhres tilbudsplan, og sammenlignet med prosjektstyringsbasis (PSB) fra juni 2012. Så sent som i slutten av januar 2013 hadde imidlertid Hæhre undertegnet den siste av endringsordrene knyttet til landdeponeringsløsningen. Heller ikke på dette tidspunktet er det markert for fremdriftskonsekvenser eller for uavklarte konsekvenser. Lagmannsretten kan ikke se at det senere oppsto ytterligere konsekvenser som ikke var påregnelige for Hæhre da endringsordrene ble utferdiget – heller ikke at arbeidet ble påvirket av at Mjøsa var islagt lengre tid enn vanlig eller at arbeidet ble påvirket av vårflom. Begge disse forholdene burde Hæhre ha tatt i betraktning da deponeringsløsningen ble endret. Lagmannsretten nevner at samme dag som Hæhre undertegnet EO 044, 29. januar 2013, opplyste Hæhre i arbeidsmøte om utfordringer med is på Mjøsa og utsettelse av arbeid som følge av dette. Likevel krysset ikke Hæhre av for fremdriftskonsekvenser eller uavklarte konsekvenser på endringsordren samme dag.

Lagmannsretten kan ikke se det annerledes enn at endringsordren er utformet nettopp for å sikre felles forståelse av hvilke konsekvenser endringsordren har og hva vederlaget dekker. Partenes forutsetninger for prisingen må fremgå – og når Hæhre i seks endringsordre over en periode på flere måneder aktivt opplyser at endringen ikke har fremdriftskonsekvenser og heller ikke benytter anledningen til å ta forbehold, har ikke Hæhre sannsynliggjort at det faktisk har vært andre konsekvenser som ikke er gjort opp for.

Etter lagmannsrettens syn kan resultatet ikke bli annerledes dersom kravet begrunnes i byggherrens opplysningssvikt. Lagmannsretten er riktignok enig med Hæhre i at byggherren ikke har overholdt sin opplysningsplikt når han ikke opplyste om at det var usikkert om fylkesmannen ville gi godkjenning av deponeringsløsningen, eller i det minste at fylkesmannen ennå ikke hadde godkjent løsningen.

For at dette skal utløse ytterligere vederlag må Hæhre imidlertid sannsynliggjøre at Hæhre ville priset sitt tilbud annerledes dersom denne usikkerheten var kjent. Lagmannsretten kan ikke se at det er tilfelle. Hæhre har fått tilleggsvederlag i samsvar med de endringsordre som ble utstedt, etter avtale om pris mellom byggherre og entreprenør. Hæhre har samtidig – som vist foran – uttrykt at endringsarbeidet ikke hadde fremdriftskonsekvenser eller uavklarte konsekvenser. Lagmannsretten kan da ikke se at Hæhre har sannsynliggjort at entreprenøren ville ha priset arbeidet annerledes – ut over det vederlaget som er ytt – dersom opplysningen om usikkerhet var gitt videre til Hæhre.

5.3. KOE 444

5.3.1. *Bakgrunnen for tvisten*

KOE 444 består av fem delkrav – tre krav fordelt på tre ulike faser i arbeidet fra september 2012 til august 2014, i tillegg til krav på rigg og drift og på lønns- og prisstigning.

Hæhres krav for fase 1 beløper seg – etter justering for lagmannsretten – til 5 261 000 kroner, fordelt på 1 881 000 kroner for rensk av fjell med gravemaskin i stedet for bruk av sugemudring og 3 380 000 kroner for dokumentasjon for utgravd fjell.

Hæhres krav i fase 2 beløper seg til 10 308 619 kroner, mens kravet i fase 3 er på 3 273 950 kroner. Begge kravene er fremmet på bakgrunn av at arbeidene med utgraving og fylling skal ha blitt mer tidkrevende og ressurskrevende enn forutsatt.

Hæhre har krevd 7 926 345 kroner for at arbeidsperioden skal ha blitt forlenget og det ble gjennomført døgndrift i lange perioder. Til sist har Hæhre krevd 1 031 203 kroner for lønns- og prisstigning på grunn av senere utførelse av arbeidene på grunn av påståtte byggherreforhold.

Til sammen er kravene under KOE 444 beregnet av Hæhre etter justeringer er på 27 627 799 kroner, hvorav byggherren har akseptert 225 000 kroner. Det omtvistede beløp er dermed på 27 402 799 kroner. .

5.3.2. *Partenes anførsler i hovedtrekk*

i) **Hæhre**

Fase 1: Kontrakten la opp til at rensk av fjell skulle utføres med sugemudring, som skulle avregnes etter timer. Fylkesmannens tillatelse satte imidlertid klare begrensninger på bruken av sugemudring. Ut fra byggherrens ønske ble arbeidet i stedet utført med gravemaskin, i samsvar med kravene i kontrakten. Arbeidet skal avregnes ut fra en mengde på 57 000 m², med en enhetspris på 33 kroner, i samsvar med kontraktens prosess for rensk på land i nøyaktighetsklasse 1. Dette var et møysommelig og tidkrevende arbeid der resten av entreprenørens apparat sto.

Ingen av kontraktens prosesser for dokumentasjon av utgravd fjell lot seg gjennomføre. Partene ble derfor enige om å bruke gravemaskin med GPS for å foreta dette arbeidet. Dette var også et møysommelig og tidkrevende arbeid, der resten av driftsapparatet sto mens arbeidet foregikk. Kravet er beregnet ut fra dokumentasjon av gravearbeidet og utarbeidelse av tverrprofiler.

Fase 2: Kravet gjelder den samlede virkningen av byggherreforhold i perioden. Utgravingen i Mjøsa besto av en rekke tidsavhengige kostnader. På grunn av endret deponeringsløsning ble man ikke ferdig med arbeidet før flommen våren 2013. Det var også redusert kapasitet i august-oktober 2013 på grunn av masseøkning i dypt område fra

land, mye faste masser og masseinntrengning. I perioden november 2013 til januar 2014 var det tilnærmet stopp i uttaket som følge av faste/harde masser. Kravet er basert på en angivelse av de tidsavhengige kostnadene med fradrag for inntektene i perioden.

Fase 3: Kravet er basert på samme måte som under fase 2. Hæhre måtte i denne perioden ha driftsapparatet tilgjengelig på anlegget, og fikk minimal inntjening på opplasting og transport, på grunn av massenes beskaffenhet og bruken av sugemudring.

Kravene for rigg og drift og for lønns- og prisstigning er direkte tidsrelaterte kostnader, som kan utmåles forholdsmessig.

ii) Byggherren

Hæhre har ikke anført noe grunnlag for å fravike kontrakten, og har heller ikke krav på kostnadsdekning. Det vil eventuelt kun være aktuelt med justering av enhetspriser. Det er ikke fremlagt dokumentasjon for regningsarbeid. Det var dessuten enighet mellom partene i EO 268 at forlenget delfrist 6 ikke skulle gi grunnlag for krav på kompensasjon.

Fase 1: Det var Hæhres eget valg ikke å benytte sugemudring. Hæhre har dessuten fått betalt for fjerning av massene. Uansett skal Hæhre kun få betalt for nøyaktighetsklasse 2, da det ikke ble utført fullstendig rensk. For dokumentasjonen av utgravd fjell er partene enige om at Hæhre skal ha betalt, men er uenige om utmålingen. Byggherren har akseptert 225 000 kroner, og i tillegg har Hæhre fått betalt for oppmåling. Det er ikke riktig å bruke timepris på 5 000 kroner, i tillegg fremstår timeantallet høyt.

Fase 2 og 3: Kravet og Hæhres tilnærming til kravet bestrides. Når det gjelder rigg og drift, skal det – dersom Hæhre gis medhold i kravet – ikke utmåles som et vederlag for ukontrollert rigg og drift, men gjennom justering av enhetspriser. Hæhres krav på rigg og drift, samt kravet for lønns- og prisstigning, er allerede oppgjort gjennom EO 268.

5.3.3. Lagmannsrettens vurdering

I samsvar med det lagmannsrettens flertall har kommet fram til foran, legges det i det følgende til grunn at verken grunnforholdene eller deponeringsløsningen gir grunnlag for kravene under KOE 444.

i) Fase 1

Fjellrensk under vann

Om fjellrensk under vann har tingretten bemerkt:

Kontrakten har ingen prosess for fjellrensk under vann. I NGI-rapporten under pkt. 4.1 om mudring (W 2035) er det beskrevet at man vil «måtte benytte sugemudring som en siste rensk av faste masser/fjell, for å være sikker på at alle bløte masser er fjernet». I kontrakten er det to prosesser for sugemudring (prosess 25.7123 og

prosess 25.7124). På grunn av Fylkesmannens avslag på søknaden om å deponere løsmasser i Mjøsa og de vilkårene som for øvrig stilles i vedtaket, gir ingen av beskrivelsene under sugemudringsprosessene en helt sammenfallende beskrivelse av hvordan sugemudringen eventuelt skulle foregå. Det er også på det rene at Hæhre ikke startet med sugemudring før i januar 2014, etter en dialog med byggherren om dette i november/desember 2013.

Retten legger til grunn at kravet om vederlag for fjellrensk utført ved gravemaskin er knyttet til fjellrensk som ble foretatt før Hæhre igangsatte sugemudring i januar 2014. I og med at kontrakten ikke har noen prosess for fjellrensk under vann, har Hæhre benyttet en av de to prosessene kontrakten har som gjelder fjellrensk på land. Retten kommer tilbake til det nærmere valget mellom disse to prosessene. Byggherren har ikke anført at det ikke er foretatt fjellrensk på det angitte arealet og det er ikke protestert på størrelsen på arealet, som av Hæhre er oppgitt til 62 086 m². Retten legger derfor til grunn at Hæhre har utført fjellrensk ved bruk av grabb/gravemaskin, før januar 2014, på et areal som utgjør 62 086 m², og spørsmålet er om Hæhre etter kontrakten har krav på vederlag for dette arbeidet. Byggherren har anført at fjellrensk under vann skulle skje ved sugemudring og når Hæhre har valgt ikke å sugemudre, får de ikke betalt for den fjellrensen som er utført, utover det som er betalt gjennom prosess 27.7125 i henhold til EO 012 (Q 7).

Etter rettens vurdering har Hæhre krav på vederlag for den utførte fjellrensen, selv om den er foretatt på annen måte enn ved sugemudring. Retten vil begrunne dette nærmere i det følgende.

Som det fremkommer ovenfor har ikke retten funnet at den beskrivelsen som er gitt i NGI-rapporten under pkt. 4.1 om mudring (W 2035) medfører at byggherren har beskrevet en arbeidsmetode som gjør at de har overtatt risikoen for at arbeidet med å fjerne masser fra Mjøsa må utføres på en annen måte. Retten har lagt vekt på at beskrivelsen er for generell og må leses i sammenheng med kontraktens prosesser. En konsekvens av dette må være at rensk av fjell, i utgangspunktet, også kan foregå på en annen måte enn ved sugemudring, som her angitt. Det gjelder særlig når ingen av prosessene for sugemudring er direkte anvendbare etter at Fylkesmannen nektet deponering av masser i Mjøsa og satte vilkår for mudring av massene. Det faktum at all sugemudring også forutsatte godkjennelse av byggherren, samt at byggherren hadde signalisert et ønske om å redusere, eventuelt også fjerne, behovet for sugemudring, støtter også dette synspunktet. Problemet er at kontrakten ikke har andre prosesser for fjellrensk under vann. Entreprenøren har varslet byggherren om dette i KOE 194 fra november 2013 (O 317) og foreslår da å benytte sugemudringsprosessen angitt i 25.7124 sted A1 for rensk til fjell med grabb/graver som gir en timepris på 7 500 kr/time. Byggherren avviser dette og viser til at sugemudring ikke er avvist som alternativ til finrensk.

Hæhre har benyttet en av prosessene for fjellrensk på land. Kontraktens prosesser for fjellrensk på land lyder slik (A 95):

«21.41 **Rensk, nøyaktighetsklasse 1**

- c) Berget renskes fullstendig. Dette kan gjøres ved manuell rensk og vann- eller luftspyling.
- x) Mengden måles som horisontalprojeksjon av prosjektert rensket areal. Enhet: m².

Spesiell beskrivelse

- a) I tillegg gjelder: Omfatter partier hvor det er mulighet for å påtreffe sprengstoff med tennere fra tidligere utførte arbeider på stedet, se prosess 22.92. Prosessen skal utføres etter nærmere avtale med byggherren.

21.41 **Rensk, nøyaktighetsklasse 2**

- c) Berget renskes slik at det i gjennomsnitt ligger igjen maksimalt 0,05 m³ løsmasser pr m² bergoverflate.
- x) Mengden måles som horisontalprojeksjon av prosjektert rensket areal. Enhet: m².»

Rensk, nøyaktighetsklasse 1 (finrensk) er i kontrakten priset til 33 kr/m², mens prisen for rensk nøyaktighetsklasse 2 er priset til 7 kr/m² (B 803). Hæhre har benyttet prosessen for «Rensk, nøyaktighetsklasse 1» og har anført at det er den som gir riktigst pris. Det er ikke lagt frem noen beregninger for retten som viser dette.

Etter rettens vurdering er det arbeidsoperasjonen i nøyaktighetsklasse 2 som etter ordlyden best beskriver det arbeidet som utføres. Prisen for denne prosessen tar riktignok ikke hensyn til det merarbeidet som følger av at arbeidet utføres under vann, jf. forklaringen fra Marius Holta om hvordan dette utføres. Dette merarbeidet dekkes etter rettens vurdering opp av at det også betales for oppmåling i henhold til kontrakten, noe som delvis vil være omfattet av samme arbeidsoperasjon.

Hæhre tilkjennes 7 kroner pr m², jf. kontraktens kapittel C, pkt. 25.7.1. Samlet beløp for rensk av fjell utgjør da 434 602 kroner.

Lagmannsrettens flertall – førstelagmann Sollie, lagdommer Heide, ekstraordinære lagdommer Isaksen og meddommer Steen – slutter seg til tingrettens vurdering, idet det ikke er fremkommet opplysninger som tilsier en annen vurdering. Arealet som det skal ytes vederlag for er imidlertid noe mindre enn det tingretten la til grunn, idet partene er enige om at arealet er 57 000 kvadratmeter regnet horisontalt. Med en enhetspris på 7 kroner pr. kvadratmeter blir Hæhres vederlag 399 000 kroner.

Mindretallet – meddommer Henriksen – bemerker at fjellrensk under vann medfører betydelig lavere kapasitet og produktivitet og bør derfor honoreres med en høyere

enhetspris enn det som følger av nøyaktighetsklasse 2. Kontrakten åpner for vederlagsjustering, jf. punkt 25.7.2 om justerte enhetspriser. En forsiktig antagelse tilsier at arbeidet tar dobbelt så lang tid. Enhetsprisen blir i så fall 14 kroner pr. m², til sammen 798 000 kroner.

Dokumentasjon – utgraving av fjell

Tingretten har vurdert Hæhres krav om vederlag for dokumentasjon av fjell slik:

I kontrakten er det tre mulige prosesser for dokumentasjon av utgravd fjell: prosess 25.7131 Dokumentasjon ved bruk av dykker med kamera, prosess 25.7132 Dokumentasjon ved bruk av ROV med filmkamera og prosess 25.7133 Dokumentasjon av fjelloverflate ved ekkolodding (A 129-130). Alle tre prosessene er priset med en tilriggingskostnad (per stk.) og en timepris på kr 5 000. Ingen av de tre beskrevne arbeidsmetodene fungerte og Hæhre gjorde forskjellige undersøkelser for å finne frem til en egnet metode for å fremskaffe nødvendig dokumentasjon. Etter uttesting av alternativt utstyr (WSSP og Simrad) besluttet Hæhre å benytte en metode hvor de brukte skuffen på gravemaskinen sammen med maskinens GPS-system. Det er enighet om at denne metoden fungerte og skaffet byggherren nødvendig dokumentasjon. Hæhre har krevd vederlag for antall timer utført arbeid (676 timer) og har benyttet en timepris på kr. 5 000.

Byggherren er enig i at Hæhre skal ha betalt for arbeidet med å fremskaffe dokumentasjon, men er uenig i beregningen. Byggherren har akseptert å betale RS 225 000 kroner, uten å ha gitt noen nærmere begrunnelse for hva som ligger bak denne beregningen.

Retten legger til grunn at den måten dokumentasjonen ble utført på var tidkrevende fordi man arbeidet i blinde og ikke kunne se hvordan bunnen så ut. Bruk av gravemaskinen for dokumentasjon medførte også heft for gravearbeidet, ved at gravemaskinen var bundet opp til denne arbeidsoperasjonen. Retten har ingen grunn til å betvile Hæhres registrerte faktiske arbeidede antall timer og retten anser ikke at dette arbeidet er dekket opp av den rundsummen som er avtalt for prosess 11.32 Oppmåling under vann. Retten kan heller ikke se at den anvendte prisen på 5 000 kr/time er for høy for dette arbeidet. Etter rettens vurdering reflekterer denne prisen kontraktens prisnivå på de opprinnelige enhetsprisene, jf. kontraktens alminnelige bestemmelser, kapittel C, pkt. 25.7.2 (C 1689).

Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering, idet det ikke er fremkommet opplysninger som tilsier en annen vurdering. Riktignok kan det oppgitte timetallet synes høyt, gitt at det ble målt ca. 7000 punkter. Dette innebærer i så fall at det tok ca. 6 minutter å måle hvert punkt, når tilrigging inkluderes. Lagmannsretten har imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at Hæhre ikke faktisk brukte så vidt lang tid på

dokumentasjonen, eller for at tidsbruken ikke var nødvendig. Lagmannsretten viser her særlig til forklaringen til vitnet Holta, som var maskinfører på anlegget, om hvordan arbeidet foregikk. Lagmannsretten finner derfor tidsbruken sannsynliggjort.

Hæhre tilkjennes etter dette 3 380 000 kroner for dokumentasjon av utgravd fjell.

ii) Fase 2

Hæhre krever vederlag fordi entreprenørens arbeid tok mye lengre tid enn planlagt, og det ble dermed forbrukt langt større ressurser enn beregnet, fordi det var økt masseinntrengning, større dyp og gravevolum og betydelig økning i harde masser. I tillegg er kravet begrunnet i byggherrens krav om at harde masser skulle fjernes ned til fjell, og at den beskrevne metoden med kombinasjon av grabbing og sugemudring ikke var aktuelt i denne perioden.

Som det fremgår foran, har lagmannsrettens *flertall* konkludert med at det ikke forelå slike forhold som gir Hæhre krav på vederlagsjustering: Det forelå ikke et markert avvik i grunnforholdene, og byggherren har ikke på noe tidspunkt avvist bruk av sugemudring – heller ikke i kombinasjon med grabbing. Hæhre gis derfor ikke medhold i kravet.

Som det også fremgår foran, har et *mindretall* bestående av førstelagmann Sollie og meddommer Henriksen kommet til at det foreligger et markert avvik i grunnforholdene ved at massene var hardere enn det Hæhre kunne påregne. Et annet *mindretall* bestående av meddommer Henriksen har dessuten kommet til at det utgjør et markert avvik at det var en kløft i fjellbunnen som ikke var påregnelig for Hæhre.

Mindretallet mener det er grunnlag for deler av Hæhres krav i form av en skjønnsmessig justering av enhetsprisene, men slik at det må foretas en fordeling på de byggherreforhold som de respektive mindretallene har funnet sannsynliggjort. Det er imidlertid ikke nødvendig – ut fra at disse dommerne er i mindretall – å foreta en slik fordeling. Meddommer Henriksen finner imidlertid grunn til å bemerke at Hæhre i det minste har krav på å få dekket ekstraordinære kostnader for innkvartering med 6 123 845 kroner.

iii) Fase 3

Hæhres krav i denne fasen er begrunnet i samme forhold som under fase 2. Spesielt for denne fasen gjelder midlertid at det i kravet er hensyntatt at Hæhre jobbet døgnekstremt. I tillegg gjør Hæhre gjeldende at vederlaget må settes høyere når lagmannsretten har lagt til grunn en lavere timepris for sugemudring under prosess 21.7124 enn 7 500 kroner/time.

Lagmannsretten viser til flertallets og mindretallenes merknader under fase 2 foran, idet de samme vurderinger gjør seg gjeldende her. Dette innebærer at det etter *flertallets* syn ikke er grunnlag for kravet. Etter de respektive *mindretallenes* syn er det grunnlag for deler av

kravet, men det er ikke nødvendig å foreta en beregning av vederlaget når dette standpunkt kun deles av mindretallene.

iv) Rigg og drift

Lagmannsretten viser til vurderingene foran om at det etter flertallets syn ikke er grunnlag for krav begrunnet i lengre utførelsestid for utgraving i Mjøsa og delvis døgnkontinuerlig drift. Da er det etter *flertallets* syn heller ikke grunnlag for krav om økte rigg- og driftskostnader.

Den samlede lagmannsrett bemerker at kravet om rigg og drift knyttet til KOE 444 uansett må behandles under kontraktens system for slike krav. Lagmannsretten kommer tilbake til Hæhres mer generelle krav om vederlag for rigg og drift under punkt 9.2. nedenfor.

v) Lønns- og prisstigning

Lagmannsrettens *flertall* er kommet til at det ikke er sannsynliggjort at byggherreforhold har medført lengre byggetid. Det er derfor heller ikke grunnlag for krav om justering for lønns- og prisstigning. Det samme gjelder eventuelle finansieringskostnader. For *mindretallets* del er det ikke nødvendig å gå inn på dette.

5.4. Mellomlagring av sprengstein

5.4.1. Bakgrunnen for kravet

Hæhre krever godtgjort for mellomlagring av stein fra E6 som skulle til sjøfylling av jernbanetraseen i Mjøsa. Det er enighet mellom partene om at det faktisk ble mellomlagret steinmasser som skulle benyttes i sjøfyllingen, men partene er uenige om kontrakten gir entreprenøren krav på vederlag for en ekstra mellomlagring av massene, og om det skyldes byggherreforhold at slik lagring var nødvendig. Partene er også uenige om mengden stein som ble mellomlagret.

Hæhre gjør gjeldende at det skyldes byggherreforhold at Hæhre var nødt til å foreta en ekstra mellomlagring av steinen på grunn av avvikende grunnforhold og fordi deponeringsløsningen ble endret. Byggherren hevder at Hæhre allerede har fått betalt, og at det ikke skyldes byggherreforhold at massene ble mellomlagret.

Det omtvistede beløp gjelder krav fra Hæhre på betaling for 209 188 pfm³ stein, både for utlegging (prosess 26.1226 – 36 kr/pfm³) og for opplasting (prosess 26.1212 – 9 kr/pfm³), totalt 9 413 490 kroner.

5.4.2. Partenes anførsler i hovedtrekk

i) Hæhre

Det er ikke tvilsomt at Hæhre måtte utføre ekstra utlegging og ekstra opplasting av den samme steinen to ganger. Hæhre hadde planlagt å bruke overskuddet av sprengstein i E6 direkte til fyllinger for Dovrebanen og prissatte de ulike prosessene ut fra denne forutsetningen. Fordi grave- og fyllingsarbeidene ble forsinket, måtte Hæhre etablere

mellomlagre. Byggherren har risikoen for den endrede deponeringsløsningen og de avvikende grunnforholdene. Da har Hæhre krav på å få dekket den ekstra håndteringen av sprengstein i mellomlager.

Bestemmelsen i kontraktens kapittel C 1 om at eventuell mellomlagring er inkludert, kan ikke leses slik at entreprenøren skal innkalkulere mellomlagring som følge av uforutsette byggherreforhold i sine enhetspriser. Kravet var omfattet av KOE 444, og begge parter har i ettertid behandlet kravet. Kravet er beregnet ut fra gjenstående fyllingsbehov i Mjøsa ved oppstarten av mellomlagringen – 60 % av behovet i nord og 90 % av behovet i sør.

ii) Byggherren

Hæhre har allerede fått betalt for masser fra E6 til Dovrebanen under prosess 26.1211. Mellomlagringen av steinmassene skyldes ikke byggherreforhold, noe som støttes av tidsnære bevis. Hæhre sendte ikke krav om endringsordre da mellomlagringen startet sommeren 2013. Endrede grunnforhold og endret deponeringsløsning ble først omtalt i henholdsvis november 2013 og november 2014. Dette viser at Hæhre ikke har sett på dette som byggherreforhold. At man har varslet om mellomlagring er ikke det samme som at man krever tilleggsvederlag. Hæhre må derfor bære kostnadene av mellomlagringen. Uansett kan ikke Hæhres mengder legges til grunn, blant annet fordi mengdene kun hviler på anslag, fordi massene ikke ble målt.

5.4.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten bemerker først at kontraktens bestemmelser om massehåndtering og mellomlagring i kontraktens beskrivende del D1-2 ikke løser spørsmålet. Det fremgår riktignok her at «all eventuell mellomlagring av masser og materialer [skal] være inkludert i enhetspris» dersom ikke annet fremgår. Som nevnt foran under punkt 4.1. i kapitlet om massehåndtering, må denne bestemmelsen forstås slik at all eventuell mellomlagring skal prises inn i tilbudet når tilbyderer priser massehåndtering. Det er da ikke rom for ytterligere vederlag for mellomlagringen.

Dette kan imidlertid ikke gjelde dersom det på grunn av forhold byggherren har risikoen for, oppstår et særskilt behov for mellomlagring som ikke var forutsatt i kontrakten. Slik mellomlagring har tilbyderer ikke hatt foranledning til å prise. Spørsmålet for lagmannsretten er derfor om Hæhres mellomlagring av masser skyldtes byggherreforhold, eller om det er Hæhre som selv må bære kostnadene ved denne lagringen.

Hæhre har gjort gjeldende at behovet for mellomlagring oppsto som følge av endret deponeringsløsning og avvikende grunnforhold. Det må i tråd med det lagmannsrettens flertall har kommet til foran, legges til grunn at det ikke foreligger et markert avvik i grunnforholdene som gir grunnlag for krav fra Hæhre. Derimot er det ikke tvilsomt at den endrede deponeringsløsningen er et byggherreforhold som utløser krav på vederlagsjustering for merkostnader som er en følge av dette forholdet.

Ved vurderingen av om mellomlagringen skyldes den endrede deponeringsløsningen, har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – førstelagmann Sollie, lagdommer Heide, ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – er kommet til at det ikke er sannsynliggjort at det var en slik sammenheng mellom den endrede deponeringsløsningen og mellomlagringen at det utløser noe ekstra vederlagskrav fra Hæhre. Dette begrunner flertallet særlig i at det ikke foreligger tidsnære bevis som sannsynliggjør en slik sammenheng.

Hæhres mellomlagring startet sommeren 2013 og pågikk et drøyt år. Likevel ble ikke byggherren varslet ved krav om endringsordre om at deponiløsningen hadde medført behov for mellomlagring før i KOE 444 fra november 2014, det vil si ca. halvannet år etter oppstart av mellomlagringen og drøyt to og et halvt år etter at Hæhre ble orientert om den nye deponeringsløsningen. Etter flertallets syn ville det vært naturlig – dersom mellomlagringen skyldtes deponeringsløsningen – at Hæhre tidligere fremmet krav om endringsordre knyttet til disse konsekvensene av endringene. Flertallet viser blant annet til at Hæhre fremmet KOE 194 i november 2013 – et halvt år etter at mellomlagringen var påbegynt – uten å nevne at deponeringsløsningen hadde hatt slike konsekvenser.

Flertallet viser også til at Hæhre hadde anledning ved flere endringsordre – slik gjennomgått foran – om å enten bemerke i selve endringsordrene eller utferdige egen KOE i forlengelsen av endringsordrene at deponeringsløsningen hadde betydning for mellomlagringen.

Hæhre gjorde riktignok byggherren kjent med at entreprenøren mellomlagret. Dette er skaper imidlertid ikke nødvendigvis forståelse hos byggherren for at dette skyldes deponeringsløsningen eller for at dette var forhold byggherren heftet for.

Det skaper klare bevismessige utfordringer når dette ikke er fremkommet tidligere. Dette gjelder særlig fordi det ikke er entydig gitt at mellomlagringen har sammenheng med deponeringsløsningen. Den kan også skyldes at Hæhre traff et driftsmessig valg om å kjøre massene til mellomlagring i stedet for til endelig deponi på Kolostuen, fordi dette var en hensiktsmessig praktisk og/eller økonomisk løsning. Flertallet kan ikke se at senere beviser, som KOE 444 eller vitneforklaringer, har bidratt til å sannsynliggjøre kravet når det mangler tidsnære bevis for kravet. Hæhres håndtering har også gjort det vanskelig for byggherren mens mellomlagringen pågikk, å vurdere om og eventuelt i hvilken grad slik lagring var nødvendig, treffe tiltak for å begrense byggherrens utgifter og kontrollere mengdene som ble mellomlagret. Dette er blant annet synlig i den mengdeberegning Hæhre har foretatt i ettertid.

Mindretallet – meddommer Henriksen – er av det syn at mellomlagringen helt klart er et byggherreforhold, idet den skyldtes at en deponeringsløsning ikke var klar da arbeidet tok til. Mindretallet kan ikke se noen annen årsak til at Hæhre mellomlagret massene, siden det vanskelig kan tenkes at det var driftsmessig effektivt med slik mellomlagring.

5.5. Graving under vann med sugemudring

5.5.1. *Bakgrunnen for kravet*

På grunn av fylkesmannens nektelse av deponering av løsmasser i Mjøsa, ble sugemudringarbeidet annerledes enn det som var beskrevet i kontrakten. Partene er uenige om hvilken prosess som skal anvendes på det arbeidet Hæhre utførte – eventuelt om enhetsprisene skal justeres – og hvilket timetall som skal legges til grunn.

Hæhre krever arbeidet avregnet på prosess 25.7124 – 7 500 kr/t (alternativt med fratrekke for allerede mottatt vederlag = 6 332 kr/t) – for et timetall på 3 311,5, til sammen 24 836 250 kroner (alternativt 20 968 418 kroner). Byggherren mener arbeidet skal avregnes etter prosess 25.7123 – 2 500 kroner/t – og med et lavere antall timer – 500, til sammen 1 250 000 kroner. Det omtvistede beløp utgjør dermed 23 586 250 kroner.

Subsidiært krever Hæhre vederlag for mengder som er gravd opp fra fordrøyningsbassenget som ble etablert i forbindelse med sugemudringen. Kravet er på 1 000 000 kroner etter prosess 25.7125.

5.5.2. *Partenes anførsler i hovedtrekk*

i) **Hæhre**

Partene er enige om at det er foretatt en endring av arbeidene. Ingen av kontraktens prosesser er direkte anvendelige. Da skal i prinsippet byggherren sende en endringsordre. Hæhre taper ikke sin rett til vederlag på grunn av uttalelser fra byggherren i byggemøter. Vi står overfor en alminnelig tvist om vederlag for en endring, og lagmannsretten kan benytte kontraktens bestemmelser om justerte enhetspriser. Det kan ikke legges vekt på at ikke Hæhre har sendt en KOE.

Det er kun prosess 25.7124 som var aktuell. Dersom Hæhre ikke får betalt i samsvar med sitt syn, får entreprenøren ikke betalt for den faktiske kostnaden for arbeidet, som er beregnet til 8 500 kroner. Alternativt kan timeprisen beregnes ut fra sugemudring av masser fra Mjøsa til deponi Almenningen 2. Dette er tilnærmet lik prosess 25.7124. Justert enhetspris i et slikt tilfelle, der det er hensyntatt at Hæhre har fått betalt for å kjøre massene fra avrenningsbassengene, blir 6 332 kroner pr. time. Dette hensyntar at byggherren har produktivetsrisikoen for sugemudring.

Antallet timer er basert på timelister, som byggherren har fått løpende oversendt. Byggherren har godkjent og utbetalt i henhold til listene. Byggherren har også løpende fått informasjon om hvor mye masse som er lastet opp og kjørt bort. Subsidiært må dette

forstås som en bindende aksept fra byggherren, og uansett har entreprenøren fått bindende aksept for timeforbruket under sluttoppgjørsbehandlingen.

ii) Byggherren

Byggherren har akseptert å betale 1 250 000 kroner under prosess 25.7123. Prosess 25.7124 kan ikke benyttes etter fylkesmannens beslutning om at det ikke kunne deponeres i Mjøsa. Det ble derfor ikke foretatt noen opplasting, transport eller deponering. Den faktiske utførelse var derimot vesentlig likeartet med prosess 25.7123. Byggherrens syn har stått fast fra før oppstart og underveis.

I følge Hæhres tilbud skulle sugemudringskapasiteten være 50-500 m³/t. Etter kontrakten skulle ikke Hæhre fravike dette. Hæhre kan da ikke få mer betalt enn om tilbudt kapasitet ble benyttet – i dette tilfellet tilsier dette et maksimalt timekrav på 500 timer. Hæhre rapporterte timer, men ikke mengder. Det var lav fremdrift på sugemudringen, og byggherren tok opp dette flere ganger underveis. De totale mengdene sugemudring ble avklart med byggherren først ved sluttoppgjøret.

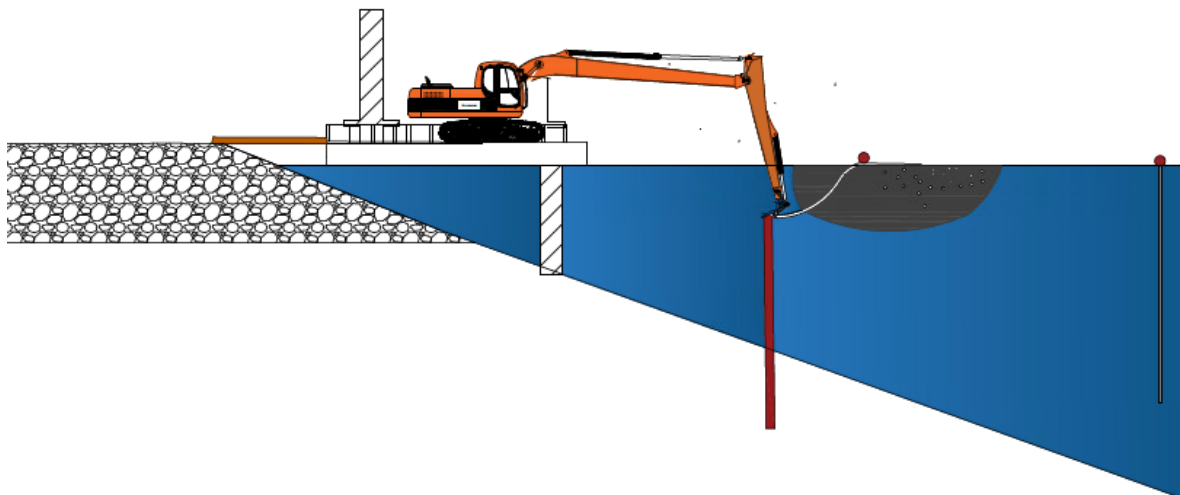
5.5.3. Lagmannsrettens vurdering

Dette tvistepunktet reiser først spørsmål om hvilken av kontraktens prosesser som skal anvendes for å beregne vederlaget Hæhre skal ha for utført sugemudring. I kontrakten er det beskrevet to ulike prosesser for sugemudring – 25.7123 og 25.7124.

I prosess 25.7123 skulle løsmassene sideforflyttes etter å ha blitt sugemudret. Dette arbeidet var priset til 2 500 kroner pr. time. Prosessen beskrev arbeidet slik:

- 25.7123 **Graving under vann med sugemudring, med sideforflytning av løsmassene**
Spesiell beskrivelse
- a) Omfatter sugemudring fra lekter til sjøs. Løsmassene skal sideforflyttes.
Utstyret som blir brukt til sugemudring må være av en slik art at det kan operere på de oppgitte vanndybde. I tillegg må utstyret kunne takle suging av både middels fast leire og silt, samt grovere materialer som sand og grus. Spesiell beskrivelse under prosess 25 gjøres i tillegg gjeldende.
Prosessen skal kun brukes etter avtale med byggherren.
- x) Mengden måles etter medgått tid for sugemudringsutstyr. Enhet: time.

Grafisk fremstilt ser arbeidet i prosess 25.7123 grovt sett slik ut (Hæhres illustrasjon):



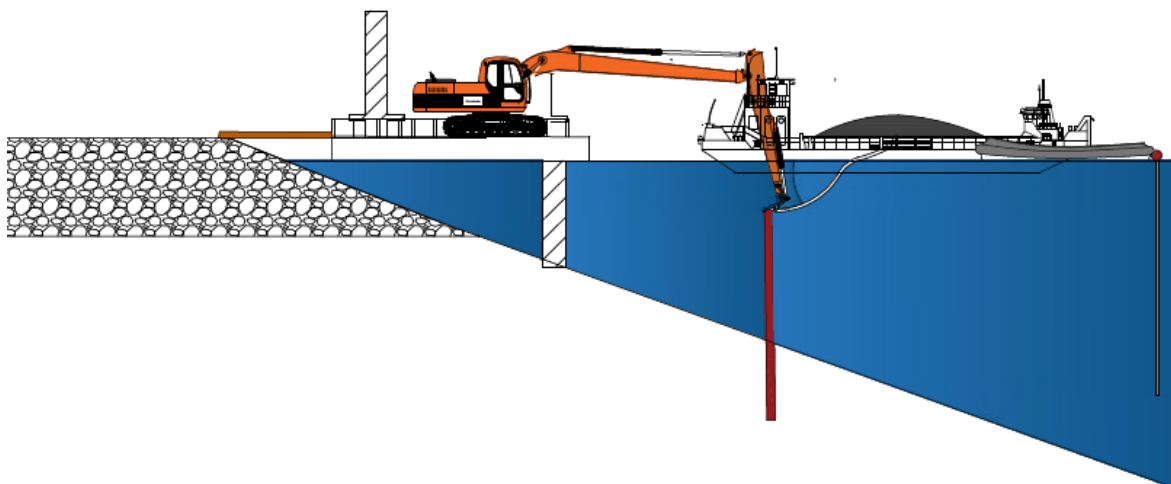
Etter prosess 25.7124 skulle løsmassene i stedet deponeres slik beskrevet nedenfor. Dette arbeidet var priset til 7 500 kroner pr. time. Den vesentlige forskjellen mellom de to nevnte prosessene – og det som begrunner den store prisforskjellen – er at det under dette arbeidet var lekter og slepebåt i bruk, og at flåten/plattformen som gravemaskinen sto på var større:

25.7124 Graving under vann med sugemudring, med deponering av løsmassene

****Spesiell beskrivelse****

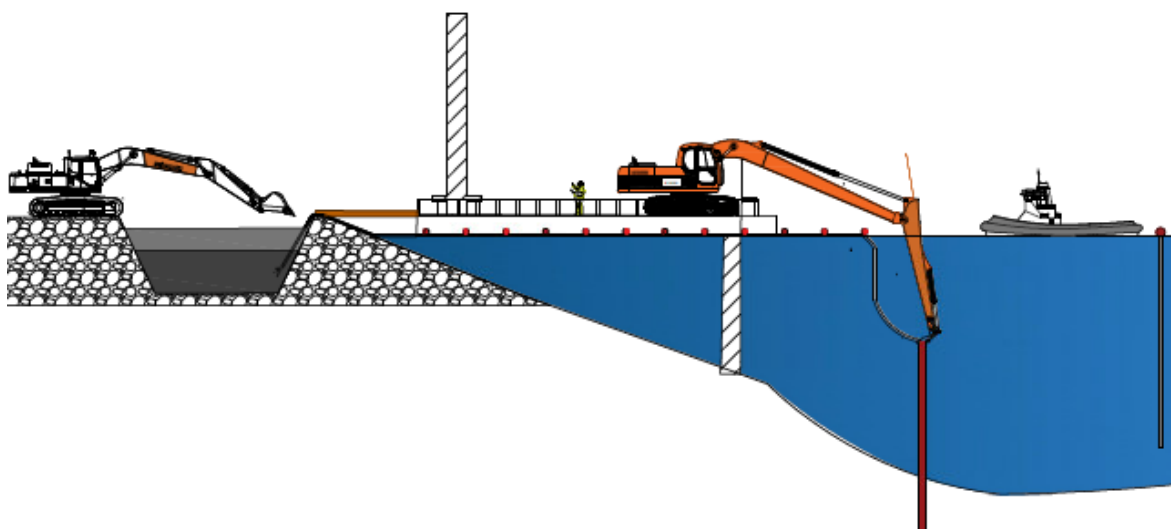
- a) Omfatter sugemudring fra lekter til sjøs. Prosessen omfatter også opplasting på lekter, transport og deponering av massene i angitte deponeringsområder. Spesiell beskrivelse under prosess 25 gjøres i tillegg gjeldende.
Proessen skal kun brukes etter avtale med byggherren.
- x) Mengden måles etter medgått tid for sugemudringsutstyr. Enhet: time.

Grafisk fremstilt ser arbeidet i prosess 25.7124 grovt sett slik ut (Hæhres illustrasjon):



Ingen av disse metodene ble benyttet da Hæhre sugemudret løsmassene i Mjøsa. Fordi det ikke var aktuelt med deponering av massene i Mjøsa etter Fylkesmannens vedtak, måtte massene bringes i land etter sugemudringen. Det måtte da etableres basseng på land for avrenning. Partsvitnet Smetbak forklarte at det i alt ble bygd tre bassenger, hvorav det ene også ble utvidet. Han forklarte videre at flåten som ble benyttet for gravemaskinen var større enn den som lå inne i de to nevnte prosessene. At massene skulle bringes på land innebar at en lengre slange måtte benyttes, noe som krevde vedlikehold. En slepebåt var til stede under deler av dette arbeidet – Hæhre har selv anslått ca. 20 % av tiden.

Grafisk fremstilt så arbeidet som Hæhre faktisk utførte i grove trekk slik ut (Hæhres illustrasjon):



Etter kontraktens alminnelige bestemmelser kapittel C punkt 25.7.2 skal enhetsprisen for det faktisk utførte arbeidet baseres på kontraktens enhetspriser «dersom grunnlaget for

vederlagsjusteringen gjelder ytelser som i det vesentlige er likeartet med ytelser det er fastsatt enhetspriser for». Spørsmålet for lagmannsretten er derfor om det faktisk utførte arbeidet er vesentlig likeartet med noen av kontraktens prosesser.

Den faktisk gjennomførte løsningen skiller seg på viktige punkter både fra prosess 25.7123 og prosess 25. 7124. For det første krevde den faktiske løsningen etablering, drift og gjenfylling av basseng, noe som ikke lå i noen av kontraktens løsninger. Videre var dette etter lagmannsrettens syn vesentlig mer krevende å drive enn prosess 25.7123, ved at rørsystemene måtte drives og vedlikeholdes, og ved at bevegelser til nye utgravningsområder var vanskeligere. Etter lagmannsrettens syn var behovet for slepebåt vesentlig annerledes enn i prosess 25.7123 på grunn av driften og vedlikeholdet av rørsystemene. Slik sett har den faktiske løsningen klare likhetstrekk med prosess 25.7124.

Hæhre har lagt fram kalkyler over kostnadene henholdsvis for 25.7123 og 25.7124 slik de ble kalkulert før pristilbudet ble inngitt, og kostnadene ved den faktisk benyttede løsningen. Lagmannsretten kan ikke se at de omkostninger Hæhre har kalkulert for den faktiske metoden er sannsynliggjort, særlig fordi den er kommet til i ettertid. I tillegg – slik partsvitnet Smetbak forklarte – ligger det enkelte feil i kalkylen, ved at det er beregnet kostnad for tre dumpere, men disse var ikke i drift hele tiden. Dessuten må det også hensyntas at Hæhre har fått betalt for å kjøre løsmassene fra avrenningsbassengene.

Kalkylen peker imidlertid på det vesentlige poeng at den faktisk gjennomførte metoden var mer krevende enn det som lå i prosess 25.7123. Kalkylen taler derfor i samme retning som det lagmannsretten har pekt på for de faktiske forskjellene mellom de ulike løsningene. Etter lagmannsrettens syn må derfor arbeidet anses vesentlig likeartet med prosess 25.7124, særlig på grunn av behovet for større lekter og for slepebåt, og på grunn av at deponeringen av løsmassene krevde en ekstra operasjon som ikke lå inne i prosess 25.7123.

Kontraktens alminnelige bestemmelser punkt 25.7.2. bestemmer at enhetsprisen skal justeres for avviket mellom det arbeid som er utført og det arbeidet som anses vesentlig likeartet, slik at justeringen reflekterer prisnivået på de opprinnelige enhetsprisene. Etter lagmannsrettens syn må enhetsprisen i prosess 25.7124 justeres noe ned for å hensynta at enkelte kostnadskrevende elementer i denne prosessen ikke kom til anvendelse med den løsningen som ble valgt. Dette gjelder særlig bruken av splittlekter og slepebåt, som Hæhre i sin kalkyle har priset til samlet ca. 3 500 kroner. Tas det hensyn til at slepebåten var i bruk 20 % av tiden, og til at kostnadene knyttet til etableringen, driften og gjengravingen av bassengene påløp, finner lagmannsretten at timeprisen kan settes til 5 000 kroner.

Lagmannsretten bemerker at den ikke finner kontakten partene imellom underveis avgjørende for valget av prosess og fastsettelse av enhetspris. Uenigheten om pris kom til syne nokså umiddelbart ved at byggherren i byggherremelding i januar 2014 foreslo

prosess 25.7123 som oppgjørsform. Hæhre fakturerte senere samme måned på prosess 25.7124. Byggherren fastholdt kort tid etter sitt standpunkt. Det ble ikke utstedt endringsordre som fastsatte prisen, og Hæhre fremmet ikke krav om endringsordre. Lagmannsretten kan ikke se at disse omstendigheter medfører at ikke prisen kan fastsettes etter kontraktens alminnelige bestemmelse om vederlagsjustering. I alle fall kan ikke Hæhre anses å ha tapt sin rett – når det ble klart at sugemudringsprosessene ikke kunne anvendes. Det lå da til byggherren å utstede endringsordre eller rette prisforespørsel. Når dette ikke ble gjort, har Hæhre sitt krav på vederlagsjustering i behold.

Når det gjelder fastsettelsen av antallet timer Hæhre skal ha honorert for, viser lagmannsretten til og tiltrer tingrettens vurdering. Om det forhold at timer var anvendt som enhet i kontrakten uttalte tingretten:

Det innebærer at det etter kontrakten er byggherren som har produktivetsrisikoen knyttet til dette arbeidet. At Hæhre i sitt tilbud har angitt at sugemudringskapasiteten på det tilbudte utstyret er 50 – 500 m³ pr time avhengig av massenes beskaffenhet og dybde, endrer ikke dette. Fordi grunnforholdene var som de var ble utstyret brukt på en annen måte enn angitt i kontrakten. Som retten er kommet til ovenfor foreligger det ikke noe markert avvik av grunnforholdene, og det er etter kontrakten da Hæhre som har risikoen for at arbeidet ble mer omfattende enn de opprinnelig hadde beregnet. På samme måte er det byggherren som sitter med risikoen for at timeantallet ble langt mer omfattende enn forutsatt når den avtalte enhetsprisen for sugemudring er timer og ikke m³. Det er ikke sannsynliggjort at dette skyldes urasjonell eller uforsvarlig drift fra Hæhres side, og det har heller ikke vært påpekt fra byggherrens side i den perioden arbeidet ble utført, til tross for hyppig kontakt og tett oppfølging av arbeidene i Mjøsa i egne «Mjøsamøter». Hæhre har løpende ført timelister som er oversendt på e-post og lagt ut på e-rom, uten at dette har medført innsigelser fra byggherren. I byggherremelding nr. 129 av 21. februar 2014 (Y 3289) påpeker byggherren Hæhres uriktige bruk av prosess 25.7124 og gjør oppmerksom på at rett prosess er 25.7123 og videre: «Fakturering utføres med utgangspunkt i fremlagte og godkjente timelister.» Det er for retten ikke nødvendig å ta stilling til om dette representerer en bindende aksept av timetallet, idet det etter rettens vurdering uansett ikke foreligger rettslig grunnlag for å fravike kontraktens avtalte enhetspris for antall timer.

Det fremkom ikke opplysninger under ankeforhandlingen som kan tilsi en annen vurdering. Lagmannsretten bemerker særlig at det ikke har betydning at Hæhre ikke rapporterte mengder underveis i arbeidet. Som nevnt i tingrettens dom, er det byggherren som har risikoen for antallet timer, når entreprenøren har drevet rasjonelt og forsvarlig. Opplysninger underveis fra Hæhre om mengder ville da ikke hatt betydning for vederlagskravet.

Hæhre har etter dette krav på vederlag for 3 311,5 timer. Med en timepris på 5 000 kroner utgjør dette 16 557 500 kroner. Det er da ikke nødvendig å vurdere Hæhres subsidiære krav.

5.6. Poster med enighet/ikke-påankede poster

Partene ble under ankeforhandlingen enige om at tingrettens dom for så vidt gjelder kravet etter prosess 24.111 – rigg for dynamisk dypkomprimering (tingrettens dom side 84-85), og kravet etter EO 013 – Opplasting fra mellomlager ved Mjøsa (tingrettens dom side 90-91) skal bli stående. Tingretten frifant byggherren for det første kravet, mens den tilkjente Hæhre 2 259 007 kroner for det sistnevnte. Hæhre skal derfor samlet tilkjennes 2 259 007 kroner.

Hæhre har ikke påanket tingrettens dom for så vidt gjaldt kravet etter KOE 110, der byggherren ble frifunnet.

5.7. Samlet oversikt - Mjøsakrav

I nedenstående tabell fremgår i høyre kolonne det beløp Hæhre tilkjennes, uttrykt som andel av det omtvistede beløp for lagmannsretten. Poster i kursiv er forlikt for lagmannsretten, eventuelt subsidiært krav som ikke kommer til behandling.

Krav	Omtvistet beløp for lagmannsretten	Tilkjent av lagmannsretten
KOE 444 Fase 1	5 036 000	3 779 000
KOE 444 Fase 2	10 308 619	0
KOE 444 Fase 3	3 273 950	0
KOE 444 Rigg og drift	7 926 345	0
KOE 444 LPS	1 031 203	0
Mellomlagring av sprengstein	9 413 490	0
Graving under vann med sugemudring	23 586 250	16 557 500
<i>Rigg for dynamisk dypkomprimering</i>	<i>2 580 000</i>	<i>0</i>
<i>EO 013 Opplasting fra mellomlager</i>	<i>2 259 007</i>	<i>2 259 007</i>
<i>Prosess 25.7125</i>	<i>1 000 000</i>	<i>0</i>
<u>Totalsum denne gruppen (ekskl. subsidiært krav)</u>	<u>60 402 539</u>	<u>22 595 507</u>

6 . T o t a l b r u d d

6.1. Bakgrunnen for tvisten

En betydelig del av prosjektet berørte eksisterende trasé for Dovrebanen, enten direkte ved at arbeid pågikk i sporet, eller indirekte ved at arbeidet foregikk i slik nærhet av sporet at det av sikkerhetsmessige hensyn påvirket togtrafikken på Dovrebanen.

Arbeid som berørte togtraséen kunne pågå mellom togpasseringer, der det var tilnærmet normal drift på banen (såkalte *hvite tider*). Arbeidet kunne også utføres under såkalte *totalbrudd*, som er perioder hvor sporet er avstengt og strømfritt, og ingen togtrafikk passerer. Under totalbrudd kan arbeid som medfører risiko for sporet eller for personell og utstyr, eller arbeid som gjør at sporet ikke kan benyttes til togtrafikk, utføres. Fordi totalbrudd påvirker togtrafikken i stor grad, krever gjennomføringen av totalbrudd særlig planlegging og må meldes inn i god tid.

Kontraktens kapittel C1 inneholdt særlige bestemmelser om totalbrudd. I Spesielle kontraktsbestemmelser punkt 26.6 fremgikk det:

I tillegg til at det kan arbeides i eller ved spor i tidene gitt i vedlegg C1.11, har prosjektet med forbehold om godkjenning, meldt inn følgende behov for totalbrudd (tog- og strømfritt) i 2012, 2013, 2014 og 2015:

Deretter fulgte oppregning av i alt 17 tidsperioder – av en varighet på fra 36 timer til 23 dager – hvor FP3 hadde meldt inn totalbrudd. Fire av de oppregnede totalbruddene skulle gjennomføres før Hæhre startet sitt arbeid på FP3, slik at det var i alt 13 totalbrudd som etter kontrakten var tilgjengelige for Hæhre.

I de spesielle kontraktsbestemmelsene punkt 26.6 fremgikk det også at «[d]ersom det skulle bli behov for ytterlige totalbrudd, kan det bli aktuelt å melde inn flere». Det ble i anleggsperioden gjennomført 23 totalbrudd i tillegg til de 17 som var oppgitt i kontrakten. Hæhre utførte arbeider i 18 av de ekstra totalbruddene, i tillegg til de kontraktfestede, slik at Hæhre utførte arbeider i til sammen 31 totalbrudd.

Hæhre fremmet 29. juni 2015 i KOE 570 krav om vederlagsjustering som følge av økt antall totalbrudd i prosjektperioden. Senere ble kravet nærmere konkretisert: For 11 ekstra brudd i perioden 2012 – 2015 ble det krevd 10 637 000 kroner, mens for gjennomføring av brudd i 2016 ble det krevd en gjennomsnittlig pris på 967 000 kroner for hvert totalbrudd. Byggherren avviste kravet.

For lagmannsretten er Hæhres krav etter KOE 570 noe redusert, ved at det nå kreves for 13 ekstra totalbrudd, og ved at gjennomsnittsprisen for 11 av disse totalbruddene er redusert til 759 500 kroner. Til sammen kreves det 10 387 500 kroner for det økte antallet totalbrudd. Kravet omtales under punkt 6.2. under.

Det lengste av totalbruddene, som var angitt å skulle gjennomføres i juli-august 2015, omtales her også som «langbruddet». Opprinnelig skulle Hæhre ha tilgang til sporet i 13 dager i løpet av langbruddet, men dette ble redusert til 10 dager i EO 571 i september 2015. Tidspunktet for langbruddet ble også flyttet i to omganger: I mars 2014 varslet byggherren om at langbruddet ville bli flyttet til september-oktober 2015, «[u]t fra diverse oppståtte hendelser i Fellesprosjektet». Delfrister som var påvirket av denne flyttingen ble også utsatt. I mai 2015 ble langbruddet ytterligere utskutt i tid, ved at byggherren varslet om at langbruddet skulle gjennomføres i oktober-november 2015. Årsaken til flyttingen ble oppgitt å være «stor usikkerhet knyttet til godkjenning og dokumentasjon av nytt sikringsanlegg». Også ved dette tilfellet ble delfrister utsatt tilsvarende. Langbruddet ble gjennomført i oktober-november 2015.

Hæhre fremmet i mai 2015 KOE 567 med krav om 25,4 mill. kroner som konsekvens av flyttingen av langbruddet.

Byggherren ba ved den siste flyttingen av langbruddet om Hæhres tilbakemelding på «hvilke eventuelle konsekvenser disse tidsforskyvningene vil utløse; mobiliserings-/utførelsesmessig og økonomisk.» Hæhre svarte kort tid etter at de to byggherremeldingene «forrykker grunnlaget for vår kalkyle, og vi kan ikke gi byggherren svar på økonomiske og framdriftsmessige konsekvenser» innenfor fristen som var satt. I juli 2015 fremmet imidlertid Hæhre konkretisert krav under KOE 570 med tre hovedelementer:

- a) Kostnader på grunn av forskjøvet sluttfrist på hhv rigg og drift, beregnet til kr. 44 688 806
- b) Enhetspriser på gjenstående arbeider (ugunstig årstid), økning 40 %
- c) Kostnader knyttet til forskjøvet totalbrudd, beregnet til kr 25 000 000

I desember 2015 ble partene enige om at Hæhre skulle få et tillegg på 40% på kontraktens enhetspriser på utførte kontraktsarbeider, utført i perioden fra 1. november 2015 til 30. april 2016 (kravets element b)). Som følge av at idriftsettelsen av den nye Dovrebanen ble utsatt, ble «en vesentlig del av de gjenstående kontraktsarbeidene bli utført på en mer ugunstig årstid». Hæhre fikk derfor tillegg på enhetsprisene, noe som samlet sett ga et vederlag på ca. 11,6 mill. kroner. Elementene som fremgikk av bokstavene a) og c) ble partene imidlertid ikke enige om.

For lagmannsretten har Hæhre krevd vederlagsjustering for forsering på i alt 8 068 777 kroner (bokstav a). Hæhre har videre krevd dekket ulemper og merkostnader påført som følge av flyttingen av langbruddet på 10 618 850 kroner. Samlet er kravet knyttet til flyttingen av langbruddet dermed på 18 687 627 kroner. Kravet omtales under punkt 6.3. under.

6.2. KOE 570 – økt antall totalbrudd

6.2.1. *Partenes anførsler i hovedtrekk*

i) **Hæhre**

Byggherren har ved angivelsen av 13 totalbrudd i kontrakten angitt hvilke behov det ville være for arbeid i totalbrudd. Dette opplegget viste seg imidlertid ikke å være gjennomførbart. Byggherren undervurderte behovet for totalbrudd, noe som muligens skyldtes prosjekteringsfeil. Byggherren har også ønsket at større deler av arbeidet skulle utføres i totalbrudd. Dette har medført betydelige merkostnader for Hæhre, blant annet i form av planlegging, ressursbruk og påvirkning av andre arbeider. De ekstra totalbruddene har ikke medført lettelser for Hæhre.

Hæhre kunne legge til grunn opplysningene i kontrakten, idet angivelsen av 13 totalbrudd var bindende for byggherren. Antallet var basert på et identifisert behov, slik at de 13 totalbruddene skulle dekke prosjektets behov. Passusen i kontrakten om at det kunne bli aktuelt å melde inn flere totalbrudd, sier ikke mer enn det generelle utgangspunktet i kontrakten om at det skal honoreres på vanlig måte, og gir ikke holdepunkter for at entreprenøren skulle prise inn flere totalbrudd.

Hæhres kontraktsforståelse på dette punkt ivaretar best de anbudsrettslige hensyn om likebehandling og forutberegnelighet. Det er også best i samsvar med kontraktens system, som gir byggherren ansvar for å gi entreprenøren tilgang til anleggsområdet og til å sette av tilstrekkelig byggetid. Byggherren har dessuten gjennom prosjektet lagt til grunn at han har ansvaret for ekstra brudd og at det medfører merkostnader for Hæhre å arbeide i totalbrudd. Byggherren var i tillegg allerede ved utstedelsen av anbudsgrunnlaget klar over at det kunne være satt av for lite tid til arbeid ved sporet. Byggherrens forberedende arbeider var mangelfulle. Byggherren er uansett nærmest til å bære risikoen for eventuell uklarhet i kontrakten.

Det er solide bevis for at de ekstra totalbruddene skyldtes forhold som byggherren har risikoen for. De ekstra totalbruddene skyldtes i hovedsak tre forhold: At byggherren hadde ønske om å redusere arbeidene i langbruddet, at byggherren ikke tok tilstrekkelig hensyn til avstanden mellom ny og gammel bane i ett av områdene, samt byggherrens ønske om at fjell ved Strandlykkja skulle tas ut i brudd. De øvrige arbeidene skyldtes at det ikke var avsatt tilstrekkelig tid. Byggherren var opptatt av at Hæhre skulle utnytte totalbruddene maksimalt, noe Hæhre gjorde.

Kravet er beregnet med bakgrunn i Hæhres fremsatte tilbud overfor byggherren. Kravet ligger godt innenfor det Hæhre har blitt godtgjort for andre brudd i kontraktsperioden. Hæhres prisoppsett, som inkluderer ekstra lønnskostnader, ekstra rigg og drift og følgekostnader internt på anlegget, må legges til grunn.

ii) Byggherren

Hæhres begrunnelse for kravet har utviklet seg fra KOE 579 ble fremsatt til i dag. Riktig fokus for dette tvistepunktet er om deler av oppgjøret for endringsordre er skjøvet ut i tid for senere tilleggsbetaling, og om arbeider har blitt mer krevende å utføre enn det kontrakten legger opp til. Hæhres fokus er imidlertid ikke på hva byggherren har bestilt, men på snittkostnadene generelt ved totalbrudd.

Alle kostnader forbundet med endringsarbeidene er gjort opp, og ingenting er utsatt til senere behandling. Når endringsordre ikke sier noe om andre ulemper ved arbeidet, er det fordi de ikke har hatt andre ulemper. Det er heller ingen endringer i kontraktsarbeidenes karakter eller omfang. Derimot har det vært endringer i rammevilkårene, noe Hæhre var kjent med blant annet fra den forberedende entreprisen. Økt antall totalbrudd har gjort Hæhres gjennomføring lettere. Kostnadene kan derfor ikke vurderes isolert, men man må sammenligne med hva kostnadene ville vært dersom det ikke hadde vært flere totalbrudd. Variasjonene vil dessuten være store ut fra arbeidets art, omfang og risiko for skade, og man kan ikke operere med gjennomsnittskostnader.

Det er ikke påvist noe pålegg om ekstra arbeider ut over det som er oppgjort i endringsordre. At byggherren har oppfordret til bruk av totalbrudd av sikkerhetsmessige grunner, utgjør ingen endring, men er en fordel for Hæhre. Det er heller ikke begått noen prosjekteringsfeil. Prosjektutviklingen gir ingen indikasjon på at Hæhre har oppfattet økt antall totalbrudd som avvik fra kontrakt. Det ble gjennomført en rekke totalbrudd uten at Hæhre reagerte. Hæhres behov for totalbrudd var først og fremst knyttet til sprengning i eller nær spor, og det vesentligste av slike arbeider var sør for Strandlykkja stasjon. Her var det ikke knyttet noen bekymring til totalbruddene eller de hvite tidene.

Hæhres beregning av kravet har ingen relasjon til faktiske konsekvenser eller merkostnader knyttet til arbeider som er bestilt. Andre endringsordre har ingen overføringsverdi for dette kravet.

6.2.2. *Lagmannsrettens vurdering*

Lagmannsretten bemerker først at den finner det klart at et økt antall totalbrudd *i seg selv* ikke medfører krav på tilleggsvederlag. Totalbrudd gir entreprenøren rom til å utføre arbeid uhindret av togtrafikk og er slik sett et gode for entreprenøren: Jo flere totalbrudd som stilles til rådighet, dess bedre vilkår får entreprenøren til å utføre kontraktsarbeidet. Alternativt kunne arbeidet vært utført i hvite tider, noe som uansett sto til rådighet for entreprenøren. At det ble stilt flere totalbrudd til rådighet for entreprenøren – i realiteten nesten en fordobling av antall timer – innebærer derfor ingen ulempe for ham.

Riktignok medfører det ekstra kostnader å drive i totalbrudd, jf. blant annet Smetbaks og Musdalsliens forklaringer. Det er imidlertid også effektivitetsgevinster ved å arbeide i totalbrudd ved at arbeidet kan pågå mer kontinuerlig. Hvor stor netto effektivitetsgevinst –

positiv eller negativ – som oppnås, vil avhenge av det konkrete arbeidet. Men etter lagmannsrettens syn vil ikke utførelsen av kontraktsarbeidet påvirkes negativt ved at antallet totalbrudd økes.

Et større antall totalbrudd innebærer heller ikke *i seg selv* noe pålegg fra byggherren om at entreprenøren skal jobbe i totalbrudd og derved om å endre sitt driftsopplegg. Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at byggherren generelt eller i tilknytning til enkeltstående totalbrudd påla Hæhre arbeid eller å endre driftsopplegget, ut over det som fremgår av egne endringsordre. Riktignok oppfordret byggherren Hæhre om å «utnytte totalbruddene optimalt», men lagmannsretten forstår dette som ikke annet enn en rasjonelt begrunnet oppfordring om å ta totalbruddene i bruk for å utnytte den effektivitets- og sikkerhetsgevinst totalbruddene gir. Vitnene Ausland, Sæther og Karlsen, som alle var involverte i planleggingen/gjennomføringen av totalbruddene avviste at de hadde pålagt Hæhre arbeider i brudd. Det er heller ikke fremlagt tidsnære bevis som sannsynliggjør slike pålegg.

Det er etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt at kontrakten åpner for et større antall totalbrudd, uten at kontraktens regler om vederlagsjustering *nødvendigvis* kommer til anvendelse. Dette fremgår for så vidt av kontrakten selv, ved at den angir at det kunne bli aktuelt å melde inn flere totalbrudd enn de 17 som var datofestet, dersom det var behov for det. Hæhre var derfor klar over at det kunne tilkomme ytterligere totalbrudd ut over de som allerede var meldt inn på kontraktstidspunktet.

Antallet totalbrudd som var angitt i kontrakten kan derfor ikke anses som et endelig antall. Den nevnte passusen i kontrakten om eventuelt behov for flere totalbrudd er for så vidt en konsekvens av at behovet kan være vanskelig å fastslå så vidt tidlig som på kontraheringstidspunktet, slik også er kommet til uttrykk i blant annet usikkerhetsanalysen i forkant av prosjektet. Men at det eventuelt skulle oppstå behov for flere totalbrudd tilsier ikke i seg selv at Hæhre har krav på tilleggsvederlag.

Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at det økte antallet totalbrudd skyldtes at byggherren hadde undervurdert behovet for totalbrudd. Det forhold at Hæhre utnyttet totalbruddene godt, slik det også ble bekreftet av byggherren, er i seg selv ingen indikasjon på at de ekstra totalbruddene generelt var nødvendige for at Hæhre skulle kunne utføre kontraktsarbeidet. Det var Hæhres ansvar og risiko å tilpasse arbeidet som lå i kontrakten til kontraktens hvite tider og totalbrudd. Det lå ikke under byggherrens ansvar og risiko å fordele kontraktsarbeidet på hvite tider og totalbrudd.

Lagmannsretten minner også om at «behov» for ytterligere totalbrudd kan oppstå helt uavhengig av Hæhres kontrakts-, endrings- eller tilleggsarbeid: Det kunne eksempelvis oppstå behov for flere totalbrudd på andre deler av strekningen – FP1, FP2 eller sågar utenfor fellesprosjektet – uten at det berørte Hæhres arbeid. Det forhold at det viste seg å

være behov for flere totalbrudd enn angitt i kontrakten, betyr derfor ikke *i seg selv* at behovet skriver seg fra Hæhres arbeid på FP3, slik Hæhres argumentasjon kan tyde på. Det heter eksempelvis i Hæhres merknad i KOE 570 i august 2015:

Entreprenøren har ikke på noe tidspunkt bedt om økt antall totalbrudd. Dette er initiert av BH, og må være basert på en endret vurdering av hvordan arbeidene kan gjennomføres på en sikker og effektiv måte. Dette er slik vi ser det en endret forutsetning i kontrakten som skal honoreres.

Etter lagmannsrettens syn er Hæhres betraktning slik kommet til uttrykk her, lite treffende. Hæhre har ikke sannsynliggjort at det er en slik generell årsakssammenheng mellom antallet totalbrudd og Hæhres arbeid. Årsaksforholdene er langt mer kompliserte enn det Hæhres krav synes å være basert på.

Lagmannsretten legger i stedet til grunn – blant annet ut fra vitneforklaringene til vitnene Ausland, Sæther og Karlsen – at det økte antallet totalbrudd i hovedsak dels skyldtes at banesjefen meldte inn ytterligere totalbrudd, blant annet ved at NSB valgte ikke å kjøre tog på strekningen nord for Eidsvoll i perioder. Andre hovedårsaker til det økte antallet totalbrudd var forhold på FP1 og FP2, som vansker med tunnelarbeider og konkurs hos hovedentreprenøren på FP2. Disse totalbruddene ble også gjort tilgjengelige for Hæhre. Lagmannsretten kan ikke se at de totalbruddene som var forårsaket av slike forhold *i seg selv* gir grunnlag for tilleggsvederlag.

Lagmannsretten bemerker i forlengelsen av dette at det er på det rene at Hæhre ikke selv meldte inn behov for flere totalbrudd. Dette kan ikke lagmannsretten se som uttrykk for annet enn at totalbruddene byggherren stilte til disposisjon var tilstrekkelige for det arbeid Hæhre skulle utføre.

Hæhres innfallsvinkel – å kreve tilleggsvederlag basert på en gjennomsnittlig kostnad pr. totalbrudd ganget med alle de ekstra totalbrudd – er derfor ikke egnet for å sannsynliggjøre at Hæhre har krav på vederlagsjustering av det omfang Hæhre har krevd. Som foran vist, er det på ingen måte gitt at Hæhres arbeid er påvirket negativt ved at det ble flere totalbrudd. Dette må i tilfelle sannsynliggjøres.

Spørsmålet lagmannsretten i stedet må stille seg, er dels om det økte antallet totalbrudd har endret forutsetningene for *kontraktsarbeidet* på en slik måte at Hæhre er påført kostnader som ikke er dekket, dels om *endringsarbeider* i tilknytning til totalbrudd ikke er oppgjort (fullt ut). Lagmannsretten minner om at det er Hæhre som har bevisbyrden for at grunnlaget for kravet er til stede, og om at særlig tidsnære bevis vil kunne oppfylle Hæhres bevisbyrde. Det er imidlertid få spor av innvendinger fra Hæhres side til tiden som var avsatt til totalbrudd, eller bekymringer knyttet til tilgangen til anleggsområdet ved jernbanetraseen gjennom hvite tider eller totalbrudd.

For så vidt gjelder *kontraktsarbeidene* bemerker lagmannsretten at Hæhre var godt kjent med arbeidets omfang gjennom konkurransegrunnlaget og deltakelsen i det forberedende arbeidet. Det forhold at det ble gjennomført flere totalbrudd enn de som var tidfestet i kontrakten, endrer ikke kontraktsarbeidets omfang eller karakter. Hæhre sto selv for valget av gjennomføringsmetode for arbeidet i eller nær jernbanesporet – enten det skulle gjennomføres i hvite tider eller i totalbrudd – i samsvar med Jernbaneverkets krav til sikkerhet for slikt arbeid. Arbeid i totalbrudd kan innebære en lettelse for Hæhres utførelse av kontraktsarbeidet. Lagmannsretten kan ikke se at Hæhre har sannsynliggjort – gjennom konkret dokumentasjon – at forutsetningene for kontraktsarbeidet er endret på en negativ måte for Hæhre ved at det ble gjennomført flere totalbrudd enn fastsatt i kontrakten.

Hæhre har særlig vist til arbeider ved Strandlykkja stasjon knyttet til delfrist 9, i området km 89 660 til km 89 970, som blant annet omfattet kabellegging, underbygning og drenering. Hæhre gjør gjeldende at byggherrens beslutning om endring av tidspunktet for arbeid i dette området medførte at Hæhre måtte arbeide i fem ekstra brudd – tilleggsbrudd nr. 4, 5, 6, 7 og 11 – og at dette påførte Hæhre ekstra kostnader. Partsvitnet Smetbak forklarte at arbeidet på grunn av endringen ble utført forsiktig, med små salver i stedet for store sprengsalver, slik Hæhre hadde planlagt.

Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at Hæhre har krav på vederlagsjustering. Dette var kontraktsarbeider som Hæhre hadde planlagt å utføre i langbruddet sommeren 2015. Noe av bakgrunnen for endringen kan synes å være arbeidets omfattende karakter, jf. også særmøte jernbanetekniske installasjoner 6. mars 2014. Partsvitnet Smetbak forklarte at det var satt av for lite tid til arbeidet, og at det ikke var tilrådelig å gjøre arbeidet i hvite tider. Dette siste ble for så vidt bekreftet av vitnet Bjørnar Karlsen fra Jernbaneverket. Vitnet Sæther forklarte på sin side at endringen kom i stand etter en henvendelse fra Hæhre om å fjerne spor 2 tidligere, for at arbeidsomfanget i langbruddet skulle bli mindre, noe byggherren aksepterte.

Det er imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til årsaksforholdene. For at lagmannsretten skal komme til at Hæhre har krav på vederlagsjustering, må Hæhre sannsynliggjøre at endringen samlet sett har medført en mindre effektiv utførelse. Som nevnt vil arbeid i totalbrudd også medføre en lettelse i entreprenørens utførelse.

Det er etter lagmannsrettens syn lite tidsnære bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre at dette medførte en mer krevende faktisk eller kostnadsmessig utførelse enn det som lå i kontrakten. Hæhre fremmet ikke krav i forbindelse med endringen. KOE 570 med senere revideringer og merknader inneholder ikke opplysninger som kan belyse merkostnader ved endringen i tidspunktet for utførelse, ut over å fremvise beregninger av hva hvert totalbrudd gjennomsnittlig koster. Lagmannsretten kan heller ikke se at byggherren gjennom ulike endringsordre, blant annet EO 571, på noen måte har akseptert at Hæhres

arbeid i ekstra totalbrudd generelt medfører krav om tilleggsvederlag. I fraværet av tidsnære bevis, kan derfor ikke lagmannsretten finne det bevist at Hæhre er påført arbeid det ikke er honorert for.

Det samme gjelder arbeidet i ekstra totalbrudd med sprenging av skjæring øst for Strandlykkja. Skjæringen som skulle sprenges, var dårlig, og man kunne risikere at fjellet slapp i større volum enn beregnet. Fjellet lå tett på jernbanetraseen, og det var derfor en viss risiko for at fjellet kunne havne i togsporet. Lagmannsretten legger til grunn at arbeidet ble utført i tilleggsbrudd nr. 8, 9 og 10, men også i hvite tider.

Det er på det rene – særlig ut fra Smetbaks og Karlsens forklaringer – at Hæhre og byggherren var på befaring og i dialog om hvordan dette arbeidet best kunne utføres. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det er sannsynliggjort at byggherren påla Hæhre å utføre arbeidet i totalbrudd, ut over å gi en anbefaling om det. Smetbak og Karlsen var sammen på befaring i området, og Karlsen avviste at han hadde gitt Hæhre pålegg om å utføre arbeidet i totalbrudd. Lagmannsretten legger derfor til grunn som sannsynlig at det endelige valget av å utføre arbeidet i totalbrudd var Hæhres, noe som sikret entreprenøren en mer hensiktsmessig utførelse. Arbeid i totalbrudd står fram som en klar lettelse i utførelsen for Hæhre, som ellers utelukkende måtte ha arbeidet i hvite tider med sprengningen. Noen prosjekteringsfeil fra byggherrens side kan ikke ses sannsynliggjort.

Samlet sett er det derfor ikke sannsynliggjort at utførelsen av sprengningen øst for Strandlykkja skyldes byggherreforhold eller har påført Hæhre kostnader som gir grunnlag for vederlagskrav.

I kontrakten var det ikke tidfestet totalbrudd i 2016. Det ble likevel gjennomført fire slike brudd dette året. Hæhre viser til at det hefter feil ved byggherrens prosjektering, og at Hæhre derfor måtte utføre arbeider på strekningen km 91 450 til km 91 700 i ekstra totalbrudd nr. 13, 14, 15 og 16 i 2016. Hæhre krever på dette grunnlag vederlag for dette arbeidet.

Lagmannsretten bemerker først at det ikke skyldes prosjekteringsfeil at det ble gjennomført totalbrudd også i 2016. Som foran nevnt, lå det allerede i kontrakten at det kunne bli aktuelt med flere totalbrudd enn de nevnte. Særlig lengre fram i tid vil det være vanskelig å fastsette og tidfeste et endelig antall totalbrudd. Vitnet Karlsen forklarte at totalbrudd ble meldt 48 måneder frem i tid. Det første av de aktuelle totalbruddene i 2016 ble gjennomført i april, det vil si mer enn 48 måneder etter utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.

I totalbruddene i 2016 ble det særlig utført arbeid med stikkrenner. Lagmannsretten legger til grunn at dette arbeidet skulle ha vært utført før delfrist 9, det vil si i langbruddet. I sår møte jernbanetekniske installasjoner i mars 2014 ble det opplyst at i det aktuelle

området ville ikke «drenering, fundament og føringsveger etableres før dagens bane er uten trafikk.» Dette forstår lagmannsretten som en utsettelse av dette arbeidet, fra langbruddet til et senere tidspunkt. Slik lagmannsretten vurderer dette, er det sannsynliggjort at denne endringen skyldes forhold som byggherren hefter for.

Imidlertid har Hæhre heller ikke på dette punkt sannsynliggjort at forutsetningene for utførelsen av kontraktsarbeidet har blitt endret på en slik måte at det har medført ekstra kostnader for Hæhre. Igjen er gjennomsnittsberegninger av kostnadene ved totalbrudd ikke egnet for å sannsynliggjøre slike ekstra kostnader. Tidsnære bevis er også fraværende; i Hæhres merknader til KOE 570 fra november 2016 – det vil si etter at de fire ekstra totalbruddene i 2016 var gjennomført – heter det kun: «Kravet opprettholdes og medtas i sluttoppgjøret. Summert med brudd gjennomført i 2016 (3 stk) er vårt krav stort kroner 13.538.000 eks mva.». På dette tidspunktet hadde Hæhre klar foranledning til, og mulighet for, å dokumentere at dette medførte merkostnader for entreprenøren ut over gjennomsnittsberegningene, også fordi byggherren hadde avslått Hæhres krav for de tidligere ekstra totalbruddene. Dette gjelder desto mer fordi utsettelsen av dette kontraktsarbeidet ble besluttet så vidt tidlig som i mars 2014, noe som ga Hæhre god tid til å planlegge arbeidet i dette området.

Lagmannsretten er derfor av det syn at det heller ikke er sannsynliggjort at Hæhre har krav på vederlag for totalbruddene i 2016.

Det ble utført *endringsarbeider* i åtte av de ekstra totalbruddene. Tingretten har i sin dom foretatt en gjennomgang av disse åtte totalbruddene og konkludert med at «kostnadene ved å arbeide i brudd er dekket gjennom EOer der det er bestilt tilleggsarbeider som skal utføres i totalbrudd.» Lagmannsretten deler denne vurderingen, idet det ikke er fremkommet andre beviser eller argumenter som skal tilsi en annen vurdering. Lagmannsretten slutter seg derfor til og gjengir nedenfor tingrettens vurdering av disse totalbruddene (med unntak av totalbrudd nr. 3, som ikke lenger er med i Hæhres krav).

Totalbrudd nr.1 – november 2012:

I dette totalbruddet ble det utført både tilleggsarbeider og kontraktsarbeider (sprengning). I EO 037 (Q 55-57) er det avtalt en rundsum for tilleggsarbeidet på kr. 4 131 903,75 og det følger av vedlegget som viser regningsoppsettet at det i dette beløpet inngår en sum for «Rigg, drift, forberedende arbeider, planlegging» på kr 707 629,45 som «Inkluderer stopp og omdisponering av utstyr i linjen generelt den 23, 24 og 25 nov». Det er også RS post for «Rigg, drift, forberedende arbeider, planlegging» på kr 77 446,50 for øvrige tilleggsarbeider. Det er ikke sannsynliggjort ytterligere kostnader knyttet til at det ble utført også sprengningsarbeider i dette totalbruddet, som ikke veies opp av den økte effektiviteten det representerer å kunne sprengre over noe lengre tidsrom enn i hvite tider, jf. det stramme regimet det er redegjort for innledningsvis og som forutsettes priset i Hæhres anbud.

Totalbrudd nr. 2 – oktober 2013:

Det ble utført både kontraktarbeid og tilleggsarbeid i dette totalbruddet og tilleggsarbeidene er regulert i EO 136 (S 470), som viser til KOE 164 (O 290). Det fremgår at partene avtalte en RS (kr. 110 975,-) for tilleggsarbeidet, som også omfattet overtidsarbeid for kontraktarbeidet som skal utføres fordi disse arbeidene ikke var forutsatt utført ifm. totalbrudd (helg/natt), men utført på ordinær arbeidstid. Etter rettens vurdering er merkostnadene knyttet til arbeid utført i totalbruddet gjort opp gjennom denne EOen, og slik den er formulert tyder det på at det også var Hæhres oppfatning.

Totalbrudd nr. 3 – mars 2014:

(...)

Totalbrudd nr. 4 – mai 2014:

Hæhre har opplyst at det er utført både kontraktsarbeider og tilleggsarbeider i dette totalbruddet. Det er under hovedforhandlingen ikke framkommet om tilleggsarbeidet (bygging av vei ned mot planlagt planovergang ved ca. km. 91 000) er regulert av noen fremlagt EO. Smetbak forklarte at arbeidene måtte utføres i brudd både av sikkerhetsmessige grunner og for å nå kontraktens milepæler pga. ikke utilstrekkelige «hvite tider».

Byggherren har i sin tilbakemelding til KOE 570 (P 999) anført at det dreier seg om kontraktarbeid hvor mye av arbeidet ikke måtte utføres i brudd, samt at det ikke er arbeidet natt og at arbeidet gjøres opp på A-nota.

Det er ikke for retten sannsynliggjort at Hæhre har hatt kostnader ved dette totalbruddet som ikke er dekket opp. Retten har ved denne vurderingen også vektlagt at Hæhre ved de øvrige totalbruddene har presentert KOEer med krav om dekning av merkostnader knyttet til arbeid i totalbrudd der de har ment at de påføres ikke forutsatte kostnader. At det ikke er gjort for dette bruddet, tilsier at Hæhre på det tidspunktet arbeidet ble utført, ikke oppfattet at de hadde merkostnader som ikke var dekket inn.

Totalbrudd nr. 5 – juni 2014:

I totalbrudd nr. 5 er det utført både tilleggsarbeider og kontraktsarbeider. Vederlag for tilleggsarbeidene er regulert i EO 257 (S 600) som viser til PF 034. I Hæhres pristilbud, som aksepteres av byggherren, har Hæhre gitt en RS (kr. 1 463 853,-) som de begrunner slik:

- Enhetspriser er hentet fra anbud, men justert mht overtid samt ineffektiv drift ved arbeider ifm totalbrudd som krever overkapasitet av ressurser for å sikre framdrift.
- For å kunne gjennomføre disse arbeidene, må entreprenøren omdisponere sine ressurser for å klare framdriften i totalbruddet. Dette medfører at deler av våre ressurser (maskiner og mannskap) blir stående uproduktivt. Dette er inkludert i vårt tilbud.
- Vi foreslår å låse mengder som angitt i oversendt beskrivelse, og avregne arbeidene som tilbud RS. Hvis BH ønsker utarbeidelse av målebrev tilkommer RS 50 000,- eks mva. for disse arbeidene.

At Hæhre i tillegg utførte kontraktsarbeider som var nødvendig å utføre i totalbrudd medfører ikke at Hæhre i ettertid også kan kreve dekket merkostnader for disse arbeidene. For det første er det, slik det også fremkommer ovenfor, rettens syn at kostnadene ved kontraktsarbeider som er forutsatt utført i totalbrudd allerede er hensyntatt i kontraktens priser. Begrunnelsen for KOE 164 (totalbrudd 2 ovenfor) støtter rettens vurdering av at det også var Hæhres forståelse. I den KOEen krever Hæhre dekket merkostnader for kontraktsarbeider som nettopp ikke var forutsatt utført i totalbrudd. Det er etter rettens vurdering heller ikke sannsynliggjort at merkostnadene knyttet til utførelse av kontraktsarbeider i totalbruddet, ikke veies opp av den økte effektiviteten ved å kunne arbeide i totalbrudd, jf. det stramme regimet det er redegjort for innledningsvis.

Totalbrudd nr. 8 – oktober 2014:

Det ble utført både kontraktarbeider og tilleggsarbeider i totalbrudd nr. 8.

Tilleggsarbeider er regulert i EO 460 (S 989), som viser til KOE 453.

Kontraktarbeidene bestod av sprengning og gjenstående arbeider rundt teknisk bygg km. 91.000. Tilleggsarbeidene bestod av sikring av fjellskjæringen på en strekning. Etter befaring ble det bestemt at sikringsarbeidet måtte utføres i totalbrudd på grunn av nærheten til sporet. Det fremkommer av KOE 453 at Gjerden Fjellsikring, på grunn av tidspress, måtte arbeide overtid under totalbruddet for å få fjellsikringen ferdig i tide. I KOE 453 fremsetter Hæhre krav om å få dette overtidsarbeidet (kr. 9 680,-) dekket, noe de fikk i EO 460.

Det er etter rettens vurdering heller ikke her sannsynliggjort at merkostnadene knyttet til utførelse av kontraktsarbeider i totalbruddet (herunder sprengning), ikke veies opp av den økte effektiviteten ved å kunne arbeide i totalbrudd, jf. det som er sagt også ovenfor om dette. Også oversendelsen av KOE 453, som gjaldt et krav på snaut 10 000 kroner, tilsier i seg selv at Hæhre var oppmerksom på de situasjonene hvor de ikke hadde sine kostnader dekket, og at Hæhres oppfatning på dette tidspunktet var, forutsatt at de fikk overtidsbetalingen dekket, at arbeidet i totalbruddet ikke påførte dem ytterligere kostnader som de etter kontrakten hadde krav på vederlag for.

Totalbrudd nr. 10 – mai 2015

Under totalbrudd nr. 10 ble det også utført både kontraktarbeider og tilleggsarbeider. Avtalt godtgjørelse for tilleggsarbeidene fremkommer av EO 544 (S 1018), som viser til og aksepterer Hæhres tilbud etter prisforespørsel fra byggherren, PF 054 (S 1021). Det fremkommer av pristilbudet følgende:

- Enhetspriser er hentet fra anbud, men justert mht overtid samt ineffektiv drift ved arbeider ifm totalbrudd som krever overkapasitet av ressurser for å sikre framdrift.
- For å kunne gjennomføre disse arbeidene, må entreprenøren omdisponere sine ressurser for å klare framdriften i totalbruddet. Dette er inkludert i vårt tilbud.
- Vi foreslår å låse mengder som angitt i oversendt beskrivelse, og avregne arbeidene som tilbud RS. Hvis BH ønsker utarbeidelse av målebrev tilkommer RS 85 000,- eks mva. for disse arbeidene.

Retten viser til det som er sagt ovenfor, særlig under totalbrudd nr. 5, som har en nesten likelydende formulering i pristilbudet. Etter rettens vurdering er det ikke etter kontrakten grunnlag for å kreve ytterligere kostnader dekket knyttet til arbeidet i dette totalbruddet. Det kontraktarbeidet som ble utført var sprengning, som antas å kunne gjøres mer effektivt under et totalbrudd, sammenlignet med hvite tider, samt montering av trekkør under Dovrebanelen, som også forutsetter at toget ikke går. Det er ingen endringer av dette kontraktarbeidet som tilsier at kostnadene ved å utføre det ikke allerede er hensyntatt i kontraktens priser.

Totalbrudd nr. 11 – juni 2015

Retten viser til det som er sagt ovenfor under totalbrudd nr. 10. Tilleggsarbeidene er også her regulert av EO 544 og basert på prisforespørsel PF 054. Det er også utført kontraktsarbeider i dette totalbruddet som måtte utføres i brudd. Det er ingen endring av disse arbeidene og kostnadene ved dette anses allerede priset i Hæhres opprinnelige anbud.

Samlet er derfor lagmannsretten kommet til at det ikke er grunnlag for kravet på vederlag for ekstra totalbrudd.

6.3. KOE 567 – flytting av langbruddet

6.3.1. Partenes anførsler i hovedtrekk

i) Hæhre

Det er på det rene at flyttingen av langbruddet utgjør et byggherreforhold, noe som også er erkjent av byggherren gjennom at han aksepterte å betale vederlag for merkostnader ved vinterdrift. Partene har gjennom prosjektet lagt til grunn at en flytting av langbruddet er byggherrens risiko.

Det er klart angitt i kontrakten at Hæhre skulle utføre arbeider i langbruddet i juli 2015. Byggherrens opplysning i kontrakten om mulig flytting av langbruddet er ikke til hinder for vederlagsjustering – tvert om måtte dette håndteres etter kontraktens regler om vederlagsjustering, rigg og drift og forsering. Det er ingen holdepunkter for at Hæhre skulle priset inn en mulig uavklart flytting av langbruddet.

Byggherren ba i forbindelse med den første flyttingen om tilbakemelding på hvilke konsekvenser flyttingen ville få. Hæhre hadde ikke da oversikt over dette, men ville komme tilbake til det så snart alle forhold var avklart. Hæhre antok det ville komme flere endringer. Da langbruddet ble flyttet for andre gang, svarte Hæhre at grunnlaget for kalkylen var forrykket. Hæhre ga da en foreløpig oversikt over konsekvensene. Hæhre så på byggherrens avslag som bestilling av forsering, noe Hæhre krevde vederlag for i KOE 586.

Hæhre har krav på fristforlengelse, og denne skal svare til den virkning byggherreforholdet har hatt på fremdriften. Hæhre fikk her tilgang nesten tre måneder senere enn angitt i kontrakten. Hæhre har varslet forsering og har gjennomført forseringen. Før forseringen priset partene dette til 19,7 mill. kroner. Hæhre krever oppgjør i samsvar med det partene var enige om, og krever restbeløpet under EO 602, etter at Hæhre kun har fått 11,6 mill. kroner av det estimerte vederlaget partene var enige om.

Merkostnadskravet skriver seg fra at Hæhre har hatt merkostnader som følge av flyttingen som ikke er oppgjort i andre EOer: Det har vært forlenget behov for planlegging, mobilisering av ressurser og innhenting av ressurser fra andre anlegg. Byggherren har hele tiden vært innforstått med at det ville påløpe merkostnader. Partene har også eksplisitt avtalt at EO 571 ikke innebærer oppgjør for merkostnader under KOE 567.

ii) Byggherren

Flyttingen av langbruddet innebærer ingen endring av arbeidet som skulle utføres. Eksempelvis måtte planleggingen av kontraktsarbeidet uansett utføres og var omfattet av kontraktens priser. Det var god tid til å forberede arbeidet, og det er ikke utført planlegging to ganger. Partene har avtalt kompensasjon gjennom tillegget på 40 % avtalt i EO 602 og gjennom øvrig tilleggsbetaling tilknyttet delfrist 9. Mens det ordinære kontraktsarbeidet var priset til ca. 7 mill. kroner, har Hæhre fått ca. 15 mill. kroner i tillegg.

Den vesentligste flyttingen ble Hæhre underrettet om allerede i mars 2014. Hæhre ga ingen konkret tilbakemelding på konsekvenser av den første flyttingen. Da Hæhre ved den andre flyttingen gjorde gjeldende at grunnlaget for entreprenørens kalkyle var forrykket, hadde Hæhre fokus på flyttingen fra sommeren, selv om dette tidspunktet var forlatt året før. Hæhre bekreftet også at de hadde tilgjengelige ressurser til arbeidet. Timeprisen for personell eller maskiner påvirkes ikke av flyttingen. Hæhre har heller ikke dokumentert konsekvenser på andre anlegg. Det er heller ikke dokumentert noe ekstra kostnader på

funksjonærer og planlegging, selv om dette enkelt kunne latt seg gjøre. EO 602 dekker konsekvensene av flyttingen.

Kravet om vederlag for forsering ble fremmet nært opp til sluttoppgjøret. Det var ikke grunnlag for å forsere på byggherrens regning ved siden av vederlaget etter EO 602. Det gjensto bare begrenset arbeid etter langbruddet, og det er ikke holdepunkter for at arbeidet faktisk ble forsert. Hæhre har heller ikke varslet hva forseringen ville gå ut på eller hva det ville antas å koste.

6.3.2. *Lagmannsrettens vurdering*

Det er ikke tvilsomt at flyttingen av langbruddet er et byggherreforhold som kan gi grunnlag for vederlagsjustering. Det er på den annen side på det rene at gjennomføringen av langbruddet uansett medfører kostnader for entreprenøren uavhengig av om det gjennomføres i opprinnelig kontraktsbestemt tidsrom eller annen periode. Entreprenøren kan derfor ikke kreve vederlag for arbeid som uansett skulle vært utført i langbruddet. Det er bare *merkostnader* som følge av flyttingen som kan gi grunnlag for vederlagskrav. Dette kan være forhøyede kostnader som følge av årstid, dobbel planlegging eller merkostnader ved allokering og mobilisering av ressurser.

Lagmannsretten minner igjen om at det er Hæhre som har bevisbyrden for at slike merkostnader er påløpt, og om at særlig tidsnære bevis kan bidra til å oppfylle bevisbyrden.

Det fremgikk av kontraktens del C1 punkt 29.2 at det kunne bli aktuelt å forskyve det planlagte langbruddet til et senere tidspunkt høsten 2015 eller til sommeren 2016, «dersom det viser seg at JBT får framdriftsproblemer av forskjellige årsaker». Flyttingen av langbruddet ble meldt første gang i byggherremelding i mars 2014, nærmere 16 måneder før langbruddet etter planen skulle avholdes. Hæhre ga på dette tidspunktet ikke konkrete tilbakemeldinger på byggherrens anmodning om tilbakemelding på «hvilke eventuelle konsekvenser disse tidsforskyvningene vil utløse.»

Først etter at langbruddet var utsatt for andre gang i mai 2015, varslet Hæhre at flyttingen av langbruddet hadde konsekvenser, idet det forrykket «grunnlaget for vår kalkyle». Som eksempler på konsekvenser nevnte Hæhre følgende:

Vi gjør oppmerksom på at det er en betydelig redusert kapasitet på arbeid som utføres på denne årstiden kontra kontraktens forutsatte tidspunkt sommeren 2015. Herunder ligger også begrensninger i tilgjengelige arbeidsfronter slik at det ikke enkelt lar seg gjøre å sette på økte ressurser uten å øke risikoen for skader på mannskap og maskiner.

Videre blir arbeider som skal utføres etter at Dovrebanen er lagt om til ny trase betydelig forsinket og må utføres i en meget ugunstig årstid. Dette vil også medføre betydelig kostnadsøkninger i tillegg til framdriftsmessige konsekvenser som vi ennå ikke har oversikt over.

Det er også på det rene at entreprenøren må demobilisere mannskap og maskiner sommeren 2015 for så å mobilisere på nytt i oktober 2015.

Denne første reelle begrunnelsen for kravet var derfor særlig fokusert på merkostnader fordi langbruddet skulle flyttes fra sommeren til høsten 2015. Lagmannsretten minner om at Hæhre har fått godtgjort i EO 602 i form av forhøyede enhetspriser for den ulempe ugunstig årstid hadde for gjennomføringen.

Lagmannsretten viser videre til at Hæhre ikke meldte om konkrete merutgifter på grunn av endring i årstid da byggherren første gang varslet at langbruddet ikke skulle gjennomføres på sommeren, men på høsten. At en slik flytting eventuelt ville medføre konsekvenser, måtte være like klart for Hæhre da langbruddet ble flyttet første gang som andre gang. Etter Hæhres syn var det tale om store konsekvenser – kravet ble i juli 2015 tallfestet til 25 mill. kroner. Hæhre skrev selv i august 2015 at det må være «innlysende at flytting av 23 dagers totalbrudd fra juli 2015 til november 2015 har stor betydning for entreprenørens kostnader, og dermed skal kompenseres av byggherren.» Dette skulle være like innlysende i mars 2014. Likevel fremkom ingen konkrete konsekvenser da. Partsvitnet Smetbak forklarte riktignok at Hæhre forventet ytterligere utsettelse av langbruddet og derfor ikke varslet konsekvenser i mars 2014. Dette endrer likevel ikke det faktum at Hæhre kunne konkretisert konsekvensene allerede da, og at det ikke foreligger tidsnære bevis som kan belyse vurderingen av konsekvensene av flyttingen av langbruddet fra sommeren til høsten 2015.

Det er i tillegg lagmannsrettens syn at Hæhre – etter byggherremeldingen i mars 2014 – hadde rikelig med tid til å innrette arbeidet slik at det ikke påløp mye ekstra ressurser på grunn av flyttingen.

Først i november 2016 – etter at anlegget var overtatt – fremkom Hæhre med en spesifisert oversikt over de merkostnader Hæhre hevdet å ha hatt på grunn av flyttingen. Bevisverdien av denne spesifikasjonen er etter lagmannsrettens syn begrenset, både på grunn av at det da hadde gått over to og et halvt år etter den første beslutningen om å flytte langbruddet, og ett år etter langbruddet faktisk ble gjennomført, og fordi den i liten grad knyttes an til underlag i form av dokumenter eller andre tidsnære bevis.

Det står blant annet ikke tilstrekkelig forklart hvorfor det i perioden september til november 2015 var nødvendig å bruke 740 timer til gjentatt planlegging av langbruddet. Det fremgår riktignok av Hæhres merknader i november 2016 at «ressurser som var

tiltenkt planleggingsjobben på langbruddet måtte hentes inn igjen høsten 2015 for å gjennomføre planleggingsarbeid som kunne vært utført mens mannskapene var på anlegget våren 2015». Partsvitnet Smetbak forklarte også hvordan han ble holdt igjen på anlegget på grunn av flyttingen, og at andre ressurser ble brukt til planleggingen. Hæhres merknader i november 2016 om «planleggingsarbeid som kunne vært utført» må imidlertid forstås slik at det ikke ble utført planlegging våren 2015, og at all planlegging foregikk høsten 2015. Da har ikke lagmannsretten holdepunkter for at de 740 timene er merforbruk som følge av flyttingen.

Posten for allokering og mobilisering av ressurser mangler også elementet av sammenligning med ressurser som uansett skulle brukes, og de ressurser som faktisk ble brukt. Det er få holdepunkter for at timepris eller timebruken på anlegget ble endret som følge av flyttingen av langbruddet, verken på mannskap eller utstyr. Smetbak forklarte riktignok også her hvordan ressursene ble disponert, men det mangler også her underlag som kan vise at det har påløpt merkostnader som følge av flyttingen. Det samme gjelder posten for ineffektiv drift på andre anlegg. Heller ikke dette kravet er tilstrekkelig spesifisert og dokumentert til at det anses sannsynliggjort som tap ved andre anlegg. Lagmannsretten bemerker også at beregningen av kravet, ved bruk av samme formel som i EO 571, ikke er egnet som beregningsgrunnlag. EO 571 har ingen overføringsverdi for dette kravet.

Samlet er derfor lagmannsretten kommet til at det ikke er grunnlag for kravet på merkostnader som følge av flyttingen av langbruddet (element c i kravet).

For så vidt gjelder kravet om kompensasjon for *forsering* (element a i kravet), slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering, idet det ikke er fremkommet bevis eller argumentasjon som kan tilsi en annen vurdering. Lagmannsretten deler dermed den følgende vurderingen av tingretten:

Hæhre har ikke sannsynliggjort at det gjenstående kontraktarbeidet lå på kritisk linje i prosjektet slik at flyttingen av langbruddet medførte noen rett til fristforlengelse. Det er heller ikke dokumentert, eller på annen måte sannsynliggjort, at det har vært iverksatt forsering, utover det som følger av økt ressursbruk på grunn av arbeid i ugunstig årstid og som anses dekket av tillegget på 40 % på enhetsprisene (delkrav b). Etter kontraktens alminnelige bestemmelser, kapittel C, pkt. 24.8 andre avsnitt, skal entreprenøren varsle byggherren med angivelse av hva forseringen antas å ville koste, før forsering iverksettes. Det er ikke gjort. Hæhre har heller ikke i ettertid fremlagt noen dokumentasjon for hvilken forsering som ble gjennomført. I EO 602 er stipulert beregningsgrunnlag satt til kr. 49 305 237,-, slik at tillegget på 40 % for ugunstig årstid ble stipulert til kr 19 722 094,80. Den reelle kostnaden viste seg imidlertid å bli mindre fordi Hæhre utførte mindre arbeid enn stipulert mengde. Omforent tilleggsvederlag etter EO 602 ble kr. 11 653 317. Det støtter rettens

vurdering av at det gjenstående arbeidet ikke lå på kritisk linje i prosjektet, og at mengden arbeid var begrenset slik at det ikke var nødvendig å iverksette forsering.

*Etter at Hæhre i juli 2015 fremsatte krav om kostnader på grunn av forskjøvet sluttfrist i henhold til kontraktens kapittel C, pkt. 25.10 a), ba byggherren (etter å ha avvist kravet om forskjøvet sluttfrist) om at «eventuelle påberopte andre krav for opprettholdelse av foreliggende sluttfrist bes fremlagt og dokumentert». Retten forstår dette som en anmodning om å angi og dokumentere eventuelle forseringskostnader. Slik dokumentasjon ble ikke fremlagt. Den 28. november 2016 framsatte imidlertid Hæhre et krav på forsering beregnet til det beløpet som maksimalt kan kreves etter kontraktens kapittel C, pkt. 24.8, slik: «(dagmulkt tillagt 30% multiplisert med forsinkelse/den tid som skal forseres inn = (50.000 kr/døgn * 1,3) * 228 døgn = 14.820.999 eks mva». Dette representerer ingen angivelse eller dokumentasjon for hvilken forsering som ble iverksatt. Forseringskostnader er etter dette ikke tilstrekkelig sannsynliggjort. At Smetbak under hovedforhandlingen, over 3 år etter at arbeidet ble utført, forklarte seg om utfordringer knyttet til bygging av fylkesveg og Mjøstråkk, herunder om endret skiftordning i forhold til hva som opprinnelig var planlagt, endrer ikke rettens vurdering. Det gir heller ikke retten forutsetninger for eventuelt skjønsmessig å vurdere omfanget av den anførte forseringen. Hæhre får etter dette ikke medhold i sitt krav under delkrav a).*

6.4. Samlet vurdering av Hæhres krav

Krav	Omtvistet beløp	Tilkjent av lagmannsretten
KOE 570 Økt antall totalbrudd	10 387 500	0
KOE 567 Endrede forutsetninger for utførelse av kontraktsarbeider	18 687 627	0
<u>Totalsum denne gruppen</u>	<u>29 075 127</u>	<u>0</u>

7 . K O E 0 2 0 – m a n g l e n d e p r o s e s s f o r r e i s

7.1. Bakgrunnen for tvisten

Hæhre fremmet 10. september 2012 krav om endringsordre (KOE 020), med bakgrunn i at det etter Hæhres syn manglet prosess 84.1 for stillas/reis på i alt 11 konstruksjoner. Hæhre krevde derfor dekket kostnadene som var forbundet med arbeider med reis. Byggherren avslo kravet med henvisning til at prosess 84.1 inngikk i prosess 84.2 for de aktuelle konstruksjonene.

Kontraktens del D prosess 84 inneholder prosesser for betongarbeider, og prosessen omfatter «alle materialer og arbeider ved utførelse av konstruksjonsdeler av betong.»

Kapitlet er videre delt inn i underprosesser, som 84.11 følgende om stillas, provisoriske avstivinger og overbygg, og prosess 84.2 om forskaling.

Prosess 84.1 a) omfatter «alle materialer og arbeider forbundet med oppsetting, ev. vedlikehold og fjerning av spesielle stillas og avstivinger som har bærende eller støttende virkning for vertikal- og/eller horisontallast på byggverket eller deler av byggverket i byggetida, inklusive deres fundamenter.»

Prosess 84.2 a) omfatter «levering, oppsetting og riving av forskaling med nødvendige understøttelser, avstivinger og avstøttinger, avsteng, utsparinger, avfasinger, behandling med staghull etc. Omfatter komplett forskaling med den geometri som er vist på tegningene.» Det heter videre i denne prosessens tredje avsnitt at «stillaser, avstivninger og understøttelser som er nødvendige for å utføre forskalings- armerings- og støpearbeidene, men som ikke er dekket av egne prosesser under 84.1 skal regnes inkludert i forskalingsprosessene.»

I kontraktens stedsbeskrivelser er det inntatt prispåbærende poster for alle betongkonstruksjoner i prosjektet (ca. 20 konstruksjoner). For ni av disse – B02 (delvis), B06, B07, B10, B11, B22 og B53 – er det inntatt egne 84.1-prosesser for underbygning/reis. For de 11 øvrige konstruksjonene – B01, B02 (delvis), B03, B04, B05, B08, B09, B26, B51, B52 og B54 – er det imidlertid ikke inntatt 84.1-prosesser.

Saken reiser spørsmål om 84.1-prosesser er uteglemt for de sistnevnte 11 konstruksjonene, og om Hæhre derfor skal ha vederlag for det faktiske arbeidet med reis som er utført, i tråd med 84.1. Alternativt må arbeid med reis på de konstruksjoner hvor det ikke er inntatt prosesser for reis anses inkludert i forskalingsprosessene i 84.2, i tråd med prosess 84.2 a) tredje avsnitt.

Hæhres krav under KOE 020 er på 6 323 899 kroner. Beløpets størrelse er for så vidt ikke bestridt, men byggherren bestrider at det er kontraktsmessig grunnlag for kravet. Tingretten ga Hæhre medhold i kravet, idet den fant at kontrakten var uklar på dette punkt, og at denne uklarheten måtte gå ut over byggherren, som hadde utformet kontrakten. Byggherren har påanket tingrettens dom på dette punkt.

7.2. Partenes anførsler i hovedtrekk

7.2.1. Byggherren

Det er vanskelig å se at kontrakten er uklar. Det fremgår uttrykkelig av kontraktens prosesser at det entreprenøren trenger for understøttelse av forskaling, skal inkluderes i prosess 84.2, så fremt det ikke er dekket av egne prosesser under 84.1. Kontrakten inneholder prispåbærende prosesser enkelte steder hvor prosess 84.1 er brukt, samtidig som den inneholder prosesser hvor 84.1 ikke er brukt. I sistnevnte tilfeller skal

understøttelse/reis prises inn i forskalingsprosessen 84.2. Det er ingen tvil om hva den sistnevnte prosessen gjelder.

Denne tolkningen følger av tradisjonell avtaletolkning med særlig vekt på de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende i anbudprosesser. Ordlyden er klar. Det er intet behov for å presisere kontraktsteksten for at denne formuleringen skal forstås. Det gjelder dessuten et prinsipp om fullstendig prising, som tilsier at kontrakten skal prises i sin helhet, jf. også prosesskoden 2 (2007) punkt 4.3. I dette tilfellet er det ingen tvil om at arbeidet også omfatter understøttelse/reis.

Av prosesskoden (1997) fremgår bakgrunnen for hvorfor kontrakten opererer med et dobbeltsporet system, ved at «større stillasarbeider» – det vil si mer krevende arbeider – inngår i egne prosesser, og andre arbeider skal prises i forskalingsprosessen. Så kan man være uenig i hva som må anses som «større» arbeider, men det er likevel klart at kontrakten bygger på et dobbeltsporet system. Hæhres forståelse av kontrakten er i strid med hensynene bak dette systemet. At praksis kan ha vært en annen på andre prosjekter, som FP1 og FP2, er ikke avgjørende.

7.2.2. Hæhre

Tolkningsspørsmålet denne del av tvisten reiser, gjør det nødvendig for lagmannsretten å vurdere om byggherren skal få lov til å fortsette med en inkonsekvent bruk av prosesskoden. Byggherren har i dette tilfellet – i strid med egen praksis på flere prosjekter samt prosesskodens system – ikke tatt med egne prosesser for reis for 11 konstruksjoner i prosjektet. Det følger av rettspraksis at anbudsgrunnlaget skal være gjennomarbeidet, klart og presist, og at det bør være basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av bransjens standarder. Det er et prosjekteringsansvar å påse at alle operasjoner som er nødvendige for å få en komplett vei/bane er med. I dette prosjektet var en rekke prosesser uteglemt.

Det følger av prosesskodens innledning punkt 5 at arbeidets omfang beskrevet i en overordnet prosess ikke gjelder for den underordnede, dersom ny tekst for omfang er angitt. Dermed er omfanget av ytelsen som entreprenøren skal prise, det omfanget som er beskrevet i prosess på laveste nivå. Omfangsbeskrivelsen i prosess 84.2 a) er utvilsomt satt til side av prosess 84.21 a), 84.22 a), 84.23 a) og 84.254 a). Disse prosessene sier ingenting om reis, og ordlyden er klar. Prosesskoden er utarbeidet – og endret fra tidligere versjoner – av byggherren.

Selv om det ikke skulle legges til grunn at det er omfangsbeskrivelsen på laveste nivå som gjelder, er Hæhres krav uansett knyttet til reis som omfattes av 84.1-prosesser, og som ikke er del av understøttelsen etter prosess 84.2 a). Kravet gjelder dermed kostnader til bærende reis for dekket på konstruksjonene. Kontraktens formuleringer kan åpne for to tolkningsresultater, og kontrakten må da tolkes i samsvar med bestemmelsens formål,

reelle hensyn og systembetraktninger. Teksten i 84.2 a) er hentet direkte fra prosesskoden, og bestemmelsen må leses i sammenheng med prosesskodens øvrige bestemmelser.

Det er arbeider som ikke hører inn under 84.1-prosessene som skal med i 84.2. Dette henger nært sammen med underinndelingsprinsippet. Formålet med 84.2 a) er å dekke opp grensetilfeller som ikke er tatt med i 84.1-prosessene, men i vår sak er det ikke grensetilfeller det er tale om. Det gjelder følgelig intet tosporet system for konstruksjonene i den foreliggende saken. Kontrakten har en overordnet rotbeskrivelse som spesifikt har inntatt fire 84.1-prosesser, noe som gir Hæhre klart signal om at reis-prosesser er med i kontrakten og skal prises i disse prosessene. Eksempelvis har prosess 84.13 prosess for stillas reist direkte fra bakken.

Det er ingen tydelig systematikk for hvilke konstruksjoner som eventuelt er omfattet av 84.2 a). Det er ikke klart for Hæhre hva byggherren har tenkt, og det skapes en uklarhet og klar oppfordring til byggherren om å opplyse om sin forståelse av kontrakten. I beste fall er det tvil om hva som har vært byggherrens mening, og byggherren kunne enkelt unngått denne tvilen. Hæhre må få betalt for utført arbeid, og vederlaget kan beregnes ut fra anvendelige enhetspriser, med utgangspunkt i en rundsum-pris for en representativ konstruksjon.

7.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten minner innledningsvis om at kontrakten skal tolkes objektivt, og at det er byggherren som har risikoen for uklarheter som måtte gjenstå etter en objektiv forståelse av anbudsgrunnlaget. Det stilles strenge krav til klarhet, men dersom anbudsgrunnlaget er tilstrekkelig klart ut fra en slik objektiv forståelse, vil det ha liten betydning hvilken oppfatning partene subjektivt sett har hatt av de relevante bestemmelser i kontrakten.

Ved lagmannsrettens vurdering av kontraktens prosesser 84.1 og 84.2, og betydningen av disse prosessene for konstruksjoner som ikke uttrykkelig er omfattet av prosess 84.1, har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – førstelagmann Sollie, lagdommer Heide, ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – er kommet til at Hæhre ikke kan gis medhold i sitt krav. Det er flertallets syn at det er klart ut fra anbudsgrunnlaget at reis/understøttelse til de 11 konstruksjonene som ikke er uttrykkelig omfattet av prosess 84.1, ikke skal honoreres ut over den pris som er gitt under prosess 84.2.

Flertallet viser til at kontrakten klart og entydig skiller mellom ulike konstruksjoner i prosjektet, ved at enkelte av dem ved stedsangivelse uttrykkelig er omfattet av 84.1-prosesser, mens andre ikke er det. Eksempelvis er prosess 84.11 (fundamentering av stillas) og 84.131 (bærende stillas reist direkte fra bakken for bruoverbygningen) gjort gjeldende for Strandlykkja bru (konstruksjon B02- D1). Prosessene er der prisbærende, og

beregnet til rundsum henholdsvis 75 400 og 500 000 kroner. Motsetningsvis er for eksempel Postbekken kulvert (B01) ikke omfattet av 84.1-prosesser. Flertallet peker på at det ut fra kontrakten ikke er tvilsomt hvilke konstruksjoner som hører til den ene eller andre gruppen.

Det er imidlertid heller ikke tvilsomt at også de 11 konstruksjonene som ikke uttrykkelig er omfattet av 84.1-prosesser, krever understøttelse/reis. Uten nærmere bestemmelser om slikt arbeid i kontrakten for disse konstruksjonene, ville det vært nærliggende å vurdere det slik at det manglet prosess for understøttelse/reis, og at Hæhre da ville ha krav på vederlag for arbeidet. Slik er likevel ikke situasjonen i denne saken. Som foran nevnt, fremgår det av forskalingsprosessen 84.2 tredje avsnitt at «stillaser, avstivinger og understøttelser som er nødvendige for å utføre forskalings-, armerings- og støpearbeidene, men som ikke er dekket av egne prosesser under 84.1 skal regnes inkludert i forskalingsprosessene».

Flertallet mener dette ikke kan forstås annerledes av en alminnelig forstandig tilbyder enn at det ikke gis særskilt vederlag for understøttelse/reis for de aktuelle 11 konstruksjonene, og at slikt arbeid skal prises inn i prosess 84.2. Noen grunn til å presisere dette ytterligere under spesiell beskrivelse foreligger etter flertallets syn ikke.

Det er på det rene at Hæhre priset 84.2-prosessene på disse konstruksjonene, eksempelvis er Postbekken kulvert priset med en kvadratmeterpris på 2 210 kroner under prosess 84.211 (plan forskaling, valgfri forskalingshud). Flertallet legger til grunn at Hæhre ikke la inn pris for understøttelse/reis i denne prisen. Det vil imidlertid være mulig for tilbyderne å legge inn pris for understøttelse/reis som del av prisen under denne prosessen. Riktignok er det mer hensiktsmessig å prise understøttelse/reis pr. *kubikkmeter*, men med kjennskap til konstruksjonens geometri, kan tilbyderne gi en samlet pris for forskalingen, inkludert understøttelse/reis, pr. kvadratmeter.

Bakgrunnen for at kontrakten skiller mellom konstruksjoner der understøttelse/reis som har egne prosesser under 84.1, og konstruksjoner hvor understøttelsen/reisen skal prises inn i forskalingsprosessen i 84.2, kommer, slik flertallet ser det, til uttrykk i prosesskoden (1997-versjonen). Det heter der under prosess 84.2 a): «Større stillasarbeider samt avstiving av herdnede konstruksjoner fra til sammenbygning i konstruksjonen, inngår i egne prosesser under 84.1.» Når prosess 84.1 er forbeholdt større stillasarbeider, har det sammenheng med at det er der det er naturlig å gi egne priser på understøttelsen. For de øvrige arbeidene er dette mer naturlig å inkorporere i prisen for forskalingen. Det er flertallets syn at 2007-versjonen ikke tilsikter noen realitetsforskjell her.

Nå er neppe skillet mellom «større arbeider» og andre arbeider fulgt konsekvent i denne kontrakten. Det kan dessuten være ulikt syn på hvor skillet skal trekkes. Etter flertallets syn har dette likevel ikke nevneverdig betydning for den objektive tolkningen av kontrakten, når den klart, entydig og objektivt angir hvilke konstruksjoner som er omfattet av 84.1 og

hvilke som er omfattet av 84.2. Noe behov for tilbyderne til å vurdere hvilke arbeider som faller inn i den ene eller andre gruppen, foreligger derfor ikke.

Av samme grunn har det begrenset betydning for den objektive tolkningen av kontrakten at det i andre prosjekter, som FP1 og FP2, har vært fulgt en noe annen praksis for hvilke arbeider som er omfattet av 84.1. Når kontrakten på FP3 er objektivt sett klar, skaper ikke kontrakter på andre prosjekter noen objektiv uklarhet for forståelsen av vår kontrakt. Det er riktignok viktig at bruken og forståelsen av ulike standarder er konsekvent i ulike anbudsgrunnlag, jf. blant annet Rt-2007-1489 (Byggholt) avsnitt 62. Men i dette tilfellet er det ikke tale om en inkonsekvent forståelse av standardene. Prosesskoden bygger generelt, slik flertallet ser det, på et skille mellom understøttelse/reis under 84.1 og 84.2. At ulike konstruksjoner kan falle på den ene eller andre siden i ulike prosjekter, kan ikke rokke ved at kontrakten på FP3 fordeler konstruksjonene slik foran angitt. Det finnes dessuten eksempel på prosjekter som har tilsvarende regulering som i vår sak, se saksforholdet i Bergen tingretts dom i sak TBERG-2015-183217, hvor det også vises til andre prosjekter med samme praksis.

Hæhre har gjort gjeldende at reisen som det kreves vederlag for etter prosess 84.1 ikke er del av den understøttelsen som omfattes av 84.2 a). Flertallet er ikke enig i det. Det foran siterte fra 84.2 a) tredje avsnitt om «stillaser, avstivinger og understøttelser som er nødvendig for å utføre forskalings-, armerings- og støpearbeidene» kan ikke objektivt forstås annerledes enn at det omfatter all understøttelse for de betongkonstruksjoner prosessen gjelder. Det er ikke et vesentlig annet eller mer avgrenset innhold i dette enn i prosess 84.1, som gjelder «stillas og avstivinger som har bærende eller støttende virkning».

At Hæhre har forstått dette annerledes, slik Hæhres tilbud må forstås, og slik partsvitnet Krogseth forklarte, har i denne sammenheng ikke nevneverdig betydning, når den objektive forståelsen av kontrakten er så vidt klar.

Flertallet kan ikke se at system- eller formålsbetraktninger kan lede til en annen forståelse. Tvert om er den tolkning flertallet legger til grunn godt i samsvar med et system hvor konstruksjoner fordeles på to ulike prosesser – av byggherren kalt et «tosporet system», som i seg selv er godt begrunnet. At byggherren har valgt dette systemet innebærer ikke at entreprenøren ikke får betalt – han må bare sørge for å prise arbeidet inn i 84.2-prosessene.

Hæhre har særlig vist til at den overordnede prosess 84.2 a) er satt til side av underordnede prosesser, noe som medfører at blant annet bestemmelsen om at understøttelse/reis er omfattet av forskalingen, ikke gjelder. Synspunktet er basert på en anførsel om at prosesskodens system bygger på at arbeidets omfang som er beskrevet i en overordnet prosess, ikke gjelder for den underordnede prosess dersom ny tekst for omfang er angitt.

Flertallet viser til at prosesskoden er bygget opp hierarkisk, ved at den er inndelt i ulike nivåer angitt ved stigende antall sifre for prosesser på lavere nivåer, se prosesskoden punkt 2. De spesifiserende tekstene for prosessene er bygget opp ut fra en generell disposisjon angitt ved bokstaver, slik beskrevet i prosesskoden punkt 2.3: Bokstav a) angir omfang, b) angir materialer, c) utførelse, d) toleranser, e) prøving og kontroll og x) mengderegler.

Underinndelingen av en prosess kan enten innebære at alle underprosessene til sammen utgjør prosessen på nivået over, eller at underprosessene er nærmere presiserte alternativer av prosessen på nivået over, se prosesskoden punkt 2.2. I prosesskodens punkt 5 – 2007-versjonen, som gjaldt på tidspunktet for inngåelsen av kontrakten på FP3 – er følgende angitt om forholdet mellom overordnet og underordnet nivå i prosessen:

Krav til materialer, arbeidets utførelse, kontroll og toleranser angitt på et høyt nivå gjelder også for et underordnet nivå. Arbeidets omfang beskrevet i en overordnet prosess gjelder imidlertid ikke for den underordnede, dersom ny tekst for omfang er angitt.

Dette innebærer at for alle andre beskrivelser av kontraktsarbeidet enn for *omfang*, gjelder at underprosessene tar med seg beskrivelsene på overordnet nivå. For omfang – angitt som bokstav a) i kontraktene – er utgangspunktet det motsatte: Beskrivelsen på overordnet nivå gjelder ikke på underordnet nivå.

Versjonene av prosesskoden fra 1997 og 2012 skiller seg fra 2007-versjonen, ved at de tar som utgangspunkt at beskrivelser av omfang på overordnet nivå *gjelder* på underordnet nivå. Unntak fra dette utgangspunktet foreligger når det på underordnet nivå er gitt «tekst om samme emne». I Rt-2012-1729 (Mika) avsnitt 91 er dette formulert som et spørsmål om underordnet prosess inneholder noe som «står i motstrid» til en overordnet prosess.

Flertallet ser at slik 2007-versjonen punkt 5 er formulert, kan den åpne for en viss *generell* uklarhet om forholdet mellom omfangsbeskrivelsene på overordnet og underordnet nivå. Etter flertallets syn er det imidlertid ikke en rimelig tolkning av punkt 5 i 2007-versjonen at *enhver* ny tekst for omfang på lavere nivå gjør *all* tekst på overordnet nivå uanvendelig. Det fremgår som foran vist at det kun er når «ny tekst for omfang» er angitt på underordnet nivå, at teksten på overordnet nivå ikke gjelder. Den rimeligste tolkning av dette er, slik flertallet ser det, at det er kun når det er angitt tekst på underordnet nivå *om samme emne*, at tekst på overordnet nivå *om samme emne* ikke gjelder. Med andre ord er det bare der det er sammenheng tematisk mellom teksten i overordnet og underordnet prosess at førstnevnte er uanvendelig. Der en overordnet prosess har beskrivelser av omfang som teksten i den underordnede prosess overhode ikke berører, vil teksten i den overordnede prosess måtte bli stående. En slik tolkning vil også skape harmoni mellom de ulike versjonene av prosesskoden. Flertallet oppfatter det slik at 2007-versjonen bygger på det

samme prinsipp som 1997- og 2012-versjonen, og at 2012-versjonens formulering fjerner den eventuelle generelle uklarhet om tolkningen.

En eventuell uklarhet rundt den generelle forståelsen av 2007-versjonen av prosesskoden punkt 5 er uansett etter flertallets syn i alle tilfelle ryddet av veien – for det spørsmål lagmannsretten er forelagt – gjennom formuleringen i prosess 84.2 a) tredje avsnitt. For en alminnelig forstandig tilbyder vil det etter flertallets syn fremstå som tilstrekkelig klart at understøttelse/reis skal prises som del av forskalingen i underprosessene 84.2x for de 11 konstruksjonene det her er tale om. Det er ingen formuleringer i de underordnede prosessene som objektivt sett gir tilbyderne noen indikasjon på at byggherren har ment at 84.1 kom i tillegg til 84.2; mer spesifikt at prosess 84.2 a) tredje avsnitt ikke gjaldt. Tvert om; de aktuelle underprosesser 84.21 a), 84.22 a), 84.23 a) og 84.254 a) er taus om understøttelse/reis. Når samtidig konstruksjonene er uttrykkelig fordelt mellom 84.1 og 84.2, ved stedsangivelsene i kontrakten, er det flertallets syn at det etter en objektiv fortolkning er klart at byggherren har ment at understøttelse/reis for de konstruksjoner hvor 84.1 ikke er eksplisitt angitt, i sin helhet skal prises under 84.2.

Flertallet peker også på at det er et grunnleggende prinsipp i anbudprosesser at alt som er nødvendig for å utføre arbeidet skal inkluderes i prisen, jf. også prosesskodens punkt 4.3. Dette er også fremholdt i Rt-2012-1792 (Mika) avsnitt 94 og 95, hvor Høyesterett uttaler at dersom en normalt forstandig tilbyder skal bygge på noe annet, må det har fremkommet på en tydelig måte. Det er ikke tilfellet her.

Samlet er derfor flertallet kommet til at Hæhre ikke gis medhold i kravet.

Mindretallet – meddommer Henriksen – er av den oppfatning at konkurransegrunnlaget på dette punkt er uklart, og at byggherren har risikoen for denne uklarheten. Det må da legges til grunn at prosess 84.1 kommer til anvendelse også for de 11 konstruksjonene som ikke uttrykkelig er omfattet av denne prosessen. Vi står overfor et tilfelle hvor det mangler prosess for det arbeid som utvilsomt skal utføres. Kontrakten må da forstås slik at byggherren må yte vederlag for understøttelse/reis i samsvar med prisene som er beregnet i 84.1.

Mindretallet peker på at det er byggherren som har utarbeidet prosesskoden, og byggherren skal skape et regelverk som er klart og forståelig, ved å bruke prosessbeskrivelser som er tilgjengelige og presise. Allerede det forhold at partene er uenige om forståelsen av kontrakten viser at byggherren ikke har klart å skape tilstrekkelig klarhet. Det skaper også uklarhet at 84.2-prosessene skal prises som kvadratmeter, mens understøttelse/reis normalt prises som kubikkmeter.

Det følger blant annet av Rt-2007-1489 (Byggholt) avsnitt 62 at byggherren har visse plikter ved utarbeidelse av anbudsgrunnlaget:

Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges frem for anbyderne er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få frem en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. Av samme grunn vil det være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget er basert på en korrekt og konsekvent bruk og forståelse av de standarder som er anerkjent i byggebransjen, jf. i denne sammenheng forskrift om offentlig anskaffelser § 3-9. Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at slik målsetting blir oppnådd.

For denne saken er standarder som er anerkjent i byggebransjen, prosesskoden og anbudsbeskrivelsen utarbeidet av byggherren, sentral og således byggherrens ansvar. I nevnte dom avsnitt 75 uttaler Høyesterett følgende om risikoen for uklarhet:

Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnbyderens ansvar å sørge for klart og entydig anbudsgrunnlag. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment.

Når byggherren i dette tilfellet har valgt ikke å bruke 84.1-prosess for 11 konstruksjoner, mens 84.1 er gjort anvendelig for ni andre konstruksjoner, fremstår dette som helt tilfeldig. Det er ingen konsekvent fordeling mellom større og mindre konstruksjoner – blant annet er 84.1 utelatt for tunnelportalen, som utvilsomt er en stor konstruksjon. Vitnene fra byggherren eller fra konsultentselskapet som prosjekterte arbeidene kunne ikke gi noen god forklaring på hvorfor konstruksjonene var fordelt slik, eller på hvordan tilbyderne skulle priset understøttelsen/reisen under prosess 84.2. Når byggherren i tillegg har praktisert dette annerledes på andre prosjekter, hadde Hæhre god grunn til å legge sin forståelse av kontrakten til grunn.

Det er derfor mindretallets syn at Hæhre må gis medhold i kravet.

8 . K O E 5 5 0 – p l u n d e r o g h e f t

8.1. Bakgrunnen for kravet

Hæhre fremmet 20. mars 2015 krav om endringsordre nr. 550. Kravet gjaldt «prosjektets byggetid og plunder og heft». Hæhre gjorde gjeldende at byggherren hadde feilvurdert prosjektets byggetid på en rekke punkter, blant annet prosjektets omfang og kompleksitet. Hæhre viste videre til at entreprenøren hadde vært nødt til å iverksette tiltak for å møte prosjektets framdriftsforutsetninger, blant annet ved økte ressurser i form av mannskap og maskiner. Tiltakene som var iverksatt for å holde prosjektets framdriftsforutsetninger hadde påført entreprenøren betydelige konsekvenser i form av merkostnader, urasjonell

drift og generell plunder og heft. Hæhre krevde i alt 180 mill. kroner som kompensasjon for dette.

Etter at byggherren avviste kravet i sin helhet, fremmet Hæhre i desember 2016 et revidert og utvidet krav. Hæhre hadde foretatt det de omtalte som en «grundig analyse» og fremholdt at det ikke var mulig «å få full oversikt over disse forholdene, og konsekvensen av disse forholdene, underveis i gjennomføringen av kontraktsarbeidene. Hæhre har derfor i all hovedsak måtte arbeide i henhold til de datoer for fremdrift som er inntatt i kontrakten. For å få til dette har Hæhre måttet iverksette en rekke tiltak. Tiltakene er løpende kommunisert til byggherren underveis og byggherren er vel kjent med de tiltak som har blitt iverksatt.» Kravet var etter denne revideringen på 465 mill. kroner. Hæhre påpekte i det reviderte kravet flere avvik som hadde medført behov for særlig økt ressursbruk. Disse avvikene ble oppsummert slik:

- *Byggherren har foretatt en mangelfull analyse av prosjektets byggetid ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget.*
- *Betydelige masseøkninger har ført til et langt større arbeidsomfang enn angitt i konkurransegrunnlaget.*
- *Byggherren har foretatt en mangelfull planlegging av behovet for deponering av løsmasser.*
- *Byggherren har foretatt en mangelfull planlegging og avklaring i forhold til arbeidene ved Mjøsa, inkludert muligheten for å deponere masser i Mjøsa.*
- *Byggherren har, ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, undervurdert behovet for provisoriske veier for å opprettholde trafikk gjennom anleggsområdet.*
- *Byggherren har foretatt mangelfull kartlegging og planlegging av arbeidene knyttet til sentrale områder i prosjekter som Espatunnelen, Høybrekket og Labbdalen.*
- *Konkurransegrunnlagets forutsetninger for knusing av stein i linjen lot seg ikke gjennomføre.*
- *Samlet sett et betydelig omfang av endringer.*

Byggherren avviste på nytt kravet.

For tingretten anførte Hæhre at det forelå ni byggherreforhold som grunnlag for entreprenørens krav: 1) At byggherren hadde satt av for lite byggetid. 2) At byggherren hadde endret deponeringsløsningen for masser fra Mjøsa. 3) At Hæhre fikk begrenset adkomst via en midlertidig anleggskulvert. 4) At grunnforholdene avvek fra kontraktens beskrivelser. 5) At det var en økt mengde løsmasser i prosjektet. 6) At Hæhre måtte flytte knuseverket. 7) At det var en økt trafikkbelastning på grunn av de foran nevnte forholdene. 8) At faseplanene byggherren hadde laget ikke var gjennomførbare. 9) At det var et stort antall endringsordre som forstyrret et allerede sårbart prosjekt. I tillegg gjorde Hæhre gjeldende at byggherren hadde misligholdt sin opplysningsplikt.

Tingretten kom til at fire av forholdene utgjorde byggherreforhold som medførte produktivitetskonsekvenser for det øvrige kontraktsarbeidet. Dette gjaldt følgende forhold med angitt vederlagskonsekvens: 2) Endret deponeringsløsning – 0,8 mill. kroner. 5) Økt mengde løsmasser – 11,6 mill. kroner. 8) Ikke gjennomførbare faseplaner – 3,0 mill. kroner. 9) Det samlede antall endringsordre – 5,0 mill. kroner. Til sammen ble derfor Hæhre tilkjent 20,4 mill. kroner etter KOE 550.

Hæhre har påanket tingrettens dom på dette punkt. Kravet for lagmannsretten er i all hovedsak begrunnet i de samme påståtte ni byggherreforholdene som for tingretten. Hæhre krevde i anken tilsvarende beløp som for tingretten, men i prosesskriv 31. august 2020 ble kravet vesentlig redusert under henvisning til at Høyesteretts dom i HAB-saken (HR-2019-1225-A) hadde foranlediget en endring av kravet. Kravet var nå på ca. 237 mill. kroner, og er opprettholdt for lagmannsretten. Hæhre begrunnet revideringen av kravet slik:

For det første har Hæhre fått utarbeidet en detaljert sammenligning mellom en teoretisk upåvirket drift, og den gjennomføring av prosjektet man fikk hensyntatt de påberopte byggherreforhold.

For det andre har Hæhre engasjert konsultentselskapet Marstrand AS («Marstrand») for å foreta en grundig analyse av prosjektgjennomføringen i tre sentrale områder av prosjektet. Denne analysen har påvist direkte sammenheng mellom de påberopte byggherreforhold – endret prosjektgjennomføring – og økt ressursbruk.

For det tredje har Hæhre foretatt en ny beregning av kravet basert på kontraktens enhetspriser. Den nye beregningen er basert på langt mer detaljert oppsplitting av arbeidet innenfor konkrete arbeidsområder. I tillegg har Hæhre for rigg- og drift delen av kravet foretatt en gjennomgang av planlagte og reelle rigg- og driftskostnader.

Hæhre har prinsipielt hjemlet sitt krav i entrepriserettslig «plunder og heft», subsidiært er kravet rettslig begrunnet i at byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt og at det er grunnlag for avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 og/eller læren om bristende forutsetninger.

Byggherren bestrider Hæhres krav også for lagmannsretten, og har inngitt avledet anke for så vidt gjelder tingrettens idømmelse av deler av Hæhres vederlagskrav under KOE 550.

8.2. De rettslige utgangspunkter

Hæhres krav på vederlagsjustering er begrunnet i at det på grunn av forstyrrelser i Hæhres utførelse av entreprisen på FP3 – forstyrrelser som byggherren er ansvarlig for – har oppstått behov for ekstra ressurser i prosjektet som Hæhre krever vederlag for. Om et slikt

«plunder og heft»-krav heter det i Høyesteretts avgjørelse i HAB-saken (HR-2019-125-A) avsnittene 54-56:

(54) Betegnelsen plunder og heft er et bransjeuttrykk som ikke har et entydig rettslig innhold. Men kjernen er at entreprenøren påføres ekstrakostnader som følge av at forhold på byggherrens hånd medfører nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid hos entreprenøren.

(55) Det er altså tale om avledete konsekvenser av forhold som byggherren svarer for, som pålegg om endringer i det som er avtalt, eller forsinkelse eller annen svikt i byggherrens medvirkningsplikt. I praksis vil plunder og heft ofte skyldes samvirke mellom flere årsaker, hvorav noen kan tilskrives byggherren og andre entreprenøren. Entreprenøren må i sin planlegging og i sine beregninger ta høyde for at det kan inntre noen forstyrrelser i fremdriften av arbeidene.

(56) Krav om kompensasjon for endringer og andre forhold som byggherren svarer for, skal fremsettes løpende i samsvar med kontraktens bestemmelser for slike forhold. Etterfølgende krav om tilleggsvederlag for plunder og heft aktualiseres når de samlede økonomiske virkningene for entreprenøren går ut over det som ut fra anbudsgrunnlaget med rimelighet kunne forventes, og som det ikke allerede er kompensert for

Hæhre har påberopt en rekke byggherreforhold som hver for seg og samlet skal gi grunnlag for et vederlagskrav. Lagmannsretten bemerker at det ikke er tvilsomt – dersom det er sannsynliggjort byggherreforhold som har forårsaket avledede ekstrakostnader – at det etter kontrakten er hjemmel for Hæhres krav, forutsetningsvis i NS 8405 punkt 25.2.

Det sentrale ved vederlag for plunder og heft er at det er forskjell mellom de faktisk påløpte utgifter/ressurser som følge av forhold byggherren hefter for, og de utgifter entreprenøren ville hatt dersom byggherreforholdene ikke hadde inntrådt.

Spørsmålet for lagmannsretten er om Hæhre etter bevisførselen for lagmannsretten har sannsynliggjort slike byggherreforhold og slike avledede konsekvenser, og at det er årsakssammenheng mellom byggherreforholdene og de avledede konsekvensene. Høyesterett bemerket i HAB-dommen avsnitt 66 at årsakssammenhengen må fastlegges i to trinn:

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.

Lagmannsretten bemerker at det antakelig er vel så treffende å beskrive kravet til årsakssammenheng i tre trinn med tre prinsipielt forskjellige temaer, slik også Kaasen i *Mot mindre plunder med plunder og heft*, Tidsskrift for forretningsjus 2020/1-2: «Er det ført tilstrekkelig bevis for (a) byggherreforhold, (b) forstyrrelser/ineffektivitet og (c) årsakssammenheng mellom dem? Først når disse tre hindrene er passert, er det aktuelt å utmåle konsekvensene i form av kostnader og forsinkelse.»

Det er i samsvar med alminnelige bevisregler i sivile saker den som fremmer et krav – her entreprenøren – som må sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt, og som har risikoen dersom det etter bevisførselen er like sannsynlig at vilkårene er oppfylt som ikke oppfylt. Det er normalt ikke tilstrekkelig for å oppfylle entreprenørens bevisbyrde å føre bevis for at et påstått byggherreforhold *etter sin art* vil ha avledede konsekvenser, eller for at ett eller flere byggherreforhold *erfaringsmessig* har konsekvenser av et visst omfang. Det må i så fall dokumenteres at erfaringstallene er representative for vår entreprise, se HAB-dommen avsnitt 79. Det sentrale for bevisføringsplikten er at entreprenøren må påvise konkret hvordan og i hvilket omfang et sannsynliggjort byggherreforhold har påvirket entreprenørens drift. Dersom entreprenøren legger fram vektige bevis, vil imidlertid bevisføringsbyrden kunne skifte over til byggherren.

I enkelte tilfeller – ved sterkt klanderverdige forhold fra byggherren – kan det imidlertid oppstilles en omvendt bevisbyrde, ved at byggherren har bevisbyrden.

Det kan i enkelte tilfeller være vanskelig eller umulig å føre tilstrekkelige bevis for at merutgiftene kan knyttes til enkelte byggherreforhold. Dersom entreprenøren ikke har hatt gode rutiner for å sikre god samtidig dokumentasjon for byggherreforholdene og de avledede konsekvensene, kan det være vanskelig i ettertid å oppfylle entreprenørens bevisføringsplikt. Det kan også – selv med gode rutiner – være krevende mens kontraktsarbeidet pågår både å oppfatte og å sikre dokumentasjon for komplekse forhold og for konsekvensene av dem. Det kan dessuten være utfordrende i ettertid å sammenstille opplysninger slik at det kan dannes et reelt bilde av hva byggherren har påført entreprenøren av merutgifter og lignende.

At det ikke nødvendigvis er mulig fullt ut å underbygge kravet kvalitativt og kvantitativt, medfører imidlertid ikke at det helt kan unnlates, se HAB-dommen avsnitt 82. Likevel må det ved bevisvurderingen hensyntas enkelte slike vanskeligheter, jf. HAB-dommen avsnitt 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.

Lagmannsretten oppfatter Høyesteretts bemerkninger på dette punkt som i første rekke å gjelde tilfeller hvor det på grunn av komplekse forhold rundt kravet ville ha vært svært krevende – «umulig eller urimelig tyngende» – for entreprenøren å føre bevis for eksakte plunder og heft-virkninger. Det er gjerne først sent i kontraktsarbeidet, eventuelt etter at kontraktsarbeidet er avsluttet, at den samlede effekten av påståtte byggherreforhold viser seg. I tilfeller hvor entreprenøren ikke har rettet nok oppmerksomhet på å sikre seg dokumentasjon mens kontraktsarbeidet pågikk, og det *derfor* er krevende å føre bevis for kravet når det fremmes, gjør de nevnte hensynene ikke seg gjeldende med samme styrke.

Dette siste har en side også til partenes lojalitetsplikt og kontraktens varslingsregler, og til at entreprenøren er nærmest til å sikre bevis for de konsekvenser byggherreforholdene har for ham. Dersom entreprenøren ikke i tilstrekkelig grad varsler byggherren og fremskaffer/fremlegger bevis, vil byggherren være avskåret fra selv å sikre bevis omkring de faktiske forhold som utgjør grunnlaget for kravet, og fra å treffe tiltak for eventuelt å begrense konsekvensene. Når dette også ses i sammenheng med at tidsnære bevis har en særlig tyngde ved bevisvurderingen, vil etterfølgende vurderinger av byggherreforhold og konsekvensene av dem – når disse vurderingene ikke kan knyttes til tidsnære bevis – være mindre tungtveiende.

Lagmannsretten viser i denne forbindelse også til at det ikke er noe godt alternativ ved utmåling av konsekvenser av byggherreforhold, å basere denne på en differanse mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerter utgifter, se HAB-dommen avsnitt 78. Slike beregninger vil være heftet med flere usikkerhetsmomenter, blant annet om entreprenørens planlagte drift var reell og realistisk, og om det er forhold ved entreprenørens gjennomførte drift som forårsaket (hele eller deler av) differansen. Utmålingen av et eventuelt tilleggsvederlag vil imidlertid i noen grad uansett bygge på et skjønn.

Lagmannsretten oppfatter at de krav Høyesterett i HAB-dommen stiller til bevis for plunder og heft-krav ikke avviker fra alminnelige beviskrav i sivile saker, se HAB-dommens avsnitt 72 flg. Lagmannsretten har imidlertid – fra tidligere underrettspraksis – inntrykk av at det i større grad enn det som følger av HAB-dommen, har vært tilstrekkelig å vise til erfaringstall og skjønnsmessige vurderinger som grunnlag for et plunder og heft-krav, og også ellers til mindre grad av bevisføring og konkretisering av konsekvensene og årsakssammenheng. Dersom entreprenører hadde anvendt beviskravene i samsvar med alminnelige bevisbyrderegler i sivile saker også før Høyesteretts dom i HAB-saken, ville antakelig større ressurser blitt satt inn på å sikre bevis underveis i kontraktsarbeidet. At

entreprenører eventuelt ikke har vært tilstrekkelig oppmerksomme på disse beviskravene, kan imidlertid ikke medføre at domstolen nå lempet på de beviskrav som gjelder i sivile saker under behandlingen av saker som har sitt opphav i forhold som er inntruffet før HAB-dommen.

8.3. Generelt om bevissituasjonen

Lagmannsretten vil under dette avsnittet redegjøre for bevissituasjonen og gi uttrykk for hvordan den generelt vurderer bevisene. Deretter – i punkt 8.4. flg. – vil lagmannsretten vurdere de enkelte påberopte byggherreforhold etter den inndelingen som er skissert foran: Er det ført tilstrekkelig bevis for (a) byggherreforhold, (b) forstyrrelser/ineffektivitet og (c) årsakssammenhengen mellom dem? Det er bare dersom lagmannsretten kommer til at det foreligger et byggherreforhold at det er nødvendig å vurdere om det forelå forstyrrelser/ineffektivitet, og det er bare dersom det er sannsynliggjort at det forelå byggherreforhold og forstyrrelser/ineffektivitet at det er nødvendig å vurdere om årsakssammenheng er sannsynliggjort.

8.3.1. *Utviklingen av kravet*

Som det fremgår foran, har det vært en utvikling av Hæhres krav fra det først ble fremmet og til ankeforhandlingen, både i størrelsen på kravet og i den faktiske begrunnelsen for kravet. For lagmannsretten har det betydning for bevisvurderingen hvordan dette kravet på ulike tidspunkt har vært begrunnet. Lagmannsretten vil derfor redegjøre i korte trekk for utviklingen. Det er riktignok ikke noe uvanlig eller påfallende i seg selv at krav om vederlag for plunder og heft fremmes sent og/eller endres. Som nevnt foran kommer plunder og heft-virkninger gjerne til syne sent i prosessen. I dette tilfelle har det likevel relevans for vektleggingen av de ulike bevis som er fremlagt for lagmannsretten, om bevisene er fremkommet nært i tid til de begivenheter som er grunnlaget for kravet.

KOE 550 ble fremmet i mars 2015. Dette var nærmere tre måneder etter at byggherren overtok delleveransen E6 den 1. januar 2015, og få dager før Hæhre leverte delssluttoppgjøret for E6. KOE 550 var en oppfølging av en e-post fra Hæhre til byggherren 1. desember 2014. Dette innebærer at det ikke ble fremmet krav om vederlag for plunder og heft-virkninger i særlig tid før arbeidet med E6 var avsluttet. Riktignok fremmet Hæhre allerede i mai 2014 KOE 313, som senere ble konsumert av KOE 550. KOE 313 gjaldt forsinkelser som følge av enkelte andre KOEer, som innebar forskyvning av konkrete arbeider på E6. KOE 313 gjaldt derfor kun en helt begrenset del av det krav som ble fremmet i KOE 550.

KOE 550 i sin opprinnelige form var begrunnet i anførsler om at byggherren hadde feilberegnet byggetiden, noe som hadde påført Hæhre merkostnader m.v. Flere av de øvrige forhold som i dag står som sentrale for begrunnelsen av kravet – slik som deponeringsløsningen, løsmasseomfanget, avvik i grunnforholdene – er ikke nevnt direkte som forhold som har påført Hæhre plunder og heft. Dette til tross for at disse faktiske

forholdene – ifølge Hæhre – allerede hadde inntruffet, til dels lenge før kravet ble fremmet. Etter lagmannsrettens syn var det for så vidt ingen grunn for Hæhre til ikke å inkludere disse forholdene allerede i mars 2015, både fordi de allerede da rent faktisk var synbare for Hæhre og fordi Hæhre gjør gjeldende at de hadde store økonomiske konsekvenser for entreprenøren.

Lagmannsretten er enig med byggherren i at kravet slik det var formulert i mars 2015 mer hadde preg av et krav om forsering, uten at et slikt krav var varslet overfor byggherren. For lagmannsretten fremstår derfor kravet som i liten grad fundamentert på tradisjonelle byggherreforhold – «plunder og heft-forhold» – som skal utløse vederlagskrav.

Først i desember 2016 – i forbindelse med sluttoppgjøret tre måneder etter overtakelsen av hele FP3 – fremmet Hæhre krav som uttrykkelig inkluderer de forholdene kravet i dag begrunnes med. Dette gjøres i en revidering av KOE 550. Dette skjer lang tid etter at forholdene som begrunner kravet inntraff; eksempelvis er det tre år etter at Hæhre påtraff harde masser under utgraving i Mjøsa, jf. punkt 5.1. foran. Et så vidt sent fremmet krav vanskeliggjør byggherrens muligheter til å sikre motbevis og imøtegå entreprenørens krav.

Hæhre viser i det reviderte kravet til at «i etterkant av kontraktsarbeidene har Hæhre foretatt en grundig analyse av prosjektet. Denne analysen viser at det forelå alvorlige brister i det opprinnelige konkurransegrunnlaget. (...) Det var ikke mulig å få full oversikt over disse forholdene, og konsekvensen av disse forholdene, underveis i gjennomføringen av kontraktsarbeidene.» Selv om det legges til grunn at det ikke var mulig å få «full oversikt» under gjennomføringen, er det lagmannsrettens syn at Hæhre ikke var uten mulighet for – og det heller ikke var urimelig tyngende – å sikre og fremlegge bevis for kravet på et langt tidligere tidspunkt enn det Hæhre faktisk gjorde, og samtidig eller kort tid etterpå i alle fall et stykke på vei konkretisere plunder og heft-virkningene. Når dette ikke ble gjort før i desember 2016, og den nye analysen innebærer en vesentlig annen innretning på kravet enn opprinnelig, får det betydning for bevisverdien av de opplysninger som gis i kravet.

Hæhre har også senere revidert kravet etter nye analyser, først i juni 2018, så før ankeforhandlingen. Lagmannsretten kommer spesifikt tilbake til betydningen av Marstrands rapport, som var grunnlaget for revideringen av kravet i august 2020. Lagmannsretten bemerker imidlertid at slike analyser i alminnelighet kan bidra til å klargjøre allerede formulerte krav, eller sammenstille bevis som allerede eksisterer. Som frittstående analyser – uten kobling til tidsnære bevis – vil analysene normalt ha begrenset bevisverdi.

8.3.2. Varsling

Det lagmannsretten foran har sagt om utviklingen av kravet, får særlig betydning når kontraktens system for varsling av krav tas i betraktning. I Høyesteretts dom i HAB-saken

avsnitt 84-85 er entreprenørens varslingsplikt fremhevet som en del av bakgrunnen for de beviskrav som stilles. Som Høyesterett der fremhever, har byggherren et legitimt krav på å bli holdt best mulig underrettet om utviklingen av kravet og om grunnlaget for det. Som konsekvens av dette vil unnlatt eller sen varsling fra entreprenørens side kunne få betydning for bevisvurderingen, ved at sentrale tidsnære bevis mangler.

I vår sak er kravet varslet til dels svært sent, og etter lagmannsrettens syn lenge etter at byggherren etter varslingsreglene hadde krav på varsel. Riktignok er krav om vederlag for plunder og heft nokså spesielle krav, ved at de samlede konsekvensene kan vise seg sent. Entreprenøren må derfor innrømmes et visst tidsrom for analyse og gjennomgang. Etter lagmannsrettens syn har imidlertid Hæhre klart overskredet dette tidsrommet da det reviderte kravet ble fremmet.

Hæhre har gjort gjeldende at det forhold at Hæhre har varslet krav sent, ikke får så stor betydning i denne saken, som det normalt skulle få. Sen varsling skal etter Hæhres syn ikke ha kontraktuell betydning, og har redusert betydning som bevismoment. Hæhre viser til at partene har avtalt at alle krav skal realitetsbehandles selv om de fremmes sent, ved at kontraktens regler om preklusjon av krav ikke skal håndheves.

Lagmannsretten bemerker at avtalen om at entreprenørens krav ikke skal prekluderes, som ingen av partene bestrider, ikke strekker seg lenger enn til nettopp dette. Kontraktens varslingsystem er ikke satt ut av kraft, og de prinsipper for bevisvurderingen som er skissert foran, endres ikke som følge av partenes avtale. Selv om Hæhre er gitt anledning til å fremme krav uavhengig av preklusjonsreglene, er ikke dermed bevisføringsplikten redusert. Det er fortsatt Hæhre som er nærmest til å fremskaffe bevis, og tidsnære bevis har en særlig tyngde. Dette betyr ikke at kravene ikke skal realitetsbehandles, det medfører kun at bevissituasjonen kan være svakere enn dersom varslingsreglene hadde vært overholdt. Dette er i så fall Hæhres risiko. Slik lagmannsretten ser det, kan manglende eller sen varsling være en indikasjon på at de påberopte byggherreforholdene ikke hadde plunder og heft-virkninger.

Lagmannsretten kan ikke se at det innebærer et brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforholdet – eller brudd på avtalen om at preklusjonsreglene var satt ut av kraft – at byggherren nå påberoper seg unnlatt eller sen varsling som bevismoment. Det kan ikke ses at partenes avtale har gitt Hæhre rimelig grunn til å si seg fri fra varslingsreglene. Også krav som meldes sent må være tilstrekkelig underbygget. Det er ikke holdepunkter for at byggherren har unnlatt å realitetsbehandle Hæhres krav.

Representanter fra Hæhre har gjennomgående forklart for lagmannsretten at entreprenøren under arbeidets gang ikke hadde fokus på å utstede KOEer. Hæhre var i stedet opptatt av å utføre prosjektet til riktig tid, gjennom nødvendige tilpasninger, og entreprenøren hadde et godt samarbeid med byggherren for å få dette til. Det er lagmannsrettens klare inntrykk at

dette er en riktig beskrivelse av Hæhres opplevelse av prosessen partene har vært gjennom. Videre forklarte representanter for Hæhre at man valgte å vente med å ta opp forhold med byggherren fordi Hæhre visste at det ville komme flere forhold. Dette er for så vidt et valg som kan begrunnes, men som får som konsekvens for lagmannsrettens bevisvurdering i ettertid, at det i mindre grad finnes tidsnære bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre Hæhres krav. Lagmannsretten kan i en slik situasjon vanskelig legge til grunn at Hæhre har sannsynliggjort krav, uten at det er særlige bevis for kravet. Til dette kommer at Hæhre i all hovedsak ikke var tilbakeholdne med å fremme KOEer. Da blir *fraværet* av KOEer også et bevismoment lagmannsretten må vektlegge.

8.3.3. Betydningen av endringsordrer

Flere av de forhold som er grunnlag for Hæhres krav i KOE 550 er omhandlet i ulike endringsordrer. Partene er uenige om hvilken betydning det har at avledede konsekvenser ikke er omtalt i de enkelte endringsordrene: Etter Hæhres syn kan det ikke legges til grunn at avledede konsekvenser er inkludert i EOene. Etter byggherrens syn er den manglende omtalen i endringsordrene av konsekvenser for annet arbeid et tidsnært bevis for at det ikke er årsakssammenheng mellom påberopt byggherreforhold og de påberopte konsekvenser.

Etter lagmannsrettens syn kan det neppe utledes noe generelt av endringsordrenes taushet om avledede konsekvenser, ut over dette: Dersom de forhold som begrunner kravet etter KOE 550 var kjent for Hæhre da endringsordrene ble inngått, hadde Hæhre etter lagmannsrettens syn klar oppfordring om enten å gi eksplisitt uttrykk for det i endringsordren eller ta forbehold for etterfølgende krav om endringsordre. I slike tilfeller er det nærliggende å tolke endringsordren som et tidsnært bevis for at det ikke er årsakssammenheng mellom de forhold endringsordren dekker og påberopte avledede konsekvenser. Dersom slike forhold ikke var kjent, utgjør ikke endringsordren i seg selv et tidsnært bevis på manglende årsakssammenheng, forutsatt at entreprenøren varsler byggherren så snart konsekvensene blir synlige. Unnlatelse av å varsle om slike konsekvenser, eventuelt sen varsling, utgjør et tidsnært bevis for manglende årsakssammenheng.

Hæhre har i enkelte sammenhenger gjort gjeldende at entreprenøren ikke har mulighet til å legge til i en endringsordre ytterligere avledede konsekvenser, når en endringsordre er forsinket på grunn av uenighet om pris. Lagmannsretten bemerker at systemet med endringsordrer ikke kan forstås slik at entreprenøren er avskåret fra å legge til avledede konsekvenser i slike tilfeller. Tvert om er – slik lagmannsretten også har lagt til grunn i andre sammenhenger – endringsordrene utformet slik at entreprenøren ikke bare har en mulighet, men også en klar oppfordring om å synliggjøre eventuelle kjente eller potensielle avledede konsekvenser i endringsordren. Unnlatelse av å benytte denne muligheten kan, som nevnt, være et tidsnært bevis for at det ikke forekom slike konsekvenser.

8.3.4. Særlig om Marstrands rapport

I forbindelse med ankeforhandlingen har Hæhre innhentet rapport fra konsulentfirmaet Marstrand, som fikk i oppdrag å søke å avdekke hva som faktisk har skjedd under entreprisen. Mandatet var angitt slik:

- a) Kartlegge årsakene til at Hæhres upåvirkede produksjon er endret («hendelser»)*
- b) Kartlegge, beskrive og visualisere hvilke produksjonssykluser som er påvirket av hendelsene, i hvilket tidsrom det har skjedd og på hvilken måte produksjonen er endret.*
- c) Beregne hvilken redusert produktivitet hendelsene har medført.*

Sammenfatningsvis konkluderte Marstrand med at:

Gjennom analyse av hendelser, upåvirket produksjon og påvirket produksjon i prosjektførsløpet har det utkrystallisert seg noen hovedårsaker som har ledet til at Hæhre i større eller mindre grad har hatt behov for å endre prosjektets produksjonsopplegg i løpet av prosjektgjennomføringen. Den påvirkede gjennomføringen har gitt dårligere produktivitet og høyere kostnader enn den upåvirkede driften.

Utover hovedårsakene har det også oppstått andre endringer underveis, som har påvirket behovet for å løpende endre produksjonsopplegget i prosjektet. Noen av hendelsene som er analysert kunne ha oppstått uavhengig av om hovedforløpet på prosjektet hadde gått som upåvirket og ville følgelig ha påvirket prosjektets produksjon negativt, men da antakelig i en annen grad.

Rapportens vedlegg med upåvirket og påvirket produksjon, og visualisering av produksjonssykluser og skisser viser hvilken endring som løpende ble gjort i prosjektet for å gjennomføre produksjonen av de delene av ny E6 og Dovrebanen som har ligget innenfor analysens mandat. Dette samtidig som at noen av de bærende premissene for upåvirket produksjon ble endret og/eller forstyrret av videre hendelser.

Vår analyse har avdekket at summen av hovedårsaker og løpende hendelser angitt i rapporten med vedlegg er årsaken til utmålt differanse mellom upåvirket og påvirket produksjon.

Marstrand kvantifiserte konsekvensene til 93 mill. kroner for de tre delområdene Marstrand undersøkte – Høybrekket, Langstrekket og Labbdalen. Hæhre har for egen del beregnet kravet i KOE 550 for de øvrige delområdene. Samlet krav ut fra disse beregningene er 237 mill. kroner, hvorav 150 mill. kroner utgjør vederlag i form av justerte enhetspriser og 87 mill. kroner rigg og drift.

Lagmannsretten finner grunn til – før den vurderer de enkelte påberopte byggherreforholdene – å knytte noen mer generelle merknader til Marstrands rapport og bevisverdien av den ved lagmannsrettens bevisvurdering. Selv om Marstrands rapport kun gjelder tre delområder, har Hæhre grovt sett anvendt tilsvarende metodikk som Marstrand for de øvrige delområdene. Lagmannsrettens generelle merknader om Marstrands rapport vil derfor ha betydning også for de øvrige delstrekningene.

Lagmannsretten bemerker først at det er ingen tvil om at det er gjort et grundig og omfattende arbeid fra Marstrands side. Spørsmålet er likevel om den metodikk som er anvendt tilfører lagmannsretten bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre Hæhres krav. Ut fra Marstrands egen redegjørelse for sin metodikk, kan den sammenfatningsvis formuleres slik:

Først fastslås en teoretisk upåvirket produksjon med utgangspunkt i entreprenørens opprinnelige fremdriftsplan, supplert med annen informasjon og vurdert opp mot kjente produktivitetsfaktorer. Det foretas faglige vurderinger om hvorvidt upåvirket produktivitet var realistisk å oppnå.

Dernest identifiseres hvilke produksjonssykluser/arbeidsoperasjoner som ble berørt av de forhold som Hæhre har påberopt som grunnlag for redusert produktivitet, samt endringer fra upåvirket produksjon. Endringer gjennomgås med sikte på å avdekke hvorfor produksjonen er endret og dette registreres som «hendelser».

Påvirket produksjon kartlegges ved å bringe på det rene hvordan prosjektet ble gjennomført, ut fra fremdriftsplaner, bilder, video og annen tidsnær dokumentasjon. Basert på upåvirkede produksjonssykluser, ressurser og tidsbruk, beregnes påvirket produktivitet.

Den upåvirkede driften sammenlignes med den påvirkede driften innenfor konkrete arbeidsoperasjoner på gitte steder og tider, hvor byggherreforhold er årsaken til endret drift.

Resultatene fra analysen gir informasjon om hvilke hendelser som er årsaken til endringen fra upåvirket til påvirket produksjon, samt hva som er upåvirket produksjon og hvilken produktivitet som er oppnådd i den påvirkede produksjonen.

Etter lagmannsrettens syn er det grunnleggende trekk ved Marstrands metodikk en sammenligning mellom planlagt drift og faktisk utført drift. Som nevnt foran, er en slik sammenligning – en utmåling basert på differansen mellom faktiske kostnader og entreprenørens kalkulerte utgifter – av Høyesterett ikke ansett som et godt alternativ å basere utmålingen av vederlag for plunder og heft på, jf. HAB-dommen avsnitt 78.

Én av Høyesteretts innvendinger mot en slik fremgangsmåte er at den i alminnelighet ikke tar høyde for mulige svakheter ved entreprenørens kalkyle. Også Marstrands vurderinger tar utgangspunkt i entreprenørens egne beregninger, som fremdriftsplan, tilbud, kalkyler og tegninger, i tillegg til byggherrens faseplaner. Dessuten har Marstrand hatt møter med ressurspersoner fra Hæhre. Etter lagmannsrettens syn er det en ikke ubetydelig risiko for at metodikken ikke fanger opp mulige svakheter ved entreprenørens beregninger.

Marstrand har forsøkt å avdempe denne risikoen ved å foreta en vurdering av om det konsultentselskapet har valgt å kalle «upåvirket» produksjon var realistisk å oppnå. Lagmannsretten finner grunn til å bemerke at Marstrands definisjon av «upåvirket produksjon» – for så vidt allerede bruken av begrepet «upåvirket» – synes å innebære en stillingtagen allerede på dette tidspunktet til hva differansen mellom planlagt og faktisk drift skyldtes. Det heter eksempelvis i Marstrands rapport at upåvirket produksjon «er den produksjon som Hæhre teoretisk skulle ha hatt dersom byggherreforholdene og de påfølgende hendelsene/endingene i prosjektet tenkes borte og Hæhre fikk gjennomføre prosjektet som planlagt, basert på tilbudsbeskrivelsens forutsetninger.» Etter lagmannsrettens syn må en nøytral vurdering av entreprenørens planlagte drift se bort fra årsaksforhold og hvem som eventuelt er ansvarlig for senere inntrådte endringer.

Viktigere i denne sammenheng er likevel at vurderingen av om planlagt produksjon var realistisk, nødvendigvis innebærer et ikke ubetydelig element av skjønn. Riktignok har Marstrand benyttet et relevant sammenligningsgrunnlag når det er tatt utgangspunkt i erfaringstall for beregning av kapasiteter. Marstrand har ut fra dette konkludert med at «(g)enerelt er det god logikk i upåvirket drift for å oppnå effektiv gjennomføring med god flyt i aktivitetene. Videre anser vi at de angitte ressurser burde ha kunnet gjennomføre produksjonssyklusene som upåvirket gjennom den konservative ressursutnyttelsen som er lagt til grunn fra Hæhre.» Like fullt gjenstår at skjønnsmessige vurderinger må til for å kunne vurdere graden av realisme i entreprenørens planlegging. I tillegg kommer at Marstrands analyse ikke omfatter hele entreprisen, men kun tre delstrekninger. Hæhres egne vurderinger av de øvrige deler baserer seg i stor grad på at Marstrands vurdering har gyldighet også på andre delstrekninger.

Hæhre har vist til at byggherren ikke har hatt innsigelser til Hæhres planlegging, verken i samhandlingsfasen eller i etterkant. Etter lagmannsrettens syn gir imidlertid en slik omstendighet ikke nødvendigvis uttrykk for at Hæhres planer var fullt ut eller i all hovedsak gjennomførbare. Entreprenøren har ansvar for planleggingen innenfor de rammer kontrakten setter, og det er ikke byggherrens oppgave på disse stadier å foreta en bredere eller dypere analyse av entreprenørens planlegging.

Høyesteretts innvendinger mot differanseberegninger er også begrunnet i at en slik fremgangsmåte ikke tar høyde for entreprenørens egne feil eller ineffektivitet. I Marstrands

analyse er byggherreforholdenes påvirkning på de ulike delområdene forsøkt kartlagt. I denne sammenhengen har Marstrand benyttet begrepet «hendelse», som defineres som «en endring i forutsetningene for ressursene, arbeidsoperasjonene, syklusene, situasjonene eller områdene som kan medføre en endring i produksjonen som følge av en årsak tilknyttet ett byggherreforhold.» Etter lagmannsrettens syn innebærer dette en begrensning i analysen som ikke ivaretar de mothensyn Høyesterett fremhever. Det er så vidt lagmannsretten kan se ikke undersøkt forhold på entreprenørsiden som kan ha innvirket på produksjonen eller samvirket med de påberopte byggherreforholdene. Dessuten hviler vurderingen av «hendelsenes» innvirkning på produksjonen på en forutsetning om at dette er forhold byggherren er ansvarlig for, jf. uttrykket «byggherreforhold».

Dermed blir også «hendelsene»/byggherreforholdene i praksis den eneste forklaringen som gis på årsakssammenhengen for differansen mellom «upåvirket»/planlagt og «påvirket»/utført drift. Hæhre har gjennomgående argumentert med – etter å ha analysert denne differansen – at «det er ingen grunn ut over byggherreforhold» for differansen. For lagmannsretten blir ikke dette tilstrekkelig for å sannsynliggjøre en årsakssammenheng. I denne sammenhengen er det også vesentlig at byggherren i praksis er avskåret fra selv å undersøke årsaksforholdene når avviket ikke er varslet eller på annen måte gjort kjent for byggherren i tilknytning til det aktuelle arbeidet.

Når dette sammenholdes med utviklingen av Hæhres krav, jf. foran, der kravet først ble fremmet etter at E6 var ferdig bygd og senere har utviklet seg både i bredde og dybde, fremstår Marstrands analyse mer som en etterfølgende økonomisk analyse av *hvor* prosjektet ikke fikk den ønskede økonomiske uttelling enn som en analyse av *hvem* som har ansvaret for dette.

Etter lagmannsrettens syn avviker den metodikk Marstrand her har benyttet vesentlig fra de anvisninger for bevisbedømmelsen som Høyesterett gir i HAB-dommen avsnitt 66 flg. Dette innebærer ikke at analysen er uten bevisverdi, men det er lagmannsrettens syn at bevisverdien er begrenset, særlig dersom det ikke er ført tidsnære bevis for det enkelte byggherreforholdet, konsekvensene for produksjonen og årsakssammenhengen. Dette endres ikke av at Marstrand i sine vurderinger har lagt inn sikkerhetsmarginer for «upåvirket» og «påvirket» drift.

8.4. Byggetid

8.4.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Kontraktens del C1 punkt 29.2 inneholdt i alt 11 delfrister i tillegg til sluttfristen 30. september 2016. Den første ferdigstillelsesfristen (delfrist 2) var satt til 1. oktober 2013, da underbygningen for Dovrebanen til Strandlykkja stasjon skulle være ferdig. For øvrig var særlig delfrist 3 (ferdigstilling E6 nordgående fra Melstrøm til Kleverud, frist 4. oktober 2013) og delfrist 8 (trafikkåpning 4-felts E6, frist 1. oktober 2014) viktige.

Fristoverskridelser var belagte med mulkt, og entreprenøren kunne oppnå bonus ved tidlig ferdigstilling.

Etter kontraktens punkt 18.1 forutsettes det at entreprenørens planer tar høyde for at inntil 15 % netto endringsarbeider i normaltilfellene skal kunne utføres uten forlengelse av byggetiden. I kontraktens punkt 24.1. er det videre bestemt at entreprenøren ikke har krav på fristforlengelse med mindre netto endringsarbeider overstiger 15 % av den andel av kontraktssummen som skal utføres innen den spesifiserte fristen.

Det er på det rene at Hæhre leverte kontraktsarbeidet i samsvar med kontraktens delfrister og sluttfrist. Under kontraktsarbeidet ble delfrister utsatt ved to tilfeller – EO 267 og EO 270 i august 2014. I tillegg fremsatte Hæhre krav om forlengelse av to delfrister ved to tilfeller – KOE 120 og KOE 121 – der begge ble forlikt uten fristforlengelse i henholdsvis EO 123 og EO 124. Ut over dette er det ikke fremsatt krav om fristforlengelse eller om forsering.

I KOE 313 viste Hæhre til at tre endringsordrer ville medføre forskyvning av planlagte arbeider. Senere ble dette kravet inkludert i KOE 550. Hæhre anførte der at byggherren hadde feilvurdert prosjektets byggetid for så vidt blant annet gjaldt følgende punkter:

- Omfang.
- Komplexitet.
- Trafikkhåndtering på E6 og Dovrebanen.
- Gjennomføring av prosjektet ift nødvendige angrepspunkter og framføring av trafikk inkludert anleggstrafikk gjennom anleggsområdet.
- Planlagte faseplaner.
- Værforhold/Årstider.
- Tilgjengelig arealer for mellomlagring av masser.
- Delfrister på grunnentreprisen i forhold til øvrige entrepriser.

I den reviderte KOE 550 var som foran nevnt begrunnelsen for kravet utvidet, men også etter revisjonen var byggetid en vesentlig del av begrunnelsen. Det het blant annet:

Det er Hæhres klare oppfatning at byggherren ikke har satt av tilstrekkelig byggetid for gjennomføringen av prosjektet. Det gjøres gjeldende at byggherren for det første har foretatt en for dårlig analyse og planlegging av gjennomføringstiden i forbindelse med utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. For det andre gjøres det gjeldende at byggherren har foretatt mangelfulle vurderinger av hvilket arbeid som skal utføres og hvilket omfang disse arbeidene har. Til sammen har dette medført at byggetiden har blitt altfor kort.

Tingretten kom til at det ikke var påvist svikt i byggherrens leveranse vedrørende angivelse av byggetid, at byggherreforskriften ikke var brutt og at byggherren ikke hadde misligholdt sin opplysningsplikt. Det var derfor ikke grunnlag for et plunder og heft-krav på grunn av byggetiden.

8.4.2. Partenes anførsler

i) Hæhre

Byggherren har plikt til å sette av tilstrekkelig byggetid. Ut fra byggherrens egne vurderinger i forkant av kontraktsinngåelsen og det reelle arbeidsomfanget ble det imidlertid ikke satt av tilstrekkelig tid, og byggherren har ikke vurdert fremdriften i lys av de alminnelige kontraktsbestemmelser punktene 18.1 og 24.1. Byggherren har dessuten misligholdt sin opplysningsplikt ved at byggherrens interne dokumenter viser større grad av usikkerhet rundt byggetiden enn det som fremgår av konkurransegrunnlaget. Byggherren har ikke overholdt byggherreforskriften.

Byggetiden var uansett stram, slik at endrede forutsetninger og andre endringer ville få store konsekvenser. Hæhre fikk stor opphopning av aktiviteter, mistet muligheten for en planmessig og effektiv gjennomføring av prosjektet, måtte drive døgnarbeid og måtte arbeide på flere områder enn opprinnelig tiltenkt.

Det ble opplyst i konkurransegrunnlaget at byggherren hadde fastsatt byggetiden på bakgrunn av tidligere erfaringer, at det var tatt hensyn til ressursutnyttelse, miljøkrav, klima-, ras- og flomforhold, og at HMS var ivaretatt. Byggherrens egne vurderinger før kontraktsinngåelsen viser at det var en stram tidsplan, og at forsinkelser kunne gi alvorlige effekter og tilleggskostnader. I usikkerhetsanalysen var det identifisert betydelige tiltak for å kompensere for dette. I notat av Kasper Nordmelan er flere kritiske arbeider identifisert, og han uttaler at fremdriftsplanen tilsynelatende er basert på optimale utfall i praktisk talt alle forhold. Det er ikke ført bevis for at 15 % regelen var vurdert. Dette viser at det ikke var rom for så omfattende endringsarbeider innenfor en forsvarlig byggetid.

Endret deponeringsløsning for mjøsmasser, avvikende grunnforhold, ikke gjennomførbare faseplaner, økning i mengden løsmasser og et samlet betydelig endringsomfang påvirket byggetiden. Den stramme byggetiden forsterket konsekvensen av byggherreforholdene enkeltvis og samlet.

Hæhre gjorde byggherren oppmerksom på utfordringer med byggetiden flere ganger i prosjektperioden, blant annet i månedsrapporter, i møter og i krav om endringsordre. Likevel valgte byggherren å opprettholde de dagmulktbelagte fristene. Byggherren prioriterte aktivt fremdrift fremfor entreprenørens mulighet for rasjonell og effektiv drift.

iii) Byggherren

Det er inngått en avtale om levering av kontraktsarbeidet i samsvar med tid angitt i konkurransegrunnlaget, der sluttfrist og delfrister var angitt i de spesielle

kontraktsbestemmelser. Byggherrens forberedelse for konkurransegrunnlagets angivelse av byggetid var omfattende. Byggherren hadde også fokus på byggetid. Det var utarbeidet usikkerhetsanalyse, sentralt styringsdokument og kontraktstrategi, det var innhentet innspill fra COWI og gjennomført gruppeprosess. Da fikk man identifisert de kritiske elementene i kontrakten.

Rammene i kontrakten var gitt, blant annet om sprengningens omfang og om dens konsekvenser for trafikkavviklingen. Det var også angitt rammer for transport av stein. Disse rammene er ikke endret. Hæhre var på forhånd innforstått med at det var en stram byggetid på prosjektet. Ressurstilgang og driftsopplegg er Hæhres eget ansvar. Det ble ikke kommunisert bekymringer om gjennomføringen av sprengningsarbeidet under utførelsen. Heft som følge av begrenset adkomst til Dovrebanen er gjort opp i egne endringsordrer. Det er ingen uoppgjorte KOEer. Hæhre leverte dessuten på tid.

Hæhre har endret sitt fokus når det gjelder byggetiden – nå er fokus på at forhold som var nevnt i usikkerhetsanalysen ikke var videreformidlet til Hæhre. Denne analysen var imidlertid kun et brainstormingsarbeid om hva som kunne gå galt, og har først og fremst betydning for de økonomisk anslag. Usikkerhetsanalysen er i seg selv uten interesse, og utgjør ikke del av konkurransegrunnlaget. Temaene i analysen er i noen grad del av konkurransegrunnlaget, men det er ikke avvik på de sentrale forhold for fremdrift.

Byggherreforskriften utgjør ikke noe rettslig grunnlag for Hæhres krav. Forskriften har som formål å ivareta HMS, og det har ikke vært utfordringer på dette feltet. Uansett har eventuelt forskriftsbrudd ikke betydning.

8.4.3. Lagmannsrettens vurdering

Hæhre har påberopt seg tre grunnlag for at byggherren skal yte vederlag for at det var satt av for kort byggetid i kontrakten: For det første at dette utgjør en svikt ved byggherrens leveranse, jf. kontraktens punkt 19, for det andre at byggherren har misligholdt sin opplysningsplikt ved å tilbakeholde opplysninger om forhold som har betydning for byggetiden, og for det tredje at byggherren har brutt byggherreforskriften. Lagmannsretten vil vurdere disse anførselene nedenfor.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at kontrakten ga grundige beskrivelser av det arbeidet som skulle utføres, og for de frister som gjaldt i prosjektet. Hæhre leverte i samsvar med fristene – der to delfrister var forskjøvet etter at Hæhre fremmet krav om endringsordre. Det ble underveis i arbeidet ikke fremmet ytterligere krav som ikke er oppgjort; lagmannsretten legger blant annet til grunn at endringsordrene 120 og 121, der Hæhre satte fram krav om fristforlengelse, ble oppgjort blant annet ved at Hæhres varsel om fristforlengelse ble frafalt. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det i byggetiden ikke var fremsatt uoppgjorte krav om fristforlengelse eller forsering.

Byggherrens fastsettelse av byggetiden var foretatt på bakgrunn av et grundig forberedende arbeid. Det ble blant annet utarbeidet usikkerhetsanalyse og sentralt styringsdokument, det ble gjennomført gruppeprosess og Kasper Nordmelan utarbeidet et notat. Etter lagmannsrettens syn er det ikke forhold ved dette forberedende arbeidet som skulle tilsi at byggherren ikke har fastsatt tidsrammen for prosjektet på en faglig forsvarlig måte, verken for så vidt gjelder delfristene eller sluttfristen. Tvert om ble det i det forberedende arbeidet identifisert en rekke forhold av tidskritisk karakter, som byggherren derfor var oppmerksom på, og det ble skissert tiltak som kunne avbøte utfordringene. Nordmelan forklarte for lagmannsretten at han ikke hadde grunnlag for å vurdere byggetiden annerledes i dag.

I sentralt styringsdokument het det om tidsplanen:

Prosjektet er planlagt med en stram tidsplan. Forsinkelser kan gi alvorlige effekter og tilleggskostnader på påfølgende arbeider/entrepriser.

Det er klare fysiske grensesnitt mellom entreprisene, men massehåndtering, anleggsveier trafikkreguleringer og rekkefølger vil kreve koordinering mellom entreprisene. Dårlig koordinering kan gi store ekstrakostnader.

JBV og SVV har forskjellig regime for fremdriftsplanlegging. JBV har normalt flere milepæler underveis mens SVV vanligvis styrer mer mot sluttdato.

Prosjektledernes vurdering

Prosjektet vil i tiden fram til konkurranseutsetting legge mye arbeide i å etablere detaljerte og realistiske faseplaner. Disse planene må kommuniseres tydelig til de som skal gi pris på entreprisene. Gode framdrifts- og faseplaner vil være avgjørende for at planlagt byggetid overholdes og ikke minst for prisen prosjektet kan forvente på entreprisene.

Lagmannsretten finner grunn til å poengtere at det forhold at prosjektet har en stram tidsplan, ikke i seg selv utgjør en svikt i byggherrens leveranse. Det sentrale er om byggherren har lagt til rette for – og tatt høyde for – at prosjektet kan gjennomføres på den fastsatte tid, idet det etter kontraktens alminnelige bestemmelser kun er «feil, uoverensstemmelser og ufullstendigheter eller utilstrekkelig veiledning» som byggherren svarer for. Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at byggherrens vurdering av byggetiden beror på slike feil, uoverensstemmelser eller lignende. Etter lagmannsrettens syn var de frister som gjaldt i prosjektet fullt gjennomførbare. Dette var også Hæhres syn – partsvitnet Krogseth forklarte eksempelvis at entreprenørens gjennomgang av kontraktens delfrister viste at prosjektet var gjennomførbart ut fra Hæhres kapasiteter.

I usikkerhetsanalysen ble det blant annet påpekt at «den logistiske utfordringen med et så stort og komplisert anlegg med 2 etaters samtidige virksomhet med dertil hørende nærføring mot både vei og jernbane» utgjorde en usikkerhet i prosjektet. Analysen

konkluderte imidlertid med at «(d)et er identifisert betydelige tiltak i retning av tidlig og detaljert fremdriftsplanlegging og oppfølging og gode forberedelser og styring av aktivitetene fra byggherrene for å kompensere for dette innenfor rammene av en stram total fremdriftsplan.»

I gruppeprosessen ble det også identifisert risikoforhold og avdempende tiltak. Etter lagmannsrettens syn kan det ikke legges til grunn at ikke tilstrekkelige avdempende tiltak er tatt med i prosjektet. Lagmannsretten finner også grunn til å fremheve, slik det er gjort i usikkerhetsanalysen, at entreprenøren gjennom sin tilbudsgivning vil vurdere usikkerheten knyttet til arbeidsomfang og samtidighet: «Dersom alle forutsetninger for entreprenørens kapasitetsvurderinger kan holdes uendret gjennom utførelsen, vil eventuell ressursknapphet forbli entreprenørens ansvar.» I usikkerhetsanalysen er det dessuten fremhevet under vurderingen av trafikkavviklingen, at dersom forutsetninger ikke slår til, «må det imidlertid forventes berettigede krav om fristforlengelser fra de berørte entreprenører». Som også Kasper Nordmelan forklarte, må markedet avgjøre om det er mulig å utføre innen den tid som er avsatt.

Etter lagmannsrettens syn peker disse sitatene på sentrale forhold ved vurderingen av byggetiden: Det er entreprenørens ansvar og risiko at tilstrekkelige ressurser blir satt inn for å overholde kontraktens frister, og dersom byggetiden – herunder delfrister – viser seg å være for knappe, må det forventes krav om fristforlengelse eller forsering. Slike krav inngår ikke, jf. lagmannsrettens bemerkninger foran, og lagmannsretten kan da vanskelig se at det ikke var avsatt nok byggetid. Lagmannsretten minner dessuten om at Hæhre ved enkelte tilfeller faktisk fremsatte krav om fristforlengelse, som dels ble imøtekommet, og som dels ble forlikt uten tidskonsekvenser. Slik lagmannsretten ser det, tyder dette klart på at byggetiden for øvrig ikke var for knapp.

At det i Kasper Nordmelans notat er fremhevet at «fremdriftsplanen er tilsynelatende basert på optimale utfall i praktisk talt alle forhold» og at «det er lite sannsynlig at selv den beste prosjektstyring vil forhindre at også enkelte påvirkelige forhold vil få mindre gunstige utfall», endrer ikke dette. Det måtte gi seg utslag i slike krav som nevnt, dersom byggetiden ble påvirket i en slik grad at det medførte plunder og heft for Hæhre.

Hæhre har vist til en rekke tilfeller hvor Hæhre tok opp byggetiden med byggherren. Hæhres synspunkt er at når byggherren ved disse korsveiene valgte å prioritere fremdrift foran rasjonell utførelse, må byggherren ta konsekvensene av dette valget – forutsetningsvis ved å yte vederlag til Hæhre. Det er imidlertid lagmannsrettens syn at så lenge ikke Hæhre fulgte dette opp med krav om fristforlengelse eller forsering, bidrar ikke denne dialogen til å sannsynliggjøre at byggetiden var for knapp. Dialogen kan gjerne ses på som varsel om forsinkelser, som ble løst uten at det hadde betydning for byggetiden. Eksempelvis var den stramme fremdriften og betydningen for HMS tema i byggemøte i februar 2014. Byggherrens svar om at Hæhre og byggherren har «analysert utfordringene i

fellesskap, og funnet løsninger slik at arbeidene kan utføres innenfor akseptabel risiko», tyder nettopp på at løsninger ble funnet, og at det ikke hadde plunder og heft-virkninger for Hæhre, når ikke dette følges opp med krav.

Hæhre har gjort gjeldende at det i prosjektet ikke var tatt høyde for at entreprenøren etter kontrakten kunne påregne 15 % tilleggsarbeid uten at dette utløste krav om fristforlengelse. Særlig gjelder dette når byggherren samtidig opererte med en kunstig høy kontraktssum. Ut fra denne ville Hæhre måtte akseptere endringsarbeid for 270 mill. kroner uten krav på fristforlengelse. Selv om det godt kan reises spørsmål om hvor hensiktsmessig det er å operere med høyere kontraktssum enn den reelle, var Hæhre – på lik linje med de øvrige tilbyderne – kjent med disse forutsetningene gjennom konkurransegrunnlaget. Lagmannsretten bemerker at selv om punktene 18.1. og 24.1 i de alminnelige kontraktsbestemmelser avviker fra standarden NS 8405, så er dette helt vanlige bestemmelser i Statens vegvesens kontrakter, jf. partsvitnet Stensbys forklaring. Partsvitnet Ausland fra Jernbaneverket forklarte at dette potensielle tillegget for endringsarbeider var hensyntatt i den avsatte byggetiden. Lagmannsretten kan ikke se det annerledes enn at dette mest sannsynlig var hensyntatt i byggetiden.

Samlet kan derfor ikke lagmannsretten se at det er sannsynliggjort at det er feil ved byggherrens leveranse for så vidt gjelder byggetiden. Hvorvidt det foreligger andre forhold som byggherren hefter for, og som har skapt plunder og heft-virkninger med betydning for byggetiden, kommer lagmannsretten tilbake til nedenfor.

Etter lagmannsrettens syn har heller ikke byggherren brutt sin opplysningsplikt ved ikke å videreformidle usikkerhetsmomentene i prosjektet, eller at byggherreforskriften er overtrådt. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurdering av dette:

Hæhre var, på bakgrunn av beskrivelsene i konkurransegrunnlaget, klar over at prosjektet hadde stram byggetid. Sprengningsarbeider for eksempel, som av byggherren under planleggingen er identifisert som en av de tidskritiske aktivitetene og ansett som avgjørende for fremdriften, er også av Hæhre beskrevet som utfordrende i konvolutt 1 (C 1475), hvor Hæhre skriver:

«Sprengningsarbeidene på prosjektet vurderes som utfordrende mht stort volum som skal utføres på kort tid samt nærhet til eksisterende E6 og Db. Vi har vurdert det slik at kontraktens hovedmengde langs E6 og Db må sprenges 14-16 mnd. Kontraktens volum på sted A01-A05 samt A51 er ca. 1,7 mill. fm³. Dette betyr en gjennomsnittlig månedlig produksjon på 113 000 fm³ og 6-7 salver pr. dag.»

Det er også slik at Hæhre var entreprenør på de forberedende arbeidene på FP3, som ble utført etter egen kontrakt og i forkant av kontraktsinngåelse for FP3. De

hadde derfor god kjennskap til den aktuelle strekningen og utfordringene med å bygge veg og jernbane samtidig.(...)

Det representerer ikke noe mislighold av opplysningsplikten at ikke byggherren i konkurransegrunnlaget har opplyst om de usikkerhetsmomenter knyttet til fremdriften, som de selv har identifisert under planleggingsfasen. Disse forberedende dokumentene er utarbeidet av byggherren for byggherren (og dels for departement og Storting) for å sikre mest mulig kontroll med kostnadene. Innholdet i disse dokumentene endrer ikke ansvarsfordelingen mellom byggherren og entreprenøren, hvor det er entreprenøren som har ansvaret for å vurdere utførelsen av arbeidet og herunder vurdere ressursbehovet i forhold til de tidsfrister som er satt. Retten legger videre til grunn at mange av usikkerhetsmomentene er forsøkt ryddet bort blant annet gjennom utforming av konkurransegrunnlaget, jf. forklaringen fra Kasper Nordmelan om hensikten bak den gruppeprosessen som ble gjennomført og som resulterte i hans rapport om tidsmessig usikkerhet. I den grad de identifiserte usikkerhetsmomentene eventuelt viser seg ikke tilstrekkelig ivaretatt, og det påvises avvik fra beskrivelsene i konkurransegrunnlaget, vil det for byggherren medføre økte kostnader.

Retten er enig med byggherren i at byggherreforskriften § 5 om at byggherren plikter å avsette tilstrekkelig tid, samt byggherreforskriften § 6 om at risikoforhold som avdekkes skal innarbeides i tilbudsgrunnlaget, knytter seg til arbeidsgivers plikt til å ivareta SHA (sikkerhet, helse og arbeidsmiljø) på arbeidsplassen, jf. byggherreforskriften § 1. Det er ikke rapportert om brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet under byggetiden, og det er heller ikke under hovedforhandlingen sannsynliggjort at slikt brudd har skjedd. Uansett vil et brudd på SHA-bestemmelsene ikke berettiget et krav på økt vederlag. Retten kan på denne bakgrunn heller ikke se at det er feil i beskrivelsen i byggherrens SHA-plan

For så vidt gjelder byggherreforskriften legger lagmannsretten til at bevisførselen i ankerunden ikke har gitt grunnlag for en annen vurdering av HMS/SHA i anleggsperioden. Tvert om fremkom det at HMS var godt ivaretatt, særlig i de perioder hvor arbeidet var på det mest intensive. Partsvitnet Stensby forklarte at det ble tatt grep for å videreformidle informasjon ut på anlegget, og at det etter dette ikke var en fraværsskade på anlegget i løpet av halvannet år.

8.5. Endret deponeringsløsning for løsmasser i Mjøsa

8.5.1. Bakgrunnen for tvisten

Som det fremgår av punkt 6.2. foran, endret byggherren deponeringsløsningen for masser som ble gravd opp fra Mjøsa. Under punkt 6.2. har lagmannsretten kommet til at selv om dette er et forhold byggherren har risikoen for, utløser det ikke krav på vederlag etter KOE 444. Hæhre har imidlertid i tillegg gjort gjeldende at endringen i deponeringsløsning også

har hatt plunder og heft-virkninger som ikke er dekket av KOE 444, men som utløser krav på vederlag.

Tingretten kom til at den endrede deponeringsløsningen medførte økt trafikkbelastning og forstyrrelser på annen anleggstrafikk, og at dette sannsynligvis har medført redusert effektivitet. Tingretten kvantifiserte konsekvensene til 0,8 mill. kroner.

8.5.2. Partenes anførsler

i) Hæhre

Partene var før inngåelsen av kontrakten tydelige på at arbeidene i Mjøsa var essensielle for arbeidene med E6. Byggherrens fremdrift forutsatte direkte transport fra skjæring til fylling. Forsinkelsene i Mjøsa fikk store konsekvenser for arbeidene med sprengning og masseflytting av stein fra E6-linjen. Forsinkelsene medførte endret arbeidsmetodikk og et totalt endret driftsopplegg for etterfølgende aktiviteter.

Delfrist 3 forutsatte at sjøfyllingen skulle være ferdig våren 2013, mens Hæhres tilbudsplan forutsatte ferdigstillelse 8. mai 2013. Etter innledende forsinkelse, planla Hæhre ferdigstillelse av sjøfyllingen 14 dager senere. Ved utløpet av mai 2013 gjensto det imidlertid å grave ut over 80 000 m³, noe som ved normale forhold tilsvarer ca. fire måneders arbeid. Dette medførte betydelige forsinkelser for arbeidene i E6-linjen. Femten prosent-regelen får ikke anvendelse på Hæhres krav på vederlagsjustering

Den konkrete effekten av dette viste seg på produksjonssyklusene under delområde 1b (Høybrekket). Utført skjærings-/fyllingsrate viser at det ikke var tilstrekkelig volum i Mjøsa for produsert sprengstein, til tross for en allerede lavere produksjon i E6-linjen. Det har også medført forstyrrelser på øvrige arbeider som følge av økt anleggstrafikk, både til Tangen og til Almenningen 2.

Effekten viste seg også på delområde 2 (Langstrekket). Ved flere stuffer – profil 3650 og profil 3 000 – stanset arbeidene. Løsmasseuttak stanset også, i tillegg til at øvrige arbeider ble utsatt i lang tid og måtte pågå stykkevis og mindre effektivt.

De avledede konsekvensene er ikke gjort opp i tidligere utstedte EOer, jf. også drøftelsen under Mjøsa-kravene. Det er ingen holdepunkter for at de aktuelle EOene regulerer avledede konsekvenser, idet de er oppgjør for konkrete arbeider. Ingen av partene var ved utstedelsen klar over hvilke konsekvenser dette forholdet ville få. Når det er skrevet «Fremdriftskonsekvens: Ingen», gjelder dette konkrete arbeider.

ii) Byggherren

Hæhre anførte at den endrede deponeringsløsningen hadde konsekvenser for sprengning første gang i juni 2018. Det er imidlertid vanskelig å komme med et plunder og heft-krav fra entreprenørens side knyttet til endret deponeringsløsning, så lenge etterpå, når partene har inngått avtaler som dekker dette forholdet.

Endringsordrene som ble inngått for deponeringsløsningen dekker også eventuelle konsekvenser for fremdriften på sprengningarbeider på E6 som følge av disponering av ressurser. Særlig gjelder dette når det var så åpenbart for Hæhre at man trappet ned på sprengningen. Hæhre varslet ikke andre konsekvenser av den endrede løsningen, og det foreligger ikke tidsnære bevis for slike konsekvenser. Hæhre leverte i henhold til delfrist 3. Hvis endringen hadde konsekvenser for denne delfristen, var det naturlig at det kom frem da, ikke fem år senere.

Oppstart av gravearbeider i Mjøsa var ikke nødvendig for å starte fyllingsarbeider der. Det er ingen holdepunkter for at fyllingsarbeidet var påvirket, tvert om var Hæhre i september 2012 godt i gang med masseflytting fra E6 til Dovrebanen. I motsetning til i prosesskrivet fra juni 2018, da den endrede deponeringsløsningen ble introdusert som grunnlag for plunder og heft-krav, har Hæhre i liten grad fokusert på dette for lagmannsretten. Det var uansett ingen begrensning i kapasiteten på Tangen, og det påvirket uansett ikke utgravingsarbeidet. Det var heller ikke tema i byggetiden. Tvert om fremgår det av samtidige bevis at gravearbeidene gikk som planlagt.

Etableringen av Almenningen 2 ble oppgjort i EO 044, og Hæhres disponering av mannskap og ressurser er Hæhres eget valg. Det var ingen oppmerksomhet rettet mot dette frem mot delfrist 3.

Tingretten kom til at 40 % av den døgnskcontinuerlige driften Hæhre drev, skyldtes endret deponiløsning. Tingretten tar imidlertid ikke hensyn til at døgnskcontinuerlig drift var etablert før EO 014, som tar opp i seg ubekvem arbeidstid og transporthindringer. Det er derfor ikke grunnlag for et slikt synspunkt

8.5.3. Lagmannsrettens vurdering

Som nevnt under punkt 5.2.3. foran, er det ikke tvilsomt at den endrede deponeringsløsningen er byggherrens ansvar og risiko, og at den kan utløse vederlagskrav dersom det påløper merkostnader som ellers ikke er dekket. Det er heller ikke tvilsomt, slik lagmannsretten ser det, at den endrede løsningen *etter sin art* kan medføre nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid. Det er imidlertid lagmannsrettens syn at Hæhre ikke har sannsynliggjort at endringen har hatt konsekvenser som ikke er dekket på annen måte.

Hæhres krav og anførsler om at deponeringsløsningen hadde plunder og heft-virkninger, ble fremsatt lenge etter at de påberopte byggherreforholdene fant sted. Det er få spor av at Hæhre varslet om slike virkninger underveis i prosjektet, selv om eventuelle virkninger etter lagmannsrettens syn måtte være relativt klare på et tidlig tidspunkt, riktignok slik at det endelige omfanget kunne være vanskelig å overskue. Hæhre har særlig fremholdt den nære sammenhengen mellom gravearbeidene i Mjøsa og sprengingen i E6-linjen, og at

dette var en viktig forutsetning for Hæhres planlagte prosjektutførelse. Når dette har vært en så vidt sentral del av Hæhres driftsopplegg, sammenholdt med de store avledede konsekvensene endringen i deponeringsløsning hevdes å ha fått, er det vanskelig for lagmannsretten å forstå hvorfor ikke dette avspeiler seg tydeligere i de tidsnære bevisene, dersom Hæhre mente at slike konsekvenser påløp ut over de som var dekket av endringsordrene. Lagmannsretten bemerker at Hæhre leverte arbeidet knyttet til delfrist 3 innen fristen.

Lagmannsretten har foran under punkt 5.2.3. kommet til at de endringsordrene som dekket den nye deponeringsløsningen, også dekker andre konsekvenser av endringen, ut over det direkte arbeidet. Lagmannsretten fant der at Hæhre ikke hadde sannsynliggjort at endringen hadde konsekvenser som ikke var oppgjort. De samme betraktninger gjør seg gjeldende også for kravet om vederlag for plunder og heft.

Hæhre har særlig anført at den endrede deponeringsløsningen medførte forsinkelser på sjøfyllingen i Mjøsa, noe som forplantet seg videre til forsinkelser i E6-linjen. Hæhre varslet også høsten 2012 at arbeidene på E6 ble forsinket på grunn av deponeringsløsningen. Forsinkelsene – slik Hæhre vurderte dem – hadde derfor manifestert seg allerede da endringsordrene om den endrede deponeringsløsningen ble inngått.

Lagmannsretten bemerker blant annet at EO 015, om transport fra mellomlager til ferdig deponi Almenningen 2, var inngått etter at transport til Almenningen 2 var påbegynt. Den avtalte enhetspris for transport, tipping og utlegging inkluderte også «alle arbeider på tipp, vedlikehold av anleggsveger, vinterkostnader, ubekvem arbeidstid, redusert transportkapasitet etc.». Det er her ingen holdepunkter ut fra ordlyden for at vederlaget kun dekket det direkte arbeidet med transporten, tvert om omfatter vederlaget mer indirekte konsekvenser, og angivelsen av slike konsekvenser er ikke uttømmende, jf. ordet «etc.». Dessuten – dersom denne delen av deponeringsløsningen påvirket produktiviteten m.m. – må det allerede da ha fremstått som klart for Hæhre at det fikk slike konsekvenser. Like fullt har Hæhre angitt at arbeidet ikke hadde fremdriftskonsekvenser.

I KOE 302 fra mai 2014 varslet Hæhre krav om fristforlengelse blant annet begrunnet i den endrede deponeringsløsningen. I KOE 302 fremhevet Hæhre særlig at entreprenøren var nødt til å utføre graving og deponering av gravemasser med døgnskcontinuerlig drift. Slik døgnskcontinuerlig drift var igangsatt fra oktober 2012, og pågikk til tidlig vår 2013. Da Hæhre signerte endringsordren 31. oktober 2012, hadde Hæhre allerede drevet døgnskcontinuerlig i flere uker. Lagmannsretten kan ikke se det annerledes enn at vederlaget for «ubekvem arbeidstid» som Hæhre avtalte i EO 015 den 31. oktober 2012, også dekker den døgnskcontinuerlige driften.

Hæhre gjør også gjeldende at den endrede deponeringsløsningen medførte økt trafikkbelastning innenfor anleggsområdet. Lagmannsretten forstår EO 015 slik at den med

«reduisert transportkapasitet etc.» omfatter negative transportmessige konsekvenser av deponeringsløsningen. Også på dette punkt må konsekvensene ha vært synlige for Hæhre umiddelbart, og endringsordren kan ikke forstås annerledes enn at disse konsekvensene var dekket av vederlaget.

Lagmannsretten viser også til EO 044 om etablering av nytt deponi i Almenningen 2. Endringsordren var inngått etter at deponiet var ferdig opparbeidet, og det er ikke lett å forstå at Hæhre på dette tidspunktet skulle være ukjent med konsekvensene av denne delen av deponeringsløsningen. Lagmannsretten legger tvert om til grunn at Hæhre kjente godt til hva det generelt innebar å etablere deponi, og hva det betød å etablere Almenningen 2. Hæhres krav i dag lar seg da ikke lett harmonere med at Hæhre har angitt på endringsordren at arbeidet ikke hadde fremdriftskonsekvenser.

Også de øvrige endringsordrer som dekker den nye deponeringsløsningen ble inngått på tidspunkt hvor eventuell nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid må ha vært synlig for Hæhre. Like fullt fremgår det av endringsordrene at det ikke påløp fremdriftskonsekvenser. Det vises til lagmannsretten bemerkninger foran under punkt 5.2.3.

Det er lagmannsrettens syn at det ikke er sannsynliggjort at den endrede deponeringsløsningen hadde andre konsekvenser for Hæhres drift enn dem som er dekket av endringsordrene.

Hæhre har vist til at entreprenøren i EO 268 og tilknyttet e-postutveksling forsikret seg om at denne endringsordren ikke var til hinder for å påberope seg at arbeidet i Mjøsa eller arbeider påvirket av arbeider i Mjøsa ligger utenfor kontraktens omfang og/eller forutsetninger. Lagmannsretten er for så vidt enig i at det fremgår klart av e-postutvekslingen at Hæhre gjennom dette skulle sikres mot å bli fratatt den *formelle* muligheten for å fremme eventuelle krav om endret vederlag på det tidspunktet entreprenøren hadde oversikt over alle relevante forhold. En slik forsikring innebærer imidlertid ikke at de *materielle* vilkår for vederlag endres, at oppgjorte krav gjenopplives eller at betydningen av tidsnære bevis må vurderes annerledes. Denne e-postutvekslingen fant sted i juli/august 2014, det vil si lenge etter at deponeringsløsningen skal ha medført avledede konsekvenser for Hæhre. Byggherrens svar kan ikke forstås som en erkjennelse eller aksept av at Hæhre hadde krav ut over dem som var dekket av endringsordrene for den nye deponeringsløsningen.

Lagmannsretten bemerker til sist at det er få tidsnære bevis som støtter Hæhres anførsel om at forsinket utgravingsarbeid forsinket fyllingsarbeidet. For det første var det tilgjengelig areal for fylling av steinmasser på områder der det ikke skulle graves ut. Det er heller ingen uttrykkelige tegn i eksempelvis månedsrapportene på en sammenheng mellom deponeringsløsningen og sprengningstakten. Det er også få tidsnære bevis for at

kapasiteten på deponiet på Tangen var begrenset, og at dette medførte avledede konsekvenser for utgravingstempoet.

8.6. Transporthindring – begrenset adkomst anleggskulvert

8.6.1. Bakgrunnen for tvisten

Transport fra E6 til Mjøsa – og tilbake – skjedde via to adkomster. Den ene var en anleggskulvert ved profil ca. 4 750 - 4 800. Denne var stengt i to perioder; i tiden 9. – 24. oktober 2012 var kulverten stengt på grunn av masseutskifting av fundamentet, mens den våren 2013 var stengt på grunn av vårflo. Etter den første stengningen var det adgang til å benytte kulverten til lastebiler, mens den var stengt for dumpere i ytterligere en måned.

Anleggskulverten var tema i flere KOEer, månedsrapporter og EOer høsten 2012 og våren 2013. I EO 037 fra mars 2013 ble arbeidene med masseutskifting og utskifting av kulvert gjort opp, og i EO 060 fra samme måned ble håndtering av sprengstein gjort opp. I begge endringsordrer er det angitt at det ikke var noen fremdriftskonsekvens knyttet til arbeidene.

Hæhre gjorde i stevningen gjeldende at entreprenøren fikk en betydelig begrensning i muligheten til å frakte løsmasser fra Mjøsa til deponi og stein fra skjæring ut i Mjøsa på grunn av stengningen av kulverten. Dette ble ytterligere utdypet i juni 2018. For tingretten og lagmannsretten har Hæhre anført at hjertet i masseflyttingen ble lammet gjennom disse stengningene. Byggherren har bestridt slike konsekvenser.

8.6.2. Partenes anførsler

i) Hæhre

Stengningen av kulverten førte til sterkt redusert transport til Mjøsa og forsinkelse på arbeidene på E6. Behovet for mellomlagring av masser økte også, og det ble økt transportavstand. Hæhre varslet om transporthindringer ved flere tilfeller i forbindelse med den første stengningen høsten 2012, og i forbindelse med flommen våren 2013.

De avledede konsekvensene av stengningen er ikke gjort opp i utstedte endringsordrer. EOene gjelder kun de arbeidene som ble utført, ikke transporthindringen.

ii) Byggherren

Det er ikke uoppgjorte konsekvenser av kapasitetsbegrensningen på transport til og fra Mjøsa. I tidsnære bevis, som månedsrapporter og krav om endringsordre, står det ingenting om konsekvenser for arbeidet på E6. Det er heller ikke krysset av for krav om fristforlengelse. Kravene Hæhre fremmet i KOE 113 og KOE 166 om flom i Mjøsa er omfattet av Hæhres krav i KOE 444.

Det forhold at det gjelder en egen endringsordre om transporthindringer sier noe om partenes holdninger til slike hindringer. Når det ikke kommer ytterligere krav, må man gå

ut fra at det ikke forelå transporthindringer som skapte plunder og heft-virkninger. Hæhre fremmet ikke krav om forlengelse av delfrist 3.

8.6.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at stengningen av kulverten i oktober 2012 og våren 2013, samt den begrensede adgangen til bruk av kulverten i oktober/november 2012, er et byggherreforhold som utløser krav på vederlag ved nedsatt produktivitet eller driftsforstyrrelser (avledede konsekvenser). Lagmannsretten er imidlertid kommet til at Hæhre ikke har sannsynliggjort at det er påløpt avledede konsekvenser som ikke er oppgjort.

For så vidt gjelder stengningen i november 2012 slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering, med reservasjon for tingrettens opplysning om at redusert effektivitet på grunn av stengningen første gang nevnes av Hæhre i juni 2018. Som foran nevnt, ble det nevnt i stevningen i 2017. For øvrig slutter lagmannsretten seg til det følgende:

I både EO 037 (Q 56) og EO 060 (Q 144) som gjelder henholdsvis alt arbeid med utskiftning av anleggskulverten og oppgjør for «Ekstra håndtering av sprengstein pga. stopp i bruk av anleggskulvert Km. 92.140» er det under fremdriftskonsekvens oppgitt «ingen». Begge EOene er signert i mars 2013, dvs flere måneder etter at arbeidet ble utført og kulverten var åpnet igjen. Det tilsier at Hæhre på tidspunktet for signering av EOene hadde oversikt over eventuelle konsekvenser den stengte kulverten hadde hatt på andre kontraksarbeider. Behovet for sidelemping av stein (EO 060) var en direkte konsekvens av at anleggskulverten var stengt og at man ikke fikk kjørt stein direkte fra skjæring til Mjøsa. Dersom man på dette tidspunktet hadde ment at stengningen av kulverten også hadde andre konsekvenser, for eksempel ved å forsinke sprengningsarbeidet og påvirke arbeidet inn mot delfrist 3 (4. oktober 2013), ville det vært nærliggende å varsle dette i et krav, enten i krav om forlengelse av delfristen eller om tillatelse til forsering. Det er ikke fremsatt noe slikt krav.

Nedsatt produktivitet som følge av stengt anleggskulvert en periode i oktober/november 2012 er heller ikke nevnt i det varselet Hæhre sendte om forhold de ønsket å ta opp i e-post av 1. desember 2014, anleggskulverten er heller ikke nevnt i den opprinnelige KOE 550 som ble fremsatt 20. mars 2015 og heller ikke i den reviderte KOE 550 som ble sendt 13. desember 2016. Redusert produktivitet som følge av stengt anleggskulvert er første gang nevnt i Hæhres prosesskrift 1. juni 2018.

Retten finner det etter dette ikke sannsynliggjort at begrenset atkomst via den midlertidige anleggskulverten en periode høsten 2012 har medført nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid som tilsier vederlagsjustering.

For så vidt gjelder stengningen våren 2013 viser lagmannsretten til at KOE 113 og KOE 116, der Hæhre fremmer krav som følge av flommen i Mjøsa, senere ble erstattet av KOE 444. Lagmannsretten har foran kommet til at det ikke er grunnlag for kravet under KOE 444. Når det ikke er øvrige tidsnære bevis som knytter avledede konsekvenser til stengningen våren 2013, kan lagmannsretten ikke se at Hæhre har oppfylt sin bevisbyrde. Riktignok var lengre transport på grunn av stengningen tema i byggemøte i mai 2013, men det endte med en konklusjon om at «(k)onsekvenser på kostnader og fremdrift tas ev. i eget møte. Fristforlengelse er ikke aktuelt». Når Hæhre ikke fremmer krav om vederlag for dette forholdet, ut over det som er dekket av KOE 444, før i stevningen i 2017, kan lagmannsretten vanskelig se at det er sannsynliggjort avledede konsekvenser.

8.7. Avvikende grunnforhold

8.7.1. *Lagmannsrettens vurdering*

Hæhre har krevd vederlag for plunder og heft som følge av avvikende grunnforhold i Mjøsa, som skal ha fått konsekvenser for arbeidene med sjøfylling for Dovrebanen og arbeidene i E6-linjen. Lagmannsrettens flertall har foran, under punkt 5.1.3. kommet til at det ikke forelå et markert avvik mellom de virkelige grunnforholdene og beskrivelser i de geotekniske rapportene. Da kan ikke etter det samme flertallets syn grunnforholdene begrunne et krav på plunder og heft.

Den samlede lagmannsrett finner i tillegg grunn til å bemerke at selv om det skulle foreligge et markert avvik i grunnforholdene, slik mindretallet er kommet til i punkt 5.1.3., er det ikke sannsynliggjort fra Hæhres side at avviket medførte plunder og heft-virkninger. Lagmannsretten viser særlig til at det mangler tidsnære bevis for slike avledede konsekvenser. Hæhre fremmet KOE 444 i november 2014. På dette tidspunkt måtte det være klart for Hæhre at grunnforholdene hadde medført avledede konsekvenser, ut over dem som var fremmet i KOE 444. dersom det var tilfellet. Likevel ble det ikke varslet eller fremmet krav knyttet til slike avledede konsekvenser verken da KOE 444 ble fremmet, da den opprinnelige versjonen av KOE 550 ble fremmet eller da KOE 550 ble revidert i desember 2016.

Under slike omstendigheter kan de ytterligere analysene Hæhre fikk gjennomført i juni 2018 og i Marstrands analyse fra 2020 ikke bidra til å sannsynliggjøre at et eventuelt avvik hadde avledede konsekvenser.

8.8. Økt mengde løsmasser

8.8.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Basert på byggherrens tall økte mengden løsmasser på FP3 med ca. 348 600 pm³, noe som utgjorde en prosentvis økning på ca. 83 %. Økningen var størst på særlig tre deler av strekningen: Strekningen nord for Mostue (anleggsgrensen i sør fram til ca. profil 2 200), på Langstrekket (profil 7 100 til 8 800) og Labbdalen (profil 9 800 til 10 300).

Hæhre gjør gjeldende at denne økningen medførte avledede konsekvenser som skal kompenseres. Tingretten fant at Hæhre hadde sannsynliggjort at masseøkningen medførte redusert effektivitet og andre konsekvenser, og kvantifiserte dette til 11,6 mill. kroner.

8.8.2. *Partenes anførsler*

i) **Hæhre**

De økte løsmassemengdene medførte forstyrrelser på løsmassearbeidene og øvrige arbeider. Det ble mindre rasjonell massehåndtering ved at man løpende måtte finne nye deponier og utvide eksisterende. Det ble også et mer krevende uttak, økt arbeidsomfang innenfor en stram byggetid, mindre plass på anlegget og økt trafikkbelastning.

På delområde 1A (Strandlykkja) økte løsmassene fra prosjektert ca. 36 000 pfm³ til utført ca. 84 000 pfm³. Arbeid på kritisk linje ble mindre effektivt, og det forsinket etterfølgende aktiviteter. Det var opprinnelig lite løsmasser, og i et skrått terreng medførte økningen at Hæhre ikke klarte å laste like mye som planlagt. Flere anleggsveier måtte etableres og det var viktig med plan for deponier. Hæhre fikk ikke utnyttet nærheten til deponiet på Mostue, siden dette periodevis var fullt. Det var også stor økning i løsmassemengden på Dovrebanen, noe som også hadde direkte innvirkning på de etterfølgende sprengningsaktivitetene.

På delområde 1B (Høybrekket) var det en økning fra profil 2 000 til 2 200, og fra 2 700 til 3 000. I tillegg var det endring/økning i form av urstein mellom profil 2 200 og 2 650. Dette medførte forsinkelser og forstyrrelser i uttaket av løsmasser, og det påvirket etterfølgende arbeider. Økningen i løsmassene kom når Hæhre startet opp arbeidet, deretter kom andre byggherreforhold som forsterket den samlede effekten av forholdene.

På delområde 2 (Langstrekket) var det en samlet økning fra prosjektert 67 700 pfm³ til utført 123 000 pfm³, det vil si en prosentvis økning på ca. 82 %. Dette innvirket på Hæhres arbeid med vegetasjonsrydding og fjellrensk, først og fremst i området profil 4 650 til 5 700. Dette var et sideskrått og krevende område, og arbeidene med vegetasjon, løsmasser og fjellrensk måtte tilpasses arbeidene med etablering av driftsveg på skjæringstopp. Det var en betydelig redusert produktivitet, og byggherreforholdene, herunder økte løsmassemengder, fremstår som eneste forklaring på dette.

På delområde 3A (Hestnes) var det en økning fra prosjektert mengde 53 000 pfm³ til utført 85 000 pfm³. Dette medførte redusert produktivitet på uttaket og forstyrrelser på sprengningsarbeidene. I tillegg var det masseutskifting på Hestnesløkket som medførte at ressurser fra andre stuffer måtte benyttes på Hestnes.

På delområde 3B (Labbdalen) var det en økning fra prosjektert 24 000 pfm³ til utført 58 000 pfm³, i tillegg til at det ble etablert en driftsveg som medførte økning på 21 000 pfm³. Skjæringstoppen var her lavere enn forutsatt, og Hæhre måtte gå tilbake og fjerne

løsmasser i samme område flere ganger. Når det måtte fjernes løsmasser lengre opp enn opprinnelig planlagt, måtte Hæhre ha med lastebiler oppover i skjæringen. Det var nødvendig å etablere midlertidige anleggsveger, og fordi man måtte benytte bil uten henger, fikk entreprenøren med seg mindre løsmasser. Løsmasseøkningen medførte også at det ble tilleggsarbeider på oversiden av E6, og driftsvegen måtte flyttes lenger opp i skråningen. Dette ble en helt ny arbeidsoperasjon. Følgekonsekvensene er ikke oppgjort. Høyspentmastene måtte også flyttes. I sum medførte dette at Hæhre ikke ble ferdig med vegetasjonsfjerning og løsmassefjerning, eller boring og sprenging i henhold til gjeldende fremdriftsplan. Forholdene fikk også konsekvenser for de etterfølgende arbeidene på nordgående løp etter borings- og sprengningsaktiviteten. Alle arbeider med overvann, elektro og knust forsterkningslag ble utsatt. Det er her en helt tydelig sammenheng mellom byggherreforholdet og Hæhres endrede og mindre produktive drift.

ii) Byggherren

Det er ingen holdepunkter for at økningen i løsmasser har hindret sprengningsarbeidet. Det ville vært naturlig at eventuell heft ville blitt registrert og varslet. Det foreligger imidlertid ingen krav om endringsordre, og dette er ikke viet oppmerksomhet i andre kilder fra byggetiden. Anførsler om plunder og heft-virkninger kom først to år etter at E6 var ferdigstilt, i den reviderte KOE 550 i desember 2016. Det burde vært rimelig enkelt å synliggjøre det mens arbeidet pågikk, dersom økningen påvirket sprengningsarbeidet eller betongarbeider. Dette er relativt enkle problemstillinger. Kontrakten har et system for å fange opp denne type forhold, men dette systemet har Hæhre ikke brukt.

Det er vanskelig å se at økte mengder medfører ekstrakostnader for annet kontraktsarbeid. Det var nok angrepspunkter og tilstrekkelig deponikapasitet. En eventuell forskyvning av etterfølgende arbeider er ikke fulgt opp med krav om fristforlengelse eller forsering. Fremdriftsplanene gir ikke bevis for årsaker til avvik mellom plan og virkelig utførelse – dette må tidsnære bevis dokumentere. Oppstarten av sprengningsarbeidene var uansett stort sett i henhold til planen.

Hæhre har fått betalt pr. enhet, som prisene knytter seg til. Det er ingen holdepunkter for at grunnlaget for enhetsprisene ble forrykket. Heller ikke dette er det tidsnære bevis for – det er ikke utstedt krav om endringsordre, og det fremgår heller ikke av referater eller rapporter. Normalt vil økt løsmassetilgang uansett ikke forrykke grunnlaget i negativ retning, snarere tvert om. Økte mengder gir gjerne økt lønnsomhet. Det er derfor vanskelig å se at man ut fra løsmasseøkningen skulle forvente mindre effektivitet, og entreprenøren, som i alle tilfelle er nærmest til å varsle dersom det var en slik negativ påvirkning, har ikke gjort det.

Det eneste tema som ble viet oppmerksomhet i byggetiden var spørsmålet om tilgjengelig deponikapasitet. Dette betyr at Hæhre var bevisst løsmasseøkningen. Deponeringsutfordringene ble imidlertid løst fortløpende, og nye deponier var klare når de

trengtes. Det er ingen konkrete kilder som viser konsekvenser for løsmassetransport eller annen anleggstrafikk. Byggherren bekostet nye anleggsveier, og byggherren har tidligere ikke hørt om ventetid fordi Hæhre ikke fikk deponert. Kjøring av masser fra Labbdalen til Tangen, i stedet for Mostue, lettet arbeidet for Hæhre ved at det ble kortere distanse, og transporten kunne gå på anleggsveger, ikke på E6.

Avledede konsekvenser ble ikke tema før i KOE 423 i februar 2015, der ingen andre konsekvenser enn flytting av knuseverk ble nevnt. Manglende deponikapasitet ble varslet og oppgjort, og det fremgikk der at det ikke var noen fremdriftskonsekvenser.

Når konsekvensene av en økning av løsmasser sør for Strandlykkja vurderes, må det også hensyntas at det var en redusert mengde fjell i samme område. I Labbdalen var det markant økning av løsmasser, med en lavere fjellskjæring enn antatt. Høyspentmastene måtte derfor flyttes. Dette var imidlertid et kjent forhold, og Hæhre har fått oppgjør for fundamentering i EO 149, der det angis at arbeidet ikke har hatt fremdriftskonsekvenser. For øvrig er det ingen oppmerksomhet om løsmasseøkningen i Labbdalen i byggetiden, og det er ingen konkrete holdepunkter for at økt massetransport påvirket øvrig arbeid.

8.8.3. Lagmannsrettens vurdering

Det er ikke uvanlig at det virkelige omfanget masser ikke stemmer med de prosjekterte mengdene – også slik at en massetype øker i omfang mens en annen massetype reduseres i omfang. Dette i seg selv utløser ikke krav på fristforlengelse/forsering, eller på justering av enhetsprisene eller annen endring av vederlaget. Lagmannsretten er enig med byggherren i at en *økning* i mengdene gjerne gir mer effektiv drift pr. enhet, slik at det er mer gunstig for entreprenøren at mengdene øker enn at de reduseres. Entreprenøren må derfor være forberedt på – uten forventning om vederlagsjustering – at mengdene kan avvike fra de prosjekterte.

I dette tilfellet er imidlertid økningen av løsmasser så stor at dette kan stille seg annerledes. En økning på 83 % innebærer at Hæhre skal håndtere nesten dobbelt så stor mengde innenfor samme anleggsområde og tidsfrister som prosjektert. Hæhre har omregnet løsmasseøkningen til 23 340 lastebillass. Det er ikke opplyst om reduksjon av masser av betydning for lagmannsrettens vurdering, med ett unntak, som lagmannsretten kommer tilbake til.

For lagmannsretten fremstår det klart at den samlede økningen av løsmasser er så vidt stor at økningen i seg selv kan få avledede konsekvenser på det øvrige arbeidet. Økningen er dessuten så stor at avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten, jf. de alminnelige kontraktsbestemmelser kapittel C punkt 22.1 fjerde ledd. Det er med andre ord ikke tvilsomt at økningen utgjør et byggherreforhold som kan utløse krav på vederlag for eventuelle plunder og heftvirkninger.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig for et plunder og heft-krav at dette byggherreforholdet etter sin art eller erfaringsmessig vil ha negative konsekvenser for enterprenørens drift. Hæhre skal også for dette forholdet sannsynliggjøre at økningen i løsmasser har medført forstyrrelser eller ineffektivitet. Hæhre har her en betydelig bevismessig utfordring: Det er ikke varslet om slike avledede konsekvenser på det tidspunkt slike eventuelle konsekvenser må ha meldt seg, og det er også for øvrig svært få spor av avledede konsekvenser i tidsnære bevis. Det er riktignok slik at det samlede løsmassevolum først blir klart mot slutten av et prosjekt. Men i dette tilfellet måtte det på et tidlig tidspunkt ha vært klart at mengdene løsmasser økte betydelig, lenge før dette ble et tema i 2016. Blant annet var deponikapasitet et tema over lengre tid, jf. lagmannsrettens drøftelser foran. De konsekvenser Hæhre anfører løsmasseøkningen har medført, må derfor ha manifestert seg lenge før Hæhre fremmet kravet.

Mellom KOE 019/KOE 050 fra september/oktober 2012 og KOE 423 fra februar 2015, fremmet ikke Hæhre krav med bakgrunn i de økte løsmassemengdene. Realiteten i det krav lagmannsretten nå behandler, ble først fremmet i revisjonen av KOE 550 i desember 2016.

Under slike omstendigheter kan bevisbyrden vanskelig oppfylles utelukkende gjennom etterfølgende analyse av avviket mellom planlagt og utført drift.

Etter lagmannsrettens syn ble de utfordringer som løsmassemengdene skapte for deponikapasiteten tilfredsstillende og tilstrekkelig raskt løst. For så vidt gjelder etableringen av deponi på Tangen, ble dette oppgjort gjennom EO 033 i mars 2013, der det fremgår at endringen ikke hadde fremdriftskonsekvenser. Lagmannsretten viser også til drøftelsen under punkt 4.4.3. foran. Slik lagmannsretten der har lagt til grunn, var det tilstrekkelig deponikapasitet i prosjektet slik det utviklet seg. Dette innebærer at Hæhre fikk avsetning for løsmassene. Riktignok ble Hæhres planlagte opplegg for deponering av masser endret, men de deponiene som ble etablert representerte dels en forenklet utføring for Hæhre, særlig ved at løsmasser nord i anlegget kunne kjøres til Tangen, heller enn til Mostue, som opprinnelig planlagt. Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at utfordringene med deponikapasitet på grunn av løsmasseøkningen samlet sett har medført avledede konsekvenser for Hæhre.

Lagmannsretten kan videre ikke se at det er sannsynliggjort at forutsetningene for enhetsprisene ble forrykket gjennom de økte løsmassemengdene. Det må minnes om at Hæhre har fått betalt for all mengde løsmasser i samsvar med kontraktens enhetspriser, og at større mengder enn prosjektert kan gi effektivtetsgevinst, jf. foran. Det er etter lagmannsrettens syn ikke ført bevis som kan sannsynliggjøre at driften ble mindre rasjonell som følge av økningen. Det ble ikke varslet eller tatt opp med byggherren på annen måte at det eksempelvis var ventetid for lastebiler eller andre ressurser, eller at det på andre måter gjorde seg gjeldende forhold som forstyrret løsmassehåndteringen. Byggherren bekostet

nødvendige anleggsveier for å ta ut den økte mengden løsmasser, og lagmannsretten kan ikke se at det foreligger tidsnære bevis som bekrefter partsvitnet Smetbaks forklaring om at løsmassemengden generelt førte til mindre effektiv drift.

For *delområde 1A (Strandlykkja)*, der løsmassemengdene økte med 235 %, har Hæhre blant annet anført at entreprenøren ikke fikk utnyttet nærheten til deponiet på Mostue, som til tider var fullt. Det ble, som foran nevnt, likevel etablert andre deponier som kunne ta imot løsmassene, og den ulempe Hæhre opplevde ved lenger vei til Tangen, oppveies slik lagmannsretten ser det, av at løsmasser nord i anlegget fikk kortere transportvei. Det er, slik lagmannsretten har uttrykt foran mer generelt, ikke tidsnære bevis som kan sannsynliggjøre at den økte mengden løsmasser medførte vanskeligere arbeidsoperasjoner.

Lagmannsretten bemerker også at økningen av løsmasser på Dovrebanen – 38 000 pfm³ – i praksis oppveies av at det på samme sted ble *mindre mengde fjell* – 31 000 pfm³.

Heller ikke på *delområde 1B (Høybrekket)* kan lagmannsretten se at det er sannsynliggjort at løsmasseøkningen medførte negative konsekvenser for Hæhre. De negative konsekvensene Hæhre anfører på løp, er i hovedsak omtalt i helt generelle vendinger, og lagmannsretten kan ikke se at dette området stiller seg i annen stilling enn delområde 1A. Hæhre har riktignok vist til enkelte særskilte forhold på denne delstrekningen. Blant annet forklarte partsvitnet Krogseth at det oppsto en stans på en stuff etter at salver var ferdig boret. Krogseth satte dette i sammenheng med løsmasseuttaket. I fravær av tidsnære bevis om årsaksforholdene, ser lagmannsretten det som like sannsynlig at stansen hadde andre årsaker, herunder driftsmessige valg som Hæhre tok.

Når det gjelder anførselen om at det i delområde 1B var en økt mengde urstein som måtte fjernes, viser lagmannsretten til at det i EO 199 og EO 280 er avtalt oppgjør for fjerning av urstein henholdsvis ved profil 2 200 – 2 400 og profil 2 400 – 2 650. I begge endringsordre er det angitt at arbeidet ikke hadde fremdriftskonsekvenser. Når eventuelle avledede konsekvenser måtte ha vært synlig for Hæhre i forbindelse med at arbeidet ble utført, og det heller ikke er tatt forbehold for senere konsekvenser eller varslet krav før i KOE 550, kan lagmannsretten ikke se at det er ført tilstrekkelige bevis for at arbeidet hadde avledede konsekvenser som ikke er oppgjort gjennom endringsordrene. Marstrands analyse om avvik mellom «upåvirket» og «påvirket» produksjon på samme tid som arbeidet med urstein pågår, gir ikke tilstrekkelige holdepunkter for årsakssammenheng mellom arbeidet og det mulige avviket.

På *delområde 2 (Langstrekket)* var det også en betydelig økning i løsmasser, som inntraff i et sideskrått og krevende område. Hæhre viser til at dette gjaldt særlig på stuff nordover fra anleggskulverten, hvor det også var utfordringer knyttet til etablering av anleggsvei på skjæringstopp. Hæhre har – gjennom Marstrands analyse – kvantifisert produktivetsreduksjonen slik at den i upåvirket drift var 195 kr/pm³, mens den faktisk ble

285 kr/pfm³ på det som er kalt produksjonssyklusstype 1 - vegetasjon, løsmasse og fjellrensk. Dette var en vesentlig lavere produktivitet enn de andre produksjonssyklusene i samme område.

Lagmannsretten viser til sine generelle merknader om Marstrands rapport og metodikk, særlig om årsakssammenheng. Metodikken rydder etter lagmannsrettens syn ikke tilstrekkelig opp i årsaksforholdene til at det kan etableres sannsynlighetsovervekt for at byggherreforhold er årsak til et eventuelt avvik. Det kan ikke legges til grunn – slik Hæhre synes å gjøre – at et avvik mellom «påvirket» og «upåvirket» drift ikke har noen annen naturlig forklaring enn at de skyldes byggherreforhold. At byggherren på sin side for så vidt ikke har anført eller påvist *andre* mulige årsaker til avviket, er ikke tilstrekkelig til å etablere sannsynlighetsovervekt eller «snu bevisbyrden». Dette gjelder særlig når Hæhre ikke varslet om nedsatt produktivitet underveis, og byggherren derfor var avskåret fra selv å undersøke årsaksforholdene. Lagmannsretten påpeker også at tallene for virkelig kostnad pr. enhet i Marstrands analyse varierer sterkt – i hovedsak til Hæhres gunst. Det er ikke hensiktsmessig for årsaksforklaringer å trekke ut enkelttall i en produksjon; det er helheten i produksjonen som er avgjørende. Negativt avvik på et produksjonsledd kan også ha sin årsak i positivt avvik på andre produksjonsledd.

For *delområde 3A (Hestnes)* har Hæhre selv beregnet en økning i ressurspådraget på produksjonssyklusstype 1 på 30 %. Dette ut fra at tidsforbruket økte 190 % – etter justering for økningen i mengden løsmasser er økningen i tidsforbruk tallfestet til 49 % – noe som skal skyldes økning i løsmasser og tilleggsarbeider med masseutskifting. Denne beregningen lider etter lagmannsrettens syn under de samme usikkerhetsfaktorene som foran – særlig at det er ikke ført tilstrekkelige tidsnære bevis for årsakssammenheng mellom byggherreforholdet og de påståtte konsekvensene. Årsaksforklaringene er her nokså generelle – påståtte forsinkelser og redusert produktivitet, og forstyrrelser på etterfølgende sprengningsarbeider – og uten tidsnære bevis i form av varsel eller lignende.

Det er på det rene at det ved Hestneslokket ble besluttet å masseutskifte ca. 17 000 pfm³ løsmasser, som tilleggsarbeid. I månedsrapport for februar 2013 opplyser Hæhre at «(d)ette medfører noe forskjøvet oppstart på betongarbeider». Lagmannsretten har vanskelig for å forstå at den ressursomfordeling som Hæhre gjør gjeldende medførte redusert produktivitet, ikke ble varslet overfor byggherren da forholdet skal ha inntrådt, ut over bemerkningen i månedsrapporten. Hvorvidt forskjøvet oppstart på betongarbeider ble innhentet på annen måte eller ikke, fremgår ikke av tidsnære bevis. Hæhre er den nærmeste til å fremskaffe bevis som kunne belyse dette.

I *delområde 3B (Labbdalen)* var det også en betydelig løsmasseøkning som i hovedsak skyldtes at fjellet lå lavere enn antatt. Hæhre måtte på grunn av topografien også fjerne løsmasser lenger opp i terrenget enn planlagt for. Det måtte da etableres en driftsveg som tilleggsarbeid. Hæhre gjør gjeldende at det ikke var mulig å utføre sprengningsarbeider

mens dette pågikk, og at det ble betydelige forsinkelser i arbeidet med vegetasjon og rensk, slik en sammenligning med skråstreksplanen etter Hæhres syn viser, og alle etterfølgende aktiviteter måtte utsettes.

Det er på det rene at arbeidet i Labbdalen på viktige punkter var forsinket sammenlignet med skråstreksplanen. Det er, slik lagmannsretten ser det, også naturlig at andre arbeider – som overvannsanlegg, elektro og forsterkningslag – som skulle vært påbegynt i sammenheng med løsmassearbeidene, dermed også ble forskjøvet, sammenlignet med skråstreksplanene. Imidlertid er en slik sammenligning ikke tilstrekkelig for å sannsynliggjøre årsakssammenhengen mellom løsmasseøkningen og avviket mellom planlagt og virkelig drift. Etter lagmannsrettens syn gir heller ikke den analyse Marstrand har foretatt for Labbdalen tilstrekkelige bevis for en slik årsakssammenheng. I Marstrands rapport er en rekke elementer i driften i Labbdalen analysert, herunder overvann, elektro og forsterkningslag, og det er beregnet ressursøkninger for disse elementene. Dette i seg selv etablerer eller sannsynliggjør imidlertid ingen nødvendig årsakssammenheng mellom avviket mellom planlagt og virkelig drift. Som bemerket foran under lagmannsrettens generelle vurdering av Marstrands rapport, er analysen begrenset til å undersøke om byggherreforholdene kan ha innvirket på driften, ikke om andre årsaksforhold kan forklare avviket. Derneft legges det i rapporten nærmest til grunn at alle de forhold som skal begrunne avviket faktisk er byggherrens risiko. Det tas i alle fall ikke i Hæhres anvendelse av analysen tilstrekkelig høyde for at de påberopte byggherreforholdene kan skyldes andre forhold. Som lagmannsretten straks skal komme til, er verken flytting av høyspentmaster eller arbeidet med stikkrenner byggherreforhold som utløser rett til vederlag som ikke er oppgjort. Like fullt er disse forholdene med og begrunner kravet.

I tillegg kommer den generelle og betydelige utfordringen for bevisførselen at Hæhre ikke har varslet krav eller på annen måte dokumentert med tidsnære bevis at det er en årsakssammenheng. Marstrand har eksempelvis beregnet en samlet ressursøkning for arbeid med vegetasjon, fjellrensk og løsmasser tilsvarende 258 %, med en total merkostnad på 12,5 mill. kroner i Labbdalen. For lagmannsretten fremstår det som klart at dette betydelige avviket måtte være synlig for Hæhre mens arbeidet pågikk. Når ikke byggherren er varslet om dette avviket, har Hæhre ikke sikret et mulig viktig bevis, samtidig som byggherren er avskåret fra muligheten til å undersøke forholdet og Hæhres bevis for årsakssammenheng, samt innhente eventuelle motbevis. Lagmannsretten kan ikke se at det ville vært umulig eller urimelig tyngende for Hæhre å sikre disse bevisene, tvert om kunne det vært gjort med relativt enkle midler.

Lagmannsretten kan derfor ikke se at det er sannsynliggjort at det er årsakssammenheng mellom økningen i løsmasser og den nedsatte produksjon Hæhre gjør gjeldende at inntraff.

Når det særlig gjelder avledede konsekvenser av flytting av høyspentmaster samt arbeid med stikkrenner, vises til tingrettens vurdering, som lagmannsretten slutter seg til:

Ytterligere to endringsarbeider knyttet til Labbdalen nord er avtalt i EO 141 Etablering av stikkrenner (S 472) og EO 149 Fundamentering av høyspentmaster (S 496). Det er enighet om at begge disse forholdene representerer endringsarbeid som gir entreprenøren krav på vederlagsjustering. Spørsmålet for retten er om Hæhre har sannsynliggjort at disse forholdene også har medført nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid etter kontrakten som ikke er omfattet av de utstedte EOene.

EO 141 som gjelder etablering av stikkrenner signeres av Hæhre 19. januar 2016. Den er et resultat av KOE 162, fremsatt av Hæhre 25. september 2013. I nevnte KOE fremkommer det:

«Arbeidene medfører betydelige tilleggsarbeider som vil påvirke øvrig framdrift som er planlagt på ny E6. Vi vil komme tilbake til pris og framdriftskonsekvens så snart det foreligger prisforespørsel på arbeidene.»

Partene har deretter et møte 4. november 2013 og Hæhre sender dagen etter inn prisskjema basert på den løsningen som ble bestemt i møtet. Det er også et møte mellom partene 11. november og i byggherrens påtegning 19. november 2013 fremkommer det at byggherren ikke er enig i beskrivelsen av at det er betydelige endringer i forhold til kontrakt, og at byggherren utarbeider EO 141. Det fremkommer videre av påtegning 2. juni 2014 fra Hæhre at arbeidene er utført og at de ber byggherren klargjøre denne EOen for signering. Det fremkommer også at «konklusjonen på KOE 162 er omfattet av denne EO» og «ingen framdriftskonsekvens». Ytterligere påtegning viser at mengder ble gjennomgått og omforent i målebrevsmøte 13. januar 2016, og EOen signert 18. januar 2016.

Ordlyden i KOE 162 og EO 141 sett i sammenheng, tilsier at de kostnadselementene som er varslet i KOE 162 enten er medregnet i den summen som det er enighet om i EOen, eller er frafalt og ikke lenger påberopes. Retten legger til grunn at Hæhre hadde full oversikt over eventuelle følgekonskvenser av dette arbeidet i januar 2016, da EOen ble signert.

Retten går etter dette over til å vurdere endringsarbeidet knyttet til fundamentering av høyspentmaster, avtalt i EO 149 (S 496), signert 13. januar 2014. Det fremkommer at byggherren har sendt en prisforespørsel og at byggherren aksepterer Hæhres tilbudte RS. Det fremkommer videre «Dette inkluderer alle arbeider med høyspent». Det er ikke sannsynliggjort at dette endringsarbeidet har hatt påvirkning på annet kontraktarbeid som Hæhre på dette tidspunktet, da de ga sitt tilbud, ikke hadde oversikt over.

Det er ikke tilkommet opplysninger under ankebehandlingen som gir grunnlag for en annen vurdering.

8.9. Manglende mulighet for knusing i linjen – flytting av knuseverket

8.9.1. Lagmannsrettens vurdering

Hæhre har gjort gjeldende at det skyldtes byggherreforhold at entreprenøren måtte etablere knuseverk på Kolostuen i 2013. Dette påståtte byggherreforholdet er ett av grunnlagene for kravet i KOE 423, som lagmannsretten har behandlet foran under punkt 4.2. Hæhre har i tillegg gjort gjeldende at flyttingen av knuseverket hadde avledede konsekvenser som skal kompenseres for under KOE 550. Særlig skal medfølgende økt transport på anlegget – fordi Hæhre måtte kjøre til Kolostuen i stedet for lokal transport på anlegget – ført til heft på resten av anlegget.

Lagmannsretten har foran under punkt 4.2.3. kommet til at det ikke skyldtes forhold på byggherresiden at knuseverket ble flyttet til Kolostuen i 2013. Det er av samme grunn heller ikke grunnlag for plunder og heft-krav for denne flyttingen.

8.10. Ikke gjennomførbare faseplaner og andre prosjekteringsfeil

8.10.1. Bakgrunnen for tvisten

Faseplaner er utarbeidet av byggherren som del av prosjekteringen av entreprisen. Disse planene angir hvilke arbeider som skal foregå på hvilke steder til ulike faser. I kontraktens kapittel C1 punkt 26.1 første og andre ledd om trafikkavvikling er det bestemt:

Y-tegningene/faseplanene gir føringer for trafikkmønsteret i de forskjellige faser. Private veger skal ikke benyttes uten at det foreligger egen avtale om dette. Videre skal fylkesveg 229 mellom Brøhaug og Morstua innen naboparsellen, ikke benyttes til anleggskjøring/massetransport.

Nødvendig omlegging av veger og gang-/sykkelveger, samt utarbeidelse av skiltplaner og planer for å kunne etablere og gjennomføre de beskrevne faseplaner/løsningsvalg, inklusive godkjenning av disse, er entreprenørens ansvar.

Dette innebærer at byggherren skal levere faseplaner til entreprisen, av hensyn til trafikkavviklingen, og entreprenøren skal kunne benytte disse når arbeidet skal gjennomføres.

I KOE 550 fra mars 2015 – der Hæhre anførte at byggherrens vurdering av byggetiden led av mangler – vises det blant annet til at byggherren har feilvurdert byggetiden blant annet i forhold til faseplaner. Det ble nevnt som eksempel byggherrens «manglende planlegging er forholdene omkring faseplaner sør og nord for Espatunnelen». I revisjonen av KOE 550 fra desember 2016 viser Hæhre til at byggherren ikke hadde oversikt over «hvordan trafikkavviklingen skulle håndteres» ved området ved Høybrekket, og at byggherrens

faseplaner ved Labbdalen og nordover «ikke var gjennomførbare». Dette skal ha medført plunder og heft for Hæhre. Byggherren avviste at planer for trafikkavviklingen har medført plunder og heft for Hæhre.

Hæhre har både for tingretten og for lagmannsretten gjort gjeldende at byggherrens faseplaner ikke var gjennomførbare, og at dette medførte plunder og heft for Hæhre. Tingretten kom til at faseplanene for Høybrekket ikke var gjennomførbare, og at dette medførte plunder og heft-virkninger for Hæhre som ble kompensert med 3 mill. kroner, men at det for øvrig ikke var grunnlag for kravet.

Hæhre har også gjort gjeldende at enkelte andre forhold ved byggherrens prosjektering i de samme områdene var mangelfull – etablering av kantstein/rekkverk og stikkrenner i Labbdalen, og manglende løsning for støttemur ved Høybrekket. Tingretten kom til at det ikke var knyttet plunder og heft-virkninger til disse forholdene.

8.10.2. Partenes anførsler

i) Hæhre

Byggherren skal sørge for å utarbeide faseplaner som er gjennomførbare, sett opp mot det arbeidet som skal utføres innenfor de angitte delfrister. Byggherrens faseplaner var ikke gjennomførbare – de var mangelfulle, noe som utgjør en prosjekteringsfeil som byggherren er ansvarlig for. Den løsning for trafikkavviklingen man til slutt endte opp med, var totalt sett betydelig mer krevende og kostbar å utføre. Gjennomførbare faseplaner er av sentral betydning for muligheten til å gjennomføre arbeidet på en effektiv måte, særlig når byggetiden er stram, noe også byggherren la til grunn under prosjekteringen.

Høybrekket: Faseplanene hensyntok ikke at fyllingen gikk midt i området Hæhre skulle bygge ny E6 og samtidig ha offentlig anleggstrafikk på fylkesveien. Faseplanene forutsatte at alle arbeider på Høybrekket skulle være ferdigstilt lenge før delfrist 2, det vil si 1. oktober 2013. Opprinnelig løsning var imidlertid ikke mulig. De som utarbeidet planene var ikke kjent med delfristene eller omfanget av arbeider på Dovrebanen.

Disse manglene har Hæhre påberopt seg hele veien. Partene var enige om en ny løsning fordi faseplanene ikke var gjennomførbare. At Hæhre ønsket å arbeide i «ro og mak», gjaldt en annen løsning som det ikke ble noe av. Det krevde store administrative ressurser for å finne løsninger. Usikkerheten og manglene hadde direkte påvirkning på sprengningsarbeidene, og indirekte påvirkning på øvrige arbeider. Hæhre har ikke fått betalt for endringen i faseplanene.

Labbdalen/Espatunnelen: Det er enighet om at faseplanene rundt Espatunnelen ikke var gjennomførbare. Hæhre har gjennomgående varslet utfordringer med faseplanene, både underveis i prosjektet og etter ferdigstilling. De mangelfulle faseplanene fikk særlig konsekvenser for arbeider i sørgående løp, der Hæhre ikke fikk arbeidet slik som forutsatt.

Trafikken ble omlagt i februar 2014, og Hæhre må da gjøre samtlige arbeider så raskt som mulig for å ferdigstille området. Det var et stort omfang aktiviteter i dette området etter omlegging. I juni 2014 fikk Hæhre tilgang til sørgående løp. Marstrands analyse viser også at det er arbeidene etter første faseomlegging som har blitt mindre effektive, blant annet arbeider med vegetasjon og løsmasser, boring, sprengning og masseflytting, overvannsanlegg, øvre forsterkningslag og elektro. Kostnadene er ikke oppgjort i endringsordrer.

Hestnes: Det er også her enighet om at faseplanene ikke var gjennomførbare. Det var flere faseomlegginger. Sør for tunnelen kom en omkjøringsvei som en overraskelse, og trafikk måtte flyttes flere ganger på grunn av høydeforskjeller i området. Dette fikk konsekvenser for forsterkningslag, elektro og overvannsanlegg, hvor arbeidet ble utsatt, mer oppstykket og mindre effektiv. Driftsveg måtte også utsettes og utføres på svært kort tid.

Byggherren har feilprosjektert kantstein og rekkverk i Labbdalen, noe som medførte avledede konsekvenser som ikke er oppgjort, blant annet på kompletteringsarbeider. Byggherren prosjekterte dessuten Trønderblokkmuren over Høybrekket sent, noe som medførte avledede konsekvenser som ikke er oppgjort. Tilsvarende gjaldt prosjektering av støttemur ved Shell. Stikkrenner i Labbdalen måtte også omprosjekteres, noe som måtte utføres til dels samtidig med boring og sprengning, og dels i sluttfasen. Avledede konsekvenser er ikke oppgjort.

ii) Byggherren

Faseplanene er utarbeidet av byggherren som forslag til trafikkavvikling i anleggsperioden i henhold til plikt overfor myndigheter og trafikanter. Faseplanene er en del av byggherrens prosjektering, men den konkrete planleggingen utføres av entreprenøren som ledd i arbeidsplanleggingen. Faseplanene er skisser som kun viser fasene i grove trekk, og de dekker ikke alle arbeidsoperasjoner. Faseplanene er kun et forslag, og entreprenøren må selv vurdere og prise nødvendige tiltak og justeringer av planene. Entreprenøren er fri til å foreslå andre eller bedre løsninger.

Høybrekket: Kravet om plunder og heft knyttet til faseplaner – og sen avklaring av støttemur – ved Høybrekket ble fremmet to år etter ferdigstillelse. Alle byggherreforhold ved Høybrekket er oppgjort mellom partene. Det er uansett ingen holdepunkter for at påberopte byggherreforhold skal ha ført til plunder og heft-virkninger av betydning. Omleggingen av trafikk fra E6 til fylkesveien skyldtes ikke prosjekteringsfeil. Byggherrens faseplaner la opp til at E6-trafikken skulle gå over Høybrekket samtidig med sprengning og nedsenkning av veien. Hæhre ville da hatt fri tilgang uten trafikkhindringer. Det var derfor ingen feil i faseplanene. Hæhre ønsket i stedet å legge E6-trafikken til fylkesveien for å kunne arbeide i «ro og mak». Det ble ikke varslet om feil i faseplanen, bare at Hæhre ønsket å legge trafikken ut på fylkesveien, heller ikke i delsluttoppgjøret. Det er ikke spor i tidsnære bevis for at omleggingen skyldtes en prosjekteringsfeil eller annet

byggherreforhold, eller for at omleggingen medførte plunder og heft eller andre former for uoppgjorte merkostnader. Det er ingen holdepunkter for at valgte løsninger er mer kostbare enn byggherrens forslag.

Alle forhold knyttet til støttemuren er oppgjort i EO 278 og EO 270. Det er ingen spor i tidsnære bevis for uoppgjorte plunder og heft-virkninger.

Labbdalen/Espatunnelen: Hæhre fikk i januar 2014 kjennskap til konsekvensene av arbeidene med midlertidig omkjøringsvei nord for Espatunnelen. Det ble likevel ikke varslet nedsatt produktivitet eller rigg/drift. Kravet om endringsordre i KOE 229 og KOE 230 ble oppgjort i EO 267, EO 332 og EO 335, gjennom fristforlengelse og økonomisk oppgjør. Alle forhold knyttet til KOE om faseplaner ved Espatunnelen er oppgjort, og det er ikke holdepunkter for uoppgjorte plunder og heft-virkninger.

Samtlige økonomiske forhold knyttet til kantstein og rekkverk nord for Labbdalen er oppgjort, og tidskravene og fortetting av arbeidsoperasjoner er løst, i flere endringsordrer. Det er ingen holdepunkter for uoppgjorte plunder og heft-virkninger.

8.10.3. Lagmannsrettens vurdering

Det er ikke tvilsomt at byggherren skal utarbeide faseplaner som del av sin prosjektering. Det er heller ikke tvilsomt at byggherren har ansvar for feil, uoverensstemmelser og ufullstendigheter og utilstrekkelig veiledning i kontraktsdokumenter og tegninger, beskrivelser og beregninger han har levert, jf. kontraktens alminnelige bestemmelser del C punkt 19.2 annet ledd. Dette gjelder også faseplaner.

Faseplanene er imidlertid ikke presise angivelser av trafikkavviklingen i ulike faser. Dette følger for så vidt også av kontraktens prosess 14.5 for provisorisk omlegging av eksisterende veier, der det heter:

En skisse av de ulike fasene er i grove trekk vist på Y-tegningene. Faseplanene dekker ikke alle arbeidssteder/operasjoner og er ikke ment å vise trafikkavvikling/fremdrift detaljert. Planene viser heller ikke nødvendige etterarbeider. Entreprenøren må derfor selv utarbeide supplerende faseplaner og få disse godkjent av byggherren senest 14 dager før de respektive arbeidene starter opp.

Faseplanene som byggherren skal utarbeide er dessuten å anse som forslag, som entreprenøren kan endre etter godkjennelse fra byggherren. Dette ble det også opplyst om på tilbudskonferansen før kontraktsinngåelsen.

Dette innebærer, slik lagmannsretten ser det, at utfyllinger og endringer av faseplanene entreprenøren selv står for, er entreprenørens eget ansvar. Derimot; dersom de mindre

finmaskede faseplanene som byggherren har utarbeidet, ikke er gjennomførbare på grunn av feil m.v., og entreprenøren derfor påføres ekstrakostnader eller fremdriftshindringer, vil entreprenøren ha krav på vederlagsjustering/fristforlengelse.

Høybrekket

Det er på det rene at trafikkavviklingen ved Høybrekket ble annerledes enn det det var lagt opp til i faseplanen. Partene er imidlertid uenige om årsaken til denne endringen; om det skyldtes at faseplanene ikke var gjennomførbare, eller om dette var Hæhres eget valg.

Hæhre foreslo i byggemøte i november 2012 å endre trafikkavviklingen ved Høybrekket, ved at E6 kunne legges på vestsiden delvis i fylkesveitraseen, slik at Hæhre kunne ferdigstille østsiden i «ro og mak». Dette ble gjentatt i alle byggemøter frem til og med tidlig mars 2013. Etter lagmannsrettens syn er det derfor ikke særlig tvilsomt at initiativet til å endre faseplanene på Høybrekket kom fra Hæhre, og initiativet ble tatt fordi dette ville innebære en forenkling for Hæhre. Det er ikke i disse byggemøtene vist til at byggherrens faseplaner var mangelfulle eller ugjennomførbare.

Denne foreslåtte løsningen ble imidlertid heller ikke gjennomført. Det fremgår av månedsrapportene ut over høsten 2013 at partene i fellesskap fant fram til løsning for trafikkavviklingen som blant annet innebar omlegging av trafikken til fylkesvei på nattestid med bruk av ledebil. Årsaken til at verken den opprinnelige faseplanen eller Hæhres forslag fra november 2012 ble lagt til grunn fremgår ikke av månedsrapportene eller andre samtidige bevis. Etter lagmannsrettens syn hadde Hæhre klart nok foranledning til å vise til prosjekteringsfeil ved byggherrens faseplaner, dersom dette var årsaken til endringen, men gjorde altså ikke det. I sine respektive forklaringer for lagmannsretten var partsvitnene Krogseth fra Hæhre og Halbakken fra byggherren, uenige om hvilke forutsetninger partenes drøftelser av trafikkavviklingen ved Høybrekket hvilte på. Lagmannsretten kan ikke se at det ut fra de tidsnære bevis eller vitneforklaringer er sannsynliggjort at endringen skyldtes at faseplanene ikke var gjennomførbare.

Riktignok var faseplaner mer generelt tema i desember 2014, da Hæhre varslet enkelte forhold entreprenøren ville ta opp framover, herunder «håndtering av eksisterende trafikk på E6». I den opprinnelige KOE 550 fra mars 2015 er faseplanene nevnt uttrykkelig, men bare området ved Espatunnelen er uttrykkelig nevnt – og altså ikke Høybrekket. Faseplanenes innvirkning på Hæhres arbeid ved Høybrekket ble først et tema i den reviderte KOE 550 i desember 2016. Derfor ble heller ikke de sentrale anledninger Hæhre hadde for å varsle om mangelfulle faseplaner ved Høybrekket benyttet før ca. tre år etter at arbeidet pågikk.

Til tross for dette er lagmannsretten likevel kommet til at endringen av trafikkavviklingen sannsynligvis skyldtes forhold byggherren hefter for. Ved Høybrekket var det stor høydeforskjell, og lagmannsretten mener det er sannsynliggjort at det ikke var mulig å

legge trafikken slik faseplanen forutsatte på grunn av at fyllingen som skulle etableres, gikk der Dovrebanen og fylkesveien skulle gå. Det var dermed ikke tilgjengelig areal for å legge om trafikken i samsvar med faseplanen innenfor den gjeldende delfrist.

Lagmannsretten ser ikke endringen som en utfylling av faseplanene som entreprenøren har risikoen for, jf. foran, men en konsekvens av feil ved en grunnleggende del av faseplanen. Ved denne vurderingen bygger lagmannsretten særlig på grafiske fremstillinger av området før bygging, noe som er særlig synlig på Hæhres hjelpedokument HE57. Byggherrens faseplan hadde dermed ikke i tilstrekkelig grad hensyntatt høydeforskjellen og det tilgjengelige arealet.

Lagmannsretten viser også til forklaringen fra vitnet Bjørvik, som på vegne av Cowi utarbeidet faseplanene. Etter Bjørviks syn hensyntok faseplanene høydeforskjellen, idet det var brukt 3D-modeller ved utarbeidelsen. Imidlertid forklarte Bjørvik at delfrister – spesifikt delfrist 2, som gjaldt i det aktuelle området – ikke var tema under utarbeidelsen av faseplanene, idet dette ikke var en del av oppdraget. Slik lagmannsretten ser det, er det særlig forholdet mellom topografi og delfrister som gjorde at faseplanene ikke lot seg gjennomføre.

Det er etter dette lagmannsrettens syn at faseplanene på Høybrekket ikke var gjennomførbare, og at dette er et byggherreforhold som kan gi grunnlag for vederlagsjustering/fristforlengelse. Det er videre lagmannsrettens syn at dette er et forhold som *etter sin art* vil kunne medføre forstyrrelser på entreprenørens drift, gitt at entreprenørens arbeid blir annerledes enn forutsatt i kontrakten, eksempelvis vil en entreprenør kunne pådra seg større administrasjonskostnader når nye faseplaner skal utarbeides.

Det må imidlertid – slik lagmannsretten har vært inne på gjentatte ganger – sannsynliggjøres at byggherren er påført merkostnader/forstyrrelser og at disse avledede konsekvensene har sin årsak i de mangelfulle faseplanene. Slike bevis har Hæhre etter lagmannsrettens syn ikke ført.

Lagmannsretten viser her til gjennomgangen foran om kravets historikk: Kravet ble fremmet svært sent – og mer generelle uttalelser (også fremmet sent) om trafikkavviklingen og faseplanene kan ikke bidra til å sannsynliggjøre at det er årsakssammenheng mellom mangelen ved faseplanene og forstyrrelser m.m. på Hæhres drift. Det fremgår av månedsrapportene høsten 2013 at de nye løsningene ble utarbeidet av byggherren og Hæhre i fellesskap. Det er ikke konkretisert hvor stor andel av dette arbeidet som påhvilde den enkelte av partene, eller hvor store administrasjonskostnader som uansett ville påløpt når Hæhre skulle utfylle og anvende byggherrens faseplaner. Det er heller ikke ført tidsnære bevis knyttet til om endringen i sprengningsarbeidet medførte forstyrrelser, meromkostninger eller lignende. Lagmannsretten bemerker at slike endringer også kan medføre lettelser i driften. Etter lagmannsrettens syn hadde Hæhre klar foranledning til å

varsle byggherren, enten formelt gjennom kontraktens varslingsrutiner eller på annen måte, om eventuell konsekvenser. Når dette ikke ble gjort, står lagmannsretten uten tidsnære bevis for merkostnader og årsakssammenheng.

Heller ikke Marstrands rapport bidrar til å sannsynliggjøre dette. Lagmannsretten viser for så vidt til lagmannsrettens generelle merknader til rapporten foran. Det fremgår dessuten av Marstrands rapport at produksjonen hadde svært ulike kostnader avhengig av sted og produksjonssyklus. Marstrands rapport bygger på at all merkostnad kan tilbakeføres til byggherreforhold. Lagmannsretten er ikke enig i det. Når det ikke er spor i tidsnære bevis for slike merkostnader – Marstrand har tallfestet merkostnadene for sprengning m.m. til 11,1 mill. kroner – kan ikke lagmannsretten legge til grunn som sannsynliggjort at dette er påløpt og er byggherrens ansvar og risiko. Lagmannsretten har vanskelig for å forstå at så vidt store merkostnader ikke kan spores i partenes samtidige dialog. Lagmannsretten har heller ikke bevismessig grunnlag for å foreta en skjønnsmessig vurdering av om deler av merkostnadene som Marstrand har beregnet, kan tilbakeføres til byggherreforhold, når det mangler tidsnære bevis.

Labbdalen/Espatunnelen

Lagmannsretten tiltrer tingrettens vurdering av om faseplanene ved Espatunnelen gir grunnlag for et plunder og heft-krav, idet det ikke er fremkommet forhold som kan føre til en annen vurdering. Det heter i tingrettens dom:

Når det gjelder faseplanene for Espatunnelen sør/Labbdalen nord er partene enige om at de opprinnelige faseplanene ikke var gjennomførbare. I byggherrens faseplan var det forutsatt toveis trafikk gjennom nordgående løp i Espatunnelen mens arbeidet med SRO-anlegg utenfor tunnelen pågikk. Dette ble det ikke gitt tillatelse til idet vegmyndighetene satte som vilkår at SRO-anlegget var montert og virksomt før tunnelløpet kunne tas i bruk. I tillegg var det problemer med høydeforskjell mellom ny og gammel E6 som ikke var hensyntatt i faseplanene, slik at det heller ikke av denne grunn var mulig å utføre arbeidene som planlagt i området hvor trafikken i henhold til faseplanen skulle gå. Hæhre måtte som følge av dette selv planlegge, prosjektere og etablere en midlertidig omkjøringsvei utenfor anleggsgrensa.

Retten legger til grunn at dette representerte et byggherreforhold som etter kontraktens alminnelige bestemmelser, kapittel C, pkt. 25.2 bokstav a, ga Hæhre krav på vederlagsjustering. Hæhre fremsatte slikt krav 29. januar 2014 i KOE 229 (O 357), hvor Hæhre ba om fristforlengelse, samt varslet at de ville kreve sine kostnader for etablering av omleggingsvegen dekket på relevante prosesser på sted A45, med tillegg for etablering av anleggsveger, vinterarbeider, prosjektering og trafikkhåndtering. Dette ble akseptert av byggherren ved påtegning på KOEen, samt utstedelse av EO 267 (S 609) og EO 332 (S 714). Også KOE 230 (O 359) knytter seg

til delfrist 5 sør for Espatunnelen. Kravet er akseptert av byggherren i EO 335 (S 729), uten fremdriftskonsekvens.

Spørsmålet for retten er om Hæhre har sannsynliggjort at dette forholdet også har medført nedsatt produktivitet eller forstyrrelser på annet arbeid etter kontrakten som ikke er omfattet av de utstedte EOene. Retten finner ikke det sannsynliggjort og har i sin vurdering lagt vekt på de samme momentene som fremkommer under drøftelsen av stengningen av midlertidig anleggskulvert ovenfor. Retten viser til kontraktens krav om varsel i kapittel C, pkt. 25.3 bokstav b, som selv om preklusjon ikke er anført, sier noe om hvordan partene vurderte situasjonen på det tidspunktet EOene ble signert, når det ikke i den forbindelse fremkommer noe om nedsatt produktivitet og forstyrrelser på annet arbeid. De aktuelle EOene er signert på et tidspunkt (henholdsvis august og oktober 2014) hvor retten legger til grunn at Hæhre hadde oversikt over eventuelle andre konsekvenser av arbeidene. Når disse ikke er varslet på dette tidspunktet og det er inngått avtale om oppgjør for arbeidene, anses alle kostnader i dette tilfellet for å være dekket av de utstedte EOene.

De samme betraktninger gjør seg gjeldende for Hestnes, der EO 230 og EO 267 er sterke bevis for at det ikke er påløpt avledede konsekvenser som ikke er gjort opp. Dette dekker også Hæhres anførsel om at økt antall provisoriske veier som følge av mangelfulle faseplaner har medført avledede kostnader

Hæhre har gjort gjeldende at byggherren prosjekterte støttemuren («Trøndermuren») over Høybrekket for sent, og at dette har medført avledede konsekvenser for Hæhre. Om dette skrev tingretten:

Retten legger til grunn at det i arbeidet over Høybrekket fra april til september 2014 var tilnærmet stans i kontraktarbeidene fra ca. profil 2 200 til 2 350. Dette skyldtes at det måtte etableres en støttemur B61, før trafikken kunne legges om til nytt sørgående løp og de siste arbeidene kunne ferdigstilles. Det er på det rene at det opprinnelig var tegnet inn en støttemur på det aktuelle stedet, men denne ble fjernet av byggherren tidlig i prosjektet. Det forelå ingen beskrivelse av hvilken betydning denne støttemuren hadde og den var heller ikke vist på tegninger. Det viste seg imidlertid at støttemuren var nødvendig for å holde på plass sørgående løp over Høybrekket fra ca. profil 2 200 til 2 400. At det manglet prosjektering for en nødvendig støttemur, er uten tvil et byggherreforhold som gir Hæhre rett på vederlagsjustering. Etableringen av støttemuren ble gjort som tilleggsarbeid og oppgjør for dette er avtalt i EO 278, signert 3. juli 2014 (S 613). Oppgjør er i tråd med det pristilbudet Hæhre har gitt. Under punktet om fremdriftskonsekvens, vises det til EO 270 delfrist 8. I EO 270 (S 611) ble fristforlengelse for delfrist 8 for profil 2 200 til profil 2 650 forskjøvet til 2. desember 2014.

Retten legger etter dette til grunn at den forsinkelsen og det merarbeidet som etableringen av ny støttemur B61 medførte er omfattet og oppgjort av EO 278 og EO 270. Retten viser i den forbindelse også til at det fremkommer av månedsrapport fra mars 2014, pkt. 2.0 (D 485), referat fra byggemøte nr. 37, 11. mars 2014 (F 316) og særmøte HMS nr. 19, 24. mars 2014 at Hæhre er klar over utfordringene med den stramme framdriften og samtidighet med aktiviteter. Da EO 267 og EO 270 ble signert i henholdsvis juli og august 2014, var dette derfor konsekvenser som Hæhre da mest sannsynlig hadde oversikt over og som må anses omfattet av de utstedte EOene.

Lagmannsretten deler tingrettens vurdering, idet det ikke er fremkommet opplysninger under ankeforhandlingen som tilsier en annen vurdering. Lagmannsretten viser til de generelle merknadene foran om betydningen av endringsordrene. Som tingretten skriver, hadde Hæhre mest sannsynlig oversikt over konsekvensene da endringsordrene ble undertegnet. Når Hæhre da ikke har angitt at det medførte konsekvenser ut over dem Hæhre mener er dekket av endringsordren, er det etter lagmannsrettens syn ikke sannsynlig at det har påløpt konsekvenser som ikke er medtatt.

Lagmannsretten kan ikke se at e-postutvekslingen mellom Harstad fra Hæhre og Halbakken fra byggherren i juli/august 2014 endrer dette. Hæhre og byggherren drøftet her hvordan ulike endringsordre – som EO 270 – skulle formuleres. Partene ble enige om at «varsel om fristforlengelse frafalles for varslede og kjente forhold pr. dato», og om at «[f]orskyvning av delfrist medfører ikke krav om kompensasjon for fristforlengelse». Harstad skrev i sin avsluttende e-post:

Tekst kan aksepteres under forståelse av at signatur på EO 268 ikke er et formelt hinder for at entreprenøren senere kan påberope at arbeidet i «Mjøsa» eller arbeider påvirket av arbeider i «Mjøsa» ligger utenfor kontraktens omfang og/eller forutsetninger, med tilhørende krav om justering av vederlaget.

I dette ligger at entreprenøren ved tidspunktet for signatur av EO 268 ikke har oversikt over om vederlaget i kontraktens prisgrunnlag med tilhørende EOer er dekkende for arbeidet som er utført. Det er derfor ønskelig å sikre at en signatur på EO268 ikke fratar entreprenøren den formelle muligheten til å fremme evt. krav om endret vederlag på det tidspunkt han har oversikt over alle forhold som påvirker oppgjøret.

Lagmannsretten forstår dette som en enighet mellom partene om at kravene Hæhre hadde oversikt over pr. da var oppgjort, men at Hæhre tok forbehold for mulig senere krav som fremmes når Hæhre har oversikt over forholdene som påvirker kravet. Som nevnt foran, legger lagmannsretten til grunn at Hæhre hadde oversikt over konsekvensene da endringsordrene ble utstedt. I tillegg kommer at denne støttemuren ikke ble tema før i

Hæhres krav om vederlag for plunder og heft i den reviderte KOE 550 i desember 2016, det vil si to og et halvt år etter at partene ble enig om oppgjør for støttemuren. Det foreligger da ingen tidsnære bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre at den sene prosjekteringen av støttemuren hadde avledede konsekvenser som ikke er dekket av endringsordrene.

Hæhre gjør også gjeldende at byggherrens prosjektering av *kantstein og rekkverk i Labbdalen* var mangelfull, og at dette medførte plunder og heft-virkninger for Hæhre. Også på dette punkt slutter lagmannsretten seg til tingrettens dom, og tiltrer tingrettens begrunnelse for at det ikke er sannsynliggjort konsekvenser som ikke Hæhre hadde oversikt over da entreprenøren undertegnet endringsordrer: Hæhre fremmet tre krav om endringsordre knyttet til dette arbeidet – KOE 294, KOE 311 og KOE 312, alle i mai 2014. Det er ikke tvil om – og heller ikke bestridt at – kravene hadde sin årsak i prosjekteringsfeil fra byggherrens side. Men Hæhre fikk tidsmessig kompensasjon i EO 267, og for øvrig ble kravene løst i henholdsvis EO 378, EO 523 og EO 461. Det ble i disse endringsordrene ikke tatt forbehold for andre konsekvenser, og det ble angitt at arbeidet ikke hadde fremdriftskonsekvens. Heller ikke lagmannsretten kan se at det er sannsynliggjort at det var avledede konsekvenser som ikke er dekket av endringsordrene.

Hæhre fremmet riktignok KOE 313 også i mai 2014. Hæhre opplyste da om KOE 294, KOE 311 og KOE 312:

Forsinkelsene som disse KOEene medfører, vil direkte forskyve planlagt omlegging av E6 nord for Labbdalen. Dette vil deretter forskyve alle arbeider med bygging av ny sørgående E6 fra parsellgrense i nord til ca. profil 9800. Summen av de de omtalte forhold, medfører igjen en stadig fortetting av aktiviteter (samtidighet) på hele anlegget og dermed forhøyet risiko knyttet til bl.a HMS, kapasitet på maskiner og mannskap, høy belastning på administrasjon.

Også dette kan regnes som et forbehold for at det kan påløpe andre konsekvenser enn dem som er dekket av de enkelte endringsordrene. Men byggherren ga som svar til KOE 313 Hæhre anledning til å dokumentere konsekvensene. Hæhres svar – nærmere ett år senere – var at kravet var omfattet av KOE 550. Det ble ikke gitt noen nærmere dokumentasjon av kravet, ut over en henvisning i et notat vedlagt KOE 550 om at «[d]ette medfører mye ekstra arbeider for Hæhre i en hektisk slutfase». En sammenligning mellom Hæhres skråstreksplan for området og faktisk utført arbeid kan etter lagmannsrettens syn ikke avhjelpe at det mangler tidsnære bevis for årsakssammenhengen mellom den mangelfulle prosjekteringen og eventuelle avledede konsekvenser som ikke er oppgjort i endringsordrer.

Videre gjør Hæhre gjeldende at byggherrens *arbeidsunderlag for jordingsanlegg og KL-fundamenter* langs Dovrebanen var mangelfullt. Dette arbeidet ble oppgjort gjennom

enighet mellom partene om pris etter KOE 127. Det ble riktignok tatt forbehold fra Hæhres side om at enigheten ikke omfattet avledede konsekvenser, men det er uansett etter lagmannsretten syn ikke holdepunkter for at endringen har hatt konsekvenser ut over dem som er dekket gjennom denne enigheten. Det ble ikke varslet plunder og heft-virkninger knyttet til arbeidet mens arbeidet pågikk, til tross for at slike konsekvenser klart ville vært synlig for Hæhre da.

Hæhre krever også vederlagsjustering som følge av mangelfull prosjektering av *støttemur ved Shell-stasjonen på Hestnes-lokket/Espa*. Hæhre fremmet kravet i KOE 155 i september 2013. Det ble der krevd vederlagsjustering og fristforlengelse, og det ble opplyst at «[k]onsekvensene er ukjente pt, og vi vil komme tilbake med disse så snart arbeidsunderlag foreligger og arbeidene kan planlegges.» Kravet ble oppgjort i EO 121, der det ble opplyst at arbeidet hadde ingen framdriftskonsekvenser «for sluttfrist», og det ble ikke krysset av for at vederlagskonsekvensen ikke var avklart. Det ble ikke avtalt fristforlengelse. Det fremgikk likevel av endringsordren at Hæhre anså den planlagte gjennomføringstiden for å være «helt i grenseland for hva som er gjennomførbart iht delfrist 1.10.2014. Vi har heller ikke full oversikt over hva dette innebærer ift øvrige trafikkomlegginger på/ved Hestnes.»

Det ble likevel ikke påberopt plunder og heft-virkninger av dette arbeidet i den opprinnelige KOE 550, og det er heller ingen tidsnære bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre slike virkninger.

Det foreligger ikke tilstrekkelige bevis for at andre endringer, som endret oppbygning av sørgående løp mellom profil 7 800 og 8 300, eller forsinket riving av låve ved Hestnes, har medført plunder og heft for Hæhre. Denne anførselen er fremkommet svært sent, og det er ikke ført tidsnære bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre avledede konsekvenser eller årsakssammenheng.

Lagmannsretten bemerker til sist at den ikke kan se at det er andre *konsekvenser av tilleggsarbeider rundt Postbekken* enn dem som er oppgjort i EO 001, EO 123 og EO 124. Det fremgår av endringsordrene at arbeidet ikke hadde framdriftskonsekvens og at det ikke ble tatt forbehold for ikke avklarte konsekvenser. Det er heller ingen tidsnære bevis som kan bidra til å sannsynliggjøre at arbeidene hadde plunder og heft-virkninger.

8.11. Antallet endringsordre

8.11.1. Bakgrunnen for tvisten

Det ble utstedt i overkant av 700 endringsordrer i prosjektet. Hæhre gjorde i sin reviderte versjon av KOE 550 i desember 2016 gjeldende at omfanget av endringer var en «medvirkende årsaksfaktor til de utfordringer Hæhre fikk med fremdriften med tilhørende kostnadsøkninger som følge av redusert effektivitet. Ved et slikt endringsomfang påvirkes Hæhres mulighet til å planlegge arbeidene på en rasjonell og effektiv måte. I stedet for å

planlegge arbeider i god tid forut for utførelsen måtte Hæhre avklare endringer og tilpasse arbeidet med disse inn i allerede utarbeidede planer.»

Byggherren har bestridt at omfanget av endringsordre har påvirket Hæhres drift. Partene er blant annet uenige om hvordan endringsomfanget skal beregnes.

8.11.2. Partenes anførsler i hovedtrekk

i) Hæhre

Omfanget av selve kontraktsarbeidet utgjør 1,6 mrd. kroner, etter reduksjon for priset endringsarbeidsliste og for doble prosesser. Byggherren har akseptert endringer for ca. 378 mill. kroner. Dette utgjør 23,6 % av avtalt arbeidsomfang og 20,9 % av kontraktssummen. Når i tillegg omtvistede endringskrav tas med, utgjør endringene 31 % av avtalt arbeidsomfang og 27 % av kontraktssummen.

Endringsomfanget har forstyrret et allerede sårbart prosjekt. Flere sentrale endringer har kommet til fordi man underveis i prosjektet avdekket at byggherrens prosjektering var mangelfull. Hæhre ble fratatt muligheten til en planmessig og effektiv drift.

ii) Byggherren

Alle endringer i prosjektet er oppgjort og eventuelle påviste tidsutfordringer er kompensert. Endringsomfanget i seg selv er ikke nok til å begrunne kravet, og Hæhre problematiserte ikke endringsomfanget før to år etter at E6 var ferdigstilt.

Hæhre har i kontrakten påtatt seg å håndtere et endringsomfang på inntil 25 % av kontraktssummen. Kontraktssummen var 1,803 mrd. kroner, mens sum utførte arbeider – inklusive endringer – utgjorde 1,890 mrd. kroner. Med andre ord var det ingen økning av betydning. Fratrullet negative endringer, var endringomfanget på ca. 17 %.

8.11.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten legger til grunn at endringsomfanget i en entreprise i seg selv kan bli så stort at det medfører plunder og heft-virkninger for entreprenøren. Dette gjelder selv om det ytes vederlag for det enkelte endringsarbeid, og selv om det ikke er identifisert plunder og heft-virkninger av det enkelte endringsarbeid isolert sett. Den kumulerende effekten av endringer kan likevel påføre forstyrrelser i avviklingen av arbeidet fordi entreprenøren ikke har hatt foranledning til å ta høyde for et slikt omfang endringer.

Lagmannsretten bemerker også at konsekvenser av det samlede endringsomfang vil kunne stå i en noe annen bevismessig stilling enn flere av de påberopte byggherreforhold lagmannsretten har behandlet foran. For mange av disse byggherreforholdene vil konsekvensene ha meldt seg tidlig – ofte kort tid etter byggherreforholdet – og fravær av tidsnære bevis får da særlig betydning ved bevisvurderingen. Ved den samlede effekt av endringene kan dette stille seg annerledes, ved at konsekvensene av stort endringsomfang ofte først vil bli synlige sent i prosessen.

Det er uten videre klart at entreprenøren må tåle endringer av et visst omfang uten at dette medfører krav på vederlag for plunder og heft. Dette er også kommet til uttrykk i kontrakten, ved at det i kontraktens kapittel C punkt 22.1 er bestemt at byggherren i utgangspunktet ikke kan pålegge entreprenøren endringer ut over 25 % netto tillegg til kontraktssummen. Dette er et noe større endringsvindu enn det standardkontrakten NS 8405 legger opp til (15 %). Denne kontraktsbestemmelsen forutsetter at entreprenøren er forberedt på og dimensjonert for endringsarbeider av en slik størrelsesorden.

Etter lagmannsrettens syn kan et endringsvolum på under 25 % i prinsippet likevel medføre plunder og heft, eksempelvis dersom en stor andel av endringene kommer på samme tidspunkt eller sent i prosessen, og dette er forårsaket av byggherreforhold. De samme krav til bevis, blant annet for årsakssammenheng, gjelder. På den annen side vil endringsarbeid over 25 % ikke nødvendigvis medføre plunder og heft, og eventuelle slike virkninger kan det også være tatt høyde for i den enkelte endringsordre.

I vår sak har Hæhre særlig fremholdt at prosjektet hadde en stram tidsplan, og at dette må tillegges særlig vekt ved vurderingen av om endringsomfanget har medført avledede konsekvenser som Hæhre har krav på vederlag for. Lagmannsretten er ikke enig i det. Både den stramme tidsplanen og mulig endringsomfang var kjent for Hæhre og de øvrige tilbyderne, slik at denne kombinasjonen allerede lå i de forpliktelser Hæhre hadde påtatt seg gjennom kontraktsinngåelsen.

Endringsomfangets grense på 25 % må beregnes ut fra kontraktssummen. Når kontraktssummen er basert på enhetspriser, der mengdene helt eller delvis vil bestemme det samlede vederlag, er det den opprinnelig avtalte kontraktssum som utgjør utgangspunktet, se Marthinussen m.fl. NS 8405 med kommentarer (2010) side 306. Etter lagmannsrettens syn må dette gjelde selv om arbeidsomfanget i prosjektet var noe lavere, ca. 1,6 mrd. kroner, enn den opprinnelige kontraktssummen på 1,803 mrd. kroner, ved at opsjoner utgjorde en betydelig sum.

Lagmannsretten legger til grunn – ut fra Hæhres beregninger – at de samlede endringene partene er enige om, utgjorde 378 mill. kroner. Det er likevel *netto* endringsomfang som er avgjørende, slik at eventuelle fradrag i kontraktsarbeidet må trekkes ut – i vårt tilfelle 70 mill. kroner. Netto utgjør endringene derfor 308 mill. kroner, det vil si ca. 17 % av kontraktssummen. Selv om de omtvistede krav Hæhre får medhold i inkluderes, utgjør endringsarbeidet under 25 %.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke sannsynliggjort fra Hæhres side at dette endringsomfanget påførte entreprenøren plunder og heft som skal kompenseres gjennom vederlagsjustering. Som nevnt er det i første rekke omfanget som begrunner Hæhres krav. Det er riktignok på det rene at endringsomfanget etter sin art kan medføre blant annet

forhøyede administrasjonskostnader, men i vår sak er det ikke ført tilstrekkelige bevis for at endringsomfanget har forårsaket slike merkostnader. Lagmannsretten kan ikke se at Hæhre har avslått endringsarbeider, eller problematisert overfor byggherren at enkeltstående arbeider ikke kan utføres innen tidsskjemaet fordi endringsomfanget er høyt.

Hæhre gjorde første gang gjeldende at endringsomfanget var så stort at det medførte avledede konsekvenser for entreprenøren i den reviderte KOE 550 i desember 2016, det vil si to år etter at arbeidet på E6 var ferdigstilt. Riktignok var «omfang» nevnt også i den opprinnelige KOE 550 fra mars 2015. Men etter lagmannsrettens syn er også dette kravet fremmet og forsøkt dokumentert så vidt sent, at det i realiteten foreligger lite bevismessig grunnlag for kravet ut over størrelsen på endringsomfanget.

Lagmannsretten er derfor kommet til at det ikke er sannsynliggjort at endringsomfanget har medført plunder og heft for Hæhre.

8.12. Samlet vurdering

Etter dette, hvor lagmannsretten ikke har funnet tilstrekkelige bevis for at vilkårene for vederlagskravet for plunder og heft er oppfylt, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på Hæhres beregning av kravet, ut over merknadene foran til Marstrands rapport.

Lagmannsretten bemerker imidlertid at den uansett ikke kan se at det er sannsynliggjort at de påståtte byggherreforhold som lagmannsretten har gjennomgått foran, har hatt en *kumulativ effekt* som gir grunnlag for et plunder og heft-krav.

Hæhres krav om vederlag for plunder og heft fører derfor ikke fram.

8.13. Alternative rettsgrunnlag

Etter lagmannsrettens syn kan kravet i KOE 550 verken hjemles i avtaleloven § 36 eller i læren om bristende forutsetninger. Endringsordrene har Hæhre, som en profesjonell part, undertegnet og dermed inngått. Det fremgikk klart på endringsordrene at fremdriftskonsekvenser var del av avtalen, og at Hæhre hadde anledning til å ta forbehold dersom ikke alle konsekvenser var avklart. Lagmannsretten kan ikke se at det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre innholdet i disse endringsordrene gjeldende. Særlig gjelder dette i tilfeller hvor Hæhre svært sent har forsøkt å dokumentere de påståtte konsekvensene og årsakssammenhengen. Lagmannsretten kan heller ikke se at byggherren har tilbakeholdt sentral informasjon fra Hæhre, eller at endringsordrene hviler på forutsetninger som ikke har slått til.

9 Hæhres avledede krav

9.1. KOE 614 – finanskostnader/avsavnsrente

9.1.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Hæhre krevde i KOE 614 – fremmet 14. desember 2016 – erstatning for finanskostnader som var påløpt i forbindelse med at fakturering etter tilleggs- og endringsarbeid hadde uteblitt fordi avklaring av de enkelte KOEer tok tid. Kravet var på 69,1 mill. kroner, og var beregnet ut fra en gjennomsnittlig rente på 3,82 % fra tyngdepunkt av de utførte, uavklarte tillegg.

For tingretten var kravet forhøyet til 73,2 mill. kroner, der renten var beregnet til 3,79 %. Byggherren bestred kravet, prinsipalt fordi byggherren mente det ikke var grunnlag for de underliggende kravene som skulle gi grunnlag for renteberegning, subsidiært fordi byggherren ikke aksepterte Hæhres beregning.

Tingretten tilkjente i alt 1 313 054 kroner i erstatning for finanskostnader. Tingretten fant at Hæhre hadde krav på avsavnsrente for KOE 020, KOE 559, KOE 444 og KOE 567, beregnet med utgangspunkt i når kravene ble fremsatt, med fradrag for den tid byggherren måtte ha for å ta stilling til kravene.

Hæhre har påanket tingrettens dom. For lagmannsretten er kravet noe justert, særlig ut fra at kravet i KOE 550 er tilnærmet halvert, og ved at rentesatsen er satt noe ned. Kravet er nå på 39,0 mill. kroner.

9.1.2. *Partenes anførsler*

i) Hæhre

Det er sikker rett at Hæhre har krav på kompensasjon for tapte finanskostnader – det vil si kostnadene med å finansiere arbeidene under de aktuelle krav frem til tidspunktet for forfall på sluttnotaen. Dette gjelder selv om ikke kontrakten regulerer dette særskilt. Kravet kan hjemles i kontraktens regler om vederlagsjustering, eventuelt i alminnelige regler for avsavnsrenter.

Beregningen av kravet vil treffe best dersom beregningstidspunktet settes etter et tyngdepunktprinsipp, det vil si at kompensasjonen gis fra det tidspunkt hovedvekten av kostnadene for å utføre det aktuelle arbeidet er pådratt. Subsidiært kan tidspunktet settes til da de enkelte KOEer som er grunnlag for kravet ble fremsatt. Hæhre har justert rentefoten i samsvar med byggherrens innsigelser.

ii) Byggherren

Det er – ut fra byggherrens syn på de underliggende kravene – ikke grunnlag for kravet om finanskostnader. Subsidiært; i den utstrekning de underliggende kravene fører frem, vil det kun være grunnlag for avsavnsrente på erstatningsrettslig grunnlag. Kontrakten bygger på at kreditor har krav på forsinkelsesrenter, og det er ingen andre hjemler for krav om

vederlagsjustering i kontrakten. Det følger likevel av rettspraksis at det er erstatningsgrunnlag for avsavnsrente, dersom byggherren har unnlatt å betale et rettmessig krav. Da må i tilfelle kravet ha vært fremsatt, det må ha vært tilfredsstillende begrunnet og dokumentert, byggherren må ha hatt rimelig tid til å vurdere kravet og kontraktens betalingsfrist på 30 dager må ha vært utløpt.

Byggherren aksepterer å benytte en gjennomsnittlig rentesats til beregningen av avsavnsrenten.

9.1.3. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten bemerker først at det ikke er tvilsomt at Hæhre har rettslig grunnlag for kravet. Som fremhevet av Høyesterett i avgjørelsen inntatt i Rt-2002-71, kreves ikke særskilt hjemmel for erstatning for økonomisk tap i form av rentetap. Et slikt krav kan hjemles i alminnelige erstatningsrettslige regler, slik at det må foreligge ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng før kravet kan anses berettiget.

Hæhre har gjort gjeldende at kontraktens regler om vederlagsjustering også gir hjemmel for krav om vederlag til dekning av finanskostnader. Vederlaget skal derfor beregnes ut fra når tyngdepunktene i kostnadene ble pådratt – det vil normalt si fra et tidligere tidspunkt enn et erstatningsrettslig krav skal beregnes fra (etter påkrav). Lagmannsretten er ikke enig i at kontrakten gir hjemmel for slik vederlagsjustering som Hæhre her krever. Ut over reguleringen av forsinkelsesrenter, inneholder ikke kontrakten noen uttrykkelige bestemmelser om renter/finansieringskostnader. Tvert om bygger kontrakten i alminnelighet på at entreprenøren selv skal finansiere arbeidet, også det tilleggs-/endringsarbeid som måtte komme til innenfor kontraktens rammer. Lagmannsretten kan ikke se at de avgjørelser Hæhre har vist til, herunder LB-2011-95644 (Lysaker stasjon) og LA-2013-175355 (Teigar), bygger på noe annet.

Derimot gis som nevnt entreprenøren erstatningsrettslig vern mot avsavnstap. I dette tilfellet foreligger ansvarsgrunnlag når byggherren har unnlatt å betale et berettiget krav som entreprenøren har fremmet, begrunnet og dokumentert. Byggherren må imidlertid tilstås et visst tidsrom for å vurdere de enkelte krav før det kan være tale om å beregne avsavnsrenter. Normalt vil én måneds «behandlingstid», slik tingretten har lagt til grunn, være tilstrekkelig. Lagmannsretten viser her til at kontrakten opererer med en betalingsfrist på 30 dager, og selv om denne ikke er direkte anvendelig på slike krav, er betalingsfristen et rimelig uttrykk for den tid byggherren bør tilstås for å vurdere kravet før byggherren blir ansvarlig for entreprenørens tap av rente.

Partene er enige om at rentefoten skal settes til henholdsvis 2,82 %, 2,99 %, 3,37 % og 3,66 %, avhengig av på hvilket tidspunkt kravet om endringsordre ble fremmet og løp. Lagmannsretten legger dette til grunn.

Hæhre har opprinnelig fremsatt krav om avsavnsrente for KOE 020, KOE 110, KOE 444, KOE 550, KOE 559, KOE 567, KOE 570 og KOE 607. Det er rettskraftig avgjort av tingretten at Hæhre ikke hadde et krav etter KOE 110. Dette innebærer at det heller ikke er grunnlag for å beregne avsavnsrente for dette kravet. Lagmannsretten/lagmannsrettens flertall har foran i tillegg kommet til at Hæhre ikke har et berettiget krav for så vidt gjelder KOE 020 (manglende prosess for reis), KOE 550 (plunder og heft), KOE 567 (flytting av langbrudd), KOE 570 (økt antall totalbrudd) og KOE 607 (jordmasser til Tangen). Heller ikke for disse kravene er det grunnlag for vederlag for avsavnsrente.

Det er rettskraftig avgjort av tingretten at Hæhre hadde et berettiget krav etter KOE 559, der tingretten tilkjente Hæhre 1 054 263 kroner. Tingretten uttalte følgende om beregningen av avsavnsrenten for dette kravet:

For KOE 559 (Manglende prosess 51.41 på sted A01) er Hæhre gitt fullt medhold i tråd med sitt justerte krav, se dommens avsnitt 7.4. KOE 559 ble fremsatt 23. mars 2015. Spesifisert krav i form av forslag om å benytte kontraktens pris for avretting av planum jordskjæring med 7 kr/m², som også er i tråd med dommens resultat, ble først fremsatt 11. januar 2016 (P 983) og det er først fra dette tidspunktet kravet er tilstrekkelig spesifisert til at byggherren etter rettens vurdering kan ta stilling til det. Retten legger til grunn at avsavnsrente skal beregnes av 1 054 263 kroner fra 11. februar 2016 og til 1. mars 2017. Kravet er beregnet til 41 599 kroner.

Lagmannsretten er enig i dette, likevel slik at rentefoten er noe lavere (2,99 %) enn det tingretten la til grunn (3,79 %). Lagmannsretten bemerker at det – fordi KOE 559 ikke har vært gjenstand for ankebehandling – ikke er ført særlige bevis for lagmannsretten om når kravet var tilstrekkelig spesifisert. Lagmannsretten har derfor ikke grunnlag for å overprøve tingrettens vurdering av dette. Tingretten har imidlertid holdt utenfor det beløp som byggherren har akseptert under denne KOEen (476 900 kroner). Dette beløpet er imidlertid ikke betalt, og det skal derfor beregnes avsavnsrente også for dette beløpet. Byggherren har ikke hatt innsigelser til dette. Beløpet blir samlet 48 040 kroner.

Lagmannsretten har foran kommet til at Hæhre gis medhold i deler av kravet under KOE 444, ved at Hæhre er tilkjent 3 779 000 kroner for fjellrensk under vann og for dokumentasjon av utgraving av fjell. I likhet med tingretten legger lagmannsretten til grunn at Hæhre har krav på avsavnsrenter fra 20. desember 2014 til 1. mars 2017. Et beløp på 225 000 kroner kommer til fradrag. Det er ikke opplyst at dette beløpet ikke er betalt, og det skal derfor ikke beregnes avsavnsrenter på dette beløpet. Gjennomsnittlig rentefot i perioden er 2,90 %, noe som gir en avsavnsrentebeløp på 225 898 kroner.

Til sammen tilkjennes Hæhre 273 938 kroner.

9.2. Rigg og drift

9.2.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Med rigg forstås i alminnelighet etablering av byggeplassen, mens det med drift siktes til løpende ressurser til vedlikehold, lønn, utstyr og strøm/vann/avløp med videre. Rigg og drift er normalt priset inn ned egne prosesser i kontrakten.

Kontraktens kapittel C punkt 25.10 inneholder bestemmelser om vederlagsjustering for blant annet rigg og drift. Vederlagsjusteringen skal skje etter en matematisk formel, men det er en forutsetning for slik justering at det totale vederlag i forbindelse med sluttoppgjøret overstiger 10 % av kontraktssummen, eventuelt at kontraktssummen reduseres med mer enn 10 %.

Hæhre har krevd vederlagsjustering for rigg og drift i henhold til denne bestemmelsen. For tingretten var kravet 21,3 mill. kroner. Byggherren mente det ikke var grunnlag for slik vederlagsjustering. Tvistepunktets sentrale spørsmål var hvordan «kontraktssummen» skulle beregnes ved vurderingen av om det totale vederlag oversteg 10 % av denne kontraktssummen.

Tingretten kom til at Hæhre ikke kunne gis medhold i kravet. Hæhre har anket denne avgjørelsen. For lagmannsretten er kravet beregnet til 38,1 mill. kroner, subsidiært 15,9 mill. kroner.

9.2.2. *Partenes anførsler*

i) **Hæhre**

Hæhre har krevd rigg og drift for KOE 444 og KOE 550. Byggherren har akseptert rigg og drift for KOE 444, så spørsmålet som gjenstår er om det er grunnlag for rigg og drift for KOE 550. Hæhre krever prinsipalt oppgjør etter oppsettet over merutgifter til rigg og drift i KOE 550. Subsidiært kreves oppgjør etter kontraktens formel.

For det prinsipale grunnlaget vises det til at Hæhre har krav på vederlagsjustering for alle konsekvenser av forhold som er byggherrens risiko etter kontrakten. Formelbestemmelsen i kontrakten stenger ikke for oppgjør for rigg og drift på enkelte krav. Det fremgår tvert om av kontrakten at alle endringsarbeider relatert til rigg og drift skal holdes utenom ved bruk av formelen. Partene har også praktisert dette under prosjektet. Det er for øvrig i rettspraksis også alminnelig aksept for at plunder og heft påfører entreprenøren økte rigg og driftskostnader som må honoreres særskilt. Rigg- og driftskostnader beregnet i KOE 550 er en avledet konsekvens av byggherreforhold som påberopes som grunnlag for kravet.

Når kontraktens formel skal anvendes, må det tas utgangspunkt i at innslagspunktet – «kontraktssummen» – må baseres på avtalt vederlag for det arbeid som på kontraktstidspunktet skulle utføres. Da kan verken doble prosesser eller regningsarbeider hensyntas. Det fører til helt tilfeldige resultater dersom man skal ta utgangspunkt i summen

i avtaledokumentet på 1,803 mrd. kroner. Det følger av de alminnelige kontraktsbestemmelser punkt 2.8 at kontraktssummen skal relateres til det vederlag entreprenøren skal ha for å oppfylle sine kontraktsforpliktelser. Det virkelige omfang i saken var på 1,601 mrd. kroner, mens konkurranseprisen var 1,788 mrd. kroner. Det skal deretter foretas korreksjoner blant annet på grunn av alternative løsninger som ikke ble utført, prising av alternativ løsning jernbanebru og reviderte mengder.

Ordlyden i kontraktens formel tilsier at det skal skje en regulering basert på det avtalte vederlaget for det arbeidet som er beskrevet at entreprenøren skal utføre. Det skal ses bort fra kunstige beløp, som gjelder arbeid som ikke kommer til utførelse. Den relevante definisjon av «kontraktssum» er inntatt i de alminnelige bestemmelser punkt 2.8. Også en rekke andre bestemmelser i de alminnelige kontraktsbestemmelser – som punkt 18.1 om fremdriftsplan, punkt 22.1. om retten til å pålegge endringer, punkt 24.1 om fristforlengelse og punkt 38.1. om avbestilling – støtter Hæhres forståelse. Det samme gjør reelle hensyn; formålet med kontraktsformelen er at entreprenøren skal prise inn 10 % økning på rigg og drift, slik at byggherren ikke får for høy pris. Byggherrens forståelse gjør bestemmelsen formålsløs, og at byggherren vil få en utilsiktet fordel ved innføring av alternative prosesser.

ii) Byggherren

Det totale vederlag i kontrakten er det vederlag byggherren skal yte, inklusive de poster lagmannsretten har gitt Hæhre medhold i, men eksklusive visse ytelser. «Kontraktssummen» er på sin side klart og tydelig definert i kontrakten, og utgjør 1,803 mrd. kroner. Størrelsen «kontraktssum» er ellers benyttet en rekke steder i kontrakten, som i del C punkt 18.1, 22.1 og 24.1. Disse bestemmelsene ble brukt aktivt under prosjektgjennomføringen, og det var ingen tvist knyttet til forståelsen av denne størrelsen underveis i prosjektet. Det er heller ikke nødvendigvis motstrid mellom del C punkt 2.8 og avtaledokumentet, og uansett har avtaledokumentet forrang.

Formålet med regelen er å ha en klart definert regel og kontraktssum, slik at uenighet kan forebygges. Begge parter var vel kjent med hvordan kontraktssummen er bygget opp. I vår sak betyr dette at terskelverdien er på 1,984 mrd. kroner – slik at tillegg som gjelder rigg og drift eller forseringstillegg ikke regnes med. Hæhres totale vederlag er under denne terskelen, og det er derfor ikke grunnlag for vederlagsjustering etter de alminnelige kontraktsbestemmelser punkt 25.19 bokstav b, uavhengig av lagmannsrettens avgjørelse av de øvrige krav.

9.2.3. Lagmannsrettens vurdering

Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for i denne saken å justere Hæhres vederlag for rigg og drift ut over det som følger av de alminnelige kontraktsbestemmelsenes punkt 25.10. Lagmannsretten viser særlig til at kontrakten inneholder en eksplisitt bestemmelse om slik vederlagsjustering. Det er svært begrenset rom – om noe – for vederlagsjustering

for tilsvarende kostnader ut over den eksplisitt kontraktsregulerte ordning. Selv om partene underveis har avtalt vederlag i enkelte endringsordrer som også inkluderer rigg og drift, innebærer dette verken en generell aksept fra byggherren for slike krav, eller at det i seg selv bekrefter Hæhres forståelse av kontraktens regler om vederlagsjustering.

Hæhres krav må derfor eventuelt hjemles i de alminnelige bestemmelsenes punkt 25.10. Tingretten har gitt uttrykk for slik forståelse av «kontraktssum» i denne bestemmelsens annet ledd bokstav b:

Begrepet «kontraktssum» benyttes flere steder i kontrakten, se for eksempel kontraktens alminnelige del, kapittel C, pkt. 18.1 (C 1682), pkt. 22.1 (C 1685), pkt. 24.1 (C 1686), pkt. 25.10 a), pkt. 25.10 b) (C 1690), pkt. 27.1 (C 1692), pkt. 28.1 (4) (C 1693) og pkt. 34.3 (C 1699), hvilket viser behovet for en entydig definisjon av begrepet.

Kontraktens kapittel C, pkt. 2.8 (C 1672) definerer «kontraktssum» slik:

«Det opprinnelig avtalte vederlaget for entreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift. Til kontraktssummen hører også det opprinnelig avtalte anslaget over vederlag for ytelser som skal avregnes etter enhetspriser eller etter regning.»

I tillegg oppgis det i de spesielle kontraktsvilkårene, Avtaledokumentet (A 3) at kontraktssummen utgjør 1 803 232 557,01 kroner.

Retten er enig med byggherren i at når kontraktssummen i de spesielle kontraktsvilkårene i Avtaledokumentet er angitt til et entydig beløp, er det ikke rom for å tolke begrepet «kontraktssum» annerledes på grunn av eventuelle reelle hensyn som tilsier en annen forståelse.

For det første følger det av kontraktens alminnelige del, kapittel C, pkt. 3.1 at ved en eventuell motstrid går Avtaledokumentet foran andre kontraktdokumenter. Underveis i prosjektet har også partene seg imellom anvendt begrepet «kontraktssum» på den måten byggherren nå anfører (dvs. i tråd med den fastsatte summen i Avtaledokumentet), se Prosjektsyringsbasis (PSB) datert 6. juni 2012 (Y 2737), hvor Hæhre oppgir «innestående 5 % av kontraktssum», jf. kontraktens pkt. 28.1 og i den forbindelse legger til grunn 1 803 232 557,01 kroner som kontraktssum.

Det er etter rettens vurdering ikke nødvendig å ta stilling til om det er motstrid mellom definisjonen i de alminnelige bestemmelsene i kapittel C, pkt. 2.8 og det oppgitte beløpet i Avtaledokumentet, når kontrakten, herunder hierarkiet mellom alminnelige og spesielle bestemmelser, er slik den er. Med en entydig ordlyd hvor kontraktssummen

eksplisitt er oppgitt er det ikke rom for å tolke kontraktssummen annerledes selv om enkelte reelle hensyn kunne tilsi en annerledes angivelse eller definisjon av kontraktssummen.

Partene er også uenige om hva som ligger i «det totale vederlaget». Det er imidlertid ikke nødvendig for retten å gå inn på den vurderingen da rettens tolkning av «kontraktssum» medfører at Hæhre, uavhengig av om man legger byggherrens eller Hæhres forståelse av «det totale vederlaget» til grunn, ikke har krav på regulering av posten for rigg og drift etter kontraktens kapittel C pkt. 25.10 b.

Lagmannsretten er enig med tingretten i denne forståelsen av kontrakten. Det er begrenset rom for rimelighetsbetraktninger ved tolkningen av denne bestemmelsen, som lagmannsretten oppfatter som klar og entydig. Lagmannsretten viser til det alminnelige utgangspunkt om objektiv kontraktstolkning, og til at et vesentlig formål med punkt 25.10 er å sikre forutberegnelighet for når entreprenøren har krav på vederlagsjustering. Lagmannsretten kan heller ikke se at systembetraktninger tilsier en annen forståelse av denne kontraktsbestemmelsen.

Det er ut fra dette uten videre klart at Hæhres totale vederlag ikke overstiger den terskelverdien som fremgår av punkt 25.10, og at Hæhre derfor ikke kan gis medhold i kravet.

1 0 B y g g h e r r e n s k r a v

10.1. Mulkt for mangelfull kvalitetsrapportering

9.2.4. *Bakgrunnen for tvisten*

Etter kontraktens kapittel C1 punkt 19.3 skal entreprenøren fortløpende levere dokumentasjon på at kontraktens kvalitetskrav er oppfylt. Som hovedregel skal dokumentasjonen leveres elektronisk, og som del av konkurransegrunnlaget ble det utarbeidet «Krav til digitale leveranser i gjennomføringsfasen». I dette dokumentets punkt 4 fremgår kravene til målinger, blant annet krav til geometrisk kontroll.

Brudd på dokumentasjonsplikten er sanksjonert med dagmulkt etter kontraktens kapittel C1 punkt 30.2:

Dersom entreprenørens dokumentasjon til byggherren er mangelfull, og entreprenøren ikke framskaffer den avtalte dokumentasjonen innen 14 dager etter å ha blitt gjort oppmerksom på forholdet, ilegges entreprenøren en mulkt på kr 2 000,- per hverdag for hvert forhold inntil dokumentasjonen foreligger.

I forbindelse med sluttoppgjøret fremmet byggherren 28. februar 2017 krav om mulkt på i alt 14 846 000 kroner for forsinket kvalitetsrapportering med hjemmel i del C1 punkt 30.2. Kravet gjaldt perioden fra 31. mai 2013 til 24. november 2014 for veg/bane og fra 20. mars

2013 til 28. august 2014 for konstruksjoner. Hæhre har bestridt at det er grunnlag for kravet.

Tingretten fant at byggherren ved utvist passivitet hadde mistet retten til å kreve mulkt. Byggherren har påanket tingrettens dom på dette punkt. Kravet om mulkt for lagmannsretten gjelder utelukkende mulkt for forsinket levering av dokumentasjon, ikke manglende levering.

10.1.2. Partenes påstandsgrunnlag i hovedtrekk

i) Byggherren

Kontraktens vilkår for ileggelse av mulkt er oppfylt. Det er på det rene at det var store mangler i Hæhres kvalitetsrapportering, noe som også fremgår av særmøtene for geomatikk. Hæhre hadde ingen innsigelser til fristene som byggherren satte i disse møtene, eller til byggherrens beregning av overtredelsen varighet. Mulkt kan ilegges for hvert «forhold», noe som henviser til de enkelte objektene som manglene knytter seg til.

Retten til å fremme kravet er ikke tapt ved passivitet, slik tingretten har lagt til grunn. Byggherren har frist til sluttoppgjøret med å fremme kravet. Kontraktens bestemmelse i kapittel C punkt 34.4 om byggherrens tap av retten til å kreve dagmulkt kommer ikke til anvendelse. Uttalelsene i evalueringsrapport 7 og 8 kan ikke forstås som oppgivelse av krav, men en melding om status for iverksatte sanksjoner på det aktuelle tidspunkt. Hæhres eventuelle forventninger er uten rettslig betydning.

Det er ikke grunnlag for å lempe kravet på grunn av kravets størrelse. Hæhre har ikke hatt merknader til dagmulktens størrelse på 2 000 kroner. Det samlede krav er et resultat av Hæhres mangelfulle rapporteringer, og det er ingen forhold utenfor Hæhres kontroll som har påvirket varigheten av forsinkelsen som er grunnlaget for mulkten. Avtaleloven § 36 kan vanskelig anvendes i en slik situasjon.

ii) Hæhre

Byggherren har ved direkte uttalelser og passivitet oppgitt adgangen til å kreve mulkt. Kontrakten har egne bestemmelser for håndtering av mulkt; blant annet skal byggherren gjøre entreprenøren oppmerksom på mangelen og gi en frist for retting. Det er byggemøtene, eventuelt samarbeidsmøtene, som etter kontrakten er riktig forum for å ta opp spørsmålet om mulkt. Varsel om mulkt må gis entreprenørens utpekte representant. Det ble ikke gjort.

Tvert om har byggherren i evalueringsmøte nr. 7 og 8 – avholdt henholdsvis på slutten av perioden mulkten gjelder, og etter denne perioden – gitt uttrykk for at ingen sanksjoner er iverksatt mot entreprenøren. Vitnet Winge forklarte at byggherren etter en samlet vurdering hadde kommet til at mulkt ikke skulle ilegges. Dette ble meddelt Hæhre, og

byggherren er bundet av sine uttalelser, som ikke kan forstås på annen måte enn at det ikke vil bli iverksatt sanksjoner.

Dialogen i byggemøtene om sanksjoner gjaldt masseflytting, ikke geometrisk kontroll. Hæhre ga for øvrig uttrykkelig beskjed om at selskapet ikke ønsket at byggherren skulle ha hemmelige eller skjulte lister over mulkt, og i byggemøtene var det en konstruktiv dialog. I særmøtene var Hæhre tydelige på at mulkt ikke hørte hjemme der, og mulkt ble heller ikke diskutert. Hæhre fikk dessuten aksept for å levere så snart ting var på plass. Det kan uansett ut fra lojalitetshensyn ikke aksepteres at byggherren gir motstridende informasjon i overordnede møter om at det ikke kreves mulkt, samtidig som det kreves mulkt i underordnede møter.

Det er uansett ikke hjemmel for kravet. Det kan kun kreves mulkt for mangelfull dokumentasjon, ikke for forsinket dokumentasjon. Dette følger både av ordlyden, og av reelle hensyn og rimelighetshensyn. Uansett er bestemmelsen om mulkt uklar og må tolkes mot byggherren.

Byggherrens kravsberegning er dessuten feil. Byggherren har lagt til grunn en uriktig forståelse av hva som etter kontrakten kan anses som et «forhold» som det eventuelt kan kreves mulkt for. «Forhold» i denne sammenhengen må forstås som den samlede leveranse, ikke hvert enkelt objekt. Byggherrens forståelse ville gi urimelige resultater. Avtalen må i så fall revideres etter avtaleloven § 36. Byggherrens lister over mangelfull dokumentasjon er også beheftet med feil.

10.1.3. Lagmannsrettens syn

Lagmannsretten bemerker først at den er enig med byggherren i at det er hjemmel for kravet om mulkt. Det må legges til grunn at det var betydelige mangler ved Hæhres kvalitetsrapportering. Noe av oppmålingen/rapporteringen manglet fullstendig, og tingretten har rettskraftig avgjort at byggherren har rett til et prisavslag på 1,2 mill. kroner for den uteblitte oppmålingen.

Lagmannsretten legger dessuten til grunn – særlig ut fra referatene fra særmøtene i geomatikk fra mars 2013 til desember 2014 – at mye av dokumentasjonen ble levert for sent. I geomatikkmøtene la byggherren fram lister over den dokumentasjon som manglet, og byggherren satte frist for levering av manglende dokumentasjon i samsvar med kontraktens del C1 punkt 30.2. Det er ikke spor av innsigelser fra Hæhres side i særmøtene til byggherrens opplysninger om hvilke objekter som det ikke var levert dokumentasjon for, eller til varigheten av Hæhres mangelfulle leveranse. Riktignok forklarte vitnet Stang at Hæhre hadde kommentarer til listene under møtene, blant annet var det noen ganger levert dokumentasjon der byggherren mente det manglet, andre ganger var objektet som byggherren krevde dokumentasjon for, ennå ikke lagt. Lagmannsretten mener likevel det er sannsynliggjort, særlig gjennom fraværet av tidsnære bevis for innsigelser i

møtereferatene, at listene i all hovedsak gir riktig uttrykk for manglene ved Hæhres leveranse av dokumentasjon.

Lagmannsretten er videre av det syn at bestemmelsen om dagmulkt for «mangelfull kvalitetsrapportering» i kontraktens del C1 punkt 30.2 også omfatter for sent levert kvalitetsrapportering. Riktignok er det obligasjonsrettslig et skille mellom forsinket levering og mangelfull levering, ved at det kan gjelde ulike materielle og prosessuelle regler for når kreditor kan kreve misligholdsbeføyelser mot debitor, og hvilke beføyelser som kan gjøres gjeldende. Et slikt skille er for så vidt også kommet til uttrykk kontraktens del C1 punkt 30.1, som gir hjemmel for dagmulkt ved «forsinkede eller mangelfulle månedsrapporter». At punkt 30.2, som er aktuell i vår sak, ikke uttrykkelig nevner «forsinket» kvalitetsrapportering, ser lagmannsretten likevel ikke som uttrykk for at byggherren ikke kan kreve dagmulkt ved forsinket levering. Ikke minst ut fra en fra det mer til det mindre-betraktning, ser lagmannsretten det som helt ulogisk og urimelig at entreprenøren ikke skulle risikere dagmulkt om han helt unnlater å levere innen fristen (leverer forsinket), når det påløper dagmulkt dersom han leverer innen fristen, men mangelfullt. En objektiv tolkning av kontrakten tilsier etter lagmannsrettens syn at punkt 30.2 gir hjemmel for dagmulkt også når entreprenøren leverer for sent, slik at «mangelfull» i denne sammenhengen også må forstås som «manglende». Vi står for så vidt overfor et tilfelle som Høyesterett omtaler i Rt-2012-1729 (Mika) avsnitt 102:

Selv om det gjelder et krav til klarhet i utformingen av konkurransegrunnlaget, kan ikke dette strekkes så langt at tilbyder ved enhver mulig uklarhet uten videre kan legge til grunn den som er i vedkommendes interesse, når det fremstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment. En slik adgang ville åpne for en uheldig jakt på uklare formuleringer og spekulasjoner i tekstutformingen.

På den annen side er det lagmannsrettens syn at byggherren ved beregningen av kravet har lagt for streng forståelse av omfanget av Hæhres forsinkede leveranse. Kontraktens del C1 punkt 30.2 gir byggherren adgang til å gi dagmulkt på 2 000 kroner «for hvert forhold inntil dokumentasjonen foreligger». Byggherren har i denne saken lagt til grunn at «hvert forhold» viser til hvert *objekt* – det vil si hver eneste kum og hvert eneste ledningsstrekk. En slik forståelse av kontrakten vil imidlertid kunne gi helt tilfeldige utslag, og tar blant annet ikke høyde for at dokumentasjon i noen tilfeller vanskelig vil kunne fremlegges før arbeidet med senere objekter er fullført og dokumentert. Byggherrens tolkning er heller ikke opplagt ut fra kontraktens ordlyd. «Uttrykket «hvert forhold» refererer, slik lagmannsretten ser det, til kravet formulert i punkt 30.2 om at byggherren skal gjøre entreprenøren oppmerksom «på forholdet». En vel så naturlig forståelse som byggherrens er derfor at hvert varsel fra byggherren i samsvar med punkt 30.2 utløser dagmulkt på 2 000 kroner. Det kan være praktisk å samle flere «forhold» i samme varsel, noe som imidlertid ikke bør begrense byggherrens krav. Motsatt bør heller ikke byggherre tillates å gi flere varsler for samme «forhold» som vil gjøre kravet større. Den beste avgrensningen av «forhold» er etter lagmannsrettens syn å gi det et selvstendig innhold uavhengig av

antallet varsler. Det er likevel ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til hva som i dette tilfelle utgjør ett «forhold», idet lagmannsretten er kommet til at byggherren ikke lenger har kravet i behold.

Det er riktignok lagmannsrettens syn at det ikke er grunnlag for å anse kravet på dagmulkt falt bort ved passivitet. Det skal etter lagmannsrettens syn svært mye til for at et krav som etter kontrakten kan fremmes i forbindelse med sluttoppgjøret – med andre ord innenfor den fristen kontrakten selv setter – er bortfalt på et slikt grunnlag. Lagmannsretten viser også til Marthinussen m.fl. Kommentarer til NS 8504 (2016) punkt 34.4, der det heter at «byggherren ikke taper et eventuelt dagmulktkrav ved å unnlate å reklamere overfor entreprenøren i forbindelse med det kontraktsmislighold som forsinkelsen innebærer». Tilsvarende betraktninger som her fremføres for unnlatt reklamasjon, må gjelde for andre former for passivitetsvirkninger. Dette må gjelde ikke bare overfor sluttfrister eller delfrister, men også andre fristoverskridelser som gir grunnlag for krav på dagmulkt fra byggherrens side. Entreprenøren vil uansett kunne fremprovosere byggherrens syn på dagmulktkravet ved å varsle i samsvar med del C punkt 34.4. Lagmannsretten kan ikke se at omstendighetene rundt kravet gjorde det nødvendig for byggherren å fremme det før kontraktens fastsatte frist, så fremt varsel er gitt i henhold til punkt 30.2.

I vår sak gjelder dette desto mer når byggherren over lengre tid i geomatikkmøte har gjort entreprenøren oppmerksom på hvilken dokumentasjon som ikke er levert, og om at etter utløpet av fristen for å levere dokumentasjonen «gjøres kontraktens kap. C pkt. 30.2 gjeldende for eventuell manglende dokumentasjon». Det er derfor ikke grunnlag for å anse at byggherren har opptrådt passivt og derfor mistet sitt krav på dagmulkt.

Derimot er lagmannsretten kommet til at byggherren har frafalt kravet på dagmulkt gjennom avtalerettslig bindende utsagn om ikke å fremme kravet. Lagmannsretten vil først fremheve at selv om det var riktig – og tilstrekkelig i henhold til kontraktens del C 30.2 – å gjøre entreprenøren oppmerksom på den manglende kvalitetsrapporteringen i geomatikkmøtene, er det tale om et underordnet møtenivå sammenlignet med eksempelvis byggemøter og samarbeidsmøter. Sistnevnte møtenivå er etter kontrakten riktige fora for å ta opp kvalitetssikring og kontraktsmessige forhold partene imellom. Spørsmålet om dagmulkt – særlig når kravet slik beregnet av byggherren ble så stort som her – hører opplagt til temaer som hører hjemme i byggemøter og samarbeidsmøter. Lagmannsretten finner det klart at det på dette høyere møtenivå kan treffes beslutninger og inngås avtaler om temaer som har vært drøftet på møter på underordnet nivå.

Det er få spor av drøftelser om dagmulkt for mangelfull kvalitetsrapportering i byggemøtene. Riktignok varslet byggherren i byggemøte nr. 13 i januar 2013 om «forberedelse for iverksetting av sanksjoner hvis HE ikke fremlegger forespurt underlag/dokumentasjon som kontrakten krever». Slik lagmannsretten leser referatet fra dette byggemøtet, gjelder dette utsagnet tekst tidligere i referatet om dokumentasjon av

mengder på A-nota, som på det tidspunktet manglet. Det er ikke holdepunkter for at det her ble drøftet sanksjoner mot *mangelfull dokumentasjon* som dagmulktkravet er begrunnet i, i henhold til kontraktens del C punkt 30.2. Inntrykket for øvrig av byggemøtene er at partene var i god dialog om geometriske kontroller og annen dokumentasjon, uten at dagmulkt er særlig tema fra byggherrens side.

Derimot tok Hæhre i byggemøte nr. 20 i mai 2013 opp at entreprenøren ønsket «ingen hemmelige/skjulte lister over f.eks. bøter/mulkt ved stenging av E6 ved sprengning, for seint overlevert kvalitetsdokumentasjon etc.» På dette tidspunktet var Hæhre allerede i geomatikkmøter gjort oppmerksom på den mangelfulle dokumentasjonen og på at sanksjoner i form av dagmulkt var aktuelt. Byggherren presenterte fortløpende lister i senere geomatikkmøter. Listene over forsinket kvalitetsdokumentasjon kan derfor på ingen måte anses hemmelige eller skjulte for Hæhre. Men Hæhres påpekning bekreftet etter lagmannsrettens syn viktigheten av at spørsmål om dagmulkt ble drøftet på overordnet møtenivå.

Mangelfull dokumentasjon og dagmulkt var dermed et tema som over lang tid hadde vært drøftet i dialogen mellom partene. Både byggherre og entreprenør må derfor anses godt kjent med problemstillingen – dialogen i geomatikkmøtene om dokumentasjon og dagmulkt må for alle praktiske formål regnes som et varsel om at byggherren ville kunne iverksette mulkten. Dialogen ble imidlertid kun holdt på et lavere møtenivå, og ble ikke løftet opp på et møtenivå som i alle fall omfanget av den samlede dagmulkten påkalte. Byggherren presenterte ikke noe krav overfor Hæhre.

At dagmulkt ikke ble drøftet i byggemøter utløser som foran nevnt ikke passivitetsvirkninger. Det forhold at dette ikke var tema på et overordnet møtenivå danner likevel et viktig bakteppe for lagmannsrettens forståelse av evalueringsmøtene som senere fulgte:

Evalueringsmøte nr. 7 ble avholdt 10. september 2014. På evalueringsmøtet deltok en rekke representanter for partene, herunder byggeleder Halbakken fra byggherren og Arve Krogseth fra Hæhre. Partene hadde forberedt seg til møtet ved gjennomgang av temaene som skulle tas opp. Størstedelen av mulkten som byggherren har beregnet, var på det tidspunktet allerede påløpt. I referatet fra evalueringsmøtet er det bemerket under evalueringen av «Dokumentasjon av kvalitet» som forbedringspotensiale for entreprenøren at «geometrisk kontroll kommer litt sent». Under evalueringen av «Sanksjoner (gjennomgang av evt. allerede ilagte trekk)» er det bemerket under positive effekter for entreprenøren at «Ingen sanksjoner iverksatt».

Evalueringsmøte nr. 8 ble avholdt 2. februar 2016, det vil si etter at alle forhold som danner grunnlaget for byggherrens krav var påløpt. Også på dette møtet ble dokumentasjon av kvalitet evaluert, og det var noe mer kritiske merknader til Hæhres arbeid på dette

punkt. Likevel ble det også her anmerket under positive effekter for entreprenøren for så vidt gjaldt «Sanksjoner (gjennomgang av evt. allerede ilagte trekk)»: «Ingen sanksjoner iverksatt».

Ordlyden som er benyttet i evalueringsmøtene er ikke klar og entydig. Det fremgår ikke uttrykkelig at byggherren frafaller kravet om dagmulkt, og det kan reises spørsmål om formuleringen «ingen sanksjoner iverksatt» kun er et øyeblikksbilde av de faktiske forhold: Byggherren hadde ikke på det tidspunktet ilagt entreprenøren dagmulkt.

Lagmannsretten er imidlertid av det syn at dersom denne uttalelsen forstås i lys av omstendighetene rundt, kan ikke lagmannsretten se det annerledes enn at uttalelsene innebar at byggherren på dispositiv måte ga beskjed til entreprenøren på evalueringsmøtene om at han ikke ville kreve dagmulkt for disse forholdene.

Lagmannsretten legger særlig vekt på at mulktene allerede var påløpt og varslet om, slik at mulkt var et tema partene mellom før utsagnene i evalueringsmøtene. Når byggherren da meddelte at ingen sanksjoner var iverksatt, er det mest nærliggende å forstå det slik at byggherren frafalt de krav som var varslet i geomatikkmøtene. Utsagnet innebar slik sett en reell stillingstagen til om varslede krav skulle fremmes.

At det bak byggherrens uttalelser i de to evalueringsmøtene lå en faktisk vurdering av om byggherren ville ilegge dagmulkt, synliggjøres også av forklaringen til vitnet Winge, som deltok i møtene fra byggherrens side, om at den samlede vurderingen på det tidspunktet var at det ikke skulle ilegges dagmulkt.

Lagmannsretten legger videre vekt på at det ikke var aktivitet fra byggherrens side i forbindelse med *byggemøter* for å følge opp dette varselet, til tross for at det ville vært riktig forum. For Hæhre fremsto det derfor slik at byggherren kun på et underordnet nivå hadde varslet om muligheten for dagmulkt, og at da spørsmålet ble behandlet på et overordnet nivå – i evalueringsmøtet – var byggherrens tilbakemelding at ingen av de varslede sanksjonene skulle iverksettes. Lagmannsretten viser til at evalueringsmøte nr. 7 ble avholdt da det meste av den beregnede dagmulkten var påløpt og varslet om, men likevel i en periode hvor dagmulkt fortsatte å påløpe. I og med at dagmulkten da fortsatt løp, kan uttalelsen i evalueringsmøte nr. 7 neppe på egne ben innebære noe frafall av kravet. Evalueringsmøte nr. 8 ble derimot holdt lenge etter at all dagmulkten var påløpt. For byggherren var derfor alle de forhold som begrunnet dagmulkten, kjent. Utsagnet i evalueringsmøtene må regnes som et svar på om dagmulktene som var varslet, ville bli iverksatt.

Det ble ikke tatt noen form for forbehold i evalueringsmøtene for at byggherren ville kunne komme tilbake til spørsmålet senere, eller for at byggherren ikke var ferdig med sine vurderinger av om dagmulkt skulle ilegges. Lagmannsretten ser derfor uttalelsene i

evalueringsmøtene som mer enn uttrykk for status pr. dato for møtene. Lojalitetshensyn tilsier da at byggherren ikke senere kunne komme tilbake til dagmulkten – ombestemme seg uten at det har tilkommet ny informasjon eller nye forhold – og vekke den til live.

Samlet sett mener lagmannsrettens at byggherrens utsagn i evalueringsmøte nr. 8 må forstås slik at han mente å frafalle dagmulktene, og at han har avtalerettslig bundet seg til ikke å fremme kravet. Hæhre kunne etter lagmannsrettens syn da legge til grunn at det ikke ville bli fremmet krav om dagmulkt for forsinket levering av kvalitetsdokumentasjon.

Når byggherren dispositivt har gitt avkall på kravet om dagmulkt, må Hæhre frifinnes for kravet.

9.3. Mulkt for trafikkhindring

10.1.4. Bakgrunnen for kravet

Anleggsarbeidet foregikk i eller i nær tilknytning til eksisterende E6. Det var derfor et viktig hensyn å begrense periodene med trafikkstans på strekningen. Kontrakten inneholdt derfor en bestemmelse i kapittel C1 punkt 30.4 om dagmulkt i forbindelse med trafikkstans som følge av sprengning:

Dersom det ved sprengning oppstår trafikkstans på E6 utover den tillatte stengningsperiode jf. kap C1 pkt. 26.3, dvs. 20 minutter før kl 2100 og 30 minutter etter kl 2100, ilegges entreprenøren en mulkt på kr 3 000 pr. minutt perioden overskrides med.

I tilsvaret til sluttoppgjøret fremmet byggherren krav på mulkt for overskridelser av tillatt stengeperiode. Kravet var basert på Hæhres registreringer om lengde av trafikkstans utover den tillatte varighet i forbindelse med sprengning i perioden august 2012 til mai 2014, samlet beregnet til 1285 minutter. Med en sats på 3 000 kroner pr. minutt, ble det krevd 3 855 000 kroner. Kravet ble justert ned for tingretten til 3 057 000 kroner, men tingretten frifant Hæhre på grunn av utvist passivitet. Byggherren har anket dommen på dette punkt. For lagmannsretten er kravet ytterligere redusert – til 2 355 000 kroner.

10.1.5. Partenes anførsler i hovedtrekk

i) Byggherren

Vilkårene for mulkt er oppfylt. Det fremkommer av arbeidsvarslingsloggene, som er utarbeidet av Hæhre, når Hæhre overskred tillatt periode for stans for sprengning. Det er ikke grunnlag for fratrekk for tider hvor trafikken ble dirigert manuelt. I så fall er loggene ført i strid med vedtaket, som bestemmer at stans skal dokumenteres.

Kravet er ikke tapt ved passivitet. Det gjelder ingen varslingsfrister, og fristen for å fremsette kravet er ved sluttoppgjøret. Kravet er derfor fremsatt rettidig. Kontrakten har egne bestemmelser om bortfall av retten til mulkt, men Hæhre har ikke rettet skriftlig

forespørsel til byggherren, og kravet er da ikke tapt. Uttalelsene i evalueringsrapportene kan ikke oppfattes som oppgivelse av kravet – det inneholder ingen dispositive utsagn. Mulkt var tema i tilsvaret til delsluttoppgjøret, noe som ga klart signal om hva byggherren tenkte. I evalueringsrapporten var det dessuten avmerket som forbedringspotensiale at partene manglet felles gjennomgang av stopp i trafikken.

ii) Hæhre

Byggherren har basert seg på Hæhres trafikkvarslingslogger, uten å ta hensyn til egen kunnskap om prosjektet og avtalen om manuell dirigering. Byggherren har ikke foretatt noen selvstendig vurdering av arbeidsvarslingsloggene.

Byggherren har ved direkte uttalelser og passivitet oppgitt adgangen til å kreve mulkt. Det følger av kontrakten at byggherren skal varsle om trekk i byggemøtene, slik at entreprenøren kan gis mulighet til å komme med sitt syn på saken. Det ble ikke gjort. Uttalelsene i forbindelse med delsluttoppgjøret kom etter at byggherren hadde full oversikt over eventuelt grunnlag for mulkt.

I evalueringsmøter har byggherren angitt at ingen sanksjoner er iverksatt. Byggherren hadde på dette tidspunktet full oversikt over perioden som ligger til grunn for kravet. Byggherrens uttalelse kan ikke forstås på annen måte enn at det ikke vil bli iverksatt sanksjoner. Det har ikke betydning at byggherren angir at det mangler gjennomgang av stopp i trafikken, for det er ikke tatt noe forbehold fra byggherrens side. Reelle hensyn, særlig lojalitetshensyn, tilsier at kravet er bortfalt.

Uansett er byggherrens beregning av mulkten uriktig. Mulkt kan kun kreves for overskridelse av tillatt sprengningsperiode, ikke for feil ved føring av loggen. Partene har avtalt at perioder med manuell dirigering ikke skal regnes til stanstiden. Byggherren har imidlertid sett bort fra dette i sin beregning. Hæhre er dessuten fratatt muligheten for samtidig imøtegåelse. Det er usannsynlig at stans i opp mot én time ikke skulle ha medført samtidig oppfølging fra byggherrens side.

10.1.6. Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at kontrakten gir byggherren hjemmel for å kreve mulkt fra Hæhre pr. minutt stans ut over den fastsatte tidsperiode. Dette fremgår uttrykkelig av kontraktsbestemmelsen sitert ovenfor.

Lagmannsretten mener også at det ikke er grunnlag for å konstatere bortfall av retten til å kreve mulkt på grunn av passivitet. Lagmannsretten viser til sine bemerkninger foran om passivitet og kravet om dagmulkt for mangelfull kvalitetsdokumentasjon, om at det skal svært mye til for slikt bortfall når kravet fremmes innen den frist kontrakten setter. Riktignok har ikke byggherren på tilsvarende måte som for den mangelfulle dokumentasjonen varslet krav om mulkt for trafikkstans, men lagmannsretten finner ikke

dette avgjørende. Dette kravet foranlediger etter lagmannsrettens syn ingen annen aktivitet enn at kravet fremmes innen den frist kontrakten setter. Hæhres påpekning i byggemøte nr. 20 i mai 2013 om at entreprenøren ønsket «ingen hemmelige/skjulte lister over f.eks. bøter/mulkt ved stenging av E6 ved sprengning, for seint overlevert kvalitetsdokumentasjon etc.», foranlediger etter lagmannsrettens syn ingen særlig aktivitet fra byggherrens side for å unngå passivitetsvirkninger. Det var entreprenøren selv som leverte lister over trafikkstansen, og byggherren opererte derfor ikke med noen skjulte opplysninger for Hæhre. Videre kreves det – i motsetning til ved mulkt for mangelfull kvalitetsdokumentasjon – ikke noe varsel til entreprenøren med frist for retting.

Lagmannsretten viser også til at byggherren varslet i juni 2015 at han ville komme tilbake til eventuelle økonomiske konsekvenser knyttet til overskredet fastsatt stengingsperiode/trafikkstans i forbindelse med sluttoppgjør «når disse spesielle temaene er avsluttet». Byggherren varslet derfor nærmere to år før kravet ble fremmet, at det ville bli vurdert. Byggherrens handlemåte før dette tidspunkt kan ikke medføre passivitetsvirkninger.

Ved vurderingen av om byggherren på dispositiv måte har frafalt retten til å kreve mulkt for trafikkstans har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Lagmannsrettens *flertall* – førstelagmann Sollie, lagdommer Heide, ekstraordinær lagdommer Isaksen og meddommer Steen – er kommet til at byggherren ikke har frafalt kravet og bemerker:

Uttalelsene om sanksjoner i evalueringsmøte nr. 7 og 8, slik referert over, dekker også mulkt for trafikkstans. Som nevnt foran, er ordlyden i uttalelsen ikke klar og entydig, ved at den ikke eksplisitt gir uttrykk for at byggherren frafaller kravet. Uttalelsen må derfor tolkes i lys av omstendighetene rundt kravet. Det er etter flertallets syn vesentlige ulikheter mellom kravet på dagmulkt for mangelfull kvalitetsdokumentasjon og kravet på mulkt for trafikkstans:

For det første var ikke mulkt for trafikkstans varslet før evalueringsmøte nr. 7 ble avholdt. Det er derfor ikke samme grunn for å anse uttalelsen i evalueringsmøte som et frafall av tidligere varsler. For det andre tok byggherren i juni 2015 et eksplisitt forbehold for retten til å fremme kravet på tidspunktet for sluttoppgjøret. For det tredje viser flertallet til at byggherren i evalueringsmøte nr. 8 tok det som må forstås som et ytterligere forbehold, ved at byggherren anmerket som forbedringspotensiale for entreprenøren at man manglet «felles gjennomgang av 'stopp' i trafikken i forbindelse med sprengninger. Gjelder også for DB.» Flertallet forstår byggherrens uttalelse om «ingen sanksjoner er iverksatt» som generell, men med et forbehold for mulkten for trafikkstans, ved at denne ennå ikke var avklart gjennom en felles gjennomgang. Forbeholdet gjør det etter flertallets syn klart at frafallet av mulkt eller andre sanksjoner ikke omfatter mulkt for trafikkstans.

Flertallet ser det derfor slik at byggherren ikke frafalt retten til å kreve mulkt for trafikkstans.

Flertallet er imidlertid av det syn at byggherren ikke har krav på hele det beløpet han har krevd mulkt for. Flertallet viser først til at byggherrens krav er basert på de logger som Hæhre selv har ført over tidsperiodene som E6 var stengt i forbindelse med sprengning. Disse listene har byggherren sammenholdt med opplysninger fra BlastManager, blant annet om sprengningstider. Slik flertallet ser det, er det gjennom listene Hæhre selv har ført, justert for opplysninger fra BlastManager, sannsynliggjort på hvilke tidspunkt veien var stengt i forbindelse med sprenging. Flertallet kan ikke se at byggherren skulle ha foretatt ytterligere undersøkelser av om loggene som Hæhre har levert stemmer. Det er det i tilfelle Hæhre som er nærmest til å gjøre, jf. også at dette er kontraktsfestet som entreprenørens ansvar i del C1 punkt 23.5. Det er etter flertallets syn ikke slike holdepunkter for feil i loggene som foranlediger undersøkelser fra byggherrens side.

Flertallet finner det imidlertid sannsynliggjort at ikke hele tidsperioden som er ført på loggene gjelder ren trafikkstans. Vitner fra begge parter forklarte at det i forbindelse med sprenging ble kjørt manuell dirigering av trafikken i 5-10 minutter før og etter sprenging. Partene avtalte i særmøte sprenging nr. 4 i november 2012 at «manuell dirigering er i utgangspunktet ikke definert som trafikkstans». De tidsrom trafikken ble dirigert manuelt skal derfor ikke regnes med i den tiden det kan kreves mulkt for. Etter flertallets syn er det sannsynlighetsovervekt for at det i loggene som byggherren har brukt som grunnlag for sin kravsberegning, også er tatt med tidsrom for manuell dirigering. Flertallet viser blant annet til at det på loggene også heter at tidsangivelsene gjelder manuell dirigering.

Med det tidsanslag Hæhre selv har oppgitt – med det gunstigste alternativ for motparten (5 + 5 minutter) lagt til grunn – gjenstår 197 minutters overskridelse tidsrommet for stans ved sprenging. Med en enhetspris på 3 000 kroner pr. minutt, utgjør dette samlet 591 000 kroner, som byggherren har krav på og som tilkjennes.

Mindretallet – meddommer Henriksen – kan ikke se at det er avgjørende forskjeller mellom forståelsen av byggherrens uttalelser i evalueringsmøte nr. 7 og 8, i relasjon til de to ulike mulktene. Uttalelsen er generell og må anses å omfatte også mulkten for trafikkstans. Derfor må denne også anses frafalt. Det er ikke dokumentert at byggherren har varslet dagmulkt fortløpende. Når temaet i tillegg ikke var tatt opp i byggemøter, slik at Hæhre ikke er blitt gitt anledning til å rette opp eventuelle brudd på bestemmelsene om trafikkstans, kan mindretallet ikke se at byggherren har kravet i behold. Kravet ble først fremmet i byggherrens tilsvarende til sluttoppgjøret – mer enn to år etter at arbeidene på E6 var ferdigstilt og ca. fem og et halvt år etter det første forholdet det er beregnet mulkt av. Det er ikke holdepunkter for annet – jf. forklaringene til Terje Halbakken og Eva Lena Winge –

enn at byggherren var godt fornøyd med varslingsplanene og Hæhres gjennomføring av stans ved sprenging.

1 1 O p p s u m m e r i n g o g s a k s k o s t n a d e r

11.1. Oversikt over resultatet i lagmannsretten

Kap.	Krav	Omtvistet beløp for lagmannsretten	Tingrettens dom i kr.	Lagmannsrettens dom i kr.
4	Massehåndtering	81 719 898	19 350 847	21 144 726
5	Mjøsakrav	60 402 539	10 897 359	22 595 507
6	Totalbrudd	29 075 127	2 500 000	0
7	KOE 020	6 323 899	6 323 899	0
8	KOE 550	236 827 539	20 400 000	0
9	Hæhres avledede krav	77 166 594	1 313 054	0
	<u>Totalt (inkl. forlikte krav)</u>	<u>491 515 596</u>	<u>65 069 422</u>	<u>43 740 233</u>
		Byggherrens krav for lagmannsretten i kr.	Tingrettens dom i kr.	DOM i kr.
10	<u>Byggherrens motkrav</u>	<u>17 201 000</u>	<u>0</u>	<u>591 000</u>

Det beløpet Hæhre gjennom denne dommen tilkjennes – 43 740 233 kroner – er lavere enn det byggherren har krav på i tilbakebetaling av fra Hæhre. Partene er enige om at tilbakebetalingsbeløpet utgjør 92 683 913 kroner. Domslutningen i Hæhres søksmål vil da gå ut på at Hæhre dømmes til å betale differansen – 48 943 680 kroner – til byggherren. Det tilkommer merverdiavgift på dette beløpet, i tillegg til forsinkelsesrenter regnet fra 30. mars 2017.

Byggherrens søksmål fører delvis fram, slik at Hæhre dømmes til å betale 591 000 kroner til byggherren. Også på dette kravet tilkommer det forsinkelsesrenter.

11.2. Saksomkostninger

11.2.1. Generelt

Etter tvisteloven § 20-2 første ledd har den som har vunnet saken krav på full erstatning for sine sakskostnader. Etter annet ledd er saken vunnet hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige. Ved vurderingen av om en part har vunnet saken, skal domsresultatet sammenlignes med kravene slik de fremsto i stevning og tilsvær – for lagmannsretten i anke og anketilsvær – likevel slik at senere utvidelser kommer i betraktning. Vurderingen skal ikke utelukkende knyttes til beløpets størrelse. Det må også ses hen til hvilke tvistepunkter som har ført fram og hvor hovedtyngden i de reelle tvistepunktene ligger. Gjelder saken flere krav mellom samme parter, er det samlede utfallet avgjørende. Krav som er forlikte under sakens gang kommer også i betraktning.

En part må anses å ha fått medhold i det vesentlige dersom det er naturlig å si at motparten praktisk talt har tapt fullstendig og bare har vunnet frem på et mindre punkt, se Schei m.fl. Tvisteloven med kommentarer med videre henvisninger. Som det er fremholdt av Schei m.fl., kan dette være tilfelle hvor et krav er sammensatt av en rekke poster hvor motparten bare får medhold på et punkt av bagatellmessig betydning. Saken er derimot ikke vunnet hvis motparten har oppnådd et resultat som tilsier at det ikke er rimelig å forlange at han skulle ha akseptert den annen parts påstand. Loven bygger på et klart utgangspunkt om at partene bærer sine egne omkostninger dersom ingen av dem har vunnet saken.

Tvisteloven § 20-3 innebærer et unntak fra dette utgangspunktet. Etter denne bestemmelsen kan en part som ikke har vunnet saken, verken fullt ut eller i det vesentlige, men har fått «medhold av betydning», helt eller delvis tilkjennes sakskostnader. Dette forutsetter at parten iallfall har oppnådd så mye at det ikke ville vært rimelig å forlange at han skulle akseptert motpartens standpunkt. Også ved denne vurderingen er ikke bare differansen mellom påstander og domsbeløp relevant, men også hvor hovedtyngden i de reelle tvistepunkter har ligget, jf. Blant annet Rt-2010-727. Hvis begge parter har fått medhold i hver sine krav, og derfor kan sies å ha fått medhold av betydning, beror det på en vurdering av bestemmelsens øvrige vilkår om en av partene skal få sine omkostninger erstattet og eventuelt i hvilken grad.

Det er en relativt høy terskel for å få tilkjent sakskostnader etter § 20-3, og det kreves at «tungtveiende grunner» tilsier at en av partene skal få sine sakskostnader helt eller delvis erstattet. Det helt sentrale vurderingskriteriet er hvor mye parten har fått medhold, og hvor stor andel av de samlede sakskostnadene som knytter seg til denne delen av saken, se blant annet Rt-2013-1112.

11.2.2. Saksomkostninger for lagmannsretten

Ankesaken omfatter både Hæhres hovedkrav og byggherrens motkrav. Den vesentlige delen av saken gjelder hovedkravene, både økonomisk og med hensyn til den tid det har tatt å behandle kravene.

Det økonomiske resultatet av ankesaken for Hæhre, er som nevnt at Hæhre får medhold i at selskapet har et krav på 43 740 233 kroner mot byggherren, før tilbakebetalingskravet tas i betraktning. Dette er en lavere sum enn den tingretten kom til at Hæhre hadde krav på – vel 65 mill. kroner. For byggherren innebærer resultatet en tilsvarende reduksjon av betalingsansvaret. På den annen side har byggherren bare i mindre grad vunnet frem når det gjelder byggherrens egne krav.

Hæhres krav i anken var på ca. 640 mill. kroner. Kravet er riktignok senere redusert, men domsresultatet innebærer at Hæhre har fått medhold bare for en klart mindre andel av kravet. Dette gjelder også når forlikte krav som er opplyst å beløpe seg til 21,8 mill. kroner, tas i betraktning. Hæhres anke er knyttet til i alt 14 krav. Tre av kravene (prosess 26.3 under massehåndtering, KOE 444 og prosess 25.7123/24 sugemudring under vann) har ført delvis fram. De øvrige har ikke ført fram, ved at det ikke tilkjennes vederlag for 11 av kravene Hæhre har brakt inn for ankebehandling.

Byggherrens anke er knyttet til to egne motkrav, i tillegg til åtte av Hæhres krav. Når det gjelder motkravene, har byggherrens anke ført delvis frem for ett motkrav, mens det ikke har ført fram for det andre motkravet. Byggherren tilkjennes imidlertid et klart mindre beløp enn det han krevde for lagmannsretten. Anken for så vidt gjelder fire av Hæhres krav (prosess 26.3., KOE 444, prosess 25.7123/24, EO 013) har ikke ført frem, de øvrige fire krav har ført frem.

Slik lagmannsretten ser det, har ingen av partene vunnet saken for lagmannsretten helt eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2. Begge parter har tapt flere tvistepunkter, og differansen mellom de beløp partene har krevd dom for og lagmannsrettens resultat, er betydelig. Det er for begge parter tale om beløp på flere titalls millioner kroner – for Hæhre har saken samlet ført fram for et beløp på ca. 60,4 mill. kroner. Ingen av partene har dermed fått slikt medhold at motparten bare har vunnet frem på et mindre punkt, eller at motparten har oppnådd et resultat som tilsier at det ikke er rimelig å forlange at han skulle ha akseptert den annen parts påstand.

Etter lagmannsrettens syn må imidlertid begge parter anses å ha fått medhold av betydning, jf. tvisteloven § 20-3, ut fra lagmannsrettens avgjørelse av de krav saken gjelder. Lagmannsretten er kommet til at tungtveiende grunner tilsier at byggherren får erstattet størstedelen av sine omkostninger ved saken. Dette begrunner lagmannsretten i det økonomiske utfallet av ankesaken, og tiden og de øvrige ressurser som medgikk til å behandle de krav byggherren har vunnet frem med. Lagmannsretten peker særlig på

Hæhres krav etter KOE 550, hvor det i anken var krevd 465 mill. kroner, senere redusert til 237 mill. kroner, og der lagmannsretten ikke har tilkjent Hæhre vederlag. Beløpsmessig utgjorde dette kravet om lag halvparten av Hæhres samlede krav, slik saken sto for lagmannsretten og en høyere andel av de samlede krav i anken. Tre av til sammen ti rettsuker medgikk til å behandle dette kravet, noe som også er godt uttrykk for andelen dette kravet opptok av forberedende arbeid. Hæhres krav knyttet til totalbrudd og KOE 020, samt Hæhres avledede krav førte heller ikke fram. I underkant av to rettsuker medgikk samlet til disse kravene. De fleste av kravene knyttet til massehåndtering og Mjøsakkravene førte heller ikke fram, og de krav som førte fram, førte bare delvis fram. Til sammen fire uker medgikk til behandlingen av disse kravene.

På bakgrunn av ovennevnte har lagmannsretten kommet til at tungtveiende grunner tilsier at byggherren delvis tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten. Når tilkjennelsen av sakskostnader skjer delvis, og ikke fullt ut, skyldes dette særlige de kravene byggherren ikke er gitt medhold i.

Hæhre har vist til at selskapet gjennom hele saksgangen har søkt dialog om mulig forlik, mens byggherren har vært totalt avvisende til å diskutere en utenomrettslig løsning av saken. Hæhre har også vist til at selskapet for behandlingen for lagmannsretten har foretatt en kritisk gjennomgang av egen posisjon og redusert kravet betydelig. Om betydningen av partenes forliksvilje for saksomkostningsavgjørelsen uttalte tingretten:

Hæhre har anført at byggherrens manglende vilje til å forhandle om sluttsummen må få betydning for rettens vurdering av sakskostnadsspørsmålet. Retten har ikke funnet grunnlag for å legge avgjørende vekt på forhandlingsviljen eller mangel på forhandlingsvilje. Retten ser ikke bort fra at fremsettelsen av et plunder- og heftkrav på over 460 000 000 kroner, hvor Hæhre etter gjennomført hovedforhandling tilkjennes drøyt 20 000 000, er det som i denne saken kan ha påvirket motpartens forhandlingsvilje.

Lagmannsretten ser det på samme måte. Reduksjonen av Hæhres krav i forkant av ankeforhandlingen endrer ikke dette, særlig når kravet i KOE 550 ikke fører fram for noen del.

Advokat Remmen har på vegne av Statens Vegvesen fremsatt et samlet sakskostnadskrav for lagmannsretten på 5 326 448,75 kroner, hvorav 4 665 312,50 kroner er salær til prosessfullmektigene. Beløpene inkluderer merverdiavgift. Advokat Remmen har videre på vegne av Bane NOR SF fremsatt et samlet sakskostnadskrav for lagmannsretten på 4 261 159 kroner, hvorav 3 732 250 kroner er salær til prosessfullmektigene. Beløpene inkluderer ikke merverdiavgift idet Bane NOR SF har fradragsrett for merverdiavgift.

Etter lagmannsrettens syn har kostnadene vært nødvendige, og det har ut fra betydningen av saken vært rimelig å pådra dem, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd annet punktum. Saken har vært omfattende med en betydelig dokumentmengde og langvarig ankeforhandling. Hæhre har ikke hatt innvendinger til kravets størrelse.

Ut fra at byggherren har fått medhold av betydning, men ikke fullt ut eller i det vesentlige, fastsettes Hæhres sakskostnadsansvar for lagmannsretten skjønnsmessig til 4 mill. kroner til Statens Vegvesen og 3 mill. kroner til Bane NOR SF.

11.2.3. Sakskostnader for tingretten

Lagmannsretten skal ved prøvingen av tingrettens sakskostnadsavgjørelse legge sitt resultat til grunn, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd.

I tingretten ble byggherren tilkjent delvise saksomkostninger med hjemmel i tvisteloven § 20-3.

Lagmannsretten er enig i dette, idet de samme betraktninger gjør seg gjeldende ved avgjørelsen av sakskostnader fort tingretten som for lagmannsretten. Det forhold at lagmannsretten har kommet til at Hæhre samlet sett har krav på et mindre beløp enn det tingretten kom til, endrer ikke dette. Ut fra lagmannsrettens domsresultat er lagmannsretten av den syn at byggherren fikk medhold av betydning også i tingretten, og det foreligger tungtveiende grunner som tilsier at byggherren skal tilkjennes sakskostnader, jf. vurderingen ovenfor av sakskostnader for lagmannsretten.

Om utmålingen heter det i tingrettens dom:

Byggherren har lagt frem en sakskostandsoppgave på totalt 13 971 022,80 kroner inkl. mva. for Statens vegvesen og 11 629 787,30 kroner eks. mva. for Bane Nor. Av disse beløpene utgjør advokatsalær 5 406 846,50 kroner, eks. merverdiavgift, for hver av partene, dvs. til sammen 10 813 693 kroner eks. mva. i advokatsalær for Statens vegvesen og Bane Nor til sammen. De øvrige kostnadene knytter seg til reise- og oppholdsutgifter for prosessfullmektigene, utarbeidelse av utdrag og kopier, samt godtgjørelse og dekning av utgifter for sakkyndige vitner. Hæhre, som selv har fremmet et omkostningskrav på 16 225 828 kroner eks. mva., med tillegg av rettsgebyr og utgifter til fagkyndige meddommere, hvorav advokatsalær utgjør 14 839 795 eks. mva., har ikke hatt innvendinger mot kostnadsoppgaven fra motparten.

Retten fastsetter med dette Hæhres kostnadsansvar for motpartens sakskostnader til 9 000 000 kroner, som fordeles med 4 000 000 eks. mva. for Bane Nor og 5 000 000 inkl. mva. for Statens vegvesen.

Lagmannsretten er enig også i dette.

11.2.4. Utgifter til fagkyndige meddommere

Partene pålegges i fellesskap å dele kostnadene til fagkyndig meddommere for tingretten og lagmannsretten med en halvdel hver – Hæhre med én halvpart og byggherren med én halvpart. Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF er solidarisk ansvarlige for byggherrens halvpart. Tingrettens fastsettelse av kostnader til fagkyndige meddommere legges til grunn av lagmannsretten. For lagmannsretten vil kostnadene til fagkyndige meddommere bli fastsatt særskilt i egen beslutning.

Dommen er avsagt med slike dissenser som fremgår ovenfor.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er sakens betydelige omfang.

D O M S S L U T N I N G

1. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å betale 48 943 680 –
førtiåttemillionernihundreogførtitretusensekshundreogåtti – kroner til Staten
v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF innen 2 – to – uker fra forkynnelse
av dommen, med tillegg av betalt merverdiavgift og med tillegg av lovens
forsinkelsesrente regnet fra 30. mars 2017 til betaling skjer.
2. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å betale 591 000 – femhundreognittientusen –
kroner til Staten v/Samferdselsdepartementet og Bane NOR SF innen 2 – to – uker
fra forkynnelse av dommen, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til
betaling skjer.
3. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å erstatte Staten v/Samferdselsdepartementets
saksomkostninger for lagmannsretten med 4 000 000 – firemillioner – kroner, og til
å erstatte Bane NOR SFs saksomkostninger for lagmannsretten med 3 000 000 –
tre millioner – kroner. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
4. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å erstatte Staten v/Samferdselsdepartementets
saksomkostninger for tingretten med 5 000 000 – femmillioner – kroner, og til å
erstatte Bane NOR SFs saksomkostninger for tingretten med 4 000 000 –
firemillioner – kroner. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens
forkynnelse.
5. Partene dekker utgiftene til fagkyndige meddommere med en halvpart hver.

Ola Rambjør Heide

Nina Sollie

Per Magne Isaksen

Per Inge Henriksen

Ragnar Steen

Dokument i samsvar med original.
Marit Einang (*elektronisk signert*)