



## EIDSIVATING LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 12.10.2022

**Saksnr.:** 22-011088ASD-ELAG/

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Ekstraordinær  
lagdommer

Ola Rambjør Heide  
Bodil Thorp Myhre  
Dag Carlstedt

**Meddommere:**

Sivilingeniør  
Prosjektdirektør

Bjørn Dammen  
Terje Ilje

---

|              |                         |                                                 |
|--------------|-------------------------|-------------------------------------------------|
| Ankende part | Innlandet fylkeskommune | Advokat Solfrid Aga<br>Advokat Ole Magnar Kvåle |
|--------------|-------------------------|-------------------------------------------------|

|             |             |                           |
|-------------|-------------|---------------------------|
| Ankemotpart | X Anlegg AS | Advokat Karl Marthinussen |
|-------------|-------------|---------------------------|

Saken gjelder sluttoppgjør i vegentreprise.

X Anlegg AS reiste 30. desember 2020 søksmål mot Innlandet fylkeskommune med krav om betaling av nærmere 19 mill. kroner i forbindelse med sluttoppgjøret etter en utførelsesentreprise på fylkesvei 251 ved Hellefossen i Oppland (nå Innlandet) fylke. Kravet gjaldt i alt 20 poster, hvorav over halvparten gjaldt avregning på kontraktens prosesser, fire krav gjaldt ulike endringsordre og tre av kravene gjaldt byggherrens motkrav. I tillegg fremmet X Anlegg AS krav knyttet til lønns- og prisstigning og volumrigg.

Fylkeskommunen tok til motmæle og påsto seg frifunnet.

Vestre Innlandet tingrett avsa 10. november 2021 dom, der slutningen lød etter retting:

1. Innlandet fylkeskommune dømmes til å betale til X Anlegg AS kr 10.143.875 inkl. mva med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 19.11.2019 til betaling skjer.
2. Innlandet fylkeskommune dømmes til å erstatte X Anlegg AS halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommerne. Saksomkostninger for øvrig tilkjennes ikke.

Innlandet fylkeskommune anket 13. desember 2021 tingrettens dom på de punkter fylkeskommunen ikke hadde fått fullt ut medhold. X Anlegg AS innga tilsvaer 11. januar 2022, samtidig som den erklærte avledet anke på i alt 11 krav, i tillegg til å fremme to nye krav. I tilsvaer til den avledede anken påsto fylkeskommunen anken avvist som for sent fremsatt. Etter ytterligere prosessutveksling blant annet om avvisningsspørsmålet, der X Anlegg AS erkjente at den avledede anken var for sent fremsatt og begjærte oppfriskning, avsa Eidsivating lagmannsrett kjennelse 20. april 2022, der den avledede anken ble avvist. Anke til Høyesterett ble forkastet ved ankeutvalgets kjennelse 9. juni 2022.

Ankeforhandling ble gjennomført i Gjøvik tinghus over sju rettsdager i perioden 15. juni til 24. juni 2022. Begge parter møtte med partsrepresentanter som avga forklaring. Det ble gjennomført befaring og i alt fem vitner avga forklaring. Øvrig bevisførsel fremgår av rettsboken.

Innlandet fylkeskommune nedla slik påstand:

1. Innlandet fylkeskommune v/fylkesordføreren frifinnes.
2. X Anlegg AS dømmes til å erstatte Innlandet fylkeskommune v/fylkesordføreren sakens kostnader for tingretten og lagmannsretten, med tillegg av avsavnsrenter for sakens kostnader for tingretten beregnet med en rentesats på 2 % på kr 2 480 279, fra 26. november 2021 frem til dommens oppfyllelsesdato.

X Anlegg AS nedla slik påstand:

1. Innlandet fylkeskommune dømmes til å betale til X Anlegg AS kr 10 300 125,- ink. mva tillagt renter fra 19.11.2019 til betaling skjer.
2. Innlandet fylkeskommune dømmes til å erstatte X Anlegg AS sakens omkostninger

### **1. Nærmere om sakens bakgrunn**

Av sakens bakgrunn fremgår følgende fra tingrettens dom:

*Entreprisen gjaldt bygging av ca. 1,5 km ny veg på fv. 251 inkludert bygging av ny bru, Hellefossen. Hellefossen bru går over elven Etna, og har en lengde på ca. 70 m.*

*Kontrakt ble inngått 23.04.2018. Statens vegvesen var byggherre på vegne av Oppland fylkeskommune. Contexo AS var entreprenør. Kontrakt ble inngått etter forutgående åpen anbudskonkurranse.*

*Ved omorganiseringen av ansvaret for vegnettet ble byggherreansvaret pr. 01.01.2020 overført til Innlandet fylkeskommune.*

*Forhandlinger om rekonstruksjon ble åpnet i Contexo AS den 25.08.2020. Konkurs ble åpnet den 06.11.2020. Contexo AS, dets konkursbo overdro kundefordringene til X Anlegg AS ved transporterklæring datert 25.11.2020 og 03.12.2020.*

*(...)*

*Anbudskonkurransen ble kunngjort 29.01.2018. Konkurranses grunnlaget er datert 26.01.2018. I konkurransegrunnlaget (A3) er arbeidets art og omfang beskrevet slik:*

*Fv. 251 Hp 01 km 6,7 – 8,3. Dagens trafikk på fv. 251 går over Lunde bru, som er ei steinhvelvsbru fra 1827. Denne er ikke bygget for dagens trafikk, og er hele grunnen til bygging av ny bru. Det skal bygges ca. 1,5 km. ny fylkesvei med bredde 6,5 meter. Det skal bygges ny bru ved profil ca. 750 til 850 med 8 meters føringsbredde. Spennet er på ca. 70 meter med dekke i betong. Bæring i limtrebuer med strekkstag i stål. Fundamentering på løsmasser. Det skal plastres mot elva. Den nye vegen tilknyttes eksisterende ved ca. profil 50 og profil 1500. Den nye vegen krysser eksisterende fylkesvei ved profil ca. 875. Det er en privat vei til skytterbane ved ca. profil 730. Alle veier skal være åpne under anleggsperioden. Det er noe masseutskifting. Det legges opp til åpne grøfter med stikkrenner. Vegen krysser høyspentlinje ved ca. profil 375. Det er noen lavspentlinjer, samt telefonlinje som må ivaretas. Ved profil ca. 1000-1100 skal en bekk legges om. Terrenget består for en stor del av stor blokk og*

myr. Det er noe fjell og sprengningsarbeider i linja. En del av eksisterende fylkesvei skal omgjøres til sti og grusvei. Prosjektet gjennomføres tegningsbasert.

ÅDT: ca. 550 kjøretøy.

Orienterende mengder:

Bru:

- Gravemasser ca. 1600 m<sup>3</sup>
- Knuste fyllmasser ca. 1000 m<sup>3</sup>
- Plastringsarbeider ca. 800 m<sup>2</sup>
- Betong i fundamenter og dekke ca. 880 m<sup>3</sup>
- Armering ca. 140 tonn
- Forskaling ca. 1650 m<sup>2</sup>
- Limtrebuer ca. 104 m<sup>3</sup>
- Spennarmering 8 stk.
- Spennstag til stagforankring 208 stk.
- Stag 52 stk. + stag til testing

Veg:

- Sprengingsarbeider ca. 4600 m<sup>3</sup>
- Jordmasser i linjen ca. 9700 m<sup>3</sup>
- Masseutskifting ca. 2000 m<sup>3</sup>
- Drenering ca. 500 m.
- Demolering blokk ca. 300 stk.
- Forsterkingslag ca. 7500 m<sup>3</sup>
- Riving eksisterende dekke ca. 2500 m<sup>2</sup>
- Asfalt ca. 12500 m<sup>2</sup>
- Åpen kanal ca. 500 m

Det ble avholdt tilbudskonferanse 07.02.2018. Entreprenøren deltok ikke på konferansen og gjennomførte heller ikke befaring på anleggsområdet. Innen tilbudsfristen 26.02.2018 ble det levert inn fire tilbud. Entreprenøren hadde laveste tilbud, og ble tildelt kontrakten. Kontrakten ble signert 23.04.2018.

Kontraktssummen utgjorde kr 44 825.996 ekskl. mva. Frist for ferdigstilling var 05.07.2019 med delfrist 14.04.2019 for arbeider i elven Etna.

Oppstartsmøte ble avholdt 07.05.2018. Overtakelsesprotokollen er datert 05.07.2019 og 10.07.2019. Det er omtvistet mellom partene om det under overtakelsesbefaringen 05.07.2019 ble gitt fristforlengelse på kontraktsarbeidene frem til 08.08.2019.

*Entreprenøren fremmet i løpet av prosjektet totalt 29 krav om endringsordre («KOE» eller varsel om krav «VK»). Fire av kravene er omtvistet. Partene har innhentet ekspertuttalelser i tråd med tvisteløsningsmekanismen i kontraktens kapittel C2 punkt 29. Dette gjelder blant annet for de omtvistede kravene VK008 om endrede forutsetninger i understøttelse reis og VK016 om forseringskostnader.*

*Entreprenøren sendte sluttoppstilling den 19.09.2019. Den 14.11.2019 sendte byggherren brev med innsigelser og motkrav til entreprenøren. Det blir avholdt et sluttoppgjørsmøte mellom partene den 30.01.2020.*

*De omtvistede kravene er:*

- *Prosess A0.12.12 Drift av rigg og midlertidige bygninger, tvist kr. 305.250.*
- *Prosess A1.21.2 Vegetasjonsrydding, tvist kr. 239.922.*
- *Prosess A1.25.1 Jordmasser i linjen, tvist kr. 303.750.*
- *Prosess A1.25.5 Jordmasser til fyllplass, tvist kr. 476.262.*
- *Prosess A1.25.7 Myr og andre ubrukbare masser, tvist kr. 58.141.*
- *Prosess A1.41 Åpne grøfter, tvist kr. 142.938.*
- *Prosess A1.61.1 Oppgrusing og legging av grusdekke, tvist kr. 10.137.*
- *Prosess A1.74.4 Utlegging og bearbeiding av jord, tvist kr. 438.886.*
- *Prosess A1.74.512 Etablering av grasbakke ved maskinell tilsåing, tvist kr. 91.766.*
- *Prosess K-D41.85.69 Levering av stag og prosess, tvist kr. 500.000.*
- *Prosess K-D41.85.73 Kabelmontasje, tvist kr. 250.000.*
- *KOE - VK005 Mengdeøkning berg, tvist kr. 1 638.150.*
- *KOE - VK008 Endrede forutsetninger i understøttelse reis, tvist kr. 1 585.000.*
- *KOE - VK011 Revidert pris for oppspenning av strekkstag, tvist kr. 925.600.*
- *KOE - VK016 Forseringskostnader, tvist 4 496.410.*
- *Lønns- og prisstigning, tvist kr. 442.509.*
- *Volumrigg, tvist kr. 1 046.729.*
- *Byggherrens motkrav nr. 002 Utskifting av gafler på stag, tvist kr. 2 364.531.*
- *Byggherrens motkrav nr. 003 Kanal 210, tvist kr. 305 240.*
- *Byggherrens motkrav nr. 004 Byggherrepersonell m.m. vedr. utbedring av mangler, tvist kr. 229.725.*

*Byggherrens motkrav er gjort gjeldende i motregning sammen med ikke omtvistet motkrav 001 stort kr. 83.612. Motkrav 001 gjelder frostsikring på grunn av ikke-injisert stag i fotplate for stagforankring på bru. Motregningsadgangen for motkrav 002 er omtvistet. For øvrig er motregningsadgangen ikke omtvistet.*

Idet den avledede anken fra X Anlegg AS er avvist, gjenstår følgende krav til behandling av lagmannsretten:

- 1) Prosess A1 25.1 Jordmasser i linjen og 25.5 Jordmasser til fyllplass
- 2) Prosess A1 25.7 Myr og andre ubrukbare masser
- 3) Prosess A 1 41 Åpne grøfter
- 4) Prosess A 1 61.1 Oppgrusing (legging av grusdekke)
- 5) KOE - VK005 Mengdeøkning berg
- 6) KOE - VK008 Endrede forutsetninger i understøttelse reis
- 7) KOE - VK016 Forseringskostnader
- 8) Lønns- og prisstigning
- 9) Volumrigg
- 10) Byggherrens motkrav nr. 001 frostsikring
- 11) Byggherrens motkrav nr. 002 – utskifting av gafler på stag
- 12) Byggherrens motkrav nr. 003 – kanal -210
- 13) Byggherrens motkrav nr. 004 – byggherrepersonell vedr. utbedring av mangler

At den avledede anken er avvist får som betydning for lagmannsrettens avgjørelse at det ikke er aktuelt å tilkjenne X Anlegg AS høyere beløp på de enkelte tvistepunkter enn det tingretten tilkjente.

Byggherrens motkrav er også for lagmannsretten fremmet som motregningskrav, noe som innebærer at det bare blir aktuelt å vurdere kravene i den grad X Anlegg AS skulle få medhold i sine krav. Motregningsadgangen er ikke bestridt.

Lagmannsretten vil nedenfor redegjøre for de enkelte tvistepunktene, partenes påstandsgrunnlag og lagmannsrettens vurdering, der kravene etter kontraktens prosesser blir behandlet under punkt 3, kravene etter endringsordre behandlet under punkt 4, lønns- og prisstigning og volumrigg under punkt 5 og byggherrens motkrav under punkt 6.

## **2. Lagmannsrettens utgangspunkter for vurderingen**

Twisten har utspring i en kontrakt om utførelsesentreprise. Kontraktens del A inneholder prosjektinformasjon, del B konkurranseregler og kvalifikasjonskrav og del C kontraktsbestemmelser – C1 alminnelige kontraktsbestemmelser (NS 8406), C2 spesielle kontraktsbestemmelser og C3 avtaledokumentet. Standardkontrakten NS8406 er derfor del av kontraktsgrunnlaget så langt den ikke er fraveket i øvrige deler av avtaleverket.

Del D utgjør kontraktens beskrivende del, der D1 angir kontraktsarbeidene som skal utføres ved prosesskoder. Denne delen er delt inn i tre hoveddeler - A0 Rigg, A1 Veg og K Hellefossbrue. D2 inneholder tegninger og supplerende dokumenter Kontraktsarbeidet er prosjektert av byggherren Oppland (nå Innlandet) fylkeskommune, og arbeidet er

beskrevet arbeidet i prosesskoder. Contexo AS vant – etter å ha priset kontraktens prosesser i sitt anbud – anbudskonkurransen med den laveste samlede anbudspris.

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.*

Lagmannsretten legger de samme tolkningsprinsipper til grunn for sin avgjørelse.

Ved bevisbedømmelsen tar lagmannsretten 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. Overvektsprinsippet

gjelder, slik at lagmannsretten 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.

### **3. Krav etter kontraktens prosesser**

#### 3.1. Prosess A1 25.1 Jordmasser i linjen og 25.5 Jordmasser til fyllplass

##### *3.1.1. Bakgrunnen for tvisten*

Prosessene A1 25.1 og 25.5 gjelder begge utgraving, opplasting, transport og utlegging av jordmasser, henholdsvis til linjen og til fyllplass. Tvisten på dette punkt har bakgrunn i uenighet om hvilke mengder entreprenøren skal honoreres for under disse prosessene.

Enhetsprisen på *prosess 25.1* er 45 kroner. X Anlegg AS krever vederlag ut fra en mengde på 11 990 fm<sup>3</sup>, herunder 2 000 fm<sup>3</sup> blokk i myr, noe som utgjør 539 550 kroner.

Fylkeskommunen har imidlertid kun akseptert 5 240 fm<sup>3</sup>, noe som tilsier et vederlag på 235 800 kroner. Differansen utgjør tvistesummen under prosess 25.1 på 303 750 kroner. Tingretten tilkjente det omtvistede beløpet.

Enhetsprisen på *prosess 25.5* er 90 kroner. X Anlegg AS krever vederlag ut fra en mengde på 9 191,91 fm<sup>3</sup>, noe som utgjør 827 271 kroner. Fylkeskommunen har akseptert 4 644 fm<sup>3</sup>. Differansen utgjør tvistesummen under prosess 25.5 på 409 238,91 kroner. Tingretten tilkjente det omtvistede beløpet.

X Anlegg AS' krav er dels begrunnet i at det var nødvendig med mellomlagring av masser fordi mengdene masse var mye større enn beskrevet i anbudsgrunnlaget, noe som er byggherrens risiko. Videre er kravet begrunnet i at X Anlegg AS krever betalt for 2 000 fm<sup>3</sup> med blokk, som entreprenøren først fakturerte under feil prosess, men som hører under prosess 25.1.

##### *3.1.2. Partenes påstandsgrunnlag*

###### *i) Innlandet fylkeskommune*

X Anleggs krav innebærer mengder som overstiger det totale fyllingsbehovet i linjen og tilgjengelige masser i prosjektet. Fyllingsbehovet var på 12 782 am<sup>3</sup>, og omregnet i samsvar med prosesskoden til faste masser – som er måleregelen i de aktuelle prosessene – med en faktor på 1,1, utgjør dette 11 620 fm<sup>3</sup>. Fyllingsbehovet skulle primært dekkes av jordmasser, og steinmasser skulle bare benyttes ved masseutskifting etter prosess 25.7.

Entreprenøren ignorerte dette pålegget – som heller ikke senere ble endret – og det vil være kontraktsstridig å anvende en omregning på faktor for sprengstein, slik at entreprenøren ikke kan få betalt etter denne faktoren.

Oppgjøret for prosess 25.1 og 25.5 må ses i sammenheng. Det er omforent mellom partene at 7 542 fm<sup>3</sup> gikk til fylling i veikroppen. Det gjenstående fyllingsbehov på 4 078 fm<sup>3</sup> skulle dekket med jord og skal honoreres under prosess 25.1. Det skal ikke tillegges ytterligere mengde for blokk på prosess 25.1. Den omforente mengden jord i prosjektet var på 9 990 fm<sup>3</sup>. Av dette gikk 777 fm<sup>3</sup> til steinfyllingsskråninger. Entreprenøren skal derfor ha vederlag for 5 135 fm<sup>3</sup> under prosess 25.5. Byggherren har tidligere akseptert et noe høyere vederlag, og det er ikke grunnlag for et høyere vederlag. X Anleggs beregninger er ikke basert på dokumentasjon. At byggherren betalte avdrag er ikke bindende.

For å kreve vederlag for jordmasser må massene legges permanent i linjen for å kunne gi grunnlag for oppgjør etter 25.1. Det kan ikke kreves vederlag for masser som skal til fyllplass. Mellomlagring er inkludert både i prosess 25.1 og 25.5. Risikoen for omfanget påhviler entreprenøren, idet det ikke er byggherreforhold som gjorde at det ble større behov for mellomlagring. Det var et normalt behov for mellomlagring i prosjektet. Subsidiært anføres at kravet er frafalt med bindende virkning, og atter subsidiært anføres at det ikke er sannsynliggjort hvor stort volum det økte behovet for mellomlagring gjaldt eller hvilke merkostnader dette har medført.

Økningen i mengden på 2 000 fm<sup>3</sup> for blokk er prekludert, idet det utgjør et nytt krav. Subsidiært er mengden omfattet av det som er oppgjort på prosessene 25.1, 25.5 eller 25.7. Atter subsidiært er ikke mengden blokk sannsynliggjort eller dokumentert.

#### ii) X Anlegg AS

Partene var enige om fakturert volum morenemasser på 9 990 fm<sup>3</sup>. Fylkeskommunen krevde at 2 000 fm<sup>3</sup> blokk skulle trekkes fra fjellvolumet. Contexo overførte dette volumet til prosess 25.1, og det inngår derfor ikke i de 9 990 fm<sup>3</sup>. Kravet er dermed medtatt i sluttavregningen, men det er krevd uriktig pris.

Det er fremmet vederlagskrav for mellomlagring i VK029. Det ble fakturert etter kontraktens enhetspriser og honorert på samme måte. Kravet kan derfor ikke anses frafalt. Det er ikke vilkår etter kontrakten at kravet skal være på egen faktura.

I utgangspunktet har entreprenøren risikoen for mellomlagring. I dette tilfellet var volumene uriktige, slik at entreprenørens opplegg for massehåndtering ble ødelagt. Byggherren må betale for endringer og forsinkelser som følge av det. Det var for entreprenøren umulig å vite hvor han skulle disponere massene når beskrivelsen var uriktig. Han måtte vente til fjellvolumet var avklart før morenemassene kunne disponeres. I

tillegg var det ikke anledning til å etablere fylling i elven, slik entreprenøren hadde forutsatt.

Byggherren har ikke protestert på prisen, og entreprenøren oppfattet at byggherren aksepterte å betale etter prosess 25.1. Partene avtalte derfor den masseavregning som faktisk ble gjort. Da VK029 ble varslet, svarte byggherren kun at man ønsket bedre oversikt. Partene må åpenbart ha vært enige om at stein i fylling skulle benyttes, ellers ville ikke byggherren ha honorert etter prosess 26.1. Selv i sluttoppgjøret har byggherren akseptert avregningen. Dette lar seg vanskelig kombinere med dagens standpunkt om at dette skal betraktes som jordmasser. Først etter at Steinar Frøyen kom inn nektet byggherren å betale for mellomlagring.

Volumet omregnes fra anbragt volum i fylling til fast volum med en omregningsfaktor for morene, fordi det skulle fylles med morene. Det reelle volumet under prosess 25.1 var 11 990 fm<sup>3</sup>, og 9 191,91 fm<sup>3</sup> morene kjørt til eksternt deponi. X Anlegg slutter seg til tingrettens regnestykker og vurdering.

### *3.1.3. Lagmannsrettens vurdering*

#### *i) Blokk*

Lagmannsretten bemerker først at det ikke er grunnlag for å anse kravet om vederlag for 2 000 fm<sup>3</sup> blokk som preskribert. Lagmannsretten er ikke enig med byggherren i at kravet skal anses som et nytt krav i henhold til NS8406 punkt 25.1 fjerde ledd første punktum.

Riktignok fremgår det av bestemmelsen at krav «som ikke er medtatt i sluttoppstillingen», ikke kan fremsettes etter fristen for sluttoppstillingen, som etter punkt 25.1 første ledd er to måneder etter overtakelsen. Kravet på vederlag for 2 000 fm<sup>3</sup> blokk under prosess 25.1 ble ikke fremmet før etter denne fristen var utløpt, idet det kun var krevd vederlag for 9 990 fm<sup>3</sup>.

Det er imidlertid på det rene at entreprenøren hadde fremmet krav om vederlag for disse massene i sluttoppgjøret, men under uriktig prosess – prosess 26.1. For lagmannsretten er det ikke tvil om at dette kravet dermed er del av «den fulle oversikten over partenes mellomværende», med spesifikasjon av kravets innhold. At entreprenøren tok feil med hensyn til hvilken prosess som kom til anvendelse, endrer ikke at kravet ble medtatt i sluttoppstillingen. Etter lagmannsrettens syn er byggherrens forståelse av NS 8406 punkt 25.1 fjerde ledd ikke i samsvar med bestemmelsens ordlyd, og lagmannsretten kan heller ikke se at det gjør seg reelle hensyn gjeldende som taler for byggherrens syn.

Det fremgår av prosessene 25.1, 25.5 og 25.7 spesiell beskrivelse bokstav a) at prosessen – arbeidsoperasjonen entreprenøren får betalt for – omfatter blokk inntil 2 m<sup>3</sup>. Blokker mellom 2 og 10 m<sup>3</sup> ble honorert under prosess 27.2, for demolering av blokker i løsmasse. Entreprenørens krav gjelder blokk under 2 m<sup>3</sup>. Som utgangspunkt er disse blokkene dekket

under de først nevnte prosessene. Lagmannsretten legger videre til grunn at partene var enige om at den terrengmodellen byggherren hadde utarbeidet, skulle legges til grunn – i alle fall har ikke entreprenøren fremmet relevante innsigelser mot innmålingen av terrengoverflaten, jf. også prosess 11.1. I alle fall i den grad blokkene var omfattet av terrengmodellen, er det lagmannsrettens syn at entreprenøren ikke kan kreve særskilt vederlag for blokkene, da de allerede er omfattet av de forannevnte prosessene.

X Anlegg har imidlertid vist til at terrengmodellen ikke hensyntok blokk som lå over terrengoverflaten. Blokkene er i så fall ikke med i det innmålte skjæringsvolum, og derfor heller ikke med i avregningen av masser for øvrig. Dette skal fremgå av notat etter møte mellom byggherre og entreprenør i juni 2020, der partene blant annet diskuterte mengden på 2 000 fm<sup>3</sup> blokk, at byggherren uttrykte at den så at «terrengoverflaten antakelig ikke tar hensyn til blokk over terreng».

Slik lagmannsretten leser dette, erkjenner her byggherren at det terrenget som er innmålt, og som danner grunnlaget for volumberegninger, ikke omfatter blokker som lå helt eller delvis over terreng. Vitnet Surnflødt fra byggherren forklarte riktignok for lagmannsretten at terrengmodellen hensyntok stein og andre formasjoner i overflaten. Det er likevel lagmannsrettens syn at det byggherren ga uttrykk for i møtet i juni 2020, slik nedtegnet skriftlig, gir et riktigere bilde at terrengmodellens omfang. Lagmannsretten finner det ut fra dette sannsynliggjort at entreprenøren ikke har mottatt vederlag for det volum disse blokkene utgjør. Lagmannsretten finner det også sannsynliggjort at det var blokker under 2 m<sup>3</sup> i linjen som skulle graves ut. Lagmannsretten viser til det som fremgår av fotografier og av det lagmannsretten selv kunne se under befaring, at det i terrenget lå et høyt antall større steiner i området. Etter lagmannsrettens syn er det samlet sett sannsynliggjort at det var blokker i det omfang entreprenøren har krevd for. Lagmannsretten er derfor enig med tingretten i at entreprenøren skal ha vederlag for 2 000 m<sup>3</sup> under prosess 25.1.

#### ii) Massedisponering – mellomlagring

Det følger av overordnet prosess 25 generell beskrivelse bokstav a) at det er entreprenørens ansvar å vurdere behov for mellomlagring av masser og inkludere kostnadene for dette i enhetsprisen. Det er ingen særskilt prosess for mellomlagring i kontrakten. Det er derfor opp til entreprenørens driftsopplegg i hvilken grad masser faktisk blir mellomlagret, og entreprenøren må prise inn i enhetsprisene også mellomlagring i det omfang driftsopplegget tilsier. Det er derfor i utgangspunktet ikke rom for særskilte vederlag for mellomlagrede masser.

Det kan imidlertid bli tale om vederlag for mellomlagrede masser dersom det på grunn av forhold byggherren bærer risikoen for, blir nødvendig å mellomlagre masser i et større omfang enn det kontraktsgrunnlaget viste – der merkostnadene for entreprenøren går ut over det som kan anses omfattet av enhetsprisen i kontrakten. Ikke ethvert avvik vil imidlertid medføre krav på vederlag, uten at lagmannsretten finner grunn til å angi grensen

for når vederlagskrav kan være aktuelt. I utgangspunktet vil målereglene fange opp avvik mellom det prosjekterte volum og det faktiske volum. Dersom derimot avviket får slik betydning for entreprenørens driftsopplegg som ikke fanges opp av målereglene, vil tilleggsvederlag kunne være aktuelt.

Lagmannsretten legger til grunn at etter kontrakten skulle det alt vesentligste av fyllingsbehovet dekkes med jordmasser fra linjen. Det var kun et begrenset område der det skulle benyttes stein. Dette fremgår særlig av teknisk avklaring (TA) nr. 004, utarbeidet i juni 2018, det vil si kort tid etter oppstart av arbeidene:

*I henhold til geoteknisk rapport, er det et område mellom profil 300-400 som kan betegnes som bløte. Det er i dette området fyllingen er tenkt bygd opp med steinmasser.*

*Resterende fyllinger bygges opp med jordmasser fra linja som beskrevet i prosess 25.1 Jordmasser i linja.*

Lagmannsretten forstår X Anleggs anførsler slik at det ikke bestrides at dette også var kontraktens regulering, som entreprenøren var klar over da kontrakten ble inngått.

Det er på det rene at entreprenøren likevel benyttet stein i fyllingen i større grad enn det som fremgår av TA 004. Partene er enige om at det ble anvendt 7 542 fm<sup>3</sup> fjellmasser. Mens fylkeskommunen mener dette var kontraktsstridig massedisponering og derfor et valg entreprenøren må bære risikoen for, gjør X Anlegg gjeldende at forutsetningene i kontrakten for masseuttak ikke stemte med de reelle forholdene, og volumene som måtte uttas var vesentlig større enn det som var angitt i kontraktens beskrivelser. Særlig var fjellvolumene større enn det som var angitt i beskrivelsen. Derfor ble det nødvendig med mellomlagring av masser.

Ved vurderingen av dette spørsmålet har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet – lagdommerne Thorp Myhre og Heide, ekstraordinær lagdommer Carlstedt og fagkyndig meddommer Dammen – legger til grunn at det var et vesentlig større uttatt volum fra linjen enn det som var prosjektert – mer enn 50 % større – til sammen ca. 27 000 fm<sup>3</sup>. Flertallet legger videre til grunn at en stor del av denne økningen var økt fjellvolum. Dette skyldtes særlig dypsprenging, som ikke var inntegnet på tegningene. For entreprenøren vil økningen – særlig før volumet endelig er fastslått – kunne skape usikkerhet om det planlagte driftsopplegget var gjennomførbart. Entreprenøren Contexo valgte å bruke fjellmasser i linjen i større grad enn opprinnelig forutsatt. Etter flertallets syn er det økte massevolumet klart et byggherreforhold som kan utløse krav om vederlag.

Etter at TA 004 ble gitt i juni 2018, ble det utarbeidet ny vips i oktober samme år, der det beregnede volumet var mer i samsvar med det reelle – der også endrede fjellmasser på grunn av dypsprengning fremgikk. Flertallet finner det sannsynlig at TA 004 i realiteten ikke fikk innvirkning på prosjektet. Flertallet finner det videre klart at byggherren var orientert om at entreprenøren brukte fjellmasser i linjen. Det fremgår av KOE029 fra september 2019 at tematikken rundt håndtering av jordmasser var tatt opp med byggherren flere ganger. Byggherren betalte i tillegg under prosess 26.1 for stein som var brukt i linjen. Vitnet Surnflødt fra byggherren forklarte dessuten at byggherren så at det ble lagt jordmasser i depot langs linjen. Entreprenørens avdragsnotaer og byggherrens jevnlige oppfølging på anlegget, gjorde slik flertallet ser det, byggherren klar over at entreprenør benyttet steinmasser i veillinjen i større grad enn forutsatt i kontrakten og TA 004. Flertallet ser denne massedisponeringen som klart formålstjenlig både for entreprenøren og for byggherren, både på grunn av betydningen for omfanget av masseflytting og for vegkvaliteten. Flertallet legger videre til grunn at TA 004 senere ikke ble fulgt opp av byggherren, til tross for kunnskapen om entreprenørens massedisponering.

Det følger riktignok av kontraktens kapittel C punkt 23.3 fjerde ledd at betaling av avdrag «innebærer ingen godkjennelse av grunnlaget for vedkommende faktura». Dette innebærer at byggherren senere kan komme med innsigelser både mot fakturaen og grunnlaget for fakturaen, idet det ikke kan kreves at byggherren skal måtte kontrollere alle detaljer før han kan betale en faktura i byggetiden. Da kan det som utgangspunkt heller ikke legges til grunn *ut fra avdragsbetalingene* at partene har hatt en felles forståelse av kontrakten – her bruken av stein i linjen og mellomlagring av jordmasser – eller at byggherren har hatt en særlig oppfordring til å fremme innvendinger dersom han var uenig i entreprenørens forståelse.

Derimot er det flertallets syn at byggherrens samlede opptreden overfor entreprenøren i alle fall ga sterk foranledning for byggherren – med den kunnskapen han satt på – å avklare sitt syn på massedisponeringen og vederlaget knyttet til disponeringen. Det unnlot byggherren å gjøre, til tross for at masseøkningen var et byggherreforhold som klart ville kunne få betydning for entreprenørens drift generelt og massedisponering spesielt. Etter flertallets syn får denne unnlattelsen betydning for hvilket vederlag entreprenøren har krav på: Forutsetningene blant annet TA 004 hvilte på, slo ikke til, dette visste byggherren, og entreprenøren hadde gjennom sine ulike kontaktflater mot byggherren grunn til å bygge på at byggherren aksepterte massedisponeringen og ville honorere deretter.

I KOE029 fremgår dessuten følgende:

*På bakgrunn av ny vips 12000 i oktober 18 endret bruken av jordmasser i linjen seg på prosjektet. De jordmasser som nødvendig ble flyttet i linjen fra august/september 18 og utover, i påvente av byggherrens avgjørelse om å benytte mer sprengt stein linjen, jfr. ny vips, - ble løpende dokumentert, fakturert og betalt på prosess 25.1 da*

*de ble lagret på anlegget. Ikke før ny vips forelå i oktober 18 kunne entreprenør endelig få oversikt over hvilke mengder som skulle kjøres til fyllplass jfr. prosess 25.5.*

*I og med det ikke finnes prosess for jordmasser til lager foreslås det at de mengder fakturert og betalt på 25.1, 10 181 m<sup>3</sup>, står som oppgjør for mellomlager av jordmasser.*

Til dette svarte byggherren:

*Vi imøteser oppsett på massebalanse i prosjektet som tidligere etterspurt før vi kan ta stilling til dette kravet. (...)*

*Vi kan ikke se at vedlagte masserapport viser balansen mellom de ulike massene. Vi imøteser oversikt over total mengde jord og total mengde fjell. Totale mengder jord fratrasket prosesser som benytter jord skal harmonere. Det samme gjelder berg. Imøteser også innmålinger av jord i mellomlager.*

Denne KOE ble fremsatt en god stund etter at entreprenøren hadde begynt å benytte fjellmasser i linjen, og etter at byggherren hadde godkjent fakturering både under prosess 25.1 for jordmasser som faktisk ble lagret på anlegget, og etter prosess 26.1. Selv om byggherren her uttrykkelig ikke tar stilling til kravet, gjelder byggherrens innvending i realiteten oppsettet av massebalansen, ikke hvordan entreprenøren skulle honoreres. At jordmassene som ikke ble brukt i linjen fordi det der ble brukt stein, skulle mellomlagres og honoreres etter prosess 25.1, slik entreprenøren foreslo, var i realiteten akseptert av byggherren gjennom byggherrens samlede konkludente opptreden.

Etter flertallets syn har derfor entreprenøren krav på vederlag for den mellomlagring av jordmasser som det økte fjellvolumet medførte.

Flertallet kan heller ikke se at kravet er frafalt med bindende virkning, slik byggherren har gjort gjeldende. Krav om vederlagsjustering skal varsles, jf. NS 8406 punkt 19.4, og det skal faktureres særskilt, jf. samme sted punkt 23.3. Varselet i KOE 029 er i alle fall tilstrekkelig til å oppfylle kravet i punkt 19.4. Videre ble kravet løpende fakturert i tråd med punkt 23.3, og byggherren har ikke protestert på en slik fakturering. Riktignok fremgår det av bestemmelsens sjette ledd at «endringsarbeider og regningsarbeider etc.» skal faktureres særskilt. Etter flertallets syn må imidlertid det arbeid som massedisponeringen i dette tilfellet medførte, anses som økning av regulerbare mengder, som i utgangspunktet ikke er å anse som en endringsarbeid i denne sammenhengen, og avviket i regulerbare mengder i forhold til kontraktens mengdeangivelse er ikke så stort i dette tilfellet at det kan anses som en endring som utløser krav om særskilt fakturering.

Det er videre flertallets syn at kravet ikke er frafalt på grunn av at det ikke er tatt med i sluttoppgjøret, slik byggherren har gjort gjeldende. Det følger av NS 8406 punkt 25.1 fjerde ledd at krav som ikke er tatt med i sluttoppstillingen, ikke kan fremsettes etter utløpet av fristen for sluttoppstillingen. Flertallet legger imidlertid til grunn at de massene det kreves vederlag for, er medtatt i sluttoppstillingen, som tidligere fakturerte A-nota. At det ikke fremstår som et eget og adskilt krav – og som T-nota – er i denne sammenhengen ikke nødvendig, jf. også bemerkningene foran om de økte mengdene anses som endringsarbeid.

Til slutt bemerker flertallet at det ikke er forhold ved det samlede massebehov i prosjektet som tyder på at de fakturerte mengdene ikke er reelle, eller ikke sannsynliggjorte. Flertallet viser her til at når det er anvendt stein i fylling i forståelse med byggherre, jf. foran, er det riktig – slik X Anlegg har anført – å anvende en omregningsfaktor på 1,4 når det omregnes fra faste til anbrakte m<sup>3</sup>, jf. Håndbok R761 (2015), punkt 7.4.

Flertallet slutter seg til det regnestykke som fremgår av tingrettens dom:

*Etter rettens mening skal oppgjøret på prosess A1.25.1 og A1.25.5 være slik:*

|               |                           |                                              |
|---------------|---------------------------|----------------------------------------------|
| Fyllingsbehov | 11.660,00 fm <sup>3</sup> | 12.782,00 am <sup>3</sup> (faktor 1,1)       |
| Anvendt fjell | 7.542,00 fm <sup>3</sup>  | <u>10.558,00 am<sup>3</sup> (faktor 1,4)</u> |
| Jordmasser    | 2.021,09 fm <sup>3</sup>  | <u>2.223,20 am<sup>3</sup> (faktor 1,1)</u>  |

Prosess A1.25.1

|                                |                                                  |
|--------------------------------|--------------------------------------------------|
| Tilgjengelig jordmasser        | 9.990,00 fm <sup>3</sup>                         |
| Blokk                          | 2.000,00 fm <sup>3</sup>                         |
| Fradrag for byggherrens aksept | <u>5.240,00 fm<sup>3</sup></u>                   |
| Oppgjør A1.25.1                | <u>6.750,00 fm<sup>3</sup> x 45 = kr 303.750</u> |

Prosess A1.25.5

|                                          |                                                      |
|------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| Tilgjengelig jordmasser, inkludert blokk | 11.990,00 fm <sup>3</sup>                            |
| Fradrag for jordmasser til linjen        | 2.021,09 fm <sup>3</sup>                             |
| Fradrag for jordmasser til skråninger    | 777,00 fm <sup>3</sup>                               |
| Fradrag for byggherrens aksept           | <u>4.644,00 fm<sup>3</sup></u>                       |
| Oppgjør prosess A1.25.5                  | <u>4.547,91 fm<sup>3</sup> x 90 = kr. 409.238,91</u> |

I tingrettens regnestykke er det imidlertid en regnefeil, ved at riktig sum skal være 409 311,90.

Mindretallet – fagkyndig meddommer Ilje – har en avvikende oppfatning om grunnlaget for kravet fra X Anlegg når det gjelder mellomlagringen. Kontrakten inneholder prosesser for mellomlagring, og slik lagring er inkludert i enhetsprisene som fremgår i prosessene

25.1 og 25.5. Når det i dette prosjektet ble større mengder, fikk entreprenøren oppgjort i henhold til mengder, der også mellomlagring var inkludert. Det er derfor ikke grunnlag for ytterligere vederlag for de jordmasser som ble mellomlagret.

Mellomlagring er ingen fast sum i kontrakten, hvor endrede forutsetninger på mengder kunne gi krav på tilleggsvederlag. Mellomlagring i denne kontakten er knyttet til enhetsprisen for mengder, slik at ved økte mengder gis det også mer indirekte vederlag for mellomlagring. Entreprenør skal etter mindretallets syn ikke ha kompensert for samme ytelse 2 ganger.

I tråd med flertallets syn legges foranstående regnestykke slik korrigert til grunn for kravet.

### 3.2. Prosess A1 25.7 Myr og andre ubrukbare masser

#### 3.2.1. Bakgrunnen for tvisten

Kontraktsarbeidet besto blant annet i utgraving, opplasting transport, tipping og utlegging av myr og andre ubrukbare masser, jf. prosess 25.7 generell beskrivelse bokstav a) I bokstav c) er det beskrevet hvordan arbeidet skulle utføres:

*Det skal graves til fast grunn under vegkroppen ut til en bredde tilsvarende fyllings-skråning 1:1 under steinfylling og 1:1,25 under jordfylling. Der graving med sideskråning 1:1 kan medføre ukontrollerte glidninger og setninger på nærliggende terreng, skal gravingen utføres umiddelbart foran fyllingstippen.*

Enhetsprisen var 120 kr/m<sup>3</sup>, og massene skulle i henhold til prosess 25.7 generell del bokstav x) beregnes slik:

*Mengden måles som prosjektert fast volum i skjæring. Prosjektert profil regnes med bunnbredde som angitt ovenfor og med sideskråning som angitt i planene. Enhet: m<sup>3</sup>*

X Anlegg har fremsatt krav ut fra en total mengde på 3 401,94 fm<sup>3</sup>, mens fylkeskommunen har akseptert 2 917,43 fm<sup>3</sup>. Differansen på 484,51 fm<sup>3</sup> utgjør en tvistesum på 58 141 kroner. Partene er uenige om hvordan volumet skal beregnes, herunder hvordan måleregelen i bokstav x) skal forstås.

Tingretten tilkjente det beløp X Anlegg hadde krevd.

#### 3.2.2. Partenes påstandsgrunnlag

##### i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Partene er omforente om at 1:1 er korrekt helning for sideskråning som går oppover fra grøften og utover. Partene er videre omforent om at det er fylt med stein i fyllingen. Måleregelen er avgjørende for oppgjøret, ikke byggherrens vips eller tegninger – disse kan

ikke endre måleregelen i beskrivelsen. Profilet som skal legges til grunn for oppgjøret fremgår av tverrprofilene.

X Anleggs beregning lider av flere feil: X Anlegg har benyttet feil helning på fyllingsskråningen (1:1,25), og angitt at tykkelser under 0,2 m skal regnes som 0,20 m.

ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

Contexo har gravd ut og avregnet i henhold til byggherrens vips. Dette var et tegningsbasert prosjekt, og vipsen er å betrakte som en arbeidsinstruks. Entreprenøren kan da kreve oppgjør i henhold til vipsen. Vipsen viser den endelige fyllingsskråning og hvordan den skal utgraves.

Byggherren har endret standpunkt en rekke ganger, og fylkeskommunens standpunkt er uriktig. I realiteten har byggherren omprosjektert. Det er ikke mulig å etablere den endelige fyllingsskråning for veien som er prosjekter på 1:1. Dette forutsetter at det graves ut i myren i forhold til den endelige skråningen. Da får man en skråning som er brattere fra toppen.

3.2.3. *Lagmannsrettens vurdering*

Det er ikke tvilsomt at entreprenøren skulle grave ut med en fyllingsskråning med en helning på 1:1 under steinfylling, jf. prosess 25.7 generell del bokstav c). Det er heller ikke tvilsomt at volumet skal måles i henhold til den sideskråning slik den er angitt i planene, jf. bokstav x).

Lagmannsretten finner det klart at det avgjørende er den helningsgrad kontrakten bestemmer (1:1), og som dessuten fremgår av tverrprofilene av vegen – eksempelvis ved profil 220 – der det utgravde arealet fremgår med rød skravering (utdraget side 4168). Det er ikke behov for ytterligere utgravinger for å etablere den fyllingen som prosess 25.7 beskriver. Lagmannsretten er av det syn at det ikke er umulig å bygge skråningene til kjernefyllingene med en helning på 1:1. Lagmannsretten viser til forklaringene fra Surnflødt og Frøyen fra byggherren, og til Håndbok N200 punkt 231, der en slik helning er beskrevet. At den endelige fyllingsskråning under overbygningen har en slakkere profil fordi stedlige masser legges på, har ikke betydning for selve utgravingen av myr og andre ubrukbare masser i fyllingen.

Etter lagmannsrettens syn er ikke entreprenørens vips i denne sammenheng avgjørende, idet disse ikke endrer måleregelen i kontraktens beskrivelser. Kontrakten er tegningsbasert, og ved eventuelt avvik mellom tegningene og vipsen, er det tegningene som gjelder. Lagmannsretten bemerker dessuten at profilen slik den fremgår på vipsen som er fremlagt av X Anlegg, er entreprenørens egen behandling av vips-data ved hjelp av dataverktøyet Gemini. Byggherrens vips viser profilen på endelig veg, men ikke behovet for utgraving av myr m.m. At entreprenøren eventuelt har misforstått fyllingsskråningen slik beskrevet i

kontrakten, eksempelvis gjennom den databehandling dataene har vært underlagt, er entreprenørens egen risiko.

Lagmannsretten legger videre til grunn at X Anleggs krav i tillegg er basert på at all masse som er under 0,2 m skal regnes som 0,2 m. Dette fremgår blant annet av at entreprenøren har lagt inn som minimumstykkelse 0,2 m i sine beregninger av massevolumene. Dette er det ikke grunnlag for i kontrakten.

Etter lagmannsrettens syn er det derfor ikke grunnlag for X Anleggs krav.

### 3.3. Prosess A1 41 Åpne grøfter

#### *3.3.1. Bakgrunnen for tvisten*

Prosess 41 omfatter etter generell beskrivelse bokstav a) «graving, sprengning, avretting av bunn og sider, eventuell rensk, opplasting, transport og utlegging til mellomlager, fyllplass eller til tipplass langs traseen» av åpne grøfter.

I den spesielle beskrivelsen i prosess 41 bokstav a) heter det videre:

*Omfatter også:*

- at overskuddsmasser tilfaller entreprenør*
- koordinering av arbeidene med grunneiere*
- Gjelder kanal 210 og bekk 1100 samt grøfter fra utløp av stikkrenner.*

Enhetsprisen er i kontrakten angitt å være 100 kr/m.

X Anlegg har satt fram krav om vederlag for i alt 1 539,38 m åpne grøfter langs vegtraseen. Fylkeskommunen har akseptert å betale vederlag for i alt 110 m, fordelt på to grøfter på henholdsvis 30 m ved kanal profil 210 og 80 m for bekk ved profil 1100. Differansen utgjør tvistesummen på 142 938 kroner. Partene er uenige om kontrakten – gjennom den spesielle beskrivelsen bokstav a) avgrenser de åpne grøftene til de nevnte profilene, eller om entreprenøren skal ha vederlag også for grøfter som er etablert andre steder på traseen.

Tingretten tilkjente det beløp X Anlegg hadde krevd.

#### *3.3.2. Partenes påstandsgrunnlag*

##### *i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag*

Det er ikke grunnlag for kravet. Det fremgår klart av kontraktens ordlyd at prosessen kun gjelder kanal -210 og bekk -1100, samt grøfter fra utløp av stikkrenner.

Formuleringen i spesiell beskrivelse bokstav a) – «omfatter også» – utvider arbeidsomfanget i generell beskrivelse, men ikke sted. Formuleringen knytter seg ikke til

teksten i de påfølgende avsnitt. Formuleringen i spesiell beskrivelse bokstav a) – «gjelder» – angir hvilket sted prosessens arbeidsomfang i generell beskrivelse bokstav a), inkludert utvidelsen av arbeidsomfaget i spesiell beskrivelse bokstav a), skal utføres. Denne tolkningen har støtte i prosesskodens system og begrepsbruk, der det er konsekvent bruk av ordene «omfatter også» og «gjelder».

Formålet med at prosess 41 ble inntatt var utelukkende å få utført arbeider med kanal -210 og bekk -1100, samt grøfter fra utløp av stikkrenner. Kontraktens mengde tilsier at det klart ikke var ment at prosessen skulle benyttes langs hele traseen. Entreprenøren fremdriftsplan viser at han hadde lagt til grunn dette begrensede omfanget.

X Anlegg har fått fullt oppgjør for de arbeider som er utført etter prosess 41. Det gjenstår ikke noe arbeidsomfang som innebærer at prosess 41 skal utføres for veigrøften. Veigrøften er en naturlig konsekvens av de øvrige prosessene for veioppbygging. Prosess 41 inneholder ingen krav til fall. Tilstrekkelig fall ivaretas ved korrekt utførelse av andre relevante prosesser.

Subsidiært gjøres gjeldende at X Anlegg ikke har dokumentert at prosess 41 faktisk er utført.

#### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

Entreprenøren har etablert langsgående åpne grøfter, som kom i tillegg til kanalen og bekken. Når det i spesiell beskrivelse bokstav a) uttrykker at dette «omfatter også» kanal 210 og bekk 1100, innebærer det at disse stedene kommer i tillegg til det som er beskrevet, nemlig de langsgående grøftene. En mulig uklarhet på dette punkt går ut over byggherren, som enkelt kunne ha formulert seg klarere. Contexo fakturerte i tråd med sin forståelse.

De to grøftene som er nevnt i prosessens spesielle beskrivelse er oppgjort på annen måte, ved at det er foretatt sprengning.

Det å avrette de langsgående grøftene følger ikke av noen av de andre prosessene i kontrakten. Prosessene gir bare kravene til skråning og ikke helning på grøften. Entreprenørens forståelse tilsvarer beskrivelsen i Håndbok N200, der toleransekravene for skråning er angitt.

Fylkeskommunens innsigelse om at dokumentasjon ikke foreligger, er fremsatt for sent.

#### 3.3.3. Lagmannsrettens vurdering

Twistepunktet reiser spørsmål om hvordan den spesielle beskrivelsen i prosess 41 bokstav a) skal forstås, og om den forståelse byggherren hevder eventuelt er klart nok formulert til at den kan legges til grunn. I denne forbindelsen minner lagmannsretten om at prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende har en særlig styrke i

entrepriseforhold, jf. Høyesteretts dom i Magne Sveen-saken, gjengitt foran. Det er videre anbudssinnbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag, og i tråd med alminnelige prinsipper for kontraktstolking må kontrakten tolkes mot den part som ikke har formulert kontraktens bestemmelser tilstrekkelig klart.

Håndbok R761 (2015) redegjør for oppbygningen av prosesskoden. Det fremgår at bokstav a) spesifiserer omfanget av arbeidsbeskrivelsen i den enkelte prosess. Den generelle beskrivelsens bokstav a) foretar ingen avgrensning av hvilket sted prosessen kommer til anvendelse på. Som utgangspunkt må den da gjelde på det nødvendige arbeidet med åpne grøfter som ikke er dekket av andre prosesser.

Åpne grøfter er omtalt slik i Håndbok N200 Vegbygging (2014) pkt. 411:

*Sidegrøfter omfatter åpne/dype grøfter til drenering av vegkroppen og til bortledning av overvann, samt snølagring, og åpne/grunne grøfter til snølagring og bortledning av overvann der vegkroppen for øvrig dreneres gjennom lukkede grøfter.*

Videre beskriver håndboken utforming og utførelse av grøftene, blant annet med krav til toleranse for graving og sprenging i punkt 415.

Langs kontraktsstrekningens lengde er det etablert åpne grøfter til bortledning av overvann. X Anlegg krever vederlag for disse åpne grøftene. Det er blant annet vist til at arbeidet med disse åpne grøftene ikke er (fullt ut) dekket av andre prosesser, slik at byggherren skal yte vederlag for det arbeid som er utført. Det er gjort gjeldende at tilsvarende synspunkt som i Jæren tingretts dom i sak 18-015268TVI-JARE må anvendes i vår sak. Der kom tingretten til at entreprenøren hadde krav på tilleggsvederlag.

Som bemerket også av Jæren tingrett vil mye av arbeidet som er beskrevet i prosess 41 opplagt inngå i kontraktens øvrige prosesser. Særlig arbeid etter prosessene 25.1, 26.1, 25.45, 51 og 74.4 vil i det minste langt på vei skape de langsgående grøftene. X Anlegg har imidlertid særlig anført at dette ikke skaper den helning i grøftene som er nødvendig. Til dette bemerker lagmannsretten at det ikke følger krav til helning på slike grøfter, men at det i Håndbok N200 fremgår toleransekrav for slike grøfter. Hovedsynspunktet må likevel uansett være at grøftene bidrar til å lede bort overvann. Om det er nødvendig med særskilt arbeid – ut over arbeid etter de nevnte prosessene – vil antakelig kunne variere med terrenget og hvordan det øvrige arbeidet er utført.

Uten nærmere presisering i kontrakten kan det imidlertid være noe tvilsomt om entreprenøren vil ha krav på særskilt vederlag for de åpne grøftene, ut over det som dekkes under andre relevante prosesser. For lagmannsretten er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til hva løsningen ville blitt uten nærmere presisering, idet kontrakten inneholder en slik presisering:

Prosess 41 spesiell beskrivelse bokstav a) angir hva arbeidet etter denne prosessen går ut på. For det første er det beskrevet hva arbeidet «omfatter». Dette handler i tråd med gjengs terminologi i prosesskoden om *arbeidsomfanget* – hva skal utføres. Når uttrykket «omfatter også» benyttes, innebærer dette en utvidelse av arbeidet; i dette tilfellet koordinering av arbeidene med grunneiere og at overskuddsmassene tilfaller entreprenør.

For det andre angir den spesielle beskrivelsen hva prosessen «gjelder». I tråd med gjengs terminologi i prosesskoden dreier ordet «gjelder» seg om *hvilket sted* prosessen kommer til anvendelse på; her «kanal 210 og bekk 1100 samt grøfter fra utløp av stikkrenner». Etter lagmannsrettens syn avgrenser dette på en klar måte hvilke åpne grøfter som honoreres etter prosess 41. Riktignok kunne det vært enda klarere formulert dersom setningen «Gjelder...» hadde stått før setningen «Omfatter også...». Da ville det ikke være tvil om at setningen «Gjelder...» ikke kun vedrørte setningen «Omfatter også...», men hele prosess 41. Like fullt er det klart for lagmannsretten at den spesielle beskrivelsen avgrenser prosess 41 til kun å gjelde kanal 210 og bekk 1100 samt grøfter fra utløp av stikkrenner.

Enhver eventuell uklarhet må uansett være ryddet av veien gjennom mengdeangivelsen i kontrakten. Det var her oppgitt at antatt mengde var 500 m. Dette harmonerer svært dårlig med den forståelse av kontrakten X Anlegg gjør gjeldende, ettersom de åpne grøftene ville måtte blitt mange ganger lengre med en slik forståelse. På den annen side stemmer lengden godt overens med den avgrensning av arbeidet lagmannsretten legger til grunn foran.

Contexo kan neppe heller ha lagt til grunn denne forståelsen under sitt arbeid; i fremdriftsplanen var nettopp 500 m lagt til grunn, og beregnet arbeidstid var fem dager. For øvrig inneholder ikke fremdriftsplanen arbeid med åpne grøfter som særskilt prosess. Dette tyder etter lagmannsrettens syn på at Contexos arbeid med å etablere langsgående grøfter ble utført som en del av øvrige relevante prosesser. At Contexo tidligere eventuelt har fått vederlag etter prosess 41 for åpne langsgående grøfter, tillegger lagmannsretten ingen avgjørende betydning, idet kontraktens regulering her er klar.

Etter lagmannsrettens syn fremgår det klart av kontrakten at prosess 41 kun gjelder de nærmere angitte steder. X Anlegg får derfor ikke medhold i sitt krav.

### 3.4. Prosess A 1 61.1 Oppgrusing og legging av grusdekke

#### 3.4.1. Bakgrunnen for tvisten

Prosess 61.1 omfatter levering, uttak, opplasting, transport, utlegging og komprimering av grusdekke på en tidligere veitrasé som skulle omgjøres til gangsti. Kravet til tykkelse på grusdekket er 10 cm, jf. tegning F001. Grusdekket ble først lagt ut i løs form før det ble komprimert.

Enhetsprisen er 300 kr/m<sup>3</sup>. Det er angitt i generell beskrivelse bokstav x) at mengden skal måles som utført løst volum. Partene er uenige om målerregelen skal forstås slik at entreprenøren skal honoreres for et lag på 10 cm løs grus, slik fylkeskommunen hevder, eller om vederlaget skal beregnes ut fra hvor mange cm løs grus som var nødvendig for å få et komprimert lag grus på 10 cm, slik X Anlegg hevder.

X Anleggs krav er på 10 125 kroner ut over det fylkeskommunen har akseptert. Tingretten tok X Anleggs krav til følge.

#### *3.4.2. Partenes påstandsgrunnlag*

##### *i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag*

Målerregelen er en oppgjørsregel, ikke en angivelse av hva som skal utføres. Målerregelens angivelse er entydig; «utført løst volum». At grusen skal komprimeres endrer ikke målerregelen. Det er ikke grunnlag for slike omregninger som X Anlegg har gjort gjeldende. Mengden måles i løs tilstand før den utlegges i 10 cm løst dekke, som så komprimeres. Tegningen for overbygningen viser grus før komprimering.

##### *ii) X Anleggs påstandsgrunnlag*

Prosesskoden definerer anbragt volum. Det er den tilstanden materialene er i når de er plassert og bearbeidet. Det er enighet om at det er et anbragt volum på 247,86 m<sup>3</sup>. De nødvendige løsmassene som er benyttet for å skape et dekke på 10 cm har et større volum fordi de komprimeres. Ved målingen må de veiledende omregningsfaktorene som er benyttet en rekke andre steder i avregningen benyttes: Først må det deles på 1,1 for å finne fast volum, så multiplisere med 1,25 for å finne fast volum. Dette gir et volum på 281,7 m<sup>3</sup>.

#### *3.4.3. Lagmannsrettens vurdering*

Det er for lagmannsretten åpenbart at tegningen som beskriver overbygningen på gangstien (utdraget side 1446) viser den endelige utforming av gangstien, etter komprimering. Dette innebærer – i motsetning til det fylkeskommunen hevder – at entreprenøren er pålagt å legge et lag med løs grus med en slik tykkelse at det etter komprimering blir 10 cm tykt.

Under slike forutsetninger må målerregelen «utført løst volum» forstås som det volum med løs grus som var nødvendig for å gi et 10 cm tykt lag med komprimert grus. For å finne dette volumet er det nødvendig å ty til alminnelige omregningsfaktorer. Lagmannsretten er enig med X Anlegg i at dette gjøres ved først å dele med en faktor på 1,1 for å finne faste mengder, og så gange med 1,25 for å finne løse mengder. Dette gir et utført løst volum på 281,7 m<sup>3</sup>.

Lagmannsretten tar kravet på 10 125 kroner fra X Anlegg til følge.

#### **4. Krav om endringsordre**

##### **4.1. KOE005 – sprengning, mengdeøkning berg**

###### **4.1.1. *Bakgrunnen for tvisten***

Entreprenøren varslet i krav om endringsordre (KOE) 005 den 19. september 2018 «en betraktelig mengdeøkning på 22.1». Prosessen omfatter sprengning i linjen. Kravet i dag er begrunnet i at mengdene på prosessene 22.1 og 21.42 økte i en slik grad at den gjennomsnittlige pallhøyden ble langt lavere enn det Contexo forutsatte da anbud ble inngitt.

Byggherren har akseptert at økningen hadde priskonsekvenser ved å akseptere en tilleggspris på 30 kr/m<sup>3</sup> på kontraktens enhetspriser, for mengder som oversteg 115 % av kontraktens mengder. Til sammen utgjør dette 189 360 kroner. Entreprenøren har imidlertid gjort gjeldende at dette ikke dekker de økte kostnadene mengdeøkningen medførte.

Tingretten tilkjente 1 161 000 kroner i tillegg til det beløp byggherren har akseptert. Dette danner den øvre ramme for lagmannsrettens eventuelle utmåling.

###### **4.1.2. *Partenes påstandsgrunnlag***

###### **i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag**

Varslet i KOE 005 gjaldt kun mengdeøkning på prosess 22.1, ikke 21.42. Kravet er derfor ikke et krav som følge av mengdeøkning på prosess 21.42, eller et krav som følge av pallhøydeproblematikk. Kravet ble ikke konkretisert i sluttoppgjøret. Begrunnelsen for kravet kom først i sluttoppgjøret, ett år etter KOE 005, og begrunnelsen for det nye kravet kom mye senere. Krav om justering av enhetspris som følge av mengdeøkning for prosess 22.1 etter KOE 005 er ikke opprettholdt.

Fylkeskommunen aksepterte at mengdeøkningen utgjorde en endring i henhold til NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd. Derfor fikk entreprenøren 30 kroner ekstra for mengde ut over kontraktens mengder + 15 %. Byggherren har ikke erkjent at prosess 21.42 er grunnlag for kravet. Aksepten gjelder kun økt volum sprengt stein. Fylkeskommunen har ikke erkjent at krav foreligger.

Det er ikke sannsynliggjort at Contexo vektla teoretisk gjennomsnittlig pallhøyde da selskapet priset prosess 22.1. Enhetsprisen er basert på kjent markedspris.

X Anlegg har heller ikke foretatt en underliggende kalkyle knyttet til prosess 22.1, og har uansett ikke basert den på mengden i prosess 21.42. De fremlagte kalkylegrunnlag viser ingen tegn til det. Dersom det var tilfelle, ville Contexo ha varslet krav langt tidligere – avviket måtte vært klart for Contexo allerede i juni 2018, da 238 % av kontraktens mengder var fakturert. Vips var tilgjengeliggjort kort tid etter kontraktsinngåelse, og den tilsa at anslått mengde i prosess 21.42 ikke var korrekt. Alle de store salvene var ferdig i

august, og avviket måtte i alle fall ha vært kjent for Contexo høsten 2018. Manglende varsel før sluttoppgjøret tilsier at anslått mengde ikke var vektlagt ved prissettingen.

Contexo har sannsynligvis basert seg på markedspris og egne erfaringstall, i tillegg til konkurransegrunnlaget, da de priset arbeidet. Det kan også reises spørsmål om Contexo priset taktisk.

Konkurransegrunnlaget ga klar nok informasjon for å beregne sprengningsarbeidene – blant annet prosess 22.1, C-tegninger, Håndbok N200, U-tegninger og geoteknisk rapport. Konkurransesgrunnlaget lest i sammenheng gir tydelig bilde av at det vil være lave pallhøyder. Contexo var på befaring og kunne se fjell i et lite område, noe som tilsier at ikke synbart fjell innebærer lave pallhøyder. En normalt og forstandig tilbyder kunne danne seg korrekt inntrykk av anlegget.

Subsidiært har Contexo ikke opptrådt som en normalt forstandig tilbyder ved prissettingen. Samtlige andre informasjonskilder tilsa svært lave pallhøyder, og det er ikke anvendelig fremgangsmåte i dette tilfellet å se hen til prosess 21.42. I vår sak er det sprengningsprofiler med varierende høyde over tverrsnittet, og gjennomsnittlig pallhøyde gir ikke god veiledning for kostnadene for sprengning.

Atter subsidiært gjøres det gjeldende at X Anlegg ikke har fremlagt noe dokumentasjon for lagmannsretten for fordyrelsen. Kostnadskurven som er fremlagt, har ingen bevisverdi idet grunnlaget for kurven ikke er fremlagt. Contexos egne erfaringstall tilsier at riktig enhetspris ville vært 58,44 ved pallhøyde på 1,26 m. Kommunens oppgjør på 22.1 overstiger det.

#### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

Det er en sammenheng mellom kostnader og volum. Jo mindre pallhøyden er, jo mindre dekningsbidrag får entreprenøren. Entreprenøren vurderer da volumet fjell og renskeareal. Anbyder må kunne legge til grunn kontraktens mengder ved denne kalkulasjonen – entreprenøren skal ikke etterprosjekttere. Byggherren bærer dermed risikoen for at prosjekteringen er relevant og riktig.

Det er påfallende at det er så mange feil i vegvesenets dokumenter. Vegvesenet visste at det var feil i Magne Sveen-saken, og må derfor ha skjønt at det var viktig å være nøyaktig. Tilsvarende feil er imidlertid begått også på Tonsåsen. Konsekvensen av eget slurv kan ikke veltes over på entreprenøren under henvisning til at «dette må entreprenøren ha forstått». Vår tilfelle er helt likt Magne Sveen-saken.

Det skal mye til for at entreprenøren ikke skal legge byggherrens opplysninger til grunn. Det er dessuten bare faktum man oppdager som skal rapporteres.

Prisingen er tilpasset konkurransesituasjonen, og tilbyderen kan regulere andre enhetspriser for å få balanse. Men når byggherrens svikt medfører økte kostnader, må byggherren finne seg i å betale for de økte kostnadene. Disse er beregnet av X Anlegg til å tilsvare 196 kr/m<sup>3</sup>.

#### *4.1.3. Lagmannsrettens vurdering*

I kontrakten var det oppgitt at mengden på prosess 21.42 (rensk, nøyaktighetsklasse 2), var 715 m<sup>2</sup>. Samtidig var volumet sprengt stein i prosess 22.1 oppgitt til 4 608 m<sup>3</sup>. Dersom det oppgitte volumet sprengt stein deles med det oppgitte arealet for bergrensk/fjellrensk, får man den gjennomsnittlige høyden på pallene som skulle sprenges. Ut fra mengdeopplysningene i konkurransegrunnlaget ville gjennomsnittlig pallhøyde være 6,4 m.

Ut fra bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at det – i alle fall inntil en viss høyde – er mer effektivt å sprengre når pallhøyden er stor. Lavere pallhøyde gir mindre volum pr. sprengning, og dermed må det flere sprengninger til for å sprengre det nødvendige volum. Som fremhevet av Høyesterett i HR-2019-830-A (Magne Sveen) avsnitt 46-47, forteller opplysninger om areal for bergrensk noe om størrelsen på det området hvor man må forvente å sprengre, og at det er en nær indre sammenheng mellom prosessene for bergrensk og sprengning. Derfor er opplysninger i konkurransegrunnlaget om bergrensk også relevant for sprengningsarbeidene. Lagmannsretten legger videre til grunn, slik det fremgår av dommen, at det er en helt vanlig måte blant entreprenører å kalkulere sprengningspriser ut fra oppgitt sprengningsvolum og areal for bergrensk.

Kontraktens mengdeangivelser var imidlertid feil. I stedet for et volum på 4 608 m<sup>3</sup> fjell, var den reelle mengden 11 611 m<sup>3</sup>. Størst avvik var det imidlertid på arealet for bergrensk, ved at det i realiteten var 9 226 m<sup>2</sup>, ikke 715 m<sup>2</sup>, slik kontrakten hadde oppgitt. Den gjennomsnittlige pallhøyden var ut fra disse mengdene på 1,26 m.

Lagmannsretten minner her om uttalelser i HR-2019-830-A (Magne Sveen) avsnitt 33-38 om de rettslige utgangspunkter ved vurderingen. Hovedtrekkene er at byggherren har ansvaret for innholdet i anbudsgrunnlaget, at det er klart og entydig, og at det er grundig gjennomarbeidet også for så vidt gjelder de enkelte utgiftsposter som anbyderne forutsettes å prissette. Det avgjørende her er hvordan en «normalt forstandig tilbyder» oppfatter de beskrivelser som er gitt i kontraktsdokumentene.

Slik lagmannsretten vurderer de bevisene som er fremlagt, finner lagmannsretten det sannsynlig at teoretisk gjennomsnittlig pallhøyde var et svært sentralt element da Contexo utarbeidet sitt anbud. Contexo og dets personell var erfarne i å utarbeide kalkyler på sprengningsarbeid, og som vitnet Brusletto fra Contexo/X Anlegg forklarte, har selskapet god kontroll på hva det vil koste å sprengre ulike pallhøyder. Når det på dette prosjektet fremgikk at det var høye pallhøyder, og fjellet samtidig var konsentrert til et ca. 750 m<sup>2</sup>

stort område ca. ved profil 1 000, ble dette sentralt ved prisingen. Riktignok er Contexos konkrete kalkulasjoner ikke fremlagt, bortsett fra overflatiske kalkyler der grunnlaget ikke fremkommer. Lagmannsretten legger til grunn at det ikke ble utarbeidet noen skriftlige kalkyler ut over dette. Kalkulasjonen Contexo foretok, var basert på langvarige erfaringer fra lignende prosesser. Lagmannsretten kan ikke se at uttalelser fra Frode Skrindsrud, som kalkulerte arbeidet for Contexo, om at sprengningen ikke ble kalkulert noe spesielt ut over at det ble satt inn en kjent markedspris, er uttrykk for noe annet.

Når dette også ses i lys av opplysninger i Magne Sveen-dommen om at beregning av pallhøyder er en helt vanlig måte blant entreprenører å kalkulere sprengningspriser på, jf. foran, er det for lagmannsretten sannsynlig at også Contexo holdt seg til en slik metodikk ved prisingen.

Contexos/X Anleggs håndtering av avviket og kravet som ble fremmet, rokker etter lagmannsrettens syn ikke ved Bruslettos forklaring om hvordan sprengningsarbeidet ble prissatt. Riktignok vil entreprenørens etterfølgende adferd kunne belyse hvordan han har forstått anbudsgrunnlaget og prissatt de ulike prosessene i kontrakten. Det fremgår dessuten blant annet av prosess 11.1 spesiell beskrivelse bokstav a) at entreprenøren skal kontrollere de utleverte terrengdata og varsle uten ugrunnet opphold dersom han oppdager feil i grunnlagsmaterialet. Også opplysninger som tilfløt entreprenøren senere kunne gitt oppfordring om å varsle om feilen. Uriktig pallhøyde som begrunnelse for kravet kom på et sent tidspunkt i prosessen.

Det er samtidig ikke tvil om at Contexo oppdaget relativt tidlig at det oppgitte arealet for bergrensk var feil. Det er uklart for lagmannsretten hvorfor ikke dette ble meldt formelt til byggherren. Et manglende eller sent varsel rokker imidlertid ikke på avgjørende måte ved lagmannsrettens vurdering av at det er sannsynlig at Contexo benyttet den i bransjen gjengse – og akseptable – metode ved prissettingen som er redegjort for foran.

Prissettingen skjedde som nevnt på bakgrunn at Contexos erfaringer og det som kan betegnes som erfaringstall ut fra pallhøyde, ikke på grundige kalkyler der en rekke faktorer ble trukket inn for å skape et nøyaktig prisnivå. Når de mest kjente faktorene er volum og areal, og pallhøyde påvirker prisen, er det – til tross for sen varsling – sannsynlig at dette var Contexos måte å prissette på. Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for å spekulere i om Contexo – med eller uten utgangspunkt i pallhøyden – spekulerte i å gi lav pris på prosess 22.1.

Lagmannsretten kan heller ikke se at Contexos varslinger – selv om de skulle være sent fremsatte – innebærer at risikoen for feil ved mengdene som er oppgitt i kontrakten er overført til entreprenøren. Lagmannsretten viser her til byggherrens ansvar for innholdet i anbudsdokumentene. I dette bildet hører også at uriktige opplysninger om areal for bergrensk ikke har vært en ukjent problemstilling ved veibygging i Innlandet fylke, jf. også Magne Sveen-saken. Det er opplyst at tilsvarende problemstilling har oppstått på et annet

prosjekt Contexo har vært involvert i. Etter lagmannsrettens syn bidrar denne kunnskapen til å understreke ansvarsforholdene ved utarbeidelse av kontraktsgrunnlaget.

Fylkeskommunen har særlig gjort gjeldende at konkurransegrunnlaget for øvrig ga entreprenøren klar nok informasjon for å beregne sprengningsarbeidene. Det er blant annet vist til prosessens beskrivelser, tegninger, Håndbok N200 og geoteknisk rapport. Det vil, slik det også fremgår av Høyesteretts dom i Magne Sveen-saken, kunne være nødvendig å se samtlige dokumenter i sammenheng når innholdet i konkurransegrunnlaget skal fastlegges. Dokumentene det er vist til, fremstår slik sett relevante for entreprenørens prising, og spørsmålet er om konkurransegrunnlaget som helhet ga Contexo – bedømt som alminnelig forstandig tilbyder – klar nok informasjon for å beregne sprengningsarbeidene. Det er på det rene – slik X Anlegg har opplyst saken – at Contexo ikke trakk inn andre opplysninger enn mengdeangivelsene i prosess 21.42 og prosess 22.1 i prissettingen. Spørsmålet er hvilke konsekvenser det får for forståelsen av konkurransegrunnlaget.

Beskrivelsen i prosess 22.1 viste dessuten at det skulle dypsprenges og med skrånende berg. Tverrprofilene og C-tegningene viser lave pallhøyder. Tingretten har beskrevet opplysningene fra C-tegningene i generelle termer slik:

*Tegning C001 og C002 av 30.11.2017 viser lave til ingen pallhøyde gjennomgående i hele linjen. Geoteknisk rapport 06.12.2017 konkretiserer informasjonen i C001 og C002 tegningene slik: I rapporten pkt. 4.2, mellom profil 400 – 530, utales at veien kommer ned i fast berg. I rapporten pkt. 4.5, ved profil 970, uttales at fast berg ligger fra 0 – 0,5 meter under terrenget. I rapporten pkt. 4.6, mellom profil 970 – 1250 og fra 1290, uttales at veilinjen hovedsakelig går gjennom fast fjell. Tegningene U 12000 av 29.11.2017, de så såkalte tverrprofilene, gir informasjon om hvilken pallhøyde entreprenøren kunne forvente for hver tiende meter langs veitraseen. Disse viser lav til ingen pallhøyde gjennomgående i hele linjen.*

Lest i sammenheng kunne det antakelig vært mulig for entreprenøren å se at det i det minste var en viss diskrepans mellom opplysningene som kunne utledes av mengdeangivelsene i prosessene, og øvrige opplysninger. Contexo v/Brusletto var også på befaring på stedet, og denne kunne muligens også gi inntrykk av pallhøyden.

Lagmannsretten er imidlertid av det syn at vår sak ikke skiller seg på avgjørende punkter fra Magne Sveen-saken. I Magne Sveen-dommen uttaler Høyesterett i avsnitt 50 og 51:

*For det andre rokker ikke informasjonen i tverrprofilene ved at det gjennom arealangivelsen i prosess 21.42 faktisk er gitt en uriktig opplysning av relevans for sprengningskalkylene. Som nevnt har byggherren ansvar og risiko for feil i prosjekteringsgrunnlaget, jf. NS 8406:2009 punkt 18.1 og den rettspraksis jeg har vist til. Holdt opp mot denne arealangivelsen skaper avvikende*

*informasjon i tverrprofilene en uklarhet. En slik uklarhet må som nevnt gå ut over Statens vegvesen som byggherre.*

*I denne forbindelse viser jeg også til at beskrivelser i tilfelle motstrid går foran tegninger. Dette er sagt uttrykkelig i NS 8405:2008 punkt 3.2 andre ledd, jf. punkt 3.1. Jeg kan ikke se at NS 8406:2009 har en tilsvarende bestemmelse i punkt 4, men dette må anses som et alminnelig prinsipp som får anvendelse også under denne standarden, se Arvesen med flere, NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer, 2. utgave, 2014, på side 70.*

Også i vår sak har byggherren med sin arealangivelse skapt en uklarhet som han selv må bære risikoen for. Noe annet ville innebære at entreprenøren måtte velge hvilken av byggherrens opplysninger om pallhøyden som var riktig og prise ut fra det. Entreprenøren ville da løpe risikoen å bygge på for lave pallhøyder og derigjennom gi for høy pris for sprengningsarbeidene, noe som i alle fall teoretisk ville kunne medføre at han gikk glipp av anbudet. Etter lagmannsrettens syn har Contexo opptrådt som en alminnelig forstandig tilbyder når selskapet bygde på mengdeangivelsene i de relevante prosesser i kontrakten, og som konsekvens av angivelsene, pallhøyden.

Entreprenøren har krav på justering av vederlaget dersom svikt ved byggherrens leveranser gir ham økte kostnader. Det er ikke tvilsomt at vederlaget skal justeres i den grad kostnadene for entreprenøren ble høyere som følge av byggherrens feil.

Etter lagmannsrettens syn er det sannsynlig at den langt lavere pallhøyden enn entreprenøren kunne utlede av mengdeangivelsene, har medført høyere kostnader enn det Contexo hadde lagt inn i sin prissetting, jf. også lagmannsrettens bemerkninger foran. Hvor mye større kostnadene er, kan være vanskelig å kvantifisere. Flere kostandsfaktorer kommer inn, blant annet at det kreves mange flere borehull med tilhørende flyttinger av boreriggene, langt mer arbeid med lading og større arealer for dekking.

X Anlegg har lagt frem kostkalkyle ved sprengning ut fra ulike pallhøyder utarbeidet av Steinar Roald, i tillegg til X Anleggs egne etterkalkyler. Selv om grunnlagene for kalkylene ikke fremgår, er det lagmannsrettens syn at kalkylene på et generelt plan gir uttrykk for de kostnadsdifferanser som oppstår ved ulike pallhøyder. Blant annet er det sannsynlig at utslagene vil være særlig store ved lave pallhøyder, mens prisnivået vil flate ut dess høyere pallhøydene er, slik at det der ikke er store prisdifferanser.

Fylkeskommunen har på sin side fremlagt priser fra Contexos andre anbud der pallhøyden og prisen under prosess 22.1 fremgår. Ut fra denne ville – uttrykt som trendlinjetangent – prisen på prosess 22.1 vært på 58,44 kr/m<sup>3</sup>. Prisen byggherren allerede har akseptert overstiger dette.

Lagmannsrettens vurdering av hvilke merkostnader som eventuelt sannsynligvis er påløpt, blir ut fra dette utpreget skjønnsmessig. Lagmannsretten bemerker for sin del at i denne sammenheng fremstår den faktiske gjennomsnittlige pallhøyden på 1,26 m som en svært lav pallhøyde, der sprengningsprisen vil være vesentlig høyere pr. m<sup>3</sup> enn ved den pallhøyden som kunne utledes av mengdeangivelsene på prosessene på 6,4 m. Som nevnt er kostkalkylene som X Anlegg har fremlagt et godt generelt uttrykk for det. Disse gir også uttrykk for det relevante ved lagmannsrettens vurdering: Hvilke merkostnader som påløper. Fylkeskommunens beregninger er på sin side kun uttrykk for hvilken pris Contexo har krevd i andre prosjekter – hvor det også kan vært innebygget pristilpasninger til kontraktens øvrige prosesser.

Enhetsprisen i kontrakten var 55 kr/m<sup>3</sup> under prosess 22.1. I tillegg har som nevnt entreprenøren fått et tillegg på 30 kr/m<sup>3</sup> for det volum som oversteg 115 % av kontraktssummen. Dette gir en gjennomsnittlig pris på 71,30 kr/m<sup>3</sup>. Tingretten tilkjente 100 kr/m<sup>3</sup> til dekning av merkostnadene, ut over det byggherren har ytt av vederlag.

Lagmannsretten finner tingrettens skjønnsmessige fastsettelse av et tilleggsvederlag på 100 kr/m<sup>3</sup> ut over det byggherren har akseptert, passende. Dette vil gi et samlet vederlag på 171,30 kr/m<sup>3</sup>. Med et volum på 11 611 m<sup>3</sup> innebærer det et tilleggsvederlag på 1 161 100 kr.

#### 4.2. KOE008 – endrede forutsetninger for reis

##### *4.2.1. Bakgrunnen for tvisten*

Et av hovedarbeidene i prosjektet var oppføringen av Hellefossbrue, som er en limtrebro, over elva Etna. For å oppføre broen måtte det etableres understøttelse med reis tvers over elveløpet, inntil broen var selvbærende. Broen var beskrevet med tegning i kontrakten.

X Anlegg har fremmet krav om dekning av merkostnader knyttet til etableringen av reis. Kravet er grunnet i at det ut fra kontraktsgrunnlaget kunne utledes at entreprenøren kunne etablere reis direkte på bakken, på tvers av hele elveløpet, med steinfyllinger, der i alt fire rør med diameter på 80 cm i fyllingene skulle sikre vanngjennomstrømmingen. En slik reis ville også sikre avsetning på steinmasser og passasje for anleggstrafikk over elveløpet. I stedet måtte det etableres delvis frittstående reis, som var fordyrende og som forstyrret driften, slik at Contexo måtte forsere.

Fylkeskommunen har motsatt seg kravet under henvisning til at kontraktsgrunnlaget ga klart nok begrensninger på reisen, slik at entreprenøren ikke kunne basere seg på reis direkte fra bakken.

Tingretten tilkjente 1 000 000 kroner for merkostnaden. X Anleggs krav var opprinnelig høyere, men idet den avledede anken er avvist, danner tingrettens utmåling den øvre ramme for kravet for lagmannsretten.

Kravet knyttet til forstyrrelser på driften og kostnader til forsering knyttet til broreisen behandles under punkt 4.3. nedenfor.

#### 4.2.2. *Partenes påstandsgrunnlag*

##### i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Det foreligger ingen svikt ved byggherrens konkurransegrunnlag. Det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget hvilke begrensninger som entreprenøren måtte hensynta. X Anlegg bærer ansvar for valg av reis og prosjekteringen av denne. Det var ikke adgang i henhold til kontrakten å ha reis direkte fra bakken på fylling i hele elva.

Det var Contexos kontraktsforpliktelse å velge type reis og prosjektere denne i henhold til kontraktens krav. Den prosjekterende bærer risikoen for at prosjekteringen er gjennomførbar og i tråd med kontrakten. Contexo måtte blant annet vurdert om de opplistede typene reis kunne anvendes innenfor de begrensninger som kan utledes av kontrakten. Konkurransegrunnlaget inneholdt flere steder begrensninger på inngrep i elva; blant annet skulle tilstrekkelig vanngjennomstrømning sikres, og rør skulle legges for å øke kapasiteten i tverrsnittet. Det var lagt til grunn krav om 10 års returperiode, som også fremgår av orienterende vannlinjebergening, noe som innvirker på kravene til vanngjennomstrømningen. Etna er et vernet vassdrag, og opprinnelig elvebunn skulle i minst mulig grad forstyrres. Entreprenøren var forpliktet til å velge det alternativet som innebar minst mulig forstyrrelse.

To fyllinger med åpning på midten må derfor velges. Byggherrens forslag til fylling i elva tilsvarte den Contexo til slutt valgte. Det er klart at fire rør med 1000 mm diameter ikke ville være tilstrekkelig for å håndtere en tiårsflom, noe en normalt forstandig tilbyder ville forstått. Contexos reis måtte ikke endres på grunn av krav fra NVE, og ny godkjenning fra NVE ble ikke aktuelt.

Subsidiært var det uansett ikke gjennomførbart å fylle igjen hele elveløpet. Dette ville medføre fare for iskjøving. Atter subsidiært har X Anlegg ikke dokumentert eller sannsynliggjort merkostnader. Tilbudet var beregnet som rund sum, og kalkyle er ikke fremlagt. Det er ikke fremlagt noen dokumentasjon på hva den valgte løsning faktisk kostet.

##### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

Byggherren prøver med sitt standpunkt å overføre risiko for noe som i utgangspunktet er hans risiko, nemlig å prosjektere anlegget. Byggherren skulle ha prosjektert reis på grunnlag av blant annet vannføring i elva. Dette skal beskrives entydig.

Kontrakten beskriver ulike typer reis, og ett av dem er bærende stillas reist direkte fra bakken. Dette forutsetter gjenfylling av elva. Dette er en generell beskrivelse som

forutsetter at entreprenøren skal prosjektere reisen. Det er opplyst i konkurransegrunnlaget at det er angitt i prosessens spesielle beskrivelser hvilke typer stillas og avstivninger som er forutsatt. Det må forutsettes at byggherren har vurdert det slik at alle typene kunne anvendes. Byggherren har ikke angitt hvilke av disse typene reis som var aktuelle. Dette innebærer at alle typene kan velges. Kontrakten bestemmer også at dersom entreprenøren velger annen type reis enn de som er beskrevet i kontrakten, skal dette avtales med byggherren.

Kontrakten beskriver også krav til vanngjennomstrømning med fire rør med 1000 mm diameter, jf. reguleringsbestemmelsene. Dette innebærer at man må hensynta vanngjennomstrømningen ved å etablere disse fire rørene. Det kan ikke forutsettes at entreprenøren kan lese hva som er konsekvensen av det som står i den orienterende vannlinjeberegningen. I så fall kunne byggherren klart ha uttrykt dette. Underlaget skal være entydig i sine beskrivelser, og dersom tegning og andre opplysninger om fire rør ikke tilsa at hele tverrsnittet kunne fylles, måtte dette ha vært opplyst av byggherren.

Merkostnadene overstiger 1 mill. kr som tingretten tilkjente. Kostnadene vises gjennom tilbud som er fremlagt, i tillegg til reskontro.

#### *4.2.3. Lagmannsrettens vurdering*

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at kontrakten forutsetter at ansvaret for prosjektering av reis påhviler entreprenøren. Dette fremkommer i prosess 84.11 bokstav a) – stillas og avstivninger. I den generelle beskrivelsen het det:

*Det er angitt i den spesielle beskrivelsen hvilke typer stillas og avstivninger som er forutsatt i forbindelse med prosjekteringen. Typene deles inn i følgende*

- bærende stillas reist direkte fra bakken for bruoverbygning eller for dragere, rigler, utkragere og lignende*
- frittstående stillas for bruoverbygning eller for dragere, rigler, utkragere og lignende*
- fritt frambyggvogner*
- avstivende stillasoppbygg for vertikale og skrå konstruksjonsdeler (pilarer, søyler, tårn og lignende)*
- avstiving av byggverket i byggetida*
- midlertidige understøttelser, hjelpesøyler (...)*

*Dersom entreprenøren ønsker å benytte annen type stillas enn forutsatt, for eksempel frittstående stillas istedenfor stillas reist fra bakken, skal dette avtales med byggherren. Nødvendig omprosjektering, nye overhøyder og lignende skal tas hensyn til.*

I den spesielle beskrivelsen bokstav a) het det videre:

*Omfatter også prosjektering av stillas for bruplate med kantdragere, utkraget del av brudekke med vinger, nødvendige åpninger, innmålinger og geotekniske undersøkelser, samt valg av type stillas med alle nødvendige avstivninger for sikker utførelse.*

*Omfatter også hensyn til vanngjennomstrømning ved fylling i elva, 4 stk ø 1000 rør ref. reguleringsbestemmelsene.*

Ut fra dette er det ikke tvil om at det var entreprenøren som skulle velge type reis og prosjektere denne. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for X Anleggs anførsel om at entreprenøren kunne legge til grunn at alle de typer reis som kontrakten nevner, var anvendelige. Kontrakten må forstås slik at de reistyper som var opplistet i kontrakten, dannet rammene for hvilke reistyper som kunne anvendes, og dersom entreprenøren ønsket å gå utenfor disse rammene, skulle dette avtales med byggherren. Blant de seks opplistede reistypene var det enkelte som helt opplagt ikke var anvendelige på prosjektet, som såkalte fritt frambyggvogner. Lagmannsretten oppfatter det slik at også X Anlegg erkjenner at listen med reistyper inneholdt klart uanvendelig reis. Slik lagmannsretten forstår kontrakten – i lys av entreprenørens prosjekteringsansvar – var det opp til entreprenøren å velge den reistype som kunne gjennomføres under de forutsetninger og betingelser prosjektet satte. Dette krever at entreprenøren foretar en selvstendig vurdering av gjennomførbarheten av å velge eksempelvis bærende reis direkte fra bakken.

I kontraktens generelle beskrivelse heter det at «det er angitt i den spesielle beskrivelsen hvilke typer stillas som er forutsatt i forbindelse med prosjekteringen», men det er ingen slik angivelse i den spesielle beskrivelsen. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det får betydning for forståelsen av kontrakten at det i den spesielle beskrivelsen ikke er angitt nærmere hvilken stillastype som er forutsatt. Det fremgår som foran nevnt at prosess 84.11 omfatter også «valg av stillas med alle nødvendige avstivninger for sikker utførelse». Ansvar for valget var dermed klart nok plassert hos entreprenør.

Så er spørsmålet om det i kontrakten lå opplysninger som ga entreprenøren tilstrekkelig grunnlag til å treffe dette valget. Lagmannsretten minner her om byggherrens ansvar for å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag, og om at det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.

Særlig viktig i prosjektet Hellefossbrue var hensynet til vanngjennomstrømning og til det ytre miljø.

I kontraktens del A3 – orientering om prosjektet – var det inntatt en orienterende vannlinjeberegning som byggherren hadde fått utarbeidet i 2016. Det ble uttrykkelig opplyst at vannlinjeberegningen var orienterende, og at entreprenøren er ansvarlig for å

gjøre egen vannlinjeberegning. Etter lagmannsrettens syn styrker dette ytterligere det ansvar entreprenøren har for prosjektering av reis – herunder valg av reistype.

Vedlagt utredningen var et forslag til elvefylling i byggetiden, basert på at broen ble bygd med to pillarer i elveløpet. Dette var i utredningen oppgitt som ett av to alternativer, hvor det andre alternativet var en bro med fritt spenn (ettspennsbro). Med en bro med to pillarer skulle det fylles to fyllinger på hver side av elven med to rør i hver fylling, i tillegg til en åpning på 25 m i midten.

Det ble imidlertid tidlig klart at det av miljøhensyn ikke var aktuelt å bygge broen med pillarer, men at den måtte bygges som en ettspennsbro. Dette fremgikk blant annet av reguleringsbestemmelsene, som det henvises til i den spesielle beskrivelsen. Kontraktens tegninger viste også en ettspennsbro. Slik lagmannsretten ser det, må en normalt forstandig tilbyder ha forstått at beskrivelsen i den orienterende vannlinjeberegningen om fyllinger på hver side av elva, ikke lenger var relevant. Entreprenøren måtte derfor prosjektere reis på selvstendig grunnlag ut fra at det skulle bygges en ettspennsbro. Lagmannsretten kan i motsetning til tingrettens flertall ikke legge til grunn at beskrivelsen av reisen i den orienterende vannlinjeberegningen på noen måte må anses som en anbefaling om utførelsen av reisen.

Det fremgikk videre i reguleringsbestemmelsene at vanngjennomstrømningen måtte hensyntas:

*Det skal sikres tilstrekkelig vanngjennomstrømning gjennom midlertidig fylling i Etna for å fordele vannstrømmen nedstrøms anlegget. Det skal derfor legges inn rør i fyllingene for å øke kapasiteten i tverrsnittet. Det anbefales å benytte 4 rør med diameter 800 mm, og at alle fyllingssider mot vann må erosjonssikres med stein med d50 på minst 300 mm, lagt i forband.*

I den orienterende vannlinjeberegningen som var vedlagt kontrakten, fremgikk at den dimensjonerende vannmengden var på 271 m<sup>3</sup>/s – beregnet som 200 årsflom. Under byggingen skulle det legges til grunn anslag for 10 års returperiode på 175 m<sup>3</sup>/s, noe som også kunne leses av den orienterende vannlinjeberegningen.

Med disse vannmengdene er det for lagmannsretten nokså åpenbart at fire rør med 800 eller 1000 mm diameter ikke ville være tilstrekkelig for å ta unna den vannmengden som var forutsatt under byggearbeidet. Dette er blant annet synliggjort i de beregninger Contexo etter hvert fikk utarbeidet i september 2018. Det heter her at

*ett flöde som uppträder 0,5% av tiden behövs 19 st rör för att undvika att den kritiska vattenhastigheten inte överskrids. Ett flöde som uppträder 0,5% av tiden är betydligt mindre än Qdim. Slutsatsen är att en lösning med helt fylld broläge och rör inte kan*

*klara Qdim. Det stora antal rör som det är fysiskt möjligt att lägga räcker inte för att klara den kritiska vattenhastigheten.*

Med andre ord var selv ikke 19 rør tilstrekkelig. Den samlede diameter åpningen Contexo la til grunn på 4 m, der resten av elvas tverrsnitt var fylt igjen, går langt utenfor det som kan regnes som faglig forsvarlig. Etter lagmannsrettens syn tilsier allerede vannmengdene at Contexo ikke kunne legge til grunn at det kunne etableres steinfylling med rør i hele elvas bredde. Hvorvidt Contexo kjente til NVEs vedtak om fyllingen blir i denne sammenhengen uten betydning, idet opplysningene i kontrakten ikke kunne tilsi en annen vurdering.

På tilbudskonferanse 7. februar 2018 (som Contexo riktignok ikke deltok på), ble det blant annet opplyst:

- *Entreprenør skal gjøre egne vurderinger når det gjelder:*
  - *vannforholdenes betydning for arbeidene.*
  - *vurdering av tidspunkt for utførelse av arbeider i Etna*
  - *utførelsesmetoder og evt. fyllingsarbeider, slik at dette ikke fører til ytterligere oppstuvninger i elva, skade på anlegget eller på 3. part.*
- *Entreprenør må selv vurdere risiko mhp. evt. isgang i elva.*

Her ble det med andre ord ytterligere presisert hva prosjekteringsansvaret for reis innebar, og enkelte risikofaktorer som måtte hensyntas, ble fremhevet. Ikke bare vannmengdene i seg selv, men også blant annet isgang er en åpenbar risikofaktor ved arbeid i elv på vinterstid. Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at en normalt forstandig tilbyder vil forstå ut fra dette – og selv uten denne påminningen på tilbudskonferansen – at entreprenørens selvstendige valg av reis vil måtte basere seg på en lang rekke faktorer som vil kunne avgrense hvilke typer reis som er aktuelle.

Hensynet til det ytre miljø skulle også ivaretas. I kontraktens del C2 Spesielle kontraktsbestemmelser punkt 32 fremgikk krav til ytre miljø. Blant annet sto følgende i punkt 32.3 om elva Etna:

*Etna er et verna vassdrag. Det betyr at det ikke skal gjøres inngrep i elvestrengen eller i terreng i nærheten som kan påvirke elva. Det er gitt tillatelse til arbeid i elv i en vintersesong for å kunne få bygd bru. Det skal ikke arbeides i elva i perioden 15. april til 25. juni.*

*Fyllingene skal bygges av dagsprengt stein (ikke tunnelmasser) av ikke nåledannende bergarter og med lite finstoff. Steinen skal være vasket. All stein skal legges ut i elva med gravemaskin. Det skal ikke tømmes fra lastebil. Tilsvarende skal stein fjernes skånsomt. Opprinnelig elvebunn skal i minst mulig grad forstyrres.*

At opprinnelig elvebunn i minst mulig grad skulle forstyrres, fremgikk også av broens prosess 26.49 Steinplastring av elveforbygning. Av broens prosess 81 fremgikk dessuten at utgravinger utføres slik at bunnen ikke omrøres.

Også disse forholdene tilsier at det ikke etableres fylling i hele elvas bredde. Idet minste måtte entreprenøren velge reis som oppfylte kravet om at den opprinnelige elvebunnen i minst mulig grad skulle forstyrres. Dette kunne bare oppnås ved at det ble etablert frittstående reis. Det var likevel adgang til en viss fylling «for å øke kapasiteten i tverrsnittet», med en anbefaling om å benytte fire rør. Dette forutsetter imidlertid at det for øvrig er kapasitet i tverrsnittet. Det ville det ikke være med kun fire rør og ellers fylling i hele tverrsnittet.

Det følger av dette at prosjekteringsansvaret for reis var lagt på entreprenøren, og en normalt forstandig tilbyder ville forstå ut fra konkurransegrunnlaget at det ikke var mulig å etablere fylling i hele elvas bredde, men at det var nødvendig med delvis frittstående reis.

Lagmannsretten kan derfor ikke se at det er feil ved byggherrens leveranse. X Anlegg gis ikke medhold i kravet.

#### 4.3. KOE016 – forsering

X Anlegg har krevd dekket forseringskostnader som påløp på grunn av byggherrens manglende leveranse når det gjelder reis. Det er gjort gjeldende at entreprenøren måtte forsere arbeidet fordi reisen måtte omprosjekteres på grunn av byggherreforhold.

Det er enighet mellom partene om at det ikke er grunnlag for forseringskravet dersom kravet etter KOE009 ikke fører fram. Med lagmannsrettens konklusjon foran om dette kravet, gis X Anlegg ikke medhold.

### **5. LPS og volumrigg m.m.**

#### 5.1. Lønns- og prisstigning

##### *5.1.1. Bakgrunnen for tvisten*

Kontraktens kapittel C punkt 25.2 gir rett til tillegg til eller fradrag fra kontraktens priser, når det inntreffer endringer i prisnivå etter tilbudsfristens utløp. Partene er uenige om grunnlaget for beregningen av denne justeringen for lønns- og prisstigning (LPS).

X Anlegg krevde for tingretten 1 675 007 kroner, mens fylkeskommunen aksepterte 1 232 498 kroner. Av det omtvistede beløp på 442 509 kroner tilkjente tingretten 289 599 kroner.

For lagmannsretten har fylkeskommunen anført at kravet på LPS er på 1 179 123 kroner, det vil si mindre enn det X Anlegg allerede har fått utbetalt.

### 5.1.2. *Partenes påstandsgrunnlag*

#### i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Tingretten har basert sin utregning på feil domsresultat, og den la til grunn et tilkjent beløp som ikke er basert på kontraktens prisgrunnlag. Tingretten tilkjente ytterligere beløp for LPS uten å ta hensyn til utregninger av LPS for øvrige krav.

Det er ikke grunnlag for de krav som X Anlegg har fremmet i anken. Beregningen skal foretas på kontraktens prisgrunnlag. Det er uansett ikke grunnlag for å medta krav som ikke er basert på kontraktens prisgrunnlag. Dette gjelder KOE005, KOE008, KOE016 og kategorien «aksepterte, ikke utbetalte» krav.

Fylkeskommunens beregning av LPS tar utgangspunkt i a-notakrav på 43 815 214 kroner, som gir et endringsbeløp på 1 175 079 kroner. Summen av t-notaer på 204 963 kroner gir et endringsbeløp på 4 044 kroner. Dette er uansett høyere enn det X Anlegg har fått betalt.

X Anleggs beregning er ikke riktig. De underliggende verdier er ikke dokumentert. A-notaer og t-notaer er gitt for høye verdier. Det er også benyttet feil indekstall for 3. kvartal 2019.

#### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

X Anlegg aksepterer fylkeskommunens beregning så langt den legger til grunn det fylkeskommunen aksepterer som oppgjør. X Anlegg har krav på alt selskapet får ut over det fylkeskommunen har akseptert som avregning av kontraktens prosesser med faktor 0,035566094.

Alle tilleggsfakturaene gir grunnlag for LPS, også KOE005 og KOE008. For KOE011 er det krysset for justerte enhetspriser, og i KOE016 er kontraktens enhetspriser anvendt.

### 5.1.3. *Lagmannsrettens vurdering*

Kontraktens kapittel C2 punkt 25.2 regulerer beregningen av lønns- og prisstigning (LPS). slik:

*Endringsbeløpet for avregningsperioden beregnes etter formelen:*

$$e = A \times ( T / T0 - 1 )$$

*A = Summen av avdragsnotaer for avregningskvartalet basert på kontraktens priser (eksklusive merverdiavgift) og uten fradrag for eventuelt lån eller forskudd og innestående beløp.*

*I verdien for A inkluderes også tilleggsnotaer for utført arbeid basert*

*på kontraktens prisgrunnlag. Eventuell kontraktsmessig justering av rigggkostnader (generalomkostninger) på grunn av mengdejustering tas ikke med i verdi for A.*

*T0 = Indekstallet for det kvartalet tilbudsfristens utløp faller i.*

*T = Indekstallet for avregningskvartalet.*

*For vegarbeider inkludert eventuelle bru- og tunnelarbeider:*

*Verdi av T og T0 beregnes ut fra Statistisk Sentralbyrås "Byggekostnadsindeks for veganlegg, Veganlegg, i alt".*

Lagmannsretten legger til grunn at X Anlegg aksepterer fylkeskommunens beregning av LPS så langt den bygger på krav fylkeskommunen aksepterer. Dette gir følgende regulering:

Byggherren har godkjent etter kontrakt med tillegg: 43 815 214  

---

204 963

Dette gir en regulering av LPS på 1 179 123 kroner.

Med de resultater lagmannsretten har kommet til foran, ser reguleringen av LPS for øvrige krav slik ut:

|              |                  |
|--------------|------------------|
| Prosess 25.1 | 303 750          |
| Prosess 25.5 | 409 312          |
| Prosess 25.7 | 0                |
| Prosess 41   | 0                |
| Prosess 61.1 | 10 125           |
| KOE005       | 1 161 100        |
| KOE 008      | 0                |
| KOE 016      | 0                |
| <u>Sum</u>   | <u>1 884 286</u> |

Lagmannsretten bemerker at vederlaget etter prosess 25.1, 25.5 og 61.1 er beregnet etter kontraktens enhetspriser og skal derfor utvilsomt medtas som grunnlag for LPS. KOE005 er ikke basert på de enhetsprisene som fremgår av kontrakten, men er gitt som tillegg til enhetsprisene i medhold av kontraktens bestemmelser om justering av enhetsprisene. Dette skal derfor etter lagmannsrettens syn også inngå i reguleringen for LPS, idet vederlaget er basert på kontraktens priser, slik lagmannsretten har fastsatt dem.

Partene er omforent om faktoren beregningen skal skje etter – 0,035566094. Denne faktoren gir et tillegg på 67 017 kroner for LPS.

Til sammen utgjør reguleringen for LPS 1 246 140 kroner. Dette beløpet er marginalt høyere enn det byggherren har betalt – 1 232 498 kroner. Det gjenstår derfor 13 642 kroner til utbetaling under LPS.

## 5.2. Volumrigg

### 5.2.1. *Bakgrunnen for tvisten*

Kontraktens del C punkt 28 bestemmer at dersom sluttoppgjøret, etter fradrag for arbeider som ikke er utført på kontraktens prisgrunnlag, viser en økning på mer enn 10 % av kontraktssummen, reguleres kontrakten som følge av økte generelle omkostninger (volumrigg). Entreprenørens generelle omkostninger tillegges i så fall 10 % av utført arbeid over 10 % av kontraktssummen.

Partene er uenige om regningsarbeider skal anses som basert på «kontraktens prisgrunnlag», og derfor utløser krav på volumrigg. Tingretten kom til at X Anlegg hadde krav på 616 560 kroner i volumrigg.

### 5.2.2. *Partenes påstandsgrunnlag*

#### i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Det er ikke grunnlag for X Anleggs krav om volumrigg. Terskelen for riggregulering er ikke overskredet. Det er ikke utført arbeider som skal medtas i beregningsgrunnlaget for mer enn 10 % av kontraktssummen – det vil si 4 162 925 kroner. Det er kun arbeider som er basert på kontraktens prisgrunnlag som skal medtas. Endringsarbeider gjort opp som regningsarbeider skal ikke medtas i beregningen. Det er kun utført tilleggsarbeider til kontraktens prisgrunnlag for 204 963 kroner.

X Anleggs beregning er ikke korrekt. De underliggende verdier for sluttsum for utført arbeid er ikke dokumentert, og det er tatt med arbeider som ikke er utført på kontraktens prisgrunnlag.

#### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

De samme postene som under LPS vil være grunnlag for regulering av volumrigg. Det er ikke riktig at rigg er med i grunnlaget for timeprisene. Formuleringene i kontraktens del B om timepris bestemmer at de skal inkludere «alle entreprenørens utgifter samt påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste». Rigg er ikke å anse som indirekte kostnader. Dette henger sammen med at riggarbeider på langt nær alltid er knyttet til avregning av arbeider som skal avregnes etter timepriser.

### 5.2.3. *Lagmannsrettens vurdering*

Volumrigg beregnes i henhold til kontraktens del C punkt 28 slik:

$$V = 0,1 (S - 1,1K)$$

der:

$V$  = Vederlag for økte generelle omkostninger (kr)

$S$  = Sluttsum for utført arbeid (kr). Her medtas kun utførte arbeider basert på kontraktens prisgrunnlag, herunder regningsarbeider basert på kontraktens prisgrunnlag.

$K$  = Kontraktssum (kr)

Twistepunktet reiser spørsmål om regningsarbeider skal anses som basert på «kontraktens prisgrunnlag», og derfor skal medtas i beregningen av volumrigg. Det følger av kontraktens del C punkt 27 tredje ledd at «[t]imeprisene for mannskap og maskiner (se kapittel E4) skal inkludere alle entreprenørens utgifter samt påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste. Hver enkelt timesats for mannskap og maskiner skal gjenspeile de faktiske kostnadene for hver etterspurt timesats.» Dette fremgår også av kontraktens del B2 punkt 7 og del C2 punkt 20.

Kontrakten synes med dette å skille seg noe fra formuleringer i kontrakten i LB-2009-189816. Der ble det uttrykkelig bestemt at «kostnader til arbeid for stedlig administrasjon, vanlig håndverktøy og alle andre riggkostnader» skal være inkludert i timeprisen. Da var det ifølge Borgarting lagmannsrett ikke rom for dekning av ytterligere riggkostnader i tillegg. Kontrakten i vår sak er ikke like klar.

Etter lagmannsrettens syn kan det likevel ikke legges til grunn en annen forståelse av kontrakten i vår sak, enn at blant de «indirekte kostnadene» inngår også riggkostnader. Dette er kostnader som typisk – om ikke alltid – påløper ved regningsarbeid, og som entreprenøren må hensynta i prisingen. I alle fall er entreprenøren nærmest til å klargjøre om tilbudet innbefatter regningsarbeid. Lagmannsretten ser dette på samme måte som i LA-2017-194079, der Agder lagmannsrett uttaler om reguleringen i den der aktuelle kontrakten:

*Entreprenørens tilbud om tillegg etter punkt 28.5 skal etter bestemmelsens ordlyd omfatte merkostnaden ved økning av arbeidsomfanget, det vil si at det skal omfatte økte riggkostnader. Med mindre det går klart frem av tilbudet at tillegget ikke omfatter merkostnader til rigg kan byggherren legge dette til grunn når de godtar tillegget. At bestemmelsen henviser særskilt til regningsarbeidene medfører ikke at avtalte tillegg skal medregnes med mindre det eksplisitt går frem av tilbudet at det ikke har tatt med riggkostnadene.*

Lagmannsretten legger til grunn at det ikke var angitt av entreprenøren om rigg var medtatt eller ikke. Byggherren kunne da bygge på at rigg var inkludert blant de indirekte kostnadene. Det er da ikke grunnlag for et ytterligere krav på rigg, idet dette ville innebære dobbeltbetaling for samme ytelse.

Når regningsarbeidet ikke medregnes i grunnlaget for rigg og drift, ser summen som rigg og drift skal beregnes fra slik ut:

|                                                        |                          |
|--------------------------------------------------------|--------------------------|
| Kontraktsarbeider godkjent av byggherre                | 43 815 214 kroner        |
| Endringer akseptert av byggherre (ekskl. regningsarb.) | 204 963 kroner           |
| Prosess A1 25.1                                        | 303 750 kroner           |
| Prosess A 1 25.5                                       | 409 312 kroner           |
| Prosess A1 61.1                                        | 10 125 kroner            |
| <u>KOE 005</u>                                         | <u>1 161 100 kroner</u>  |
|                                                        | 45 904 464 kroner        |
| <br>Kontraktssummen + 10 %                             | <br>-45 792 171 kroner   |
| <br>Grunnlag for volumrigg                             | <br>112 293 kroner       |
| <br><u>Volumrigg 10 %</u>                              | <br><u>11 229 kroner</u> |

### 5.3. Nye krav

I anketilsvaret fremmet X Anlegg to krav som ikke var fremmet for tingretten – VO001 på 95 000 kroner og VK005 på 25 200 kroner.

#### 5.3.1. *Partenes påstandsgrunnlag*

##### i) X Anleggs påstandsgrunnlag

Kravene som er fremmet er erkjente, men var utelatt fra den oppstillingen som var med på å danne grunnlag for kravet som var fremmet for tingretten. Etter tvisteloven er disse å anse som nye krav. Beløpet som er betalt for postene er med i det beløpet som er angitt som betalt i oppsettet for tingretten. Kravene er ikke foreldet.

##### ii) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Prinsipalt gjøres gjeldende at kravene er prekludert. Fakturaene som er grunnlag for kravet finnes i sluttoppgjøringsoppsettet. Det er heller ikke oppgitt noe restbeløp. Subsidiært er kravene allerede oppgjort av fylkeskommunen. Begge fakturaene er betalt, noe som fremgår av vedlegg til sluttoppgjøret. Dette er også bekreftet av X Anlegg. Kravene er uansett ikke relevante for det lagmannsretten skal ta stilling til, og det skal ikke avsies dom for disse kravene.

#### 5.3.2. *Lagmannsrettens vurdering*

Lagmannsretten finner ikke grunn til å ta stilling til om kravene er prekluderte etter kontrakten NS 8406 punkt 25.1 fjerde ledd, idet det uansett ikke er sannsynliggjort at X Anlegg har et krav mot fylkeskommunen som ikke er betalt eller som ikke inngår i sluttoppgjøret.

Det fremgår av vedlegg til sluttoppgjøret at beløpene på henholdsvis 95 000 kroner og 25 200 kroner er betalt, noe som ble bekreftet av X Anlegg i prosesskriv av 22. mars 2022. Det heter der at kravene ble betalt henholdsvis 28. juni 2018 og 5. mars 2019. I de hjelpedokumenter X Anlegg har fremlagt i saken fremgår det på tilsvarende måte at kravene er betalt. Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at kravene var uteglemt fra det opprinnelige krav, slik at betalingen likevel var kreditert fylkeskommunen. Lagmannsretten legger derfor til grunn at det ikke er grunnlag for å tilkjenne X Anlegg beløpene som er krevd.

#### 5.4. «Aksepterte, ikke utbetalte krav»

##### *5.4.1. Bakgrunnen for tvistepunktet*

I tingrettens dom er det under «aksepterte, ikke utbetalte krav» tatt inn en sum på 1 057 248 kroner. Fylkeskommunen har gjort gjeldende at det er feil at denne summen inngår i det beløp tingretten kom til.

##### *5.4.2. Partenes påstandsgrunnlag*

###### *i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag*

Fylkeskommunen påanket også denne delen av tingrettens dom, under henvisningen til at den anket «alle krav der fylkeskommunen ikke fikk medhold». Kravet på 1 057 248 kroner var ikke noe fylkeskommunen hadde fått fullt medhold i, idet det var X Anlegg som hadde fått medhold. Det var tilstrekkelig klart at anken omfattet også dette kravet.

Fylkeskommunen bestrider at det er grunnlag for kravene som inngår i denne kategorien. Det fremgår ikke av tingrettens dom hvilke krav som inngår i denne kategorien. Det er omforent at fylkeskommunen har betalt 46 093 526 kroner, og kravene er uansett gjort opp. Fylkeskommunen har riktignok betalt for lite, men dette skal motregnes sammen med fylkeskommunens motkrav mot et eventuelt domsbeløp som X Anlegg tilkjennes. Det er ikke grunnlag for ytterligere betaling.

###### *ii) X Anleggs påstandsgrunnlag*

Fylkeskommunens innsigelser mot «aksepterte, ikke utbetalte krav» er ikke omfattet av anken. Fylkeskommunen hadde anket der den ikke hadde fått fullt medhold, det være seg X Anleggs krav eller egne krav. Beløpet det her er tale om, er ikke noe krav, men en økonomisk avregning som for tingretten har fremstått som akseptert. Det står ingenting om dette forholdet i dommen. Det er heller ikke redegjort for forholdet verken i anken eller prosesskrivene i saken. X Anlegg protesterte umiddelbart da dette beløpet ble fremstilt som en del av konflikten.

##### *5.4.3. Lagmannsrettens vurdering*

Lagmannsretten viser først til at beløpet 1 057 248 kroner kom inn i dommen etter begjæring om retting fra X Anlegg, jf. tvisteloven § 19-8, og etter uttalelse fra fylkeskommunen. Tingretten besluttet 7. desember 2021 retting av tingrettens dom, ved at

oppsettet over de krav X Anlegg ble tilkjent (dommens side 22) og oppsettet i tilknytning til LPS/volumrigg (dommens side 49) fikk en tilleggssum på 1 057 248 kroner. Beløpet er påført under teksten «Aksepterte, ikke utbetalte krav».

Rettingen er begrunnet slik:

*I dommen er X Anlegg AS tilkjent kr. 6 161.100 ekskl. mva. på omtvistede endrings- og tilleggskrav, jf. oppsummeringen på s. 22. Retten har imidlertid glemt å ta med at partene var enige om et ikke utbetalt mellomværende på kr. 995.423 i tillegg til de omtvistede kravene, jf. begjæringen s. 2, pkt. 2 andre avsnitt og uttalelsen til begjæringen s. 2 pkt. 3.*

*Partene er enige om at retten har uteglemt en post for godkjente ikke utbetalte lærlingefakturaer, jf. begjæringen s. 4 nederst og uttalelsen til begjæringen s. 3 pkt. 6. Beløpet som partene er enige om utgjør kr. 61.825 ekskl. mva.*

*Forglemmelsen synes å ha sin årsak i at partene ikke fremla for retten en felles samlet oppdatert oversikt over omforente, ikke oppgjorte krav, som partene ønsket dom. Dette synes heller ikke berørt i partenes disposisjoner for prosedyren.*

Beløpet 1 057 248 kroner består dermed av en sum på 995 423 kroner, av tingretten betegnet som «et ikke utbetalt mellomværende», og på 61 825 kroner for «godkjente ikke utbetalte lærlingefakturaer».

X Anlegg begrunnet begjæringen om retting av førstnevnte beløp slik:

*De erkjente tilleggskravene har retten glemt å ta med i den økonomiske oversikten av mellomværendet mellom partene når retten foretar avregningen. Disse kravene er på kr 995 423,-. Jeg viser til bilag 1 til dok. 65 dokumentutdrag III s 835 og den endelige oversikten over X Anlegg AS krav, dok 88. Som det fremgår av s. 835 er det som der er erkjent kr 1 184 784,-. I beløpet inngår også kr 189 360 som er en del av VK 005 som er behandlet som omtvistet. Trekkes dette beløpet ut av det som er erkjent, er restbeløpet som er erkjent kr 995 424,- eks. mva. tilsvarende det som er anført av X Anlegg. Dette beløpet er det ikke gitt dom for på tross av at det er krevd. Den delen av kravet fremstår som ubehandlet.*

Fylkeskommunen uttalte følgende til denne delen av rettingsbegjæringen:

*Fylkeskommunen hadde tidligere erkjent kr 1 184 784 ekskl. mva. for endrings- og tilleggskravene, jf. blant annet bind 3 side 835. Summen av domsbeløpet og tidligere erkjent beløp utgjør dermed kr 7 345 884 ekskl. mva. I den grad dette ikke er gjenspeilet i slutningen, så er fylkeskommunens oppfatning at dette kan rettes.*

I fylkeskommunens uttalelse fremgår det – slik lagmannsretten ser det – ingen innvendinger til de beløp og de mangler ved tingrettens dom som X Anlegg fremmer. Tvert om kan uttalelsen forstås som tilslutning til begjæringen om retting.

X Anlegg begrunnet rettingsbegjæringen for så vidt gjaldt beløpet på 61 825 kroner slik:

*Til slutt skal det tillegges de godkjente lærlingefakturaene som retten heller ikke i realiteten har tatt stilling til. Subsidiært kreves det tilleggsdom for disse.*

Fylkeskommunen uttalte følgende til begjæringen om retting på dette punkt:

*Fylkeskommunen hadde tidligere erkjent kr 61 825 ekskl. mva. for kravet som gjelder lærlinger, jf. blant annet bind 3 side 827. I den grad dette ikke er gjenspeilet i slutningen, så er fylkeskommunens oppfatning at dette kan rettes.*

Igjen fremgår det i fylkeskommunens uttalelse – slik lagmannsretten ser det – ingen innvendinger til de beløp og de mangler ved tingrettens dom som X Anlegg fremmer. Tvert om kan uttalelsen forstås som tilslutning til begjæringen om retting.

Fylkeskommunen påanket ikke tingrettens beslutning om retting.

Fylkeskommunen har for lagmannsretten gjort gjeldende at det ikke er grunnlag for å tilkjenne dette beløpet. I ankeerklæringen er det imidlertid ikke vist til det nevnte beløpet eller til rettingsbeslutningen. Riktignok er det der vist til at fylkeskommunen «anker med dette over dommens innhold for alle krav der fylkeskommunen ikke fikk fullt medhold». Men gitt at fylkeskommunens uttalelse til rettingsbegjæringen må forstås slik at fylkeskommunen sluttet seg til begjæringen, gitt at tingrettens rettingsbeslutning ikke ble påanket og gitt at de «aksepterte, ikke betalte krav» – i motsetning til alle andre krav lagmannsretten har behandlet i ankesaken – ikke er uttrykkelig nevnt i ankeerklæringen, kan ikke lagmannsretten se det annerledes enn at disse kravene ikke ble påanket av fylkeskommunen innen fristen for anke, jf. tvisteloven § 29-5. Etter lagmannsrettens syn er derfor dette kravet/disse kravene ikke omfattet av anken fylkeskommunen fremmet, som et krav der «fylkeskommunen ikke fikk fullt medhold».

Etter tvisteloven § 29-4 fjerde ledd kan en part sette frem krav etter bestemmelsens annet ledd og utvide påstanden etter bestemmelsens tredje ledd også etter at ankefristen er utløpt. Forutsetningen er at retten finner det «rimelig» å tillate endringen, jf. fjerde ledd første punktum. Bestemmelsens annet punktum kommer ikke til anvendelse. Sentralt ved rimelighetsvurderingen er den annen parts oppfatning, se Schei m.fl. Tvisteloven kommentarutgave, punkt 6 i kommentar til § 29-4.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke rimelig å tillate kravet fremmet. Lagmannsretten viser til at det ble trukket inn i saken lenge etter at ankefristen var utløpt, og til at ankemotparten har protestert. Lagmannsretten viser også til at X Anleggs avledede anke ble avvist som for sent fremsatt. Det fremstår da ikke som rimelig at fylkeskommunens unnlattelse av å fremme kravet innen ankefristen ikke skulle ha tilsvarende konsekvenser.

Det er derfor ikke grunnlag for lagmannsretten til å overprøve tingrettens fastsettelse av 1 057 248 kroner som «aksepterte, ikke betalte krav». Dette innebærer at det også skal beregnes LPS på denne summen. Med den faktor som er nevnt foran under punkt 5.1., utgjør dette 37 602 kroner.

Lagmannsretten har imidlertid ikke grunnlag for annet enn at summen er regningsarbeid som ikke gir grunnlag for volumrigg, jf. punkt 5.2. foran.

### 5.5. Forsinkelsesrenter

På de beløp X Anlegg tilkjennes i denne dommen tilkommer forsinkelsesrenter.

## **6. Byggherrens motkrav**

### 6.1. Krav 002 – utskifting av gafler på stag

#### *6.1.1. Bakgrunnen for tvisten*

Hellefossbrue er en limtrebro der to bueformede limtrekonstruksjoner bærer brolegemet ved hjelp av strekkstag. Disse strekkstagene er festet i limtrekonstruksjonen og i brolegemet med en gaffel. Det er i alt 52 strekkstag, med en gaffel i hver ende, slik at det i alt er 104 gafler.

Gaflene er beskrevet i prosess 41.85.69 med krav til toleranser. Blant annet er kravet til slagseighet beskrevet slik:

*Charpy V: Min. 40 J ved 20°C. Kravene gjelder for materialer i alle retninger.*

Gaflene som ble levert og montert av Contexo oppfyller ikke disse kravene, ved at kravet til slagseighet er på minimum 27 J ved 20°C. Dette skal medføre at det er større fare for sprøbrudd ved lav temperatur. Det er opplyst at kravet i kontrakten er en følge av krav som er satt i 2015 med hjemmel i fylkesveiforskriften.

Det er ikke bestridt at Contexos leveranse er i strid med kravene i kontrakten og således en mangel. De er også enige om at byggherren har krav på kompensasjon for mangelen, men de er uenige om kompensasjonen skal skje i form av prisavslag eller i form av erstatning for kostnadene som påløper for å få skiftet gaflene. Fylkeskommunen har for lagmannsretten krevd utbedringskostnader på 1 369 000 kroner ekskl. merverdiavgift.

Tingretten tilkjente 750 000 kroner, ut fra en skjønnsmessig verdireduksjon på 1,5 mill. kroner, og et fradrag på halve beløpet som tilbakeholdt beløp.

#### 6.1.2. *Partenes påstandsgrunnlag*

##### i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Det er ikke omtvistet at det foreligger mangel eller at utbedring skal skje. Entreprenøren har fått varsel med frist for utbedring, og om at utbedringen ville bli satt bort til annen entreprenør.

Prinsipalt gjøres gjeldende at partene har avtalt at gaflene skal skiftes ut og at nye gafler monteres. Dette følger av referat fra møter og Contexos etterfølgende adferd. Contexo bestilte og fikk levert gafler til erstatning for de mangelfulle.

Subsidiært gjøres gjeldende at vilkårene for å få dekket utbedringskostnadene er oppfylt, og kostnadene til utbedring vil ikke bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås. Det er ikke grunnlag for X Anleggs anførsel om at det ikke er nødvendig å skifte gaflene og at kvaliteten på de leverte gaflene er tilstrekkelig. Det foreligger et avvik fra kontraktens krav og det er ikke omtvistet at det foreligger en mangel. Det er heller ikke grunnlag for anførselen om at kravet til kvalitet i kontrakten er eksepsjonell.

Kravet følger av regelverk fastsatt med hjemmel i veglova og bruforskrift for fylkesveg. Gaflene vil bli skiftet ut, og da vil byggherren oppnå at krav fastsatt i Vegdirektoratets godkjenning og i lov og forskrift bli oppfylt. Risikoen for sprøbrudd i broens levetid på 100 år reduseres til innenfor akseptabelt nivå. Det er ikke sannsynliggjort at det er mulig å få godkjenning for avviket.

Det skal mye til for at utbedringsplikten faller bort som følge av uforholdsmessige kostnader. Byggherrens kostnader er forsvarlige, dokumenterte og sannsynliggjorte. Også anslåtte kostnader kan kreves dekket. Byggherren har inngått kontrakt med Spennteknikk om å levere riktige gafler til en pris av 1 451 000 kroner, og med BMO til en pris av 668 000 kroner. Det er kun Spennteknikk som kan levere, og de vil forestå utskiftingen.

Subsidiært kreves prisavslag for verdireduksjonen, tilsvarende erstatningsbeløpet.

##### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

Contexo leverte mangelfullt, men det bestrides at det er inngått avtale som gjør at selskapet er forpliktet til å yte erstatning for de kostnader som vil påløpe til utskifting av gaflene. Det er endrede forutsetninger – når kostnadene er så stor er grunnlaget for forpliktelsen uansett borte. I tillegg var det forutsatt at Contexo skulle utbedre. Nå fremgår det imidlertid at mangelen har minimal betydning.

Kravene til slagseighet er generelle og fastsatt slik at gaflene kan brukes hvor som helst. Det er i dette tilfellet minimal risiko for skade. Det er ingen bekymring for andre broer med tilsvarende gafler, også der betydningen av slagseigheten vil kunne være større enn ved Hellefossbrue. Dette forteller noe om den reelle risikoen. Det er ikke nødvendig å skifte ut gaflene. Kostnaden på 3 mill. kroner står uansett ikke i forhold til det man oppnår ved å skifte ut gaflene. Broen vil uansett stå i sin antatte levetid på 100 år.

Et prisavslag skal tilsvare reduksjonen i verdi, men her er det ingen reduksjon i verdi. Contexo har heller ikke hatt noen besparelse ved den mangelfulle leveransen, tvert om har Contexo gitt fullt oppgjør til Spennteknikk. Det er påfallende at byggherren har gått tilbake til Spennteknikk og fått aksept for det første tilbudet, etter dommen i tingretten. Dette fremstår ikke ryddig. Byggherren har heller ikke vært særlig opptatt av hva tilbudet la til grunn av priser – herunder Spennteknikks timepris på kontraktsarbeider, BMOs timeanslag og at Spennteknikk tar seg betalt for gafler når det ligger gafler i dag på Kongsvinger som kunne overtas gratis. Disse faktorene er ikke utslag av risikofordeling. Byggherren har ikke forhandlet prisen ned. Med tingrettens utmåling har byggherren fått nok.

#### *6.1.3. Lagmannsrettens vurdering*

Det er ikke tvilsomt at det foreligger en mangel, ei heller at byggherren som utgangspunkt har i behold mangelsbeføyelser. Den primære beføyelsen i henhold til NS 8406 punkt 27.2 er entreprenørens rett og plikt til å utbedre mangelen. Denne plikten er imidlertid begrenset ved at entreprenøren ikke er forpliktet til å utbedre dersom «kostnadene til utbedring vil bli uforholdsmessig store i forhold til det som oppnås». Denne forholdsmessighetsvurderingen er konkret, men det skal i alminnelighet mye til for at utbedringsplikten faller bort. Blant de momenter som inngår i vurderingen er hva slags mangel det er tale om. Entreprenøren må eksempelvis tåle å bære større kostnader ved utbedring der mangelen er brudd på en sikkerhetsforskrift enn en estetisk fell.

Det er etter lagmannsrettens syn lite tvilsomt at byggherren har krav på å få dekket utbedringskostnaden innenfor det som anses som en forsvarlig utbedring, i kraft av NS 8406 punkt 27.2.

Lagmannsretten bemerker at dette også følger av avtaler mellom partene inngått i etterkant av den mangelfulle leveransen. I byggemøte nr. 18 i februar 2019 uttalte entreprenøren:

*Gafler til stag er midlertidige. De som skal monteres permanent kommer etter påske. Årsak er en test som feilet. Stag ligger på Kongsvinger og kommer opp om 1 til 2 uker.*

I særmøte bru nr. 12 i mars samme år uttalte entreprenøren:

- *Det har blitt en krymp i produksjon av gafler, og de er ikke klare. Løsningen er per nå å montere standart gafler og skifte ut i ettertid.*
  - *Standard gafler er lever for midlertidig montering.*
  - *Riktige gafler blir levert uke 17.*

Fylkeskommunen varslet entreprenøren i brev i august 2020, og det er på det rene at Contexo/X Anlegg ikke har utbedret mangelen innenfor den fristen som der ble satt.

Dersom entreprenøren ikke utbedrer innen fristen fastsatt av byggherren, har byggherren krav på erstatning for de kostnader som påløper ved en forsvarlig utbedring. Om hva som ligger i dette er uttalt i Marthinussen m.fl. NS 8406 med kommentarer (2014) punkt 27.2 side 5/7:

*Utgangspunktet må imidlertid være at byggherren har krav på å få dekket samtlige av de utbedringskostnader som påløper som følge av mangelen. Dersom han innhenter et forsvarlig pristilbud fra andre entreprenører, må dette legges til grunn for kravet. Byggherren må her gis et slingringsmonn. Det er lite rimelig at byggherren ikke får dekket de utbedringskostnader han faktisk er påført, under henvisning til at kostnadene synes for høye. Det må i så fall påvises konkret hvorfor utbedringskostnadene er blitt for høye.*

X Anlegg har gjort gjeldende at det ikke er nødvendig å skifte ut gaflene, og at det derfor ikke er grunnlag for erstatning, og at det heller ikke er grunnlag for prisavslag fordi broen vil ha tilsvarende levetid uansett mangelen.

Lagmannsretten er ikke enig i det. Mangelen utgjør et brudd på generelle krav til slagseighet fastsatt med hjemmel i lov og forskrift for å ivareta sikkerhet og funksjonalitet på broen. Den bryter også med prinsippene som gjaldt da teknisk godkjenning for broen ble gitt. Slik lagmannsretten forstår det, er disse kravene basert på internasjonale standarder. Lagmannsretten ser kravene som svært sentrale for tryggheten til trafikantene, og for broens levetid. Et sprøhetsbrudd i to eller flere gafler ville kunne hatt katastrofale følger. Som vitnet Veie, som var prosjekteringsleder for prosjektet, forklarte, kan Vegdirektoratet komme til – dersom ikke utskifting skjer – å treffe beslutning om bæreevnen til konstruksjonen, særlig for tunge kjøretøy.

Riktignok er kravene relativt nye (2015), og flere broer i Norge er etter det lagmannsretten fikk opplyst, bygget med gafler som har tilsvarende slagseighet som dem Contexo leverte. For lagmannsretten er det imidlertid ikke tvilsomt at de skjerpede kravene, som særlig er viktige i kalde områder, er av grunnleggende betydning for sikkerheten, og er godt begrunnet ut fra en utvikling i faglig kunnskap nasjonalt som internasjonalt. Broer må i dag også tåle større laster enn tidligere. Som vitnet Veie forklarte, har neppe de broer som er bygget i henhold til de eldre kravene, ha en levetid på 100 år, slik broer skal ha. Det ble

også opplyst at Einunna bru er bygget i henhold til de samme krav til slagfasthet som gjelder for Hellefossbrue, og det er foretatt utskiftinger av gafler på Steigbrua i Alvdal, i henhold til disse kravene.

Et prisavslag etter NS 8406 punkt 27.3 som ligger lavere enn det forsvarlige kostnader til utbedring vil beløpe seg til, vil etter lagmannsrettens syn ikke utgjøre en full kompensasjon for mangelen. Lagmannsretten bemerker dessuten at det vanskelig kan tenkes en lavere utmåling for prisavslaget enn for utbedringskostnadene gitt det klare kravet til slagseighet. Dersom kun levetidsbetraktninger legges til grunn, ved at broen har kortere levetid på grunn av manglene ved gaflene, kunne det riktignok vært grunnlag for en forholdsmessig utmåling. Manglenes betydning går imidlertid ut over levetiden, ved at de fra dag én gjør seg gjeldende sikkerhetsrisiko, som riktignok øker med broens levetid. Lagmannsretten finner det klart at mangelen må utbedres innen relativt kort tid.

Lagmannsretten bemerker at det riktignok er adgang til å fravike kravene fastsatt med hjemmel i forskrift. Forutsetningen etter bruforskrift for fylkesveg § 4 tredje ledd er at fravik er «nødvendig eller rimelig og fraviket ikke reduserer sikkerheten for trafikanter, omgivelser eller andre». Byggherren har i denne saken ikke søkt dispensasjon for kravene til slagseighet.

For lagmannsretten får dette ikke betydning for utmålingen av utbedringskostnadene. Riktignok har byggherren en tapsbegrensningsplikt. I dette tilfellet er imidlertid dispensasjonsmulighetene etter all sannsynlighet svært små, jf. at de gjeldende kravene nylig er revidert og basert på oppdatert kunnskap om sikkerhet og levetid for broer. Det er ikke realistisk slik lagmannsretten ser det, at byggherre og Vegdirektoratet skulle senke nylig fastsatte sikkerhetskrav. Slike fravik skal det som utgangspunkt dessuten søkes om på forhånd.

Lagmannsretten kan heller ikke se at byggherren er forpliktet til å overta de gaflene som entreprenøren bestilte og som i dag ligger lagret på Kongsvinger. Disse fyller etter det opplyste kravene til slagfasthet, men disse led av andre mangler. Når entreprenøren ikke har utbedret innen tidsfristen byggherren satte, og gaflene led av andre mangler, er ikke byggherren forpliktet til å modifisere disse for å kunne bruke dem.

Byggherren har innhentet flere tilbud på utbedring. I praksis er det bare én leverandør som kan levere kontraktsmessige gafler – Spenneteknikk, som leverer gafler fra det tyske selskapet Pfeifer. Prisene har over tid – fra mars til desember 2021 – vært svært variable, mellom ca. 1 og ca. 3 mill. kroner. Forutsetningene i pristilbudene har imidlertid vært noe ulike, blant annet med hensyn til risikoplassering. Det er vanskelig å forutsi hvor komplisert arbeidet med utskiftning er – blant annet hvor lett det er å fjerne eksisterende gafler. Dette vil kunne påvirke prisen.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i avtalen fylkeskommunen inngikk med Spennteknikk i desember 2021 om utbedring. Kontraktssummen her er på 1 451 000 kr ekskl. merverdiavgift. Dette er det samme beløpet Spennteknikk tilbød i august samme år. Pristilbudet fra BMO Entreprenør lyder på 668 000 kroner ekskl. merverdiavgift. Lagmannsretten anser i utgangspunktet dette tilbudet og prisen i kontrakten som forsvarlig, slik at de må legges til grunn for kravet.

Enkelte elementer i kontrakten er, som påpekt av X Anlegg, likevel utslag av priser som ikke synes forsvarlige. Timeprisen for kontraktsarbeider – over 1 700 kr – er langt høyere enn den timeprisen som gjelder for tilleggsarbeider – 750 kr – og tilsvarende som den timeprisen Contexo fikk da entreprenøren innhentet tilbud samme sted. Pristilbudet fra BMO opererer tilsvarende med et langt høyere timetall enn det tidligere tilbud fra samme sted for tilnærmet samme arbeid. Disse diskrepansene er ikke forklart fra fylkeskommunens side, og lagmannsretten kan ikke se bort fra at byggherren – fordi han i rettstvisten ville velte kostnadene over på entreprenøren – ikke har vært tilstrekkelig grundig i forhandlingene med Spennteknikk til å gå inn på enkelthetene i pristilbudene byggherren innhentet.

Dette innebærer at de forsvarlige utbedringskostnadene er på et noe lavere beløp enn byggherren har krevd. Det er likevel ikke grunnlag for å avkorte krone for krone og legge til grunn samme timepris og timeantall i det beløp lagmannsretten utmåler. Dette dels fordi tingrettens utmåling ikke er påanket når X Anleggs avledede anke ble avvist. Tingrettens utmåling danner derfor en nedre grense for lagmannsrettens utmåling. Dels gjelder dette fordi også høyere priser og timetall kan være forsvarlige, blant annet ut fra risikoutformingen i kontrakten. Lagmannsretten må derfor utmåle dette skjønnsmessig.

Samlet er kontrakten med Spennteknikk og pristilbudet fra BMO på 2 119 000 kroner ekskl. merverdiavgift. Etter lagmannsrettens syn er det grunnlag for å redusere dette samlede beløpet til 1 900 000 kroner eksklusive merverdiavgift.

Til fradrag går de beløpene byggherren ville ha måttet betalt under prosess K-D41 85.69 og 71, til sammen 750 000 kroner. Det gjenstående – 1 150 000 kroner – tilkjennes derfor fylkeskommunen. I tillegg kommer den merverdiavgiften fylkeskommunen må betale for oppdragene. Til sammen utgjør dette 1 437 500 kroner.

## 6.2. Krav 003 – kanal -210

### *6.2.1. Bakgrunnen for tvisten*

Ved profil 210 lå en delvis gjengrodd kanal som entreprenøren skulle utføre arbeid i. Arbeidet var beskrevet slik i prosess 13 spesiell beskrivelse bokstav c):

*anleggsveg langs kanal-210 til "vesleelva" formes til traktorveg for grunneier. Trevirke langs kanal skal hogges, kvistes og legges til grunneiers disposisjon etter avtale. Gjerde fjernes.*

Videre var det i prosess 41 spesiell beskrivelse bokstav c) angitt følgende:

*kanal fra utløp av stikkrenne ved pr. 210. Denne skal renskes/graves tilnærmer grøfteprofil i tegning G 11 til 30 meter etter driftsveg/bru over "Vesleelva". Det er omlag 1,8 meter høydeforskjell fra utløp stikkrenne til avlingsveg i "Vesleelva". Fallet må fordeles på hele strekningen.*

Entreprenøren utførte arbeid kun over en strekning på ca. 30 meter fra stikkrenna. Byggherren reklamerte ved overtakelsen 5. juli 2019 på arbeidet. I overtakelsesprotokollen er følgende opplyst:

*Kanal -210. Rensk gjenstår.*

Partene er uenige om hva denne reklamasjonen dekker og hva partene avtalte om arbeidet ved kanal 210. Byggherren krever 175 840 ekskl. merverdiavgift. Tingretten tilkjente 100 000 kroner.

#### *6.2.2. Partenes påstandsgrunnlag*

##### *i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag*

Contexo har ikke fullført arbeidene med kanal 210. Reklamasjonen gjaldt alle gjenstående arbeider, og partene hadde en felles forståelse om det. Det ble avtalt at arbeidene skulle utføres etter overtakelse, men det ble ikke avtalt at det skulle utføres et mindre arbeidsomfang enn det som fremgår av prosess 13 og 41. Fylkeskommunen krever dekket kostnadene til utbedring. Utbedring ble utført av Dokka Entreprenør, og fakturaen er på 175 840 kr ekskl. merverdiavgift.

##### *ii) X Anleggs påstandsgrunnlag*

Når det i reklamasjonen står «rensk» får man anta at det er det som er ment. Manglende traktorveg ble derfor ikke reklamert; det var det en egen post om. Dersom man mente at reklamasjonen også gjaldt hugst, skulle dette fremgått. Det var uansett enighet med grunneier om at traktorveien ikke skulle utføres. Kostnadene er dessuten uidentifiserbare – det er umulig å vite hva den summen som er trukket ut av fakturaen fra Dokka Entreprenør gjelder.

#### *6.2.3. Lagmannsrettens vurdering*

Det er ikke bestridt at det ikke ble utført arbeid i det omfang som prosess 13 og 41 beskrev. Dette er også synlig på fotografier fremlagt for lagmannsretten. Sammenholdt med det lagmannsretten kunne se på befaring, er det ikke tvilsomt at det gjensto et relativt betydelig

arbeid med kanalen, som anslagsvis er på ca. 300 meter. Bare en svært liten del av denne lengden var ryddet og i kontraktsmessig stand.

Lagmannsretten kan ikke se at X Anlegg har sannsynliggjort at det ble inngått avtale med grunneier – eller mellom partene – om at deler av arbeidet som er beskrevet i prosessene, likevel ikke skulle utføres. Det foreligger ingen skriftlige bevis som viser dette, og vitneforklaringer bidrar ikke til å sannsynliggjøre dette.

Videre er det lagmannsrettens syn at «rensk» i denne sammenhengen betyr alt det gjenstående arbeidet ved kanal 210 under prosess 13 og 41. Byggherren hadde ikke gitt avkall på dette arbeidet, heller ikke eksempelvis opparbeidingen av traktorvei. Partene synes også enige om hva som gjensto, jf. merknader i byggemøter 7 og 25 i henholdsvis september 2018 og juni 2019. I sistnevnte møte spurte entreprenøren om «omlegging av veg kan tas etter 5. juli», det vil si etter overtakelsesdato. Med dette som bakgrunn må det ha fremstått som klart for entreprenøren hva reklamasjonen gjaldt da den ble fremsatt. Contexo utbedret imidlertid ikke mangelen.

Som nevnt har byggherren krav på dekning av utbedringskostnadene, jf. de rammer som følger av NS 8406 punkt 27.2. Byggherren har fremlagt en faktura fra den entreprenøren som utførte arbeidet, Dokka Entreprenør. I tråd med det lagmannsretten foran har bemerket om byggherrens slingringsmonn, finner lagmannsretten at fakturaen er uttrykk for forsvarlige og forholdsmessige kostnader forbundet med utbedringen.

Av fakturasummen på 285 003 kroner er trukket ut 80 163 kroner, som gjelder annet arbeid. Lagmannsretten finner nettokravet på 204 840 kroner sannsynliggjort, idet det er tilstrekkelig identifisert hva det uttrukne arbeidet gjelder. Til fradrag i utbedringskostnadene går det beløp Contexo hadde krav på i henhold til kontrakten, 29 000 kroner. Fylkeskommunen tilkjennes derfor 175 840 kroner ekskl. merverdiavgift.

### 6.3. Krav 004 – byggherrepresonell

#### *6.3.1. Bakgrunnen for tvisten*

Fylkeskommunen har fremmet krav om økonomisk kompensasjon for det arbeid byggherrens ansatte måtte utføre i forbindelse med utbedring av mangler. Kravet er på 229 725 kroner. Tingretten tilkjente ikke beløpet.

#### *6.3.2. Partenes påstandsgrunnlag*

##### i) Fylkeskommunens påstandsgrunnlag

Det rettslige grunnlaget er NS 8406 punkt 27. 2 tredje ledd. Timepris på 720 kroner representerer de reelle kostandene, og timeprisen er rimelig.

##### ii) X Anleggs påstandsgrunnlag

Det er en del av byggherrens alminnelige ansvar etter kontrakten å yte arbeidsinnsats i forbindelse med avslutningen av kontrakten. Det er derfor ikke grunnlag for kravet. Beløpene er uansett for høye – det er ikke eventuelle konsulentkostnader som skal dekkes, men reelle kostnader.

### 6.3.3. Lagmannsrettens vurdering

Etter NS 8406 punkt 27.2. tredje avsnitt kan byggherren kreve at entreprenøren betaler byggherrens forsvarlige kostnader til utbedring «*utført av andre*». Det er lagmannsretten syn at de kostnadene til egne ansatte som det hevdes har påløpt her, ikke er omfattet av denne bestemmelsen. Lagmannsretten slutter seg til tingrettens bemerkning om at «byggherrens tidsbruk og oppfølging etter overtakelsen i et såpass stort prosjekt, ligger innenfor det byggherren må påregne. Dette gjelder både i forhold til håndtering av reklamasjoner og annen oppfølging.»

Etter punkt 27.4 tredje avsnitt kan annet økonomisk tap, som ikke dekkes av de øvrige bestemmelsene, dekkes dersom mangelen har sin årsak i «*forsett eller grov uaktsomhet*» hos entreprenøren. Dette krever i så fall et markant avvik fra bransjenormen. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å klandre entreprenøren i en slik grad for de mangler som er identifisert. Lagmannsretten viser blant annet til at det største mangelskravet – gafler til Hellefossbrue – skyldtes vansker med å produsere riktig kvalitet, der mangelen ble opplyst til byggherren med enighet om å skifte ut gaflene ved en senere anledning, noe som ikke kan tilregnes entreprenøren som forsettlig eller grovt uaktsomt.

Byggherrens krav tas etter dette ikke til følge.

## 7. Samlet vurdering

Lagmannsretten har foran kommet til at X Anlegg må gis medhold i sitt krav under prosess 25.1/25.5 med til sammen 713 061,90 kroner, og med 10 125 kroner under prosess 61.1. For øvrig har ikke kravene under kontraktens prosesser ført fram. Videre har lagmannsretten kommet til at X Anlegg gis medhold i sitt krav etter KOE 005 med 1 161 100 kroner. For øvrig er X Anlegg ikke gitt medhold i noen av endringskravene, heller ikke de «nye kravene». Beløpet på 1 057 248 for «aksepterte, ikke utbetalte krav» i tingrettens dom blir stående. Samlet utgjør dette 2 941 535 kroner.

I tillegg kommer LPS på 13 642 kroner under punkt 5.1. foran, og 37 602 kroner under punkt 5.4. foran, til sammen 51 244 kroner, samt volumrigg på 11 229 kroner.

Til sammen har derfor X Anlegg krav på 3 004 008 kroner. *I tillegg kommer merverdiavgift.\**

Av byggherrens krav har krav 002 ført fram med 1 150 000 kroner ekskl. merverdiavgift, og krav 003 med 175 840 kroner ekskl. merverdiavgift. Krav 008 førte ikke fram.

Til sammen har fylkeskommunen krav på 1 325 840 kroner.

X Anleggs krav overstiger dermed fylkeskommunens motkrav med ~~1 678 168~~ 2 429 170\* kroner, hvilket tilkjennes. Til kravet kommer forsinkelsesrente regnet fra sluttoppgjør dato 19. november 2019

### **8. Saksomkostninger**

Etter tvisteloven § 20-2 første ledd har den som har vunnet saken krav på full erstatning for sine saksomkostnader. 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.

Ingen av partene kan sies å ha vunnet ankesaken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2. Begge parter har vunnet enkeltposter både av større og mindre betydning for de samlede beløp i saken. Mens X Anlegg krevde i overkant av 10 mill. kroner, har kravet ført fram bare for ca. 15 %. Fylkeskommunen har på sin side påstått frifinnelse, men endt opp med å måtte betale et krav på i overkant av 1,5 mill. kroner. Etter lagmannsrettens syn er det derfor ikke grunnlag for å tilkjenne noen av partene omkostninger med hjemmel i § 20-2.

Det samme gjelder saksomkostnader for tingretten, der tvisteloven § 20-2 skal anvendes på samme måte med utgangspunkt i stevning og tilsvær med senere utvidelser, og sammenligne dette med lagmannsrettens domsresultat. Begge parter har vunnet enkeltposter, og det er ikke grunnlag for at én av partene har vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige.

Etter tvisteloven § 20-3 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.

Lagmannsretten bemerker at det er en relativt høy terskel for å få tilkjent saksomkostninger etter § 20-3, og det kreves at «tungtveiende grunner» tilsier at en av partene skal få sine saksomkostninger helt eller delvis erstattet. Det helt sentrale vurderingskriteriet er hvor mye parten har fått medhold, og hvor stor andel av de samlede saksomkostnadene som knytter seg til denne delen av saken, se blant annet Rt-2013-1112.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke slike tungtveiende grunner som tilsier at noen av partene skal tilkjennes dekning av salær og andre sideutgifter, verken for tingretten eller for lagmannsretten.

Lagmannsretten er imidlertid kommet til at det foreligger tungtveiende grunner til at fylkeskommunen skal dekke halvparten av X Anleggs utgifter til fagkyndige meddommere. Det er den parten som har begjært meddommere, som hefter overfor det offentlige, se § 2 første ledd og HR-2021-86-U avsnitt 17. Dette gjelder selv om retten uten slik begjæring av eget tiltak ville ha oppnevnt meddommere. Retten har vært satt med to fagkyndige meddommere etter begjæring fra X Anlegg AS. Fylkeskommunen ønsket ikke meddommere.

Etter lagmannsrettens syn har fagkyndige meddommere vært nødvendige for en forsvarlig vurdering av de ulike krav i saken. Særlig gjelder det på poster hvor X Anlegg har fått medhold i kravene, særlig KOE005.

Lagmannsretten er derfor kommet til at partene i fellesskap pålegges å dele kostnadene til fagkyndige meddommere for tingretten og lagmannsretten med en halvdel hver. 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 ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er sakens omfang, rettsferie og øvrig arbeid ved lagmannsretten.



## DOMSSLUTNING

1. Innlandet fylkeskommune betaler ~~1 678 168 – én million seks hundre og sytti åttetusen etthundre og seksti åtte~~ – 2 429 170 – to millioner fire hundre og tjue nitusen etthundre og sytti\* – kroner til X Anlegg AS, med tillegg av forsinkelsesrente fra 19. november 2019 til betaling skjer.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
3. Partene dekker utgiftene til fagkyndige meddommere med en halvpart hver.

Ola Rambjør Heide

Bodil Thorp Myhre

Dag Carlstedt

Terje Ilje

Bjørn Dammen

*Dokument i samsvar med signert original:  
Marte Skjeggstad (elektronisk signert)*

\*Rettet i medhold av tvisteloven § 19-8.  
17. november 2022.  
Lagdommer Ola Rambjør Heide