



FROSTATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt:

Saksnr.: 20-066150ASD-FROS

Dommere:

Kst. lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Nina Sandell
Ragnhild Ryssdal Vada
Gunnar Greger Hagen

Ankende part

Purac AB

Advokat Ola Haugen

Ankemothpart

Ncc Norge AS

Advokat Peter Vagle

DOM

Saken gjelder spørsmål om sluttoppgjør i en totalunderentreprise mellom Purac AB (Purac) og NCC Norge AS (NCC) i forbindelse med bygging av biogassanlegget på Fiborgtangen i Skogn.

Sakens bakgrunn

Tingrettens dom side 2-3 gir en beskrivelse av sakens bakgrunn som partene er enige om kan legges uprøvd til grunn:

«Purac AB, heretter Purac, er et internasjonalt selskap med base i Sverige. Deres virksomhet er entreprenørskap – typisk innen industrileveranser som vannverk, renseanlegg mv. Da Biokraft AS skulle bygge biogassanlegg på Skogn ble Purac engasjert som totalentreprenør. Det er beskrevet at Puracs oppdrag var å levere et ferdig oppstartet biogassanlegg.

Purac engasjerte NCC AS, heretter NCC, som en av flere totalunderentreprenører i prosjektet. NCC er et av Norges største entreprenør- og eiendomsutviklingsselskap. NCCs totalunderentreprise med Purac gjaldt prosjektering og utførelse av mark-, bygg-, ventilasjons- og VVS-arbeider samt alminnelig el-installasjon (ikke prosess-el).

Kontrakten mellom Purac og NCC ble inngått sommeren 2016, og det ble avtalt at NS 8417 skulle gjelde mellom dem. Kontraktssummen var angitt til i overkant av 35,3 millioner kroner eks. mva. I kontraktens punkt 11 om «*tidsfrister*» var det avtalt frist for «*tått hus*» til 11. januar 2017. Det var avtalt dagmulkt dersom fristen ikke ble overholdt av NCC, og bonus på 700 000 kroner dersom fristen ble overholdt.

NCC startet sine arbeider på Skogn i august 2016. Det ble raskt klart at grunnforholdene på stedet ikke var slik som forutsatt i kontrakten mellom Purac og NCC. Partene er enige om at disse endrede forutsetningene var Puracs risiko. Dette medførte svært mye ekstra arbeid på stedet, og de opprinnelig planlagte arbeidene ble forsinket. I stedet for en planlagt utførelsesperiode for NCC på 7 måneder, endte man opp med en byggeperiode på over 20 måneder.

NCC har utført, og fått betalt for, vesentlig mer arbeid enn det opprinnelig var avtalt med Purac. Slutfaktura fra NCC sommeren 2018, lød på i overkant av 126,2 millioner kroner eks. mva. Av dette har Purac akseptert å betale i overkant av 119,5 millioner kroner. Det resterende beløp gjelder endringsordrekrav (EOK) 039 som NCC beskriver gjelder kompensasjon for rigg og drift i den forlengede byggeperioden. Denne har Purac ikke villet akseptere.»

Twistesummen er på i overkant av 5,5 millioner kroner eks. mva. og knytter seg i sin helhet til endringsordrekrav 039 som skal gjelde kompensasjon for rigg og drift i forlenget byggeperiode.

Inntrøndelag tingrett avsa 29. februar 2020 dom med følgende slutning:

1. Purac AB frifinnes for erstatningskravet.
2. Purac AB dømmes til å betale tilleggsvederlag til NCC Norge AS med 6 875 075 – seksmillioneråttehundreogsyttifemtusenogsyttifem – kroner inkludert merverdiavgift, med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. august 2018 og til betaling skjer.
3. Purac AB dømmes til å erstatte NCC Norge AS sine saksomkostninger med 805 036 – åttehundreogfemtusenogtrettiseks – kroner med tillegg av merverdiavgift innen 2 – to – uker fra denne dommens forkynnelse. I tillegg kommer NCC Norge AS sine utgifter til rettsgebyr.

Purac har anket tingrettens dom punkt 2 og 3 til Frostating lagmannsrett. Erstatningskravet for bonustap i totalunderentreprisesaken er dermed ikke en del av saken. NCC har i tilsvaret tatt til motmæle. Ankeforhandling fant sted i Trondheim 16. til 18. november 2020. Det ble avgitt parts- og vitneforklaringer, samt foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboka.

Purac AB har i hovedtrekk gjort gjeldende:

NCC har mottatt kompensasjon for rigg og drift i henhold til partenes avtale; konkret påslag med 12 %. Tvistegjenstanden – EOK 039 – utgjør ingen endring som Purac skal dekke.

Purac er ikke avtalerettslig bundet til NCC sitt krav, verken gjennom endringssystemet i NS 8417 eller gjennom et dispositivt utsagn.

EOK 039 er et særskilt varsel om økte utgifter til rigg og drift i medhold av NS 8417 punkt. 34.1.2. Unnlatt varsel er preklusiv for NCC, jf. pkt. 34.1.3. Unnlatt svar på varsel fra Purac medfører ikke preklusjon. Det aksepteres at EOK 039 er et særskilt varsel. I og med at Purac ikke har svarplikt og manglende svar ikke har preklusiv virkning, er Purac ikke bundet gjennom passivitet.

Signatur på EOK 039 har heller ikke avtalerettslig virkning. Signaturen er kun en bekreftelse på at endringsordrekravet er sett. Dersom signaturen er avgjørende må det også problematiseres hva Purac har bundet seg til. Det gir ikke mening at Purac skal være bundet av et beløp som er et resultat av en beregningsmåte som ikke er i samsvar med kontrakten og som heller ikke NCC hevder er korrekt. Purac kan heller ikke være bundet av NCCs nye beregningsmåte.

NCC legger stor vekt på møtet i Lund i desember 2016 og signaturen på EOK 039 i januar 2017. Referatet fra møtet i Lund gjengir kun NCCs oppfatning av signaturens konsekvenser. Rettsvirkningene som for øvrig er beskrevet i møterefateret gjelder signatur på ordinære EOK. EOK 039 er i realiteten et varsel. NCC har ikke innrettet seg i tillit til

signaturen på skjemaet. Selskapet ville ikke handlet annerledes dersom det visste at kravet var omstridt. Det var først i forbindelse med tvisten at signaturen ble tillagt betydning. Partenes korrespondanse om berettigelsen av EOK 039 etablerer ingen avtalebinding for Purac.

NCC benevner kravet «Endrings Ordre Krav». En EOK er adekvat dersom NCC pålegges endring uten at dette skjer gjennom en endringsordre. Poenget er at pålegget må innebære å yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, jf. NS 8417 pkt. 31.1, annet avsnitt. EOK 039 er ikke knyttet til et tilleggsarbeid.

Det er enighet mellom partene om at økede kostnader til rigg og drift også kompenseres gjennom EOK 036. Dette er en særskilt avtale mellom partene. EOK 036 følger således ikke systemet i hovedavtalen mellom partene med 12 % påslag.

NCC har fått dekket økte kostnader til rigg og drift gjennom oppgjøret for de enkelte endringsarbeider og gjennom EOK 036. Det foreligger dermed ikke noen udekket kostnad. Rigg og drift er ren kostnadsdekning, og ikke noe leverandøren skal ha store påslag på.

Påslaget for rigg og drift på 12 % må også gjelde krav om vederlagsjustering for økte kostnader til rigg og drift som følge av forlenget byggetid, jf. at det i kontrakten spesifiseres at påslaget er «generelt» og at det «ivaretar totalen uten dokumentasjon».

NS 8417 inneholder ikke regler for hvordan vederlagsjustering for rigg og drift beregnes.

NCC har ikke dokumentert sitt krav under EOK 039. Det er ikke ført timelister eller på annen måte dokumentert. Formelen som NCC først benyttet var ikke avtalt mellom partene.

Dersom NCC gis medhold i kravet vil dette føre til en dobbeltkompensasjon. NCC har mottatt vederlagsjustering for rigg og drift på endringer som er høyere enn slike utgifter på kontraktsarbeidene. NCC tar ikke høyde for at administrative ressurser dekket i EOK 036 har arbeidet med kontraktsarbeider og at forutsatte administrative ressurser har arbeidet med tilleggsarbeider.

Purac AB har nedlagt følgende påstand:

1. Purac AB frifinnes.
2. Purac AB tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

NCC Norge AS har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Det er enighet mellom partene om at man i den opprinnelige kontrakten avtalte et generelt påslag på 12 %, men det er ikke den opprinnelige kontrakten som regulerer partenes plikter etter EOK 039 eller EOK 036.

Partene har blitt særskilt enige om NCCs rett til dekning av rigg og drift fremsatt i EOK 039. Beløpet er i mangel av enighet mellom partene basert på regningsprinsippet. Kravet følger også av bestemmelsene i NS 8417.

Puracs hovedanførsel er at EOK 039 er omfattet av det avtalte påslaget på 12 % og den særskilte avtalen inngått mellom partene benevnt EOK 036. Anførselen må tolkes slik at Purac i forhold til EOK 039 har holdt retrettmuligheten åpen gjennom hele avtaleperioden. Dette er i så fall illojalt, jf. den lovfestede og ulovfestede lojalitetsplikt. Dersom NCC hadde tatt ut av prosjektet den rigg og drift som er krevd gjennom EOK 039 ville resultatet vært et dårligere prosjekt. NCC hadde da måttet rigge ned prosjektet, noe som ville medført ytterligere forsinkelser.

Partenes spesifikke kontrakt trenger man ikke tolke. Det avgjørende er en vurdering av partenes etterfølgende adferd, herunder konsekvensene for partene. Det som må tolkes er bestemmelsene om vederlagsjustering i NS 8417.

NS har et tottrinnet endringssystem. Først må det tas stilling til om det foreligger endringsarbeid utenfor kontrakten. Når en står overfor et endringsarbeid – og det må retten legge til grunn at partene er enige om her – så løser standarden vederlagsjusteringen. Standarden skisserer tre alternativer; enighet, enhetspriser, faktiske regningsbaserte kostnader.

Partenes opprinnelige avtale om 12 % flatt tillegg på hver enkelt EOK avskjærer ikke NCC fra å kreve justering i henhold til EOK 039. Den opprinnelige avtalens pkt. 7 fanger ikke opp tidskonsekvensene. Den volumsbaserte reguleringsformelen er uegnet til å ivareta merkostnader som skyldes forsinkelse. Den opprinnelige avtale er uansett endret.

Grunnforholdene og forsinkelsene medførte en massiv omlegging av NCCs ytelser. Endelig vederlag er på 350 % av kontraktssummen. Rettslig sett kunne NCC ha sagt nei til denne kontraktsendringen, men valgte å videreføre prosjektet på nye betingelser. De nye betingelsene kom til uttrykk i EOK 036 og EOK 039. Dette forstod Purac som under utførelsen av arbeidet aldri protesterte på dette.

Partenes håndtering av EOK 036 og 039 tilsier at Purac er bundet. Det var et stort antall EOK. NCC varslet pengekrav parallelt i de enkelte EOK og i EOK 036 og 039. Purac

antyder ikke på noe tidspunkt at det foreligger noen form for dobbeltbetaling. Bortsett fra innledningsvis finnes det ikke spor av 12 %-avtale mellom partene.

Ved møtet i Lund 8. desember 2016 er partene enige om konsekvensene av en signatur. Signaturene på EOK 039 i januar 2017 må leses på bakgrunn av møtet i Lund. I møtereferatet forut for signaturene på EOK 039 var kravet plassert i kategorien «nye krav». I etterkant av signatur flyttes kravet til kategorien «bestilte endringer». Også partenes etterfølgende adferd tilsier enighet om kravet. Det som diskuteres er omfanget. Sakens dokumenter viser dermed entydig at partene har forholdt seg til alle EOK som et krav om å få dekket NCCs ressurser i forlenget byggeperiode.

Kostnadsberegningen er et uttrykk for NCCs faktiske kostnader i prosjektet. Kostnadene har ikke tidligere vært omtvistet. Det er ikke anført at kostnadene ikke har vært nødvendige. NCC krever dekket vitterlige kostnader. Det avvises at kompensasjonen som kreves dekket gjennom EOK 039 er gjort opp i annen sammenheng. NCC har hatt en rimelig god fortjeneste på prosjektet. Dekningsbidraget er ikke relevant for rettens vurdering.

NCC Norge AS har nedlagt følgende påstand:

1. Anken forkastes.
2. NCC tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

NCC påtok seg ved avtale inngått 13. juli 2016 å være totalunderleverandør på prosjektet i Skogn. I henhold til avtalen er Purac totalentreprenør. Totalunderentreprisen omfattet «projektering och utförande av mark-, bygg-, ventilations, VS-arbeten samt allmänna elinstallationer (ej process-el)», jf. avtalens punkt. 4. Avtalt kontraktssum uten merverdiavgift var 35 364 323 kroner. Avtalt påslagsprosent for rigg og drift var 12 %. Det følger av avtalens pkt. 3 at for denne kontrakten «gjelder NS 8417 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentrepriser».

Utfordringene med grunnforholdene ble raskt avklart. Tidlig var det derfor anslått en to måneders forsinkelse. Det er enighet om at forsinkelsen skyldes forhold Purac hefter for. Det er også enighet om at forsinkelsen totalt ble i overkant av 13 måneder, jf. overtakelsesprotokoll 6. desember 2018 hvor det fremgår at anlegget overtas på tross av at noe arbeid gjenstår.

I og med risikoen for forsinkelsene tilligger Purac har NCC krav på å få dekket krav om vederlagsjustering forutsatt at dette er avtalt og at de har hatt kostnader til denne type ytelser som følge av forhold hos Purac. Det er NCC som har bevisbyrden for at det er

årsakssammenheng mellom begivenheten – forsinkelsen – og de kostnadsøkninger som NCC faktisk hevder har funnet sted.

Er Purac avtalemessig bundet til å dekke EOK 039?

Den første problemstillingen lagmannsretten må ta stilling til er om den opprinnelige avtalen om et flatt 12 % tillegg for rigg og drift avskjærer NCC fra å kreve justering i henhold til EOK 039. Det er lagt til grunn i teorien at de opprinnelige kontraktsvilkårene får anvendelse også for endringsarbeid, jf. NS 8407, Kommentirutgave 2013 av Henning Nordtvedt, Dag Arne Ruud, Olav Bergsaker, Arve Martin Bjørnvik og Johnny Johansen (kommentarutgaven) kap. 31.1 på side 443.

Totalentreprenørens adgang til å pålegge endringer er blant annet begrenset gjennom standardens pkt. 31.1 tredje avsnitt:

«En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeidet. Er ikke annet avtalt, kan ikke totalentreprenøren pålegge TUE endring ut over 20 % netto tillegg til kontraktssummen.»

Begrensningen på 20 % gjelder tilleggsarbeid og knytter seg til det samlede ekstra tilleggsarbeid.

I bestemmelsen er det lagt inn flere objektive begrensninger på endringskompetanse. I kommentarutgaven kap. 31.1 på side 446 fremgår:

«Innledningsvis er det naturlig å understreke at det i utgangspunktet dreier seg om grenser som må påberopes av totalentreprenøren. Det kan i mange tilfeller ligge slik an at totalentreprenøren ønske å påta seg endringsarbeidet, og at han derfor unnlater å påberope grensene. I praksis brukes derfor grensene som vi omtaler nedenfor langt oftere til å begrunne et krav om høyere betaling, enn til å nekte å utføre arbeidet.»

Det ble allerede sommeren 2016 avklart at grunnforholdene ville medføre økt omfang og forsinkelse med den konsekvens at økt kontraktssum ble langt over 20 % netto.

Lagmannsretten legger til grunn at det avtalte flate tillegget ble forlatt av partene allerede i august/september 2016 da en så omfanget av endringene som medførte store forsinkelser i tillegg til større omfang. Det avtalte påslaget favnet ikke dette. I etterkant av dette anser lagmannsretten alle EOK som særskilte tilleggsavtaler mellom partene der rigg og drift varierte fra EOK til EOK. Allerede 6. september 2016 fremmes EOK 036 og EOK 039 som synliggjør økte utgifter for rigg og drift grunnet forsinkelser i prosjektet. Lagmannsretten legger derfor til grunn at partene fremforhandlet – gjennom endringsordrekrav – nye avtaler begrunnet i forsinkelsene og det ekstra omfang grunnforholdene medførte. NCCs tilstedeværelse i det videre prosjektet fordret enighet om de løpende – etter hvert over 160 – endringsordrekravene.

Partene har derimot ikke forlatt NS 8407, men fortløpende forholdt seg til endringssystemet i standarden gjennom systemet med irregulær endring, jf. pkt. 32. Begge parter har lagt standarden til grunn i hele kontraktsforløpet. Lagmannsretten finner derfor at standarden er gjeldende mellom partene under hele prosjektet, selv om den opprinnelige avtalens generelle bestemmelser forlates gjennom oversendelse og aksept av tilleggsarbeid reflektert i endringsordrekrav.

Partene er enige om at EOK 039 er et krav om vederlagsjustering hjemlet i standarden pkt. 34. Partene er derimot uenige om det var korrekt å kalle dette et endringsordrekrav eller om det burde vært kalt et varsel, men begge parter hjemler endringen i pkt. 34.1.3.

Standarden pkt. 34.1.1 og 34.1.2 lyder:

« 34.1.1. Endringer

Partene har krav på justering av vederlaget dersom det foreligger en endring etter punkt 31 eller 32.

34.1.2 Svikt i totalentreprenørens ytelser mv

«TUE har krav på justering av vederlaget som følge av forsinkelse eller svikt ved totalentreprenørens ytelser etter punkt 22, 23 og 24, eller som følge av andre forhold totalentreprenøren har risikoen for.

Dersom TUE vil kreve vederlagsjustering, skal han uten ugrunnet opphold varsle totalentreprenøren når han blir eller burde blitt klar over forholdene nevnt i første ledd. Krav på vederlagsjustering tapes dersom det ikke varsles innen fristen.»

Og videre i pkt. 34.1.3 første avsnitt:

«TUE kan kreve særskilt justering av vederlaget som følge av økte utgifter til kapitallytelser, rigging, drift og nedrigging som er en nødvendig følge av forhold angitt i 34.1.1. og 34.1.2. Det kan avtales egne regler for slik vederlagsjustering.»

Lagmannsretten kan ikke se at det at EOK 039 er kalt et endringsordrekrav og ikke et varsel skal ha noen rettslige konsekvenser. Partene har hatt dialog om EOK 039 fra og med 6. september 2016 og til sluttoppgjøret i desember 2017. I EOK 039 er det innledningsvis krysset av både for «Varsel» og «Endringsordrekrav» og EOK 039 er betegnet «Vederlagsjustering». Det er også innledningsvis vist til standarden pkt. 34.1.1 og 34.1.3 og at NCC med dette varsler «vederlagsjustering og økte kostnader til rigg og drift». Den eventuelle formalfeilten ved at dette er nummerert som en EOK får derfor ingen betydning for resultatet.

Høsten 2016 varslet NCC pengekrav knyttet til rigg og drift parallelt både i EOK 036, EOK 039 og i de enkelte EOK. I økonomimøterapport nr. 3 av 17. oktober 2016 er EOK 036 betegnet «Omdisponering av ressurser og oppbemanning» og EOK 039 betegnet «Vederlagsjustering» skjematisk lagt under «nye endringer pr: 06.09.2016», sammen med

flere andre EOK. Når det gjelder EOK 039 fremgår at kontraktens fremdrift tilsier syv måneder med rigg og drift. Endringen reguleres i henhold til dette som på det aktuelle tidspunkt medførte et tillegg på ca. 2,7 millioner kroner. Det presiseres at dette ikke gjelder oppbemanning. Lagmannsretten tolker det siste som en avgrensning mot EOK 036.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at NCC gjennom EOK 039 har fremsatt et krav på vederlagsjustering for rigg og drift knyttet til den forlengede anleggsperioden. På dette tidspunkt har Purac, etter lagmannsrettens vurdering, ikke bundet seg til kravet gjennom å ha akseptert dets eksistens eller innhold. I forlengelsen av dette må presiseres at lagmannsretten ikke er enig med NCC når det anføres at Purac hadde en aktivitetsplikt etter standardens pkt. 32.2 da kravet ble varslet. NCC sitt krav er hjemlet i standarden pkt. 34.1.3 som i motsetning til 34.1.1 ikke viser til bestemmelsene i pkt. 32 og 33. Lest i sammenheng synes dette å være et bevisst valg i standarden ved at krav etter 34.1.1 hjemles i pkt. 32 eller 33, mens rigg og drift hjemles direkte i 34.1.3. Dersom manglende svar skal ha preklusiv virkning må dette fremgå klart av standarden. Lagmannsretten legger derfor til grunn at standarden ikke hjemler preklusiv virkning dersom Purac ikke umiddelbart bestrider grunnlaget for kravet.

Samtidig må det være klart at lojalitetsplikten mellom partene hjemlet både i NS 8417 pkt. 3 og den ulovfestede lojalitetsplikten, tilsier at profesjonelle parter avklarer sitt standpunkt knyttet til et kravs berettigelse innen rimelig tid. Denne plikten til å avklare er særlig viktig blant annet ved vederlagsjustering for rigg og drift ved forsinkelse, som i denne saken. Dette fordi en tidlig avvisning av kravets berettigelse sannsynligvis ville medført lavere aktivitet fra NCC med den konsekvens at NCC hadde pådratt seg færre utgifter til rigg og drift. Lagmannsretten legger derfor til grunn at lojalitetsplikten mellom partene tilsier en avklaring av kravets berettigelse innen rimelig tid, mens kravets størrelse fortløpende må vurderes etter forsinkelsens art og lengde, samt kostnadene som påløper.

EOK 039 var også tema i møtet i Lund 8. desember 2016. Motivet for møtet var «EOK (Ändringar och Tilläggsbeställningar)». Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at møtet kom i stand etter at Purac ønsket å formalisere kommunikasjonen mellom partene og NCCs ønske om tilbakemelding på de forskjellige EOK. Protokollfører i møtet var Barkevall (Purac). NCC sine kommentarer er merket i rødt.

I møtereferatet har NCC tilføyd at EOK 036 ble godkjent av Purac i møtet, noe som heller ikke er bestridt av Purac. Under et punkt om generell håndtering av EOK fremgår at Purac synes det er vanskelig å ta beslutning på en EOK når den ikke er prissatt – heller ikke med et overslag. Videre fremgår:

«NCC mener EOK innebär en ändring i förhållande till kontraktet och samtidig innebär en kostnad. Signerad «Godkjent» innebär accept på ändringen. Signerad «Bestilling» innebär accept av redovisat belopp.»

Partene er ikke enige om betydningen av denne delen av referatet. Vitnene fra NCC er tydelig på at dette er partenes felles mening slik denne fremkom i møtet. Det vises til at det er Purac som har ført det i pennen og at de tre setningene ikke skal leses i sammenheng på den måten at de to siste setninge ikke er en felles oppfatning. Puracs vitner fremholder at dette kun er NCC sitt standpunkt.

Det er ikke avgjørende for lagmannsrettens konklusjon å ta stilling til betydningen av det siterte avsnittet i møterefateret. Lagmannsretten tillegger likevel avsnittet vekt i vurderingen av om Purac innen rimelig tid har avvist kravets berettigelse eller om deres forespørsler om kravets omfang tilsier at selskapet binder seg. Lagmannsretten legger til grunn at Puracs aktivitetsplikt øker gjennom at EOK 039 var satt på agendaen under møtet i Lund og at Purac fra dette tidspunkt var klar over NCCs forståelse av underskrift på en EOK.

Lagmannsretten legger også vekt på at EOK 039 var eget punkt på agendaen i Lund:

«EOK 039 Vederlagsjustering

Justering gäller for utökning av entreprenaden i tid baserat på kostnad för ändringar. I dagsläget 3 månader förlängning. NCC redovisar.»

NCC har i etterkant av møtet tilføyd i møterefateret:

«NCC- foreløpig har NCC medtatt 3 mnd i beregningene for sin vederlagsjustering som vist og forklart i Lund. Endelig størrelse på endringen avgjøres når tidskonsekvensen ved alle pågående endringer er avklart. Ihht ny plan kan utsettelsen bli 6 mnd totalt sett.»

Møterefateret viser at kravets berettigelse ikke var et tema. Det er kravets størrelse som diskuteres mellom partene. Samtidig vektlegger lagmannsretten at EOK 036 eksplisitt ble godkjent i møtet i motsetning til EOK 039. Lagmannsretten er således av den oppfatning at Purac i desember 2016 verken har godkjent berettigelsen av kravet eller tilkjennegitt uenighet om kravets berettigelse.

Den 20. januar 2017 signerer Purac EOK 039. Purac signerer både fanen «Godkjent av: Purac» og fanen «Bestilling fra: Purac». Lagmannsretten er ikke i tvil om at NCC på dette tidspunkt anser signaturene for å være en godkjennelse av kravets berettigelse og en forhåndsgodkjennelse av utgiftene estimert til ca. 3 millioner kroner. Ut fra bevisførselen er derimot lagmannsretten usikker på om Purac anså seg bundet gjennom sin underskrift. Lagmannsretten har merket seg både partsforklaring fra Purac og vitneforklaringer som bestrider en slik forståelse. Lagmannsretten ser også innvendingen mot at en slik signatur har slike rettsvirkninger; nemlig at dette kan oppfattes som en blankofullmakt for fremtidige kostnader.

Samtidig legger lagmannsretten til grunn at Purac er kjent med NS 8417 sitt system for fastsettelsen av vederlagsjusteringen, jf. pkt. 34.2 – 34.4, slik at selskapet var kjent med at en erkjennelse av kravets berettigelse ikke nødvendigvis tilkjennegir en erkjennelse av kravets størrelse. Lagmannsretten legger derfor til grunn at Purac – selv om underskriften i seg selv ikke tillegges avgjørende betydning – gjennom sin adferd gir NCC en berettiget forventning om at kravet er akseptert, mens partene fremdeles forhandler om kravets størrelse.

Denne berettigede forventningen styrkes etter lagmannsrettens syn av partenes opptreden våren 2017. Det fremgår for eksempel av økonomireferat nr. 9 av 26. februar 2017 at EOK 039 er flyttet fra nye endringer til «Bestilte endringer av Purac». Dersom Purac var uenig i at disse endringene var bestilt burde de aktivt ha protestert mot denne flyttingen av EOK 039. Tilsvarende er EOK 036 flyttet til samme rubrikk. Av møtoreferatet fremgår følgende av særlig relevans:

«04.01.17 – Beräknas og redovisas av NCC enligt NS 8417 pkt 34.1.1. och 34.1.3 med slutligt belopp för tilläggsarbeten samt reviderad tidplan som grund. Det slutliga beloppet för vederlagsjustering fastställs i förhandling.

25.01.17 – NCC kommer med en oversikt og sluttsum for vederlagsjustering i økte byggetid. EOK 036 regulerer endringer (spesiell og stor mengde) i tillegg til EOK 039.

12.02.17 – ny beregning etter mottatt ny hovedfremdriftsplan er 4 200 000,- eks mva i forlenget byggetid. EOK 030 og 031 tas inn i denne endringen for vurdering.

26.02.17 – Når det gjelder alle EOK med fremdriftkonsekvens, så vil denne EOK 039, beregne fristforlengelsen som vederlagsjusteringen beregnes ut fra. Dette vil danne total kostnad med fristforlengelse. Ny dagmulktbelastede datoer avtales deretter når planen er omforent.»

Referatet viser med styrke at EOK 039 fortløpende var tema mellom partene og at det var kostnadens størrelse som ble diskutert. Etter lagmannsrettens syn styrkes også den refererte tidsnære dialogen forklaringene fra Gamlem og Løvseth hos NCC om at skillet mellom EOK 036, EOK 039 og eventuell belastning av rigg og drift på øvrige EOK var tema mellom partene. Den refererte dialogen taler klart for at Purac har akseptert kravets berettigelse. Til støtte for synet vises også til logg «Endringer og tilleggsarbeid» 26. februar 2017 som uten merknader fra Purac er listet opp som godkjent.

EOK 039 er fortløpende tema i e-post-korrespondanse mellom partene fra 24. mars 2017 til 9. oktober 2017. Temaet er forsinkelsens lengde og dens betydning for beregning av kostnaden. Løvseth etterspør sluttdato slik at EOK 039 kan beregnes. I denne perioden foreslår Løvseth en sjablongmessig beregning av kostnaden til rigg og drift, men er avhengig av forsinkelsens lengde for å kunne gi et endelig overslag. Temaet mellom partene er også i denne perioden kontinuerlig kravets størrelse/forsinkelsens lengde – ikke kravets berettigelse. I e-post 9. oktober 2017 skriver Purac v/Winberg vedrørende den foreslåtte modellen for beregning av kravet i EOK 039 og berettigelsen av kravet:

«Den modell som ni beskrivit och försökt förklare har således inget stöd i vårt inbördes kontrakt. NS 8417 ger heller ikke mycket vägledning. Att NCC får visse tillkommande kostnader orsakade av tidsförlängningen är obestridd, men inte alls i den storleksordningen som presenterast av er. Så långt uppfattade jag att vi var överens vid vårt senaste möte i Trondheim. Vi bestämde att Purac skulle återkomma med ett förslag vilka faktiska kostnader som vi anser rimligt at kompensera i en särskilt vederlagsjustering, utöver det som inte omfattas av ersättningen i de enskilde EOK-erna.

Vi anser det är rimligt at NCC erhåller ersättning för:

- Kostnader för dig Terje samt Roy-Inge för perioden som tidsförlängningen omfattar och med fördelat omfattning (heltid/deltid) under denne period. Ersättningen fastställs när frågan om slutdatum är klarlagd.
- Kostnader för brakerigg inklusive driftskostnader för perioden augusti – oktober, 3 månader.
- Redovisade merkostnader för garanti, försäkring och eventuella kapitalkostnader.

Øvrige merkostnader som tidsförlängning och utökad volym medfört anser Purac vara reglerat i øvrige EOK-er.»

Dette taler klart for at også Purac anser seg forpliktet til å dekke EOK 039, men at de er uenig i beregningsmodellen og kravets størrelse. Inntil denne dato har partene således entydig forholdt seg til EOK 039 som et krav om dekning av NCCs ressurser og tilleggskostnader i forlenget byggeperiode som Purac er forpliktet til å dekke. Uenigheten har knyttet seg til kravets størrelse.

Det er denne konkludente adferden fra kravet fremsettes i september 2016 og til grunnlaget for kravet første gang bestrides 18. desember 2017 som tilsier at Purac er bundet. Purac måtte – for å hindre tap hos NCC – på et tidligere tidspunkt ha bestridt grunnlaget for kravet. Lojalitet i kontraktsforhold tilsier særlig aktsomhet når kontraktsmotparten informerer om at de løpende påtar seg forholdsvis store kostnader og at deres adferd, gjennom kontinuerlig å purre på tilbakemelding på EOK 039 og å flytte EOK 039 til bestilt både i referat fra økonomimøtene og i endringslogg - tilsier at de anser Purac som forpliktet til å dekke EOK 039. Denne konklusjonen underbygges også av NS 8417 pkt. 34.2.1 hvor det fremgår:

«TUE kan gi [...] et spesifisert tilbud på justering av vederlaget.

Totalentreprenøren skal ta stilling til tilbudet innen rimelig tid.»

I dette tilfellet ga NCC (TUE) allerede i desember 2016 et tilbud på justering av vederlaget. Denne spesifiseringen konkretiseres våren 2017. Purac har ikke tatt stilling til tilbudet innen rimelig tid, men agert med spørsmål og periodevis passivitet overfor NCCs henvendelser.

Purac har – i strid med lojalitetsplikten mellom partene - ikke ivaretatt den nødvendige aktsomheten. Det er for sent å protestere på kravets berettigelse 1 år og 3 måneder etter at det er fremsatt og kostnadene allerede er påløpt, særlig hensett til at kravets størrelse

kontinuerlig har vært tema i denne perioden. Lagmannsretten er derfor av den oppfatning at Purac – gjennom sin adferd – har akseptert kravets berettigelse. NCC hadde en berettiget forventning om å få dekket i alle fall deler av kravet.

Kravets størrelse

Dette standpunkt endres ikke av at NCC initialt fremsatte et for høyt krav gjennom en sjablongmessig beregningsmåte som ikke var avtalt mellom partene. Lagmannsretten oppfatter dette som et forhandlingsutspill fra NCC med hensyn til kravets størrelse i tråd med NS pkt 34.2.

Lagmannsretten legger videre til grunn at partene har hatt et bevisst forhold til grensesnittet mellom drift og rigg-kravet i EOK 039, EOK 036 og de enkelte EOK. EOK 039 og 036 knytter seg alene til fristforlengelsen, men de enkelte EOK knytter seg til endringens volum. I stedet for å kreve de administrative ressursene og øvrige fristforlengelseskostnader i hver enkelt EOK – gjennom et fast påslag eller sjablong – ble partene enige om at disse kostnaden ble trukket ut og fremsatt i to særskilte EOK. Lagmannsretten kan således ikke se at det er sannsynliggjort dobbeltkompensasjon.

Purac har videre anført at det totale vederlaget og fortjenestemarginen NCC har fått i prosjektet er så stort at det ikke er sannsynlig at det finnes udekkede kostnader på NCCs hånd. Tingretten har i sin dom vurdert denne anførselen på følgende måte:

«Partene er enige om at det prosjektet NCC tok på seg å være totalunderentreprenør i endret totalt karakter da grunnforholdene ikke var som forutsatt. Endringsarbeidene oversteg raskt det NCC var forpliktet å påta seg etter NS 8417. Når de likevel aksepterte å foreta endringsarbeidene i en vanskelig situasjon for alle involverte, er det ikke unaturlig at dette ble gjort med god fortjenestemargin. Denne løsningen var også i Puracs interesse. Mengden endringsarbeid, med tilhørende behov for løpende omprosjektering, tilsier at kostnadene ble vesentlig høyere for endringsarbeidene enn om det hadde vært prosjektert med slike arbeider opprinnelig.»

Lagmannsretten tiltrer tingrettens vurdering.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at NCC har krav på vederlagsjustering. Kravet skal da beregnes i tråd med NS 8417 pkt. 34.2 - 34.4.

NS pkt. 34.2.2 første avsnitt:

«Justering av vederlaget skal skje etter bestemmelsene i 34.3 og 34.4, med mindre totalentreprenøren har akseptert et tilbud fra TUE om slik justering, jf. 34.2.1.»

Dersom tilbud ikke blir akseptert skal vederlagsjustering bygge på anvendelige enhetspriser. Finnes ikke slike enhetspriser skal vederlag skje i samsvar med bestemmelsene om regningsarbeid, jf. NS 8417 pkt. 34.4.

Det endelige kravet er spesifisert gjennom EOK 039 av 5. august 2019:

EOK 039 Vederlagsjustering Priskonsekvenser ved endring							
POST NR.	POST/BESKRIVELSE	ENHET	Delfaktura nr.	NY MENGDE	PÅSLAG	ENHETSPRIS	PRIS
	Totalt Pris						kr 5 500 860
1	Brakkeleie 25% av totalkostnad da purac har dekket 75% av brakkerigg. Ivaretar brakker og inventar fra ramirent.	DAG		230,0	12 %	kr 287	kr 66 074
2	Brakkevask. Renhold 2 ganger i uken forutsatt i tilbud.(25% av total i henhold til avtale)	MND		12,8	12 %	kr 2 349	kr 29 991
3	Septikktømming Annenhver uke som forutsatt i tilbud (25% av total i henhold til avtale)	MND		12,8	12 %	kr 2 282	kr 29 134
4	Teleskoptruck uten svingkrans Manitou med alt tilbehør	DAG		232,0	12 %	kr 1 373	kr 318 481
5	Admin Terje Løvseth Prosjektleder Som forutsatt i tilbud, 40 timers uke. Timepris fastsatt i kontrakt	UKE		51,6	0 %	kr 50 000	kr 2 578 571
6	Admin Lars Harald Mosand Formann Som forutsatt i tilbud, 40 timers uke. Timepris fastsatt i kontrakt	UKE		35,1	0 %	kr 38 000	kr 1 335 429
7	Bankgarantier Som følge av forlenget byggetid	RS		0,001	12 %	kr 95 200 000	kr 95 200
8	Forsikringer som følge av forlenget byggetid og økt kontraktssum. (Antatt totalsum)	%		0,003	12 %	kr 95 200 000	kr 285 600
9	Økt rigg og drift fra underentreprenører	MND		7,5	12 %	kr 95 200	kr 714 000
10	Bil Som følge av forlenget byggetid	MND		8,2	0 %	kr 5 900	kr 48 380

Beregning av fristforlengelse og tider for vederlagsjustering

Dato Kommentar Dager uker måneder

14.03.2017	Opprinnelig avslutning av rigg og drift i kontrakt				
01.04.2018	Dato for fristforlengelse	383		55	12,8
30.10.2017	Brakker avsluttet	230		33	7,7
15.11.2017	Manitou avsluttet	246		35	8,2
15.11.2017	Bil avsluttet	246		35	8,2
22.03.2018	Prosjektleder avsluttet	361		52	12,0
10.11.2017	Maskiner sendt bort	241		34	8,0
15.11.2017	Formann Lars Harald Mosand avsluttet	246		35	8,2

Kravet gjelder flere poster hvor utgifter til prosjektleder Løvseth og formann Mosand er de største. Totalt er kravet på 5 500 860 kroner uten mva. og forsinkelsesrente. Berettigelsen av kravets ulike elementer var i tingretten ikke bestridt. For lagmannsretten har Purac anført at tidsbruken til Løvseth og Mosand synes stor, men ikke bestridt at det er korrekt at de har vært til stede på anlegget i perioden. Også utgifter til bankgaranti og forsikring er bestridt med henvisning til at NCC anskaffer dette i eget konsern.

Lagmannsretten kan ikke se at Puracs anførsler tilsier at kravet er for høyt. Utgifter til forsikring og bankgaranti vil være løpende utgifter uavhengig av hvordan disse er

finansiert. Vitnene fra Purac bekreftet også Løvseth og Mosands tilstedeværelse i prosjektet. Det er ikke sannsynliggjort at utgiftene til dekning av Løvseth og Mosands tilstedeværelse og øvrige utgifter krevd gjennom EOK 39, omfattes av EOK 036 eller de øvrige EOK.

Retten har på denne bakgrunn funnet NCCs krav tilstrekkelig dokumentert og sannsynliggjort. NCC har dermed et kontraktsmessig krav mot Purac for det beløp som fremgår av EOK 039. NCC har krevd forsinkelsesrente fra 1. august 2018. Dette er ikke bestridt av Purac.

Sakskostnader

NCC har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet at tungtveiende grunner gjør det rimelig å frita Purac for erstatningsansvar etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Advokat Vagle har lagt frem kostnadsoppgave for lagmannsretten pålydende 457 752,95 kroner eks. mva., avrundet til 457 753 kroner. Av dette beløpet utgjør salæret 435 100 kroner. Det er ikke fremmet innsigelser mot kravet. Lagmannsretten legger kostnadene til grunn som nødvendige og rimelige, jf. tvisteloven § 20-5. NCC har fradragrett for merverdiavgift.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. NCC Norge AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten med 457 753 – firehundreogfemtisyvtusensyvhundreogfemtitre - kroner.

Nina Sandell

Ragnhild Ryssdal Vada

Gunnar Greger Hagen

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.