



GULATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 21.03.2014 i Gulating lagmannsrett,

Saksnr.: 12-067156ASD-GULA/AVD2

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Jon Atle Njøsén
Nina Cathrine Noss
Ove Midttun

Meddommere:

Sivilingeniør
Sivilingeniør

Johannes Hope
Kolbjørn Næsje

I	Anke Ankende part	Mika AS	Advokat Hans Christian Brodtkorb Advokat Thor Andreas Brekke Wessel
	Ankemotpart	Staten v/ samferdselsdepartementet	Advokat Andreas Rostveit
II	Avledet anke Ankemotpart	Staten v/ samferdselsdepartementet	Advokat Andreas Rostveit
	Ankende part	Mika AS	Advokat Hans Christian Brodtkorb Advokat Thor Andreas Brekke Wessel

DOM

Saken gjelder tvist om sluttoppgjør i forbindelse med et tunnel- og rassikringsprosjekt i Kjosnesfjorden i Jølster.

Mika AS (heretter også Mika) tok ut søksmål ved Fjordane tingrett mot Staten v/ Samferdselsdepartementet 30.11.2010, der hovedkravet var krav om betaling av kr 37.087.252 som Mika AS mente å ha i sluttoppgjøret mellom Mika AS og Statens Vegvesen (heretter også SVV).

Fjordane tingrett avsa dom i saken 12.12.2011 med slik domsslutning:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet vert dømd til å innan 2 –to- veker å betale Mika AS 5 401 530 – femmillionarfirehundreogtusenfemhundreogtretti- kroner eksklusiv meirverdiavgift med tillegg av lova sine forseinkingsrenter frå og med 24. februar 2010 og fram til betaling skjer.
2. Staten v/ Samferdselsdepartementet vert dømd til å innan 2 –to- veker å betale Mika AS meirverdiavgift av det beløp som går fram av slutninga punkt 1 i samsvar med gjeldande reglar.
3. Sakskostnader vert ikkje tilkjent.

Mika har anket dommen til lagmannsretten. Staten har tatt til motmæle i tilsvaret, samt inngitt avledet anke. Staten har i tillegg for lagmannsretten fremmet et nytt tilbakebetalingskrav, stort kr 10.527.736, som lagmannsretten ved kjennelse 16.01.2013 tillot medtatt i ankesaken. Kravet er under ankeforhandlingen redusert til kr 6.877.946. Partene har for øvrig utvekslet en rekke prosesskriv.

Ankeforhandling ble holdt i Gulating lagmannsrett, Bergen, 20.01-23.01, 27.01-30.01 og 03.02-06.02.2014. Lagmannsretten hørte forklaringer fra partsrepresentanter samt 20 vitner. Det ble foretatt dokumentasjon slik det fremgår av rettsboken.

Tingretten har gitt en beskrivelse av saksforholdet som lagmannsretten legger til grunn, og som gjengis i det følgende:

"I april 2007 innbydde Statens Vegvesen til anbodskonkurranse knytt til eit rassikringsprosjekt på Rv 5 i Kjosnesfjorden i Jølster kommune, Sogn og Fjordane. Prosjektet omfatta bygging av Støylsnestunnelen på ca 2 600 meter, ca 800 meter veg i dagen og 5 rasvollar.

Anbudskonkurransen vart kunngjort den 13. april 2007 og det vart halde tilbodskonferanse med synfaring den 23. april 2007. Frist for å gje tilbod vart sett til 24. mai 2007.

Mika AS var ein av fleire entreprenørar som gav tilbod på prosjektet. Etter tilbodsopninga vart Mika AS sitt tilbod vald, og avtale mellom partane vart inngått den 2./4. juli 2007. Kontraktforma var ei mengderegulerbar entreprisekontrakt basert på Statens Vegvesen si utgåve av NS 3420, der Statens Vegvesen hadde prosjekteringsansvaret og Mika AS ansvaret for utføringa.

Kontrakten er delt i følgjande delar: A1 Innbyding til anbudskonkurranse, A2 Avtaledokument, A3 Orientering, C Kontraktføresegner, D2 Spesielle kontraktføresegner, E Skildring og mengdeopplysningar og G Tilbodsopplysningar, pris og tilbodsskjema.

Kontrakten sin del C, Kontraktføresegner, byggjer som nemnd på NS 3430, men Statens Vegvesen har gjort enkelte endringar i standarden. Desse endringane er merka med E. Vidare har Statens Vegvesen innarbeidd enkelte utfyllande føresegner av meir administrativ art. Desse er merka med A.

Mika AS starta sitt arbeid i august 2007. Frist for ferdigstilling var i avtalen sett til 10. september 2009.

Sjølve tunneldrivinga starta frå austsida den 6. februar 2008. Etter kort tid møtte Mika AS bergspenningar og sprakefjell. Mika AS varsla om dette i entreprenørmelding nr. 4 datert 12. mars 2008. Den 16. april 2008 starta Mika AS også med tunneldriving frå vestsida. Også der møtte Mika AS sprakefjell.

På byggemøte nr. 15 den 30. april 2008 vart partane samde om ei fristforlenging på 24 dagar. Dette var knytt til forhold som ikkje er ein del av denne saka. Ny sluttdato for prosjektet vart sett til 8. oktober 2009.

Den 25. november 2008 hadde Mika AS gjennomslag i tunnelen og arbeidet med rasvollane vart ferdigstilt medio mars 2009.

På byggemøte nr. 36 den 16. april 2009 vart partane – med tilvisning til ekvivalentrekneskapen - samde om eit tidstillegg på 8 veker (48 dagar), slik at frist for overlevering vart utsett frå 8. oktober 2009 til 3. desember 2009. Mika AS held likevel fast på at dei ville kunne ferdigstille prosjektet til 8. oktober 2009, men fekk dekkja meirkostnader for tidlegare ferdigstilling.

Den 8. oktober 2009 vart rassikringsprosjektet overlevert og overtakingsprotokoll vart underteikna. Frist for levering av sluttdokumentasjon for FDV vart sett til 19. november 2009.

Den 16. desember 2009 sette Mika AS fram sitt sluttoppgjør. Statens Vegvesen kom med sine innvendingar og motkrav i brev av 24. februar 2010. Etter dette har det vore ytterlegare korrespondanse mellom partane utan at det har lykkast partane å kome til semje om dei tvistespørsmåla som søksmålet gjeld."

Følgende krav er omtvistet:

- I Krav på kompensasjon for merkostnader pga. avvikende bergforhold.
- II Krav på oppgjør for bygging av rasvoller.
- III Krav på regulering for lønns- og prisstigning, samt økte driftskostnader (Rigg og LPS).
- IV Krav på dagmulkt i forbindelse med levering av sluttdokumentasjon for FDV.
- V Forsinkelsesrenter
- VI Krav om tilbakebetaling av sluttoppgjør.
(nytt krav for lagmannsretten)

Mika AS har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Mikas krav er på til sammen kr 23.402.020 som inkluderer det beløp som tingretten idømte Staten.

- I Krav på kompensasjon for merkostnader pga. avvikende bergforhold.

Det er SVV som har risikoen for at grunnforholdene er slik Mika kunne forventet ut fra kontrakten og omstendighetene for øvrig. Det forelå ikke holdepunkter for at Mika skulle ta høyde for sprakefjell av varierende intensitet i så og si hele tunnelens lengde. Den geologiske rapport i konkurransegrunnlaget fremstår som misvisende, og på sentrale punkter uriktig, målt opp mot de reelle grunnforholdene Mika møtte i prosjektet.

Mika mener seg berettiget til en kompensasjon for merutgifter selskapet er blitt påført som følge av at grunnforholdene avviker fra hva Mika burde tatt i betraktning ved innlevering av anbudet. Det foreligger et markert avvik mellom de reelle grunnforholdene og de grunnforhold som Mika burde forvente basert på geologisk rapport og omstendighetene for øvrig.

Kravet er forankret i kontraktsbestemmelsene C pkt. 7.5 og 21.1 og spesielle kontraktsbestemmelser D pkt. 18. Kravet er todelt. Den ene delen av kravet representerer en kompensasjon for de merutgifter Mika ble påført ved nedsatt produktivitet, heft og forsinkelser under driving av tunnelen. Som en følge av sprakefjellet, er det dokumentert at

drivetiden på tunnelen ble forlenget med i alt 1038 timer. Dette representerer rett i underkant av 10 uker med 106 timers skift som det var på Kjøsnes. Kostnaden er beregnet ved at man har tatt gjennomsnittlig timekostnad for tidsavhengige kostnader relatert til tunneldrift i prosjektet, og multiplisert denne opp med antall timer Mika kan dokumentere som forsinkelse som følge av sprakefjell. Mika krever kr 9.055.036 eks mva. i kompensasjon. Kravet omfatter kr 425.215 i tråd med tingrettens dom, i kompensasjon for skadet utstyr som følge av sprakefjell. Kravet representerer en reduksjon i forhold til kravet i anken med i overkant av kr 2 mill.

Tingretten har ved fastsettelsen av Mikas krav benyttet formelen inntatt i kontrakten C pkt. 21.1. Formelen er en ren administrativ bestemmelse og den er ikke anvendelig i forhold til et krav som her ikke gjelder forsinkelser, men merutgifter av andre årsaker. Mika har krav på å få dekket sine reelle merkostnader.

Den andre delen av kravet er basert på det faktum at tunnelprofilen ble utvidet som følge av sprakefjellet. Kravet gjelder merutgifter knyttet til opplasting og transport av den ekstra fjellmasse som måtte håndteres som følge av sprakefjellet med fradrag for den egenrisiko Mika tar frem til 50 cm utenfor teoretisk sprengningsprofil. Mika aksepterer tingrettens beregning på dette punkt og krever kr 600.000 eks. mva. i kompensasjon som følge av utvidet tunnelprofil (også benevnt geologisk betinget utfall i prosessdokumentene) i tråd med tingrettens dom.

II Krav på oppgjør for bygging av rasvoller.

Mika krever oppgjør for oppføring av rasvoller med sprengt fjell fra tunnelen etter kontraktens bestemmelser for endringer. Arbeidet med oppføring av rasvoller er en del av kontrakten, men arbeidet ble ikke priset av Mika i tilbudsfasen fordi det manglet en prosess i beskrivelsen for oppføring av rasvoller med tunnelstein. Det er byggherren som har ansvaret for at konkurransegrunnlag og beskrivelse er utformet tilstrekkelig klart til at entreprenøren unngår feilprising. Når det ikke er mulig å fastslå at partene har hatt en felles forståelse av innholdet i avtalen på avtaletidspunktet, må retten basere avgjørelsen på en objektiv tolkning av avtalen. Avtalen er blitt til etter en anbudsprosess. Det har ikke foregått forhandlinger mellom partene. Det stilles derfor særlige strenge krav til at byggherren på en klar og entydig måte beskriver arbeidene som skal prises. SVV har eventuelt bevisbyrden for at partene har hatt en felles kontraktsforståelse som avviker fra kontrakten. SVV bærer også risikoen for uklarheter i anbudsgrunnlaget.

Kravet på vederlag for oppføring av rasvoller utgjør prinsipalt kr 7.815.860 eks. mva. Prosess 28.7 kan benyttes ved avregningen av de mengder som gikk med til byggingen av prosjekterte rasvoller. Arbeidene som beskrives i prosess 28.7 tilsvarer de arbeidene som kom til utførelse, eller uansett " i det alt vesentlige [...] likeartet med arbeidene det er

fastsatt enhetspris for" i prosess 28.7, jf. kontrakten C pkt. 28.4.1. SVVs kontraktsforståelse bryter med systemet i prosesskodens Håndbok 025-1 1994.

Entreprenøren kan ikke foreta inngående etterprøving av byggherrens prosjektering. Dersom Mika skulle pålegges risikoen for at mengdeanslag er i utakt med hva som skal utføres, pålegges Mika i realiteten arbeidet med å kvalitetssikre og rette opp anbudsgrunnlaget. En slik betraktning er det ikke rom for i gjeldende entrepriserett når det tale om en utførelsesentreprise. Det må kunne legges til grunn at Mika forstod avtalen på den måten som fremkommer etter en naturlig språklig fortolkning av beskrivelsen og kontrakten for øvrig.

Dersom SVV blir hørt med at post 32.71 dekker arbeider med bygging av rasvoller, innebærer dette bl.a. at SVV har brutt med prosesskodens system på flere områder uten at dette er kommet klart og tydelig til uttrykk. SVV har "skjult" et sentralt element i prosjektet inn under post for opplasting og transport i tunnel. Mika har bygget rasvoller med fjellmasser fra tunnelen uten å få betalt for byggearbeidene og nødvendig transport eller mellomlagring. SVV må bære risikoen for feil i anbudsgrunnlaget.

Kravet er varslet kontraktsmessig, og det er ikke grunnlag for justering av enhetsprisen siden SVV aldri har krevet justering i tråd med bestemmelsen i C pkt. 28.4.3. Under enhver omstendighet er kravet ikke av en slik type som prekluderes etter bestemmelsen i kontraktens C pkt. 28.3.1.

Subsidiært krever Mika på samme måte, og for de samme masser, kr 7.798.320 eks mva. for bygging av rasvoller med sprengt stein fra tunnelen ved avregning etter prosess 28.31.

Atter subsidiært, dersom lagmannsretten som tingretten kommer til at Mika vil få dobbelt oppgjør for opplasting og transport etter de to foregående grunnlag, gjør Mika krav på oppgjør etter prosess 28.32 med kr 5.263.866 eks mva.

Atter atter subsidiært gjøres gjeldende, at dersom lagmannsretten som tingretten mener at prosess 28.7 er anvendelig, og at det skal gjøres fradrag for opplasting og transport i prosess 28.7, gjør Mika gjeldende at fradraget må gjøres ved å benytte prisen i prosess 32.72. Dette kravet utgjør kr 4.873.950 eks. mva.

For alle tilfeller anføres at avregning etter prosess 32.71, som omhandler opplasting og transport av masser fra tunnelen til mellomlager eller fyllplass, skal skje i tillegg. Dette er i tråd med forutsetningene for kontrakten.

Det rettslige grunnlaget for kravet er kontraktens poster og kontraktens C pkt. 28 flg., jf. pkt. 28.4.1. Rettslig grunnlag er kontraktens poster og kontrakten C pkt 28 flg.

III Krav på regulering for lønns- og prisstigning, samt økte driftskostnader (Rigg og LPS).

Videre krever Mika regulering av Rigg som følge av økning på mer enn 10 prosent av kontraktssummen med hjemmel i kontraktsbestemmelsen C pkt. 31. Kravets størrelse er direkte knyttet til krav på oppgjør for bygging av rasvoller. Kravet vil variere avhengig av hvilket resultat retten kommer til i hovedkravet. Prinsipalt utgjør kravet kr 417.667. Mika krever videre indeksregulering av kontraktssummen basert på LPS (endringer i lønninger, priser og sosiale kostnader) med hjemmel i kontraktsbestemmelsen C pkt. 23 og spesielle bestemmelse D pkt. 12. Regulering skal skje frem til 4. kvartal 2009. Kravets størrelse er en funksjon av krav fremmet i tilknytning til rasvoller, og vil dermed også variere tilsvarende. Kravet utgjør prinsipalt kr 687.242. Kravene er en konsekvens av at sluttoppgjøret er omtvistet (pkt.2.3).

IV Krav på dagmulkt.

Tingretten har tatt feil når den har gitt SVV medhold i at tilbakeholdt dagmulkt på kr 4.400.000 ikke skal utbetales. Mika bestrider at SVV har krav på dagmulkt. FDV – dokumentasjonen var ved frist for ferdigstilling i slik stand at SVV etter kontraktens bestemmelser ikke kunne nekte å overta denne.

Mika meldte dokumentasjonen ferdig og innkalte til møte den 20.11.2009 for å gjennomgå og overlevere dokumentasjonen. Flere tusen sider med dokumentasjon var samlet, organisert og ferdigstilt med unntak for enkelte bagatellmessige mangler. SVV nektet ikke å overta dokumentasjonen. Årsaken til at dokumentasjonen ikke fysisk ble overlevert, var at SVV ønsket å vente inntil de siste sidene med dokumentasjon fra underentreprenøren Aurstad var på plass, men det var ikke et krav fra SVVs side. SVVs opptreden medførte at Mika ikke oppfattet at man ble forsinket i forhold til den dagmulktbelagte fristen for overlevering av FDV – dokumentasjon. Mika bestrider SVVs dagmulktkrav på to rettslige grunnlag.

FDV – dokumentasjonen var på det tidspunkt den var meldt ferdig i en slik stand at den ikke kunne nektes overtatt etter kontraktsbestemmelsen C pkt. 30.5. Dokumentasjonen må anses ferdigstilt etter pkt. 20.1, hvilket medfører at byggherren ikke har krav på dagmulkt etter pkt. 20.2.

Videre følger det av kontraktbestemmelsene om overtakelse i C pkt. 30 flg., at dersom byggherren ikke nekter å overta kontraktsarbeidene anses disse som overtatt, og dagmulkt løper således ikke, jf. pkt 20.1 og 20.2.

V Forsinkelsesrenter

Mika krever forsinkelsesrenter fra 24.02.2010. SVV anfører at Mikas krav ikke har vært dokumentert tilfredsstillende jf. pkt. 24.1. SVVs innsigelse skulle vært fremmet i sluttoppgjøret, og må anses bortfalt. Kravet realitetsbehandles i SVVs innsigelser til sluttoppgjør av 24.02.2010 der manglende dokumentasjon ikke er et tema. Kravet er under enhver omstendighet løpende dokumentert i EA (endringsanmodninger) 003 datert 03.06.2008, 17.07.2010, 20.03.2009 og sluttoppgjøret 16.12.2009.

V Krav om tilbakebetaling av sluttoppgjør

SVVs motkrav er prekludert. Krav og innsigelser i forbindelse med sluttoppgjør reguleres av kontrakten C pkt. 31.3 jf. 31.5. Innsigelser skal fremsettes innen en frist på 70 dager. Slutfaktura er stemplet mottatt 21.12.2009. Frist for innsigelser og krav er 01.03.2010. Kravet fra SVV ble først fremmet i ankesaken 12.03.2012. Innsigelser om å ta hensyn til mengder oppgjort etter enhetspriser, ble først fremmet under hovedforhandling i Gulating lagmannsrett. SVVs standpunkt medfører i realiteten at det ikke eksisterer noen frist for å fremme innsigelser og krav fra byggherrens side, mens entreprenør har maksimalt 70 dager.

Mika AS har nedlagt slik påstand:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet betaler til Mika AS kr 22.931.669 eks mva, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 24.02.2010 til betaling skjer.
2. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mika AS merverdiavgift av beløp angitt i påstandens pkt. 1, i henhold til gjeldende regler.

I avledet anke

3. Mika AS frifinnes for krav fra Staten v/ Samferdselsdepartementet.
4. Avledet anke forkastes.

I begge tilfeller

5. Mika AS tilkjennes sakskostnader.

Staten v/Samferdselsdepartement har i hovedtrekk gjort gjeldende:

I Krav på kompensasjon for merkostnader pga. avvikende bergforhold.

Risikoplassering følger kontraktens funksjonsfordeling. Kontraktens D 2 pkt.18 regulerer risikospørsmålet uttømmende. Vurderingstemaet er todelt. For det første er spørsmålet hva entreprenøren etter en samlet vurdering burde forvente. Hva entreprenøren burde forvente, er entreprenørens risiko. For det andre er spørsmålet om det foreligger et markant avvik fra dette utgangspunktet. I dette ligger også en vurdering av hvorvidt Mika rent faktisk har kalkulert med spenningsytringer i Støylsnestunnelen. Dersom Mika har kalkulert med spenningsytringer, er det klart at entreprenøren ikke skal ha oppgjort for det samme en gang til.

Det er videre et krav om årsakssammenheng. Det er utelukkende merkostnader forårsaket av sprakefjell som kan kreves kompensert. Merkostnader som skyldes entreprenørens egne forhold så som driftsopplegg, maskinhavari, metodevalg, underkalkulasjon etc. svarer ikke byggherren for.

Det er endelig et krav om bevis og sannsynliggjøring av økonomisk tap. Det er utelukkende entreprenørens nødvendige merkostnader som kan kreves dekket. De nødvendige kostnader skal holdes mot kostnadene som ville ha påløpt med de variasjoner som erfaringsmessig kan forekomme.

Fra dette skal det gjøres fradrag for kostnader som allerede er kompensert gjennom kontraktens egne prismekanismer (enhetspriser mv.) Det skal videre gjøres fradrag for merutgifter på grunn av egenrisiko. Endelig skal det gjøres fradrag for de økonomiske fordelene Mika har hatt ved at grunnforholdene ikke var som forventet. Krav som ikke er varslet underveis, eller som ikke er medtatt i entreprenørens sluttoppgjør er prekludert, jf. NS 3430 pkt. 21.2 og 31.3.

Formelen i kontrakten C pkt. 21.1 danner utgangspunkt for kravsberegningen. Subsidiært anføres at utmåling skal skje etter alminnelige utmålingsregler.

SVV mener Mika ikke har grunnlag for sitt krav knyttet til merutgifter som følge av sprakefjell. Grunnforholdene, såkalt sprakefjell, mener SVV at Mika var klar over ved kontraktsinngåelsen basert på allmenn kunnskap, bransjeerfaring og bransjekunnskap, informasjon på anbudsbeifaringen samt Mikas egne opplysninger. Entreprenøren må vurdere opplysningene i konkurransegrunnlaget og geologisk rapport mht arbeidets utførelse. Det er en bred og sammensatt vurdering. Geologisk rapport har både vurderinger og nakne undersøkelsesdata. Ved nakne data må entreprenøren selv vurdere betydningen for utførelsen. Geologisk rapport beskriver samtlige symptomer på sprakefjell. Informasjon i post- og mengdebeskrivelse er relevant ved vurderingen. Det er heller ikke fremlagt noen form for dokumentasjon som underbygger at Mika ikke har tatt høyde for spenninger i sitt tilbud. Det foreligger ikke avvik, og i alle tilfeller ikke et markert avvik som gir grunnlag for et krav.

Sprakefjellet er dessuten ikke årsaken til den økte rensketiden som ligger til grunn for Mikas tidskrav. Det er heller ikke grunnlag for en differansebetraktning mellom oppgitt rensketid og teoretisk rensketid slik Mika benytter. Mikas egen plunder har åpenbart ført til forsinkelser. Når det gjelder tidsbruk for sprøytebetong, er denne tilpasset Mikas egen syklus og kun unntaksvis forårsaket av spenninger. Mika har derimot brukt tid på å sprøyte mer betong enn nødvendig, og som de har fått oppgjør for ut over angitte mengder.

Mikas krav knyttet til geologisk betinget utfall bygger på 10.000 m³. Utgangspunktet er at Mika har risikoen for alt overfjell i prosjektet, jf. E pkt. 32. Ved geologisk betinget utfall er det naturlig at Mika får krav på tillegg. Et grunnleggende krav er at Mika varsler kravet slik at SVV får muligheten til å følge opp/kontrollere Mikas påstander. Det er ikke gjort og kravet er bortfalt, jf. pkt.17.5. Mika har ikke påvist geologisk betinget utfall. Bevisførselen viser at det ikke har vært geologisk betinget utfall. I den grad retten mener det er grunnlag for kravet, må det settes ned. I høyden kan det settes til 2.000 m³.

Det er ikke godtgjort at krav og tidskonsekvens skyldes spenninger og sprakefjell. Uansett foreligger det ikke ansvarsgrunnlag og kravet er dessuten prekludert, jf. NS 3430 pkt. 21.2 og 31.3. Kravsberegningen lider dessuten av metodiske svakheter, og vilkåret om at kostnader "klart overskrider" det som erfaringsmessig kan forekomme, er ikke oppfylt.

II Krav på oppgjør for bygging av rasvoller.

Konkurranses grunnlaget, korrekt fortolket, innebærer at vollarbeider er en del av kontrakten og dermed skal inkluderes i entreprenørens pristilbud. At kontrakten er forstått på denne måten og at kostnadene er medtatt, følger av Mikas adferd underveis. Skulle det være uklarhet om dette, anføres det subsidiært at Mika må bære risikoen da man ikke har søkt avklaringer i tilbudsfasen. Kravet er heller ikke varslet i tide og dermed prekludert. Atter subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for å kompensere annet enn gravemaskinarbeider etter regningssatser.

III Krav på regulering for lønns- og prisstigning, samt økte driftskostnader (Rigg og LPS).

Når det gjelder krav på regulering for lønns- og prisstigning samt økte lønnsutgifter, mener SVV at det ikke er grunnlag for kravet. Partene er imidlertid enige om innslagspunktet og beregningsmåten avhengig av hva retten faller ned på mht. rasvoller. Det forutsettes at retten benytter kontraktens prisgrunnlag. En evt. differansebetraktning mellom to enhetspriser kan ikke benyttes som kontraktens prisgrunnlag.

IV Krav på dagmulkt.

Vilkårene for dagmulkt er oppfylt. I henhold til partenes kontrakt er frist for fremleggelse av FDV-dokumentasjon dagmulktbelagt. Ordlyden er klar og entydig. Det skal foreligge komplett levert sluttdokumentasjon innen den fastsatte fristen. Dagmulkt slutter å løpe ved komplett levert FDV. Bestemmelsen i kontrakten C pkt 30.5 kommer ikke til anvendelse for FDV. Pkt. 30.5 omhandler kontraktsarbeidet, dvs. det fysiske anlegget, og ikke FDV dokumentasjon. FDV dokumentasjon er for å vurdere om krav til kontraktsarbeid "er oppfylt". FDV gjelder den fremtidige bruken av kontraktsarbeidet. Anførselen vil i prinsippet bety at dagmulktbestemmelsen om FDV er en nullitet. Kontrakten har ingen unntaksbestemmelse om at FDV ikke skal leveres komplett. Dagmulksatsen er kr 50.000. Mika har oversittet fristen med 88 dager og det er beregnet dagmulkt etter kontraktens satser.

V Forsinkelsesrenter

Renter skal beregnes fra lagmannsrettens domsavsigelsestidspunkt.

V Krav om tilbakebetaling av sluttoppgjør

SVVs motkrav er forankret i at Mika har fått for mye utbetalt på grunn av overforbruk av bolter og betong. Det for mye kreves tilbakebetalt og utgjør samlet kr 6.877.946. SVV gjør gjeldende at årsaken til at det er medgått betydelig større mengder bolter og sprøytebetong skyldes bl.a. Mikas uriktige metoder i sprakefjell. Det er brukt flere bolter enn hva Q-systemet anbefaler og benyttet mer sprøytebetong. Sikringsmengden kan ikke forklares ut fra spenningsforholdene. I denne saken har det vært debattert hva som har vært rette Q-verdier og således sikringsmengder. Det er fortsatt et tvistetema. SVV ble først klar over at det var et overforbruk av bolter og sprøytebetong i forbindelse med tingrettens behandling. Kravet er ikke prekludert. Bestemmelsen pkt. 31.1 jf. pkt. 31.5 er ikke preklusiv, og inviterer til en mer sammensatt vurdering. Uansett mener SVV at dersom lagmannsretten kommer til at det ikke foreligger grunnlag for kravet så har Mika gjennom overforbruket fått en betydelig overkompensasjon som i alle tilfelle må komme til fradrag i eventuell utmålt kompensasjon for øvrige sprakefjellskrav.

Staten ved Samferdselsdepartementet har nedlagt slik påstand:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet frifinnes mot å betale kroner 122 899,-.

I avledet anke

2. Staten v/ Samferdselsdepartementet frifinnes for krav fra Mika AS v/ styrets leder.

3. Mika AS v/ styrets leder dømmes til å betale Staten v/ Samferdselsdepartementet et beløp oppad begrenset til kroner 6.877.946,- inkl mva.

I begge tilfeller

4. Staten v/ Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens omkostninger.

Lagmannsretten skal bemerke:

I Krav på kompensasjon for merkostnader pga. avvikende bergforhold.

Mika krever dekket merkostnader som følge av at selskapet møtte sprakefjell under tunneldrivingen. Begrepet sprakefjell er ikke entydig definert, men brukes i det følgende om spenningsytringer i berg av ulik art og styrke. Mika har forankret kravet i de generelle bestemmelser i kontrakten C pkt. 7.5 og pkt. 21.1, og i de spesielle bestemmelser i D pkt. 18. Kravet er på til sammen kr 9.655.230. Det omfatter driving i sprakefjell og utvidet tunnelprofil.

Pkt. C 7.5 lyder som følger:

”Byggherren skal holde entreprenøren skadesløs i henhold til punkt 21 for utgifter som entreprenøren påføres som følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert.”

Pkt. 21.1 regulerer nærmere de kostnader entreprenøren kan kreve dekket og lyder som følger:

”Blir entreprenøren påført merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1 eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren.

Entreprenøren har bare krav på kompensasjon i den utstrekning han ikke kan begrense eller forebygge utgiftene med rimelige midler.”

Det følger av bestemmelsene at entreprenøren skal ha dekket merkostnader som har årsakssammenheng med feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert. Entreprenøren er samtidig pålagt en tapsavgrensningsplikt. Det er utelukkende nødvendige merkostnader som kan kreves dekket.

I kontraktens spesielle bestemmelser er det en særskilt bestemmelse om grunn-/fjellforhold pkt. 18. Denne lyder som følger:

”For dette prosjektet er det utført grunnundersøkelser, og rapport med resultater er en del av konkurransegrunnlaget, jfr. pkt A3-11.5.2.

For dette prosjektet er det også utarbeidet geologisk rapport som er en del av konkurransegrunnlaget, jfr. pkt A3-11.5.1.

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

Entreprenøren kan ikke påberope at de virkelige forhold avviker fra beskrivelsen/rapporten(e) med mindre det foreligger markerte avvik som entreprenøren ikke verken kunne eller burde ha oppdaget før pristilbud for arbeidene ble gitt. Dersom det foreligger et slikt markert avvik, må entreprenøren i tillegg påvise at han er påført nødvendige merkostnader som klart overskrider kostnader som kunne ha påløpt med slike variasjoner i de beskrevne forhold som erfaringsmessig kan forekomme.”

Kontrakten er inngått mellom profesjonelle parter. Denne type kontrakter skal i utgangspunktet fortolkes objektivt og kontraktens ordlyd skal tillegges stor vekt, jf. Rt. 2002 s. 1155. Den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ordlyd har bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse på avtaletidspunktet, jf. Rt. 2010 s. 1345.

Lagmannsretten viser også til Dragsteen "Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger" s. 322 som relevant ved avtaletolkningen. Det heter der bl.a. følgende:

"Leverandøren skal ut fra konkurransegrunnlaget utvetydig kunne vurdere hva oppdragsgiver ønsker å anskaffe, slik at det kan utarbeides et tilbud som har en reell mulighet til å nå opp i konkurransen. Konkurransegrunnlaget, evt. sammen med kunngjøringen og et prekvalifiseringsgrunnlag, skal derfor inneholde alle nødvendige opplysninger for at leverandøren skal kunne utarbeide et fullverdig tilbud, forutsatt at opplysningene er tilgjengelige før tilbudsfristens utløp, jf. anskaffelsesforskriften del II § 8-1 (1) (a) og del III § 17-1 (2) (n) og kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5."

Når det gjelder avvikende grunnforhold, følger det av gjeldende rett at byggherren bærer risikoen for at arbeidsunderlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig. I NS 8405 (2010) som erstatter NS 3430, er dette kodifisert i pkt. 19.3.

Lagmannsretten viser videre til Viggo Hagstrøm Entrepriserett s. 81, der det heter følgende:

"Det er en grunnfestet setning i norsk entrepriserett at risikoen i utgangspunktet trekkes etter funksjonsfordelingen i kontrakten. Byggherren har risikoen for at tegninger og beregninger er riktige, entreprenøren for at arbeidet blir fagmessig utført overensstemmende med tegningene og beregningene. Når svikt i byggverket er en følge av den utforming prosjektet har fått, faller risikoen for dette på byggherren. Denne rettssetningen ble lagt til grunn av Høyesterett allerede i Rt. 1917 s. 673.

Lagmannsretten viser videre til Marthinussen m fl, NS 8405 med kommentarer pkt. 19, der det på side 272 heter bl.a. følgende:

"Byggherrens risiko for grunnforholdene strekker seg så langt som "entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene forøvrig". Byggherrens risiko for grunnforholdene vil således måtte bero på en konkret helhetsvurdering hvor avvik fra det den forstandige entreprenør kunne slutte seg til, blir et avvik byggherren bærer risikoen for."

Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at Mika møtte sprakefjell etter kort tid, og som fortsatte under store deler av drivingen i Støylsnestunnelen. Partene er ikke uenige om dette. Uenigheten dreier seg mer om omfanget og intensiteten av sprakefjell.

Registreringer foretatt av SVVs kontrollingeniører viser 402 salver med SRF-verdier mellom 2,5-25, 110 salver med SRF-verdier mellom 30-40 og 23 salver med SRF-verdier mellom 50-100.

SRF er ett parameter som inngår i den såkalte Q – metoden som blir benyttet for å klassifisere bergmasser. Det dreier seg om en skjønsmessig fastsettelse av en faktor som gir uttrykk for spenningsforholdet i bergmassene. Det benyttes følgende tabell ved harde, kompetente bergarter som i denne saken:

<i>H</i>	<i>Lave spenninger, åpne sprekker. Utfall av blokker pga lav spenning. Vanligvis nær overflaten.</i>	<i>2,5</i>
<i>J</i>	<i>Middels høye spenninger, gunstige spenningsforhold</i>	<i>1</i>
<i>K</i>	<i>Høye spenninger. Vanligvis gunstige stabilitetsforhold, men kan være ugunstig for veggstabilitet</i>	<i>0,5-2</i>
<i>L</i>	<i>Moderat avskalling etter > 1 time i massivt berg</i>	<i>5-20</i>
<i>M</i>	<i>Avskalling og bergslag etter få minutter i massivt berg</i>	<i>50-200</i>
<i>N</i>	<i>Intens bergslag og umiddelbart deformasjonsbrudd i massivt berg</i>	<i>200-400</i>

Det følger av bevisførselen, vitneforklaringer fra arbeidsfolk på stedet, at tunneldriverne opplevde sprakefjell av ulikt omfang gjennom store deler av tunnelen. Dette underbygges

også av merknader som de har gitt i ukeskjemaer samt dokumentasjon av skader/fare for skader på personell og maskiner under tunneldrivingen.

SVVs kontrollingeniører hadde begrenset praktisk erfaring fra tidligere prosjekter med å fastsette SRF-verdier.

Sakkyndig vitne, ingeniørgeolog Aagaard, i Sweco som ble engasjert av Mika var på befaring i tunnelen ved to anledninger under tunneldrivingen. Hans kollega, ingeniørgeolog Jacobsen, var dessuten på tre befaringer. Aagaard mener kontrollingeniørenes SRF – verdier generelt er fastsatt noe for lavt. Det samme mener sakkyndig vitne, ingeniørgeolog Palmstrøm. Han har ikke vært på befaring i tunnelen, men bygger på nedtegningene av spenningsytringene underveis. Lagmannsretten mener basert på deres vitneforklaringer at SRF-verdiene er fastsatt noe for lavt i hele tunneldrivingsperioden. Dette gjelder spesielt for perioden frem til 27. mars 2008. Etter dette justerte kontrollingeniørene nivået på verdiene noe opp, basert på anbefaling fra ingeniørgeolog Aagaard.

For at byggherren skal komme i ansvar, må det foreligge *"feil eller uoverensstemmelser i dokumentene som byggherren har levert"* slik det fremgår av kontrakten C pkt.7.5.

Som påpekt av tingretten, kan feil være både direkte uriktige opplysninger i anbudsdokumentene, men også utelatelser dersom disse gir et misvisende bilde.

Som konkurransegrunnlag for anbudet har SVV utarbeidet en geologisk rapport ved ingeniørgeolog Svein Helge Frækaland. I rapporten er det gitt følgende sammendrag:

"Vegprosjektet omfatter ca. 2620 meter ny tunell og ca. 780 meter veg i dagen. Anleggsområdet ligg på nordsida og ved den austlege delen av Kjøsnesfjorden som ligg 207 meter over havet.

Med omsyn til tunellen så er det observert berre to soner som kan ha oppknust fjell og dårleg stabilitet og som kan skjera ned i tunelltraséen. Sonene ser ut til å vera steile og vil ha rimelig gunstig vinkel i forhold til tunellen.

Orienteringa til tunelltraséen i forhold til foliasjonen vil sannsynleg krevja noko ekstra sikring i taket. Fjellet ser elles ut til å vera av stort sett god kvalitet, med lite oppsprekking. Unntatt er enkelte soner med nord-sørgående forkastningar med knusing i kjernen. Desse forkastningane er steile og nær rettvinkla med tunelltraséen, noko som er gunstig.

Tunelltraséen ligg under lausmassar og ur så ein har få detaljerte strukturgeologiske registreringar i nærheita av traséen. Begge forskjeringane og tunellpåhogga ligg i eller ved områder med lausmassar og ur. Det er ikkje gjort registreringar eller observasjonar i forskjerings-/påhoggsområda som tyder på steinsprang eller steinras som er ferskare enn

anslagsvis 100 år. Snøras er ikkje observert ved forskjeringa ved Føreneset. Forskjeringa ved Lundevassenden ligg mellom to snørasområder, Erkeskreda og Høgrendefonna. Konkurransgrunnlaget omfatter ledevollar som vern mot desse snørasa."

Foruten opplysningene i geologisk rapport kunne anbyderne bygge på opplysninger som byggherren gav under anbudskonferansen og anbudsbefaringen samt egne observasjoner ved befaring av det aktuelle området.

Spørsmålet blir om anbudsgrunnlaget sammenholdt med de muntlige opplysningene som byggherren gav under anbudskonferansen og anbudsbefaringen er av en slik karakter at disse samlet sett gir et uriktig eller misvisende bilde av bergmassen som tunneltraseen skulle gå i.

Geologisk rapport inneholder ingen opplysninger om sprakefjell eller risiko for høye bergspenninger. Rapporten beskriver at kvaliteten på fjellet ser ut til å være av stort sett god kvalitet. Unntak gjelder for to soner som kan ha oppknust fjell og dårlig stabilitet samt enkelte soner med nord-sørgående forkastninger med knusing i kjernen. Behovet for sikringsmengder beskrives totalt sett å være litt over normalt.

Lagmannsretten legger til grunn at det heller ikke under anbudskonferansen og anbudsbefaringen ble gitt opplysninger om mulig risiko for å støte på sprakefjell eller høye bergspenninger i tunneltraseen. Ingen av representantene for entreprenørene som møtte på konferansen/befaringen kan erindre at det ble gitt slike opplysninger. Byggherrens prosjektleder, Odd Erik Haugen, kunne heller ikke huske at slike opplysninger ble gitt. Vitnet Okkenhaug som representerte konkurrenten, Veidekke, mener bestemt at han i så fall ville ha notert slike opplysninger i dagbøker/notater som han fører ved slike konferanser/befaringer. Byggeleder Åge Jonn Hillestad, som hadde hovedansvaret for utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, mener å ha nevnt egne erfaringer med bergspenninger i Bergstunnelen, Frudalstunnelen og Fjærlandstunnelen. Basert på det samlede bevisbilde finner lagmannsretten det ikke sannsynliggjort at det ble gitt opplysninger om risiko for høye bergspenninger og sprakefjell i tunneltraseen.

Opplysninger om høye bergspenninger og sprakefjell er helt sentrale for entreprenører som skal regne anbud på tunneldriving. Det vises til vitneforklaringer fra Okkenhaug, Palmstrøm, Aagaard og siv. ing. Trond Johansen. Okkenhaug og Johansen beskrev at så lenge det verken var skrevet eller sagt noe om bergspenninger ville de ved kalkulasjon av anbudet legge til grunn for prosjektet at det ikke var risiko for høye bergspenninger.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn, basert på en samlet vurdering, at mangelen på opplysninger om bergspenninger gav et misvisende og til dels uriktig bilde av bergforholdene målt opp mot de reelle grunnforholdene Mika møtte i prosjektet. Det foreligger således feil, eller uoverensstemmelser i anbudsdokumentet og opplysningene

som byggherren forøvrig har gitt. Disse er av en slik karakter at entreprenøren kan påberope seg kontrakten C pkt. 7.5.

Selv om vilkårene i C pkt. 7.5 foreligger, er ikke dette tilstrekkelig til at byggherren blir ansvarlig for merutgifter som entreprenøren er blitt påført som følge av høye bergspenninger eller sprakefjell.

Det følger av kontrakten D pkt. 18 gjengitt ovenfor at entreprenøren ikke kan påberope at de virkelige forhold avviker fra beskrivelsen med mindre det foreligger markert avvik som entreprenøren verken kunne eller burde ha oppdaget før tilbud ble inngitt.

Spørsmålet om Mika kunne eller burde oppdage at selskapet ville treffe på sprakefjell, må løses ut fra hva en forstandig entreprenør kunne eller burde forvente ut fra opplysningene i anbuds- og kontraktsdokumentene, muntlige opplysninger som byggherren har gitt og ut fra forholdene for øvrig.

Den geologiske rapporten beskriver at Kjøsnesfjorden ligger i en typisk U-formet tverrprofil som er skapt av isbreene, at fjellsidene er svært bratte og reiser seg 1100 m over fjorden, og at det har utviklet seg avlastningssprekker parallelt med overflaten (eksfoliasjonssprekker). I denne type fjell med slike formasjoner vil, slik lagmannsretten har forstått de sakkyndige vitner, det erfaringsmessig være en risiko for høye bergspenninger.

Som tingretten, legger lagmannsretten, til grunn at SVV i forbindelse med utarbeidelsen av anbudsgrunnlaget hadde en forventning om at entreprenøren kunne møte sprakefjell under tunneldrivingen. Vitneforklaringer fra byggeleder Hillestad og ingeniørgeolog Frækaland bekrefter dette. Frækaland unnlot å innta opplysninger om sprakefjell i geologirapporten med bakgrunn i gjeldende retningslinjer fra Vegdirektoratet om at bare fakta og ikke vurderinger skulle inntas i slike rapporter. Opplysninger om sannsynligheten for sprakefjell er således en vurdering som de valgte og ikke si noe om. De forventet at entreprenøren på bakgrunn av anbudsdokumentene og befaringen ville være like god til å vurdere dette spørsmålet.

Vegdirektoratet har i forbindelse med godkjenningen av konkurransegrunnlaget i notat av 30.03.2007 tatt opp spørsmålet om hvorvidt faren for sprak var vurdert. Det følger av svaret fra Hillestad at det ikke forelå målinger som kunne bekrefte eller avkrefte risiko for sprak, og at de derfor ikke fant det riktig å ta inn informasjon om dette i geologisk rapport. Det ble samtidig opplyst at SVV ville gi opplysninger om sprakefjellsproblematikk i tidligere drevne tunneler som Bergstunnelen, Fjærlandstunnelen og Olatunnelen under anbudsbeifaringen.

Lagmannsretten legger som ovenfor nevnt til grunn at slike opplysninger likevel ikke ble gitt.

Etter lagmannsrettens syn er anbudsgrunnlaget tilrettelagt slik at spørsmålet om forekomst av sprakefjell bevisst er holdt utenfor. Når det som her er utarbeidet en geologirapport og byggherren har ansvaret for prosjekteringen, og entreprenøren for utførelsen, må entreprenøren i utgangspunktet kunne stole på opplysningene som der gis, uten selv å måtte foreta selvstendige ingeniørgeologiske undersøkelser eller å kalkulere med sprakefjell basert på egen generell erfaring med denne type bergarter og fjellformasjoner. Å pålegge entreprenøren en undersøkelsesplikt utover de opplysninger byggherren ga i konkurransegrunnlaget, vil forskyve risikoen fra byggherren over på entreprenøren. Etter lagmannsrettens syn må vurderingen av hva entreprenøren burde eller kunne oppdage vurderes ut fra det foreliggende anbudsgrunnlaget og de konkrete opplysninger som byggherren gav på anbudskonferansen og anbudsbefaringen, og ikke ut fra hva entreprenøren på generelt grunnlag kunne eller burde forstå.

Ved vurderingen av hva entreprenøren kunne eller burde oppdage skal det ikke bare ses hen til geologisk rapport i anbudsdokumentene, men også til de opplysninger som gis i anbudsdokumentene forøvrig. Staten har påberopt at kontrakten del E "*Beskrivelse og mengdefortegnelse*" gir opplysninger om risikoen for sprakefjell. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det ikke kan forventes at Mika ut fra opplysninger om boltetyper, trekantplater og valg av sprøytebetongklasse burde eller kunne oppdage at de ville møte sprakefjell. Som påpekt av tingretten, drar valg av sprøytebetongklasse i retning av at SVV ikke så for seg nevneverdige problemer med sprakefjell. Sikringsmengden inntatt i kontrakten var heller ikke fastsatt på grunn av forventninger om sprakefjell, men ut fra erfaringstall SVV hadde fra tidligere tunnelprosjekt.

Det tilføyes uansett at byggherren hadde minst like gode forutsetninger for å forutse sprakefjell som det en forstandig entreprenør eventuelt burde være. Når situasjonen samtidig er den at byggherren valgte ikke å opplyse om sprakefjell, måtte Mika derfor kunne legge til grunn at fraværet av konkrete opplysninger om sprakefjell i anbudsgrunnlaget, tilsa at det ikke skulle tas høyde for sprakefjell i anbudet.

Staten har også anført at Mika faktisk kjente til at de sannsynligvis ville støte på sprakefjell, og har i den anledning vist til referat fra byggemøte nr. 14 av 16. april 2008 pkt. 14.16, der det heter følgende:

"Entr. Nyttar omgrepet "problemområdet" om sprakefjell i tunnelen. Bh. er ikkje samd i at det er problemområde med den type fjell/omfang av sprak evt. dårlig fjell slik det har vore og er i tunnelen.

Mika svara at fjellet ikkje var verre enn ein kunne forvente av tunnel i slikt terreng, men nytta omgrepet mest av di det ikkje var varsla på førehand i geologisk rapport."

Lagmannsretten er her enig med tingretten i at det ut fra dette ikke kan trekkes den konklusjon at Mika kjente eller burde kjent til grunnforholdene. Det vises til at det avgjørende er hva Mika kjente eller burde forstå ved innleveringen av anbudet og ikke hvordan de vurderte muligheten for sprakefjell etter tunneldriving i 2 måneder.

Lagmannsretten er etter dette i likhet med tingretten kommet til at Mika basert på de foreliggende opplysninger i anbudsdokumentene og opplysningene de forøvrig fikk og hadde tilgang til, verken kunne eller burde oppdage at de ville møte sprakefjell av den karakter og det omfang som de gjorde, på det tidspunkt de gav anbudet. Det dreier seg om sprakefjell av et omfang og intensitet, jf. beskrivelsen ovenfor, som representerer et markert avvik i forhold til det entreprenøren burde eller kunne forvente.

Som det følger av kontrakten C pkt. 21.1 jfr. pkt. 7.5, skal Mika holdes skadesløs for de merkostnader selskapet er blitt påført som følge av de uforutsette grunnforholdene. Entreprenøren kan kreve merkostnader som han kan påvise klart overskrider de kostnader, som ellers kunne ha påløpt med slike variasjoner i de beskrevne forhold som erfaringsmessig kan forekomme. Tingretten har gitt følgende beskrivelse om dette som også er dekkende for lagmannsrettens syn:

"I vilkåret meirkostnader ligg at det er snakk om kostnader utover det som Mika AS uansett ville hatt utan dei uføresette grunnforholda, samt at det er snakk om kostnadsdekning utan nokon forteningselement/dekningsbidrag. Meirkostnadane må vere nødvendige og klart overskride erfaringsmessig variasjonar jf. kontrakten D2 18. Er grensa fyrst overskriden, har Mika AS krav på kompensasjon for alle nødvendige meirkostnadar med frådrag for eigenrisikoen som svarar til den variasjon som erfaringsmessig kan førekome.

Mika AS sitt krav er to delt. Det vert kravd dekning av meirkostnader ved at tunnelapparatet fekk stillstans. Dette på grunn av auka rensketid, meir sprøyting av betong i skifttid enn det som var føresatt og auka tidsbruk som følgje av at ein til tider måtte bore og bolte ei og ei rast. Vidare vert det kravd dekning av meirkostnader som følgje av utvida tunnelprofil. Dette i form av opplasting og transport av ekstra tunnelmasse, samt breiare blankett m.m. Krava heng i ein viss grad sama, særleg gjeld dette kravet knytt til auka rensketid og kravet knytt til opplasting og transport av ekstra masse."

Tingretten har ved fastsettelsen av Mikas krav benyttet formelen inntatt i kontrakten C pkt. 21.1. Lagmannsretten er enig med Mika i at det er en ren administrativ bestemmelse og at den ikke er anvendelig ved et krav som her ikke gjelder forsinkelser, men merutgifter av andre årsaker. Mika har derfor krav på å få dekket sine reelle merkostnader. Det Mika krever dekket, er faktisk påløpte merutgifter. Prosjektet ble for øvrig ikke forsinket, noe

som er egnet til å vise at Mikas krav ikke kan henføres til et sjablongmessig forsinkelseskrav utmålt etter den nevnte formel.

Lagmannsretten går deretter over til å behandle de enkelte poster som Mika krever dekket.

Mika har fremmet et krav for merkostnader på til sammen kr 9.655.230. Kravet er bygd opp slik:

<u>Driving i sprakefjell</u>				8292116
Rensk ut over forutsatt				
Stuff Øst	9293 x	447,99 timer =	4163171	
Stuff Vest	5358 x	347,05 timer =	1859494	
Spruting i skifttid				
Stuff Øst	9293 x	72,8 timer =	676530,4	
Stuff Vest	5358 x	75,2 timer =	402921,6	
Boring av en og en rast				
Stuff Øst	9293 x	47 timer =	436771	
Stuff Vest	5358 x	25 timer =	133950	
Ødelagt utstyr iht. vedlegg 7				
Stuff Øst			216986	
Stuff Vest			208228	
Venting på reparasjon av ødelagt utstyr				
Stuff Øst	9293 x	18 timer =	167274	
Stuff Vest	5358 x	5 timer =	26790	
 <u>Kostnad for reparasjon av utstyr</u>				 425214
 <u>Hovedadministrasjon</u>	8892116	3,80 %		 337900
 <u>Utvidet tunnelprofil</u>				 600000
Beregning iht. tingrettsdom				
 <u>TOTALSUM</u>				 9655230

Staten mener deler av kravet uansett ikke er varslet og derfor bortfalt ved preklusjon, jf. kontrakten C pkt. 17.5. Staten gjør gjeldende at varselet er for generelt og sier lite om hvordan problemene materialiserer seg. Mika måtte identifisere de forhold som forårsaker merutgiftene i det nøytrale varselet. Mika referer til at selskapet påføres merutgifter som følge av sprakefjell, og at det vil følges opp med byggherren. Deretter beregner Mika sine merkostnader som følge av økt rensketid og ikke mht. boring av en og en rast. Det er flere oppdateringer av kravet underveis uten at en og en rast er nevnt, og følgelig kan denne

delen av kravet ikke sies å være varslet. Uansett er kravet bortfalt fordi det ikke er medtatt i sluttoppgjøret.

Lagmannsretten bemerker at det følger av pkt.17.5 at krav om dekning av merutgifter skal varsles skriftlig, og uten ugrunnet opphold etter at entreprenøren er blitt klar over at det er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører dekning av merutgifter. Retten til å kreve merutgifter tapes dersom varselet ikke gis uten ugrunnet opphold. Det oppstilles også et krav til entreprenøren om at han innen rimelig tid spesifiserer og begrunner kravet.

Mika har i entreprenørmelding nr. 4 av 12. mars 2008 varslet om at det er registrert sprakefjell i tunnelen, og at de vil komme tilbake med eventuelle tids- og kostnadmessige konsekvenser av dette. Lagmannsretten har delt seg i et flertall og et mindretall ved avgjørelsen av spørsmålet. Flertallet, lagdommer Njosen, Lagdommer Noss, og fagkyndig meddommer Næsje, er enig med tingretten i at varselet er gitt i rimelig tid og at kravet, unntatt merkostnader til boring og bolting av en og en rast, er spesifisert og begrunnet innen rimelig tid. Det vises til at det her dreier seg om en komplisert utregning som ligger bak kravet, og som vanskelig lar seg presentere innen kort tid. Flertallet er på denne bakgrunn enig med tingretten i at det er tilstrekkelig at spesifikasjonen og den nærmere begrunnelsen kom i forbindelse med sluttoppgjøret. Når det gjelder kravet knyttet til boring og bolting av en og en rast, er dette kravet ikke varslet eller spesifisert, og heller ikke medtatt i sluttoppgjøret. Kravet ble først fremsatt 18.11.2010, ca 2 år etter sluttoppgjøret. Antall timer som gikk med i ventetid kunne vært spesifisert i entreprenørmelding til byggherren, og kravet skulle i alle fall vært spesifisert i sluttoppgjøret. Når Mika har unnlat dette, finner flertallet at kravet ikke er spesifisert og begrunnet innen rimelig tid, og at det må anses prekludert etter bestemmelsen i kontrakten C pkt.17.5.

Mindretallet, lagdommer Midttun og meddommer Hope, er enig i at det foreløpige varselet var gitt i tide og var tilstrekkelig. Mindretallet er og enig i at kravet om oppgjør for rens og spruting i skifttid var tilstrekkelig spesifisert og rettidig. Mindretallet er enig med flertallet i at boring og bolting en og en rast er prekludert. I tillegg mener mindretallet at heller ikke kravet knyttet til geologisk betinget utfall, er varslet, spesifisert eller begrunnet innen rimelig tid. Det er derfor prekludert på sammen samme måte som kravet knyttet til boring og bolting av en og en rast. Mindretallet peker på at Mika hadde etter fortløpende oppmåling hver femte meter, datagrunnlag for å vurdere kravet knyttet til geologisk utfall. Kravet ble først fremmet i sluttoppgjøret, og det er for sent. Det gikk ca 14 måneder fra avsluttet tunneldriving til sluttoppgjør forelå. Mindretallet viser til støttet for sitt syn til Kolruds kommentar til NS 3430 samt Marthinussen m.fl. i kommentar til NS 8405 (2010) s. 389. Det fremgår bla. at entreprenøren skal *"spesifisere og begrunne sitt krav uten ugrunnet opphold når det foreligger grunnlag for å beregne omfanget av kravet. Etter at nøytralt varsel er sendt, må entreprenøren umiddelbart påbegynne arbeidet med å skaffe til veie den informasjon han trenger for å kunne beregne omfanget av kravet."*

Lagmannsretten vil innledningsvis før den går inn på de enkelte poster bemerke at Mikas oppstilling bygger på løpende innsendte timelister og kostnadstall fra siv. ing. Trond Johansens utregninger.

SVV hadde ikke innvendinger til etterretteligheten av timelistene eller grunngitte prinsipielle motforestillinger mot Johansens utregninger, og den samlede lagmannsrett tar derfor utgangspunkt i dette. Det SVV påpekte var at forbruk av diesel og strøm ikke var redusert for "heftperiodene".

Det fremgår av Johansens oppsett at diesel og strøm utgjør kr 3,8 mill, og inngår som en del av de samlede kostnader på kr 56.584.986 for hele tunnelperioden. Tallene er gjennomsnittstall og inneholder en viss effekt av redusert forbruk i heftperioden. Etter lagmannsrettens syn skal en vesentlig del av de 3,8 mill. som faller på den samlede heftperiode likevel holdes utenfor ved beregningen av Mikas løpende merkostnader. En skjønnsmessig reduksjon her på kr 3 mill. utgjør 5,3 prosent av de samlede kostnader på kr 56.584.986. Lagmannsretten tar ved gjennomgangen nedenfor utgangspunkt i de tall som Mika har i sin oppstilling ovenfor. Lagmannsretten finner dog at de kostnader som er lagt inn for reparasjon, vedlikehold og internleie på utstyr med kr 15.518.628 skjønnsmessig bør reduseres med kr 2.800.000, med bakgrunn i at de totale reparasjons- og vedlikeholdskostnadene i oppsettet fra Trond Johansen anses å være for høye. Det skal også trekkes fra 425.214 for reparasjon av ødelagt utstyr, som var tatt med to ganger. Mikas krav om 3,8 prosent påslag for hovedadministrasjon innebærer i det alt vesentligste fortjeneste og settes til 0 prosent. Ut fra det som går frem av oppsettet ellers innebærer dette at timeprisen på stuff øst settes til kr 8.178 og på stuff vest kr 4.769.

I.1 Øket rensketid

Kravet Mika har fremsatt gjelder dekning av nødvendige merkostnader som følge av at tunneldriften i sprakefjell medførte øket rensketid. Mika har tatt utgangspunkt i samlet registrert rensketid etter de møtte sprakefjell og gjort fradrag for normalrensk. Mika har tatt utgangspunkt i at normalrensk utgjør ca. 52 minutt per salve basert på prosjektrapport 2B-95 fra NTH "Tunnel drift Prognoser konvensjonell drift" s. 51 flg. Mikas krav er beregnet ut fra at timebruk ut over normal rensk skyldes de uforutsette grunnforholdene som følge av sprakefjell. Mika har beregnet timetall på stuff øst til 447,99 og timetall på stuff vest til 347,05.

Lagmannsretten finner beregningsmåten med hensyn til hva som må antas å være en gjennomsnittlig normalrensk per salve i uproblematisk fjell til å ligge nær opp til det reelle tidsforbruk ved ordinær tunneldriving. Lagmannsretten finner at Mikas metode gir et godt utgangspunkt for beregningen av drivetid. I flere endringsanmodninger har entreprenøren

lagt til grunn at rensketid på 1 time var forutsatt. Ved fastsettelsen av timeforbruket til økt rensing, tas derfor utgangspunkt i dette, og ikke i 52 minutter.

For stuff øst er det registrert økt rensketid på 337 salver med til sammen 433,83 timer, mens det kreves rensketid for 348 salver basert på en gjennomsnittlig omregning fra 337 til 348 salver, som gir et krav på 447,99 timer.

For stuff vest er det registrert økt rensketid på 175 salver med til sammen 328,29 timer, mens det kreves rensketid for 185 salver basert på en gjennomsnittlig omregning fra 175 til 185 salver, som gir et krav på 347,05 timer.

Ved beregning av økt rensketid har Mika benyttet totalt rapportert rensketid for hver salve fratrasket såkalt normal rensketid med 52 minutter.

I sin første endringsanmodning om saken anførte imidlertid Mika 1 time som normal rensketid.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn 1 time som normal rensketid, samt tar utgangspunkt i de registrerte rensketider for hhv 337 og 175 salver.

Dette gir økt rensketid på 388,90 timer på stuff øst og 304,96 timer på stuff vest, til sammen 693,85 timer.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at øket renske tid til sammen utgjør 694 timer, fordelt på stuff øst med 389 timer og på stuff vest 305 timer.

I.2 Sprøyting av betong i skifttid

Kravet gjelder nødvendige merutgifter som følge av at Mika måtte sprøyte mer betong i ordinær skifttid enn de hadde planlagt. I forbindelse med tilbudet Mika gav, beregnet de at det i all hovedsak skulle sprøytes om natten utenfor skifttid.

Mika har ved beregningen av kravet tatt utgangspunkt i samlet sprøytetid i skifttid, og deretter gjort fradrag for den tiden som selskapet mener det uten sprakefjell ville ha benyttet til sprøyting i skifttid.

Som påpekt av tingretten, er det Mika som har bevisbyrden for at de ble påført merkostnader som følge av sprakefjell. Lagmannsretten finner sannsynliggjort fra Mikas side at Mika måtte legge om det planlagte driftsopplegget i stor grad, og i stedet sprøyte salvene før bolting. Ca. 1/3 av salvene ble sprøytet før bolt.

Lagmannsretten er etter bevisførselen enig med tingretten i at Mika måtte sprøyte i skifttiden ca. 130 timer mer enn forutsatt, fordelt med 64 timer på stuff øst og 66 timer på stuff vest. Det vises til tingrettens begrunnelse som er dekkende for lagmannsrettens syn og som gjengis i det følgende:

"I samband med tunneldrivinga vart ca 1/3 av salvene sprøyta før bolt. Etter retten si oppfatning synes dette – sett i lys av dei geologiske forholda – å vere eit noko lunde riktig

omfang av sprøyting før bolt. Retten viser her også til forklaringa til det partssakkunnig vitne Grimstad. Retten oppfattar det slik at også partane er samde om dette.

Etter retten sitt syn er det overnemnde forhold som må leggst til grunn når ein skal fastsette i kva grad Mika AS måtte endre driftsopplegg og sprøyte salvene i skifttid utover det som var føresatt. Retten finn det såleis dokumentert at Mika AS – som følgje av dei utføresette grunnforholda – måtte sprøyte i skifttida i ca 130 timar meir enn føresatt. Retten har då tatt utgangpunkt i ei samla sprøytetid på ca 390 timar i heile tunnelen si lengde på 2 620 meter. Dette er basert på opplysningane om ei samla sprøytetid på 383 timar knytt til 2 571 meter tunnel. Retten finn det ikkje tilstrekkeleg bevist at sprøyting i skifttid utover dette skuldast utføresett sprakefjell."

I.3 Boring og bolting av en og en rast

Kravet er prekludert. Det vises til lagmannsrettens gjennomgang ovenfor.

I.4 Utvidet tunnelprofil

Mika har krevd dekning av nødvendige merutgifter som følge av at tunnelen - på grunn av sprakefjell - fikk utvidet tunnelprofil. Kravet var opprinnelig merutgifter for opplasting og transport av 17.291 m³. I Mikas beregning av geologisk utfall er medtatt masser der tunnelprofil går ut over 0,5 m i forhold til teoretisk profil. Øvrige masser der tunnelprofil er inntil 0,5 m i forhold til teoretisk profil, har Mika tatt på seg som egenrisiko. Tingretten kom til, basert på en samlet skjønnsmessig vurdering, at Mika hadde krav på å få dekket nødvendige merkostnader til opplasting og transport for 10.000 m³ ekstra tunnelmasse. Ved fastsettelsen har tingretten gjort fradrag for Mikas egenrisiko, dvs. meravskalling som ligger innenfor erfaringsmessig variasjon. Mika har ikke anket denne delen av dommen, og krever følgelig for lagmannsretten ikke noe mer enn det selskapet ble tilkjent i tingretten. Lagmannsretten har da ingen foranledning til nærmere å vurdere om Mika har krav på dekning for opplasting og transport av 17.291 m³. Spørsmålet blir derfor om 10.000 m³, må anses sannsynliggjort, eller om mengden skal reduseres i forhold til dette. Etter bevisførselen, der det særlig vises til forklaringer fra vitnene Mjanger, Johansen, og Grimstad, de masser som er oppmålt og de tunnelprofiler som er fremlagt, og som viser omfanget av avskalling, er lagmannsrettens flertall enig i at tingrettens vurdering og beregning av kravet knyttet til utvidet tunnelprofil, i et hvert fall ikke er fastsatt for lavt. Fra tingrettens dom hitsettes:

"Etter dette må retten skjønnsmessig fastsette det avskalingsvolumet som skuldast sprakefjellet og som, etter frådrag for erfaringsmessige variasjonar, kan gje grunnlag for dekning av meirkostnader frå Mika AS si side.

Ved si vurderinga har retten funne noko rettleiing i den modellen for avskallingsdjup som Statens Vegvesen sitt partssakkunnig vitne Grimstad gjorde greie for i si forklaring. Modell viser relativt avskallingsdjup som ein funksjon av spenning og bergartens trykkfastleik, samt kva avskalingsdjup ein kan forvente ved ulike SFR-verdiar. Som eksempel er nemnd at ein SFR-verdi på 20 vil gje eit avskalingsdjup på 0,72 meter. Ein gjennomsnittleg SRF verdi på 20 stemmer overeins med dei verdiane som kontrollingeniørane har sett, og som for stuff aust og vest gir ein gjennomsnittleg SRF-verdi på høvesvis 20,25 og 17,43. Grimstad har vidare gjort greie for at avskallinga normalt er avgrensa frå 3 til 7 meter i ytre vederlag. Legg ein til grunn avskaling i 5 meter breidde vil avskallingsvolumet i følge Grimstad sin modell utgjere $1,8 \text{ m}^3$ pr lengdemeter tunnel og $4\,716 \text{ m}^3$ for heile tunnelen. Tilsvarende vil ein gjennomsnittleg SRF-verdi på 30 gje eit avskalingsvolum på $6\,222 \text{ m}^3$ i heile tunnelen og ein gjennomsnittleg SRF-verdi på 50 vil gje eit avskalingsvolum på $9\,432 \text{ m}^3$ i heile tunnelen.

Ved si skjønnsutøving har retten også teke omsyn til at det er Mika AS som er ansvarleg for at arbeidarane har ein trygg arbeidsplass. Det må derfor akseptast at dei av tryggingsomsyn piggar ned nokon meir masse frå heng, vederlag og stuff enn det som Grimstad sin teoretiske avskalingsmodell skulle tilsei. Særleg gjeld dette for pigging på sjølve stoffen av tryggingsmessige omsyn."

Flertallet slutter seg også til tingrettens beregning av at merkostnader per m^3 utgjør minst kr 56. Det vises til at Mika har satt enhetsprisen til kr 56 jf. prosesskode 32.71, og at underentreprenøren sin enhetspris for prosesskode 32.71 er satt til kr 68, noe som flertallet er enig med tingretten i taler for at Mikas enhetspris utgjør faktiske merkostnader.

Tingrettens skjønnsmessige fastsettelse av et beløp stort kr 600.000 eks mva for merkostnader for opplasting og transport etter fradrag for erfaringsmessig variasjon, tiltres fra flertalls side. Det er da også tatt hensyn til eventuelle krav fra underentreprenøren om justering av enhetsprisen pga. lønns- og prisvekst.

I.5 Skade på utstyr

Mika krever kr 425.214 eks mva for merutgifter til reparasjon av utstyr som ble skadet under tunneldrivingen som følge av sprakefjell samt kr 194.064 som følge av at Mika pga. reparasjoner fikk en ventetid på i alt 23 timer. Kravet har Mika forankret i kontrakten C pkt. 21.1 jf. 7.5.

Partene er ikke uenige om at Mika sine maskiner og utstyr ble skadet pga. nedfall under tunneldrivingen, eller størrelsen på reparasjonskostnadene, og at reparasjon av utstyr fikk tidskonsekvenser som følge av ventetid.

Staten mener kravet gjelder erstatning for skade på eget produksjonsutstyr som reguleres i kontrakten C pkt. 33.

Lagmannsretten finner i motsetning til tingretten at kontrakten C pkt.21.1 jf. 7.5 ikke kommer til anvendelse, og at et evt. krav på erstatning må forankres i C pkt. 33. Tingretten har bl.a. vist til Tore Sandvik "Entreprenørrisikoen" s. 269 som begrunnelse for å anvende pkt 21.1. jf. 7.5. Lagmannsretten finner ikke henvisningen helt treffende da uttalelsen retter seg mot skade mot "byggverket" som følge av feil og uoverensstemmelser, og ikke mot produksjonsmidlene som entreprenøren benytter og har risikoen for ved utførelsen av oppdraget.

Bestemmelsen i pkt. 7.5 retter seg mot utgifter som følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert. Lagmannsretten forstår bestemmelsen slik at det dreier seg om feil eller uoverensstemmelser på selve "produktet" som sådan, og ikke følgeskader av selve tunneldriften i form av at entreprenørens produksjonsmidler er blitt skadet. Lagmannsretten antar at kravet må henføres under kontraktens pkt. 33. Bestemmelsen regulerer erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold, og byggherren kan bare holdes ansvarlig for skade i den utstrekning dette følger av alminnelige erstatningsregler.

For at byggherren skal holdes ansvarlig må lagmannsretten finne at byggherren har beskrevet kontraktsarbeidene og forutsetningene på en uaktsom måte, og at det er påregnelig årsakssammenheng mellom uaktsomheten og de skader som materiellet er påført.

Lagmannsretten finner at byggherrens prosjekteringsbeskrivelse er mangelfull når det gjelder opplysninger om sprakefjell, jf. det som er sagt foran om dette. Byggherren kan lastes for å ha handlet uaktsomt i så henseende. For å komme i ansvar tilligger det entreprenøren å sannsynliggjøre at det er påregnelig årsakssammenheng mellom byggherrens handlemåte og skadene. Entreprenøren har også bevisbyrden for at han er blitt påført et økonomisk tap.

Lagmannsretten finner verken sannsynliggjort at det foreligger påregnelig årsakssammenheng eller økonomisk tap. Det vises til at Mika etter kort tid traff på sprakefjell og innrettet seg etter dette ved sikring i form av et større bolte- og betongforbruk. Det var Mika som hadde ansvaret for arbeidssikring under tunneldrivingen, og kostandene ved den ekstra sikringen har Mika krav på å få dekket. Skader på materiell i forbindelse med sikringen må anses som en driftsrisiko som Mika må bære, og som er kompensert ved at de får betalt for ekstra sikring. Staten blir følgelig å frifinne for denne delen av erstatningskravet.

Rettens vurdering av MIKAs krav som følge av uforutsette grunnforhold

Driving i sprakefjell				5 472 601
	Kr/time	Timer		
Rensk utover forutsatt				
Stuff aust	8 178	389	3 180 246	
Stuff vest	4 769	305	1 454 253	
		694		
Sprøyting i skifttid				
Stuff aust	8 178	64	523 367	
Stuff vest	4 769	66	314 735	
		130		
Boring ei og ei rast				
Stuff aust	8 178	0	0	
Stuff vest	4 769	0	0	
		0		
Ødelagt utstyr ihht. Vedlegg 7				
Stuff aust			0	
Stuff vest			0	
Venting på reparasjon av ødelagt utstyr				
Stuff aust	8 178	0	0	
Stuff vest	4 769	0	0	
		0		
Kostnad for reparasjon av ødelagt utstyr				0
Hovedadm./fortjeneste	6 072 601	0,0 %		0
Utvidet tunnelprofil (geologisk betinget utfall)				
Beregning iht tingrettsdom				600 000
Sum kr etter rettens skjønn				6 072 601

II Krav på oppgjør for bygging av rasvoller

I kontrakten A 3 pkt. 1 er gitt følgende beskrivelse av prosjektets art og omfang:

"Dette prosjektet gjelder rassikring av en parsell på RV. 5 mellom Fjærland og Skei innerst i Kjosnesfjorden i Jølster kommune. Det skal bygges ca. 2 600 m ny tunnel og ca 899 m veg i dagen, totalt ca. 3 400 m ny veg. I tillegg skal det bygges i alt 4 rasvoller av ulik størrelse, disse blir bygget med overskuddsmasser (løsmasser og tunnelmasser). Den nye tunnelen vil eliminere en rasutsatt strekning mellom Lundevassenden og eksisterende løsmasstunnel ved Føreneset."

Partene er enige om at antall rasvoller er uriktig angitt, og at korrekt antall er 5.

I forbindelse med bygging av rasvollene ble tunnelmasser fra Støylsnestunnelen benyttet i Voll Høgrendefonna, Voll Flotefonna og Voll Lunde.

Mika fakturerte massene etter prosesskode 32.71 i kontrakten del E i tunneldrivingsperioden der målebrev dannet grunnlag for avregningen. Øvrige relevante prosesskoder som Mika har fakturert ved oppføringen av voller, er 28.31 for jordmasser i linja, 28.32 for jordmasser internt og 28.7 for fjellmasser i skjæring .

I forbindelse med arbeidene tok underentreprenør Aurstad opp med Mika spørsmålet om en prosess for bygging av rasvoller var uteglemt, og således skulle vært fakturert i tillegg til prosess 32.71.

Det fremgår av e-post korrespondanse mellom underentreprenøren og anleggsleder Sødal i Mika at Mika i november 2008 var av den oppfatning at transport av tunnelmasse og bygging av vollene Ekreskreda og Høgrendefonna skulle gjøres opp etter 32.71. Sødal har forklart at Mika fakturerte etter 32.71. Mika endret senere sin oppfatning og gjorde gjeldende at det manglet en prosess for bygging av rasvoller. Dette etter at underentreprenør Aurstad med støtte fra advokat Erstad i MMF hevdet at det manglet en slik prosess. Sødal har forklart Mikas manglende kontraktsforståelse med at vedkommende som regnet på anbudet ble syk og senere døde, og at Mika la til grunn at det var prosess 32.71 det skulle faktureres etter. I sluttoppgjøret er det krevet dekket opplasting og transport av tunnelmasser og bygging av rasvoller under prosess 28.7 i tillegg til opplasting og transport av tunnelmasser under prosess 32.71. Kravet underprosess 28.7 er en forlengelsen Aurstad har fremmet mot Mika.

Mika anfører at prosesskoden 32.71 kun omfatter opplasting og transport av tunnelmasser fram til rasvoller/mellomlager, og at selve oppføringen ikke er omfattet. SVV mener at prosesskoden 32.71 også omfatter oppføring av rasvoller.

Spørsmålet blir etter dette hvordan kontrakten mellom partene skal forstås – om kontrakten mangler en prosess for bygging av rasvoller med tunnelmasser, og om mangelen eventuelt utløser en plikt for SVV til å gjøre opp etter den manglende prosess.

Kontrakten er blitt til etter en anbudsprosess der SVV har formulert avtaleteksten, og uten at det har skjedd forhandlinger mellom partene i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Lagmannsretten er enig med tingretten i at SVV som anbudsinnbyder i utgangspunktet har ansvaret for at det foreligger et klart og entydig anbudsgrunnlag. SVV har risikoen for eventuelle uklarheter i kontrakts- og anbudsgrunnlaget, med mindre det ut fra en objektiv vurdering fremstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment.

Det følger av kontrakten A 3-1 pkt.1 gjengitt ovenfor at den omfatter bygging av rasvoller i et rassikringsprosjekt. Ut fra en ren objektiv forståelse kan det ikke være tvil om at kontrakten omhandler bygging av rasvoller, og at dette er et sentralt element i prosjektet som entreprenøren har gitt anbud på.

Mika har gitt anbud og inngått kontrakt basert på de prosesskoder som SVV har lagt inn anbudet. Lagmannsretten har delt seg i et flertall og et mindretall i spørsmålet.

Flertallet, de juridiske dommere og fagkyndig meddommer Hope, ser det slik at begge parter ut fra det som var det overordnede formål, nemlig bygging av tunnel og rasvoller til et rassikringsprosjekt, må ha vært klar over at anbudet og tilbudet skulle omfatte også bygging av rasvoller. Etter lagmannsrettens syn gir det ingen mening at en forstandig entreprenør eller byggherre ikke skulle ha tatt med i beregningen at kontrakten omfattet selve byggingen av rasvoller siden det var et av hovedformålene med prosjektet.

SVV mener som nevnt at prosesskode 32.71 dekker byggingen. Den overordnede prosess 32.7 a lyder som følger:

"Proessen omfatter opplasting og transport av alle masser fra sprengningsarbeider i tunnel til angitt fyllplass inklusive nødvendig fyllplassarbeid"

Prosesskoden inneholder ikke nærmere definisjon av "fyllplass" eller "nødvendige fyllplassarbeider". Det fremgår imidlertid av utførelseskoden i pkt 32.71 "Tunnelmasser til bruk på anlegget" under bokstav c at *"Steinmassene fra tunnelen er i hovedsak tenkt brukt til fyllingen i linjen, rasvoller og forsterkningslag/frostsikring ..."*. Ut fra en objektiv forståelse av ordlyden, når de to bestemmelsene leses i sammenheng, fremstår det etter flertallets syn som at bygging av rasvoller er omfattet under prosesskode 32.71. Rasvollene er angitt som en av flere fyllplasser, og arbeidet med å bygge rasvollen inngår dermed som "nødvendig arbeid på fyllplass" ut fra en naturlig språklig forståelse. Ordlyden må ellers forstås i lys av partenes felles forståelse av at prosjektet omfattet bygging av 5 rasvoller, jf

det som er sagt foran. Det vises til at hele prosjektet er gitt betegnelsen "rassikring". Videre må bestemmelsene leses på bakgrunn av at Mika også hadde detaljerte tegninger fra byggherren i anbudsinngivelsen som viste hvordan rasvollene nærmere skulle utformes. Ettersom byggingen av rasvoller ut fra en objektiv fortolkning er omfattet av prosesskode 32.71 som "nødvendig arbeid på fyllplass", er det heller ingen manglende logikk forbundet med at "fylling i linja" og "forsterknings/frostsikringslag" er gitt egne konkrete prosesskoder.

Uansett finner flertallet det sannsynliggjort at partene har hatt en subjektiv felles forståelse av at byggingen av rasvoller skulle og ble priset i prosesskode 32.71.

Det vises da som nevnt til det overordnede formål med kontrakten. Mika har verken på tilbudskonferansen, ved inngivelsen av anbud eller ved signeringen av kontrakten reist spørsmål ved om det manglet en prising/prispost for rasvollarbeider. Spørsmålet har heller ikke vært tatt opp under tunneloppstart og under tunneldrivingen, men ble brakt på banen i forbindelse med at underentreprenøren tok opp spørsmålet med Mika, jf. beskrivelsen ovenfor. Mika har under hele tunneldrivingsperioden fakturert basert på målebrev etter prosess 32.71, som om den omfattet bygging av rasvoller. Det eksisterer ingen anbudskalkyle, eller andre begivenhetsnære bevis som tilsier at arbeidene ikke er blitt priset. Lagmannsretten er enig med SVV i at det har all formodning mot seg at en så sentral del av prosjektet ikke ble priset. Det forhold at Mikas underentreprenør mener at det skulle prises i en egen prosesskode, kode 28.7, kan derfor ikke tas til inntekt for at Mika ikke har priset arbeidene i anbudet henført til 32.71. Lagmannsretten kan heller ikke se at det forhold at andre tenkte bruksområder for tunnelmassen har egne prosesskoder gir grunnlag for å slutte antitetisk at prising er uteglemt.

Flertallet legger etter dette til grunn at bygging av rasvoller er priset under prosesskode 32.71, og at Mika har fått oppgjør for arbeidet.

Med den begrunnelse flertallet har for sitt resultat kan heller ingen av Mikas subsidiære krav føre frem.

Mindretallet, fagkyndig meddommer Næsjø mener det mangler en prosess for bygging av rasvoller.

En hovedhensikt med SVVs kodesystem er at byggherren og entreprenørene skal kunne forholde seg til ett begrepssett som betyr det samme fra prosjekt til prosjekt. Når partene har adoptert systemet skal ingen av dem behøve å stille spørsmål om hva som ligger i de anvendte standardformuleringer. De betyr det samme hver gang. Prosess 32.7 er en standardtekst som er nøyaktig lik, og betyr det samme i alle SVVs anbudsbeskrivelser, nemlig opplasting og transport i tunnel til anvist fyllplass. Det anvises på tegningene et «masselager» som ligger i nærheten av østre tunnelåpning. For entreprenøren må dette fremstå som en tiltenkt tipplass. Ingen steder i beskrivelsen er støyvollene betegnet som

«tipplasser» eller «fyllplasser». Viktig ved vurderingen er også at innholdet i en overordnet prosess (32.7) ikke kan utvides av en underprosess (32.71).

En annen hovedhensikt er at en anbudsspesifikasjon basert på SVVs prosesskodesystem skal utgjøre en fullstendig beskrivelse av prosjektet. Når en entreprenør har fylt ut de poster SVV har valgt å spesifisere skal han kunne stole på at alle aktiviteter og forhold som inngår i gjennomføringen av prosjektet er priset. En konsekvens av å basere beskrivelsen på et standardisert system er at oversikten over helheten i det enkelte prosjekt blir vanskeligere for entreprenøren. Ved anvendelse av sitt eget spesielle kodesystem har SVV påtatt seg ansvaret for at alle brikkene, og dermed helheten i SVVs puslespill er på plass.

Opplasting og utkjøring av masse er et hovedelement i all tunneldrift. I sin kalkyle vil entreprenøren basere seg på erfaringstall som modifiseres etter de lokale forhold. Viktige lokale forhold er avstand til tippen og forhold på tipplassen. Kalkylen tilstreber alltid best mulig effektivitet med færrest mulige ressurser. En viktig og kostnadskrevende ressurs er lastebiler. Det styrende når det gjelder lastebiler er at det aldri må oppstå venting på bil på stuff. Nødvendig antall biler for å unngå venting øker med avstand til, og grad av ineffektivitet på tipplass.

En vanlig problemstilling, særlig ved enveis drift, er at bilene blir stående uvirksomme i lange perioder mellom utkjøring av hver salve. I dette tilfelle derimot, kan biler og lastemaskiner i venteperioden utnyttes til å bygge rasvoller. Den optimale ressursutnyttelse vil dermed være: Kortest mulig transport til tipplass og færrest mulig forstyrrelser under utkjøringen og tippingen – og deretter i venteperioden å utnytte de samme biler og lastemaskiner til bygging av rasvoller. Det ligger således ingen kalkylemessig besparelse i å levere og tippe direkte i rasvollene; tvert imot, da dette ville øke nødvendig antall biler. Når transport og tipping direkte i rasvoller i en viss utstrekning likevel har funnet sted, kan det antas at dette har vært i sammenhenger der transporttiden ikke har vært kritisk, som utkjøring av renskemasser, siste lass pr salve etc.

Selv om rasvollene neppe kan beskrives som kompliserte byggverk omfatter de aktiviteter og forhold som ligger langt utenfor det som kan tenkes omfattet av SVVs standardformulering i prosesskode 32.7. Av aktiviteter og forhold som inngår i tilbringning av masser til rasvollene kan nevnes:

- Opplasting på tunneltipp
- Transport til ønsket sted
- Opparbeiding av kjørbare vegbane til stadig nye steder og nivåer
- Bratte stigninger på krabbegir
- Snuing på trange områder
- Bygging av egne snuplasser og/eller lange ryggstrekninger i de smaleste partier
- Snøproblemer om vinteren
- løpende koordinering og samkjøring med gravemaskiner og dosere

I tillegg kommer gravemaskiner og dosere som står for selve byggingen og utformingen av vollene – og som heller ikke finnes noe sted i SVVs beskrivelse.

Leser en SVVs anbudsspesifikasjon slik den står er det et uomtvistelig faktum at dersom tipping og utlegging i rasvoller skal antas å være inkludert i enhetsprisen for prosesskode 32.71 må det bety at Mika har fått betalt 2 ganger for transport og utlegging av all tunnelmasse som har gått til andre formål enn rasvoller. Ettersom dette neppe har vært SVVs hensikt, er dette en sterk indikasjon på at SVVs anbudsspesifikasjon er mangelfull.

Under henvisning til ovennevnte og basert på en samlet vurdering av kontraktens system, oppbygning og ordlyd, er mindretallet av den oppfatning at SVVs anbudsspesifikasjon mangler en prosesskode, nemlig en kode som omfatter alle de aktiviteter og forhold knyttet til rasvollene som ikke kan leses ut fra SVVs standardformulering av kode 32.7. Med dette som utgangspunkt har Mika krav på betaling, inklusive rimelig fortjeneste, for alle arbeider de beviselig har utført med oppføring av rasvoller.

En alternativ tilnærming kan være å stille spørsmål ved om SVV i sin anbudsbeskrivelse i rimelig grad har oppfylt kravet til klarhet. Tingretten vurderte spørsmålet og kom frem til en godtgjørelse som var en blanding av to av SVVs anbudsposter. Lagmannsretten er delt i to vidt forskjellige konklusjoner. Svaret på spørsmålet gir seg selv. Nøkkelen til å unngå uklarheten lå hos SVV og besto i nettopp det som er konkludert ovenfor, nemlig en egen prissatt prosesskode for oppføring av rasvoller.

III Krav på regulering for lønns- og prisstigning, samt økte driftskostnader (Rigg og LPS).

Med bakgrunn i at Mika ikke får medhold i sitt krav om oppgjør for bygging av rasvoller er det heller ikke grunnlag for å regulere kontraktssummen pga. økte kostnader til rigg og drift.

Partene er imidlertid enige om at SVV skylder Mika kr 122.899 for rigg og LPS uavhengig av om Mika får medhold i kravet om oppgjør for rasvoller eller ikke. Lagmannsretten legger kravet til grunn slik som partene er enige om.

IV Krav på dagmulkt i forbindelse med levering av sluttdokumentasjon for FDV.

SVV har i forbindelse med sluttoppgjøret holdt tilbake et beløp på kr 4.400.000 som dagmulkt pga. at Mika ikke har levert komplett sluttdokumentasjon FDV. Mika mener at det ikke er grunnlag for å ilegge dagmulkt og krever beløpet som er holdt tilbake utbetalt.

Det følger av kontrakten A2 pkt. 5 følgende:

"Delfrist 3: Komplette levert sluttdokumentasjon for FDV 6 uker etter overtakelse:"

Til denne delfrist er det fastsatt dagmulkt i kontrakten A2 pkt. 6 der det heter følgende:

"For overskridelse av frist(er) betaler entreprenøren til byggherren en dagmulkt på:kr. 50 000 pr hverdag for alle delfrister:"

Det følger videre av kontrakten E "Mengde og prosesskodefortegnelse" prosess 13.3 og 13.9 at Mika har fått betalt hhv. kr 500.000 og kr 150.000 for oppmåling og utarbeidelse av sluttdokumentasjon. Av prosess 13.9 a fremgår at det skal leveres "samlet dokumentasjon" herunder at den skal leveres på Excel-format på CD og på papirutskrift i A 4-perm (er).

Tingretten har gitt en beskrivelse av partenes behandling av sluttdokumentasjon FDV. Lagmannsretten er etter bevisførselen enig i denne beskrivelsen som gjengis i det følgende:

"Den 8. oktober 2009 vart det halde møte for overtaking av rassikringsprosjektet. I protokollen frå dette møtet er det under punkt b – gjenståande arbeid og dokumentasjon – sett frist for overlevering av endeleg FDV-dokumentasjon til 19. november 2009. Vidare er det på det reine at Mika AS faktisk leverte FDV-dokumentasjon med nokon manglar på CD den 3. februar 2010, samt supplerande dokumentasjon den 5. mars 2010.

Den 20. november 2009 vart det halde eit møte mellom partane vedkomande sluttoppgjeret. Til stades var Hillestad og Haugen frå Statens Vegvesen og Sødal og Lindström frå Mika AS. Mika AS har gjort gjeldande at dei på dette møtet vart gitt ei fristforlenging i høve til levering av FDV-dokumentasjon. Statens Vegvesen har teke til motmæle mot dette.

Etter det retten forstår ligg det ikkje føre noko skriftleg referat frå møtet den 20. november 2009. Lindström har for retten forklart at Mika AS på det aktuelle møtet var innstilt å levere den delen av sluttdokumentasjonen som dei på dette tidspunkt hadde på plass. I følgje Lindström spurde Mika AS om Statens Vegvesen ville ha den dokumentasjonen som dei hadde, men Statens Vegvesen svarde då at dei helst ville ha dokumentasjonen samla. Lindström har forklart at han oppfatta dette som om Mika AS fekk ei fristutsetting, og at Mika AS kunne levere dokumentasjonen når dei hadde fått det dei skulle frå underleverandør. Sødal har forklart at han oppfatta samtalen med Statens Vegvesen slik at Mika AS kunne vente med å levere til dei hadde alt på plass, og han rekna med at Mika AS hadde eit par månader på seg."

Kontrakten C pkt. 30 flg. regulerer overtagelse, og bl.a. hvem som skal kalle inn til overtagelse, selve gjennomføringen av overtagelsesforretningen og byggherrens rett til å nekte overtagelse. Når det gjelder behandlingen av sluttdokumentasjon, FDV, har begge parter opptrådt uformelt. De fulgte ingen formell prosess for innkalling og kontroll i forbindelse med delfrister.

Det er på det rene at Mika på møtet ikke hadde klar fullstendig sluttdokumentasjon innenfor fristen som fastsatt i kontrakten.

Hensikten med møtet 20. november 2009 var i følge Mika å bli enige om de siste målebrevene, gjennomgå FDV dokumentasjonen og overlevere det man hadde.

Lagmannsretten legger til grunn at Mika hadde i hovedsak all dokumentasjon tilgjengelig på en minnepenn for byggherren bortsett fra innmålingsdata for stikkrenne, drensssystem, trekkerør, lysmaster og vegmerking. Den manglende dokumentasjon hadde sammenheng med at underentreprenøren Aurstad ikke hadde levert dokumentasjon for arbeider de hadde gjort for Mika.

Lagmannsretten legger videre til grunn at SVV ved byggeleder Hillestad ble presentert for dokumentasjonen av Lindstrøm, og at Hillestad ikke ønsket å motta dokumentasjonen slik den forelå, men valgte å få all dokumentasjon samlet senere.

Som påpekt av tingretten, er det Mika som har bevisbyrden for at de har fått fristutsettelse, og selskapet kunne enkelt ha sikret seg dokumentasjon for en eventuell fristutsettelse ved å få dette formulert skriftlig. Det dreier seg dessuten om et kontraktsforhold der partene er profesjonelle.

Hillestad, som representant for SVV, har forklart at møtet hadde fokus på målebrev, men at han også ble presentert at Mika hadde FDV dokumentasjonen klar. Han foretrakk å få denne samlet slik kontrakten prosess 13.9 angir. Han har uttrykkelig forklart at han ikke tenkte at det skulle løpe dagmulkt. Han tenkte heller ikke at det skulle løpe dagmulkt da man var kommet til slutten av januar.

Lagmannsretten legger til grunn at spørsmålet om dagmulkt ikke var et tema under møtet. Lagmannsretten legger videre til grunn at den foreliggende dokumentasjon ikke trengtes for at nødvendig vedlikehold kunne utføres. Representanter for de bedrifter som har kontrakt på vedlikehold på tunnelen, har for lagmannsretten bekreftet dette. I utgangspunktet var den dokumentasjon som forelå av en slik karakter og omfang at byggherren ikke hadde rimelig grunn til å nekte å overta sluttdokumentasjonen. Lagmannsretten oppfatter heller ikke at Hillestad i realiteten nektet å motta dokumentasjonen, men at han for alle praktiske hensyn heller ville vente til den resterende del av dokumentasjonen forelå.

Lagmannsretten legger til grunn at Mikas representant, Sødal, med bakgrunn i det som fremkom i møtet og omfanget av den dokumentasjon som forelå, har oppfattet at SVVs dokumentasjonen ble akseptert, og at det ikke var grunnlag for at dagmulkt skulle begynne å løpe.

Tidspunktet for når dagmulkt begynner å løpe følger som nevnt av kontrakten. Byggherren har ingen plikt til å varsle om at dagmulkt vil bli gjort gjeldende. Det vises til Marthinussen m.fl. kommentar til NS 8405 s. 556 der det heter bla. følgende:

"Dagmulktansvaret kan gjøres gjeldende på rent objektivt grunnlag. Dette innebærer at dagmulkt kan gjøres gjeldende uavhengig av om entreprenøren kan bebreides for den oppståtte forsinkelse. Det stilles videre ikke noe krav om at byggherren faktisk har lidt et økonomisk tap."

Etter omstendighetene, ved den uformelle måten dokumentasjonen ble behandlet på fra begge parter, vurderer lagmannsretten, at det ut fra alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforholdet og konkludent adferd ikke påløper dagmulkt. Etter bevisførselen fremstår det klart at partene ikke har oppfattet at den praktiske løsningen for FDV dokumentasjonen som ble valgt, innebar en misligholdssituasjon som utløste misligholdsbeføyelser. SVV burde ut fra sin alminnelige lojalitetsplikt ha varslet om at den mangelfulle dokumentasjonen utløste dagmulkt, og ikke la Mika være i den uriktige oppfatning at FDV dokumentasjonen var tilstrekkelig og kunne leveres senere hen etter ønske fra SVV. Når SVV verken problematiserte dette, eller gav tilkjenne synspunkter på konsekvensene av den manglende dokumentasjonen, er det lagmannsrettens syn at Mika må høres med at dokumentasjonen ble akseptert i forhold til fristen 19. november 2009. SVVs etterfølgende adferd underbygger også dette. Mika oversendte dokumentasjonen 01.02.2010. Det gikk deretter tre uker før SVV behandlet dokumentasjonen, og kom tilbake til saken 24.02.2010. I brev av denne dato fikk Mika tilbakemelding fra SVV om at det fortsatt manglet dokumentasjon samtidig som SVV påberopte dagmulkt fra det tidspunkt delfristen gikk ut 19.11.2009.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at dagmulktskravet på kr 4.400.000 ikke kan gjøres gjeldende, og at SVV ikke har krav på at beløpet holdes tilbake i sluttoppgjøret.

VI Krav om tilbakebetaling av sluttoppgjør

SVV sitt motkrav er forankret i at Mika har fått for mye utbetalt på grunn av overforbruk av bolter og betong. Dette kreves tilbakebetalt og utgjør samlet kr 6.877.946.

SVV gjør gjeldende at årsaken til at det er medgått betydelig større mengder bolter og sprøytebetong skyldes bl.a. Mikas uriktige arbeidsmetoder i sprakefjell. Det er brukt flere bolter enn hva Q-systemet anbefaler og benyttet mer sprøytebetong. Sikringsmengden ble til slutt vesentlig større enn i andre sammenlignbare prosjekter. Sikringsmengden kan ikke forklares ut fra spenningsforholdene. Prinsipielt sett må SVV sette foten ned. SVV ble først klar over overforbruket etter tingrettens dom. Det anføres at bestemmelsen i kontraktens C pkt. 31.3 ikke er preklusiv, og at motkravet er fremsatt i tide så lenge det ble

fremsatt så snart SVV ble klar over kravet og dets omfang. SVV ble først klar over kravet og dets omfang under hovedforhandlingen for tingretten, og kravet ble fremmet 12.03.2012.

Det følger av pkt. 31.3 at byggherrens innsigelser mot slutfaktura skal gjøres gjeldende innen en frist beregnet etter pkt. 31.5 regnet fra mottagelse av slutfaktura. I pkt. 31.5 er det fastsatt at tidsfristen ikke skal være lenger enn i alt 70 dager. SVV har oversett fristen i forhold til dato for mottagelse av slutfaktura 21.12.2009 med ca. 2 år.

Lagmannsretten er enig med SVV i at fristen etter gjeldende rett ikke kan anses for å være absolutt preklusiv. Borgarting lagmannsrett har i avgjørelse, LB-2012-81147, en nærmere gjennomgang av hvordan pkt. 31.5 er å forstå og dens preklusjonsvirkninger, som lagmannsretten slutter seg til og gjengir i det følgende:

"Rettspraksis gir likevel ikke et like entydig svar på om standardteksten må tolkes som en absolutt preskripsjonsregel. I rettspraksis synes det gjennomgående å ha vært lagt til grunn at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle hvor bl.a. lengden av fristoverskridelsen og innsigelsenes art vil ha betydning.

Bestemmelsens ordlyd gir ikke uttrykk for absolutt preklusjonsvirkning. I en omforent standardkontrakt som dette, med avtaletekst som er uttrykk for bransjeregler utviklet over lengre tid av partsrepresentanter for alle parter, og hvor partenes behov for avklaring og slutføring er hensyntatt, må klar ordlyd forventes. Forløperen til NS 3430, NS 3401 pkt. 24, hadde ikke en absolutt preklusjonsvirkning. I etterfølgeren, NS 8405, er derimot en slik absolutt preklusjonsvirkning tatt inn, noe som innebærer en klargjøring av spørsmålet. I den forbindelse er det i Kommentartutgaven til NS 8405, Kolrud m.fl på side 121 sagt følgende:

På dette punkt er det skjedd en klargjøring i forhold til tilsvarende regler i NS 3430 pkt. 31, jfr. bl.a. Hålogaland lagmannsretts dom av 10.10.2000 (LH-2000-14).

Fra nevnte dom inntas følgende vedrørende sluttoppgjør etter NS 3430 pkt. 31.3:

I Kolruds «Kommentarer til NS-3430» legges til grunn at fristen er preklusiv. Sandvik gir i «Kommentar til NS-3401» uttrykk for et mer nyansert syn på den tilsvarende bestemmelse i NS-3401. Lagmannsretten legger til grunn at NS 3430 pkt. 31.3 ikke kan anses som en absolutt preklusjonsbestemmelse, men at virkningene av fristoversittelsen vil bero bl.a på lengden av fristoversittelsen, partenes kvalifikasjoner, innsigelsens art m.v. Lagmannsretten mener å finne støtte for dette syn i Rt-1975-175 flg. og underrettspraksis.

Dom inntatt i RG-1990-607 omhandler bl.a. sluttoppgjørbestemmelsen i NS 3401 pkt. 24, som tilsvarende den senere bestemmelsen i NS 3430 pkt. 31, og der uttales følgende:

Lagmannsretten har kommet til at fristbestemmelsen i NS-3401 pkt. 24 ikke kan oppfattes som en frist som uten videre kan tillegges preklusiv virkning om den oversittes. Det må bero på en konkret vurdering i de enkelte tilfelle om overskridelse av fristen skal gis en slik virkning. Det vises for så vidt til Sandvik side 223-224. Lagmannsretten peker her på at det her gjelder et betydelig fakturabeløp og at fristoverskridelsen bare er på fire dager.

Tilsvarende uttrykk for rettstilstanden er også kommet til uttrykk RG-1998-909 vedrørende NS 3401 pkt. 24.3.

Utgangspunktet er således at fristen i NS 3430 ikke er absolutt preklusiv. Spørsmålet blir derfor om motkravet må anses prekludert etter en konkret helhetsvurdering hvor fristoversittelsens lengde, kravets art, partenes forhold når feilen ble oppdaget og beløpets størrelse tillegges vekt.

Lagmannsretten er etter en samlet vurdering kommet til at motkravet må anses prekludert. SVV har hatt egne kontrollingeniører som har vært til stede under hele tunneldrivingen. De har til enhver tid registrert Mikas bolte- og betongforbruk. Mika har dessuten sendt regelmessige ukeskjema til SVV der bolte- og betongforbruket fremgår. Det fremgår også av byggemøtereferatene at SVV var kjent med tykkelsen på sprøytebetong og omfanget av bruk av bolter. SVV har også bestilt bolter til ettersikring der Mikas arbeidssikring har vært en del av den permanente sikringen. Det fremgår for øvrig flere steder i det skriftlige materialet at SVV har tatt opp med Mika merforbruk av sikringsmateriale ut over det avtalte, uten at SVV har varslet eller tatt forbehold om noe krav knyttet til dette.

Med bakgrunn i at SVV til enhver tid har hatt kjennskap til Mikas bolte- og betongforbruk hadde SVV all foranledning til å fremme et motkrav for overdreven bolte- og betongbruk basert på egen informasjon, innen fristen på 70 dager dersom de mente å ha et berettiget krav på dette. SVV kan ikke høres med at de først ble klar over dette under tingrettens behandling. Fristoversittelsen er uansett så eklatant at kravet uavhengig av motkravets størrelse må anses prekludert. Mika blir følgelig å frifinne for motkravet.

SVV har anført at dersom lagmannsretten kommer til at det ikke foreligger grunnlag for kravet, så har Mika gjennom overforbruket fått en betydelig overkompensasjon som i alle tilfelle må komme til fradrag i eventuell utmålt kompensasjon for øvrige sprakefjellskrav.

Lagmannsretten realitetsbehandler ikke denne anførselen da lagmannsretten uansett er av det syn at kravet er prekludert, og at det påståtte kravet derfor heller ikke kan komme til fradrag i Mikas krav på erstatning.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at Mikas samlede krav utgjør kr 10 595 500:

MIKAs totale krav utgjør

	Mikas krav	Rettens vurdering
Driving i sprakefjell inkl. overmasse	9 655 230	6 072 601
Tilbakeholdt dagmulkt	4 400 000	4 400 000
Tillegg for rasvoller	7 815 860	0
LPS	671 393	122 899
Tillegg for økt rigggkostnad	389 186	
Sum kr	22 931 669	10 595 500

V Forsinkelsesrenter

Partene er for lagmannsretten uenige om starttidspunktet for beregningen av forsinkelsesrenter. Mika krever renter fra 24.02.2010 og frem til betaling skjer. SVV tok ikke til motmæle mot renteberegningskravet for tingretten, men har for lagmannsretten krevet at renter skal beregnes fra lagmannsrettens domsavsigelse.

Lagmannsretten legger til grunn at renter skal beregnes fra 24.02.2010. SVV har i brev til Mika 24.02.2010 gått gjennom slutfakturaen og fremkommet med innsigelser mot denne. Kravet har følgelig vært realitetsbehandlet av SVV uten at det av brevet fremkommer at manglende dokumentasjon er et tema. Lagmannsretten er enig med Mika i at kravet også er dokumentert med løpende dokumentasjon slik denne fremgår i endringsanmodninger datert 03.06.2008, 20.03. 2009 og 17.07.2010.

Mika har nedlagt påstand om at det i tillegg skal betales merverdiavgift av det tilkjente beløp i samsvar med gjeldende regler. Partene er ikke uenige om dette. SVV pålegges

derfor å dekke mva. av det tilkjente beløp så langt merverdiavgiftsplikt følger av gjeldende regler.

Mikas krav for lagmannsretten er på kr 22.931.669. Kravet fremsatt i stevningen lød på kr 37.087.252. Mika har fått medhold i kr 10. 595.500. Mika er dessuten frifunnet for motkravet på kr 6.877.946 fra Staten, opprinnelig krav kr 10.527.736. Staten har påstått seg frifunnet fra hovedkravet mot å betale kr 122.899.

Ingen av partene har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvl. § 20-2. Det følger av tvl. § 20-3 at en part som har fått medhold av betydning uten å vinne saken kan helt eller delvis tilkjennes saksomkostninger av motparten hvis tungtveiende grunner tilsier det. Det fremgår av bestemmelsen at det i tillegg til de momenter som fremgår av tvl. § 20-2 tredje ledd annet punktum skal vektlegges hvor mye parten har fått medhold i, og andelen saksomkostninger som knytter seg til denne delen av saken. Kravet i stevningen var kr 37.087.252. For lagmannsretten har Mika vunnet frem med kr 10.595.500 som utgjør ca. 29 prosent av den opprinnelig påstanden, samtidig som Mika er frifunnet for motkravet. Inkluderes motkravet har Mika vunnet frem med ca. 40 prosent av tvistegenstanden. Det betyr at begge parter har fått medhold av betydning. Omkostningene er for begge parter rimelig likelig fordelt på de poster man har vunnet frem på, og lagmannsretten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som tilsier at noen av partene bør tilkjennes saksomkostninger.

Unntaksbestemmelsen i tvl. § 20-4 får heller ikke anvendelse. Saksomkostninger blir etter dette ikke tilkjent for lagmannsretten. Med det resultat lagmannsretten er kommet til er det heller ikke grunn til å endre på tingrettens saksomkostningsavgjørelse, jf. tvl. § 20-9. Hver av partene hefter for sin halvdel av saksomkostningene til de fagkyndige meddommerne.

Dommen er avsagt med den dissens som fremgår ovenfor.

DOMSSLUTNING

I anken:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Mika AS kr 10.595.500 – timillionerfemhundreogtittifemtusenfemhundre- eksklusiv mva. innen 2-to- uker fra forkynnelse av dommen med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 24. februar 2010 til betaling skjer.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale til Mika AS merverdiavgift av det beløp som fremgår av slutningen punkt 1 i samsvar med gjeldende regler.

I avledet anke:

3. Mika AS frifinnes for krav fra Staten v/Samferdselsdepartementet.
4. Saksomkostninger tilkjennes ikke verken for tingretten eller lagmannsretten.

Jon Atle Njøsén

Nina Cathrine Noss

Ove Midttun

Johannes Hope

Kolbjørn Næsje

Rett utskrift:

Helga Herfindal

Rettledning om ankeadgangen vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten. Ankefristen avbrytes av rettsferien. Rettsferie er følgende: Rettsferiene varer fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag, fra og med 1. juli til og med 15. august og fra og med 24. desember til og med 3. januar, jf domstoloven § 140.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

4. ankeinstansen
5. navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
6. hvilken avgjørelse som ankes
7. om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
8. det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
9. de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
10. den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
11. de bevisene som vil bli ført
12. grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
13. den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende 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 til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige 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 kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten. Ankefristen avbrytes av rettsferien. Rettsferie er følgende: Rettsferiene varer fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag, fra og med 1. juli til og med 15. august og fra og med 24. desember til og med 3. januar, jf domstoloven § 140.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

14. ankeinstansen
15. navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
16. hvilken avgjørelse som ankes
17. om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
18. det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
19. de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
20. den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
21. de bevisene som vil bli ført
22. grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
23. den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende 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 til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige 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 kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten. Ankefristen avbrytes av rettsferien. Rettsferie er følgende: Rettsferiene varer fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag, fra og med 1. juli til og med 15. august og fra og med 24. desember til og med 3. januar, jf domstoloven § 140.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

24. ankeinstansen
25. navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
26. hvilken avgjørelse som ankes
27. om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
28. det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
29. de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
30. den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
31. de bevisene som vil bli ført
32. grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
33. den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende 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 til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige 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 kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.