



HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

DOM

AHA

Avsagt: 06.05.2005

Saksnr.: 04-012799ASI-HALO

Dommere:

Lagdommer	Anders Haugestad
Lagdommer	Kari Mjølhus
Kst. lagdommer	Tore Henriksen

Meddommere:

Teknisk sjef	Kai Steinar Holstad
Avd. ingeniør	Arild Tønsberg

Brattåsen Maskin AS

Advokat Karl Marthinussen

mot

Harstad kommune v/ordføreren

Advokat Kjetil Krokeide

Saken gjelder entreprenørens krav om oppgjør etter utført arbeid med VVA-anlegg.

Harstad kommune sendte 09.06.2000 ut anbudsinnbydelse om utførelse av VVA-anlegg Ruggevik – Kila. Om det nærmere innholdet i prosjektet gjengis følgende fra anbudsinnbydelsens punkt E.1:

"VVA-anlegg Ruggevik – Kila er byggetrinn tre i vann og avløpsutbyggingen i Kilbotn. Prosjektet består i hovedsak av sanering og samling av avløpssystemet i området fra Middagsholtet ved Kila skole til Galdberneset i et felles utslipp. I området skal det anlegges en felles slamavskiller som skal ivareta dagens, samt fremtidig utslippsmengde fra til sammen ca. 280 PE. Herav er Kila skole inkludert med ca. 100 PE. For å samle utslippene skal det bygges 2 stk. pumpestasjoner, hvorav en med overbygg. I tillegg til avløpsutbyggingen skal det langs Fv. 4 fra Rv. 83 til Kila skole bygges fortau/gang og sykkelvei. Denne utbyggingen foregår i samsvar med gjeldende reguleringsplan. I fortauet/gang og sykkelveien skal hovedvannledningen fra Ruggeviksveien og til Kila skole ligge. Det skal i tillegg legges forsyningsledninger, og overvannsledninger på deler av strekningen. Til sammen skal det bygges ca. 1100 m fortau/gang og sykkelvei, ca. 1790 m hovedvannledning, ca. 1030 forsyningsledninger, ca. 1030 m spillvannsledninger, ca. 1200 m overvannsledninger, samt 360 m utslippsledninger. Videre skal det settes ned en slamavskiller på ca. 100 m³, samt 2 stk. pumpestasjoner. I tillegg kommer stikkledninger for vann og avløp. Hovedvannledningen skal legges i foringsrør som presses gjennom Rv. 83."

Det var Grøner som sto for prosjekteringen og utformet anbudsbeskrivelsen. Kontrakten består bl.a. av en lang rekke enkeltposter med følgende hovedoverskrifter: 01 Tilrigging, 02 Forberedende arbeider og ulemper, 03 Vegarbeider, 04 Grøftarbeider, 05 Ledningsarbeider-VA, 06 Slamavskiller, 07 Pumpestasjoner, 08 Utslippsledning og 10 Regningsarbeider. Det dreier seg om en enhetspriskontrakt hvor den endelige avregningen skal skje på grunnlag av anbudets enhetspriser og medgåtte mengder bestemt i henhold til anbudets måleregler

Brattåsen Maskin AS innga anbud 04.07.2000, som senere samme måned ble valgt av Harstad kommune. I et eget avtaledokument (blankett 3410) undertegnet av Brattåsen Maskin AS 24.08.2000 fremgår at kontraktssummen var kr 11.628.648, at igangsettelse skulle skje 21.08.2000 og at ferdigstillelsesdatoen var 13.08.2001. Videre bestemmes at NS 3430 (Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider) gjelder for avtaleforholdet.

Befaring av kontraktsarbeidet ble utført den 29.08.2001, og det ble i den forbindelse satt opp en mangelsliste. Av overtakelsesprotokollen av 12.11.2001 fremgår at kommunen overtok kontraktsarbeidet med virkning fra denne datoen under forutsetning av at

entreprenøren skulle utbedre manglene senest 01.12.2001. I brev av 22.11.2001 ba entreprenøren om at kommunen utstedte ferdigattest, og dette ble gjort 10.12.2001.

I anleggsperioden sendte entreprenøren avdragsnotaer med jevne mellomrom. Avdragsnotaene nr. 1 – 11, sendt i perioden fra 29.09.2000 til 07.09.2001, ble betalt av kommunen uten nevneverdige merknader. Avdragsnota nr. 12 datert 05.01.2002 foranlediget derimot merknader fra kommunen i brev av 01.02.2002, hvor det bl.a. står:

”Et generelt krav til fakturagrunnlaget er at det må ha en form og et innhold som gir byggherren en dokumentasjon av hvilke ytelser som faktureres og at det faktisk er utført i samsvar med faktura.

For avdragsnota nr. 12 er for en stor del dokumentasjonen mangelfull eller helt fraværende, se vedlagte notat/merknadsliste. (.....)

Avdragsnota nr. 12 og våre anslag viser en større differanse i vår favør, og grunnlag for utbetaling til Dem basert på den aktuelle avdragsnota er dermed ikke til stede.”

Avslutningsvis i brevet ba kommunen om kommentarer til merknadslisten og om at sluttnota ble innsendt. Entreprenøren sendte sluttnota 01.02.2004, og kommunens merknader er kommentert i brev fra entreprenøren av 17.02.2002, hvor det bl.a. står:

”I vedlagte oversikt har vi systematisk kommentert deres merknadsliste. (.....) Totalsummering av merknadslisten viser et beløp som går i vår favør.

Ved hver avdragsnota gjennom prosjektperioden er det lagt ved dokumentasjon som underbygger de fakturerte poster. Avdragsnotaene er fortløpende godkjent og utbetalt av byggherren. (.....)

Det har vært full anledning for byggherren å gjøre kontrollmålinger underveis i prosjektet, men dette har byggherren ikke benyttet seg av.”

Ytterligere merknader fra henholdsvis kommunen og entreprenøren ble sendt i brev av 07.03.2002 og 08.04.2002. I et eget dokument (inntatt i utdraget på s. 908 flg.) er det foretatt en oppsummering av merknadene i disse fire brevene knyttet opp mot de enkelte postene i kontrakten.

I nytt brev fra kommunen av 17.04.2002 uttales at entreprenøren gjennom merknadsrunden ikke har bidratt til å belyse innholdet i sluttoppgjøret i nevneverdig grad, og at kommunen derfor har startet med å utarbeide et eget oppsett for korrekt sluttoppgjør.

Ved stevning datert 03.05.2002 brakte Brattåsen Maskin AS saken inn for Trondenes tingrett med påstand om at Harstad kommune dømmes til å betale entreprenøren kr 3.227.990 med tillegg av forsinkelsesrenter. Harstad kommune tok til motmæle i tilsvar av 21.06.2002 og nedla påstand om frifinnelse. Entreprenørens påstand ble under hovedforhandlingen redusert til kr 3.125.259 pluss forsinkelsesrenter.

Trondenes tingrett avsa den 09.12.2003 dom med slik slutning:

- 1. Harstad kommune dømmes til å betale Brattåsen Maskin AS kr 90.886 - nittitusenåttehundreogåttiseks kroner - med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.*
- 2. Brattåsen Maskin AS dømmes til å betale i saksomkostninger til Harstad kommune kr 380.850 - trehundroåttitusenåttehundreogfemtikroner - med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer. For øvrig dekker hver av partene egne omkostninger.*

Om saksforholdet for øvrig og anførselene for tingretten vises til tingrettens dom.

Brattåsen Maskin AS påanket dommen i anke av 09.01.2004 for så vidt gjaldt tvistepunktene med følgende stikkordsmessige overskrifter: Kabelkryssninger, Kryssing av privat eiendom, Forsterkningslag Ruggevikveien, Bærelag Ruggevikveien, Boring for ledning, Slamavskiller, Forseringstillegg, Stikkledninger og Masseoppgjøret.

I anketilsvaret av 04.02.2004 erklærte Harstad kommune aksessorisk motanke vedrørende tvistepunktene med følgende stikkordsmessige overskrifter: Bærelag Ruggevikveien, Bruk av spunt (PS2), Endringsmelding nr. 1, Forseringstillegg, Stikkledninger og Masseoppgjøret.

Ankeforhandling var i utgangspunktet berammet til oktober 2004, men ble utsatt fordi daglig leder i Brattåsen Maskin AS hadde sykdomsforfall. Ankeforhandlingen ble i stedet avholdt over ni dager i perioden fra 08. – 18.03.2005. Brattåsen Maskin AS var representert med styreleder Svein Nicolaisen, mens partsrepresentant for Harstad kommune var enhetsleder for drift og utbygging Viggo Johannessen. Fire vitner og en sakkyndig avga forklaring, og det ble foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

Brattåsen Maskin AS har i hovedtrekk anført:

Prosessuelle spørsmål

Det er klart at kommunen ikke kan få medhold i sin påstand om at tingrettens dom oppheves. Tvistemålsloven krever ikke at det i stevningen også skal redegjøres for motpartens innsigelser. Det er ikke riktig at Brattåsen Maskin AS unnlot å sette opp slutfaktura i samsvar med NS 3430.

Når det gjelder hvilke deler av tingrettens dom som er påanket, er det ikke tvil om at anken omfatter hele det såkalte masseoppgjøret. Dette fremgår både av påstanden i ankeerklæringen og den forutgående tekst. Motpartens påstand om avvisning av deler av anken kan således ikke tas til følge.

Kabelkryssninger

Slik kontraktens post 02.03.2 -3 og -4 er utformet, utelukker det ikke at to eller tre av disse postene kommer til anvendelse samtidig. Hvis ikke, hadde det vært grunn til å forvente høyere enhetspris i post 02.03.4 (omlegging av kabler) enn i post 02.03.2 (kryssing av langsgående kabel). Post 02.03.4 nevner i tredje avsnitt hva posten omfatter, og det står ikke noe der om kryssing av kabel. Dette er det naturlig å forstå slik at posten kommer i tillegg til posten om kabelkryssing. Når det så gjelder post 02.03.3 om langsgående kabler dreier det seg om situasjonen der kablene akkurat ligger i grøftesiden og dermed må behandles mer forsiktig enn ellers, noe som tilsier at det dreier seg om en tilleggspost. Entreprenørens krav på dette punkt utgjør 274.500 eks. mva.

Kryssing av privat eiendom

Anførselen om at kommunen i tilknytning til denne posten (post 02.05.1) har måttet foreta utbetalinger til grunneierne, er i tilfelle en mangelsinnsigelse som skulle medført reklamasjon, jf. NS 3430 punkt 32.7, og det ble ikke reklamert i forbindelse med overtakelsen. Det er riktig at entreprenøren skulle ha innhentet grunneiernes skriftlige godkjenning etter at området var tilbakeført, men dette suspenderer ikke kommunens reklamasjonsplikt. I hvert fall måtte kommunen i forbindelse med overtakelsen ha påpekt at underskrifter manglet. Det vises også til den absolutte reklamasjonsfristen på 3 år i NS 3430 punkt 32.8. Subsidiært anføres at bare utgiftene til å innhente underskriftene kan kreves fratrasket, og det dreier seg om så bagatellmessige utgifter til frimerker og brevskriving at posten uansett skal betales fullt ut. Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 36.000 eks. mva.

Forsterkningslag Ruggevikveien

Kommunen har i anketilsvaret uttalt at post 03.02.4.01 og 03.02.4.03 aksepteres, noe som innebærer et beløp for disse to postene til sammen som er ca. kr 15.000 over entreprenørens krav. Lavere beløp enn entreprenørens krav kan således ikke legges til grunn.

Subsidiært anføres at entreprenørens avregning er korrekt. Det er et faktum at 100 prosent av det aktuelle forsterkningslaget ble skiftet ut. I og med at beskrivelsen forutsatte at bare 25 prosent skulle skiftes ut, multipliserte entreprenøren godtgjørelsen med 4. Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 39.600 eks. mva.

Bærelag Ruggevikveien

I beskrivelsen av denne posten (post 03.02.5.03) antas det at 50 prosent av bærelagsmassene i eksisterende vei må byttes. Videre er enheten som skulle legges til grunn for anbudet oppgitt til "lm" (løpemeter). Det ble faktisk foretatt 100 prosent utskifting av dette bærelaget fordi noe annet ikke var praktisk mulig. Hvis kommunen hadde ment at det skulle skiftes ut mindre, burde entreprenøren fått beskjed om det. Kommunens representant var jevnlig på anlegget, og måtte regne med at når entreprenøren skiftet ut hele bærelaget, så ville det også bli krevet oppgjør for dette. På bakgrunn av at det ble skiftet ut dobbelt så mye av bærelaget som antatt, beregnet entreprenøren sin godtgjørelse ved å multiplisere veilengden med 2.

Når det gjelder hvilken enhet som skulle benyttes, ville det kanskje vært mer naturlig å bruke m³, men det var ikke vanskelig å beregne prisen ut fra løpemeter heller. Entreprenøren har gjerne dårlig tid til å regne på anbudet og bør derfor kunne stole på beskrivelsen. Med mindre det dreier seg om en åpenbar feil, må derfor den enheten som står i anbudet legges til grunn. Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 100.000 eks. mva.

Boring for ledning

Hele denne posten (post 05.10.1) gikk ut, og den ble ikke erstattet av noe annet. Det dreier seg om en avbestilling hvor entreprenøren i henhold til NS 3430 punkt 29.2 har krav på erstatning for sitt økonomiske tap. Entreprenøren har således krevet 20 prosent av kontraktssummen, som er det dekningsbidraget entreprenøren opererer med, jf. punkt B.4 i sammendraget av anbudet, hvor en slik prosentsats er oppgitt. Entreprenøren kunne i tillegg ha krevet vederlag for påbegynt arbeid, men kom til at kr 26.000 var et greit oppgjør. Fra entreprenørens side hadde man for øvrig fått forståelsen av at dette også var greit for kommunen. Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 26.000 eks. mva.

Bruk av spunt (PS 2)

I forhold til denne posten (post 07.01.1.04) om bruk av spunt i tilknytning til Pumpestasjon 2 (PS 2), ble det avtalt med kommunen at det skulle spuntet, og det ble faktisk spuntet. At avtalen om spunting ble gjort pr. telefon til kommunens representant mens vedkommende var på ferie, er ikke avgjørende. Dersom vedkommende ikke hadde kompetanse mens han var på ferie, måtte entreprenøren ha fått beskjed om det. Selv om det skulle bli lagt til grunn at bruk av spunt ikke var avtalt, betyr ikke nødvendigvis det at posten bortfaller. Det må da spørres om det var andre måter å gjøre dette på som ville medført et rimeligere resultat (differanseprinsippet).

Det synes som spuntingen har foregått i en ukes tid, noe kommunen ville registrert dersom man hadde vært til stede på anlegget med jevne mellomrom. At spunten etter hvert av sprengningsmessige grunner ble erstattet av en grøftekasse, er uten betydning. Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 49.000 eks. mva.

Endringsmelding nr. 1

Det fremgår av NS 3430 punkt 7.5 at byggherren i utgangspunktet er ansvarlig for feil i dokumenter som byggherren har levert. Det er ikke riktig at entreprenøren burde ha forstått at opplysningen om den aktuelle stikkrennens plassering var uriktig. Beskrivelsen under post 03.04.4 var tilstrekkelig til at entreprenøren kunne fastsette prisen uten nærmere undersøkelser. I den grad han undersøkte det kartet det henvises i beskrivelsen (tegning C1) ville han ikke sett feilen.

Selv om entreprenøren burde forstått at opplysningen var feil, er det ikke gitt at vederlagskravet vil bortfalle, jf. NS 3430 punkt 7.5 annet ledd. Det er de ekstraordinære kostnader som kunne vært avverget entreprenøren må ta på sin kappe. I dette tilfellet er situasjonen at dersom beskrivelsen hadde vært riktig, ville entreprenøren priset posten høyere.

Dersom entreprenøren ikke oppfyller varslingsplikten i punkt 7.4, betyr ikke det nødvendigvis at erstatningskravet er tapt. Det henvises her til Helge Jakob Kolrud, Kommentar til NS 3430 (1992) s. 65, hvor det om en slik situasjon heter at: *"Hvis feil i tegninger krever nye, dyrere løsninger, kan entreprenøren i alle tilfelle kreve tillegg for dette"*.

Entreprenørens krav på dekning av ekstrakostnader på dette punkt er på kr 21.704 eks. mva.

Slamavskilleren

Grunnlaget for entreprenørens krav er at byggegrunnen ikke var i overensstemmelse med beskrivelsen i anbudet. Beskrivelsen under anbudets poster

06.3 – 06.8 tilsier en byggegrøp på 4 – 4,5 m og at det antas noe fjell. Noen risiko for masseutskifting står det ikke noe om. At det kunne påregnes grunnvann er greit, men det er noe annet enn det som skapte problemene for entreprenøren. Ut fra beskrivelsen var den anskaffede spunt på 5,5 m tilstrekkelig.

Selv om det i anbudet ble gjort spesielt oppmerksom på at det ikke var foretatt grunnundersøkelser, innebærer ikke det at risikoen for grunnforholdene var overført til entreprenøren. Hvis så skulle vært tilfelle, måtte det ha blitt sagt uttrykkelig. En annen sak er at entreprenøren kanskje måtte finne seg i litt større avvik enn ellers.

Det kommunen skulle ha gjort da entreprenøren gjorde oppmerksom på at grunnforholdene var annerledes enn beskrevet, var å ta ansvar for situasjonen som hadde oppstått. Isteden fikk entreprenøren beskjed om at dette var hans problem. Entreprenøren fant en løsning som fungerte, men som ble litt dyrere enn det opprinnelige opplegget.

Også på dette punkt skal det anvendes et såkalt differanseprinsipp. Kommunen har bevisbyrden for at den løsningen som ble valgt er dyrere enn det som hadde vært nødvendig.

Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 275.631 eks. mva.

Forseringstillegget

I og med at fristforlengelse ikke ble innvilget, kreves forseringstillegg i henhold til NS 3430 punkt 17.6 på bakgrunn av problemene med slamavskilleren, tidsbruken knyttet til å passere en stolpe som var flyttet til gravetraseen etter avtaleinngåelsen, og den generelle mengdeøkningen.

Arbeidet med slamavskilleren var planlagt å ta to uker, men tok faktisk fire. I tillegg ble annet arbeid som skulle vært foretatt i denne perioden, forsinket. Forsinkelsen i fremdriften fremgår tydelig av byggemøtereferatene. Referatet fra møtet 20.02.2001 viser at man lå ca. 7 uker foran fremdriftsplanen. Referatet fra møtet 09.03.2004 viser at man da var ca. 3 uker foran fremdriftsplanen, mens det i referatet fra møtet 03.04.2001 heter at man var ca. i henhold til fremdriftsplanen.

Stolpen som ble flyttet etter at anbudet var levert, representerte en endret forutsetning. Hvor mye ekstra tid som medgikk til dette arbeidet, vet man ikke.

Når det gjelder masseøkningen var ca. 6,9 millioner kroner i anbudet regulerbare poster, og disse endte med en sum på ca. 9,6 millioner kroner. Dette er en endring på 39 prosent og må karakteriseres som en vesentlig endring, jf. NS 3430 punkt 28.1 annet ledd. Det vises for øvrig til anbudsbeskrivelsen punkt G.3 hvor det fremgår at endringer og tillegg som i sum utgjør inntil 10 prosent av kontraktssummen, skal kunne utføres uten forlengelse av byggetiden.

Kravet om fristforlengelse er varslet slik det kreves i NS 3430, og det vises her til tingrettens dom. I forhold til slamavskilleren ble det i endringsmeldingen av 06.03.2001 uttalt at entreprenøren ville komme tilbake til tidsmessige og økonomiske konsekvenser senere, og dette ble tidsnok fulgt opp.

Selv om varselet i utgangspunktet skulle være gitt for sent, har kommunen tapt adgangen til å påberope dette, fordi man istedenfor å fremme denne innsigelsen gikk inn på en realitetsdiskusjon om berettigelsen av kravet.

Det må videre legges til grunn at det faktisk har blitt foretatt en forsering. Den overtiden som kreves er den som er notert. At man etter forseringen var likt med fremdriftsplanen, betydde at man var likt med den fremdriftsplanen hvor det var lagt inn forsering, noe som tilsier at forseringen hadde den effekten man hadde regnet med.

Kravet i NS 3430 punkt 17.6 annet ledd om varsling av forsering, betyr ikke mer enn at entreprenøren ved forsinket varsling må bære de økonomiske konsekvenser som kunne vært unngått ved rettidig varsling, jf. Helge Jakob Kolrud, Kommentar til NS 3430 (1992) s. 157.

Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 442.865 eks. mva.

Stikkledninger

Når det gjelder hvilken enhet som skal legges til grunn for anbudets pris, anføres at det skal benyttes løpemeter, slik det fremgår av beskrivelsen i post 05.05.1. Kr 2.500 pr løpemeter vannledning kan synes dyrt, men det er mye arbeid som er inkludert i dette. I og med at kommunen endret mengden fra 150 til 20, kan det spørres hvorfor ikke også enheten løpemeter ble endret samtidig.

I forhold til antall løpemeter vannledning har den sakkyndige kommet til samme tall som entreprenøren med unntak av et punkt, hvor Aud-Hill Damman fra kommunen under ankeforhandlingen støttet entreprenørens fremstilling.

De 66 omtvistede løpemetrene med spillvannsledning er lagt etter overtakelsen av anlegget. Også i forhold til spillvann gjelder at man må foreta tilkobling på to steder, noe som må reflekteres i entreprenørens godtgjørelse.

Entreprenørens krav på dette punkt utgjør kr 594.330 eks. mva. Subsidiært anføres at tingrettens dom er riktig.

Masseoppgjøret

Masseoppgjøret skal baseres på målinger ut fra kontraktens forutsetninger, som ikke nødvendigvis er det samme som beregninger av hva som fysisk er gjort. Bakgrunnen for tvisten er at kommunen i ettertid har en annen oppfatning enn entreprenøren om hvilke måleresultater som skal legges til grunn. De aktuelle målingene kan ikke gjentas i ettertid. Etter at grøftene er gravet igjen kan man for eksempel ikke konstatere hvilken helning de hadde og brukbarheten av masser med hensyn til gjenfylling. Selv om massene teknisk sett egnet seg for gjenfylling, vil det også være spørsmål om i hvilken grad dette var praktisk mulig.

Det er riktig at entreprenøren ikke innkalte til felles målinger. Det var imidlertid åpenbart for kommunen hvordan entreprenøren la opp og avregnet arbeidet. Hvilke målinger entreprenøren benyttet seg av fremgikk av vedlegg til avdragsnotaene. Hvis kommunen var uenig i måten anlegget ble drevet på eller de målinger som ble foretatt, tilsier lojalitet i kontraktsforhold at kommunen ga entreprenøren beskjed om dette. Dermed er kommunen

bundet av de målinger som ble foretatt som om kommunen hadde vært til stede. Bare dersom målingene åpenbart er feil, kan de settes til side.

Det er ingen grunn til å tro at entreprenørens målinger ikke er korrekte. På tegningene som var en del av kontrakten har entreprenøren fortløpende notert fordelingen av jord og fjell i grøftene og i hvilken grad det var benyttet bunnforsterkning. Dersom kommunen har innsigelser mot målingene, må kommunen ettergå opplysningene entreprenøren har gitt. I stedet har kommunen foretatt beregninger ut fra sitt digitale arkiv som ikke var en del av kontrakten. De masseberegninger av grøftene som ble foretatt av entreprenørens privatengasjerte sakkyndige (Per Arne Pedersen, Bygg og Anleggsplan AS), var ikke basert på tall som var produsert i ettertid. Underveis i anleggsarbeidet målte entreprenøren snittbredden (bredden midt i grøfta).

Kommunen gjør gjeldende at entreprenøren har en for stor gravepost (post 03.01.4.01). Størrelsen på denne posten har sin bakgrunn i at den også er benyttet ved opplastning av masser fra mellomlager, noe som til sammen utgjorde ca. 6.000 m³ av samlede masser. Når kommunen i sine beregninger har forutsatt at alle massene under denne posten har sin bakgrunn i graving i traseene, blir det feil både i forhold til grøftedybdene og inn- og uttransport av masser.

Når det gjelder den sakkyndiges beregninger, så er disse ikke basert på kart som etter kontrakten skal legges til grunn. Den sakkyndiges beregning av grøftesidenes helning til 3:1 var basert på at grøftene i det vesentlige var grunnere enn 2 meter, mens det i virkeligheten var en forsvinnende liten del av grøftene som var så grunne. Arbeidstilsynet har som utgangspunkt en helning på grøftene på 1:0,75. Forskjellen mellom dette og den sakkyndiges forutsetning utgjør flere tusen kubikkmeter i grøftevolum. Når den sakkyndige har lagt inn veiprofil under veiens traubunn, har han ikke kontrollert om disse er i samsvar med entreprenørens målinger. Når det så gjelder anslag over transport av masser ut og inn av anlegget, har den sakkyndige ikke kunnet si mer enn at gjenbruksprosenten er høyere enn 0 prosent og lavere enn 100 prosent.

Beregningen av tiltransport av masser har entreprenøren basert på kjøresedler og en omregningsfaktor i forhold til hvilket volum massene vil oppta i grøfta. Dette blir kanskje ikke teoretisk volum. Imidlertid er ikke kontraktens måleregler fullstendige. Kommunen har dessuten sett at det som vedlegg til avdragsnotaene lå kjøresedler, som man vet brukes til å beregne volum, samtidig som kommunen var klar over at det i ettertid ville være umulig å finne ut hva som var faktum. På denne bakgrunn må det legges til grunn at begge parter aksepterte en avregning på grunnlag av kjøresedler.

Når det gjelder de såkalte dobbeltgrøftene, lå ikke ledningene i samme grøftesnitt, og det er da naturlig å regne det som to parallelle grøfter. I forhold til kommunens anførsel om at godtgjørelsen for bunnforsterkning skal beregnes i samsvar med den sakkyndiges forslag,

bemerket at dersom kommunen hadde innvendinger mot hvordan bunnforsterkningen ble utført og avregnet av entreprenøren, måtte kommunen varsle entreprenøren om dette. I og med at det ikke ble gjort, er innvendingen tapt.

Entreprenørens sluttnota tilfredsstilte fullt ut kravene til en slutfaktura. De målinger som var sendt inn i forbindelse med tidligere avdragsnotater, var det ikke nødvendig å sende inn på nytt. Det er for øvrig en misforståelse at slutfakturaen ikke har virkning fordi den eventuelt mangler bilag.

Til sammen utgjør entreprenørens krav i tilknytning til masseoppgjøret kr 4.231.798 eks. mva. Subsidiært anføres at kommunen er avtalerettslig bundet av sitt eget sluttoppgjør av 27.08.2002, atter subsidiært av sitt sluttoppgjør av 19.06.2002.

Oppsummering av kravet

På tidspunktet for stevningen ble utestående beløp beregnet til kr 3.277.990 (inkludert merverdiavgift). Etter en korrigering av beløpet under den videre saksforberedelse, ble det for tingretten nedlagt påstand om utbetaling av kr 3.124.259. De tvistepunktene entreprenøren ikke har påanket utgjør til sammen kr 63.612. Til fradrag kommer også nedjusteringen på kr 247.380 av kravet om forseringstillegg. Påstanden for lagmannsretten blir således utbetaling av kr 2.813.267 med tillegg av renter.

Saksomkostninger

For Brattåsen Maskin AS har denne tvisten vært helt ødeleggende og selskapet har nå i realiteten nedlagt virksomheten. I forhold til saksomkostningsspørsmålet gjøres gjeldende at entreprenøren i forbindelse med det saksforberedende møtet for lagmannsretten antydte at saken kunne forlikes ved utbetaling av et beløp på ca. kr 1.000.000, og senere har entreprenøren også antydte forliksmuligheter på et lavere beløp. Kommunen har imidlertid vist liten interesse for forlik.

Bakgrunnen for at masseoppgjøret ble så komplisert var at kommunen isteden for å ettergå entreprenørens regninger punkt for punkt, laget sine egne beregninger. Dette var bakgrunnen for at tingretten oppnevnte sakkyndig, noe som var et blindspor. På denne bakgrunn ville det være urimelig hvis entreprenøren ble sittende med regningen for sakkyndig.

Brattåsen Maskin AS har nedlagt slik påstand:

Harstad kommune dømmes til å betale til Brattåsen Maskin AS 2.813.267 kroner med tillegg av lovens rente fra 04.03.2002 til betaling skjer, samt saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten med tillegg av lovens rente fra forfall.

Harstad kommune har i hovedtrekk anført:

Prosessuelle spørsmål

Utgangspunktet er at entreprenøren skal sette opp sluttnota hvor dokumentasjon og spesifikasjon uoppfordret vedlegges, jf. NS 3430 punkt 24.1. Dette ble ikke gjort i denne saken. Stevningen ble tatt ut mens sluttoppgjøret enda pågikk. Tvistemålsloven § 300 første ledd krever at det i stevningen konkretiseres hvilke tvistepukter det dreier seg om. Det Harstad kommune har savnet i denne saken, og som fortsatt savnes, er at entreprenøren lager en oppstilling av tvistepunkter som grunnlag for den påstanden som nedlegges. I stedet er det Harstad kommune som hele tiden har hatt arbeidet med å konkretisere hva saken dreier seg om. At stevningen var mangelfull, medfører at Harstad kommune prinsipalt nedlegger påstand om at tingrettens dom oppheves.

Det fremgår ikke av ankeerklæringen at hele masseoppgjøret påankes. Det nedlegges derfor påstand om at anken over nærmere bestemte deler av masseoppgjøret avvises.

Kabelkryssninger

I sluttnotaen er det tatt med 590 løpemeter både i forhold til post 02.03.2.01 (kryssing av langsgående kabel), post 02.03.3 (langsgående kabler) og post 02.03.4 (omlegging av kabler). Det dreier seg om samme strekningen som er fakturert tre ganger. Den riktige forståelsen av avtalen er imidlertid at det dreier seg om alternative poster, hvor bare en av dem kommer til anvendelse av gangen. Det beløpet som aksepteres av kommunen på dette punkt er kr 130.250 eks. mva.

Kryssing av privat eiendom

Entreprenøren har ikke innhentet grunneiernes skriftlige godkjenning slik han etter kontraktens post 02.05.1 var forpliktet til. På dette grunnlag har byggherren holdt tilbake halvparten av beløpet på denne posten. At pengene holdes tilbake fordi arbeidet ikke er utført, innebærer at det ikke dreier seg om et mangelskrav i egentlig forstand. Bakgrunnen for kravet er dels det entreprenøren har spart ved ikke å utføre arbeidet, dels å sikre at byggherren ikke får utgifter med arbeid entreprenøren er ansvarlig for. Mangelslisten vedlagt overtakelsesforretningen inneholdt for øvrig også punkter som gjaldt kryssing av privat eiendom. Det beløpet som aksepteres av kommunen på dette punkt er kr 18.000 eks. mva.

Forsterkningslag Ruggevikveien

Den sakkyndige har lagt til grunn at forsterkningslaget måtte skiftes ut i hele veibredden i første delen av Ruggevikveien (VA-traseens profilnummer 0 til 175), mens han har lagt til grunn at forsterkningslaget måtte skiftes ut i halvparten av veibredden på strekningen fra bakketoppen i Ruggevikveien til undergangen under RV 83. Harstad kommune aksepterer disse beregningene. Det beløpet som aksepteres av kommunen under post 03.02.4.03 blir således kr 31.460 eks. mva.

Bærelag Ruggevikveien

Harstad kommune har akseptert den sakkyndiges konklusjon om at bærelaget måtte skiftes ut i sin helhet. Den sakkyndige har imidlertid mest sannsynlig begått en regnefeil ved at overflaten av veien er multiplisert med et bærelag på 0,30 m, mens det riktige er 0,15 m. Med et bærelag på 0,15 m blir riktig mengde i den aktuelle posten 166 m³.

At enheten på dette punkt i anbudet er oppgitt til 1m må være en feilskrift. Alt annet av tilhørende poster regnes i m³. I den innledende posten (post 03.02.5) heter det avslutningsvis at mengden måles som prosjektert anbrakt volum. I brev av 09.08.2000 fra entreprenørens daværende prosessfullmektig (utdraget s. 222) refereres det for øvrig til at enheten i den aktuelle posten (post 03.02.5.03) er m³.

På bakgrunn av ovenstående opprettholdes kravet i motanken om at entreprenørens godtgjørelse under denne posten reduseres med kr 24.200 i forhold til tingrettens dom. Det beløpet som godtas blir således kr 42.000 eks. mva.

Boring for ledning

Bortfallet av denne posten (post 05.10.1) må regnes som en endring som faller inn under NS 3430 punkt 28.1 første ledd, og ikke som en avbestilling. Ifølge fakturaen av 30.01.2002 (utdraget s. 870) ser det for øvrig ut som det er utgifter til forberedende arbeid som er fakturert. Kommunen tilbakeviser at det er inngått avtale om utbetaling av 20 prosent av den aktuelle posten. Oppgjør må skje ut fra et skjønn over hvilket arbeid som er utført, og tingrettens konklusjon aksepteres. Det betyr at det under denne posten aksepteres et beløp på kr 15.000 eks. mva.

Bruk av spunt (PS 2)

Posten vedrørende bruk av spunt i tilknytning til PS 2 (post 07.01.1.04) gjaldt et relativt stort beløp sammenlignet med de andre postene som omhandlet denne pumpestasjonen. Anførlene fra byggherrens side er at man ikke har sett at det ble brukt spunt, og at dette heller ikke ble avtalt slik den aktuelle posten foreskriver. Det som ble opplyst i tingretten av entreprenørens anleggsbas var at det ble brukt spunt, men at dette ganske raskt ble oppgitt. Bakgrunnen var at grunnen besto av steinfylling og ikke løse masser slik man hadde trodd.

Det entreprenøren burde ha gjort var å kontakte en person i kommunen som kunne komme til stedet og vurdere behovet for spunt. I det minste burde entreprenøren fremlagt fargefoto av det som var gjort. Harstad kommune er imidlertid innstilt på i forhold til denne posten å godta et beløp på kr 10.000 eks. mva.

Endringsmelding nr. 1

Entreprenøren har ikke rett til tilleggsvederlag fordi anbudsbeskrivelsen under post 03.04.4 oppgir at stikkrennen skal legges ved profil 475, mens den i virkeligheten skulle legges ved profil 520. De andre momentene i beskrivelsen, som at det dreier seg om et lavbrekk og at dybden på stikkledningen tilpasses vannkum VKIV, tilsier at plasseringen var ved profil 520. Hvis man ser på tegning C 1 som beskrivelsen henviser til vil man se at det dreier seg om en tegning av gang- og sykkelvei hvor stikkrennen ikke er inntegnet. Det ville da vært naturlig å se på andre kart, og på tegning K-211 er stikkrennen tegnet inn på riktig sted. Det fremgår for øvrig av referatet fra møtet om saken som fant sted 31.07.2000 at entreprenøren i hvert fall på det tidspunktet hadde skjønt hvor stikkrennen skulle ligge. Den vannkummen det ble vist til under post 03.04.4 er for øvrig priset under post 05.07.2.04, og for å kunne gjøre det må entreprenøren også finne ut hvor stikkrennen var.

Under enhver omstendighet er ikke kravet om dekning av merutgifter varslet i tide, jf. NS 3430 punkt 17.5.

Slamavskiller

Kravet om tilleggsvederlag for arbeidet med slamavskilleren kan ikke føre frem. Entreprenørens argumentasjon er på dette punktet noe endret i forhold til hva som ble anført for tingretten.

Kommunen har ikke gitt noe tilsagn om at det skulle være fjell i det aktuelle området. Det fremgår i anbudsbeskrivelsens punkt E.3 at det ikke er foretatt grunnundersøkelse, og at entreprenøren på eget ansvar må vurdere hvilken betydning endringer i antatte grunnforhold har for hans prisgivning og fremdrift. Videre heter det i anbudets post 02.01.5, som er en rundsumpost, at denne posten skal ivareta alle kostnader ved vannulemper i forbindelse med gravearbeidene, og det er presisert at dette bl.a. gjelder ved graving/montering av slamavskilleren. Selv om man skulle ha påtruffet fjell når det skulle graves ut for slamavskilleren, kunne man ikke regnet med horisontalt fjell, og man hadde hatt flaks om spuntens hele omkrets på 57 m (se post 06.3) kunne stått på fjell.

Når det gjelder anførselen om behov for masseutskifting utover det som er beskrevet i anbudet, vises det til at post 06.4 og 06.10, som gjelder henholdsvis graving og gjenfylling, er regulerbare poster. I og med at utgravde masser økte, fikk entreprenøren mer betalt for disse postene enn anslagene i anbudet skulle tilsi.

Fundamentet ble mer solid og tykkere enn man hadde tenkt seg etter anbudsbeskrivelsen, men det var entreprenørens eget valg å bruke fundamentet til å avstive spunten, og ikke bare som forankring for slamavskilleren.

At det ble omrørt leire i byggegropa, hadde bl.a. sammenheng med at spuntingen ikke var korrekt utført, jf. bl.a. de fremlagte bildene som viste at spuntingen var i strid med

Arbeidstilsynets forskrift om graving og avstivning av grøfter. Det var tele i bakken, og dersom spuntingen hadde vært korrekt utført, vil man kunne kjørt maskinene helt inntil byggegropen og de store problemene ville ikke oppstått.

Når det subsidiært gjelder størrelsen på kravet, så er det flere poster i fakturaen av 30.01.2002 som ikke er omhandlet i beskrivelsen av merkostnadene i entreprenørens varselbrev av 06.03.2001, spesielt utgiftene til mobilkran. Også andre poster virker til dels noe luftige.

Forseringstillegget

De forholdene som er anført av entreprenøren ga ikke grunnlag for fristforlengelse. I og med at entreprenøren og ikke byggherren har risikoen for problemene knyttet til slamavskilleren, gir ikke disse problemene grunnlag for fristforlengelse, jf. NS 3430 punkt 17.1 bokstav b.

Å anslå masseøkningen i prosent er noe vanskelig. Det må bl.a. tas i betraktning at tilleggsvederlag og endringsmeldinger skal holdes utenfor, og at entreprenøren i tilknytning til det såkalte masseoppgjøret opererer med en mengdeøkning som er større enn byggherren godtar. Det er masseøkninger som helt forrykker arbeidsopplegget og dermed de tidskalkyler entreprenøren har lagt til grunn, som gir grunnlag for forlenget byggetid i henhold til NS 3430 punkt 17.1 bokstav b (se Viggo Hagstrøm, Entrepriserett (1997) s. 34). I foreliggende sak dreide det seg om masseøkninger som fordelte seg på hele anlegget over en lengre tidsperiode. I anbudsbeskrivelsens punkt G.3 fremgår for øvrig at endringer og tillegg som i sum utgjør inntil 10 prosent av kontraktssummen, skal kunne utføres uten forlengelse av byggetiden.

Når det gjelder anførselen om at flyttingen av en stolpe skal ha ført til forsinkelse, bemerkes at det var entreprenøren som bestemte plasseringen av stolpen. I endringsmelding nr. 11 av 18.03.2001, som gjelder dette punktet, nevnes det ikke noe om tidsmessige konsekvenser. Det kan ikke av fremlagte fotografier utledes at stolpen skapte store problemer for fremdriften.

Under enhver omstendighet er ikke kravet om fristforlengelse varslet uten ugrunnet opphold, jf. NS 3430 punkt 17.5. I endringsmelding nr. 10 av 06.03.2001 som gjaldt problemene knyttet til slamavskilleren, sies det ikke noe om tidsmessige konsekvenser. Kravet om fristforlengelse ble først fremsatt i brevet fra entreprenøren av 13.05.2001. Masseøkningen ble ikke engang påberopt som grunnlag for fristforlengelse under hovedforhandlingen for tingretten. Endringsmelding nr. 11 av 18.03.2001 om problemene knyttet til flyttingen av stolpen nevner som sagt ikke noe om tidsmessige konsekvenser.

I tillegg anføres at entreprenøren ikke har gitt slik varsel som foreskrevet i NS 3430 punkt 17.6 annet ledd, hvor det heter at før enhver forsering påbegynnes, skal byggherren varsles

skriftlig med angivelse av hva forseringen antas å koste. Varselet av 01.07.2001 vedrørende en forsering som ble iverksatt 18.06.2001 er ikke helt i samsvar med dette.

Videre stiller byggherren seg uforstående til omfanget av forseringsutgiftene påberopt fra entreprenørens side. Det er bl.a. ingen dokumentasjon vedrørende de to siste postene i brevet av 01.07.2001, som gjelder henholdsvis kjøp av grusmasser og ekstraavgifter ved å engasjere en annen asfaltentreprenør.

Byggherren bestrider også at det faktisk har funnet sted en forsering. Det følger av referatet fra byggemøtet av 03.05.2001 at arbeidene på det tidspunkt var ca. i henhold til fremdriftsplanen. Kommunens byggeleder har for øvrig forklart at han ikke registrerte noen forsering.

Avtalt sluttdato var i utgangspunktet 13.08.2001, men kommunen godtok at ferdigstillelsen ble forskjøvet til 22.08.2001 uten at det ble krevet dagmulkt.

Stikkledninger

Anbudsbeskrivelsens post 05.05.1 gjelder bare de aktuelle ledningenes tilkobling. Øvrige arbeider med stikkledningene dekkes gjennom postene 04.01.1.20 (graving), 04.02.1.20 (gjenfylling), 05.04 (rørledning) og 05.01.1.20 (fundament) og 05.03.1.20 (omfylling). Selv om det i beskrivelsen under post 05.05.1 om tilkobling av ledningene er formuleringer om at enheten skal være løpemeter, er det ut fra sammenhengen klart at det dreier seg om en pris pr. tilkobling, noe som er i samsvar med at det i rubrikken for enhet står "stk".

Det er ikke foretatt etterbestilling av spillvannsledninger, og byggherren bestrider derfor å skulle dekke de 66 meterene med spillvannsledninger som påstås å være lagt i perioden 27.09 - 14.11.2001, jf. underbilag til avdragsnota 12. Anlegget ble overtatt av kommunen 22.08.2001 og befaring av kontraksarbeidet ble utført den 29.08.2001. I mangelslisten står det ikke noe om at avløpsledninger mangler, og det må da kunne legges til grunn at dette arbeidet var fullført. Videre fremgår det i bilag til avdragsnota nr. 11 av 07.09.2001 at 22 tilkoblinger av spillvannsledninger var utført på det tidspunkt.

Det som er rekvirert som tilleggsarbeider er bare legging av vannledninger fra bakkekran til eksisterende ledning. Oppgjør for tilleggsarbeid fastsettes i henhold til NS 3430 punkt 28.4 og 28.5. Bortsett fra tilkoblingen til eksisterende ledning, er det i anbudet enhetspriser som kan danne grunnlag for oppgjøret. Når det gjelder prisen pr. tilkobling, aksepterer kommunen tingrettens konklusjon om at denne settes til kr 2.000. I og med at tilkoblingen av andre ledninger enn vannledningene omfattes av anbudet, må imidlertid antall tilkoblinger som betales som tilleggsarbeid begrenses til 21.

Lengden på vannledninger som kan regnes som tilleggsarbeid er av den sakkyndige satt til 190 løpemeter, og dette aksepteres av byggherren. Entreprenøren har levert mangelfulle

data om de aktuelle ledningenes plassering, og eventuell tvil på dette punkt bør således gå ut over entreprenøren.

Ut fra den sakkyndiges beregninger legges til grunn at samlet tilleggsarbeid knyttet til leggingen av vannledningene godtgjøres med kr 132.289. I tillegg kommer 21 stk. tilkoblinger av vannledninger a kr 2.000, som til sammen blir kr 42.000. Tilkoblingen av øvrige ledninger (herunder vannledningenes foreløpige avslutning med bakkekran) godtgjøres etter enhetsprisene under post 05.05.1, med til sammen kr 57.877.

Masseoppgjøret

Det følger av NS 3430 punkt 24.1 at både målinger og påvisninger som er nødvendig for oppgjøret skal foretas av entreprenør, men at byggherren har rett til å delta og skal ha varsel i rimelig tid. For øvrig henvises til retningslinjene for registrering og innmåling av VA-ledninger i Harstad kommune, som er en del av kontrakten og som entreprenøren fikk betalt for gjennom post 02.02.1. For slike registreringer var imidlertid ikke regelen at kommunen skulle varsles.

Kommunen ble i liten grad innkalt til målinger og påvisninger. Når det gjelder kommunens retningslinjer for innmåling, mangler det for deler av anlegget x, y og z koordinater for ledninger og installasjoner, og det er i begrenset grad sendt inn fargefoto av ledningsnettet slik retningslinjene foreskriver.

Det følger av NS 3430 punkt 26.1.3 at betaling av avdrag ikke innebærer noen godkjennelse av grunnlaget for vedkommende faktura. Det er ikke noe i foreliggende kontraktsforhold som endrer på dette.

Entreprenøren sendte ikke i dette tilfellet en slutfaktura som tilfredsstilte NS 3430 punkt 31.1 i og med at kravene til dokumentasjon og spesifisering i punkt 24.1 ikke var oppfylt. Dette innebærer at betalingsfristen ikke begynner å løpe, at det heller ikke løper frister for innsigelser og at byggherren selv kan sette opp sluttoppgjør.

Det er ikke riktig at Harstad kommune ble bundet av sine to forslag til sluttoppgjør. Stevning i saken ble sendt på et tidspunkt da kommunen hadde meddelt at man ikke var ferdig med sluttoppgjøret, og tvistemålsloven § 185 kommer således til anvendelse. For øvrig er det en endret forutsetning i saken at det ble oppnevnt sakkyndig, og en bristende forutsetning at det først under tingrettens behandling av saken fremkom at entreprenøren hadde benyttet graveposten (post 03.01.4.01) på en måte som frem til da var ukjent for kommunen.

Kontraktsforholdet inneholder enkelte skjønsmessige poster, slik som post 03.01.5 og 03.01.4, som baserer seg på antagelser om at eksisterende masser på anlegget er tilstrekkelige til fyllmasse, og post 04.07. og 04.01 som forutsetter vurderinger av

egnetheten av masser til gjenfylling. Disse postene må sammenholdes med post 4.01.8, som er en rundsumpost, og hvor entreprenøren pålegges å vurdere behovet for mellomagningsplass. Det var entreprenørens oppgave å skaffe mellomagningsplass og organisere arbeidet slik at massebalansen ble ivaretatt. Hvis antagelsen om massebalanse svikter, følger det for øvrig av bestemmelsen i NS 3430 punkt 3 om samarbeidsplikt at dette skal tas opp med kommunen.

Det har ikke blitt inngått noen avtale mellom partene om at masseoppgjøret skulle avregnes ved hjelp av kjøresedler, og det er ikke av entreprenøren fremlagt noen oppstilling av hva som kan utledes av kjøresedlene.

Den sakkyndige opplyser å ha anvendt entreprenørens registreringer av fjell i ledningsgrøftene. Når resultatene likevel blir forskjellig, må det skyldes at målereglene er ulikt praktisert.

Det står ikke i kontrakten hvorvidt løpemeter grøft skal beregnes i terrenget eller på kartet, men sedvane i bransjen tilsier at man ikke lenger går ut i terrenget og måler.

I forhold til oppgjør for bunnforsterkning i grøfter vises det til den sakkyndiges rapport.

Den såkalte helningsvinkelen på grøftene har bare betydning for masseberegningen. Entreprenøren har fått betalt for 452 meter med grøftkasse, og på denne strekningen har vinkelen vært tilnærmet vertikal. Store deler av arbeidet fant sted om vinteren, hvor tele bidro til at skråningene kunne være relativt bratte, jf. Arbeidstilsynets forskrift vedrørende betydningen av tele. Dermed blir det ikke mange løpemeter igjen hvor helningsvinkelen var 1:1 eller lignende.

Når det gjelder tvisten knyttet til de såkalte dobbeltgrøftene, vises det til kontraktens post 05.01.1 hvor det heter at oppgitt pris gjelder uavhengig av om alle ledningene ligger på samme plan eller i ulike høyder.

Det gjøres gjeldende at den såkalte gjenbruksprosenten settes til 35 prosent, jf. masseberegningen vedlagt brevet fra entreprenørens prosessfullmektig av 18.09.2003.

Det er ikke holdepunkter for at utkjøring av masser fra mellomager faller inn under kontraktens post 03.01.4.01 om graving av løsmasser. Denne posten inkluderer transport til mellomager, mens rundsumposten 04.01.8 dekker det som skal til for å få massene videre.

I forhold til det masseoppgjøret tingretten fastsatte, skal det etter kommunens oppfatning gjøres fradrag med til sammen kr 243.160 (ekskl. mva.). Fradragene gjelder anbudspost 03.01.5 fylling (ut fra 35 prosent gjenbruk) med kr 179.348, anbudspost 04.07 overskuddsmasser (ut fra 35 prosent gjenbruk) med kr 45.378, overvannsledning på 23

meter ved Kila skole med kr 15.000 og stikkledningsgrøft på 17 meter ved Kila skole med kr 3.434.

Oppsummering

I henhold til den aksessoriske motanken er det fradragposter på til sammen kr 692.551 (inkludert merverdiavgift) i forhold til det beløpet på kr 90.866 som tingretten dømte kommunen til å betale. Kommunen nedlegger imidlertid ikke påstand om at entreprenøren skal foreta utbetaling, og nøyer seg således med å påstå frifinnelse.

Saksomkostninger

Når domstolen oppnevnte sakkyndig var det fordi det var nødvendig, bl.a. ut fra at det dreide seg om en spesiell kontrakt med mange beregningstekniske spørsmål. Kommunen har for øvrig hatt utgifter til egen sakkyndig. Kommunen vil bl.a. kreve erstattet omkostninger knyttet til ansattes arbeid, noe som anses relevant i forhold til upersonlige rettssubjekter.

Harstad kommune nedla slik påstand:

Prinsipalt:

1. *Tingrettens dom med hovedforhandling oppheves og saken avvises fra tingretten.*
2. *Brattåsen Maskin AS idømmes saksomkostninger til Harstad kommune for tingretten og lagmannsretten.*

Subsidiært:

1. *Den delen av hovedanken som vedrører det såkalte masseoppgjøret og som omfatter andre problemstillinger enn:*
 - a) *Hvorvidt Harstad kommune er bundet enten av sluttoppgjøret av 28.07.2002 (som prosessuell erkjennelse) eller av sluttoppgjøret av 19.06.2002 (som dispositivt utsagn), og*
 - b) *Korrekt behandling av de registreringer og data som følger som vedlegg til avdragsnota nr. 1 – 11 fra Brattåsen Maskin AS, som anses rettskraftig avgjort og avvises fra videre ankebehandling.*
2. *Harstad kommune frifinnes for den gjenstående delen av hovedanken.*
3. *Harstad kommune frifinnes for det gjenstående kravet som fremgår av tingrettens dom, domslutningens punkt 1.*
4. *Brattåsen Maskin AS idømmes saksomkostninger til Harstad kommune for tingretten og lagmannsretten.*

Atter subsidiært:

1. *Følgende problemstillinger anses rettskraftig avgjort og avvises fra videre ankebehandling:*
 - a) *Tolkningen av anbudspost 03.01.4.01 Graving.*

- b) *Grøftesidenes helning.*
- c) *Spørsmålet om grøftestrekninger hvor det er lagt mer enn to ledningssett, skal regnes en eller to ganger*
- 2. *Harstad kommune frifinnes for den gjenstående del av hovedanken.*
- 3. *Harstad kommune frifinnes for det gjenstående kravet som fremgår av tingrettens dom, domslutningens punkt 1.*
- 4. *Brattåsen Maskin AS idømmes saksomkostninger til Harstad kommune for tingretten og lagmannsretten.*

Atter, etter subsidiært:

- 1. *Harstad kommune frifinnes, så vel i hoveanken som i motanken.*
- 2. *Brattåsen Maskin AS idømmes saksomkostninger til Harstad kommune for tingretten og lagmannsretten.*

Lagmannsretten vil bemerke:

1. Prosessuelle spørsmål og innledning om realiteten i saken

Lagmannsretten kan i utgangspunktet ikke se at stevningen for tingretten var i strid med bestemmelsen i tvistemålsloven § 300 første ledd nr. 2 om at stevningen skal inneholde en bestemt angivelse av kravet og de omstendigheter det støttes på. Lagmannsretten går ikke nærmere inn på denne problemstillingen i og med at saken under enhver omstendighet fremmes i henhold til tvistemålsloven § 388, hvor det fremgår at lagmannsretten uansett kan *”opta saken til hovedforhandling, dersom hensynet til den annen part ikke taler mot det”*. I dette ligger at avgjørelsesgrunnlaget ved en realitetsprøving i lagmannsretten må være fullt ut forsvarlig uavhengig av den eventuelle feilen som er påberopt, jf. Tore Schei, Tvistemålsloven med kommentarer (1998) s. 1040. Dette vilkåret er oppfylt i denne saken. Det er for lagmannsretten tilstrekkelig klart hva tvisten gjelder og hvilke faktiske omstendigheter entreprenøren bygger sitt krav på. Kommunens påstand om at tingrettens dom oppheves og at saken avvises fra tingretten, tas således ikke til følge.

Den andre prosessuelle innvendingen som er reist fra kommunens side, er at nærmere bestemte deler av det såkalte masseoppgjøret ikke er påanket. Lagmannsretten vil i denne forbindelse gjengi avsnitt 2.9 i entreprenørens ankeerklæring. Avsnittet har overskrift *”Masseoppgjøret”* og lyder slik:

”Masseoppgjøret var den største tvisteposten i saken for tingretten. Punktet påankes både når det gjelder rettens rettsanvendelse, og i forhold til bevisvurderingen.

Den ankende part er for det første av den oppfatning at tingretten tar feil når den har lagt til grunn rettsoppnevnte sakkyndiges målinger og rapporter som grunnlag for masseoppgjøret. Sakkyndige har lagt til grunn mindre masser enn byggherren i sitt sluttoppgjør. Det er dermed gjort større fradrag i din entreprenørens enn det

byggherren opprinnelig hevdet. Retten har lagt til grunn at det ikke dreier seg om mye motkrav fra byggherrens side, men om innsigelser til din krav som byggherren uansett ikke kunne ha fremsatt tidligere.”

Når denne teksten ses i sammenheng med den påstanden som ble nedlagt i anken, er det naturlig å forstå anken slik at masseoppgjøret påankes i sin helhet. I tillegg til det beløpet entreprenøren ble tilkjent i tingrettens dom, ble det nemlig nedlagt påstand om at kommunen skulle betale kr 2.983.073, noe som nødvendigvis forutsatte at entreprenøren fikk fullt medhold i masseoppgjøret.

Kommunen får således heller ikke medhold i dette grunnlaget for avvisning, og konklusjonen blir at saken fremmes.

Når det gjelder strukturen i lagmannsrettens behandling av realiteten i saken, vil lagmannsretten ved avslutningen av hvert enkelt tvistepunkt konkludere med hensyn til eventuell differanse mellom entreprenørens krav og det lagmannsretten kommer frem til. Beregningen av sluttresultatet gjøres i punkt 13, hvor det tas utgangspunkt i påstanden entreprenøren har nedlagt på kr 2.813.267 og trekkes fra de beløpene som utgjør differansen mellom entreprenørens krav og lagmannsrettens konklusjoner. Fordi påstandsbeløpet er inkludert merverdiavgift, mens beløpene ellers ikke er det, vil lagmannsretten ved avslutningen av hvert enkelt tvistepunkt legge til merverdiavgift på eventuelle differanser mellom entreprenørens krav og lagmannsrettens konklusjon.

2. Masseoppgjøret

Under denne overskriften behandles en lang rekke regulerbare poster i kontrakten, som skulle gjøres opp ut fra målinger av arbeidets omfang. Det arbeidet det er snakk om er bl.a. sprengning, graving av løsmasser, fylling av løsmasser, legging av forsterkningslag og bærelag for veier, bruk av grøftekasse, masseutskifting av grøftebunn, fundament for rør, legging av rør, omfylling og gjenfylling. Slik kontrakten er bygget opp, dreier det seg om til sammen 139 poster. Lagmannsretten finner det ikke hensiktsmessig å liste opp alle disse postene i dommen. De postene det dreier seg om, er de som er skrevet på hvit bunn i vedlegg 2 til den sakkyndiges rapport av 10.11.2003 med unntak av post 03.02.4.03 (Forsterkningslag Ruggevikveien) og post 03.02.5.03 (Bærelag Ruggevikveien). Disse to postene er skilt ut til behandling som egne tvistepunkter. Også andre tvister som gjelder regulerbare poster er for øvrig skilt ut til egen behandling. De postene som behandles under overskriften ”masseoppgjøret” er således de postene som det anses hensiktsmessig å undergi en felles behandling.

De enkelte postene i masseoppgjøret inneholder enhetspriser knyttet opp mot enhetene løpemeter (lm) og kubikkmeter. Videre inneholder kontrakten bestemmelser om hvordan målingen av massene skal foretas. Lagmannsretten vil i denne forbindelse sitere fra vedlegg 1 til anbudsbeskrivelsen med overskrift ”Måleregler for grøftearbeider”:

*”Grøfter skal gjøres opp etter lm. Gravedybden regnes fra overkant terreng, eventuelt fra nytt terreng etter at matjorden er fjernet, og ned til bunn grøft, hvilket vil si underkant av ledningsfundamentet. Hvor grøften blir liggende i ny veg, regnes gravedybden fra traubunn eventuelt utskiftingsdybden ved masseutskifting og ned til bunn grøft. Når veien ligger i fylling regnes grøftedybden fra opprinnelig terreng hvis masseutskifting/fjerning av matjord ikke er foretatt. Er det foretatt masseutskifting/avtaking av matjord regnes grøftedybden fra nytt terreng.
(.....)*

*Grøftedybden regnes til nærmeste 0,5 m i h. h. t. grøfteskjema. Avrunding skjer slik at målt grøftedybde på for eksempel 2,7 m oppgjøres i 2,5 m i grøftetabellen. Kombinerte grøfter gjøres opp tilsvarende. Som eksempel nevnes en kombinertgrøft med 0,6 m løsmasse og 2,0 m fjell. Der fjellprofilet blir liggende i de øverste 0,5 m av den totale grøftedybden, regnes grøften som fjellgrøft. Ligger fjellprofilet under de øverste 0,5 m av den totale grøftedybden, regnes grøften som kombinertgrøft.
(.....)*

Det gjøres opp etter målte grøfteprofiler. Før sprengning i kombinerte grøfter startes opp skal oppmåling av fjellprofilet utført i samarbeid med byggherrens representant. Eventuell avvik fra antatt fordeling betinger ikke endringer av anbudets enhetspriser.”

Om bunnbredden fremgår det av kontrakten at den skal beregnes teoretisk og fastsettes til 0,8 m, 1,2 m eller 1,6 m ut fra antall rør som skal legges i grøfta.

Innledningsvis under anbudsbeskrivelsens post 04 (Grøftearbeider) heter det at all masseberegning gjøres opp etter teoretiske profiler som vist på nærmere bestemte kart og tegninger. Gjennomgang av kontrakten i sin helhet viser imidlertid at masseberegningen ikke kan gjøres så teoretisk som det tilsynelatende legges opp til. For å beregne volumet av massene er det nemlig nødvendig med tall som knytter an til hvilken helningsvinkel på grøftene som skal legges til grunn, og dette er det ikke uttrykkelige opplysninger om i kontrakten. Dermed er det naturlig å se hen til Direktoratet for arbeidstilsynets forskrift av 19.11.1985 om graving og avstiving av grøfter. Anbudsbeskrivelsens post 04 sier at alle arbeider i forbindelse med graving av grøfter skal utføres i henhold til denne forskriften. Av forskriften § 4 følger bl.a. at uavstivede grøfter som er 2 m eller dypere i utgangspunktet skal gis en *”forsvarlig helning”*, noe som bl.a. vil variere med massene på stedet. Ved grunnere grøfter og i frossen jord kan det på nærmere bestemte vilkår benyttes vertikale vegger.

Innunder masseoppgjøret hører bl.a. bunnforsterkning i grøftene, som skal godtgjøres pr. kubikkmeter. Om når det skulle benyttes bunnforsterkning, heter det i anbudsbeskrivelsens post 04.03:

”Skulle det under arbeidenes gang vise seg at det er så dårlige masser i grøftetraseen at det ikke forsvarlig kan etableres ledningsfundament skal det foretas masseutskiftning. Arbeidet skal rekvireres av byggherren.”

Som gjennomgangen ovenfor viser, var det mange elementer i masseberegningen som var av en slik karakter at det var nødvendig å foreta fortløpende målinger, som det ville være meget vanskelig å kontrollere i ettertid når grøftene var gravet igjen og veiene lagt. I tillegg kommer at masseoppgjøret påvirkes av skjønnsmessige vurderinger om hvordan arbeidet skulle legges opp, og at det også i forhold til slike vurderinger kan være meget vanskelig å foreta en etterfølgende kontroll. Lagmannsretten kan her bl.a. vise til postene 04.07, 04.07.1 og 04.07.1.1 som gjelder transport av overskuddsmasser/ubrukbare masser. Anvendelsen av disse postene tilsier for det første en vurdering av kvaliteten på de aktuelle massene. Selv om massene er av en slik karakter at de i utgangspunktet vil kunne brukes til gjenfylling, vil arbeidets fremdriftsplan kunne være avgjørende for om gjenbruk faktisk kan skje. I den grad grøftene allerede er fylt igjen, hjelper det ikke at man på slutten av arbeidet støter på fjell som kunne vært knust til pukk og brukt til gjenfylling. Mulighetene for gjenbruk kan også avhenge av mulighetene for mellomlagring, og at kvaliteten på massene holder seg på et tilfredsstillende nivå i lagringsperioden. I den grad utgravde masser ikke kan brukes til gjenfylling, vil det for øvrig innebære at poster i masseoppgjøret som gjelder innfylling av masser, vil kunne øke.

Om målinger heter det i NS 3430 punkt 24.2 første, andre og tredje ledd:

”Målinger og påvisninger som er nødvendig for å beregne avdrag og oppgjør, skal foretas av entreprenøren. Byggherren har rett til å delta og skal ha varsel i rimelig tid fra entreprenøren.

Måling foretas så snart de nødvendige forutsetninger foreligger.

For deler av utførelsen som ikke senere lar seg kontrollmåle, skal entreprenøren med rimelig varsel forlange måling i fellesskap med byggherren. Hvis en part unnlater å møte, er han bundet av den annen parts måling dersom ikke denne er åpenbart uriktig.”

Gjennom anbudets post 02.02.1 er for øvrig retningslinjer for registrering og innmåling av VA-ledninger i Harstad kommune gjort til en del av kontrakten.

Om de målingene entreprenøren foretok har daglig leder Svein Nicolaisen bl.a. forklart at det for 10 m av gangen ble foretatt målinger med totalstasjon av grøftedybden, fjellprofil, bruk av bunnforsterkning og løpemeter grøft. Disse opplysningene ble vedlagt avdragsnotaene i form av nedtegnelser på lengdeprofilen utarbeidet av kommunens konsulent, samt ark med talloppstillinger. Når det gjelder volumberegning av massene forstår lagmannsretten Nicolaisen slik at han målte grøftebredden i bunnen, i midten og på toppen, og la dette inn i et regneprogram sammen med grøftehøyden. Regnestykket ble ikke vedlagt avdragsnotaene, men dannet grunnlag for de beløpene som ble fakturert under de ulike postene. Innfyllingsvolumet av tilkjørte masser ble beregnet ut fra antall kubikkmeter på lastebilen multiplisert med en omregningsfaktor basert på hvilket volum massene ville fylle når de ble stampet sammen i grøfta. Kjøresedler ble derfor vedlagt avdragsnotaene.

Lagmannsretten legger til grunn at entreprenøren i begrenset grad innkalte kommunen til de målinger som danner grunnlag for masseoppgjøret, noe som i utgangspunktet strider mot bestemmelsen i NS 3430 punkt 24.2. Det var også mangler i entreprenørens oppfølging av retningslinjene for registrering og innmåling av VA-ledninger i Harstad kommune. Likevel er det etter lagmannsrettens oppfatning kommunen som er nærmest til å bære ansvaret for at partene ikke underveis sørget for samstemmighet med hensyn til hvilke målinger som skulle legges til grunn for masseoppgjøret. I denne vurderingen har lagmannsretten bl.a. vektlagt at kommunen først etter at arbeidet var avsluttet, formidlet til entreprenøren at man var misfornøyd med at man ikke ble innkalt til målinger. At det fortløpende ble foretatt målinger av betydning for masseoppgjøret, må ha vært åpenbart for kommunen. Dette fremgikk bl.a. av avdragsnotaene nr 1 – 11 (sendt i perioden fra 29.09.2000 til 07.09.2001), hvor det dels ble vedlagt konkrete måleresultater, men hvor også det forhold at det ble fakturert for regulerbare poster viste at det nødvendigvis ble foretatt fortløpende målinger. Dersom kommunen eventuelt manglet kunnskap om hvilke målinger kontrakten forutsatte, er dette noe kommunen i så fall selv må bære ansvaret for. Selv om arbeidet med å utforme anbudsbeskrivelsen i dette tilfellet ble overlatt til en konsulent, og kontrakten må sies å ha blitt relativt komplisert, plikter kommunen å sette seg inn i det avtaleforholdet man inviterte entreprenøren til å tre inn i. I rollen som byggherre er det bl.a. sentralt at kommunen kjenner reglene for fastsettelsen av entreprenørens vederlag, og dermed i anleggsperioden kan opptre slik at man ikke i ettertid kommer i en situasjon med stor usikkerhet om beregningen av oppgjøret.

Lagmannsretten nevner for øvrig at Brattåsen Maskin AS tidligere hadde vært engasjert av kommunen som entreprenør for et tilsvarende anleggsarbeid som denne saken gjelder. Det dreide seg om trinn 2 i utbyggingen av VVA-anlegg i Kila området, mens foreliggende sak gjelder trinn 3. Både hos byggherre og entreprenør var det langt på vei de samme personene som deltok i ledelsen under trinn 2. Den gang var det kommunen selv som laget anbudsbeskrivelsen, og arbeidet ble utført og godtgjort uten de store problemene. Når kommunen valgte å leie inn konsulent i forbindelse med trinn 3, hadde kommunen på

denne bakgrunn spesiell foranledning til å undersøke om den nye kontraktsutformingen forutsatte endrede rutiner i forholdet mellom byggherre og entreprenør.

Kommunens manglende tilbakemelding til entreprenøren medførte etter lagmannsrettens vurdering at entreprenøren fikk rimelig grunn til å oppfatte situasjonen slik at kommunen ikke var interessert i å være tilstede i forbindelse med målingene og frafalt retten til å bli innkalt. Kommunen har påpekt at det følger av NS 3430 punkt 26.1.3 at betaling av avdrag ikke innebærer godkjenning av grunnlaget for vedkommende faktura. Lagmannsretten bemerker at formålet med denne bestemmelsen er å forhindre at byggherren opptrer slik at entreprenøren fratas de nødvendige ressurser for å fullføre prosjektet. Bestemmelsen kan ut fra sitt formål ikke forstås slik at den står i veien for å knytte passivitetsvirkninger til byggherrens manglende reaksjon på entreprenørens opplegg for målinger.

På bakgrunn av at det er kommunen som må bære hovedansvaret for at man ikke fortløpende foretok felles målinger, er man etter lagmannsrettens vurdering reelt sett i en lignende situasjon som den som reguleres i NS 3430 punkt 24.2 annet ledd annen setning, hvor det heter at dersom en part unnlater å møte, er han bundet av den annen parts måling dersom ikke denne er åpenbart uriktig. Tilsvarende regel kommer derfor etter lagmannsrettens oppfatning til anvendelse i foreliggende sak.

Etter lagmannsrettens vurdering har ikke kommunen maktet å føre tilstrekkelig bevis for at tallene i entreprenørens masseoppgjør på generelt grunnlag er uriktige og dermed kan erstattes med tall hentet fra beregninger foretatt av kommunen eller den sakkyndige.

Kommunen har i liten grad invitert lagmannsretten til å avgjøre konkrete innsigelser mot de enkelte poster i entreprenørens masseberegning. Isteden er det henvist til at kommunen og senere den sakkyndige ut fra nærmere bestemte forutsetninger har foretatt egne masseberegninger, og kommet til andre resultater enn entreprenøren.

Det som har fremkommet om kommunens masseberegning gir ikke tilstrekkelige holdepunkter for på generelt grunnlag å erstatte entreprenørens tall med de tallene som kommunen har kommet frem til. Når det gjelder den sakkyndiges beregninger, har han så vidt lagmannsretten forstår fastsatt grøftedybdene på basis av byggeplanene, og ikke benyttet entreprenørens avrundede målinger i terrenget slik kontrakten legger opp til. Når det gjelder den sakkyndiges forutsetning om at det for samtlige grøfter i jord settes en helning på 3 : 1, så er dette en generalisering på usikkert grunnlag. Noe av grunnlaget for den sakkyndiges konklusjon på dette punkt er dessuten hans forutsetning om at grøftedybden for jord stort sett er under 2 m (se tilleggsrapporten av 23.09.2004 s. 5), og dette viste seg under ankeforhandlingen ikke å være riktig, noe den sakkyndige også erkjente. Vanskelighetene med å foreta et masseoppgjør i ettertid, illustreres for øvrig av at den sakkyndige ikke så seg i stand til å konkludere med hensyn til gjenbruksprosenten for jordmassene, utover at den var høyere enn 0 prosent og lavere enn 100 prosent. Den

underliggende usikkerheten ved den sakkyndiges beregninger er nettopp de mange elementene i masseoppgjøret som forutsatte fortløpende målinger (se s. 23 ovenfor). Samlet sett gir ikke den sakkyndiges beregninger kommunen tilstrekkelig bevis for at tallene i entreprenørens masseoppgjør på generelt grunnlag er uriktige.

Når det spesielt gjelder bunnforsterkning i grøfter, har den sakkyndige i sin rapport uttalt at det sjelden er hensiktsmessig å skifte ut så mye som 1 m under grøftebunn, og at det vil være riktigere å legge til grunn utskifting i en dybde på 0,5 m. Lagmannsretten bemerker at det ikke er bevismessig grunnlag for å si at entreprenørens tall gir et uriktig uttrykk for den masseutskiftningen som faktisk fant sted. Hvis kommunen mente at entreprenøren skulle utføre eller beregne dette arbeidet på en annen måte, måtte kommunen ha gitt beskjed om det under anleggsarbeidet. Hvordan dette faktisk ble gjort fra entreprenøren side må ha vært synbart for kommunen både ved befaringer og ved de opplysninger om bunnutskifting som ble gitt som vedlegg til avdragsnotaene. Når det gjelder befaringer, forklarte kommunens byggeleder Odd Inge Forsell at han gjennomsnittlig var på anlegget en gang om dagen, noe lagmannsretten finner naturlig ut fra anleggsarbeidets art og den valgte kontraktsutformingen. Det heter i anbudsbeskrivelsen at masseutskifting skal rekvireres av kommunen, men denne kontraktsbestemmelsen må anses for å ha blitt satt til side ved at kommunen til tross for opplysningene om entreprenørens masseutskifting unnlot å reagere før arbeidet var avsluttet.

Også i forhold til entreprenørens ivaretagelse av den såkalte massebalansen, hadde kommunen en aktivitetsplikt. Heller ikke på dette punkt er det tilstrekkelige bevismessige holdepunkter for at entreprenørens opplysninger gir et uriktig bilde av det arbeidet som faktisk ble utført. Dersom kommunen mente at arbeidet ble lagt opp slik at gjenbruk av massene ikke i tilstrekkelig grad fant sted, måtte kommunen ha gitt entreprenøren beskjed om dette. Også her var det synbart for kommunen hvordan entreprenøren utførte og beregnet arbeidet. Anbudsbeskrivelsens antakelser i post 03.01.4 og 03.01.5 om massebalanse, er ikke tilstrekkelig til at entreprenøren ble forpliktet til bare å basere seg på gjenbruk. Det kan heller ikke være riktig at disse bestemmelsene medførte at entreprenøren ble forpliktet til å gjennomføre anleggsarbeidet i en rekkefølge som medførte at massebalansen ble best mulig ivaretatt. Mange hensyn kan ligge bak en vurdering av hvilken fremdriftsplan som er mest hensiktsmessig, og dersom entreprenøren skulle gjøre arbeidet i en bestemt rekkefølge, måtte dette på en klarere måte ha fremkommet av kontraktsdokumentene. Det er riktig at anbudsbeskrivelsen inneholder en rundsumpost for mellomlagring av masser (se post 04.01.8), men som lagmannsretten har vært inne på tidligere vil ikke tilstrekkelig mellomlagringskapasitet nødvendigvis være nok til å sikre massebalanse.

Bruken av kjøresedler for å beregne tilkjørte masser var ikke i samsvar med kontrakten, men også på dette punkt gjelder at kommunen burde ha fremmet denne innsigelsen før anleggsarbeidet var avsluttet. Når kommunen ikke gjorde dette, har kommunen

bevisbyrden for at andre tall gir et riktigere grunnlag for masseoppgjøret enn entreprenørens tall. Denne bevisbyrden er ikke oppfylt.

Det er en viss avstand mellom kommunens og entreprenørens beregninger av løpemeter grøft. Forskjellen er imidlertid ikke større enn at den langt på vei forklares med de konkrete tvistepunktene som behandles nedenfor. Uansett følger det av lagmannsrettens forståelse av kontrakten at det er den målte grøftelengden i terrenget som skal legges til grunn. Lagmannsretten viser her til kontraktens måleregler for grøftarbeider som er sitert ovenfor. Det forutsettes der at grøftedybdene skal måles i terrenget, og uten opplysning om noe annet er det naturlig at dette også gjelder for måling av grøftelengden. Også på dette punkt legges således entreprenørens tall til grunn.

På enkelte punkter i masseoppgjøret har kommunen hatt mer konkrete innsigelser mot entreprenørens krav. Disse tvistepunktene behandles i det følgende.

Twisten om de såkalte dobbeltgrøftene dreier seg om entreprenøren et sted har beregnet seg dobbel grøftelengde fordi rørene er plassert i forskjellige sjikt i grøften. Etter lagmannsrettens oppfatning kan entreprenøren ikke få medhold på dette punkt, jf. post 05.01.1 (fundament av løsmasse for VA-ledning), hvor det bl.a. heter at:

”Posten gjøres opp etter fundament pr. lm grøft, avhengig av hvor mange rør som ligger i grøfta. Oppgitt pris gjelder uavhengig av om alle ledningene ligger på samme plan eller i ulike høyder.”

Lagmannsretten gjør således et fradrag i entreprenørens krav tilsvarende det beløpet som gjelder den minste av dobbeltgrøftene. Ut fra kartet dreier det seg om ca. 50 løpemeter grøft. Dette innebærer et fradrag i post 04.02.2.02 på kr 3.000 og i post 04.01.3.02 på kr 11.050, til sammen kr 14.050.

Når det gjelder tvisten om hvorvidt det er lagt en overvannsledning ved skolen på 23 m, legger lagmannsretten til grunn at arbeidet ble stanset etter ca. 5 m fordi man da støtte på en høyspentledning. Kommunens byggeleder Odd Inge Forsell forklarte seg i detalj omkring dette, og daglig leder Svein Nicolaisen hos entreprenøren var mer usikker i sin forklaring. Videre har man ikke vært i stand til å påvise det sluket som skulle vært plassert ved avslutningen av ledningen. Dermed gjør lagmannsretten et fradrag i post 04.02.1.02 med kr 1.080, i post 04.01.1.02 med kr 3.510, i post 05.01.1.01 med kr 920, i post 05.04.1.04 med kr 2.300, i post 05.03.20 med kr 2.990 og i post 03.04.1.03 med kr 5.000, som til sammen gir grunnlag for kommunens anførsel om at det skal gjøres et fradrag på kr 15.000. I forhold til de to førstnevnte fradragene er det hensyntatt at det ble gravet ca. 5 m.

Kommunen har anført at det ikke er lagt ledning i en stikkledningsgrøft på 17 m ved skolen, men har ikke ført tilstrekkelig bevis for dette, og det gjøres således ikke fradrag i entreprenørens krav på dette punkt.

Når det gjelder stikkledninger ved Galdbergneset (omhandlet i sakkyndiges tilleggsutredning på s. 9) er det ikke grunn til å betvile at entreprenøren faktisk har utført det aktuelle arbeidet. Den sakkyndiges argumentasjon for at arbeidet burde vært gjort annerledes, gir etter lagmannsrettens vurdering ikke grunnlag for å redusere entreprenørens krav. Dette punktet ble for øvrig i begrenset grad berørt under ankeforhandlingen. Entreprenørens tall legges altså til grunn på dette punkt.

I tilleggsutredningens på s. 10 behandler den sakkyndige ledningsanlegg på skoleområdet. Lagmannsretten bemerker at det ikke er grunn til å betvile at det faktisk ble gravet to grøfter i det aktuelle området. Kommunen har ikke ført tilstrekkelig bevis for at dette var nødvendig. Entreprenørens tall legges således til grunn på dette punkt.

På et punkt er det grunnlag for å gjøre et relativt betydelig fradrag i entreprenørens masseoppgjør. Ifølge opplysninger fra entreprenørens side under ankeforhandlingen gjaldt 6000 m³ av massene oppgitt under post 03.01.4.01 masser som ble transportert videre fra mellomlageret. Dette arbeidet dekkes imidlertid ikke av den aktuelle posten, som gjelder graving av løsmasser, og som ifølge anbudsbeskrivelsen inkluderer opplasting og transport innenfor anleggsområdet. Det kan stilles spørsmål om det aktuelle arbeidet er dekket under rundsumposten 04.01.8 om mellomlagring, hvor det i anbudsbeskrivelsen heter at posten skal dekke opplasting, transport og depotkostnader for mellomlagring av masser. Andre poster i kontrakten er uansett ikke aktuelle, og entreprenøren har ikke fremmet krav om at arbeidet skal dekkes som tilleggsarbeide. Krav om dette måtte for øvrig vært tatt opp på et tidligere tidspunkt enn under rettsmøte om saken. På denne bakgrunn gjøres det et fradrag i entreprenørens krav under post 04.01.8 med kr 180.000.

Avslutningsvis vil lagmannsretten oppsummere hva som blir resultatet av konklusjonene ovenfor. Kommunen gis ikke medhold i anførselen om at entreprenørens tall på generelt grunnlag skal erstattes av den sakkyndiges beregninger. De konkrete fradragene lagmannsretten har foretatt i entreprenørens masseoppgjør utgjør til sammen kr 209.050. Med tillegg av merverdiavgift blir dette kr 259.222, som kommer til fradrag i entreprenørens påstand.

3. Kabelkrysninger

Problemstillingen på dette punkt er om det for en og samme grøftestrekning kan kreves godtgjørelse i henhold til to eller tre ulike poster vedrørende kabelkrysninger. Enheten for de tre aktuelle postene er løpemeter. Post 02.03.2 med overskrift "*Kryssing av langsgående kabler*" lyder slik:

*"Kabler hvor normalvinkelen på grøftetraseen er større enn 45 grd. avregnes kryssingen av langsgående kabler.
Kun avdekte kabler i grøftetraseen innbefattes under denne post. Kryssingen skal skje på godkjent måte og under kryssingen skal kabelen(e) sikres og understøttes."*

I post 02.03.3 med overskrift *"Langsgående kabler"* heter det:

"Der grøfta blir liggende parallelt og så nært eks. jordkabler at grøftearbeidene blir hindret, gis et tillegg i grøfteprisen.

Gravearbeidene skal foregå på en slik måte at skader på kabler ikke oppstår. Ved eventuelle skader skal disse erstattes uten omkostninger for byggherren."

I post 02.03.4 med overskrift *"Omlegging av kabler"* står bl.a. følgende:

*"I forbindelse med graving parallelt og langs eks. kabler kan det bli nødvendig med permanent omlegging av kabler. Evt. skjøting av kabler skal utføres av Telenor/Hålogaland Kraft AS og blir en sak mellom byggherre og disse.
(.....)*

Posten omhandler alle arbeider med kabelgrøft i utvidelse av VA-traseen. Ekstra graving, fundament, omfylling, tilbakefylling, legging av trekkør/kabler. Rør/kabler leveres av Telenor og Hålogaland Kraft AS."

Etter lagmannsrettens vurdering trekker anbudsbeskrivelsens ordlyd i retning av at det dreier seg om alternative poster, og ifølge vitneforklaringen fra Reidar Samuelsen i konsulentfirmaet som utformet kontrakten var den også slik ment. Lagmannsrettens konklusjon blir at kommunen gis medhold. I tråd med kommunens anførsel regnes den aktuelle strekningen bare en gang, men da med postenes høyeste enhetspris. Resultatet blir at entreprenørens vederlag for disse tre postene settes til kr 130.250. I forhold til entreprenørens krav innebærer dette en differanse på kr 144.250, som inkludert merverdiavgift utgjør kr 178.870. Dette beløpet kommer således til fradrag i entreprenørens påstand.

4. Kryssing av privat eiendom

Problemstillingen på dette punkt er i hvilken grad entreprenøren skal få betalt for rundsumposten 02.05.1 med overskrift *"Kryssing av privat eiendom"*. Det er på det rene at entreprenøren ikke har innhentet grunneiernes skriftlige godkjenning slik som anbudsbeskrivelsens annet avsnitt forutsetter. Anbudsbeskrivelsen lyder slik:

"Posten omhandler alle ekstraarbeider i forbindelse med kryssing av privateiendom, som samarbeid med grunneier, eventuell mellomlagring av

hekker/busker/trær/gjerder, samt tilbakefører traseen til minst samme standard som opprinnelig.

Videre skal posten inkludere alle kostnader vedr. grunneiers skriftlige godkjenning etter at arbeidene er utført og området tilbakeført.”

Lagmannsretten har kommet til at kommunens anførsel om at det er reklamert for sent ikke tas til følge. Flere av punktene på mangelslisten vedlagt overtakelsesforretningen gjaldt forhold knyttet til denne anbudsposten, og dette er senere fulgt opp av kommunen ved bl.a. at halvparten av beløpet under denne posten er holdt tilbake.

Kommunen har imidlertid ikke for lagmannsretten ført tilstrekkelig bevis for hvilke konkrete beløpsmessige konsekvenser det har hatt for kommunen at de skriftlige godkjenningene mangler. Det er kommunen som har bevisbyrden for dette, og dermed blir lagmannsrettens konklusjon at kommunen ikke kan gjøre gjeldende krav utover utgiftene til innhenting av de aktuelle grunneiernes underskrifter. Lagmannsretten er ikke enig i at disse utgiftene begrenser seg til brevskrivning og porto. Muntlige redegjørelser og noe diskusjon må påregnes, og samlet sett gis kommunen et prisavslag på kr 4.000 under denne posten. Inkludert merverdiavgift innebærer dette at det gjøres et fradrag i entreprenørens påstand med kr 4.960.

5. Forsterkningslag Ruggevikveien

Dette punktet dreier seg om post 03.02.4.03 med overskrift ”Forsterkningslag”, og hvor det bl.a. heter:

”Gjelder i Ruggevikveien, samt eksisterende gang og sykkelvei, samt øvrige poster hvor forsterkningslag masser er beskrevet.

Det antas at ved graving ca. 25 % av forsterkningslagmassene i eksisterende veg må byttes. Denne posten benyttes for levering og utlegging av disse massene.”

Entreprenørens innvending om at kommunen i anketilsvaret har uttalt at post 03.02.4.01 og 03.02.4.03 aksepteres, kan ikke føre frem. Det er ikke naturlig å forstå kommunens uttalelse slik at den innebar en aksept av entreprenørens krav vedrørende post 03.02.4.03.

Enheten som ifølge anbudet skulle benyttes under denne posten var kubikkmeter. Entreprenørens benyttelse av løpemeter er ikke i henhold til kontrakten. Det foreligger ikke andre beregninger med utgangspunkt i kontraktens målenhet enn den som er foretatt av den sakkyndige. Entreprenøren har ikke ført bevis for at alternative regnemåter gir et riktigere resultat. Den sakkyndiges konklusjon om at den aktuelle posten godtgjøres med kr 31.460 legges således til grunn. Dette innebærer en differanse i forhold til entreprenørens krav på

kr 8.140, som inkludert merverdiavgift betyr at det skal gjøres et fradrag i entreprenørens påstand på kr 10.094.

6. Bærelag Ruggevikveien

Twisten under dette punktet gjelder post 03.02.5.03, og dreier seg primært om hvilken enhet som skal benyttes. Entreprenøren mener det skal benyttes lm (løpemeter) slik det står i anbudsbeskrivelsen, mens kommunen gjør gjeldende at det dreier seg om en feilskrift, og at m3 må legges til grunn. I den aktuelle posten, som har overskriften "Bærelag", står det bl.a.:

"Gjelder i Ruggevikveien, samt eksisterende gang og sykkelvei, samt øvrige poster hvor bærelagmasser er beskrevet.

Det antas at ved graving ca. 50 % av bærelagmassene i eksisterende veg må byttes. Denne posten benyttes for levering og utlegging av disse bærelagmasser.

Et vilkår for at det pga. feilskrift skal kunne legges til grunn at en kontrakt skal forstås annerledes enn etter sin ordlyd, må være at den annen part forsto eller burde forstått at det dreide seg om en feilskrift, jf. Jo Hov, Kontraktsrett I (2002) s. 150. I foreliggende sak finner lagmannsretten dette spørsmålet noe tvilsomt. Som kommunen har anført er det flere momenter som tilsier at det også i forhold til denne posten var ment å benytte m3. På den annen side var det ikke noe avgjørende i veien for å beregne posten ut fra løpemeter, og den prisen som blir resultatet av en slik beregningsmåte tilsier heller ikke at det foreligger en åpenbar feil. Ved uklarhet er det et tolkningsmoment at kontrakten tolkes til ugunst for den som har forfattet den, jf. Geir Woxholt, Avtalerett (2003) s. 456. Det er den som utformer kontrakten som er nærmest til å foreta nødvendig korrekturlesing. Den som deltar i en anbudskonkurranse bør i størst mulig grad kunne basere sitt anbud på det som faktisk står i kontrakten uten å måtte bruke mye tid på å vurdere mulighetene for eventuelle trykkfeil. Kommunen har i forhold til flere tvistepunkter i denne saken gjort gjeldende at det er trykkfeil i anbudet, noe som kan tyde på mangler ved korrekturlesningen.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at det under post 03.02.5.03 skal regnes med enheten løpemeter. I og med at anbudets forutsetning om utskifting av 50 prosent av bærelagmassene ikke ble oppfylt, og det i stedet ble nødvendig å skifte 100 prosent, er det naturlig å regne godtgjørelsen slik entreprenøren har gjort ved å multiplisere løpemeterprisen med 2. Konklusjonen blir at entreprenørens krav på kr 100.000 godtas.

7. Boring for ledning

Dette tvistepunktet gjelder omfanget av entreprenørens godtgjørelse etter rundsumposten 05.10.1 med overskrift "Boring for ledning" og hvor avtalt pris var kr 130.000. I anbudsbeskrivelsen står det bl.a.:

"Posten gjelder boring/pressing av foringsrør for 250 mm PE50 PN10 vannledning gjennom Rv. 83.

I posten skal det medtages alle kostnader for boring/pressing av foringsrør gjennom Rv. 83, forberedende arbeider, som rigging, utgraving på begge sider før boringen starter boring/pressing av foringsrør gjennom veg etc."

Arbeidet beskrevet i posten ble ikke fullført fordi entreprenøren fant en stikkrenne som byggherren etter avtale med Statens vegvesen fikk anledning til å legge vannledningen gjennom. Det arbeidet som entreprenøren allerede hadde utført var å klargjøre plattform for boremaskin på den ene siden av veien og foreta noe graving i fjellet på den andre siden.

Ut fra ordlyden i NS 3430 gir lagmannsretten kommunen medhold i at det i dette tilfellet ikke dreide seg om en avbestilling som reguleres i punkt 29, men om en endring som faller inn under punkt 28.1 første ledd, som lyder slik:

"Byggherren har rett til i overensstemmelse med 28.2 å pålegge entreprenøren endringer i utførelsen. Endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art. Endringen kan blant annet gå ut på så vel pålegg om tilleggsarbeid som reduksjon av arbeidets omfang."

Entreprenøren har ikke ført bevis for at det er avtalt godtgjørelse ut over det som følger av reglene i NS 3430. Dermed skal den delen av arbeidet som kom til utførelse dekkes som regningsarbeide. Fastsettelsen av vederlaget blir nødvendigvis skjønnsmessig, og lagmannsretten slutter seg til tingrettens konklusjon om at godtgjørelsen settes til kr 15.000, og viser til den begrunnelsen tingretten har gitt (dommens s. 60). Dette innebærer en differanse i forhold til entreprenørens krav på kr 11.000, som inkludert merverdiavgift innebærer at det skal gjøres et fradrag i entreprenørens påstand med kr 13.640.

8. Bruk av spunt (PS 2)

Twisten på dette punkt gjelder entreprenørens vederlag for bruk av spunt ved utgravingen av byggegropen for Pumpestasjon 2 (PS 2). Den aktuelle posten er 07.01.1.04 med overskrift "Spunt" og hvor det bl.a. heter:

"Det skal gis pris for bruk av spunt ved utgraving av byggegrop. Dette for å begrense gravehullets størrelse, samt at krav i forskrifter for graving oppfylles.

Bruk av denne posten avtales med byggherre."

Det dreier seg om en rundsumpost, hvor prisen var kr 49.000.

Lagmannsretten legger til grunn at entreprenøren pr. telefon til byggeleder Odd-Inge Forsell gjorde avtale om at det skulle benyttes spunt ved utgraving av den aktuelle byggegropen. Daglig leder Svein Nicolaisen hos entreprenøren forklarte for lagmannsretten at han hadde ringt Forsell og avtalt dette, mens Forsell husket at Nicolaisen hadde ringt på det aktuelle tidspunktet, men forklarte at han ikke husket hva samtalen dreide seg om. At Forsell var på ferie sørpå da avtalen ble inngått, hindrer ikke at den er gyldig. Dersom Forsell ikke skulle ha kompetanse til å inngå avtalen mens han var borteist, måtte enten han eller andre gitt entreprenøren uttrykkelig beskjed om det.

Det er ikke tvil om at det ble benyttet spunt i forbindelse med utgravingen av den aktuelle byggegropen. Lagmannsretten legger også til grunn at spunten på et tidspunkt ble avløst av en avansert grøftekasse med samme funksjon som spunten. Det dreier seg om en rundsumpost, hvor kommunen har begrensede muligheter for å nå frem med krav om prisreduksjon ut fra arbeidets faktiske omfang. Når det gjelder anførselen om at entreprenøren burde sikret bevisene bedre, bemerker lagmannsretten at kommunens byggeleder var kjent med at det skulle spuntet, og således kunne gitt beskjed til tilstedeværende i kommunen om å foreta befarings.

Lagmannsrettens konklusjon blir at det ikke er grunnlag for å redusere entreprenørens vederlag under post 07.01.1.04, og at kravet på kr 49.000 godtas.

9. Endringsmelding nr. 1

Problemstillingen på dette punkt er om entreprenøren har krav på å få dekket utgifter som følge av feil i anbudsbeskrivelsen under post 03.04.4. Under denne posten står det at det dreier seg om en stikkrenne ved profil 475, og det henvises til tegning C1. I virkeligheten skulle stikkrennen plasseres ved profil 520. Også henvisningen til tegning C1 var feil. Stikkrennen var i stedet inntegnet på tegning K-211. Forhold i terrenget gjorde det dyrere å legge stikkrennen ved profil 520 enn ved profil 475.

NS 3430 punkt 7.5 første ledd lyder slik:

”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.”

Lagmannsretten har kommet til at entreprenøren i medhold av denne bestemmelsen kan kreve dekket ekstraavgiftene ved at stikkrennene skulle plasseres ved profil 520 og ikke ved profil 475. Unntakene i punkt 7.5 annet ledd kommer ikke til anvendelse. I forhold til unntaket i bokstav b er spørsmålet om entreprenøren burde ha oppdaget feilen i anbudsbeskrivelsen. I forbindelse med fastsettelsen av innholdet i denne aktsomhetsnormen vil lagmannsretten vise til drøftelsen under punkt 6 ovenfor om ansvarsforholdene ved trykkfeil i anbudet. Tilsvarende hensyn som er behandlet der, er

relevante i denne sammenheng. Den som deltar i en anbudskonkurranse bør i størst mulig grad kunne basere sitt anbud på det som faktisk står i anbudsbeskrivelsen uten å måtte bruke mye tid på befaringer i terrenget og vurderinger av mulige trykkfeil. Post 03.04.4 var slik beskrevet at det i utgangspunktet ville la seg gjøre å prise posten uten befarung. Heller ikke øvrige anførsler fra byggherren om hvordan entreprenøren burde ha oppdaget trykkfeilen, tilsier at entreprenøren er nærmere enn byggherren til å bære ansvaret for feilskriften.

Kommunen har også anført at varsel om tilleggsvederlaget er sendt ca. to måneder etter at entreprenøren oppdaget trykkfeilen, og at dette er for sent til at slikt vederlag kan kreves. Etter lagmannsrettens vurdering fører heller ikke denne anførselen frem. Som det heter om betydningen av unnlatt varsel i Helge Jakob Kolrud, Kommentar til NS 3430 (1992) på s. 65:

”Byggherren skal ikke behøve å betale merutgifter som kunne vært unngått hvis entreprenøren hadde gitt beskjed overensstemmende med varslingsregelen i pkt. 7.4. Også her er det spørsmål om årsakssammenheng. Hvis feil i tegninger eller beregninger krever nye, dyrere løsninger, kan entreprenøren i alle tilfeller kreve tillegg for dette. Det er bare krav på merutgifter som et varsel kunne avverget som i tilfelle tapes hvis varslingsplikten forsømmes.”

Kommunen har ikke hatt konkrete innvendinger mot entreprenørens beregning av ekstraavgiftene ved at stikkrennen skulle legges ved profil 520, og lagmannsretten legger entreprenørens beregninger til grunn. Resultatet blir at entreprenøren gis medhold i sitt krav om dekning av ekstraavgifter under post 03.04.4 med kr 21.704.

10. Slamavskilleren

Problemstillingen på dette punkt er hvorvidt entreprenøren har krav på tilleggsvederlag med den begrunnelse at grunnforholdene der slamavskilleren skulle plasseres, ikke samsvarte med beskrivelsen i anbudet. Lagmannsretten har kommet til at entreprenøren har krav på et slikt tilleggsvederlag. Om det rettslige utgangspunktet siteres følgende fra Rt-1999-922 (Salhusbrodommen):

”Det er en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger. For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjon ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være ”relevant”, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.”

I høyesterettsdommen siteres også følgende fra Viggo Hagstrøm, Entrepriserett (1997) s. 53:

”Det har lenge vært hevdet som en sikker setning innen entrepriseretten, at vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed en vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort m.h.t. tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten. Dette betyr at entreprenøren kan få endret avtalen, eksempelvis gjennom krav om forlenget byggetid med kompensasjon for den forlengede byggetid, dersom de byrder entreprenøren påføres står i klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått.”

Lagmannsretten nevner for øvrig at det i NS 8405 som i 2004 etterfulgte NS 3430, under punkt 19.2 annet ledd er tatt inn en bestemmelse om risikoen for grunnforholdene. Det heter der at byggherren bærer risikoen for at *”grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig”*. Dette er ansett som en kodifisering av gjeldende rett, jf. Martinussen, Giverholt, Arvesen m.fl., NS 8405 med kommentarer (2004), s. 240.

Situasjonen i foreliggende sak var at grunnforholdene der slamavskilleren skulle plasseres, viste seg å være slik at entreprenørens innkjøpte spunt på 5,5 m ikke var lang nok. Spunten fikk ikke tilstrekkelig feste, og det oppsto problemer med bløte masser i byggegropa. Ut fra grunnforholdene burde lengden på spunten vært omkring 8 m for å fungere etter hensikten.

Det er post 06 i anbudsbeskrivelsen som regulerer arbeidene med slamavskilleren. Post 06.3 har overskrift *”Spunting av byggegrop for slamavskiller”*, og teksten er som følger:

”Slamavskilleren er plassert ved Kila elva, og inntrenging av grunnvann må påregnes. Byggegroppen har en dybde på 4,0 - 4,5 m”

Det er videre opplyst at posten skal dekke alle kostnader ved sikring av byggegropen, at enheten er løpemeter og at mengden er 57,00. Entreprenøren har så påført sin løpemeterpris på kr 3.500, og samlet pris på kr 199.500.

Under post 06.5 med overskrift *”Sprengning av byggegrop, skjæring m.m.”* heter det bl.a.:

”Det antas noe fjell i området.

Gjelder alle arbeider i forbindelse med sprengning av grop for nedsetting av slamavskiller (.....)

Byggegroppen har en størrelse på ca 145 m2 med en gjennomsnittlig dybde for hele byggegropen på ca 4,0 m.”

Mengden sprengning ble for øvrig under denne posten anslått til 80 m3.

Lagmannsretten bemerker at når det i den posten hvor det bes om pris for spuntingen (post 06.3), oppgis hvilken dybde byggegropen har, er det naturlig å forstå dette som en opplysning av betydning for entreprenørens vurderingen av hvilken lengde på spunten som er nødvendig. Spuntens lengde er nemlig en meget vesentlig faktor i forhold til prisingen av post 06.3. Selv om det er riktig som kommunen har anført at post 06.05 etter sin ordlyd ikke gir noe tilsagn om at det skal være fjell i byggegropen, forsterker lesingen av denne posten inntrykket av at byggegropens oppgitte dybde vil være dimensjonerende for lengden på spunten.

I og med at anbudsbeskrivelsen under post 06 inneholder så vidt konkrete opplysninger som bakgrunn for entreprenørens valg av spunt, er det etter lagmannsrettens vurdering ikke avgjørende at det i anbudsbeskrivelsen i mer generelle ordelag tas forbehold om at det ikke er foretatt grunnundersøkelser (punkt E 3) og at kontrakten inneholder en rundsumpost (post 02.01.5) som etter beskrivelsen skal ivareta alle kostnader ved vannulemper i forbindelse med gravearbeidene bl.a. i forhold til graving/montering av slamavskilleren.

Ut fra opplysningene gitt i anbudsbeskrivelsen er det forståelig at entreprenøren valgte å kjøpe inn spunt med en lengde på 5,5 m. At grunnforholdene viste seg å være av en slik karakter at den innkjøpte spunten var underdimensjonert, innebar etter lagmannsrettens vurdering en vesentlig svikt i entreprenørens forutsetninger. Lagmannsretten har i denne forbindelse bl.a. vektlagt at spuntens lengde har stor betydning for prisen på den. Daglig leder Svein Nicolaisen opplyste under ankeforhandlingen at en lengdeøkning til 8 m i hvert fall ville innebære en fordobling av innkjøpsprisen, noe som bl.a. har sin bakgrunn i at dersom spunten gjøres lenger, må den også gjøres sterkere. Videre har lagmannsretten lagt vekt på at det vanligvis er en viss bestillingstid ved innkjøp av spunt, slik at uriktig dimensjonering av spunten lett vil skape problemer for det pågående arbeidet, noe som også ble tilfelle i foreliggende sak, jf. beskrivelsen nedenfor om ekstrakostnadene og forsinkelsen. Blant annet på bakgrunn av at det var opplysninger i anbudsbeskrivelsen som var årsak til entreprenørens uriktige forutsetning om grunnforholdene, er kommunen nærmest til å bære risikoen for forutsetningssvikten.

For å finne en løsning på det akutte problemet som oppsto med byggegropen, kontaktet entreprenøren rådgivende ingeniør Torleif Jørgensen. Løsningen ble at det ble foretatt en omfattende masseutskiftning, samt at slamavskillerens betongfundament ble dimensjonert slik at det også kunne tjene som støtte for den innkjøpte spunt.

Når det gjelder størrelsen på tilleggsvederlaget, har entreprenøren som bilag til faktura av 30.01.2002 (nr. 137/2002) laget en oppstilling over ekstrakostnadene. Lagmannsretten godtar at oppgitte utgifter til mobilkran på til sammen kr 53.750 var nødvendige slik situasjonen utviklet seg. Leie av mobilkran ville man for øvrig i alle fall hatt behov for ved bruk av spunt på 8 meter. Også utgiftene til leie av minigraver og kibbe på til sammen kr 8.490 godtas av lagmannsretten som nødvendige. Derimot godtas ikke oppførte utgifter til leie av ekstra lensepumpe og kjøp av fiberduk. Disse kostnadene har tilknytning til vannulempene som etter kontrakten var entreprenørens risiko. Som nødvendige regnes imidlertid oppgitte ekstrakostnader til en maskinkjører og to fagarbeidere i ca. en uke, og bruk av ekstra maskin (hjullaster) i ca. en uke. Disse kostnadene utgjør til sammen kr 53.760. Utgifter til konsulent (rådgivende ingeniør Torleif Jørgensen) på kr 7.150 var også nødvendige. Det samme gjelder ekstrakostnadene til fundament og merforbruk av betong og jern med til sammen kr 62.533. Når det gjelder utgiftene til ekstra utgraving grunnet kort spunt og ekstra gjenfylling, bemerker lagmannsretten at poster for slike kostnader finnes i de regulerbare postene 06.4 og 06.10, som begge har økt. Det er da naturlig å tenke at de påberopte massene kan være inkludert der, og etter lagmannsrettens vurdering har således ikke entreprenøren godtgjort at det dreier seg om ekstrakostnader. De to siste utgiftspostene i entreprenørens oppsett gjelder mangel på sysselsetting av to mann og to gravemaskiner i en periode på noe over to uker. Etter lagmannsrettens oppfatning har ikke entreprenøren ført tilstrekkelig bevis for at disse ikke kunne settes til annet arbeid. Dermed strykes disse utgiftspostene.

Summert dreier det seg om ekstrakostnader på kr 185.683. Det er ikke opplysninger som tilsier at billigere løsninger var aktuelle. Lagmannsretten bemerker i tillegg at en løsning basert på at man i utgangspunktet kjente grunnforholdene, og at entreprenøren således ville kalkulert med en spunt på omkring 8 meter, neppe ville medført en særlig rimeligere løsning for kommunen enn hva som blir resultatet med de ekstrakostnadene lagmannsretten godkjenner. Lagmannsrettens konklusjon blir altså at entreprenøren har krav på et tilleggsvederlag på kr 185.683. Dette innebærer en differanse i forhold til det entreprenøren har krevet på kr 89.948, som inkludert merverdiavgift betyr et fradrag i entreprenørens påstand med kr 111.536.

11. Forseringstillegget

Twisten under dette punktet gjelder entreprenørens krav om forseringstillegg på bakgrunn forsinkelser som følge av grunnforholdene ved slamavskilleren, flyttingen av en stolpe til gravetraseen og den generelle mengdeøkningen.

Den påberopte hjemmelen for forseringstillegg er NS 3430 punkt 17.6 første ledd, som lyder slik:

”Avslår byggherren et berettiget krav på fristforlengelse i henhold til 17.1 eller 17.2, har entreprenøren rett til å forserer arbeidet for byggherrens regning med mindre forseringsutgiftene vil bli uforholdsmessig store.”

Omkring månedsskiftet februar – mars 2001 oppsto de problemene med slamavskillerens byggegrop som er beskrevet under punkt 10 ovenfor. I endringsmelding nr. 10 av 06.03.2001 beskriver entreprenøren disse problemene, og avslutter med følgende formulering:

”Vi vil komme tilbake til tidsmessige og økonomiske konsekvenser senere.”

I brev fra entreprenøren til kommunen av 13.05.2001 bes det om å få forlenget byggetiden med 4 uker i henhold til NS 3430 punkt 17.1. I svarbrevet fra kommunen av 21.05.2001 ble det bedt om at kravet om fristforlengelse ble spesifisert og begrunnet. I nytt brev til kommunen fra entreprenøren av 28.05.2001 begrunnes fristforlengelsen med følgende:

”Følgende forhold nevnes:

Feil på tegninger og beskrivelse ved bygging av vannkummene 4, 6, 8, 9,10

Feil på tegninger vedrørende oppgitte høyder på vann-, spillevann-, overvannskumme, ledninger kolliderer med andre ledninger.

Feil på tegninger mangler ledning fra Overvannskum 17 og Overvannskum 14.

Grunnundersøkelse for slamavskiller er ikke utført av byggherren.

Mangelfull flytting av stolpe ved Vannkum 1.

Vi har ikke spesifisert tidsforbruk på hver enkelt post, men vil anføre at det er betydelig med tid som er gått tapt for oss. Vi søker derfor om fristforlengelse på 4 uker.”

Kravet om fristforlengelse ble avslått av kommunen i brev av 11.06.2001, som imidlertid ble avsluttet med at byggherren likevel var innstilt på å vurdere en viss forskyvning av ferdigstillelsesdatoen dersom dette aktualiseres senere.

I brev fra entreprenøren av 13.06.2001 ble kravet om fristforlengelse opprettholdt. Videre ble det opplyst at dersom kravet ikke ble tatt til følge, så entreprenøren seg nødt til å iverksette forsering i henhold til NS 3430 punkt 17.6. I svarbrevet av 14.06.2001 opprettholdt kommunen sitt tidligere standpunkt.

I nytt brev av 01.07.2001 opplyste entreprenøren at forsering var iverksatt fra og med 18.06.2001 og redegjorde for forseringsutgiftene, som ble oppsummert til kr 76.650 pr. uke pluss ekstrakostnader på til sammen kr 162.725 ved å måtte kjøpe grusmasser i stedet for å benytte sine egne og å måtte skifte asfaltentreprenør. Under ankeforhandlingen for

lagmannsretten ble de ukentlige forseringsutgiftene av entreprenøren nedjustert til kr 43.400.

Lagmannsretten bemerker at ut fra det resultatet lagmannsretten kom til under punkt 10 ovenfor, om at det var kommunen som hadde risikoen for problemene med slamavskillerens byggegrop, så hadde entreprenøren i henhold til NS 3430 punkt 17.1 bokstav b krav på fristforlengelse tilsvarende den forsinkelsen som kunne føres tilbake til byggherrens forhold.

Når det gjelder den påberopte flyttingen av en stolpe, bemerker lagmannsretten at entreprenøren ikke har godtgjort eller konkretisert hvilken forsinkelse som skal ha blitt resultatet av dette forholdet. Flyttingen av stolpen kan således ikke danne grunnlag for forseringstillegg.

Den generelle mengdeøkningen i entrepriseforholdet er ikke påberopt i entreprenørens brev av 28.05.2001 hvor kravet om fristforlengelse ble begrunnet. For tingretten ble dette momentet bare fremholdt som et støtteargument (se tingrettens dom s. 25). På denne bakgrunn er mengdeøkningen påberopt for sent til at den kan gi grunnlag for forseringstillegg, jf. NS 3430 punkt 17.5.

Ifølge fremdriftsplanen var det aktuelle arbeidet beregnet til å ta to uker, mens det i praksis tok fire. Ut fra de beskrevne problemene med slamavskillerens byggegrop, er det etter lagmannsrettens vurdering rimelig at disse problemene medførte en forsinkelse på to uker. Entreprenøren har ikke ført tilstrekkelig bevis for at ytterligere forsinkelse kan føres tilbake til kommunens forhold.

Lagmannsretten har kommet til at entreprenøren for så vidt gjelder problemene med slamavskilleren har gitt slik slikt varsel om fristforlengelseskrav som NS 3430 punkt 17.5 forutsetter. Punkt 17.5 første og andre ledd lyder slik:

”Vil entreprenøren kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter, skal han skriftlig varsle byggherren. Varsel skal gis uten ugrunnet opphold etter at han er blitt klar over at det er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører forsinkelse eller merutgifter. Gis ikke slikt varsel uten ugrunnet opphold, tapes retten til å kreve fristforlengelse eller dekning av merutgifter.

Entreprenøren skal innen rimelig tid nærmere spesifisere og begrunne sitt krav.”

Lagmannsretten bemerker at endringsmelding nr. 10 av 06.03.2001 med varsel om at man vil komme tilbake til tidsmessige og økonomiske konsekvenser av problemene med grunnforholdene, er sendt innenfor en ukes tid etter at problemene oppsto, og dette må være tidsnok. Når kravet ble nærmere spesifisert og begrunnet gjennom korrespondansen

som ble påbegynt 13.05.2002, er også vilkåret om oppfølging innen rimelig tid oppfylt. Riktignok er problemene knyttet til grunnforholdene lite konkretisert i den korrespondansen som spesielt gjelder kravet om fristforlengelse, men her må det vektlegges at entreprenøren har skrevet flere egne brev til kommunen om de aktuelle problemene.

Heller ikke bestemmelsen i NS 3430 punkt 17.6 annet ledd tilsier etter lagmannsrettens vurdering at entreprenørens krav skal avskjæres som følge av forsinket varsling. Denne bestemmelsen lyder slik:

"Før enhver forsering påbegynnes, skal byggherren varsles skriftlig med angivelse av hva forseringen antas å koste."

Regelen er imidlertid mer en bevissikringsregel enn en regel med direkte passivitetsvirkninger, men slik at entreprenøren bør bære de økonomiske konsekvenser som kunne vært unngått ved et varsel, jf. Kolrud m.fl, Kommentar til NS 3430 (1992) s. 157. På denne bakgrunn får det ikke avgjørende betydning for saken at antatte kostnader ved forseringen som ble påbegynt 18.06.2001 først ble varslet i brev fra entreprenøren av 01.07.2001.

Ut fra forklaringen til daglig leder Svein Nicolaisen finner ikke lagmannsretten grunnlag for å betvile at det faktisk har funnet sted en forsering ved at det bl.a. er arbeidet fredager som etter planen skulle vært fridager. Under ankeforhandlingen ble det gjennom en endret versjon av entreprenørens opprinnelige brev av 01.07. 2001 fremlagt en oppstilling av ukentlige kostnader ved forseringen. Denne oppstillingen egner seg etter lagmannsrettens vurdering som et utgangspunkt for en skjønnsmessig vurdering av forseringstilleggets størrelse. Det lagmannsretten kan godta er økte ukentlige lønnskostnader med til sammen kr 23.887, og ekstra kost med til sammen kr 1.500 pr. uke. Totalt utgjør dette ukentlige kostnader på kr 25.387. Postene *"Ekstra administrasjon inkl 50 % overtid"* og *"Leid transport"* er imidlertid ikke tilstrekkelig godtgjort av entreprenøren. Det samme gjelder de to postene knyttet til innkjøp av grusmasser og skifte av asfaltentreprenør.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at entreprenøren har godtgjort ekstraavgifter på kr 50.000 som følge av forseringen for å ta igjen de to uker med forsinkelse som kommunen svarer for. Konklusjonen blir at entreprenøren har krav på et forseringstillegg på kr 50.000. Dette innebærer en differanse i forhold til entreprenørens krav på kr 392.865, som inkludert merverdiavgift betyr at det skal gjøres et fradrag i entreprenørens påstand på kr 487.153.

12. Stikkledningene

Dette punktet gjelder tolkningen av anbudets post 05.05.1 og omfanget av stikkledninger lagt i perioden fra 27.09 til 15.11.2001 (altså etter overtakelsen av anlegget).

Post 05.05.1 har overskrift *"Påkobling for eksisterende stikkledninger for vann, spillvann og overvann"* og lyder slik:

"I de områder hvor det skal legges ny ledning skal eks. avløpsledninger, overvannsledninger og drensledninger tilkobles nytt anlegg.

Når det gjelder eks. vannledninger skal disse klargjøres for tilkobling. Omfanget avklares med byggherren. (.....)

I denne posten skal det med medtas en lm-pris alle kostnader inkludert, (arbeider/ulemper/materialer), for å koble inn stikkledninger.

Hvorvidt dette kan gjøres fortløpende er tvilsomt. Dette må avklares med byggherre.

(.....)

Posten tas i bruk dersom det blir aktuelt å ta inn eksisterende stikk. Posten reguleres etter lm stikkledningsgrøft."

Post 05.05.1.01, -02 og -03 gjelder henholdsvis vannledninger, spillvannsledninger og overvannsledninger. I kolonnen for enhet står det i alle disse postene *"stk"*. I kolonnen for mengde er det i alle postene med maskin skrevet *"150"*, men for samtlige er dette for hånd strøket over og erstattet med *"20"*. Entreprenørens priser for henholdsvis vann-, spillvann-, og overvannsledning er oppgitt til henholdsvis kr 2.500, kr 255 og kr 532.

Ut fra bl.a. de oppgitte prisene legger lagmannsretten til grunn at entreprenøren oppfattet det slik at det under post 05.05.1 dreide seg om en stykkpris for tilkobling, og dette er også den naturlige forståelsen av ordlyden når teksten leses i sin fulle sammenheng. At det to steder i teksten står lm, er således en åpenbar feilskrift, som ikke får avgjørende betydning for tolkningen av anbudet. Lagmannsretten tilføyer at når teksten i anbudet inneholder en motsigelse, har entreprenøren den mulighet å kontakte byggherren for å få spørsmålet avklart. Ved slike motsigelser i teksten har derfor prinsippet om at kontrakten tolkes i disfavør av den som burde uttrykt seg klarere, ikke samme gjennomslag som ellers.

De beløpsmessige konsekvensene av lagmannsrettens tolkning blir i hovedsak slik som beskrevet i tingrettens dom på s. 50. Det godtgjøres således for tilkobling av 21 stk. vannledninger a kr 2.500, 19. stk. spillvannsledninger a kr 255 og 1 stk. overvannsledning a kr 532, som til sammen blir kr 57.877. I forhold til vannledningene gjelder denne tilkoblingsposten den foreløpige avslutningen, jf. referatet fra anbudsbeferingen datert 19.06.2000 på s. 3 hvor det om post 05.05.1 bl.a. står:

"Vannledning. For posten gjelder. Vannledningen avsluttes utenfor asfaltert del av fortauet. Her skal det monteres en bakkekrane."

Tilkobling til eksisterende vannledninger er således ikke en del av kontrakten, og må godtgjøres som tilleggsarbeide. Som tingretten finner lagmannsretten at godtgjørelsen for dette arbeidet passende kan settes til kr 2.000 pr. stk, og henviser til tingrettens begrunnelse. I og med at dette tilleggsarbeidet er begrenset til å gjelde for vannledningene, blir imidlertid antallet 21 og ikke 41 slik tingretten konkluderte med. Godtgjørelsen på dette punkt blir dermed kr 42.000.

Når det så gjelder godtgjørelsen for stikkledninger som ifølge entreprenøren er lagt i perioden fra 27.09.2001 til 15.11.2001, er utgangspunktet et notat fra entreprenøren med overskrift: *"Anbudets post 05.05.1. Oversikt over påkobling av eksisterende stikkledninger for vann og spillvann."* Dokumentet var vedlagt avdragsnota 12 datert 05.01.2002.

I det nevnte dokumentet opplyses at det i den aktuelle perioden ble lagt til sammen 66 m spillvannsledninger. Opplysningene er konkretisert ved at det i tilknytning til den enkelte eiendom er oppgitt både dato for arbeidet og antall meter ledning. Etter lagmannsrettens vurdering er det ikke fra kommunens side fremført bevis som gir grunnlag for å sette til side de opplysningene entreprenøren har gitt. At man i overtakelsesforretningens mangelsliste unnlater å si noe om dette arbeidet, gir ikke tilstrekkelige holdepunkter for at arbeidet er utført og fakturert tidligere.

I entreprenørens oversiktsdokument summeres antall meter vannledning lagt i den aktuelle perioden til 231 m. Opplysningene om disse vannledningene er konkretisert på tilsvarende måte som i forhold til spillvannsledningene. Den sakkyndige har som det fremgår i hans tilleggsrapport på s. 16-17 beregnet de omtvistede vannledningene til å være 190 m. Som det fremgår av rapporten ble målingene basert på opplysninger gitt på befaring med partene. Den sakkyndige forklarte for lagmannsretten at det i hovedsak var entreprenøren som ga opplysninger om de aktuelle vannledningene. Målinger ble senere foretatt uten partene til stede. Lagmannsretten bemerker at forskjellen mellom den sakkyndiges og entreprenørens tall ikke er betydelig, og relativt sett er den økonomiske betydningen av differansen begrenset. Fra partenes side ble det ikke under ankeforhandlingen lagt opp til en omfattende bevisvurdering på dette punkt. Opplysninger som fremkom under ankeforhandlingen tyder på at mye av forskjellen mellom den sakkyndiges og entreprenørens tall kan føres tilbake til en misforståelse fra den sakkyndiges side i relasjon til en av vannledningene. Samlet sett har lagmannsretten kommet til at oppstillingen til den sakkyndige ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å sette til side de tallene entreprenøren har oppgitt. Resultatet blir at entreprenøren skal ha godtgjørelse for 231 m vannledning. Til sammen dreier det seg om 297 m vann- og spillvannsledninger.

De beløpsmessige konsekvensene av lagmannsrettens konklusjoner blir som i tingrettens dom på s. 50, men korrigert for en regnefeil som gjelder godtgjørelsen for rørene benyttet til vannledninger. Antall løpemeter av dette røret skal være 231 og ikke 508. Dermed blir godtgjørelsen for disse rørene kr 7.392. Som regnet ut i tingrettens dom blir vederlaget for 66 løpemeter spillvannsrør kr 6.600, mens vederlaget for 297 løpemeter grøft vedrørende graving, fundament, omfylling og gjenfylling blir henholdsvis kr 75.438, kr 11.880, kr 38.610 og kr 26.730.

Til sammen blir vederlaget for tvistepunktene omhandlet under overskriften ”stikkledninger” kr 266.527. Sett i forhold til entreprenørens krav innebærer dette en differanse på kr 327.803, som inkludert merverdiavgift betyr at det skal gjøres et fradrag i entreprenørens påstand med kr 406.476.

13. Oppsummering og fastsettelse av forsinkelsesrente

Entreprenørens påstand med hensyn til gjenstående krav mot kommunen er på kr 2.813.267. Nedjusteringen av påstanden som ble nedlagt for tingretten, har sin bakgrunn i at enkelte tvistepunkter ikke ble påanket og at kravet på forseringstillegg har blitt redusert. Når det tas utgangspunkt i entreprenørens påstand og gjøres fradrag med differansene mellom entreprenørens krav og lagmannsrettens konklusjoner under de enkelte tvistepunktene, blir resultatet at entreprenøren har et krav mot kommunen på kr 1.341.316.

Det følger av NS 3430 punkt 25.4 at byggherren ved forsinket betaling skal betale morarente i henhold til forsinkelsesrenteloven av 17.12.1976 nr. 100. Av forsinkelsesrenteloven § 2 første ledd følger at renten løper fra forfallsdagen, som ifølge NS 3430 punkt 25.1 er 28 dager etter at byggherren har mottatt faktura. Forutsetningen er at fakturaen oppfyller vilkårene i NS 3430 punkt 24.1 hvor første og annet ledd lyder slik:

”Når entreprenøren krever avdrag eller sluttoppgjør, skal han sende byggherren spesifisert faktura som kan kontrolleres, om nødvendig ved å sammenholdes med kontraktsdokumentene.

Det skal medfølge målinger og annen dokumentasjon som er nødvendig for kontrollen.”

Lagmannsretten har kommet til at entreprenørens sluttnota av 01.02.2002 (faktura nr. 145) skal anses for å tilfredsstille kravene i punkt 24.1. Lagmannsretten bemerker at det ikke i forbindelse med sluttnotaen er nødvendig å sende inn på nytt dokumentasjon som er vedlagt tidligere avdragsnotaer. Som det fremgår under punkt 2 ovenfor om masseoppgjøret, har spørsmålet om entreprenøren har foretatt tilfredsstillende målinger vært et sentralt tvistepunkt mellom partene. Dette tvistepunktet ble i hovedsak løst i entreprenørens favør på bakgrunn at kommunen er nærmest til å bære risikoen for mangelfulle måleprosedyrer. På denne bakgrunn vil det etter lagmannsrettens oppfatning

ikke være riktig at manglene ved måleprosedyrene medfører at kommunens forfallsdato utsettes. Forfallsdatoen i sluttnotaen ble fastsatt til 04.03.2002, og denne datoen blir utgangspunktet for forsinkelsesrenten.

Resultatet blir at Harstad kommune skal betale Brattåsen Maskin AS kr 1.341.316 med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra 04.03.2002 til betaling skjer.

14. Saksomkostninger

Spørsmålet om saksomkostninger for lagmannsretten skal i prinsippet vurderes separat for anken og den aksessoriske motanken, men slik at det bare er meromkostningene ved motanken som skal belastes denne, jf. Tore Schei, Tvistemålsloven med kommentarer (1998) s. 550. Kommunens prosessfullmektig har i sin omkostningsoppgave uttalt at motanken i praksis ikke har medført ekstra omkostninger (utover ankegebyret for aksessorisk motanke) og lagmannsretten legger til grunn at det samme er tilfelle for ankende part.

Både når det gjelder anken og motanken er saken dels vunnet og dels tapt for begge parter, og hovedregelen er dermed at hver av partene bærer sine omkostninger for lagmannsretten, jf. tvistemålsloven §§ 180 andre ledd og 174 første ledd. Det kan helt eller delvis gjøres unntak fra denne hovedregelen i henhold til § 174 annet ledd, hvor det er presisert i hvilke tilfeller dette særlig gjelder, og herunder nevnes bl.a. den situasjon at den ene part *"ikke har vunnet mer, end han vilde ha faat ved at ta imot et forlikstilbud, som den anden har fremsatt"*. Lagmannsretten har kommet til at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse på den måten at kommunen pålegges å erstatte deler av entreprenørens omkostninger for lagmannsretten.

Ankende part opplyste under ankeforhandlingen at man under det saksforberedende møtet, som ble avholdt 19.08.2004, fra entreprenørens side antydte at saken kunne forlikes ved utbetaling av et beløp på ca. kr 1.000.000, men at kommunen ikke var interessert i dette. Tatt i betraktning at et forlik på det tilbudte nivået ville vært klart bedre for kommunen enn domsresultatet, har lagmannsretten kommet til at kommunen skal erstatte den delen av entreprenørens omkostninger som påløp etter det saksforberedende møtet.

Entreprenørens prosessfullmektig har i omkostningsoppgaven oppgitt sitt salær til kr 530.000. Selv om faktum i saken er relativt komplisert og ankeforhandlingen strakk seg over ni dager, er det oppgitte salæret etter lagmannsrettens oppfatning noe i overkant av hva som kan sies å ha vært nødvendig for å få saken betryggende utført, jf. tvistemålsloven § 176. Til fradrag kommer dessuten salærutgiftene i perioden frem til fremsettelsen av forlikstilbudet.

Ut fra en skjønnsmessig vurdering fastsettes at entreprenøren har krav på å få erstattet utgifter til prosessfullmektig med kr 400.000. I tillegg kommer reiseutgifter for

prosessfullmektigen og parten i forbindelse med ankeforhandlingen. I omkostningsoppgaven er samlede reiseutgifter oppgitt til kr 47.980. Etter et skjønnsmessig fradrag på kr 5.000 vedrørende prosessfullmektigens reiseutgifter til det saksforberedende møtet, fastsettes at reiseutgifter erstattes med kr 42.980. Med lagmannsrettens utgangspunkt har entreprenøren i tillegg krav på å få erstattet differansen mellom ankegebyret på kr 43.940 og det gebyret på kr 1.690 som ville påløpt ved forliksinngåelse, dvs. kr 42.250.

Ved forlik på tidspunktet for det saksforberedende møtet ville det ikke for lagmannsretten påløpt utgifter til sakkyndig og sakkyndige meddommere. De sakkyndige meddommerne er oppnevnt i begge parter interesse og skal i utgangspunktet belastes partene med en halvpart på hver, jf. tvistemålsloven § 171. Godtgjørelse og reiseutgifter for meddommerne beløper seg samlet sett til kr 44.124. Halvparten av dette utgjør kr 22.062 og det er dette beløpet entreprenøren har krav på å få erstattet. Den sakkyndige ble oppnevnt etter begjæring fra kommunen, og entreprenøren motsatte seg at det var nødvendig med sakkyndig. Lagmannsretten finner ikke grunnlag i tvistemålsloven § 171 for at utgiften til sakkyndig skal deles mellom partene. Utgiften vil dermed i sin helhet bli belastet kommunen, og kommer ikke i betraktning i fastsettelsen av entreprenørens omkostninger.

Oppsummert blir konklusjonen at Harstad kommune skal erstatte Brattåsen Maskin AS kr 507.292 i saksomkostninger for lagmannsretten

Med det resultatet lagmannsretten har kommet til er saken dels vunnet og dels tapt også i relasjon til spørsmålet om saksomkostninger for tingretten. I henhold til hovedregelen i tvistemålsloven § 174 første ledd skal dermed hver av partene bære sine omkostninger. Når det gjelder saksomkostninger for tingretten, er det etter lagmannsrettens vurdering ikke grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen i § 174 annet ledd. Et spørsmål i denne forbindelse er om entreprenøren burde få erstattet sine omkostninger relatert til masseoppgjøret i og med at entreprenøren i det vesentlige har fått medhold i dette sentrale tvistepunktet. Lagmannsretten bemerker imidlertid at også entreprenøren bidro til den uklare situasjonen som oppsto med hensyn til hvilke tall som skulle legges til grunn for masseoppgjøret. Som det fremgår under punkt 2 ovenfor, kunne også entreprenøren vært mer aktiv i forhold til å få foretatt felles målinger, og entreprenøren kunne dessuten i større grad sikret bevis ved fullt ut å overholde retningslinjene for registrering og innmåling av VA-ledninger i Harstad kommune. Konklusjonen blir at hver av partene bærer sine omkostninger for tingretten.

Dommen er enstemmig.

D o m s s l u t n i n g:

1. Harstad kommune skal innen to uker fra forkynnelsen av lagmannsrettens dom betale Brattåsen Maskin AS kr 1.341.316
- enmilliontrehundreogførtientusentrehundreogseksten- med tillegg av renter i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 04.03.2002 til betaling skjer.
2. Harstad kommune skal innen to uker fra forkynnelsen av lagmannsrettens dom betale Brattåsen Maskin AS kr 507.292 -femhundreogsyvtusentohundreognittito- i saksomkostninger for lagmannsretten. Ved forsinket betaling påløper renter i henhold til forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd.
3. Hver av partene bærer sine omkostninger for tingretten.

Kari Mjølhus

Anders Haugestad

Tore Henriksen

Kai-Steinar Holstad

Arild Tønsberg