



HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

DOM

ABB/-

Avsagt: 07.03.2012 i Hålogaland lagmannsrett,

Saksnr.: 11-146195ASD-HALO

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Aksel-Bernhard Berggren
Synnøve Nordnes
Inger Lyng

Ankende part	Lemminkäinen Norge AS	Advokat Morten Goller
Ankemotpart	Staten v/Samferdselsdepartementet	Advokat Andreas Rostveit
Ankemotpart	Troms fylkeskommune	Advokat Andreas Rostveit

DOM

Saken gjelder krav om tilleggsvederlag fra en entreprenør ved vinterdrift av vegstrekninger i henhold til inngått entreprisekontrakt. For lagmannsretten gjelder saken to tvistepunkter:

- 1) uriktige/ufullstendige opplysninger i tilbudsgrunnlaget om historisk saltforbruk og
- 2) ekstraordinære værforhold vinteren 2009/2010.

Den 15. september 2005 innbød Statens vegvesen Region nord til åpen anbudskonkurranse om drift og vedlikehold av stamveger, riksveger, fylkesveger, gang- og sykkelveger, totalt 616 km veg, med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner i Karlsøy kommune og deler av Tromsø kommune, kontraktsområde 1905 Tromsø, for perioden 1. september 2006 - 31. august 2011. Enkelte oppgaver, blant annet grøfterensk, var holdt utenfor anbudet. Dette var første gang at drift og vedlikehold av de aktuelle vegstrekningene ble satt ut på anbud. Før 1. januar 2003 ble drift og vedlikehold av riks- og fylkesvegnettet utført av Statens vegvesen, fra 1995 som en egen produksjonsavdeling i Statens vegvesen. Fra 1. januar 2003 ble produksjonsenheten i Statens vegvesen skilt ut som et eget aksjeselskap under navnet Mesta AS og konkurranseutsatt. I perioden 1. januar 2003 - 31. august 2006 ble driften av kontraktsområde 1905 Tromsø utført av Mesta på grunnlag av såkalt "overgangskontrakt".

Det innkom tilbud fra fire selskaper. Det klart laveste tilbudet ble gitt av Lemminkäinen Norge AS (heretter benevnt Lemminkäinen), som er et datterselskap av det finske entreprenørselskapet Lemminkäinen. Tilbudet er angitt å være basert på "*tilbudsdokumenter og referat fra tilbudskonferansen av 8.12.2005*". Etter en mindre korreksjon var tilbudet 107 231 238 kroner. De øvrige tilbydere var Mesta AS med 135 908 835 kroner, Veidekke Entreprenør AS med 157 928 465 kroner og NCC Construction AS med 181 410 653 kroner. Alle priser er eksklusive merverdiavgift.

Den 25. april/2. mai 2006 ble det mellom Statens vegvesen Region Nord som byggherre og Lemminkäinen Norge AS som entreprenør inngått avtale om at "*entreprenøren påtar seg å utføre drifts- og vedlikeholdsoppgaver knyttet til stamveger, øvrige riksveger, fylkesveger og gang- og sykkelveger langs riksveger med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner i Karlsøy og deler av Tromsø kommune i perioden 01.09.2006 - 31.08.2011 i samsvar med sitt tilbud av 27.01.2006.*" Kontrakten er i hovedsak en funksjonskontrakt der arbeidet skal godtgjøres med en fastpris for såkalte funksjonsbaserte oppgaver. "Funksjonsansvar" er i kontrakten del D2 Spesielle kontraktsbestemmelser punkt 1 definert som:

"Helhetlig ansvar for beslutning, planlegging, prosjektering, utførelse, kvalitetssikring, oppfølging og dokumentasjon av tiltak som er nødvendige for å overholde kontraktens krav samt dokumentasjon for resulterende tilstand og funksjon."

Entreprenøren har selv ansvar for å velge metode, tiltak og ressurser for å oppnå de fastsatte kriterier.

I tillegg til de funksjonsspesifikke oppgavene inneholder kontrakten enkelte mindre, mengdebaserte oppgaver som skal gjøres opp som regningsarbeid, samt opsjon for innleie av personell og maskiner til andre oppgaver på vegnettet.

I kontraktens del E er det inntatt kravspesifikasjoner for alle funksjonsprosesser som omfattes av kontrakten. De omtvistede prosesser i nærværende sak er 48 Vedlikehold av dreng- og avløpsanlegg og 91-93 Vinterdrift. Til entreprenørens funksjonsspesifiserte oppgaver under prosess 48 inngår blant annet *“fjerning av torvkanter, rensk av stikkrenne, tining, vannavledning og oppstaking, fjerning av is i grøfter som hindrer vannavrenning”*. Prosess 91-93 omfatter blant annet snøbrøyting, snø- og isrydding og strøing. Kontrakten inneholder nærmere angitte kriterier for når det skal iverksettes brøyting, snø- og isrydding og strøing (”tiltakskriterier”). Disse avhenger av hvor sterkt trafikkert vegen er. Det er fastsatt krav til friksjon. Det er også angitt hvor raskt det skal responderes når et tiltakskriterium inntreffer (”tiltakstid”).

Kontrakten er basert på en felles kontrakt som benyttes av Statens vegvesen over hele landet, men det er gjort individuelle tilpasninger i hver kontrakt. Som del av kontrakten er inntatt NS 3430, Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider, med enkelte særskilte tilpasninger.

For at aktuelle tilbydere skulle ha et godt grunnlag for å kalkulere tilbud, fremla Statens vegvesen et omfattende materiale. Blant annet ble det fremlagt historisk oversikt over forbruk av salt og strøsand, samt opplysninger om etterslep i vedlikeholdet. Statens vegvesen forpliktet seg i kontrakten til at etterslepet på vegnettet ikke skal øke i kontraktsperioden.

Lemminkäinen mente etter hvert at kontrakten ikke ga dem tilstrekkelig vederlag, blant annet fordi Statens vegvesen etter deres mening hadde gitt uriktige/ufullstendige opplysninger i tilbudsgrunnlaget. Den første skriftlige henvendelsen om tilleggsvederlag ble gjort fra Lemminkäinen 30. juni 2009 til vegdirektøren. Statens vegvesen bestred ansvar.

Lemminkäinen reiste 27. september 2010 søksmål for Nord-Troms tingrett mot staten ved Samferdselsdepartementet og Troms fylkeskommune med krav om betaling av et skjønnsmessig beløp begrenset oppad til 27 508 613 kroner. Staten og fylkeskommunen tok til motmæle og krevde seg frifunnet. Under saksforberedelsen frafalt Lemminkäinen to poster, slik at kravets øvre grense ble redusert til 19 106 820 kroner.

Nord-Troms tingrett avsa 24. mai 2011 dom med slik domsslutning:

- “1. Staten v/ Samferdselsdepartementet betaler til Lemminkäinen Norge AS kr 2 240,- med tillegg for mva innen 2 uker fra dommens forkynnelse med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.*
- 2. Troms fylkeskommune betaler til Lemminkäinen Norge AS kr 13 760,- med tillegg for mva innen 2 uker fra dommens forkynnelse med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.*
- 3. Lemminkäinen Norge AS betaler saksomkostninger til Staten v/ Samferdselsdepartementet med kr 94 743,- og Troms fylkeskommune med kr 581 991,- med tillegg for mva innen 2 uker fra dommens forkynnelse.”*

Domsslutningen punkt 1 og 2 gjelder forhold knyttet til Langnestunnelen hvor partene under hovedforhandlingen ble enige om at Lemminkäinen har krav på tilleggsvederlag med de beløp tingretten fastsatte.

Lemminkäinen har anket tingrettens dom til Hålogaland lagmannsrett. For lagmannsretten er kravet begrenset til to tvistepunkter: 1) 1 756 280 kroner grunnet uriktige/ufullstendige opplysninger om historisk saltforbruk og 2) 14,5 millioner kroner grunnet ekstraordinære værforhold vinteren 2009/2010. Ellers står saken for lagmannsretten i vesentlig samme stilling som for tingretten.

Statens vegvesen og Lemminkäinen har etter anbudsrunde inngått ny funksjonskontrakt på fem år for kontraktsområde 1905 Tromsø med virkning fra 1. september 2011. Kontraktssummen er 228 millioner kroner, men kontrakten omfatter flere oppgaver enn i femårsperioden 2006 - 2011.

Ankeforhandling ble holdt 10. - 12. januar 2012 i Tromsø. Inkludert partsforklaringer ble det avgitt elleve forklaringer. Dokumentasjonen fremgår av rettsboken.

Den ankende part - *Lemminkäinen Norge AS* - har i korte trekk anført:

Anken retter seg mot tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

Lemminkäinen har krav på tilleggsvederlag på totalt 16 257 000 kroner, fordelt med 1 756 280 kroner for uriktige/ufullstendige opplysninger om historisk saltforbruk og 14,5 millioner kroner på grunn av ekstraordinære værforhold vinteren 2009/2010.

Rettslig grunnlag for krav om tilleggsvederlag for salting er kontrakten del C punkt 7.5, som foreskriver at byggherren skal holde entreprenøren skadesløs for utgifter entreprenøren påføres som følge av feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert.

Ved funksjonskontrakter har byggherren ansvar for å gi tilbyderne tilstrekkelig grunnlag for å foreta sine vurderinger. Da tilbyderne ikke kan etterprøve byggherrens opplysninger, stilles store krav til opplysningenes riktighet. Innholdet i opplysningsplikten må vurderes på bakgrunn av konkurransesituasjonen og i lys av anskaffelsesreglene. Alle aktuelle tilbydere skal ha likest mulig opplysninger.

Statens vegvesen har gitt Lemminkäinen uriktige/ufullstendige opplysninger om historisk saltforbruk. Saltforbruket i Lemminkäinens driftstid har samlet vært fire ganger så høyt som opplyst i de historiske tallene. Avviket er i seg selv en presumsjon for at det var feil i opplysningene fra Statens vegvesen. Det er et markert skille i saltforbruket fra sesongen 2005-2006, som er siste sesongen Mesta hadde kontrakten. Mestas saltforbruk både i 2005/2006 og i 2006/2007, hvor de utførte salting for Lemminkäinen, er stort sett sammenfallende med forbruket etter at Lemminkäinen selv overtok saltingen fra og med 2007/2008. Det er ikke gitt noen forklaring på det markerte skillet fra 2005/2006. Forskjeller i driftsopplegg kan ikke forklare økningen fra og med sesongen 2005/2006, idet også Mestas forbruk økte vesentlig i 2005/2006 og 2006/2007. Heller ingen andre forhold kan forklare forskjellen i saltforbruk.

Rapportering av salt i strøsand er forutsatt i kontrakten Del D 2 punkt 17.3.6, og dette var opplysninger Lemminkäinen forventet å få før de ga tilbud. For sesongen 2004/2005 opplyste Statens vegvesen at det var medgått 55 tonn salt. I de underliggende tallene fremgår at det er medgått 1 233 tonn salt i strøsand denne sesongen. Så store mengder salt påvirker friksjonen. Statens vegvesen kan ikke høres med at det må være feil i rapporteringen. Konkrete feil er ikke påvist. Det er heller ikke andre holdepunkter for at disse tallene er feil.

Ved feil i tilbudsgrunnlaget kan entreprenøren kreve kompensasjon fra byggherren for faktiske påløpte kostnader, se Rt-2010-1345 avsnitt 59 (Oslo Vei). For driftsperioden på fem år har det påløpt ekstra kostander til salting med 1 756 280 kroner, som i sin helhet kreves dekket av byggherren. Byggherren har ikke innvendinger mot beregningen av kravet.

Kravet om dekning av merkostnader til salting er ikke prekludert. Preklusjon etter kontrakten Del C punkt 17.5 er ikke inntrådt. For at preklusjon skal inntre må to kumulative vilkår være oppfylt. For det første kreves faktisk kunnskap om kravet. For det annet må entreprenøren være kjent med at kravet kan rettes mot byggherren. Dette følger også av Rt-2009-160 avsnitt 47. Helge Jakob Kolrud uttaler det samme på side 152 i sin kommentarutgave til NS 3430. Videre vises det til RG-1990-1109. Det faktiske og rettslige grunnlaget for kravet ble tidligst fastlagt under saksforberedelsen for tingretten. Først på dette tidspunktet fikk Lemminkäinen de underliggende tall fra Statens vegvesen, opplysninger som viste at de historiske data var feil. Preklusjon kan ikke begynne å løpe før det er klarlagt at kontrakten del C punkt 17.5 om ansvar for feil i tilbudsdokumentene

er anvendelig. Subsidiært anføres det at varslet som ble gitt i Lemminkäinens brev av 30. juni 2009 til vegdirektøren avbryter preklusjon.

Lemminkäinen har også krav på dekning av merkostnader forårsaket av ekstraordinære værforhold vinteren 2009/2010. Entreprenøren har etter prosess 48 påtatt seg ansvar for fjerning av is i grøfter mv. I henhold til prosess 92 skal entreprenøren holde vegene frie for snø og is. Etter kontrakten del D 2 punkt 25 har entreprenøren krav på tilleggsvederlag dersom det foreligger 1) ekstraordinære værhold og 2) Statens vegvesen ikke aksepterer avvik fra standarden, slik at 3) entreprenøren må benytte ressurser utover det som er tilgjengelig i kontraktens forstand. Formålet med formuleringen av punkt 25 er at byggherren skal bære risikoen ved ekstraordinære forhold. Dette er understreket av sakkyndig vitne Paul Kristian Senstad som har vært med på å utarbeide standardkontraktene for Statens vegvesen. Vegvesenet vil ikke betale for en høyere beredskap enn det som anses nødvendig for å takle normale forhold.

Ekstraordinære værforhold skal forstås på samme måte som ellers i NS 3430. Etter kontrakten del C punkt 17.2.1 har entreprenøren rett til fristforlengelse ved uforutsette hindringer, blant annet "*ekstraordinære værforhold*". Ifølge Jakob Helge Kolrud m.fl.: Kommentar til NS 3430 side 146 og 307 vil uvanlige værforhold tilfredsstille kravet. Det vises også til LE-1997-253 og TOSLO-2001-4216.

Fra slutten av desember 2009 til medio mars 2010 var det ekstraordinære værforhold. Isdannelse som oppsto denne vinteren var av et omfang en knapt hadde sett tidligere. Dette skyldes sammenfall av uheldige klimatiske forhold. Tingretten er enig i at det forelå ekstraordinære værforhold. En rekke vitner har også fremhevet at værforholdene var helt spesielle. Det må spesielt legges vekt på forklaringene til Arnold Hauan og Lars Eriksen som begge har lang erfaring fra vintervedlikehold.

Statens vegvesen aksepterte ikke avvik fra standarden, men varslet derimot sanksjoner dersom standarden ikke ble opprettholdt. Kontrakten krever ikke noen uttrykkelig bestilling, bare at det ikke aksepteres avvik fra standarden. Dette er den eneste rimelige fortolkning av del D 2 punkt 25. Ellers ville byggherren slippe ansvar bare ved ikke å bestille formelt, mens man fortsatt krever etterlevelse av kontrakten ved å sanksjonere avvik. Det er ingen holdepunkter i kontrakten for byggherrens nye anførsel om at det ikke kan foreligge ekstraordinære værforhold før det er varslet om ekstraordinære værforhold. Lemminkäinens tolkning underbygges ved at det ikke er knyttet sanksjoner til varslingsregelen. Kontrakten er utarbeidet av Statens vegvesen og uklarheter i kontrakten må gå ut over den part som har formulert kontrakten.

Lemminkäinen brukte alle tilgjengelige ressurser. Med "*tilgjengelige ressurser*" i kontrakten punkt 25 må forstås de ressurser som tilbudet er bygget på, og som er presentert for Statens vegvesen i vinterplanen entreprenøren plikter å presentere. Dette er

normalbemanningen som tilbudet er basert på. Pristilbudet skal basere seg på en normalbemanning for å håndtere normale variasjoner, idet byggherren ikke skal måtte betale for bemanning og utstyr som kan håndtere alle tenkelige situasjoner. Lemminkäinens oppgitte ressurser (to steamkjeler og tilhørende bemanning/utstyr) er tilstrekkelig for å fjerne is normale vintre. De foregående tre vintrene hadde en klart seg med dette utstyret med god margin. Dette utstyret må brukes fullt ut før det kan bli aktuelt med tilleggsvederlag. Ressursene er brukt fullt ut innenfor de grenser som arbeidsmiljøloven og annet regelverk setter. Lemminkäinen hentet inn alt av tilgjengelig personell og utstyr i regionen. I tillegg hentet man inn eget personell fra Arendalsområdet. Det var ingen økonomiske hindringer fra Lemminkäinens side for å opprettholde fastsatt standard på vegnettet.

Problemene vinteren 2009/2010 skyldes ikke Lemminkäinens forhold. Det er derfor ikke grunnlag for å redusere Lemminkäinens krav. Driftsopplegget var tilpasset situasjonen. Problemene er i betydelig grad forsterket av vegvesenets unnlatelse av å utføre grøfterensk og vedlikehold av stikkrenner. Dette var oppgaver vegvesenet hadde tatt ut av funksjonskontrakten med Lemminkäinen.

Ekstrakostnader er dokumenter med i overkant av 15 millioner kroner. Alle kostander ut over maksimal bruk av tilgjengelige ressurser kan kreves dekket. Kravet begrenses skjønnsmessig til 14,5 millioner kroner.

Kravet om dekning av merkostnader vinteren 2009/2010 er fremsatt rettidig. Kravet ble først fremsatt per e-post 25. februar 2010. Det var først da tallene for januar 2010 forelå 10. februar 2010 at Lemminkäinen virkelig begynte å se omfanget av merkostnadene i forhold til tidligere vintre, og årsakene til dette. Kravet er heller ikke tapt ved at det ikke ble fremsatt endringskrav etter kontrakten del C punkt 28.3.1, slik motparten anfører. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse her, da det ikke er tale om endringer, men merutgifter, og spørsmålet om dekning av merkostnader reguleres av andre bestemmelser i kontrakten. Fristen for å fremsette kravet om tilleggsvederlag begynner først å løpe fra det tidspunkt ledelsen i Lemminkäinen ble kjent med hvilke følger de ekstraordinære værforholdene hadde for vegvedlikeholdet i kontraktsområdet.

Som subsidiært rettsgrunnlag for kravet om tilleggsvederlag vinteren 2009/2010 anføres de ulovfestede regler om bristende forutsetninger. Merkostnadene ved ekstraordinære værforhold er ikke en risiko som entreprenøren kunne forventes å ta etter kontrakten. Da kontrakten ikke skal dekke slike merkostnader, er det byggherren som bør bære risikoen for avtaleforutsetningene. Merkostnadene med fjerning av is kom denne vinteren på 15,5 millioner kroner, mot budsjett og regnskap foregående tre vintre på ca. 100 000 kroner per sesong. Samlet har Lemminkäinen tapt ca. 65 millioner kroner på en kontrakt på vel 107 millioner kroner.

Lemminkäinen Norge AS har nedlagt slik påstand:

- “1. Staten v/Samferdselsdepartementet og Troms fylkeskommune dømmes til å betale Lemminkäinen Norge AS en sum fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til NOK 16.257.000,- med tillegg av lovbestemt forsinkelsesrente fra 19. august 2010 til betaling skjer.*
- 2. Lemminkäinen Norge AS tilkjennes saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.*
- 3. Ansvar et etter punkt 1 og 2 fordeles med 86 % av fylkeskommunen og 14 % på staten.”*

Ankemotpartene - staten v/Samferdselsdepartementet og Troms fylkeskommune - har i korte trekk anført:

Tingrettens dom er riktig i resultat. Det vesentlige av begrunnelsen tiltres også.

Lemminkäinen har ikke krav på tilleggsvederlag for ingen av de to postene. Funksjonskontrakter legger ansvaret på entreprenøren. Det er en rekke usikkerhetsmomenter, som kan gå både i favør og ufavør av partene. Tilbyderne må innkalkulere denne usikkerheten i sine tilbud. Funksjonskontrakter skal tolkes objektivt med mindre en felles subjektiv forståelse kan kartlegges, se Rt-2010-1345 avsnitt 59, Rt-2002-1155 og LH-2009-151793. Markedet er avhengig av konkurranse, og det vil virke konkurransevridende dersom en entreprenør som har foretatt underkalkulering i ettertid vil kunne kreve tilleggsvederlag for forhold som skal dekkes innenfor kontrakten.

Statens vegvesen har ikke gitt uriktige opplysninger om historisk saltforbruk. Entreprenøren skal besørge tilstrekkelig friksjon, og står fritt til å velge metode. Lemminkäins eget saltforbruk gir liten veiledning, og det er ingen klare holdepunkter for at vegvesenets opplysninger er feil. Jevnt over har Lemminkäinen saltet mer enn vegvesenet og Mesta. En rekke forhold kan forklare avviket, forhold som i det vesentlige kan tilskrives Lemminkäinen. Det foreligger intet grunnlag for å anta at det foreligger underrapportering.

Opplysningene om saltinnblanding i strøsand gir ingen veiledning om hvilket samlet saltforbruk den enkelte tilbyder kunne regne med å få, idet saltet kun blandes inn for at sanden ikke skal fryse ved utendørs lagring. Normal saltinnblanding er 1-3 prosent. Opplysningene om innblanding av 1 233 tonn salt i strøsand i 2004/2005 er åpenbart feil. Knut Øvervoll som utførte rapporteringen for Mesta har selv bekreftet at han må ha gjort feil. Mesta hadde ingen fordel av å tilsette strøsand omtrent 20 prosent salt. Lemminkäins opplysninger om ikke å ha innblandet salt i sanden de tre første driftssesongene, underbygger anførselen om at tallene er feile. Lemminkäinen hadde ikke behov for disse opplysningene for å kalkule sitt tilbud.

Uansett er kravet om tilleggsdekning for salt fremsatt for sent. Krav om tilleggsvederlag fra entreprenørens side skal fremsettes i samsvar med kontrakten del C punkt 17.5. Varslingsfristen startet sitt løp fra da Lemminkäinen ble klar over kravet. Fristen må - som tingretten la til grunn - senest løpe fra utløpet av den andre vintersesongen. Det samme er lagt til grunn i 11-013158TVI-AUAG som gjelder Lemminkäinens funksjonsavtale med vegvesenet i Arendalsområdet. I tillegg har Lemminkäinen ikke overholdt varslingsfristens lengde "*uten ugrunnet opphold*". Formuleringen viser at fristen skal være kort. Bestemmelsens tredje ledd tilsier eksplisitt at fristen ikke kan overstige 21 dager. I Rt-2009-160 avsnitt 46 og 47 er det gitt føringer for varslingsfristens utgangspunkt. Lemminkäinens anførsel om at varslingsfristen først begynner å løpe fra dokumentfremleggelsen 18. mars 2011, er ikke forening med kontraktens ordlyd eller Rt-2009-160. Entreprenøren varslet kravet først ved søksmålsvarslet 19. august 2010. Lemminkäinens brev 30. september 2009 til vegdirektøren omtaler ikke det historiske saltforbruket. Vegdirektørens svar viser også at byggherren ikke oppfattet henvendelsen som et varsel om opplysningssvikt om historisk saltforbruk.

Skulle byggherren bli pålagt å betale tilleggsvederlag for salting, er det ikke innvendinger mot kravets størrelse på 1 756 280 kroner.

Lemminkäinen har heller ikke krav på tilleggsvederlag vinteren 2009/2010 grunnet i ekstraordinære værforhold. Lemminkäinen har i kontrakten påtatt seg ansvaret for prosess 92 snø- og isrydding samt prosess 48 vedlikehold av drens- og avløpsanlegg, unntatt grøfterensk. Avvik fra funksjonskravene er kun aktuelt ved ekstraordinære værforhold, jf. kontrakten del D 2 punkt 25. Det er i punkt 25 presisert at ekstraordinære værforhold ikke er force majeure. Mener entreprenøren at det foreligger ekstraordinære forhold, må punkt 25 forstås slik at man i så fall må varsle byggherren. Lemminkäinens innsats må være "*det maksimale av hva som er mulig*" med de ressurser som er "*tilgjengelig*". Entreprenøren plikter å gjøre det som er mulig for å opprettholde så god vegstandard som mulig.

Vinteren 2009/2010 var det ikke ekstraordinære værforhold. Sesongen var krevende, men ikke verre enn påregnelig. Det foreligger en rekke vitneforklaringer som indikerer at flere sesonger på 1980-tallet var minst like kostnadskrevende. For øvrig vil opplevelsen av situasjonen være subjektiv.

Får Lemminkäinen medhold i at det forelå ekstraordinære forhold, vil det uansett bare gjelde for perioden etter 25. februar 2010. Først på dette tidspunktet påberopte Lemminkäinen seg ekstraordinære værforhold.

Uavhengig av vær-situasjonen har Lemminkäinen ikke brukt mer ressurser enn det som kontrakten legger opp til. Entreprenøren har etter kontrakten del D 2 punkt 3 selv ansvar for å velge metode, tiltak og ressurser for å oppnå og opprettholde foreskrevne standard.

Vinterplanen er ikke en beskrivelse av de maksimale ressurser som er tilgjengelig, og byggherren har intet ansvar for entreprenørens ressursplanlegging. Uavhengig av vinterplanen må entreprenøren skaffe nødvendige ressurser uten å konferere med byggherren. Lemminkäinen har ikke brukt mer enn ca. halvparten av ressursene på utkallingslisten. Følgelig har Lemminkäinen ikke brukt mer ressurser enn det selskapet hadde tilgjengelig. Bruk av mer ressurser enn Lemminkäinen hadde tilgjengelig ble første gang anført under saksforberedelsen for tingretten. Årsaken til at Lemminkäinen reviderte sine planer flere ganger i løpet av vinteren, skyldes at de hadde avsatt for lite ressurser. Utkallingslistene kan ikke forstås slik at dette er ressurser Lemminkäinen skal ha ekstra godtgjørelse for. Dersom Lemminkäinen mente de skulle ha ekstra godtgjørelse for de ressursene som ble tilført, burde de i så fall ha tatt det opp på de månedlige byggemøtene.

Statens vegvesen har heller ikke bestilt mer ressurser enn det Lemminkäinen etter kontrakten var forpliktet til å ha tilgjengelig. At vegvesenet ikke aksepterte avvik fra funksjonskravene, innebar ikke bestilling av tilleggsressurser. Selv om Lemminkäinen reviderte sin kvalitetsplan, økte ikke ressursbruken nevneverdig. Av den grunn presiserte vegvesenet at man forventet at utstyr/mannskap på tilkallingslisten var i drift når forholdene krevde dette, men kunne ikke oppfattes som bestilling av tilleggsressurser. Kontrakten er mellom to profesjonelle parter, og kontraktens risikovurdering er klar. Mente Lemminkäinen at det forelå grunnlag for å fravike kontrakten, måtte de i så fall ha varslet dette. Uansett har Lemminkäinen reelt ikke tilført mer ressurser etter at kravet ble fremsatt, og følgelig har en eventuell bestilling av tilleggsressurser ikke hatt effekt på Lemminkäinens ressursbruk.

Under alle omstendigheter er kravet om tilleggsvederlag for vinteren 2009/2010 prekludert etter kontrakten del C punkt 28.3.1. Kravet må varsles uten ugrunnet opphold etter at Lemminkäinen ble klar over kravet. Lemminkäinen hadde kalkulert med at fjerning av is ville koste ca. 100 000 kroner per sesong, men ble i den vanskelige sesongen ca. 100 000 kroner per dag. Slike kostnadsoverskridelser oppdaget de umiddelbart, og problemene startet ifølge Lemminkäinen medio desember 2009. De hadde således vært kjent med problemene i ca. 2 1/2 måned da de varslet byggherren.

Læren om bristende forutsetninger kan ikke gi grunnlag for å plassere ansvaret for ekstrakostnader vinteren 2009/2010 hos byggherren. I Rt-2010-1345 er det lagt til grunn at når risikoen er plassert hos en av partene etter kontrakten, så gir ikke denne læren hjemmel for å omfordele risikoen. Alle relevante opplysninger var synbare for entreprenøren ved kontraktsinngåelsen. Rimelighetsvurderinger tilsier også at det ikke er grunn til å fravike avtalen. Problemene vinteren 2009/2010 skyldes ikke manglende vedlikehold fra Statens vegvesens side, idet vedlikeholdsetterslepet er blitt redusert i kontraktsperioden. Tapet skyldes i det alt vesentlige underkalkulasjon og et dårlig driftsopplegg. Dette er forhold entreprenøren selv må være risikoen for. Videre må det legges vekt på at fire av fem vintre i kontraktsperioden var milde.

Eventuelt tilleggsvederlag som tilkjennes for vinteren 2009/2010 må reduseres betydelig på grunn av forhold på entreprenørens side. Lemminkäinen har feilberegnet kalkulasjonen. Fornuftig kalkulasjon tilsier at isfjerning i grøfter skulle vært kalkulert sju millioner høyere enn Lemminkäinen gjorde. I tillegg må utgiftene til høvling 2,8 millioner kroner dekkes innenfor kontrakten. Betydelige deler av kostnadene skyldes dårlig utførelse og organisering av driften, noe entreprenøren selv er ansvarlig for. I tillegg har entreprenøren en egenrisiko. Kravet er også dårlig dokumentert.

Staten v/Samferdselsdepartementet og Troms fylkeskommune har nedlagt slik påstand:

- “1. Anken forkastes.
2. Staten ved Samferdselsdepartementet og Troms fylkeskommune tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten.”

Lagmannsretten bemerker:

Kontrakten mellom Statens vegvesen og Lemminkäinen er en funksjonskontrakt hvor entreprenøren har påtatt seg ansvaret for å oppfylle funksjonskravene til en på forhånd fastsatt pris. Hvilke metoder, utstyr og personell som benyttes for å oppfylle funksjonskravene tilkommer entreprenøren å velge. Entreprenøren har således i utgangspunktet den økonomiske risikoen ved kontrakten.

Kontrakten er tildelt av et offentlig organ etter offentlig anbudsrunde. Offentlige anskaffelser skal være basert på blant annet likebehandling av tilbyderne, jf. lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 1 første punktum. For å sikre likebehandling er det viktig at alle tilbydere får tilgang til de samme opplysninger. Hvilken relevans opplysningene har, er det tilbyderne som må avgjøre.

Funksjonskontraktene til Statens vegvesen baserer seg i det vesentlige på NS 3430, men med en del tilpasninger. Etter NS 3430 punkt 7.1 plikter byggherren hvis ikke annet følger av kontrakten, å levere “tegninger, beskrivelser og beregninger”. Dersom det er “feil eller uoverensstemmelser i dokumenter som byggherren har levert”, skal byggherren etter punkt 7,5 “holde entreprenøren skadesløs i henhold til punkt 21 for utgifter som entreprenøren påføres som følge av” dette. I punkt 21.1 er det fastsatt at dersom entreprenøren blir “påført merutgifter ved forsinkelse som nevnt i 17.1, eller påføres han merutgifter av andre årsaker som må henføres til byggherrens forhold, kan han kreve utgiftene dekket av byggherren.” I Rt-2010-1345 (Oslo Vei) avsnitt 59 er det lagt til grunn at “merutgifter” i kontrakten punkt 21.1 skal forstås som “faktiske påløpte kostnader”.

Strøing med sand og salt brukes av entreprenøren for å oppnå funksjonskravene i kontrakten. Sand og salt kan delvis overlappe hverandre som friksjonsmidler. Bruk av sand

og salt er kostnadskrevende prosesser for entreprenørene. Entreprenørene har derfor en egeninteresse i å forsøke å optimalisere bruken av både sand og salt.

For at aktuelle tilbydere skulle ha et bedre kalkulasjonsgrunnlag, fremla Statens vegvesen som del av anbudsgrunnlaget "*historiske vinterdriftdata*" for kontraktsområde 1905 for vintersesongene 1997/1998 til 2000/2001. Disse dataene er inntatt som vedlegg S 30 til den inngåtte kontrakten. Talloppstillingene i dette skjemaet er basert på rapportskjemaer fra de entreprenørene som hadde utført strøing og salting - såkalte R12-skjemaer. Av kontrakten del D2 punkt 17.3.6 fremgår at rapporteringen på R 12-skjemaene skal omfatte blant annet forbruk av salt på veger med strategi bar veg og vinterveg, forbruk av salt på ulike saltingsmetoder og forbruk av sand uten saltinnhold, forbruk av saltblandet sand og forbruk av sand i strøsand. Samme opplysninger skulle også gis på R 12-skjemaene før Lemminkäinenens kontraktsperiode.

Vedlegg S 30 inneholder følgende opplysninger om rapporterte medgåtte saltmengder per vintersesong i perioden 1997/1998 - 2000/2001: 39 tonn i 1997/1998, 43 tonn i 1998/1999, 46 tonn i 1999/2000 og 53 tonn i 2000/2001, mens tallene for 2001/2002 ikke er fremlagt.

Saltmengder som er oppgitt i vedlegg S 30, blir i vedlegget opplyst å være "*de beste historiske erfaringstall som kan skaffes*". Samtidig er det presisert at "*de er erfaringstall fra en driftssituasjon med til dels andre rammebetingelser og standardkrav, og må brukes med dette forbeholdet.*" Videre fremgår det av dokumentet at "*mengdene er i stor grad basert på skjønn og erfaringstall, ikke eksakte oppmålinger. Dette gjelder spesielt for årene på 90-tallet.*"

Under tilbudskonferansen 8. desember 2005 ble saltforbruket for 2003/2004 og 2004/2005 oppgitt til henholdsvis 122 tonn og 55 tonn. Av møtoreferatet fremgår: "*En må her merke seg at det ikke er samme standard i den nye kontrakten som det har vært tidligere.*"

De historiske data for de seks fremlagte sesongene viser gjennomsnittlig saltforbruk på 59,66 tonn.

Saltmengdene Lemminkäinen har brukt ved vinterdriften har vist seg å bli atskilling større enn det selskapet kalkulerte i sitt tilbudet. Det faktiske saltforbruket var 323 tonn i 2006/2007, 338 tonn i 2007/2008, 457 tonn i 2008/2009, 594 tonn i 2009/2010 og 259 tonn i 2010/2011. Sesongen 2006/2007 utførte Mesta saltingen som underentreprenør for Lemminkäinen, mens Lemminkäinen de etterfølgende sesongene selv har utført saltingen. Gjennomsnittlig saltforbruk i de fem årene under kontrakten har vært 394,2 tonn.

Ved lagring av strøsand utendørs er det vanlig at det blandes salt i sanden for at den ikke skal fryse og klumpe seg. Normal innblandingsgrad av salt er etter det opplyste 1-3 prosent. Statens vegvesen opplyste under tilbudskonferansen at det for sesongen 2004/2005 var medgått 55 tonn salt i sand. For de øvrige årene ble det før

kontraktsinnngåelsen ikke gitt tilsvarende opplysninger. Som det fremgår av kontrakten D2 punkt 17.3.6 skulle disse tallene vært rapportert på R 12-skjemaene. Under saksforberedelsen for tingretten opplyste Statens vegvesen at det riktige tallet for sesongen 2004/2005 skal være 1 233 tonn. Nye opplysninger for de øvrige sesongene ble ikke fremlagt. Det er således kun for sesongen 2004/2005 at Statens vegvesen har fremlagt opplysninger om mengden salt som er innblandet i strøsand.

Som nevnt inneholder kontrakten mellom Statens vegvesen og Lemminkäinen nærmere kriterier for når det skal saltes for å oppnå friksjonskravene og hvor raskt det skal responderes. Innenfor de tiltakskriterier og tiltakstider som kontrakten oppstiller, er det likevel rom for valg av ulike driftsopplegg og strategier, og dette vil påvirke saltforbruket. Under ankeforhandlingen har det vært omfattende bevisførsel om forhold som kan påvirke saltforbruket. Blant forhold som er trukket frem er utstyr, saltingsmetode, hvor ofte det saltes, hvilken mengde salt som legges ut og hvilke strøbredde som benyttes.

Det rapporterte saltforbruket viser markant økning f.o.m. sesongen 2005/2006. Etter lagmannsrettens beregning er årlig snittforbruk i 2005/2006 - 2010/2011 mer enn seks ganger så høyt som gjennomsnittet i perioden 1997/1998 - 2004/2005. I tillegg kommer opplysningene om bruk salt til innblanding i sand i 2004/2005 med 1 233 tonn.

Den markerte økningen fra og med sesongen 2005/2006 kan slik saken er presentert for lagmannsretten ikke alene tilskrives naturlige svingninger og Lemminkäinens driftsopplegg. Både i 2005/2006 og 2006/2007 ble saltingen utført av Mesta, det siste året som underentreprenør for Lemminkäinen. Statens vegvesen har ikke gitt noen forklaring på hvorfor Mestas saltforbruk skulle øke så markert fra de to foregående sesongene Mesta utførte saltingen. Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at det er betydelig feil i de historiske data over saltforbruk Statens vegvesen presenterte i anbudsdokumentene. At det har vært feil i opplysningene underbygges av at Statens vegvesen under saksforberedelsen for tingretten opplyste at det bare for sesongen 2004/2005 var blandet inn over 1 200 tonn salt i strøsand, mens det for de andre årene ikke er opplyst mengde salt som er innblandet i sanden. Dette tilsier en innblanding på ca. 20 prosent, mot vanlig i bransjen på 1-3 prosent. Selv om den innblandende saltmengden etter lagmannsrettens vurdering trolig er vesentlig for høy, burde disse opplysningene ha vært gitt samtlige tilbydere. Hadde Lemminkäinen fått disse opplysningene, ville de trolig ha iverksatt mer dyptgående beregninger av estimert saltforbruk og funnet at både opplysningene gitt i vedlegg S 30 og under tilbudskonferansen 8. desember 2005 måtte være feil.

Vegvesenets tallmateriale er beheftet med vesentlige feil, og anbudskalkulasjonen som Lemminkäinen har foretatt, er dermed bygd på vesentlige uriktige forutsetninger. Dette gir etter kontrakten del C punkt 7.5, jf. 21.1 entreprenøren krav på tilleggsvederlag for de faktiske utgifter entreprenøren påføres som følge av feilen i dokumentene. Partene er enige om at dersom ansvar foreligger, skal tilleggsvederlaget for dette tvistepunktet settes til 1 756 280 kroner, med fordeling på 14 prosent på staten og 86 prosent på Troms fylkeskommune.

Staten og fylkeskommunen har imidlertid anført at kravet er prekludert - fremsatt for sent - etter kontrakten del C punkt 17.5. Punkt 17.5 lyder:

“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.

Har ikke byggherren skriftlig meddelt sitt standpunkt til entreprenøren uten ugrunnet opphold, dog senest innen 21 dager, etter å ha mottatt et begrunnet krav, anses han å ha godkjent kravet om fristforlengelse. Det samme gjelder dersom byggherren ikke uten ugrunnet opphold skriftlig tar stilling til et spesifisert krav om dekning av merutgifter.”

I Helge Jakob Kolrud m.fl.: Kommentarer til NS 3430 uttales på side 152:

“Fristen for å varsle begynner å løpe når entreprenøren “...er blitt klar over at det er oppstått eller vil oppstå forhold som medfører forsinkelse eller merutgifter...”. Det kreves altså positiv kunnskap hos entreprenøren om at det er oppstått forhold som kan gi rett til fristforlengelse. Det kreves også kunnskap hos entreprenøren om årsakssammenheng mellom det oppståtte forhold og en forsinkelse eller pådratte merutgifter. Det er ikke nødvendig at forholdet er oppstått, det er tilstrekkelig med kunnskap om at slike forsinkende forhold “vil oppstå”.

I Rt-2009-160 (Stryn Energi), hvor varslingsfristen reguleres av NS 3431, uttaler Høyesterett i avsnitt 34:

“Varslingsregelen har bare betydning når totalentreprenøren vil kreve merutgifter dekket av byggherren. Dette må innebære at varslingsfristen først begynner å løpe når entreprenøren er klar over de faktiske forhold som gjør at byggherren er ansvarlig for utgiftene, og han må gis tid til å vurdere ansvarsspørsmålet.”

Tilsvarende utgangspunkt for fristberegningen må tas i nærværende sak hvor kontraktsforholdet mellom partene bygger på NS 3430.

Etter lagmannsrettens fortolkning av kontrakten del C punkt 17.5 gjelder fristen på 21 dager kun for byggherrens tilbakemelding. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at fristen for entreprenøren til å fremsette krav om tilleggsvederlag skal være 21 dager etter at kravet oppsto, slik som staten og fylkeskommunen har anført.

Lagmannsretten vil så gå over til den konkrete vurdering av når fristen begynte å løpe for Lemminkäinens del, det vil si når selskapet forsto at opplysningene som var gitt om saltforbruket var uriktige, og at det som følge av dette ville påløpe merutgifter som byggherren var ansvarlig for.

Ved inngivelse av tilbudet i januar 2006 var Lemminkäinen kjent med registreringene av saltforbruket for årene 1997/1998 - 2000/2001, 2003/2004 og 2004/2005. Etter utløpet av sesongen 2006/2007 ble man kjent med hvor mye salt Mesta hadde lagt ut som underentreprenør for Lemminkäinen. Lemminkäinen skal ikke ha hatt innsigelser mot Mestas fakturaer eller på annen måte uttrykt misnøye med deres utførelse av underentreprisen. Våren 2008 hadde Lemminkäinen tallene klar for den første sesongen de selv hadde saltet. Både tallene for 2006/2007 og de etterfølgende sesonger viser betydelig høyere saltforbruk enn Statens vegvesen hadde opplyst under tilbudsprosessen.

Tingretten har lagt til grunn at Lemminkäinen etter to sesonger burde ha forstått at det medgikk mer salt enn det som var opplyst i de historiske data og at de derved hadde grunnlag for å fremme sitt krav. Disse historiske data omfattet imidlertid kun sesongene 1997/1998 - 2000/2001, 2003/2004 og 2004/2005. Først etter at søksmålet var reist ble tallene for 2005/2006 og opplysningene om saltinnblanding i strøsand for sesongen 2004/2005 fremlagt. Disse tallene viste betydelig avvik i forhold det som tidligere var opplyst. Først på dette tidspunktet ble Lemminkäinen kjent med at Mesta også i sin kontraktsperiode med vegvesenet hadde hatt høyere saltforbruk enn opplyst i anbudsdokumentene. For ut for dette var ikke Lemminkäinen klar over de faktiske forhold som gjør byggherren ansvarlig for utgiftene. Kravet om tilleggsvederlag for salt derved er fremsatt rettidig og følgelig plikter byggherren å betale beløpet på 1 756 280 kroner til Lemminkäinen.

Videre har Lemminkäinen krevd tilleggsvederlag på grunn av ekstraordinære værforhold vinteren 2009/2010.

Som rettslig grunnlag for kravet er prinsipalt anført kontrakten del D2 punkt 25, som lyder slik:

“Ekstraordinære værforhold

Ekstraordinære værforhold anses ikke som force majeure, ref. kap. C pkt. 17.2.

Dersom ekstraordinære værforhold midlertidig hindrer full oppfyllelse av kontraktens krav til standard, kan byggherren akseptere avvik fra standarden.

Avviket skal være så lite og kortvarig som mulig.

Entreprenøren plikter umiddelbart å varsle byggherren dersom han mener ekstraordinære værforhold finner sted og når den ekstraordinære situasjonen opphører.

Inntil kontraktskravene igjen kan oppnås, skal entreprenørens innstas være det maksimale av hva som er mulig med de ressurser som entreprenøren har tilgjengelig. Tilleggsvederlag er ikke aktuelt så lenge kontrakten skal håndtere ekstraordinære værforhold.”

Partene har ulik oppfatning om hvordan kontrakten punkt 25 skal forstås. Kontrakten er inngått av profesjonelle parter. Om tolkningen av kontrakter mellom profesjonelle aktører uttaler Høyesterett i Rt-2010-1345 (Oslo Vei) avsnitt 59:

“For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden jf. Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.”

Kontraktens ordlyd er tilsynelatende klar på at det ikke skal betales tilleggsvederlag ved “ekstraordinære værforhold”, men i samsvar med vanlig tolkningslære må det også legges vekt på øvrige rettskildefaktorer. Vitnene Paul Kristian Senstad og Johnny Johansen, som fra sine tidligere ansettelsesforhold i Statens vegvesen har lang erfaring med etatens vedlikeholdskontrakter, forklarte begge at intensjonene med punkt 25 er at entreprenørene skal basere sine tilbud på en normalsituasjon. Entreprenørene skal ikke innkalkulere alle mulig eventualiteter da dette vil bli for dyrt for det offentlige, men i stedet vil det kunne være aktuelt med tilleggsvederlag for de mer ekstreme situasjoner som er vanskelige å forutse. Lagmannsretten mener at denne forståelsen av punkt 25 virker rimelig og fornuftig, og legges til grunn av lagmannsretten ved den videre drøftelsen. Lagmannsretten presiserer imidlertid at kontrakten mellom Statens vegvesen og Lemminkäinen er en funksjonskontrakt hvor entreprenøren har påtatt seg en betydelig risiko for de værmessige forholdene.

Idet kontrakten i sin grunnoppbygging baserer seg på NS 3430, er det naturlig at “ekstraordinære værforhold” forstås på samme måte som i NS 3430. Jakob Helge Kolrud m.fl. uttaler på side 307 i sine kommentarer til NS 3430:

“Med “ekstraordinære værforhold” siktes til værforhold av helt uvanlig karakter. Værforholdene må vurderes opp mot den konkrete arbeidssituasjonen... Den alminnelige værsyklus... vil ikke skape grunnlag for rett til fristutsettelse... Men det er vesentlig å understreke at vurderingen må bero på et konkret skjønn, der kriteriene kan tenkes forskjellig ut fra f.eks. de geografiske forutsetninger der bygge- og anleggsplassen ligger.”

Det har for lagmannsretten, som for tingretten, vært omfattende bevisførsel hvorvidt det var “ekstraordinære værforhold” vinteren 2009/2010. Tingretten uttaler i sin dom på side 24:

“Etter rettens syn er det mye som tyder på at forholdene må kunne karakteriseres som ekstraordinær. Det kan i denne forbindelse vises til den fremlagte dokumentasjon og til vitneforklaringene med den beskrivelse som gis av overflatevann som ikke ble tatt unna på grunn av tele- og snøforholdene og den isdannelse dette medførte. Retten finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette da Lmkn uansett var ansvarlig for å håndtere disse forholdene uten noe tilleggsvederlag, jf. nedenfor.”

Oppfatningen om det foreligger “ekstraordinære værforhold” vil i stor utstrekning være subjektiv, blant annet avhengig av geografisk ståsted. Verken temperatur eller nedbørsmengde i seg selv var spesielle for årstiden i kontraktsområdet, men det var en

uheldig kombinasjon og rekkefølge av begivenheter som skapte problemer. Høsten 2009 var det barmarksfrost hvor telen gikk dypt. Frem til mars 2010 var det vekslende mellom mildvær og frostperioder. Grøfter og stikkrenner frøs igjen slik at de ikke klarte å ta unna vannet når det ble mildvær. Vann kom inn i kjørebane og frøs til is. Fremkommeligheten ble mange steder vanskelig, særlig for mindre kjøretøyer. Spesielt Arild Hauan og Lars Eriksen, som begge har lang erfaring av vintervedlikehold av veger i Troms, har fremhevet at situasjonen denne vinteren var helt spesiell. Lagmannsretten finner etter en totalvurdering at forholdene vinteren 2009/2010 må kunne betraktes som ekstraordinære i forhold til kontrakten mellom partene.

Byggherren Statens vegvesen aksepterte ikke avvik fra standarden, men varslet derimot sanksjoner dersom standarden ikke ble opprettholdt. Lemminkäinen var derfor etter kontrakten forpliktet til å opprettholde standarden.

Lagmannsretten finner for øvrig at kontrakten punkt 25 ikke kan forstås slik at *“ekstraordinære værforhold”* først foreligger når det varsles av entreprenøren, men den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold tilsier at partene fortløpende holder hverandre orientert om forhold som kan påvirke kontrakten, spesielt med henblikk på å varsle dersom det skulle forventes å oppstå situasjoner som gjør at kontrakten ikke kan oppfylles.

Med *“tilgjengelige ressurser”* i punkt 25 må i utgangspunktet forstås de ressurser tilbudet bygger på, idet verken utstyr eller personell i tilbudet skal dimensjoneres større enn det som det normalt er behov for, men på den annen side har entreprenøren et selvstendig ansvar for å oppfylle funksjonskravene.

Kontrakten del D 2 kapittel 17 omhandler kvalitetssystem og kvalitetsplan. Blant planene entreprenøren har forpliktet seg til å utarbeide er vinterplan, som er omhandlet i punkt 17.2.5. Punktet lyder:

“17.2.5 Vinterplan

Planen skal bl.a. beskrive og presentere:

- *tilgjengelig utstyr og lagre (eget eller innleid utstyr) inkl. reserveutstyr*
- *oppdeling av vegnettet i roder (angivelse av antall km) med tilhørende utstyr*
- *prioriterte vegstrekninger (for eksempel stamveger, skoleveger/fortau.*

...

Entreprenøren skal for hver vintersesong i kontraktsperioden vedlikeholde og eventuelt revidere tidligere vinterplaner. Planen skal forelegges byggherren før 1. september.”

Det fremgår imidlertid av punkt 17.2.1 at “byggherrens gjennomgang av opplegget innebærer ingen godkjenning, og entreprenøren er kontraktsmessig ansvarlig dersom hans planer ikke oppfyller kontraktens krav.”

Lemminkäinen leverte hvert år vinterplan til Statens vegvesen. I planen for sesongen 2009/2010 fremgikk det blant annet at Lemminäinen har to egne steamere, samt en veghøvel tilgjengelig. Lemminkäinen mottok ingen merknader fra Statens vegvesen til sine vinterplaner, heller ikke for sesongen 2009/2010.

Foranlediget av de problemer som oppsto, blant annet varsel fra Statens vegvesen om bruk av sanksjoner, reviderte Lemminkäinen i løpet av vinteren 2009/2010 minst to ganger sine planer for prosess 48 vedlikehold av drens- og avløpsanlegg. I utgaven datert 21. januar 2010 fremgår under punkt 5 ressurser blant annet:

- “- Div. lagbiler
- Div. utstyr for åpning av drens- og avløpsanlegg
- LmkN Personell
- 2 stk. steamkjele for tinning av is.

Utkallingsliste i tilfelle ekstremtilfeller, ved behov for utkalling av ekstra beredskapsressurser ved for eksempel lange kuldeperioder med etterfølgende mildvær som medfører flom pga. gjenfryste grøfter og stikkrenner skal følgende underentreprenører kalles ut til sitt forhåndsbestemte område iht. underforliggende liste.”

I den reviderte utgaven av 24. februar 2010 heter det under punkt 5 blant annet:

- “- Div. lagbiler
- Div. utstyr for åpning av drens- og avløpsanlegg
- LmkN Personell
- 2 stk. steamkjele for tinning av is.

Utkallingsliste i tilfelle ekstremtilfeller, ved behov for utkalling av ekstra beredskapsressurser ved for eksempel lange kuldeperioder med etterfølgende mildvær som medfører flom pga. gjenfryste grøfter og stikkrenner skal følgende underentreprenører kalles ut til sitt forhåndsbestemte område iht. underforliggende liste. Utkallingslisten er i.h.t. normal arbeidstid. Ut fra værvarsel vil Lmk fortløpende vurdere graden av beredskap i.h.t. listen. Værvarslet vil da kunne bidra til at Lmk kunne være ca. 2 dager i forveien, ref tabell 3.1.1. Med dette menes at vi skal planlegge og bruken av ressurser på de forskjellige strekningene som vi er klar over er problemstrekninger...

Utkallingsplanen iht. tabell 5.1.1 vil normalt være forpliktende overfor entreprenører og byggherre under normal arbeidstid ukentlig, men ved varsel og lignende som tilsier at det vil komme behov for eksempel: helg/natt, vil entreprenøren sørge for beredskap og utkalling av flest mulig i tabell 5.1.1...”

På samme måte som i versjonen fra januar 2010 er det foretatt oppstilling av underentreprenører med navn, strekning, ressurser, kontaktperson og telefonnummer.

Hver måned i kontraktsperioden ble det holdt byggemøter mellom Statens vegvesen og Lemminkäinen. Vegvesenet førte referat fra møtene.

I møtet 15. desember 2009 er det under punktet ressursoversikt notert 26 brøytebiler, elleve sandstrøere, sju hjullastere, to veghøvler og åtte traktorer. Ved møtet 19. januar 2009 er det under ressursoversikt notert samme utstyr som ved det foregående møtet med tillegg av ca. elleve gravmaskiner og 3-4 steamkjeler. Videre fremgår det av referatet:

*“Byggherre har sendt en del avvik på vann/is på veg som skyldes at stikkrenner og grøfter er fulle av is. LmkN kommer med forslag til forbedring av kvalitetssystemer for å unngå slike forhold igjen. Stikkord: beredskap/forberedelse før mildvær ved stevling grøfter/tette stikkrenner. Når starte tiltak. Varsling/informasjon av byggherre (avvik, tiltak, prioritering, lengde avvik, ressursbruk for at avvik skal være så kortvarig som mulig, informasjon av byggherre underveis). **Svarfrist 05.02.10 for forbedring.***

Neste byggemøte ble holdt 15. februar 2010. Referatet fra møtet 19. januar 2010 ble godkjent uten merknader. Under ressurser er oppgitt 26 brøytebiler, elleve sandstrøere, sju hjullastere, to veghøvler, åtte traktorer, tolv gravmaskiner, fem steamkjeler og en istrommel. Videre fremgår blant annet:

*“... LmkN kommer med en ytterligere forbedring av planen. **Frist for tilbakemelding fra LmkN 4.02.10.** Byggherren forventer at utstyr/materiell på tilkallingsliste er i drift når forholdene krever dette.”*

I referatet fra møtet 16. mars 2010 er det notert at referatet fra møtet 15. februar 2010 ble godkjent uten merknader. Fra referatet hitsettes:

*“40.2 Oppfølgingssaker
LmkN har svart på avvik 076 og 078 med forbedring av KS-planen for prosess 48. Siste versjon, 12.03.2010, gjennomgått i byggemøte. LmkN presiserte at utstyr på utkallingsliste også vil brukes utover normal arbeidstid. Byggherre forventer at utstyr/materiell på utkallingsliste er i drift når forholdene krever dette.”*

Videre hitsettes fra referatet:

*“40.6.2 Kontraktsarbeider
Det har til tider vært dårlig standard på vegnettet i Fk 1905 Tromsø med svært vanskelige kjøreforhold. Byggherre er bekymret for mildværsperioder/vårtinningen. LmkN sier de kommer til å kjøre på med alle ressurser frem til standarden er ok og har fokus på problemer som kan oppstå under mildværsperioder/vårtinningen. Byggherre presiserer at de vil kreve at LmkN dekker kostnader på skader under mildværsperioder/vårtinningen som kan relateres til frosne stikk-/avkjøringsrenner eller is i grøfter.*

Mail sendt LmkN 18.03.2010

Situasjonen på vegnettet i kontraktsområdet - is i grøfter og rør.

Byggherren observerer at dreneringssystemet, langsgående grøfter og stikkrenner for en stor del er fylt av is. Situasjonen er et resultat av for liten innstas eller fravær av innsats på tining og isfjerning. Dersom neste værskifte fører til mildvær inneholdende store nedbørsmengder i form av regn vil dette skape store problemer. Byggherren ønsker å gjøre oppmerksom på at eventuelle skader som måtte oppstå som følge av at vegens dreneringssystem er fylt av is og derfor ikke fungerer som forutsatt, vil kunne utløse erstatningskrav for entreprenøren. Dette gjelder skader påført vegsystemet, kjøretøyer og personer som bruker vegen og på bygninger eller anretninger som ligger langs vegen."

Ressursbruken er den samme som i foregående byggemøte med den endring at antall veggheveler er økt fra to til tre stk.

I byggemøte 20. april 2010 er det notert som punkt 41:

*"Gjennomgang og godkjenning av referat
Gjelder pkt. 40.6.2 tekst "Byggherren observerer at dreneringssystemet, langsgående grøfter og stikkrenner for en stor del er fylt av is. Situasjonen er et resultat av for liten innstas eller fravær av innsats på tining og isfjerning.
LmkN er ikke enig i dette og mener dette skyldes ekstraordinære værforhold og en del dårlig teknisk kvalitet på stikkrenner og grøfter.
Referat nr. 40 godkjent uten øvrige merknader."*

Som det blant annet fremgår av referatene fra byggemøtene satte Lemminkäinen vinteren 2009/2010 satte inn store ressurser til høvling og fjerning av is. Ressursene som ble satt inn til disse oppgavene var større enn det som var lagt til grunn i tilbudet. Det har påløpt større kostnader til disse prosessene enn Lemminkäinen hadde budsjettet med i sitt tilbud. Til gjengjeld har Lemminkäinen spart utgifter til andre deler av vintervedlikeholdet, for eksempel snøbrøyting. De øvrige fire vintrene i kontraktsperioden skal etter det opplyste ha forløpt uten ekstraordinære kostnader. Lagmannsretten mener at de sparte utgiftene må ses opp mot ekstrakostnadene til høving og fjerning av is vinteren 2009/2010. Ellers vil konsekvensen være at byggherren må betale tilleggsvederlag for alle poster som blir høyere enn det som er lagt til grunn i tilbudet, men at det ikke på tilsvarende måte gjøres fradrag for sparte utgifter. Dette vil i så fall kunne åpne muligheten for at det inngis urealistisk lave tilbud for så i ettertid å kreve tilleggsytelser.

Lemminkäinen som saksøker har bevisbyrden for at de hatt et reelt nettotap som kan kreves dekket under kontrakten punkt 25. Ved denne vurderingen må det hensyntas at funksjonskontrakter innebærer betydelig økonomisk risiko for entreprenøren, en risiko Lemminkäinen var villig til å ta for å komme inn på markedet. Det er mye som tyder på at selskapet foretok underkalkulasjon for å komme inn på det norske markedet for vegvedlikehold. Ifølge selskapets egne opplysninger innga de 18-20 anbud før de fikk kontraktene med vegvesenet i Arendalsområdet og i Karlsøy/Tromsø. Lemminkäinen kalkulerte med at kostandene til fjerning av is i grøfter og stikkrenner i femårsperioden

2006 - 2011 totalt ville komme på ca. 500 000 kroner, mens vegvesenet mener at forsiktig kalkulasjon tilsa at dette var sju millioner kroner for lavt. Til tross for et betydelig tap på nærværende kontrakt, innga Lemminkäinen nytt tilbud på kontraktsområde 1905 for perioden 2011 -2016. Deres tilbud på 228 millioner kroner var ca. 100 millioner kroner lavere enn Mesta, som var den eneste tilbyderen utenom Lemminkäinen. Lemminkäinen ser åpenbart et fortjenestepotensiale i denne type oppdrag.

Problemene med vann i kjørebanen vinteren 2009/2010 kunne ha vært redusert dersom grøfter og stikkrenner var i bedre stand, men Lemminkäinen var ved kontraktsinngåelsen kjent med at det på deler av vegnettet i kontraktsområdet var et betydelig etterslep på vedlikeholdet og dette var følgelig noe de burde ta hensyn til ved sin kalkulasjon.

Det er også gjennom bevisførselen fremkommet at Lemminkäinenens driftsopplegg delvis har vært lite rasjonelt. Blant annet de forhold som er nevnt er at stikkrenner ikke var merket på adekvat måte. Dette skal ha medført betydelig ekstra ressursbruk for å finne stikkrennene da mildværet oppsto. Lagmannsretten er etter en samlet vurdering kommet til at Lemminkäinen ikke har klart å sannsynliggjøre at de har hatt noe nettotap på grunn av ekstraordinære værforhold vinteren 2009/2010.

Kravet om dekning etter det subsidiære rettsgrunnlaget om bristende forutsetninger kan etter dette heller ikke føre frem.

Konklusjonen blir etter dette staten ved Samferdselsdepartementet dømmes til å betale Lemminkäinen 245 879 kroner og Troms fylkeskommune dømmes til å betale Lemminkäinen 1 510 401 kroner. Merverdiavgift tilkommer ikke på beløpene idet Lemminkäinen etter det opplyste har fradragsrett for inngående merverdiavgift.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til, har ingen av partene vunnet saken eller fått medhold av betydning, og partene skal derfor som utgangspunkt bære egne sakskostnader for lagmannsretten, jf. tvisteloven §§ 20-2 og 20-3. Sakskostnadene synes blant annet ut fra tidsbruken under ankeforhandlingen å være omtrent jevnt fordelt mellom de to tvistepunktene. Unntaksregelen i tvisteloven 20-4 er vurdert, men finnes ikke anvendelig.

Lagmannsrettens materielle resultat skal legges til grunn for sakskostnadsavgjørelsen for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd. Heller ikke for tingretten har noen av partene vunnet saken eller fått medhold av betydning, jf. tvisteloven §§ 20-2 og 20-3. Unntaksregelen i tvisteloven 20-4 finnes heller ikke anvendelig for tingretten.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale til Lemminkäinen Norge AS 245 879 - tohundreogførtifemtusenåttehundreogsyttini - kroner med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 19. august 2010 og til betaling skjer.
2. Troms fylkeskommune dømmes til å betale til Lemminkäinen Norge AS 1 510 401 - enmillionfemhundreogfretusenogen - kroner med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 19. august 2010 og til betaling skjer.
3. Sakskostnader tilkjennes verken for tingretten eller lagmannsretten.
4. Oppfyllelsesfristen i punkt 1 og 2 er 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom.

Aksel-Bernhard Berggren

Synnøve Nordnes

Inger Lyng