



HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 09.12.2015 i Hålogaland lagmannsrett

Saksnr.: 15-047254ASD-HALO

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Kjell Martin Haug
Inger Lyng
Tore Cato Bremseth

Meddommere:

Prosjektleder
Professor dr. ing.

Anders Beitnes
Steinar Roald

Ankende part	Alf Brekken og Sønner AS	Advokat Peter Vagle
Ankemotpart	Leonhard Nilsen & Sønner AS	Advokat Are Hunskaar

Saken gjelder sluttoppgjør etter heving av entreprisekontrakt.

Leonhard Nilsen & Sønner AS (LNS) inngikk 22. september 2011 enhetspriskontrakt (hovedkontrakten) med Statens vegvesen (SVV) om utførelsesentreprise for bygging av E-10 Hamnøytunnelen, delstrekningen Akkarvikodden -Hamnøy i Lofoten. Kontrakten omfattet tilrigging, driving og sikring av tunnel (1 460 meter) gjennom Hamnøyfjellet, vann- og frostsikring i tunnelen, drenering, asfaltert veg i hele parsellens lengde (2 400 meter), tunnelportaler, bygg for tekniske installasjoner, omlegging av vannledning i Akkarvik og utfylling i sjø på Hamnøysiden. Kontraktssummen var kr 147 257 173 ekskl. mva., men slik at endelig avregning skulle skje på grunnlag av masseberegning. Kontrakten var regulert av NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med særlige endringer og tilpasninger iht. SVVs spesielle kontraktbestemmelser. Avtalt sluttfrist for arbeidene var 15. oktober 2013 og delfrist for klargjøring for sideentreprise elektro 15. april 2013. Begge frister var belagt med dagmulkt.

Alf Brekken og Sønner AS (ABS) påtok seg i kontrakt av 11. oktober 2011 (underentreprisekontrakten) å utføre deler av arbeidene på E10 Hamnøytunnelen som underentreprenør for LNS. Kontrakten omfattet bl.a. etablering av riggområde i Akkarvik, masseforflytning av stein og jordmasser, herunder uttransport av steinmasser fra tunnelsprengningen, sprengning og oppgraving av drenggrøfter i tunnel, legging og omfylling av drengsrør, legging av trekkerør for elektro, forsterkningslag i tunnel, bygging av tilstøtende veg i dagen og forskjæringer på begge sider av tunnelen. Også dette var en utførelsesentreprise basert på enhetspriskontrakt. Kontraktssummen var kr 32 247 777 ekskl. mva., men slik at endelig avregning skjer på grunnlag av masseberegning. Kontrakten reguleres av NS 8416 Forenklet norsk underentreprisekontrakt vedrørende utførelse av bygge- og anleggsarbeider og SVVs spesielle kontraktbestemmelser. Det er videre bl.a. avtalt at krav som fremsettes av ABS, kun godtgjøres *"dersom SVV aksepterer disse."*

Avtalt sluttfrist for ABS` arbeider var 15. oktober 2013. Det var dessuten avtalt delfrister for *"ferdigstilling av riggplass verkstedstelt"* 1. november 2011, *"planert og klart for rigging Akkarvik"* 7. november 2011, forskjæring Akkarvik 18. november 2011, forskjæring Hamnøy 1. mai 2012 og klart for sideentreprise elektro tunnel 15. april 2013. Både sluttfrist og delfrister var dagmulktbelagte, sluttfristen med kr 30 000 og delfristene med kr 15 000 per hverdag. Samtlige delfrister bortsett fra fristen for klargjøring for sideentreprise elektro som utløp etter at kontrakten var hevet, ble overskredet.

Fremdriften i tunnelarbeidene står sentralt i tvisten mellom partene.

I den fremdriftsplan som forelå da underentreprisekontrakten ble inngått, orienterende fremdriftsplan av 25. august 2011, var det angitt følgende start- og sluttidspunkter for sentrale aktiviteter i tunnelen:

Forskjæring Akkarvik	01.11.2011	18.11.2011
Driving tunnel	21.11.2011	06.07.2012
Traubunn/innfylling	30.07.2012	21.09.2012
Drenslegging begge sider	30.07.2012	21.09.2012
Asfaltering bærelag	17.06.2013	26.06.2013

Planen var utarbeidet av LNS og inngikk som kontraktdokument i hovedkontrakten.

Forskjæringen i Akkarvik var ferdig 22. desember 2011, drøyt en måned forsinket.

LNS startet tunneldriften (sprengning av selve tunnellopet) i januar 2012. Den ble avsluttet medio oktober 2012 (gjennomslag 9. oktober) etter å ha pågått, uavbrutt av sommerferie, siden oppstarten i januar. Fra juni 2012, da LNS fikk tillatelse til å arbeide etter en 12/16 arbeidstidsordning, pågikk tunneldriften i praksis døgnkontinuerlig alle dager i uken.

ABS startet arbeidene med sprengning/oppgraving av drengrofter og drenslegging i tunnel i juli 2012. Fremdriften i disse arbeidene viste seg å bli kritisk for partenes evne til å overholde dagmulktbelagt frist for klargjøring for sideentreprise elektro 15. april 2013.

LNS besluttet 31. august 2012 å intervenere i ABS` arbeider med sprengning og oppgraving av drengrofter i tunnel, jf. NS 8416 punkt 17. 2. Som ledd i intervensjonen engasjerte LNS flere underentreprenører til å utføre grøftarbeider i tunnelen samtidig med ABS.

LNS varslet 30. oktober 2012 heving av kontrakten med ABS i medhold av NS 8416 punkt 29.1. I varselet ble det vist til at

- arbeidet med grøfter i tunnelen lå etter plan og at ABS ikke ville make å klargjøre tunnel for asfalt innen 1. desember 2012,
- intervensjonsarbeidene hadde stanset opp som følge av mangel på grøftemasser
- det ikke forelå dokumentasjon for at ABS arbeidet etter godkjent arbeidstidsordning, herunder at byggherren hadde koblet inn Arbeidstilsynet,
- det manglet ID-kort og kompetansebevis for ABS` mannskaper,
- arbeidsvarsling med skilting ikke var i orden,
- delmålebrev og målebrev ikke ble levert iht. kontrakt,
- ABS ikke hadde levert oppdatert fremdriftsplan, og siden juni ikke levert skiftplaner.
- ABS ikke hadde startet arbeidet med forsterkningslagsmasser, og at knuser var flyttet til Skifjord i 1,5 uke uten at LNS var blitt informert,

- byggherren hadde varslet mulkt for LNS som følge av manglende dokumentasjon fra ABS` side,
- ABS hadde oversett delfristene for riggområdet, og forskjæringer

ABS fikk frist til 2. november for å fremlegge dokumentasjon med plan som viste at selskapet hadde kontroll på aktiviteter og tid iht. kontrakt.

ABS avviste i brev til LNS 1. november 2012 at det var grunnlag for heving. LNS hevet deretter kontrakten 2. november 2012.

I sluttoppgjørnota av 23. januar 2013 krevde ABS kr 33 354 699 ekskl. mva. I kravet inngikk endringsarbeider med kr 24 884 818 ekskl. mva. En vesentlig del av det som i sluttoppgjørnota benevnes endringsarbeider, er krav om vederlagsjustering vedrørende arbeidene i tunnel.

LNS reiste innsigelser til sluttoppgjørnotaen. I tillegg reiste LNS krav om erstatning for merkostnader selskapet mener seg påført ved intervensjonen i grøftarbeidene i tunnel og ved slutføring av ABS` kontraktsarbeider etter heving av kontrakten. Videre krevde LNS dagmulkt under henvisning til at ABS ikke hadde overholdt dagmulktbelagte delfrister. Iht. LNS` sluttoppgjørberegning hadde selskapet et netto tilgodehavende hos ABS på kr 17 535 807.

Partene kom ikke til enighet om sluttoppgjøret.

LNS reiste 19. april 2013 søksmål mot ABS for Lofoten tingrett. I stevningen ble det lagt ned slik påstand:

- 1. Alf Brekken & Sønner AS dømmes til å betale Leonhard Nilsen & Sønner AS kr 18.294.130 med tillegg av forsinkelsesrenter av kr 16.835.807 fra 19.04.2013 og av kr 1.458.323 fra 21.08.2014 til betaling skjer.*
- 2. Leonhard Nilsen & Sønner AS frifinnes for kravene fra Alf Brekken & Sønner AS.*
- 3. Leonhard Nilsen & Sønner AS tilkjennes sakskostnader.*

ABS la i tilsvare/stevning i motsøksmål ned slik påstand:

- 1. Alf Brekken & Sønner AS frifinnes.*
- 2. Leonhard Nilsen & Sønner AS dømmes til å betale Alf Brekken & Sønner AS et beløp beregnet etter rettens skjønn begrenset oppad til kr 18.000.000.*
- 3. Alf Brekken & Sønner AS tilkjennes sakens omkostninger.*

Lofoten tingrett avsa 25. november 2014 dom med slik domsslutning (etter retting):

Hovedkravet:

ABS dømmes til innen 2 uker fra forkynnelse av dommen å betale kr 12.925.334 til LNS med tillegg av forsinkelsesrenter fra 19. april 2013..

Motkravet:

LNS frifinnes.

Hver av partene bærer egne sakskostnader.

Når det for øvrig gjelder sakens bakgrunn og partenes anførsler for tingretten, vises det til tingrettens dom.

ABS har anket tingrettens dom til Hålogaland lagmannsrett. LNS har tatt til motmæle for lagmannsretten.

Ankeforhandling ble holdt i Tromsø fra 19. oktober til 4. november 2015 (11 rettsdager) . For ABS møtte styrets leder Runar Brekken og anleggsleder Gunnar Jensen. For LNS møtte prosjektleder Børge Nilsen. Samtlige ga forklaring. Det ble for øvrig ført seks vitner og foretatt dokumentasjon som angitt i rettsboken.

ABS har i hovedsak anført:

LNS var uberettiget til å intervenere i ABS` grøftearbeider og senere heve kontrakten. Etter å ha valgt å intervenere, kunne LNS ikke heve kontrakten uten at forelå nye forhold, jf. ordlyden i NS 8416 punkt 29.2.

Orienterende fremdriftsplan av 25. august 2011 var del av hovedkontrakten, det nærmeste man kommer avtalt fremdrift for entreprisen og en forutsetning for ABS` kalkulasjon av egne arbeider.

Iht. orienterende fremdriftsplan var det rikelig tid til gjennomføring av prosjektet, herunder tilstrekkelig tid (åtte uker) til drenslegging etter avsluttet tunelldrif. Drenslegging i denne sammenheng omfatter prosessene T1 42 Lukkede rørgrøfter og T1 43 Rørledninger.

ABS` pris for disse prosessene bygde på at grøftesprengning og -oppgraving skulle skje samtidig med legging av drensledningene etter at tunelldriften var avsluttet. Det var den naturlige og mest effektive utførelsesmåten. Avtalt pris var kun regningssvarende om arbeidene kunne gjennomføres uhindret av tunelldrif.

Samordningsplikten etter NS 8416 punkt 17.1 innebar ikke plikt for ABS til å tilpasse seg fremdriftsendringer som LNS var ansvarlig for, uten særskilt økonomisk kompensasjon.

LNS` beslutning om å intervenere, senere heve kontrakten var begrunnet med frykt for at man ikke ville makte å klargjøre for asfaltering bærelag i tunnelen innen asfaltverkene

stengte for vinteren (primo desember). Frist for klargjøring for asfaltering i desember fremgikk verken av kontrakten eller de første fremdriftsplanene for prosjektet. Fristen ble første gang inntatt i grunnlag for fremdriftsplan fra LNS 15. mars 2012. LNS hadde oppdaget at det av tilbudstegning F004 fulgte at bærelaget måtte legges som ledd i klargjøring for elektro. At ABS unnlot å varsle konsekvenser da fristen kom inn i fremdriftsplanleggingen, må ses i lys av at det, ifølge planene, fortsatt var tilstrekkelig tid mellom avsluttet tunneldrift og asfaltering bærelag til å utføre grøfte- og drensarbeidene. NS 8416 legger for øvrig ikke opp til formaliserte varslingsprosedyrer, og det var generelt lite fokus på varsling mellom partene.

At grøftarbeidene ble forsinket skyldtes sviktende fremdrift i LNS` tunneldrift. Svikten gjenspeiles i fremdriftsplanene der sluttidspunkt for tunneldriften ble skjøvet stadig lengre ut i tid, fra 6. juli 2012 i orienterende fremdriftsplan til 23. september i fremdriftsplan av 17. juli 2012. Heller ikke den siste fristen holdt; LNS var først ferdig med tunneldriften 21. oktober 2012. At forskjæringen i Akkarvik var forsinket, hvilket ABS var delvis ansvarlig for, er uten særlig betydning i denne sammenheng. Det vises til revidert fremdriftsplan av 20. desember 2011 hvor forsinkelsen med forskjæringen er hensyntatt, og tunneldriften er forutsatt ferdig 4. august 2012 selv med avvikling av sommerferie.

Oppstarttidspunktet for grøftarbeidene ble valgt med henblikk på minst mulig parallelldrift og må ses i lys av vedvarende forsinkelser i tunneldriften. På grunn av stadig større forsinkelser i tunneldriften og det forhold at LNS skulle få ny og bedre rigg til driften, ble partene enige om at grøftarbeidene skulle starte etter 1. juni 2012, jf. e-post fra ABS til LNS av 4. mai 2012. I koordineringsmøte 3. juli 2012 purret LNS første gang på oppstart av grøftarbeidene. I senere korrespondanse om starttidspunktet viste LNS` konsekvent til fremdriftsplan av 13. juni 2012 der det var satt til 26. juni 2012. At ABS først startet grøftarbeidene 6. juli skyldtes bl.a. at LNS, uten forvarsel, fremskyndte arbeidet med tunnelportal Akkarvik.

Sviktende fremdrift i grøftarbeidene etter oppstart skyldtes at arbeidene skjedde parallelt med tunneldriften med de driftsforstyrrelser det innebar. At LNS forserte tunneldriften og intervenerte i grøftarbeidene medførte ytterligere driftsforstyrrelser. ABS hadde like god fremdrift i sine grøftarbeider som de underentreprenører LNS engasjerte som ledd i intervensjonen, hadde i sine. Det til tross for at disse underentreprenørene arbeidet med hjelpedrensen mens ABS arbeidet med den mer arbeidskrevende hoveddrensen.

ABS hadde forutsatt bemanning da selskapet startet arbeidene, og gjorde det som kunne kreves, for å øke bemanningen da det ble krevd. I løpet av sensommer og høst økte bemanningen fra ca. 8 til ca. 20 maskiner/mann. Flere var det ikke plass til.

Det bestrides at ABS var uetterrettelig, prioriterte andre kontraktsforhold på bekostning av LNS, manglet ledelse eller benyttet inkompetente mannskaper.

Skulle retten komme til at det i utgangspunktet var forutsatt paralleldrift, må det likevel ses hen til at LNS` forsering medførte at forstyrrelsene fra tunneldriften ble vesentlig større enn forutsatt. At rørarbeidene måtte utføres parallelt med tunneldrift og grøftesprenkning, innebar dessuten atskillig mer plunder enn forutsatt, jf. TA (teknisk avklaring) 41. Av betydning for vurderingen av ABS` fremdrift er også pålegget om hjelpedrens i hele tunnelens lengde og manglende stikningsdata for hjelpedrens da arbeidene startet. Dårlig steinkvalitet gjorde det dessuten nødvendig å transportere større mengde stein enn forutsatt ut og inn av tunnelen. Samtlige forhold berettiget ABS til fristforlengelse.

Det er ikke sannsynliggjort at ABS ville blitt vesentlig forsinket med grøftarbeidene. Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i den ordning som var etablert i prosjektet på hevingstidspunktet, ved at LNS hadde intervenert. Basert på gjennomsnittlig produksjon, inkl. LNS` underentreprenører, de siste ni dagene før heving, ville sprengningsarbeidene tatt ytterligere 6-7 dager fra hevingstidspunktet og rørleggingen 12-13 dager. Med slik produksjon ville tunnelgrøftene vært ferdige 14. november 2015, og fristen for klargjøring for asfaltering bærelag ville ikke blitt overskredet. Så sent som i koordineringsmøte 2. oktober 2012 var LNS enig i at man ville overholde fristen, og produksjonstempoet hadde økt vesentlig siden da.

Den fastsatte rettingsfrist på to arbeidsdager var umulig å overholde.

ABS` forsinkelser mht. avtalte delfrister var tilbakelagte forhold på hevingstidspunktet og er ikke relevante ved vurderingen av om det forelå hevingsgrunn.

Ingen av de kumulative vilkår for å heve på grunnlag av sviktende fremdrift, var oppfylt:

- Det forelå ingen bindende frist for ferdigstilling av grøftarbeidene.
- Hovedårsaken til treg oppstart og fremdrift var forsinkelsene i LNS` tunneldrift.
- ABS ville uansett ha klart å overholde "fristen".
- Det ble ikke gitt tilstrekkelig varsel om heving.

Vedrørende de øvrige forhold det er vist til i hevingserklæringen, er anført:

Det erkjennes at ABS ikke hadde godkjenning for å arbeide etter en 12/16 ordning og at selskapet praktiserte arbeidstidsordninger som ikke var lovlige. Overtredelsene skjedde imidlertid i LNS` interesse og etter krav fra LNS som var kjent med at ABS manglet tillatelse til å praktisere denne arbeidstidsordningen. LNS kunne ha stanset de ulovlige arbeidene, men gjorde ikke det. LNS så for øvrig senere sett bort fra grovt ulovlige forhold hos andre underentreprenører.

At ABS i noen grad misligholdt plikten til å utstede ID-kort til de ansatte på anlegget og registrere ansatte i ELRAPP var mindre alvorlig forhold uten avgjørende betydning for hevingsspørsmålet.

ABS` sluttoppgjørskrav må baseres på at LNS var uberettiget til å heve kontrakten.

ABS har beregnet sitt sluttoppgjørskrav slik:

Kontraktsarbeider	15 314 342
Endringsarbeider	16 109 516
Produserte masser	1 714 630
Sum alle arbeider	33 138 488
Innbetalt fra LNS	17 432 792
Netto til gode ABS ekskl. mva.	15 705 696

Av sum endringsarbeid/produserte masser, kr 17 824 146 ekskl. mva., har LNS akseptert kr 1 119 250.

Posten endringsarbeid omfatter krav om vederlagsjustering for forlenget dumperdrift som følge av at tunneldriften tok lengre tid enn forutsatt, og vederlaget for grøftarbeidene i tunnel inklusive vederlagsjustering om følge av vanskelige driftsforhold. Disse kravene er angitt til hhv. kr 5 125 000 og kr 8 487 147 ekskl. mva.

ABS` anførsler knyttet til de omtvistede deler av postene endringsarbeid/produserte masser og LNS` erstatningskrav og dagmulktkrav gjengis ikke særskilt, og behandles i lagmannsrettens drøftelse under.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Leonard Nilsen & Sønner AS dømmes til å betale til Alf Brekken & Sønner AS et beløp begrenset oppad til kr 15 000 000 med tillegg av renter fra 22. februar 2013 til betaling finner sted.
2. Leonard Nilsen & Sønner AS dømmes til å betale merverdiavgift av beløp tilkjent i punkt 1 iht. det til enhver tid gjeldende regelverk.
3. Alf Brekken & Sønner AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.

LNS har i hovedsak anført:

LNS er i det vesentlige enig i tingrettens dom.

De nye dokumenter som er fremlagt for lagmannsretten, styrker LNS` sak. De bekrefter brudd på arbeidstidsordninger, at mannskaper manglet ID-kort og kompetanse, og at ABS manglet ressurser og prioriterte andre prosjekter på bekostning av LNS.

ABS undervurderte omfanget av og kompleksiteten i arbeidene, nedprioriterte arbeidene, startet for sent og ble forsinket med alle aktiviteter. Selskapet manglet administrative ressurser for planlegging og oppfølging av arbeidene og kompetente mannskaper med erfaring fra tunnelarbeider. ABS evnet ikke å oppfylle kontraktens formelle krav mht. arbeidstidsordninger, rapportering og dokumentasjon, herunder salveplaner, målebrev/innmålingsdata.

Iht. kontraktens særlige bestemmelser hadde ABS en skjerpet innordningsplikt; selskapet pliktet uten særskilt kompensasjon å utvise fleksibilitet og følge LNS` fremdrift og skiftordning, jf. også SVVs spesielle kontraktbestemmelser som gjaldt tilsvarende.

Orienterende fremdriftsplan av 25. august 2011, som ble gjennomgått i partenes kontraktsforhandlingsmøte 11. oktober 2011, viser at sprengning av tunnel og sprengning av grøfter på begge sider skulle utføres parallelt, jf. planens ID 7 og 8 med start 30. juli 2012. Aktivitetene i ID 7 og 8 forutsetter at grøftene er sprengt. Sprengning av grøfter, som ikke er nevnt særskilt, ligger i planens ID 6 driving tunnel. Planen forutsatte at aktiviteter før støp kantstein var utført før desember 2012.

Partenes etterfølgende atferd viser at det var avtalt parallelldrift, jf. detaljert fremdriftsplan fra ABS 16. mars og korrigert plan 19. mars 2012 som forutsetter parallelldrift, og der det legges opp til at drenerørene skal legges samtidig. ABS fremsatte ikke varsel som indikerte at selskapet mente at opplegget avvek fra det som var forutsatt. Også de senere planene viste parallelldrift, jf. også e-poster av hhv. 24. februar og 7. mai 2012 fra ABS` anleggsleder som viser at ABS var innforstått med parallelldrift. Først for tingretten anførte ABS at grøftesprengning var forutsatt å skje etter gjennomslag.

Detaljert fremdriftsplan 19. mars 2012 viser at begge parter innså nødvendigheten av og var enige om at asfaltering bærelag skulle skje i desember 2012 av hensyn til felles dagmulktbelagt delfrist for klargjøring for sideentreprise elektro. Det samme gjør de etterfølgende, reviderte fremdriftsplanene og partenes opptreden for øvrig, jf. bl.a. referat fra koordineringsmøter 17. juli, 11. september og 2. oktober 2012 og intern e-post ABS 2. september 2012. Rekkefølgen i de aktiviteter som måtte utføres før delfristen, fremgikk av tilbudstegning F0004.

ABS ga ikke på noe tidspunkt uttrykk for at fristen for asfaltering bærelag i tunnel representerte noen endring.

Vedrørende ABS` undersøkelsesplikt og plikt til å planlegge eget arbeid og utarbeide fremdriftsplaner er vist til NS 8416 punkt 18.2 og 17.1 (2).

Som underentreprenør pliktet ABS å holde forsvarlig fremdrift. Ifølge selskapets egen fremdriftsplan av 19. mars 2012 skulle grøftearbeidene i tunnel starte 23. april 2012. ABS startet ikke som planlagt til tross for at LNS da hadde drevet 255 meter tunnel. Det var tilstrekkelig til at grøftearbeidene kunne starte. At det i koordineringsmøte 2. mai 2012 ble fastsatt ny dato for start av grøftearbeidene, 1. juni 2012, skyldtes ingen avtalt forskyvning av startdato. Det var alene en konsekvens av at ABS ikke hadde startet arbeidene iht. den tidligere plan. I senere fremdriftsplaner ble det satt nye datoer for start av grøftearbeidene. ABS startet ikke opp som angitt i noen av disse planene. Sett i sammenheng med intern e-post hos ABS av 1. juli 2012, er det nærliggende å se ABS` gjentatte unnlatelser av å starte som planlagt som utslag av mannskap-/ressursmangel, jf. referat fra koordineringsmøte 3. juli 2012 og forklaringene fra Støre Pedersen, Børge Nilsen og Per Stensøy.

I praksis synes ABS å ha startet grøftearbeidene 16. juli 2012, jf. revidert fremdriftsplan av 17. juli 2012. Som erkjent av ABS, var imidlertid fremdriften svært dårlig, jf. referat fra koordineringsmøter 17. juli, 8. august og 31. august 2012 og flere e-poster fra ABS.

Den sviktende fremdrift i grøftearbeidene skyldtes ikke uforutsette hindringer. Det var ikke andre installasjoner i tunnelen enn det som er nødvendig ved et tunnelprosjekt. At ABS la drenerør samtidig med grøftesprengningen forverret imidlertid arbeidssituasjonen.

Det var flere årsaker til at fremdriften var dårlig. ABS hadde, slik det fremgår av fremlagte bemanningsplaner, e-post av 4. juli 2012 fra ABS til LNS og bedriftsinterne e-poster hos ABS, generelt for få mannskaper og for mange arbeidsoppgaver. Manglende fremdrift på Hamnøysiden, hvor ABS kunne arbeidet uhindret av andre entreprenører, illustrerer mangelen på ressurser. ABS manglet også tilstrekkelig anleggsledelse og mannskapene manglet kunnskap om og erfaring med grøftearbeider i tunnel. Videre prioriterte ABS andre anlegg på bekostning av Hamnøysprosjektet, bl.a. arbeider på Leknes lufthavn, arbeid for Veidekke på et annet vegprosjekt og en rekke mindre oppdrag.

Sviktende fremdrift i grøftearbeidene berettiget LNS til å intervenere, jf. NS 8416 punkt 17.2. På intervensjonstidspunktet var det åpenbart at ABS ikke ville bli ferdig i tide. For tingretten erkjente ABS at LNS hadde grunnlag for å intervenere.

Da LNS senere hevet kontrakten, var det klart at ABS ikke ville rekke fristen for asfaltering bærelag i tunnel og at vesentlig mislighold derved ville inntre, jf. NS 8416 punkt 29.1 første avsnitt. Det gjestod en rekke oppgaver før asfaltering av bærelag i tunnel; sprengning av resterende del av grøftene, legging av resterende drenerør, igjennfylling, uttrauing og innfylling planum, forkiling, avretting og komprimering. Noen

plan for arbeidene med klargjøring for asfaltering, som etterlyst i hevingsvarselet, ble ikke fremlagt.

ABS misligholdt en rekke av de formelle krav i kontrakten. Selskapet kan lastes for at godkjenningen av 12/9 arbeidstidsordning ikke kom på plass som forutsatt og for ikke å ha brakt på det rene at selskapet ikke ville få godkjent 12/16 arbeidstidsordning. ABS fulgte ikke på noe tidspunkt lovlig arbeidstidsordning, heller ikke den 12/9 ordning som ABS hadde godkjenning for i perioden 19. april til 30. september 2012. Misligholdet vedvarte fra oppstart av arbeidene til kontrakten ble hevet. Det er således ikke riktig at bruddene på arbeidstidsordningen står i sammenheng med den påståtte forsering. I tillegg misligholdt ABS, også det vedvarende, plikten til å utstede ID-kort til mannskapene og registrere mannskapene i ELRAPP. LNS mottok ikke skiftplaner, og manglet derfor kunnskap om at ABS ikke fulgte lovlig arbeidstidsordning.

Ytterligere misligholdt ABS plikten til arbeidsvarsling etter SVV`s spesielle kontraktbestemmelser C 2 punkt 27.6 ved manglende skilting mv., og plikten til å levere salveplaner ved sprengning, jf. konkurransegrunnlaget D1 punkt V1 22 spesiell beskrivelse punktene a og c.

ABS` bevisste neglisjering av formelle krav var selvstendig hevingsgrunn. ABS` praktisering av ulovlige arbeidstidsordninger var et vedvarende problem, og således også et element ved vurderingen av om det forelå antesipert vesentlig mislighold.

ABS overholdt ingen av kontraktens delfrister. Forsinkelsene skyldtes forhold ABS var ansvarlig for. Når det særskilt gjelder forskjæring Hamnøy, er vist til at forsinkelsen, fra 1. mai til 9. oktober 2012, skyldtes en grov forsømmelse fra ABS` side jf. e-post av 4. mai 2012 fra ABS til LNS hvorav fremgår at ABS ikke hadde vært oppmerksom på fristen.

LNS var berettiget til å heve kontrakten etter NS 8416 punkt 29.1. Det forelå vesentlig mislighold og var uansett klart at vesentlig mislighold ville inntre.

Vedrørende helhetsvurderingen av om LNS hadde rimelig grunn for å si seg løst fra kontrakten, er det bl.a. vist til:

LNS hadde som følge av ABS` manglende arbeidstidsordning fått varsel om mulkt fra SVV. Det var overhengende fare for stans i arbeidene med de kostnader, risiko for omdømmetap og utelukkelse fra fremtidige oppdrag for SVV som det ville medført for LNS.

Manglende ID-kort og registrering i ELRAPP hadde medført varsel om mulkt fra SVV, og skapte stor frustrasjon og usikkerhet hos LNS.

ABS` faktiske forsinkelse og oversittelsen av delfrister hadde skapt problemer for LNS, og ført til sviktende tillit til at ABS ville klare å utføre de arbeider selskapet hadde påtatt seg.

De forhold hevingserklæringen bygde på, var fortløpende varslet til ABS som hadde vist liten vilje og evne til å rette på forholdene; de hadde snarere eskalert utover i prosessen.

Intervensjon hadde vist seg utilstrekkelig. ABS hadde i sitt svar på hevingsvarselet ikke erkjent mislighold, ikke gitt forsikring om bedring i de anførte forhold, og heller ikke fremlagt noen plan for gjennomføring. Det ABS derimot hadde gjort var å varsle krav om tillegg vedrørende dumperkjøring på 10,7 mill. kroner. Det var klart at ABS ikke ville rekke fristen for asfaltlegging. LNS, som stod i fare for å bli pådratt store merkostnader og full dagmulkt på kr 14,7 mill. kroner, hadde mistet all tillit til ABS.

Det var åpenbart rimelig grunn for LNS til å si seg løst fra kontrakten.

Vedrørende hevingserklæringens betydning for ABS er vist til at selskapet hadde inngått kontrakt med Veidekke om annet vegprosjekt og fortsatt arbeidet på Leknes lufthavn. Det fremgår for øvrig av brev til LNS 1. november 2012 at ABS selv vurderte situasjonen som uholdbar.

LNS har beregnet sluttoppgjøret slik¹:

Masseoppgjør iht. prosesser	-25 520 311
Endringer	-1 119 250
Lønns- og prisstigning ABS	-404 420
Utbetalinger til ABS	17 432 792
Delsum	<u>-9 611 191</u>
Arbeider utført av LNS	4 734 589
Arbeid utført av UE/leveranser	11 693 507
Ekstrakostnader gjenstående arbeid	8 402 224
Dagmulkt	<u>3 075 000</u>
Sum krav LNS	<u>18 294 130</u>

LNS konkrete innsigelser til enkeltkrav fra ABS` side og anførsler vedrørende de omtvistede deler av dagmulktkravet, omtales ikke særskilt og behandles i forbindelse med lagmannsrettens drøftelse av disse kravene.

Det er lagt ned slik påstand:

¹ Masseoppgjør iht. prosesser baseres på fullt oppgjør for samtlige prosesser som var påbegynt før heving, uavhengig av om arbeidet er utført av ABS, LNS eller de underentreprenører LNS engasjerte i forbindelse med intervensjonen.

1. Anken forkastes.
2. Leonhard Nilsen & Sønner AS tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker:

Saken gjelder sluttoppgjør etter heving av entreprisekontrakt. Som ledd i avgjørelsen må lagmannsretten ta stilling til en rekke omtvistede enkeltposter og krav.

Lagmannsretten vil behandle disse enkeltpostene i slik rekkefølge:

- LNS`krav om erstatning i anledning intervensjon i ABS` grøftarbeider i tunnel og ABS` krav om vederlagsjustering vedrørende arbeidet med grøftene.
- LNS` krav om erstatning for merkostnader ved slutføring av kontraktsarbeidene etter heving.
- ABS` krav om vederlagsjustering vedrørende uttransport av sprengstein fra tunneldriften.
- LNS` dagmulktkrav knyttet til kontraktens delfrister.
- Øvrige omtvistede enkeltposter.

Deretter gis det en samlet sluttoppgjørsoppstilling. Til sist tas det stilling til sakskostnadsspørsmålet.

LNS` krav om erstatning for merkostnader ved intervensjon i ABS` grøftarbeider i tunnel og ABS` krav om vederlagsjustering vedrørende grøftarbeidene.

Et helt sentralt tvistepunkt mellom partene er om sprengning av grøfter - ved kontraktsinngåelsen - var forutsatt utført etter avsluttet tunneldrift eller samtidig med tunneldriften. Spørsmålet er langt på veg avgjørende for vurderingen av om ABS - ved sviktende fremdrift i grøftarbeidene - misligholdt sine kontraktsforpliktelser og vurderingen av ABS` krav om vederlagsjustering.

Kontrakten inneholder ingen eksplisitte frister vedrørende grøftarbeidene i tunnel. Den eneste av kontraktens delfrister som sier noe, men da indirekte, om tidspunkt for avslutning av grøftarbeidene, er delfrist for klargjøring for sideentreprise elektro 15. april 2013. Drensgroftene i tunnelen måtte gjøres ferdig som ledd i denne klargjøringen.

I mangel av en eksplisitt regulering av spørsmålet i kontrakten må svaret, som pekt på av tingretten, søkes i partenes antatte forutsetninger, fremdriftsplaner, korrespondanse, uttalelser i møtereferater mv.

Lagmannsretten, som tingrettens mindretall, er kommet til at grøftarbeidene var forutsatt utført etter avslutning av tunneldriften. Det vises for så vidt til mindretallets bemerkninger, dommen side 28 nederst flg., som lagmannsretten i det vesentlig er enig i.

Under kontraktsforhandlingene fremla LNS for ABS en "orienterende fremdriftsplan" for vegprosjektet datert 25. august 2011. Planen som var utarbeidet av LNS og inngikk blant kontraktdokumentene i hovedkontrakten, viste planlagte start- og sluttidspunkt for ulike hovedaktiviteter.

Tidsplanen inneholdt avgjørende informasjon for kalkulasjonen av en rekke av de arbeidsoppgaver ABS påtok seg i kontraktsforholdet. Det gjaldt for grøftarbeidene som her behandles, og det gjaldt for utkjøring av sprengstein fra tunnel (dumperdriften) som lagmannsretten kommer tilbake til i et annet hovedavsnitt. Uten en slik tidsplan som viste hvordan LNS planla å gjennomføre prosjektet, og tidsmessige rammer for de ulike aktiviteter, ville ikke ABS hatt forsvarlig grunnlag for å kalkulere arbeidene eller vurdere egen gjennomføringsevne.

De delfrister som er angitt i underentreprisekontakten, samsvarer godt med den orienterende fremdriftsplanen. Det viser etter lagmannsrettens syn at det var tale om en reell plan for gjennomføring av vegprosjektet. At planen, med de endringer som da var blitt nødvendige, ble videreført i revidert fremdriftsplan 20. desember 2012, likeså.

Når man, som LNS i dette tilfellet, velger å sprengre grøftene som en egen arbeidsoperasjon, ikke som del av tunnelsalvene, kan det i prinsippet gjøres på en av tre måter. Man kan sprengre grøftene etter gjennomslag/avsluttet tunneldrift, sprengre grøftene ved stuff parallelt med tunneldriften eller sprengre grøftene bak stuff parallelt med tunneldriften.

Det klart mest ressurs- og kostnadseffektive alternativet er å sprengre grøftene etter avsluttet tunneldrift. Da er tunnelduk, vann, strøm og pumpeledninger for tunneldriften demontert, og grøftene kan skytes uten tildekking. Alle arbeidsoperasjoner som ledd i grøftarbeidene kan da gjennomføres uhindret av annen trafikk i tunnelen. Ventilasjon oppnås som regel ved naturlig trekk. Under slike arbeidsbetingelser kan entreprenøren ta grøftene på begge sider, masseutskifting i tunnelsålen og legging av rør og kummer i samme operasjon. Særlig gunstig er alternativet hvis sålerenskmassen, slik det her synes å ha ligget til rette for, kan kjøres ut en vei, mens grøftesingel, forsterkningslagsmasser og rør kjøres inn fra motsatt side. Med optimal organisering og to skift ville man under slike driftsbetingelser sannsynligvis kunnet produsere opp mot 400 meter ferdig anlagte drengrøfter og forsterkningslag per uke.

De øvrige alternativene gir dårligere ressursutnyttelse, sprengning bak stuff vesentlig dårligere ressursutnyttelse.

Å sprengre ved stuff (30-70 meter bak stuff) parallelt med tunneldriften kan gi rimelig fremdrift i sprengningsarbeidene. Fremgangsmåten forutsetter imidlertid at grøfte-sprengningen koordineres med og helst ledes av tunnelbasen, og er generelt betinget av et svært tett samarbeid med ham. Det ligger derfor best til rette for slik drift når tunneldrift og grøftearbeider utføres av samme entreprenør. Dersom partene hadde sett for seg et slikt samarbeid ved stuff, ville det vært naturlig at detaljene i samarbeidet ble diskutert allerede før kontraktsinngåelse. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at et slikt samarbeid ble diskutert før kontraktsinngåelsen, ei heller før grøftearbeidene startet opp. At spørsmålet om grøftesprengning ved stuff heller ikke ble tatt opp med ABS mens arbeidene pågikk, iallfall ikke formelt, viser etter lagmannsrettens syn nokså klart at dette alternativ ikke kan ha vært fremme under partenes kontraktsforhandlinger. I så tilfelle ville alternativet med all sannsynlighet blitt tatt opp med ABS under byggeprosessen gitt LNS` bekymringer knyttet til fremdriften i grøftearbeidene.

Å sprengre grøftene bak stuff mens tunneldriften pågår, er lite ressurs- og kostnadseffektivt. Det er i praksis også vanskelig å kalkulere arbeidene på forsvarlig vis som følge av de driftsforstyrrelser tunneldriften medfører, og usikkerhet i den forbindelse. Alternativet innebærer også svært ugunstige HMS-forhold med klart forhøyet risiko for arbeidsulykker.

Lagmannsretten er enig med tingrettens mindretall som med utgangspunkt i orienterende fremdriftsplan av 25. august 2011 konkluderte med at det ikke var noen grunn til å planlegge arbeidene med sikte på at grøftesprengningen skulle skje parallelt med tunneldriften, jf. dommen side 29 annet hele avsnitt. Etter planen var det rikelig tid mellom avsluttet tunneldrift og delfristen for elektro 15. april 2013 til å utføre både grøftesprengningen og øvrige aktiviteter som skulle og måtte utføres før delfristen. Det er derfor vanskelig å se at det kan ha vært i noen av partenes interesse at grøftearbeidene ble planlagt og kalkulert med sikte på annet enn den mest kostnadseffektive utførelsesmåte; grøftesprengning etter avsluttet tunneldrift. Det har følgelig formodningen mot seg at noen av partene på kontraktsinngåelsestidspunktet planla med sikte på at grøftearbeidene skulle gjennomføres samtidig med tunneldriften.

Grøftesprengning er ikke særskilt angitt i orienterende fremdriftsplan av 25. august 2011, og partene er uenige om aktiviteten ligger i ID 6 Driving tunnel eller ID 8 Drenslegging. Spørsmålet lar seg ikke besvare ut fra en rent språklig fortolkning av planen. Gitt situasjonen under kontraktsforhandlingene, da det var klart at grøftesprengning ikke skulle skje som del av tunnelsalvene, mener lagmannsretten at det er naturlig å forstå planen slik at grøftesprengningen ligger i ID 8. Spørsmålet er uansett ikke avgjørende for lagmannsrettens vurdering mht. hvilke forutsetninger som må anses å ha ligget til grunn for avtalen. Viktigere, slik lagmannsretten ser det, er at det var rimelig tid, innenfor den tid som var avsatt til ID 8 Drenslegging (og ID 7 Traubunn og innfylling), til også å utføre grøftesprengningen, jf. lagmannsrettens anslag mht. fremdrift med optimal organisering uten parallelldrift; opp mot 400 meter ferdig lukkede grøfter og forsterkningslag per uke.

Det gir en samlet produksjonstid for drengrofter og forsterkningslag i tunnelen på under fire uker, dvs. godt innenfor de 7,5 uker som var avsatt til ID 8 og 7 i orienterende fremdriftsplan.

To e-poster fra ABS` anleggsleder Gunnar Jensen, en 24. februar og en 7. mai 2012, er egnet til å skape en viss tvil med hensyn til hvilke forutsetninger ABS la til grunn vedrørende spørsmålet om paralleldrif. I e-posten 7. mai 2012 skrev Jensen følgende: *"Grøft og rørlegging har hele tiden vært forutsatt utført etter at dere er kommet tilstrekkelig langt inn i tunnelen."* Vedrørende betydningen av denne e-posten vises til tingrettens mindretall som på side 30 første hele avsnitt uttaler:

"Mindretallet er enig med flertallet i tingretten om at uttalelsen er et tidsnært bevis på at det foreligger en avtale om paralleldrif. Men mens flertallet synes å tyde dette dithen at en slik avtale ble inngått ved kontraktsinngåelse, og dermed utgjør en del av kontrakten, mener mindretallet at avtalen etter all sannsynlighet ble inngått i forbindelse med LNS' beslutning om å fremskynde asfaltering i tunnelen..."

Lagmannsretten kan i det vesentlige slutte seg til mindretallets vurdering på dette punkt. Det bemerkes likevel at lagmannsretten for sin del ikke finner det naturlig å benytte uttrykket *"avtale"* om det forhold at ABS, slik selskapet pliktet, tilpasset seg LNS' beslutning om å fremskynde asfalteringen av bærelag og fremdriftssvikten i LNS' tunneldrift, jf. omtalen under.

At ABS fra mars 2012, uten å påberope forutsetningssvikt eller fremsette krav om tillegg eller fristforlengelse, innrettet seg på å gjennomføre grøftarbeidene delvis parallelt med tunneldriften, er likeledes egnet til å så en viss, men for lagmannsretten ikke avgjørende tvil rundt selskapets anførsler vedrørende de forutsetninger kontrakten bygde på. En mulig forklaring er at ABS, som pekt på av tingrettens mindretall, sterkt undervurderte problemene og kostnadene ved paralleldrif. For øvrig var det i samtlige fremdriftsplaner som ble utarbeidet fra og med mars 2012, tilstrekkelig tid mellom avsluttet tunneldrift og start asfaltering bærelag til at grøftarbeidene iallfall i det vesentlige kunne utføres etter avsluttet tunneldrift. Det er naturlig å se ABS' unnløtelse av å varsle krav om tillegg/fristforlengelse i det lys.

Lagmannsretten finner det etter dette sannsynliggjort at både ABS og LNS på kontraktsinngåelsestidspunktet forutsatte at grøftarbeidene i tunnel skulle utføres etter avsluttet tunneldrift. At ABS til tross for denne forutsetning ble tvunget til å utføre grøftarbeidene før tunneldriften var avsluttet, innebar i praksis en endring/forsering av grøftarbeidene slik tingrettens mindretall la til grunn.

Det var i hovedsak to forhold som sammen reduserte og langt på veg eliminerte muligheten til å utføre grøftarbeidene etter avsluttet tunneldrift som forutsatt.

Det ene var LNS` beslutning om å fremskynde asfaltering bærelag i tunnel. I orienterende fremdriftsplan 25. august 2011 og revidert fremdriftsplan 20. desember 2011 var asfaltering bærelag angitt å skje i tiden 17.-26. juni 2013, dvs. etter delfrist elektro. I revidert fremdriftsplan av 21. mars 2012 ble asfaltering bærelag fremskyndet til 4. – 10. desember 2012.

Som tingrettens mindretall legger lagmannsretten til grunn at beslutningen om å fremskynde asfalteringen skyldtes at LNS ved nærmere studier av tilbudstegning F004 (Tunnelprofil) var blitt oppmerksom på en konstruksjonsdetalj som innebar at asfalten måtte legges før montering av kantstein og tilhørende betongkant i tunnelen. Montering av kantstein og betongkant måtte igjen utføres før montering av trekkerør av for elektro. Man var følgelig avhengig av at asfaltering av bærelag i tunnel skjedde før delfrist for klargjøring for elektro og ikke etter delfristen som lagt til grunn i orienterende fremdriftsplan. I praksis måtte da asfalteringen skje før asfaltverkene stanset virksomheten for vinteren i begynnelsen av desember.

Uavhengig av årsak var dette en endring innenfor det som var LNS` ansvar og risiko i kontraktsforholdet. LNS skulle selv utføre asfalteringen og hadde ansvaret for å fremskaffe asfalt. LNS har ikke imøtegått ABS` anførsel om at det ville vært mulig, mot økonomisk kompensasjon, å få utsatt vinterstenging av asfaltverket i den grad det var nødvendig.

Det andre forholdet var fremdriften i tunneldriften, som var vesentlig dårligere enn lagt til grunn i orienterende fremdriftsplan av 25. august 2011 (og revidert fremdriftsplan 20. desember 2012). I orienterende fremdriftsplan var tunneldriften angitt å starte 21. november 2011 og avsluttes 6. juli 2012. I revidert fremdriftsplan 20. desember 2011 var start- og sluttidspunkt forskjøvet til hhv. 9. januar og 4. august 2012.

Til tross for at LNS opprettholdt full drift i fellesferien 2012 og fra juni 2012 arbeidet døgnekstremt alle dager i uken etter en 12/16 arbeidstidsordning, ble tunneldriften først avsluttet medio oktober 2012 etter gjennomslag 9. oktober.

ABS har i noen grad medansvar for at tunneldriften ble forsinket, konkret at den startet opp senere enn opprinnelig planlagt. Det vises for så vidt til drøftelsen under vedrørende delfristen for forskjæring Akkarvik hvor lagmannsretten er kommet til at forskjæringen ble forsinket med 23 hverdager som følge av forhold ABS var ansvarlig for. I all hovedsak skyldtes likevel forsinkelsen av tunneldriften lavere fremdrift enn lagt til grunn i orienterende fremdriftsplan. Det vises for så vidt til at LNS ble ferdig vesentlig senere enn lagt til grunn også i revidert fremdriftsplan av 20. desember 2012 der forsinkelsen med forskjæringen er hensyntatt. For øvrig vises til nærmere vurdering av LNS` tunneldrift i lagmannsrettens drøftelse av ABS` krav om vederlagsjustering under prosess T1 32.61 Uttransport av sprengstein fra tunnel.

Det er således lagmannsrettens syn at parallelldriften innebar en endring/forsering av grøftarbeidene som var nødvendiggjort av omstendigheter som LNS hadde ansvar og risiko for. Denne endringen gikk etter lagmannsrettens syn utover det som kan anses å ha vært påregnelig ved kontraktsinngåelse, og derved utover det ABS pliktet å tilpasse seg uten særskilt godtgjørelse og fristforlengelse, jf. omtalen av NS 8416 punkt 17.1 og kontraktens særlige tilpasningsbestemmelse innledningsvis i drøftelsen vedrørende tilleggskrav under prosess T1 32.61 Uttransport av sprengstein fra tunnel. Spørsmålet om mislighold fra ABS` side ved gjennomføring av arbeidene må vurderes i det lys.

LNS har anført at ABS startet grøftarbeidene for sent, herunder senere enn angitt i reviderte fremdriftsplaner fra 21. mars 2012 og senere.

Vedrørende den rettslige betydning av de start- og sluttidspunkter for ulike aktiviteter som ble fastsatt i disse reviderte fremdriftsplanene, vises til tingrettens bemerkninger som lagmannsretten i det vesentlige kan slutte seg til, jf. dommen side 22 der det uttales:

"Partene har i tillegg fremlagt en rekke fremdriftsplaner hvor både tidspunkt for oppstart og avslutning av arbeidsoperasjoner og rekkefølge av disse har variert, til dels i betydelig grad. Begge parter har endret på fremdriftsplanene som nevnt. Tingretten ser de forskjellige planene mer som overslag angitt av partene på tidspunktet for utarbeidelse av planene enn bindende, avtalte frister. Tingretten legger til grunn at dette i hvert fall som utgangspunkt gjelder for tidsfrister i de forskjellige fremdriftsplanene, bortsett fra de dagmulktbelagte frister nevnt foran.

.....

Dette betyr ikke at partene uavhengig av hverandre og til enhver tid stod helt fritt mht fremdriften i gjennomføringen. De forskjellige fremdriftsplanene gir, selv om fristene ikke uten videre kan tas for bindende, likevel et bilde på hvordan partene har tenkt og forsøkt å samordne sine arbeidsoperasjoner under veis i prosjektet."

En eksplisitt dato for oppstart av grøftarbeidene ble første gang angitt i revidert fremdriftsplan 21. mars 2012 der startdato var satt til 10. april 2012. I ny revidert fremdriftsplan 7. mai var startdato forskjøvet til 6. juni 2012 og i revidert fremdriftsplan 13. juni 2012 var startdato forskjøvet til 26. juni 2012. Rent faktisk startet ABS grøftarbeidene i begynnelsen av juli 2012. De tidsnære bevis gir ikke klart svar på hvorfor ABS ikke startet arbeidene i april som angitt i den reviderte fremdriftsplanen fra mars, men gir heller ikke særlige holdepunkter for at LNS anså det som bekymringsfullt. Forholdet ble ikke kommentert i koordineringsmøte 25. april 2012, og fra tidlig i mai synes begge parter å ha hatt som målsetning at arbeidene skulle starte 1. juni. At ABS, med utgangspunkt i en forutsetning om at arbeidene skulle kunne utføres uhindret av tunneldriften, ventet med å igangsette grøftarbeidene for derved å redusere tiden med parallell drift, er forståelig. Det vises i den forbindelse til at det i samtlige av disse reviderte

fremdriftsplaner var rimelig tid til utføring av grøftearbeider mellom avsluttet tunneldrift og start asfaltering bærelag; så sent som i fremdriftsplan 13. juni 2012 knapt 3 måneder.

For øvrig vises til NS 8416 punkt 19.2 hvorav fremgår at underentreprenøren først ved mottak av skriftlig endringsordre blir forpliktet til å utføre endringsarbeidet. Det var i dette tilfellet ikke utstedt skriftlig endringsordre.

LNS har videre anført at ABS burde valgt å sprengre ved stuff. Lagmannsretten er, slik det fremgår over, enig med LNS i at det sannsynligvis ville vært mer ressurseffektivt enn å sprengre bak stuff. LNS` kritiske merknader på dette punkt rammer imidlertid også LNS selv. Det var LNS som hadde det overordnede koordineringsansvar i kontraktsforholdet, og det var LNS` skytebas som langt på veg måtte fastlegge premissene for et slikt samarbeid ved stuff. LNS kunne forøvrig valgt å utstede endringsordre dersom man mente at ABS` drift avvek fra det som var optimalt eller forutsatt mellom partene. At de underentreprenører LNS brakte inn som ledd i intervensjon i grøftearbeidene, slik lagmannsretten forstår det, også arbeidet bak stuff tyder for øvrig på at LNS under arbeidets gang ikke så fordelene med drift ved stuff like klart som selskapet nå mener å gjøre.

De omstendigheter som gjør det vanskelig å kalkulere grøftesprengning bak stuff, gjør det også vanskelig å fastslå i ettertid om fremdriften i arbeidene var lavere enn forsvarlig sett i lys av driftsforstyrrelsene som følge av tunneldriften. At LNS intervenerte og brakte inn andre underentreprenører for å arbeide parallelt med ABS, bidro til ytterligere å forverre driftsbetingelsene for ABS, hvilket igjen bidrar ytterligere til å vanskeliggjøre vurderingen av fremdriften i ABS` arbeider.

Samlet sett er det, slik lagmannsretten vurderer det, ikke grunnlag for å fastslå at fremdriften i ABS` grøftearbeider etter oppstart, var lavere enn forsvarlig gitt driftsbetingelsene i tunnelen under parallelldriften. Det vises for så vidt til at fremdriften i ABS` arbeider ikke synes å ha ligget tilbake for fremdriften i tilsvarende arbeider i regi av de underentreprenører LNS brakte inn som ledd i intervensjonen.

Oppsummert er det etter dette lagmannsrettens syn at underentreprisekontrakten bygde på en forutsetning om at grøftearbeidene i tunnel skulle skje etter avsluttet tunneldrift. At grøftearbeidene likevel måtte utføres parallelt, eller i det vesentlige parallelt, med tunneldriften skyldtes at asfaltering av bærelag i tunnel ble vesentlig fremskyndet i forhold til det man så for seg ved kontraktsinngåelse, og at fremdriften i LNS` tunneldrift var vesentlig dårligere enn det man forutså. Begge forhold var LNS` ansvar og risiko i kontraktsforholdet.

Gitt produksjonsbetingelsene i tunnelen under den parallelldrift som ble iverksatt, som må ha vært svært vanskelige, finner lagmannsretten det ikke godtgjort at ABS misligholdt, iallfall ikke vesentlig misligholdt, sin plikt til forsvarlig fremdrift i grøftearbeidene, eller unnlot å gjennomføre arbeidet rasjonelt og uten opphold. Fremdriftssvikten i

grøftearbeidene skyldtes i det alt vesentlige forhold/hindringer som LNS hadde ansvar og risiko for. Det var derfor ikke grunnlag for intervensjon etter NS 8416 punkt 29.2, jf. punkt 17.2. Sviktende fremdrift i grøftearbeidene ga heller ikke LNS grunnlag for å heve kontrakten etter punkt 29.1.

Det følger av lagmannsrettens konklusjon i foregående avsnitt at det ikke er grunnlag for LNS` krav om erstatning for de merkostnader selskapet ble påført ved intervensjonen i grøftearbeidene.

Ved misligholdvurderingen har lagmannsretten ikke lagt særlig vekt på at ABS unnlot uttrykkelig å varsle om fremdriftskonsekvenser av paralleldriften. Etter lagmannsrettens syn måtte LNS som profesjonell entreprenør forstå at beslutningen om å fremskynde asfaltering av bærelag sett i sammenheng med den sviktende fremdrift i LNS` tunneldrift, ville lede til sterkt redusert fremdriftstakt i grøftearbeidene. For det annet ser ikke lagmannsretten at et varsel om fremdriftskonsekvenser fra ABS` side ville hatt noen stor praktisk betydning for LNS.

Når det derimot gjelder ABS` meget betydelige krav om vederlagsjustering som følge av driftsforholdene under utførelsen av grøftearbeidene, stiller saken seg annerledes.

ABS var etter kontrakten berettiget til en godtgjørelse på kr 2 676 905 for grøftearbeidene (prosessene 42.22, 42.25, 42.27, 42.6 og 51.51 T1). Det er da lagt til grunn prosjekterte mengder. I sluttoppgjøret krevde ABS kr 11 469 463, dvs. mer enn fire ganger avtalt godtgjørelse under disse prosessene til tross for at ABS hadde utført mindre enn 50 % av prosjekterte grøftearbeider. Etter nedjustering krever ABS nå kr 8 487 147 under disse prosessene, dvs. mer enn tre ganger avtalt godtgjørelse (basert på prosjekterte mengder), fortsatt til tross for at ABS utførte mindre enn 50 % av arbeidene. Det er tale om krav langt utover det LNS med rimelighet kunne forventes å forutse.

Ved ikke å varsle tilleggskrav i den størrelsesorden det her er tale om, fratok ABS LNS muligheten for, eller iallfall et vesentlig incitament til å søke alternativer til paralleldriften, jf. i den forbindelse Marthinussen m.fl. "NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer" 2. utgave side 57 siste avsnitt vedrørende NS 8406 punkt 3 som er likelydende med passivitetsregelen i NS 8416 punkt 3, jf. også varslingsreglene i NS 8416 punkt 19.4 og 19.3 annet ledd. ABS har selv pekt på ett nærliggende alternativ til paralleldriften; å tilby asfaltleverandøren økonomisk kompensasjon for å utsette vinterstenging av virksomheten. ABS har anslått kostnadene ved dette handlingsalternativet til et par millioner kroner.

Lagmannsretten anser imidlertid at LNS selv uten slikt varsel måtte forstå at ABS ville kreve og var berettiget til en viss vederlagsjustering som følge av vanskeliggjort drift ved paralleldriften. Skjønnsmessig legger lagmannsretten til grunn at LNS selv uten særskilt varsel måtte være forberedt på at en økning av kostnadene ved grøftearbeidene på inntil

100 % som følge av paralleldriften. Lagmannsretten finner ikke unnlatt varsel avgjørende for tilleggskrav innenfor rammen av det som LNS uansett måtte være forberedt på.

Slik lagmannsretten forstår det, mener ABS at de utførte grøftearbeidene, avregnet etter kontraktens priser, berettiger selskapet til en godtgjørelse stor kr 1 180 809 ekskl. mva. Beregningen, som ikke er bestridt av LNS, legges til grunn. Når det samtidig legges til grunn at LNS selv uten varsel måtte være forberedt på en dobling av prisen som følge av vanskelige driftsforhold, mener lagmannsretten at ABS under disse postene, etter vederlagsjustering, har krav på kr 2 361 618.

LNS` krav om erstatning for kostnader til slutføring etter heving .

Erstatningskravet er betinget av at LNS var berettiget til å heve kontrakten. I den forbindelse vises til NS 8416 punkt 29.1 som lyder slik

"En part kan heve kontrakten dersom den andre parten vesentlig misligholder sine kontraktsforpliktelser eller det er klart at vesentlig mislighold vil inntre. En part kan likeledes heve kontrakten dersom den andre parten går konkurs, eller han blir beviselig insolvent.

Før hevingen kan iverksettes etter første ledd skal den part som ønsker å heve, ha gitt den andre parten en rimelig frist for å rette forholdet, med varsel om heving om så ikke skjer."

I tråd med Hagstrøm "Obligasjonsrett" 2. utgave side 428 legges til grunn at vesentlighetskravet innebærer at misligholdet må være av slik art eller omfang at det, etter en helhetsvurdering, gir kreditor, i dette tilfelle LNS, rimelig grunn for å si seg løst fra kontrakten.

Hevingsvarselet setter rammen for de forhold som er relevante ved vurderingen av om det forelå hevingsgrunn. Det vises til Marthinussen m.fl. «NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer» 2. utgave side 476. Det samme legges til grunn av Nordtvedt m.fl. «NS 8407 Kommentanutgave» side 684, jf. også Hagstrøm «Obligasjonsrett» 2. utgave kapittel 18.9 innledningsvis. Som Nordtvedt m.fl. på side 684 legger lagmannsretten til grunn at varselet må inneholde en tilstrekkelig konkret angivelse av misligholdet til at parten får en reell mulighet for å rette.

Det forhold som ble viet størst oppmerksomhet i hevingsvarselet, og som utvilsomt var det mest sentrale, var fremdriften i ABS` grøftarbeider i tunnel. Vedrørende fremdriften i disse arbeidene vises til drøftelsen over der lagmannsretten har konkludert med at ABS ikke var i mislighold. Forøvrig bemerkes at lagmannsretten ikke finner bevismessig belegg for at ABS, gitt situasjonen da hevingsvarsel ble gitt, ikke ville maktet å klargjøre for asfaltering av bærelag innen 1. desember 2012 slik det anføres i hevingsvarselet. Det ble

etter heving klargjort for asfaltering innen fristen 4. desember 2012, og det er for lagmannsretten uklart hva LNS bygger på når det anføres at man med ABS` fortsatte tilstedeværelse og innsats ikke ville nådd fristen.

Et annet forhold som ble tatt opp i hevingsvarselet, var at ABS arbeidet etter en ikke godkjent arbeidstidsordning. Slik lagmannsretten forstår varselet, som er uklart på dette punkt, siktes det til at ABS – uten nødvendig godkjenning – arbeidet døgnekstremt alle dager i uken etter en 12/16 arbeidstidsordning. Bakgrunnen var at LNS fra juni 2012 gikk over til slik arbeidstidsordning som ledd i forsering av tunneldriften.

Etter underentreprisekontraktens punkt 18 pliktet ABS å følge LNS` skiftordning på anlegget. Etter lagmannsrettens syn må bestemmelsen forstås å relatere seg til de av ABS` arbeidsoppgaver som var avgjørende for LNS` mulighet for å arbeide etter egen skiftordning, f.eks. arbeidet med utkjøring av sprengstein fra tunneldriften som måtte pågå mens tunneldriften pågikk. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at ABS var pliktig til å følge LNS` skiftordning ved utførelse av oppgaver som ikke stod i slikt nært gjensidig avhengighetsforhold til oppgaver LNS utførte; oppgaver som kunne utføres uavhengig av LNS` daglige arbeidsoppgaver, som arbeidet med drenggrøfter i tunnel. Fremdriften i ABS` arbeid med drenggrøfter i tunnel, som lå på kritisk linje for delfristen for elektro, var selvsagt av betydning for LNS. Det var imidlertid ikke slik nær sammenheng mellom grøftarbeidene og oppgaver LNS selv utførte at det var nødvendig at grøftarbeidene ble utført etter samme skiftordning som LNS praktiserte, snarere tvert om slik det fremgår av drøftelsen vedrørende paralleldrift.

Da hevingsvarsel ble sendt 30. oktober 2012, var LNS` tunneldrift og ABS` arbeid med utkjøring av sprengstein fra tunneldriften avsluttet. LNS var da, for sine daglige gjøremål i tunnelen, ikke avhengig av at ABS i sine grøftarbeider fulgte den samme arbeidstidsordning som LNS. En plikt for ABS til å følge LNS` arbeidstidsordning fulgte da ikke av kontraktens punkt 18. I den grad ABS fortsatt arbeidet etter arbeidstidsordning 12/16, skjedde det i praksis som ledd i en forsering av grøftarbeidene nødvendiggjort av omstendigheter LNS hadde ansvar og risiko for. I mangel av pålegg i form av skriftlig endringsordre fra LNS hadde ABS strengt tatt ikke plikt til å arbeide forsert, jf. NS 8416 punkt 19.2. ABS kunne følgelig, uten å risikere misligholdsbeføyelser, valgt å avslutte forseringen og fortsette arbeidet innenfor rammen av lovlige arbeidstidsordninger. Det ville ABS utvilsomt gjort om LNS hadde krevd det.

Ved å arbeide utover lovlige arbeidstidsordninger opptrådte ABS i strid med sine forpliktelser etter kontrakten, jf. bl.a. SVVs spesielle kontraktbestemmelser punktene C2 4.2, 27.1 og 27.2. Det var tale om relativt alvorlige overtredelser av arbeidsmiljøloven og, isolert sett, også alvorlige overtredelser av kontraktsmessige forpliktelser. Ved helhetsvurderingen av om forholdet ga LNS rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten, kan det imidlertid ikke ses bort fra at overtredelsene skjedde som ledd i et nokså ekstremt

forseringsregime som var iverksatt som følge av omstendigheter LNS hadde ansvar og risiko for. Forseringsregimet var basert på en arbeidstidsordning som var betinget av godkjenning etter arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd, herunder godkjenning fra overordnede tariffparter. Slik godkjenning viste det seg umulig å oppnå for ABS som uorganisert bedrift.

Den adekvate reaksjon fra LNS` side på ABS` eventuelle fortsatte overtredelser av bestemmelser om arbeidstidsordning etter at tunneldriften var avsluttet, var etter lagmannsrettens syn uansett ikke å heve kontrakten, men kreve at ABS` gjennomførte grøftarbeidene innenfor rammen av lovlig arbeidstidsordning, eventuelt utstede skriftlig endringsordre som klargjorde hvilke krav til forsering LNS stilte. I mangel av et slikt forutgående pålegg eller endringsordre finner ikke lagmannsretten at LNS hadde rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten som følge av ABS` overtredelser av bestemmelser om arbeidstid.

At ABS ikke til enhver tid registrerte mannskapene i ELRAPP iht. SVVs spesielle kontraktbestemmelser punkt C2 27.2 innebar et mislighold av kontraktsmessig forpliktelse. Heller ikke dette mislighold ga etter lagmannsrettens syn rimelig grunn for LNS til å si seg fri fra kontrakten. Det er, slik lagmannsretten forstår det, ubestridt at det på ABS` anleggskontor forelå lister som til enhver tid viste hvem som utførte arbeid på anlegget. Det sikkerhetsmessige aspekt ved registreringen var derved langt på veg ivaretatt.

I hevingsvarselet ble det også vist til at ABS hadde oversett samtlige delfrister bortsett fra delfristen for klargjøring for elektro, jf. drøftelsen over. Heller ikke oversettelsen av disse delfristene, ga, isolert sett, LNS rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten. Det vises for så vidt til at ABS, da hevingsvarselet ble sendt, hadde utført samtlige arbeidsoppgaver som det var avtalt dagmukltbelagte delfrister for. Det ses da bort fra fristen for klargjøring for sideentreprise elektro som fortsatt ikke var utløpt, og som implisitt er behandlet i drøftelsen over vedrørende grøftarbeidene.

Lagmannsretten er etter en samlet vurdering av samtlige forhold som er påberopt i hevingsvarselet, herunder også de punkter som ikke er eksplisitt kommentert her, kommet til at LNS på hevingstidspunktet ikke hadde rimelig grunn til å si seg fri fra kontrakten, at det derved ikke forelå vesentlig mislighold og at LNS følgelig var uberettiget til å heve kontrakten.

LNS` krav om erstatning for kostnader til slutføring av ABS` arbeidsoppgaver etter heving tas ikke til følge.

Prosess T1 32.61 Uttransport av sprengstein fra sprengning av tunnel (EM 09).

Iht. NS 8416 punkt 17. 1 tredje avsnitt pliktet ABS innenfor rammen av det som var påregnelig da kontrakten ble inngått, å samordne sine aktiviteter med øvrige aktørers aktiviteter i prosjektet uten særskilt godtgjørelse. I kontraktdokumentet var det dessuten

særskilt angitt at ABS pliktet å tilpasse seg den til enhver tid gjeldende fremdrift til LNS på prosjektet. Også sistnevnte bestemmelse må, for så vidt gjelder plikt til tilpasning uten særskilt godtgjørelse, forstås som begrenset til tilpasning innenfor det som var påregnelig ved kontraktsinngåelsen.

ABS` oppgave i forbindelse med kontraktens hovedprosess 32 T1 Sprengning av tunnel var å transportere ut sprengstein etter tunnelsalvene. I kontrakten var det satt en maksimal utkjøringstid på to timer etter hver salve. For å utføre oppgaven måtte ABS ha maskiner (dumpere) og mannskaper tilgjengelig på stedet mens tunneldriften pågikk. ABS` kostnader ved å utføre oppgaven var en funksjon av de ressurser, maskiner og mannskaper, som måtte være tilgjengelig og varigheten av tunneldriften. ABS` godtgjørelse for arbeidet var tidsuavhengig; den var produkt av uttransportert kvantum (antall m³) og avtalt enhetspris på kr 35 per m³. Arbeidsoppgaven lot seg ikke kalkulere uten en forutsetning med hensyn til varigheten av tunneldriften, og den var det LNS som styrte.

ABS` grunnlag for å vurdere varigheten som ledd i sin kalkulasjon av arbeidsoppgaven, var gitt i orienterende tidsplan av 25. august 2011. Iht. planen skulle tunneldriften skje i perioden 21. november 2011 til 6. juli 2012, dvs. over en periode på 33 uker. Når det tas hensyn til jule- og påskeferie, til sammen 3 uker, gir det en planlagt effektiv produksjonstid på 30 uker, dvs. 180 dager. Det stemmer med det Runar Brekken har forklart at LNS opplyste i kontraktsforhandlingsmøtet, og ligger godt innenfor det som må anses å ha vært oppnåelig med god fremdrift.

Samlet godtgjørelse for ABS` arbeid, basert på prosjekterte mengder, utgjorde kr 3 587 500. Med en effektiv produksjonstid på 180 dager, som lagt til grunn i orienterende fremdriftsplan, tilsvarte det en godtgjørelse på kr 19 930 per produksjonsdag.

Tunneldriften tok vesentlig lengre tid enn angitt i orienterende fremdriftsplan. I praksis pågikk tunneldriften over en periode på 39 uker (ukene 3 - 41/2012). Etter fradrag for en uke påskeferie gir det en effektiv produksjonstid på 38 uker. De siste 19 ukene skjedde produksjonen forsert; i praksis døgntilnærmet alle dager i uken. ABS har ved beregning av sitt vederlagskrav lagt til grunn en driftstid per døgn under forseringsperioden på 16 timer, og mener derved å ha tatt hensyn til at maskiner og mannskaper i noen grad kan ha vært benyttet til andre oppgaver mens man ventet på tunnelsalver. Faktisk produksjonstid i disse 19 ukene svarer til 212,8 ordinære produksjonsdager uten forsering². Når det i tillegg tas hensyn til de 19 ukene (114 produksjonsdager) med ordinær produksjonstid, gir det en samlet faktisk produksjonstid tilsvarende 326,8 dager med ordinær produksjonstid mot 180 dager som planlagt.

² 19 (uker) x 7 (dager) x 16/10 (faktisk produksjonstid per døgn/ordinær produksjonstid per døgn) = 212,8

At ABS mente seg berettiget til tillegg ble varslet i e-post av 29. mars 2012, jf. også endringsmelding av 3. april 2012 og senere henvendelser.

Det er etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt at ABS` kostnader til utkjøring av sprengstein ble vesentlig høyere enn det som var påregnelig på kontraktstidspunktet. At driftstiden ble forlenget skyldtes forhold som LNS hadde ansvar og risikoen for, nemlig sviktende fremdrift i tunneldriften i forhold til det som var lagt til grunn i orienterende fremdriftsplan. Som følge av den sviktende fremdrift i tunneldriften besluttet LNS å forserer driften. Også forseringen medførte økte kostnader for ABS utover det som kunne påregnes ved kontraktsinngåelsen.

Lagmannsretten er kommet til at disse merkostnadene berettiger ABS til vederlagsjustering iht. NS 8416 punkt 19.4.

For at ABS skal få fullt ut kompensert for merkostnadene som følge av sviktende fremdrift i tunneldriften, må både kostnadene som følge av lengre produksjonstid og forseringen kompenseres.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at ABS er berettiget til en vederlagsjustering (tillegg) vedrørende denne prosess på kr 2 925 724.

Beløpet fremkommer ved en relativ økning av opprinnelig avtalt vederlag (basert på prosjekterte mengder) tilsvarende den relative økning i faktisk produksjonstid uttrykt i "ordinære" produksjonsdager.³

Lagmannsretten ser ikke at forsinkelsene i tunneldriften ga ABS muligheter for utnyttelse av maskiner/mannskapene til alternative oppgaver mens de ventet på tunnelsalvene, utover det som allerede må antas hensyntatt ved ABS` kalkulasjon av arbeidet og den avtalte pris. Under enhver omstendighet anses muligheten tilstrekkelig hensyntatt ved at lagmannsretten, i tråd med ABS egen beregning, kun har lagt til grunn 16 arbeidstimer per døgn i forseringsperioden.

Avtalte delfrister - dagmulkt.

Generelt ved beregning av dagmulkt legger lagmannsretten, i motsetning til LNS i selskapets beregning av dagmulktkravene, til grunn at dagmulkt beregnes fra og med dagen etter fristdagen, ikke fra og med fristdagen.

Riggområde.

³ (326,8 "ordinære produksjonsdager" – 180 ordinære produksjonsdager) x kr 19 930 = 2 925 724.

Lagmannsretten, som tingretten, legger til grunn at riggområdet var ferdig 18. november 2011, dvs. 15 hverdager etter fristen for ferdigstilling riggplass "verkstedtelt" og 10 hverdager etter fristen "planert og klart for rigging."

Vedrørende ferdigstillelsesdato vises til e-post fra ABS til LNS fredag 18. november 2011 der riggområdet ble meldt ferdig planert iht. avtale. Etter befaring mandag 21. november 2011 erklærte LNS seg godt fornøyd med utførelsen av området, jf. e-post av 22. november 2011. I lys av disse e-postene finner lagmannsretten det sannsynliggjort at riggområdet den 18. november 2011 var uten slike mangler at utbedring av dem ville hindret LNS` bruk av området, jf. NS 8416 punkt 24.3 første ledd, jf. også Marthinussen m.fl. "NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer" 2. utgave side 415 annet avsnitt.

Slik lagmannsretten forstår det, ble det som ledd i forberedelsen av sprengningsarbeidene på riggplass ikke stilt krav om sprengningsplan/salveplan utover det som fulgte av SVVs prosjektbeskrivelse Beskrivende del D1 prosess 22 V1 Spesiell beskrivelse punktene a og c. Av sistnevnte bestemmelse fremgår at sprengningsplan skulle forelegges byggherren minimum en uke før sprengningssalver tok til. Så vidt lagmannsretten kan se, tok det ikke mer enn en uke fra første sprengningsplan (som angitt av ABS) ble sendt 26. oktober 2011 til problemstillingene vedrørende sprengningsplan var avklart.

Lagmannsretten finner heller ikke sannsynliggjort at manglende riggplan har forsinket arbeidene med riggplassen frem til ferdigstillelsen 18. november 2011. Det vises for så vidt til at det ikke foreligger noen tidsnære bevis som indikerer at ABS på noe tidspunkt før delfristens utløp gjorde gjeldende at man ble forsinket som følge av manglende eller mangelfull beskrivelse av riggområdet.

LNS er etter dette berettiget til dagmulkt vedrørende delfrister riggområde på til sammen (kr 15 000 per dag i 25 dager) kr 375 000.

Forskjæring Akkarvik.

Forskjæringen var ferdig 22. desember 2011, dvs. 29 hverdager etter avtalt delfrist 18. november 2011.

Prosessen (V1 22) omfattet, slik det fremgår av spesiell beskrivelse punkt c, også *"midlertidig sikring av ur- og løsmasser over forskjæringen samt arbeidssikring ved portalene."*

Den endring i utførelsen som ble besluttet etter at problemstillinger vedrørende ura ble tatt opp i byggemøte 10. november 2011, gikk etter lagmannsrettens syn ut over det som kan anses som midlertidig sikring/arbeidssikring. Slik lagmannsretten forstår det, ble arbeidene med forskjæringen i praksis stanset fra byggemøtet 10. november til SVV hadde tatt stilling til problemstillingen vedrørende ura i notat av 16. november 2011. Lagmannsretten legger til grunn at ABS var berettiget til fristforlengelse tilsvarende den tid det tok for SVV

å ta stilling til problemstillingen; dvs. seks hverdager. At endringen innebar at pilotveg som ABS hadde bygd før 10. november 2011, måtte bygges om gir ikke grunnlag for ytterligere fristforlengelse. Det ville ABS unngått ved grundigere forberedelser før man gikk i gang med pilotvegen.

LNS er etter dette berettiget til en dagmulkt på (kr 15 000 i 23 dager) kr 345 000).

Forskjæring Hamnøy.

Avtalt delfrist for forskjæring Hamnøy var 1. mai 2012. Hovedkontrakten hadde ingen tilsvarende delfrist. Fristen var utvilsomt satt for å sikre gjennomslag i tunnelen slik ABS har anført. At fristen var satt tidligere enn planlagt avslutning av tunneldriften iht. orienterende fremdriftsplan må formodentlig ses i lys av LNS' ønske om å kunne drive tunnelen fra begge sider om det skulle vise seg nødvendig.

LNS tilbød i e-post 28. mars 2012 utsettelse av delfristen til 18. mai 2012 i kombinasjon med en endring av sluttfrist og ny delfrist for elektro. Tilbudet ble ikke akseptert av ABS, jf. i den forbindelse referat fra koordineringsmøte 22. mai 2012 der det fremgår at ABS holdt fast ved opprinnelig avtalt sluttfrist, jf. også brev fra LNS til ABS 15. juni 2012 der det vises til at tilbudet ikke ble besvart. At det av referatet fra koordineringsmøte 22. mai 2012 fremgår at "*LNS forlenger tidsfristen for forskjæring Hamnøy til 18.05.12*" tyder isolert sett på at fristen likevel ble forlenget. Ut fra sammenhengen er det imidlertid uklart om det som omtales, er et krav fra ABS eller en omforent avtale. I lys av etterfølgende møtetreferater, der det ble vist til at fristen var 1. mai 2012 og LNS' brev av 15. juni 2012, som ikke kan ses imøtegått av ABS i tidsnære skriv eller møtetreferater, finner lagmannsretten ikke sannsynliggjort at fristen ble utsatt.

Da LNS fikk gjennomslag 9. oktober 2012, hadde ABS foretatt forbolting rundt det som skulle bli tunnelåpningen. Etter lagmannsrettens syn var forskjæringen ferdig da det var etablert såle på kjørebanelnivå og påhuggsflate. Det arbeid som ABS deretter utførte før tunnelgjennomslag 9. oktober, forbolting og etablering av dekningsvoll, anser lagmannsretten som del av tunnelarbeidet og således ikke omfattet av dagmulktbestemmelsen. Forskjæringen må følgelig ha vært ferdig før 9. oktober 2012. Ved beregning av dagmulkt legges skjønnsmessig til grunn at forskjæringen var ferdig 30. september 2012.

Flyttingen av høyspentledning nær det sted forskjæringen skulle etableres, har etter lagmannsrettens syn ikke hatt noen tidsmessige konsekvenser for ABS' arbeider med forskjæringen, og gir ikke grunnlag for fristforlengelse.

LNS er etter dette berettiget til dagmulkt for alle hverdager fra og med 2. mai til og med 30. september 2012, dvs. for 128 dager.

LNS er etter dette berettiget til en dagmulkt stor kr 1 920 000 vedrørende denne delfrist.

Øvrige omtvistede krav fra ABS.

V1 42.1 Rørgrøft i løsmasse kr 97 200.

ABS` krav bygger, så langt lagmannsretten kan se, på en masseberegning av faktisk utført arbeid foretatt i samsvar med målereglene for prosessen, jf. prosjektbeskrivelsen D 1 42/42.1 V1. Den vannledningsgrøft kravet relaterer seg til, synes ikke medtatt i det målebrev LNS har vist til som ledd i begrunnelsen for ikke å akseptere kravet. Detaljene i LNS` kommunikasjon med SVV om saken fremstår for lagmannsretten som uklare. Lagmannsretten finner det på den bakgrunn ikke godtgjort at kravet er presentert for SVV på en måte som gir LNS grunnlag for å avslå ABS` krav under henvisning til avtalens bestemmelse om "back to back".

Kravet tas til følge.

V1 47.711 Utsortering og plastring kr 186 162 (utover det LNS har akseptert).

Måleregelen for denne prosess, som er inntatt i prosjektbeskrivelsen, er at "*(m)engden måles som utført prosjektert anbrakt volum.*" ABS synes i sin masseberegning å ha basert seg på en terrengmodell. I tillegg synes ikke ABS å ha skilt mellom denne prosess og prosess V1 47.713 som gjaldt utsortering av og plastring med mindre steinblokker. Lagmannsretten finner det således ikke godtgjort at ABS er berettiget til godtgjørelse utover det LNS har akseptert med utgangspunkt i sitt oppgjør med SVV.

Kravet tas ikke til følge.

Flytting av knuseverk til Fjøsдалen – kr 364 378 (utover det LNS har akseptert).

Det viste seg under byggeprosessen at kvaliteten på den stein som ble brutt under tunneldriften, ikke hadde den LA-verdi SVV ønsket til bruk i øvre forsterkningslag. Man besluttet derfor at pukke til bruk i forsterkningslaget skulle produseres i Fjøsдалen. Det ble i den forbindelse inngått avtale mellom LNS og ABS om tilleggsgodtgjørelse for flytting av knuseverk, opplasting fra deponi i Fjøsдалen og transport. Den skriftlige kommunikasjon mellom LNS og SVV og mellom LNS og ABS viser etter lagmannsrettens syn klart at den avtalte tilleggsgodtgjørelse kun gjaldt kvalitetsmasser produsert i Fjøsдалen.

Slik lagmannsretten forstår det, produserte ABS 2 400,61 m³ kvalitetsmasser i Fjøsдалen, jf. i den forbindelse selskapets egen oversikt over produserte masser i vedlegg til sluttnota, jf. også målebrev av 16. januar 2013.

LNS har fra SVV fått oppgjør basert på en produksjon av 2 400,61 m³ kvalitetsmasser, og har lagt det kvantum til grunn ved beregning av ABS` krav på tilleggsgodtgjørelse til kr 98 440.

ABS` krav på tillegg utover disse kr 98 440 tas ikke til følge.

EM 16 Transport av 0/10 mm grus kr 319 387.

Kravet gjelder merkostnader til transport av masser til bruk under og over duk som ledd i sikring av Vassdalsvannet mot innsig fra vegen. Omfyllingsmassene, herunder transport av dem, var inkludert i den avtalte pris mellom partene vedrørende prosess A1 12.53.

I endringsmelding 16 er det vist til at massene måtte transporteres fra annet brudd "*grunnet stans i knusing på Akkarvikodden.*" Det henspiller på selve flyttingen av knuseverket til Fjøsdaalen, ikke på steinmassenes kvalitet i Akkarvika.

Slik lagmannsretten forstår det, var det ikke stilt særlige kvalitetskrav til omfyllingsmassene. Det legges følgelig til grunn at det var selve flyttingen av knuseverket fra Akkarvika som eventuelt medførte at massene måtte transporteres lengre enn forutsatt av ABS, ikke steinkvaliteten i Akkarvik. Det legges videre til grunn at partenes avtale vedrørende flyttingen av knuseverket til Fjøsdaalen var uttømmende. Avtalen ga ikke ABS` krav på transporttillegg for annet enn kvalitetsmasser, jf. over. Lagmannsretten kan følgelig ikke se at ABS er berettiget til noen tilleggsgodtgjørelse for transport av omfyllingsmasser under den aktuelle post.

Kravet tas ikke til følge.

AM 03 –Feil i anbudsgrunlag Ø 1600 betongrør kr 159 883.

Partene er enige om at det forelå en endring; beskrevne Ø 1600 betongrør måtte skiftes ut etter å være blitt lagt i samsvar med prosjektbeskrivelsen, jf. ABS` avviksmelding av 5. januar 2012. ABS` krav beløp seg til kr 369 618 som spesifisert i (revidert) oppstilling av 13. juni 2012. LNS krevde i sin tur, med utgangspunkt i en annen beregningsmodell, kr 461 420 fra SVV. SVV aksepterte ikke kravet, og i forhandlinger om sluttoppgjøret ble LNS og SVV enige om en godtgjørelse tilsvarende 50 % av LNS` krav, dvs. kr 230 710. LNS har i sin tur akseptert at ABS får godtgjort kr 209 736 som svarer til det oppgjør LNS har mottatt fra SVV etter fradrag for påslag på 10 %.

Hvilke vurderinger som lå til grunn for oppgjøret mellom LNS og SVV under dette punkt, er langt fra klart. ABS` krav kan derfor ikke avslås under henvisning til "*back to back*" prinsippet som det er vist til fra LNS` side. Lagmannsretten finner heller ikke at ABS har fremsatt kravet for sent.

Ved vurdering av kravets materielle berettigelse vises til at LNS for egen del, i sin oppstilling til SVV og etter egen beregning, selv etter fradrag for eget påslag, kom til et høyere beløp enn angitt av ABS.

Kravet tas til følge.

Transport av sprengstoff pga. manglende lagerplass kr 503 880.

Iht. partenes kontrakt omfattet rundsumsposten A0 12.11 Tilrigging også eget sprengstofflager for ABS, jf. den spesielle beskrivelse av posten i SVVs prosjektbeskrivelse som også gjaldt for underentreprisekontrakten.

Etterfølgende korrespondanse mellom partene gir en viss støtte for ABS` anførsel om at det eksisterte en avtale, eller i det minste en gjensidig forståelse, mellom partene om at ABS skulle få benytte LNS` sprengstofflager, jf. bl.a. e-post fra ABS 31. oktober og 30. desember 2011, e-post fra LNS 1. januar 2012 og referat fra koordineringsmøte 23. februar 2012 mv. I lys av den klare regulering av spørsmålet i kontrakten finner lagmannsretten det imidlertid ikke sannsynliggjort at LNS har forpliktet seg til annet enn å la ABS benytte LNS` sprengstofflager på stedet så langt LNS faktisk hadde disponibelt lager. At ABS faktisk fikk benytte LNS` sprengstofflager ble bekreftet av Geir Arne Kristensen, en av ABS` formenn på anlegget. Noe ansvar for LNS for ABS` transportkostnader vedrørende sprengstoff før LNS fikk etablert sprengstofflager på stedet, kan ikke utledes av en felles forståelse med det innhold som lagmannsretten har funnet sannsynliggjort.

Kravet tas ikke til følge.

Utvidelse av riggområde Akkarvik– kr 46 813.

I ht. partenes avtale skulle ABS motta kr 250 000 for opparbeidelse av riggområde med angitt størrelse på 3 300-4000 m². Riggområdet ble totalt på 4 749 m². Lagmannsretten legger til grunn at opparbeidelsen av riggområdet, mht. størrelse/utforming, samsvarte med de anvisninger LNS gav. Videre legges til grunn at økningen av arealet, fra 4000 m², som i kontrakten er angitt som øvre ramme, til 4749 m² i praksis innebar en tilsvarende relativ økning i ABS` opparbeidelseskostnader. Etter lagmannsrettens syn innebar utvidelsen en endring som berettiget ABS til justering av vederlaget. At krav om tillegg ikke ble varslet, iallfall ikke klart varslet, innen rimelig tid får etter omstendighetene ikke betydning. Ved vurderingen etter NS 8416 punkt 3 legger lagmannsretten til grunn at LNS forstod eller måtte forstå at en relativ utvidelse av riggområdet på om lag 20 % ville medføre krav om vederlagsjustering. Et eventuelt varsel om tillegg fra ABS` side i den størrelsesorden det her er tale om, ikke ville ledet til noen annen utforming av riggområdet.

Kravet tas til følge.

Duk forbrukt mellom pukk og fyllmasse for grøft i tunnel – kr 75 600.

Kravet gjelder merkostnader ABS har hatt til duk mellom pukk og fyllmasser i drengsrøftene. Merkostnadene skyldtes at drengsrøftene og drengsleggingen skjedde parallelt med tunneldriften. Lagmannsrettens syn vedrørende årsaken til og det kontraktsmessige ansvar for at det ble nødvendig med paralleldrift, fremgår av drøftelsen over.

ABS krav tas til følge.

Produserte masser – til sammen kr 470 335.

Lagmannsretten finner ikke kravet for noen del sannsynliggjort.

Det er for samtlige poster tale såkalt subbus som ikke skulle benyttes på anlegget med unntak for portalene. Slik lagmannsretten forstår det, er den subbus det eventuelt er tale om, et rent biprodukt fra arbeidsprosesser som ABS har fått godtgjort etter kontraktens priser, herunder produksjon av kvalitetsmasser. Selv om det skulle være slik at LNS har funnet anvendelse for dette biprodukt på anlegget, gir det etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for særskilt godtgjørelse.

ABS` krav tas ikke til følge.

Samlet sluttoppgjørsoppstilling.

ABS har i sin kravoppstilling tatt utgangspunkt i utførte mengder avregnet etter kontraktens priser med de tillegg selskapet mener seg berettiget til, og deretter gjort fradrag for allerede mottatte deloppgjør.

LNS på sin side har tatt utgangspunkt i den godtgjørelse ABS ville vært berettiget til etter fullføring av de av underentreprisekontraktens arbeidsoppgaver som var påbegynt på hevingstidspunktet, med de tillegg LNS mener ABS har krav på. Deretter har LNS gjort fradrag for merkostnader selskapet har hatt ved intervensjonen og slutføringen av ABS` arbeidsoppgaver etter heving. I tillegg er det gjort fradrag for dagmulkt og tidligere delbetalinger fra LNS. Bakgrunnen for at LNS har valgt denne modell er, etter det opplyste, usikkerhet med hensyn til faktiske mengder utført av ABS.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til, er LNS` sluttoppgjørsmodell uanvendelig.

Lagmannsretten tar følgelig utgangspunkt i ABS` kravoppstilling som viser et tilgodehavende i favør av ABS på kr 15 705 696, jf. oppstilling avslutningsvis i gjengivelsen av ABS` anførsler.

Lagmannsretten har ovenfor tatt stilling til LNS` konkrete innsigelser til ABS` sluttoppgjørsberegning. Med det resultat lagmannsretten er kommet til vedrørende de enkelte poster, må det foretas følgende endringer i sluttoppgjørsoppstillingen:

"Kontraktsarbeider" skal reduseres med kr 186 162, jf. drøftelsen over vedrørende post V1 47.711 Utsortering og plastring.

"Endringsarbeider" skal reduseres med kr 9 148 072. Beløpet fremkommer slik

Reduksjon post 42.22 T1 grøfter	6 125 529
Reduksjon post 32.61 T1 utransport	2 199 276
EM 16 Transport av grus	319 387
Transport av sprengstoff	503 880
Til sammen	9 148 072

"Produserte masser" skal reduseres med kr 834 703. Beløpet fremkommer slik

Flytting av knuseverk Fjøsdaalen	364 368
0/10 mm grus Akkarvik	109 070
0/10 mm grus Fjøsdaalen	84 920
0/10 mm grus hentet På LNS lager	276 345
Tilsammen	834 703

I tillegg skal det gjøres fradrag for dagmulkt med til sammen er fastsatt til kr 2 640 000.

Med utgangspunkt i ABS` kravoppstilling blir da sluttoppgjøret slik:

Kontraktsarbeid	15 314 342
Reduksjon kontraktsarbeid	-186 161
Endringsarbeid	16 109 516
Reduksjon endringsarbeid	-9 148 072
Produserte masser	1 714 630
Reduksjon produserte masser	-834 703
ABS` vederlagskrav	22 969 552
Innbetalt fra LNS	-17 432 792
LNS` dagmulktkrav	-2 640 000
ABS` netto til gode ekskl. mva.	2 896 759

Inkl. merverdiavgift har ABS etter dette krav på kr 3 620 949.

At dagmulktkrav kan fradras i beregningsgrunnlaget for merverdiavgift, er lagt til grunn i Skattedirektoratets MVA-håndbok 2015 kommentaren til § 4-1 første ledd.

ABS har krav på forsinkelsesrenter fra to måneder etter at LNS 23. januar 2013 mottok sluttoppgjøret vedlagt slutfaktura, dvs. fra 23. mars 2013, ikke fra en måned etter at sluttoppgjør ble sendt som lagt til grunn i ABS` påstand, jf. NS 8416 punkt 25.2.

Sakskostnader.

Med det resultat lagmannsretten er kommet til, har ingen av partene vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd. Spørsmålet om sakskostnader må da avgjøres etter tvisteloven § 20-3. Hovedregelen etter denne bestemmelsen er at hver av partene bærer egne sakskostnader.

Begge parter har fått medhold av betydning uten å vinne saken. Lagmannsretten er kommet til at tungtveiende grunner gjør det rimelig å tilkjenne ABS delvis erstatning for sine sakskostnader i medhold av unntaksregelen i tvisteloven § 20-3. Konkret tilkjennes ABS erstatning tilsvarende 50 % av selskapets sakskostnader for lagmannsretten.

ABS har formulert sin påstand som et krav om et beløp (ekskl. mva.) begrenset oppad til 15 mill. kroner. Realiteten er likevel at ABS, slik lagmannsretten forstår selskapets argumentasjon, krever seg tilkjent et beløp tilsvarende den øvre begrensning. Resultatet for lagmannsretten ligger omtrent midt mellom partenes påstander. Når lagmannsretten likevel har funnet at tungtveiende grunner gjør det rimelig delvis å tilkjenne ABS sakskostnader, skyldes det i første rekke at ABS har vunnet frem i det som har vært hovedspørsmålene i saken, om LNS var berettiget til å intervenere og senere heve kontrakten. En vesentlig del av sakskostnadene anses pådratt til behandling av disse spørsmål, og på disse punkter har ABS vunnet frem fullt ut.

Erstatning for sakskostnadene for lagmannsretten fastsettes etter dette til kr 843 462 som tilsvarende 50 % av ABS` sakskostnader for lagmannsretten som spesifisert i advokat Vagles sakskostnadsoppgave, kr 1 635 324 med tillegg av 50 % av rettsgebyret på kr 51 600. LNS har ikke protestert på sakskostnadsoppgaven, og lagmannsretten anser at kostnadene har vært nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

I tillegg må LNS erstatte ABS 50 % av utgiftene til fagkyndige meddommere. All den tid deres godtgjørelse ikke er fastsatt ennå, må denne del av avgjørelsen treffes som fastsettelsesdom.

Heller ikke for tingretten har noen av partene, med det resultat lagmannsretten er kommet til, vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 annet ledd. Spørsmålet om sakskostnader må da avgjøres etter tvisteloven § 20-3 også for den instans.

Hovedregelen er da, som redegjort for over, at hver av partene bærer egne sakskostnader.

Lagmannsretten er kommet til at tungtveiende grunner gjør det rimelig også for tingretten å tilkjenne ABS delvis erstatning for sine sakskostnader i medhold av unntaksregelen i tvisteloven § 20-3. For tingretten fastsettes erstatningen tilsvarende 50 % av ABS` sakskostnader, eksklusive rettsgebyr og utgifter til fagkyndige meddommere. At rettsgebyr og utgifter til fagkyndige meddommere for tingretten behandles annerledes enn for lagmannsretten, må ses i lys av at ABS overfor tingretten var ansvarlig for 50 % av samlede rettsgebyrer og utgifter til fagkyndige meddommere, mens ABS overfor lagmannsretten alene er ansvarlig rettsgebyr og kostnader vedrørende fagkyndige meddommere.

ABS formulerte også for tingretten sin påstand som et krav om et beløp innenfor en øvre beløpsmessig ramme, i stevning i motsøksmål angitt til kr 24 941 043. Realiteten var likevel at ABS også for tingretten krevde seg tilkjent et beløp tilsvarende den øvre begrensning. Også LNS` krav var høyere for tingretten enn for lagmannsretten. Resultatet for lagmannsretten ligger omtrent midt mellom partenes påstander også for tingretten. At lagmannsretten likevel har funnet at tungtveiende grunner gjør det rimelig delvis å tilkjenne ABS sakskostnader for tingretten, er begrunnet i samme forhold som det er vist til som begrunnelse for å fravike hovedregelen for lagmannsretten.

Erstatning for sakskostnadene for tingretten fastsettes etter dette til kr 950 914 som tilsvarer 50 % av ABS` sakskostnader for tingretten eksklusive rettsgebyr og utgifter til meddommere. Kostnadene anses å ha vært nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen fristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd. Det skyldes dels at saken har vært arbeidskrevende, dels praktiske hensyn vedrørende tidspunkt for avsluttende domskonferanse.

DOMSSLUTING

1. Leonhard Nilsen & Sønner AS dømmes til å betale til Alf Brekken og Sønner AS 3 620 949 kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 23. mars 2013 til betaling skjer.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Leonhard Nilsen & Sønner AS 843 462 kroner til Alf Brekken og Sønner AS.
3. Leonhard Nilsen & Sønner AS er overfor Alf Brekken og Sønner AS ansvarlig for 50 % av utgiftene til fagkyndige meddommere for lagmannsretten.
4. I sakskostnader for tingretten betaler Leonhard Nilsen & Sønner AS 950 914 kroner til Alf Brekken og Sønner AS.
5. Oppfyllelsesfristen iht. domsslutningens punkt 1, 2 og 4 er to uker fra forkynnelse av dommen.

Kjell Martin Haug

Inger Lyng

Tore Cato Bremseth

Anders Beitnes

Steinar Roald