



HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 03.07.2019

Saksnr.: 18-165649ASD-HALO

Dommere:

Lagdommer
Kst. lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Stig-Ole Haug
Anders Flock Bachmann
Leif Holm

I	Anke		
	Ankende part	Kolbjørn Nilsskog AS	Advokat Ane Larsdatter Fladvad
	Ankemotpart	Hattfjelldal kommune	Advokat Ole Kjetil Skeidsvoll Moe
	Ankemotpart	Hemnes kommune	Advokat Ole Kjetil Skeidsvoll Moe
II	Avledet anke		
	Ankende part	Hattfjelldal kommune	Advokat Ole Kjetil Skeidsvoll Moe
	Ankende part	Hemnes kommune	Advokat Ole Kjetil Skeidsvoll Moe
	Ankemotpart	Kolbjørn Nilsskog AS	Advokat Ane Larsdatter Fladvad

DOM

Saken gjelder tvist om sluttoppgjøret etter entreprisekontrakt om utbygging av fiber bredbåndsnett i kommunene Hattfjelldal og Hemnes. Entreprenøren Kolbjørn Nilsskog AS (heretter KNAS) har reist sak og krevd betaling av utestående vederlag. Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune (heretter byggherren eller kommunene) bestrider flere poster, og krever dom for beløpet de mener å ha til gode.

Sakens bakgrunn:

Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune utlyste 1. april 2015 åpen anbudskonkurranse om legging/framføring av fiberslange og trekking/blåsing av fiber. Det framgikk av konkurransegrunnlaget at fiber delvis skulle legges i grøft langs vei, som luftspenn og delvis som sjøkabel. Frist for innlevering av anbud var satt til 23. mai 2015. Om tildelingskriteriumet var det angitt at tildeling av kontrakt ville bli basert på en «samlet vurdering av det økonomisk mest fordelaktige anbud for kommunen», med en vektning av 70/100 for pris og 30/100 for referanser.

Prosjektet var inndelt i tre delprosjekter:

- Delprosjekt A Sundsåsen/Røsvassbukt via Bleikvassli skole til rådhuset i Korgen med anslått lengde 44/38 km med ca. 34/28 km i grøft avhengig av trasévalg for sjøkabel.
- Delprosjekt B Oslia – Hjartfjellneset med anslått lengde 15 000 meter.
- Delprosjekt C Finnbakken – Korgen med anslått lengde 8 500 meter.

KNAS innga 22. mai 2015 tilbud om å utføre arbeidene for 13 339 905 eks. mva.

KNAS og representanter for begge involverte kommuner og innleid byggeledelse avholdt 2. juli 2015 kontraktsmøte. Etter møtet undertegnet representantene for Hattfjelldal kommune og KNAS avtaledokument «Formular for kontrakt om utførelse og bygge- og anleggsarbeider» hvor det framgikk at NS 8405 (byggherrestyrt entreprise) skulle anvendes. Kontraktssummen var i samsvar med tilbudet fra KNAS tillagt merverdiavgift. Frist for igangsettelse ble satt til 13. juli 2015, sluttfristen til 15. juni 2016. Legging av sjøkabel var trukket ut av prosjektet, og ble lyst ut separat i ny anbudskonkurranse.

Arbeidene kom i gang som forutsatt. KNAS utførte selv legging av fiberslange(r). Selskapet Brunbjørn AS (heretter Brunbjørn) ble engasjert som underentreprenør til å trekke og blåse fiberkabel.

Det ble avholdt en rekke byggemøter mens arbeidene pågikk. Siste møte var 6. oktober 2016. Arbeidene ble ikke ferdige innen opprinnelig frist. Partene er enige om at det ble gitt

fristforlengelser på henholdsvis tre uker og 70 dager, men er uenige om hvordan fristforlengelsen på 70 dager skal beregnes. Partene er også uenige om når kontraktsarbeidene ble overtatt. KNAS anfører at overtakelse skjedde etter gjennomført befaring 10. og 11. oktober 2016, mens kommunene anfører at dette ikke var en overtakelsesforretning, men en befaring av fibertraséen og ikke fibernettverket som helhet.

KNAS sendte 5. desember 2016 faktura for utestående beløp/sluttoppgjør fordelt med 1 400 595,86 kroner for Hemnes kommune og 683 926,64 for Hattfjelldal kommune. Partene møttes til avklaringsmøte 6. desember 2019. I møtet la kommunene fram motkrav med på til sammen 4 194 391 kroner. KNAS avviste motkravene.

Fakturaen sendt 5. desember 2016 var ikke i samsvar med kravene i NS 8405. Formriktig sluttoppgjør ble sendt 12. januar 2017. Samlet krav var på 2 117 744,50 kroner.

Partene møttes til forhandlinger 13. mars 2017, men kom ikke til enighet om sluttoppgjøret. I forkant av møtet sendte kommunene sin oppfatning av sluttoppgjøret, herunder at kommunene mente å ha krav på 1 333 990 kroner eks.mva. i dagmulkt.

KNAS tok 13. september 2017 ut søksmål ved Rana tingrett med påstand om at kommunene som solidarisk ansvarlige pliktet å betale 2 117 744,50 kroner til selskapet. I tilsvaret hevdet kommunene at det måtte gjøres en rekke fradrag, og at kommunene også hadde et betydelig dagmulktkrav til motregning. Kommunene påstod seg frifunnet i søksmålet fra KNAS og krevde selvstendig dom for den del av sitt tilgodehavende som oversteg kravet fra KNAS. Dette utgjorde 1 986 743,50 kroner.

Hovedforhandling ble holdt i Mo i Rana 5. – 8. juni 2018. Det ble avholdt befaring på andre dag av forhandlingene.

Rana tingrett avsa dom i saken 16. juli 2019 med slik domsslutning:

I hovedsøksmålet

1. Hattfjelldal kommune v/ordføreren og Hemnes kommune v/ordføreren frifinnes.

I motsøksmålet

1. Kolbjørn Nilsskog AS v/styrets leder dømmes innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse til å betale Hattfjelldal kommune v/ordføreren og Hemnes kommune v/ordføreren 44 084 – førtifiretusenogåttifire – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

For begge

- 1. Kolbjørn Nilsskog AS v/styrets leder dømmes innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse til å erstatte Hattfjelldal kommune v/ordføreren og Hemnes kommune v/ordføreren sakskostnader med 70 000 – søttitusen – kroner.*

Kolbjørn Nilsskog AS anket dommen for så vidt gjaldt kommunenes krav om dagmulkt. Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune påstod anken forkastet og erklærte avledet anke for flere krav som tingretten ikke ga kommunene medhold i eller bare delvis medhold i. KNAS tok til motmæle og opprettholdt tidligere krav og anførsler for kravene omfattet av den avledete anken.

Ankeforhandling ble holdt i Mo i Rana og Korgen 18. – 20. juni 2019. Befaring fant sted 19. juni 2019. Tidligere innleid byggeleder for kommunene møtte og forklarte seg. Det ble i tillegg hørt seks vitner og foretatt dokumentasjon som framgår av rettsboka.

Kolbjørn Nilsskog AS har i hovedsak gjort gjeldende:

Kravet fra KNAS utgjør 1 675 565,60 eks. mva. Det tilsvarer beløpet i slutfakturaen fratrukket 17 500 kroner rettskraftig avgjort i tingretten.

Byggherren har bevisbyrden for at det er grunnlag for påståtte fradrag i kontraktsvederlaget. Byggherren har ansvaret for uklarheter i konkurransegrunnlaget med mindre det ut fra en objektiv fortolkning framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment. Kontraktens ordlyd veier tungt og må leses i sammenheng med de formål den skal ivareta, andre reelle hensyn og systembetraktninger.

NS 8405 gjelder uten unntak i kontraktsforholdet. NS 8405 er en kontrakt basert på regulerbare mengder. Byggherren har risikoen for mengdene. Det er ulike priser for ulike leggemetoder for fiberslange.

Kommunene har ikke krav på fradrag for feil enhetspris.

KNAS har brukt kontraktens enhetspriser for pløying/graving riktig. Enhetsprisen bestemmes av faktisk utførelsesmetode og faktisk plassering av kablene. Alt er lagt i terreng.

Kontraktens ordlyd veier tungt. Alt leggearbeid i terreng har en pris. KNAS er enig i at det etter konkurransegrunnlaget primært skulle pløyes langs vei, men det gis samtidig uttrykk for at det er uklart hvordan det skal gjøres, og at entreprenøren må forholde seg til vegvesenets anvisninger. Det kan ikke utledes mer av konkurransegrunnlaget enn at pløying i veikropp/veigrøft skulle gjøres der det var mulig. Konkurransegrunnlaget var utarbeidet uten barmarksbefaring eller kontakt med vegvesenet. Det framgår av

mengdeangivelsene med stor sannsynlig ville bli endret. At de faktiske forholdene var annerledes enn forutsatt er byggherrens risiko. Post 1.3 om pløying/graving i terreng er uten mengdeangivelse, det er en alternativ pris. KNAS sa allerede i kontraktsmøtet at pløying fra vei ville bli vanskelig. KNAS tok det på ny opp i første byggemøte, og fikk sin forståelse av kontrakten bekreftet.

Det avgjørende for hva som er rett enhetspris er hva som anses som veikropp/veigrøft og hva som anses som terreng. Konkurranses grunnlaget inneholder ingen nærmere definisjon eller beskrivelse, og den naturlige forståelsen av ordlyden og vegvesenets normaldefinisjon må legges til grunn. Alt utenom ytterkant grøftebunn må derfor anses som terreng. KNAS kunne ikke legge fiberslangene fra vei, men måtte bruke beltegående maskin med større driftskostnader og risiko. Etter den alminnelige oppfatning i bransjen må det være avgjørende. Forklaringene fra de ansvarlige i kommunene viser at konkurranses grunnlaget ikke var klart.

KNAS valgte rimeligste og beste føringsvei ut fra tillatelsene fra vegvesenet og grunneierne langs traséen. Det er ikke holdepunkter for å hevde at det betød at alternativet med lavest enhetspris skulle benyttes. Statens vegvesen ga ikke tillatelse til å legge fiberkabelen i veikropp/veigrøft. Det er også i samsvar med kravet i veglova § 32 om at blant annet kabler ikke må legges nærmere enn tre meter fra vegkant uten særskilt tillatelse.

Fiberkablene måtte i all hovedsak legges utenom veikropp/veigrøft, dvs. i terreng. Byggherrens kartskisser er unøyaktig og misvisende. Også representanter for byggherren er enig i at KNAS har valgt beste og rimeligste trasé. Legging i grøft ville trolig ha medført merkostnader til omfyllingsmasse og transport.

Kontrakten har ingen egen enhetspris for legging i dyrket mark. Byggherren har ikke sagt at laveste enhetspris skal benyttes der trasévalget ble endret. Byggherren har ansvaret for utformingen av konkurranses grunnlaget.

Økningen i kontraktssummen skyldes mangelfullt forarbeid fra byggherrens side. Byggherren betalte løpende mengdepostene med angitt enhetspris uten dokumenterte innsigelser.

Kommunene har ikke krav på fradrag for én kundeslange på strekninger der det kun er en lagt én hovedslange.

Tingrettens dom er riktig. KNAS' priser gjelder uavhengig av antall kabler i grøftene. KNAS tok selv risikoen dersom det skulle være behov for tre eller fire hovedslanger, mens kommunene må bære risikoen for at det holdt med én hovedslange. Det foreligger ikke noe

grunnlag for å kreve fradrag i posten «avstikk kundeslanger» begrunnet i posten for legging av hovedslanger.

Kommunene har ikke krav på fradrag for feil enhetspris for posten «avstikk/slanger».

Tingretten tar feil på dette punktet. KNAS har etter kontrakten krav på betaling for hvert avstikk, dvs. hver kunde. Uklarhetene i konkurransegrunnlaget må gå utover byggherren. I konkurransegrunnlaget var det estimert 99 kundestikk, mens det korrekte viste seg å være 249. Kommunens krav er uansett ikke dokumentert.

Kommunene har ikke krav på fradrag for feil antall løpemeter grøft.

Tingretten kom korrekt til at kravet er framsatt for sent og derfor er prekludert, jf. NS 8405 punkt 33.2. Det foreligger ingen tungtveiende grunner for å fravike bestemmelsen. Fristen for innsigelser utløp to måneder etter formriktig sluttoppgjør, dvs. 12. mars 2017.

Byggherrens innsigelser av samme dato inneholdt ikke noe krav om fradrag for feil antall løpemeter grøft. Byggherren tok ingen forbehold. Kravet ble først fremmet i tilsvaret til tingretten 10. oktober 2017. Kravet er uansett ikke dokumentert/godtgjort.

Kommunene har ikke krav på dagmulkt.

KNAS har krav på fristforlengelse fram til 12. oktober 2016. Fristforlengelsen skal beregnes etter NS 8405 punkt 24.5, ikke etter bestemmelsen om dagmulkt. KNAS ga tilbud om og arbeidet 5-dagers uke. KNAS krevde og fikk godkjent ekstra «arbeidsdager». Byggherren krevde ikke forsering av arbeidet.

Fristforlengelsen på tre uker innebærer at ferdigstillingen ble forskjøvet til 6. juli 2016. Forlengelsen på ytterligere 70 dager innebærer at overtakelse måtte skje senest 12. oktober 2016 for å unngå dagmulkt.

Kontraktsarbeidene ble overtatt ved at det ble avholdt overtakelsesforretning 10. og 11. oktober 2016. Eventuell dagmulkt avbrytes ved påbegynt overtakelsesforretning.

Kontraktsarbeidene var ferdige i midten av oktober 2016. Det vises til referater fra byggemøter 23. august og 20. september 2016, brev fra Hattfjelldal kommune til KNAS av 18. september 2016 og referat fra byggemøte 6. oktober 2016.

De formelle kravene til overtakelse i NS 8405 punkt 32.2. og 32.4 er oppfylt. Innkalling til overtakelsesforretning ble gjort i møtereferat, og byggherren aksepterte overtakelsesforretningen. At ordet sluttbefaring i referatet brukes i stedet for overtakelsesforretning kan ikke være avgjørende all den tid det framgår uttrykkelig av

protokollene fra befaringen 10. og 11. oktober 2016 at det dreide seg om en overtakelsesforretning.

KNAS varslet i byggemøtet 6. oktober 2016 at fiberen ville bli testet 12. oktober 2016. Det framgår ikke av avtalen at det skal oversendes dokumentasjon for funksjonsprøving før overtakelse. At dette ikke var tatt med eller spesifisert i konkurransegrunnlaget er byggherrens ansvar.

Byggherren benyttet seg ikke av sin rett til å nekte overtakelse, jf. NS 8405 punkt 32.4 og 32.5. Det har ingen betydning at det heller ikke ble krysset av for at overtakelse ble akseptert. Det som må begrunnes er at arbeidet nektes overtatt. Overtakelsesprotokollen angir hvem som var til stede, hvilke mangler som var avdekket og frist for utbedring. Protokollene ble signert av de som var til stede. Som profesjonelle parter må de bære risikoen for hva de underskrev.

At kontraktsarbeidene var overtatt styrkes av at det ikke var flere byggemøter og at KNAS sendte sluttoppgjør. Overtakelsesprotokollene ble oversendt 25. oktober 2016 pr. e-post uten innsigelser fra kommunene. Det ble heller aldri gjennomført noen annen overtakelsesforretning. Partenes etterfølgende handlingsmønster viser derfor at overtakelse skjedde i oktober 2016. Endringsmeldinger sendt etter overtakelsen gjaldt forhold som allerede var godkjent.

Overtakelse skjedde senest da Brunbjørn var ferdig med reklamasjonsarbeidene i januar 2017.

Byggherren kan under enhver omstendighet ikke kreve mer i dagmulkt enn beløpet framsatt innenfor 2-månedersfristen etter sluttoppgjøret. At forskjellen i beløpene skyldes merverdiavgift endrer ikke dette.

Det er nedlagt slik påstand:

- 1. Hattfjelldal kommune v/ordfører og Hemnes kommune v/ordfører dømmes in solidum til å betale et beløp oppad begrenset til 1 694 065,60 eks. mva. til Kolbjørn Nilsskog AS, med tillegg av lovens forsinkelsesrenter beregnet fra 12. mars 2017 til betaling skjer.*
- 2. Hattfjelldal kommune v/ordfører og Hemnes kommune v/ordfører dømmes in solidum til å betale Kolbjørn Nilsskog AS sine sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.*

Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune har i hovedsak gjort gjeldende:

Pløying – KNAS har benyttet feil enhetspris

Pris var valgt som vesentligste tildelingskriterium. Det framgår av konkurransegrunnlaget at det er «opp til leverandør å finne rimeligste og beste føringsvei» for byggherren. Konkurransegrunnlaget er tydelig på at det alt vesentlige av løpemeter skal pløyes i henhold til enhetsprisen på 98 kroner pr. løpemeter. At det ville bli endringer endrer ikke dette. Det vil være i strid med anbudsreglene dersom kommunene i ettertid tillot å endre kontraktsvilkårene.

Byggherren er enig i at kontrakter i utgangspunktet skal fortolkes objektivt, men medkontrahenten må ha en rimelig grunn for sin forståelse. I dette tilfellet kommer byggherrens intensjon klart fram i konkurransegrunnlaget, og ut fra alminnelige lojalitetsbetraktninger kan KNAS ikke høres med sin forståelse. Der ordlyden åpner for at en kontraktspart kan profitere på eget rettsbrudd, vil lojalitetsbetraktninger være et tungtveiende moment mot en slik forståelse. En kontraktspart skal ikke med henvisning til avtalens ordlyd eller andre faktorer kunne oppnå et tolkningsresultat som er på tvers av kontraktens grunnidé.

Kommunene hadde ansvaret for søknader og godkjenning av vegvesenet. Alle søknader ble godkjent. Kommunene hadde også risikoen for å få tillatelser fra andre grunneiere. Stort sett er kabelen lagt på vegvesenets eiendom. KNAS hadde produktivitetsrisiko og samtidig ansvar for å følge vegvesenets anvisninger. Allerede i kontraktsmøtet tok KNAS opp at det ville være fordelaktig å legge traséen lenger ut fra veien, og det ble understreket at «Hovedentreprenør har mål om å gjennomføre prosjektet på best mulig måte, med tanke på kvalitet og pris.» Kommunene aksepterte at fiberarbeidene ble flyttet ut av veigrøft som ønsket av KNAS, men under den klare forutsetning at enhetsprisen for veigrøft ble videreført. Kommunene hadde ingen interesse av å gå med på løsningen ellers. Det måtte ha framgått klarere at høyere pris var akseptert for at KNAS skal kunne kreve dette. Referatet fra første byggemøte gjengir bare kontraktsteksten og har ingen selvstendig betydning.

Forutsetningen om at laveste pris skulle brukes var synbar for KNAS. Det skulle anvendes samme prinsipp for privat og offentlig vei. I byggemøtereferat 7. september 2015 er det tatt inn en presisering om fakturering for private veier som ville ha vært nødvendig dersom alt skulle faktureres som terreng slik KNAS hevder.

KNAS har misligholdt sin forpliktelse om å finne «rimeligste og beste føringsvei» og «gjennomføre prosjektet på best mulig måte, med tanke på kvalitet og pris». Ikke én meter er krevd betalt etter laveste enhetspris til tross for at det var kontraktens grunnidé. Selv ikke der kabelen går langs veien er laveste enhetspris anvendt. KNAS har handlet i strid

med sin grunnleggende lojalitetsplikt. KNAS må velge, enten følge veigrøft der det er mulig eller bruke laveste enhetspris selv om de legger kabelen utenom. Det er ikke tatt noen forbehold eller forutsetning om bruk av hjulgående utstyr for at laveste pris skal benyttes. Prosjektleder i Hemnes kommune, Håkon Økland, var enig i at det var valgt beste føringsvei, men var samtidig klar på at KNAS ikke hadde krav på mer enn 98 kr pr. løpemeter.

Det har ingen betydning at byggherren fortløpende betalte á konto-fakturaer med høyeste enhetspris. Noen områder skulle betales etter høyeste pris, og det var avtalt at endelig masseavregning skulle skje i sluttoppgjøret. Det vises til forklaringen fra prosjektleder i Hattfjelldal kommune, Per Inge Hestetraet, som hadde tatt opp spørsmålet med KNAS' prosjektleder Marcin Solarski. Det vises også til referat fra møte 28. juni 2016.

Av det totale kabelstrekking på 59 907 meter skal 22 610 meter faktureres etter post 1.1. Av dette er 10 040 meter pløyd i tilknytning til veikant hvor lojalitetshensynet veier enda tyngre.

Fradrag for én kundeslange på strekninger der det kun er lagt én hovedslange

Konkurransegrunnlaget er basert på prising av to hovedslanger. I deler av strekningen i Hemnes kommune er det kun lagt én hovedslange. Kundeslange i samme strekk anses som slange nr. 2. Kommunen har derfor krav på fradrag for én kundeslange i dette strekket. Legging av kundeslangene medførte der ingen tilleggsjobb utover det som var forventet. Det vises til forklaringen fra byggeleder Thor Hugo Hansen om de faktiske forhold. Til sammen dreier det seg om 46 kundeslanger til 3 600 kroner pr. stk., dvs. 165 600 kroner. Til motpartens anførsler påpekes at det ikke framgår at KNAS påtok seg risikoen for behov for eventuell tredje eller fjerde hovedslange.

Fradrag for buntede slanger

Tingretten har korrekt lagt til grunn at KNAS ikke hadde anledning til å fakturere pr. kundeavstikk, men at buntede slanger skulle faktureres pr. slange. Det framgår av konkurransegrunnlaget at slanger til aksessnettet vil være buntede. Antallet var oppgitt til 92. KNAS hadde ingen berettiget forventning om å fakturere i henhold til kundeliste. Kundelisten ble først overlevert etter at avtale var inngått.

Tingrettens vurdering av antall slanger til fradrag og skjønnsmessige utmåling er feil. Til sammen er det fakturert for 94 kundeslanger for mye. Tallet er ikke omtvistet. Til sammen utgjør dette 94 x 3 600 kroner, dvs. 338 400 kroner.

Fradrag for feil i masseberegningen

Fakturert mengde grøft utgjør flere løpemeter grøft enn hva underentreprenøren Brunbjørn har oppgitt i fiberlengde mellom kummene, fratrullet kveil i kum. Det vises til forklaringen fra byggeleder Thor Hugo Hansen. Beregningen er ikke imøtegått. KNAS har ikke gitt noen fornuftig forklaring på avviket.

Kravet er ikke prekludert. Preklusjonsregelen er ment på normaltilfellene hvor dokumentasjon overleveres ved overtakelsen. Her ble dokumentasjonen først overlevert 13. mars 2017, dvs. etter utløpet av tomånedersfristen i NS 8405 punkt 32.2. Byggherren hadde derfor ikke mulighet for å kontrollere antall løpemeter grøft tidligere. Det vil stride mot alminnelige lojalitetsprinsipper dersom KNAS skal tjene på sitt rettsbrudd.

Fradraget for feil i masseberegningen utgjør til sammen 512 855 kroner.

Dagmulkt

Det var avtalt dagmulkt dersom kontraktsarbeidene – herunder fiberarbeidene – ikke var ferdige innen sluttfristen.

Det var ikke avtalt noen særskilt beregningsmåte for fristforlengelser. Prinsippet i standarden om at det er kalenderdager, jf. NS 8405 punkt 32.3 må derfor legges til grunn. KNAS og Brunbjørn brukte ulike arbeidsturnuser, og det er ingen ens avvikende forståelse i prosjektet. Byggherren har derfor lagt seg på at fristforlengelsen på 70 dager må beregnes ut fra antall hverdager, dvs. sekسدagersuker. Fristen utløp derfor 26. september 2016.

Sluttbefaringen 10. og 11. oktober var ingen overtakelsesforretning, og avbrøt derfor ikke dagmulkten.

Signaturene på skjemaet må tolkes i lys av partenes felles berettigede forventning på signaturtidspunktet. Signaturene er kun en aksept av de punktene som framgikk av skjemaene.

KNAS hadde enten samme forståelse som kommunene, eller i alle fall ingen berettiget forventning om at kommunene hadde akseptert overtakelse av kontraktsarbeidene. KNAS handler som om fiberarbeidene ikke inngår i kontraktsarbeidene. Byggherren hadde ingen interesse i å overta før det var dokumentert at det var signal i fiberen, og hadde heller ikke noe system på plass for å bruke fiberen. Sluttbefaringen ble gjennomført etter initiativ fra kommunene som også stod for det praktiske. Det var ingen skriftlig innkalling fra KNAS, jf. NS 8405 punkt 32.2. KNAS var kjent med at kommunene ønsket befaring pga. faren for snø. Det var heller ingen varsel om innregulering, prøving eller lignende av tekniske anlegg, og det ble ikke oversendt noen dokumenter i forbindelse med funksjonsprøving og

målinger, jf. NS 8405 punkt 32.3. Det var heller ingen fra Brunbjørn til stede. At det ikke var noen overtakelsesforretning framgår også av at byggherren ikke mottok sitt eksemplar av protokollen, og at de fortsatte å sende endringsvarsler med krav om fristforlengelse og først anførte overtakelse i notat av 12. desember 2016. Det ble også utført svært mye arbeid fra Brunbjørns side etter befaringen i oktober.

Byggherren hadde grunn til å nekte overtakelse, og byggherrens representanter ville ha gjort det dersom de hadde lagt til grunn at de deltok på en overtakelsesforretning. Overtakelsesprotokollene er utelukkende skrevet av KNAS. Byggherren ble ikke gitt forsvarlig anledning til å lese gjennom dem. Det er ikke angitt om kontraktsarbeidet overtas eller nektes overtas. Tolkningstvilen om rettsvirkningene av signaturene må gå ut over KNAS, også av hensyn til risikoavveiningsprinsippet. KNAS fulgte ingen av de formelle varslingsreglene, og står nærmest til å bære risikoen for uklarhetene som oppstod. At kommunene ønsket å komme i gang med sluttoppgjøret betyr ikke at kontraktsarbeidene var overtatt.

Fristavbrudd skjedde først da kommunene mottok sluttdokumentasjon 13. mars 2017. Kommunene prøvde å få til overtakelse og ibruktakelse tidligere, men KNAS ville ikke utlevere nødvendig dokumentasjon, og brukte det som et forhandlingskort. Hvorvidt kommunene hadde systemer på plass for å bruke dokumentasjonen er uten rettslig interesse.

Dagmulktkravet er begrenset til 10% av kontraktssummen, dvs. 1 667 488 kroner. Angivelse av kravet uten merverdiavgift i innsigelsene til sluttoppgjøret medfører ingen preklusjon av totalt krav på dagmulkt.

Det er nedlagt slik påstand:

- 1. Kolbjørn Nilsskog AS dømmes til å betale Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune til sammen NOK 1 861 855,- med tillegg av lovens forsinkelsesrenter beregnet fra forfall og til betaling skjer.*
- 2. Kolbjørn Nilsskog AS dømmes til å dekke Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune sine sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.*

Lagmannsretten ser slik på saken:

1. Innledende bemerkninger

For tingretten og inntil sluttinnleggene i lagmannsretten anførte kommunene at kontrakten var inngått mellom KNAS og Hattfjelldal kommune, og at Hemnes kommune bare var ansvarlig for sin del av kontraktsarbeidene. Anførselen ble trukket under henvisning til

ønsket om effektiv saksgjennomføring. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at begge kommuner er solidarisk ansvarlige for eventuelle krav på KNAS' hånd, og at det heller ikke er nødvendig å skille mellom kommunene i krav som tilkommer disse.

Slik saken er bygd opp bestrider kommunene ikke at KNAS isolert sett har krav på betaling av 1 694 065,60 kroner fratrukket 17 500 kroner for et forhold som er rettskraftig avgjort av tingretten – omtalt som faktura 33 avdragsnota 10 i tingrettens dom. Spørsmålet er om kommunene for øvrig skal gis helt eller delvis medhold i følgende anførte fradrag og motregningskrav (dagmulkt):

- Feil enhetspris for pløying. Kravet utgjør 836 570 kroner.
- Fradrag for en kundeslange der det er kun er lagt én hovedslange. Kravet utgjør 165 600 kroner.
- Fradrag for buntede slanger. Kravet utgjør 338 400 kroner.
- Fradrag for feil i masseberegningen. Kravet utgjør 512 855 kroner.
- Dagmulkt begrenset til 10 % av kontraktssummen inkl. mva., 1 667 488 kroner.

For flere av disse kravene står spørsmålet om hvordan kontrakten skal tolkes sentralt. Kontrakten er inngått av profesjonelle parter innen sin bransje. Det følger av så vel rettspraksis som juridisk teori at slike avtaler som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at avtalens ordlyd må tillegges stor vekt, jf. Rt-1994-581 og Rt-2002-1155. I sistnevnte sies det på side 1159 at:

Utgangspunktet om en objektiv fortolkning med basis i kontrakten kan også uttrykkes slik at den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, har bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse på avtaletiden, jf. Haaskjold: Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002 side 102.

Rt-2002-1155 gjaldt tolking av en kontrakt mellom to i utgangspunktet likestilte parter. Slik er det ikke i en anbudskonkurranse hvor den ene parten utarbeider kontraktsgrunnlaget alene, og hvor det er krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. I Rt-2012-1729 (Mikadommen) som begge parter har vist til, uttaler førstvoterende med tilslutning fra øvrige dommere følgende i avsnitt 58 følgende:

[...]Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold. For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget – som danner basis for den senere kontrakten – være klart formulert. Uklarhet må i utgangspunktet gå ut over anbudsinnbyderen, som ensidig utformet det grunnlaget tilbyderen må forholde seg til. Er det – til tross for enkelte uklare punkter – etter en objektiv fortolkning likevel klart hva som er ment, må tilbyderen holde seg til dette. Disse rettslige utgangspunkt framgår særlig av to dommer fra den senere tid.

(59) *Den første av disse dommene er Rt-2003-1531 Veidekke. Dommen gjaldt spørsmål om byggherren hadde plikt til å rette tilbyders feilprising. Selv om gode grunner kunne tale for at det forelå en feil ved prissettingen, kunne den ikke hensyntas så lenge det ikke framsto som åpenbart at det forelå en feil, og også hvordan den i tilfelle skulle rettes. I denne situasjonen, som altså gjelder forståelsen av tilbudet, er det særlig hensynet til likebehandling av tilbyderne som tilsier at adgangen til å fravike ordlyden må være snever.*

Høyesterett går deretter inn på Rt-2007-1489 (Byggholt) og uttaler i avsnitt 61 følgende:

[...] Denne gjaldt spørsmål om hovedentreprenøren kunne gjøre gjeldende tilleggskrav på vederlag for tiltransport av sideentreprenører. Høyesterett kom her til at anbudsgrunnlagets bestemmelser om prising var uklare, at dette var anbudsinnbyderens ansvar, og at uklarheten derfor måtte gå ut over denne. På denne bakgrunn fikk entreprenøren dekning ut fra sin oppfatning av anbudsgrunnlaget.

(62) *Om utgangspunktet for avtaletolkingen i entrepriseforhold uttales i avsnitt 62:*

«Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. ... Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd.»

(63) *Det som her uttales, må også være retningsgivende når kontraktsdokumentene i vår sak skal fortolkes.*

Høyesterett synes her å opprettholde tolkingsnormen fastsatt i Rt-2007-1489, men presiserer i det etterfølgende at det ikke bare skal legges vekt på den objektive forståelsen av det aktuelle punkt, jf. avsnitt 66 følgende hvor det heter:

(66) *Endelig viser jeg til Rt-2010-961, der Høyesterett i avsnitt 44 uttaler følgende om tolking av entreprisekontrakter:*

«Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.»

(67) *I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.*

Lagmannsretten legger ovennevnte rettsforståelse til grunn. For å ta stilling til de konkrete tolkningsspørsmålene må det foretas en helhetlig objektiv tolking av anbudsgrunnlaget hvor samtlige dokumenter og systembetragtninger får betydning. I vurderingen må det også ses hen til at kravet til klarhet i anbudsgrunnlaget ikke kan strekkes så langt at enhver uklarhet kan brukes som argument for å legge til grunn den forståelsen som er i vedkommendes interesse. Dette kan ses som et utslag av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. I Mikadommen uttaler Høyesterett følgende:

(101) *Til tross for at det på enkelte punkter kan påvises en viss inkonsekvens i beskrivelsen i anbudsdokumentene, finner jeg at dette likevel ikke røkkes ved det som framstår som Vegvesenets intensjon, nemlig at stein til murarbeidet skulle hentes utenfor anlegget og prises av tilbyderer. Det er ved fastleggingen av innholdet i konkurransegrunnlaget av sentral betydning at dette leses i sammenheng med dets oppbygging og grunnleggende system, slik dette er redegjort for i anbudsdokumentene. Jeg er på denne bakgrunn kommet til at kravet om prising av steinen på en klar nok måte framgår av ordlyden.*

(102) *Situasjonen er på dette punkt en annen enn det som var forholdet i Byggholt-saken. Selv om det gjelder et krav til klarhet i utformingen av konkurransegrunnlaget, kan ikke dette strekkes så langt at tilbyder ved enhver mulig uklarhet uten videre kan legge til grunn den forståelsen som er vedkommendes interesse, når det framstår som klart hva anbudsinnbyderen har ment. En slik adgang ville kunne åpne for en uheldig jakt på uklare formuleringer og spekulasjoner i tekstutformingen.*

Lagmannsretten peker også på Haaskjold: Kontraktsforpliktelser, 2. utgave 2013, som anses å gi uttrykk for en riktig beskrivelse av rettstilstanden:

Rettspraksis frembyr flere eksempler på at domstolene tar avstand fra et tolkningsresultat som innebærer at en part ved faktisk handling eller rettslig disposisjon skal kunne motvirke kontrakten. Partene i et kontraktsforhold har ikke bare en gjensidig lojalitetsplikt overfor hverandre, men de har også en plikt til lojalitet mot kontrakten. En kontraktspart skal ikke med henvisning til avtalens ordlyd eller andre faktorer kunne oppnå et tolkningsresultat som strider mot det som må være kontraktens grunnidé.

Lagmannsretten oppfatter ikke at partene egentlig er uenige om de rettslige utgangspunktene, men at de er uenige om faktumbedømmelsen og den konkrete rettsanvendelsen.

2. *Har kommunene krav på fradrag for feil enhetspris for pløying?*

Det framgår av kontrakten at entreprenøren ikke skal foreta mengdekontroll. Ansvar for mengdene påhviler byggherren, mens ansvaret for utføringen/produksjon påhviler KNAS.

Forutsetningen for oppdraget og enhetspriser framgår av konkurransegrunnlaget for delprosjektene.

For delprosjekt A Sundsåsen/Røsvassbukt via Bleikvassli skole til rådhuset i Korgen er det blant annet angitt:

I prinsippet pløyer vi ned slangen der hvor det er mulig, men pris gis også for graving som alternativ på delstrekninger. [...]

Barmarksbefaring av strekningen, er ikke utført, men vil bli gjort så snart forholdene tillater det. Etter denne vil en kunne detaljplanlegge endelig trase med leggemetoder ut fra hva slags løsninger en vil benytte i traseen.

Det er opp til leverandør å finne rimeligste og beste føringsvei i traseene. [...]

Spesifikasjoner på hva som skal leveres.

Slangene skal i utgangspunktet legges i vegkroppen etter nærmere angivelse fra kommunen eller Statens vegvesen. I tilfeller der det ikke lar seg gjøre å følge denne traseen oppgis alternativ pris pr. m. på legging i terreng.

[...]

I post 1.1 skal det gies pris for pløying i vegkropp/veigrøft.

I post 1.1.2 skal det gies pris for graving i vegkropp/veigrøft.

I post 1.3 skal det gis alternativ pris for pløying/graving i terreng.

Delprosjekt B Oslia – Hjartfjellneset har i stor grad samme formuleringer som gjengitt ovenfor. Fra spesifikasjonen av hva som skal leveres inntas:

Slangene skal i utgangspunktet legges langs vegkroppen etter nærmere angivelse fra kommunen eller Statens vegvesen, men vil også søkes lagt i terreng der dette er gunstigere. [...]

Mengdeangivelser i denne traseen, vil være noe unøyaktig i og med at området ikke har vært vurdert på barmark.

Delprosjekt C Finnbakken – Korgen har også i det vesentlige samme innhold som gjengitt for delprosjekt A. Fra spesifikasjonen av hva som skal leveres inntas:

Slangene skal i utgangspunktet legges i veg-grøfta etter nærmere angivelse fra kommunen eller Statens vegvesen. I tilfeller der det ikke lar seg gjøre å følge denne traseen oppgis alternativ pris pr. m. på legging i terreng.

Pris for pløying i vegkropp/veigrøft i post 1.1 er fastsatt til 98 kroner pr. meter, mens prisen for pløying/graving i terreng i post 1.3 er fastsatt til 135 kroner pr. meter. Post 1.2 om graving er ikke del av tvisten mellom partene.

KNAS hevder at samtlige løpemeter kabel er lagt i terreng og skal godtgjøres med 135 kroner pr. meter. I tilbudet var samtlige løpemeter beregnet ut fra enhetsprisen på 98 kroner.

Etter lagmannsrettens oppfatning gir verken selve avtaledokumentet eller øvrige avtaledokumenter noen nærmere retningslinjer for hvordan begrepene «veggropp/veigrøft» eller «terreng» skal forstås. Lagmannsretten er ikke enig med KNAS i at det kan anses forutsatt at deres eget hjulgående utstyr skal kunne benyttes. Det er ikke spor i kontraktsdokumentene av noen slik forutsetning, og det var opp til KNAS selv å sørge for at en så sentral forutsetning framkom. Vitnet Amund Holberg fra Brunbjørn opplyste for øvrig at Brunbjørn hadde annet utstyr enn KNAS, og derfor normalt kunne anvende hjulgående utstyr til å legge fiberkabel tre meter fra hvitstripa. Lagmannsretten finner samtidig ingen holdepunkter for at legging på dyrket mark i seg selv skal utføres for laveste enhetspris slik kommunene hevder. Kommunene har selv utformet konkurransegrunnlaget, og kan ikke i ettertid innføre et slikt tilleggskriterium for hva som er terreng. Ut fra en alminnelig objektiv forståelse av begrepene brukt i konkurransegrunnlaget vil alt som ikke er vegkropp/veigrøft være å anse som terreng. Selv om dyrket mark normalt neppe vil anses som terreng, er det samtidig særdeles lite treffende å anse det som vegkropp eller veggrøft.

Lagmannsretten finner i mangel av andre holdepunkter at begrepet vegkropp/veigrøft må forstås i samsvar med normal språklig forståelse og vegvesenets praksis som redegjort for under ankeforhandlingen. Det innebærer at veggrøften strekker seg til ytterkant av grøftebunn, dvs. der skråningen opp fra grøftebunnen møter omkringliggende arealer. For områder uten utpreget grøft aksepterte KNAS at det alternativt måtte regnes tre meter fra vegskulder i samsvar med vegvesenets retningslinjer.

Tingretten kom til at skjønsmessig 10 % av traséen var lagt på vegkropp/veigrøft. Lagmannsretten kan ikke se at det er bevismessig grunnlag for dette. Befaringen påviste ikke direkte noen strekninger hvor dette var gjort, og det framgår heller ikke av framlagte beviser. Lagmannsretten finner det mest sannsynlig at alt av kabler i utgangspunktet er lagt

i terreng slik kontrakten definerer det. Spørsmålet er likevel om KNAS kan kreve alt betalt med 135 kroner pr. meter, også områder der de kunne ha lagt kabelen i ytterkant av veggrøft, men foreslo og gjorde andre trasévalg som lå like utenfor eller lenger unna vegen, uten at byggherren protesterte mot det.

Allerede i kontraktsmøtet 2. juli 2015 tok KNAS opp at det kunne være fordelaktig å legge traséen langs Fylkesveg 292 (Hattfjelldal), og at det ble ryddet skog for dette. Lagmannsretten kan ikke se at tvisten gjelder områder ryddet for skog, men også for andre strekninger foreslo KNAS fortløpende endringer i tenkt trasé. Kommunene har beregnet 22 610 meter som etter deres mening kunne vært lagt i veggrøft, fordelt med 10 040 meter pløyd i tilknytning til vegkant og 12 570 meter over dyrket mark utenom vegkant. Dette utgjør godt under halvparten av den totale lengden på 59 907 meter. Etter lagmannsrettens syn viser dette at forarbeidet til prosjektet var mangelfullt, noe som også til dels framgikk av konkurransegrunnlaget, og at kommunene selv står nærmest til å bære ansvaret for at forutsetningene om pløying til laveste enhetspris ikke slo til. Det ses eksempelvis ikke at det er gitt noen tillatelser til å legge kabelen langsgående i vegkroppen. Imidlertid ses det ikke at KNAS kunne ha noen rimelig forventning om alltid å få betalt etter høyeste enhetspris i tilfeller hvor det var mulig å legge kablene langs veggrøften, men hvor de selv foreslo andre løsninger. Grunntanken i konkurransegrunnlaget og kontrakten var at entreprenøren skulle velge «rimeligste og beste føringsvei», og da for byggherren, ikke entreprenøren. Etter det lagmannsretten kan se er det ikke holdepunkter i kontraktsdokumenter eller byggemøter for at problemstillingen uttrykkelig ble tatt opp. I første byggemøte 31. august 2015 stilte KNAS spørsmål vedrørende postene om enhetspris, men referatet sier ikke mer enn det som ligger i konkurransegrunnlaget. Håkon Økland som tidligere arbeidet i Hemnes kommune var enig i at trasévalget var det som ga best framdrift og at traséen var blitt hensiktsmessig. Han framholdt at traséen stort sett kunne ha vært lagt i veggrøften, og det hadde aldri hadde vært aktuelt at KNAS alltid skulle få høyeste enhetspris ved at de fikk aksept for å legge den utenom veggrøften. Lagmannsretten bemerker at det gir liten mening i at kommunene skulle akseptere fordyrende omlegginger av traséen som i hovedsak bare bidro til å forenkle entreprenørens arbeid, all den tid det var KNAS som hadde produktivetsrisikoen. Det anses at KNAS' valg og påfølgende fakturering etter høyeste enhetspris ble langt dyrere for kommunene enn om forutsetningen om pløying langs veggrøft så langt som mulig hadde blitt fulgt. Det anses ikke sannsynliggjort at kostnadene til tilfyllingsmasser i veigrøft ville ha blitt tilnærmet like store.

Samlet sett er det lagmannsrettens oppfatning at KNAS hadde en grunnleggende forpliktelse om å velge rimeligste og beste føringsvei, og derfor ikke kan høres med at de hadde krav på godtgjøring etter enhetsprisen for terreng når de la kablene i umiddelbar tilknytning til vegkanten. Det anses klart sannsynlig at trasévalget kom som et resultat av KNAS' eget ønske, og ikke som et resultat av manglende tillatelser fra vegvesenets side. At KNAS selv hadde forutsatt bruk av hjulgående utstyr for å legge kablene i

vegkropp/veggrøft må de selv bære ansvaret for. Lagmannsretten legger ikke særlig vekt på at byggherren fortløpende betalte á konto-fakturaer hvor enhetsprisen på 135 kroner pr. meter var benyttet. Selv om byggherren burde ha reagert uttrykkelig underveis og sørget for notoritet omkring dette, er det ut fra forklaringene til de involverte i kommunen, ikke grunn til å betvile at de avventet den endelige avregningen i forbindelse med sluttoppgjøret.

Lagmannsretten har ut fra dette kommet til at kommunene må gis medhold i at det som er pløyd i tilknytning til vegkant skal godtgjøres med 98 kroner pr. meter. For så vidt gjelder omfanget legges kommunenes beregning til 10 040 meter til grunn som mest sannsynlig. For øvrig tas kommunenes fradragsskrav ikke til følge.

Fradragnet utgjør 10 040 m x 37 kroner, dvs. 371 480 kroner eks.mva.

3. *Har kommunene krav på fradrag for én kundeslange på strekninger der det bare er lagt én hovedslange?*

Tingretten har omtalt problemstillingen i dommen side 10-11:

Spørsmålet beror på en tolking av kontrakten.

Det følger av konkurransegrunnlaget, faktisk utdrag side 30, som gjelder for delprosjekt A (Sundsåsen/Røsvassbukta til Korgen), at

«Vi ønsker pris på legging av slange(r) i stamnettet (Optobeskyttelsesslanger). I utgangspunktet gis pris på to parallelle slanger i grøft gjennomgående, men det kan også bli aktuelt å legge flere slanger i samme grøft. Pris gis som to slanger i grøften, men vi ønsker også pris på den 3. og 4. osv. i tillegg. Aktuelle dimensjoner er 40/32mm og 32/26 mm. Ta med evt. tilleggspris pr. meter for den 3. og 4. i eget dokument.»

Det samme fremgår også på faktisk utdrag side 42 som gjelder delprosjekt C (Finnbakken –Korgen).

Konkurransegrunnlaget legger tydelig opp til at det skal legges to hovedslanger i hver grøft. Videre åpner konkurransegrunnlaget for at priser for eventuell tredje og fjerde slange gis som tillegg. Retten kan ikke se at kontrakten kan tolkes dithen at kommunene kan kreve fradrag for én kundeslange dersom det legges ned én hovedslange fremfor to. Ordlyden er objektivt sett klar. Slik retten ser det har kommunene forutsatt at det skal legges ned to hovedslanger i Hemnes kommune. Det er kommunene som har risikoen for mengdeangivelsen, og at kommunene har forutsatt feil mengde er kommunenes risiko. Retten mener også at

systembetraktninger tilsier at kommunene ikke kan kreve fradrag for denne posten. Det vises til at det prisene for hovedslangene og kundeslangene er ulike, og at de er selvstendig priskbærende poster. Det er slik retten ser det intet i kontrakten ellers som tilsier at den klare ordlyden ikke skal legges til grunn.

Kommunene har derfor ikke krav på fradrag for én kundeslange fordi det kun er lagt ned én hovedslange i deler av Hemnes kommune.

Lagmannsretten er enig i tingrettens resultat og begrunnelse. Det har ikke tilkommet noen nye momenter som gir grunnlag for en annen vurdering. Lagmannsretten er for øvrig enig med KNAS i at de i sitt tilbud priset grøft pr. meter uavhengig av hvor mange slanger som måtte legges ned. KNAS tok med andre ord risikoen for en eventuell tredje eller fjerde hovedslange. Kommunene hadde på sin side risikoen for at forutsetningen om behov for to hovedslanger ikke slo til. Kommunenes krav om fradrag tas ikke til følge.

4. *Har kommunene krav på fradrag for buntede slanger?*

Problemstillingen og kontraktsgrunnlaget er beskrevet slik i tingrettens dom side 11-12:

Det retten skal vurdere er om kommunene har krav på fradrag fordi KNAS har fakturert per buntede slange, og ikke per kundeavstikk i kundenettet.

Det er i prosjektet brukt tre typer kundeslanger:



Det er enkle kundeslanger (ett kundeavstikk), doble kundeslanger (to kundeavstikk) og kundeslanger buntet sammen i fire (fire kundeavstikk).

Partene er uenige om KNAS har krav på betaling per kundeavstikk eller per buntede slange.

Vurderingen beror på en tolkning av kontrakten.

Det følger av konkurransegrunnlaget, faktisk utdrag side 37, for delprosjekt B (Osli-Hjartfjellneset) at

«Vi ønsker pris på legging av slange i aksesnett og kundenett. Slangene er av type «micro», tykkveggede, buntede (dim 14/10 mm og 12/8 mm).

Det vil på hele strekningen være behov for ulikt antall slanger i grøften alt etter hvor mange kundeslanger som det til enhver tid er behov for. Pris i post 1.1 og 1.3 i tilbudsskjema må ta hensyn til dette.

Slanger til aksessnettet vil være av typen buntede.»

Videre er det på side 39 i konkurransegrunnlaget (også delprosjekt B) stipulert at det skal legges ned «avstikk kundeslanger» antall «20» i post 1.9.

Både når ordlyden på side 37 leses alene og i sammenheng med post 1.9 på side 39, mener retten det er klart, hva gjelder delprosjekt B, at det skal faktureres per slange, uavhengig av de er enkle, doble eller fire stykker buntet sammen.

Når det gjelder delprosjekt A og C er konkurransegrunnlaget ikke like klart da det ikke inneholder liknende formuleringer. Det er etter rettens oppfatning kritikkverdig av kommunene å ikke sørge for at konkurransegrunnlagene er bygget opp likt språklig sett, dersom kommunene mener at de skal forstås likt. Dette hadde vært uproblematisk for kommunene å sørge for.

Imidlertid er det også for delprosjekt A og C stipulert at det skal legges ned henholdsvis 22 og 50 «avstikk kundeslanger». Retten viser til faktisk utdrag side 33 og 45. Selv om det ikke kommer direkte frem av ordlyden for delprosjekt A og C, mener retten det er klart at kommunene ikke har ment å ha ulik fakturering for delprosjekt A og C som for delprosjekt B. Retten viser til Mika-dommen avsnitt 102, se punkt 4.2. KNAS kan ikke legge til grunn den forståelsen som er i deres interesse når det fremstår som klart hva kommunene har ment. Retten viser til at det i konkurransegrunnlaget er lagt opp til at det skal gjøres det samme arbeidet, med det samme utstyret i samtlige tre delprosjekter. Videre leveres slangene ferdig buntet og fremstod for retten som én slange også når de var buntet.

Lagmannsretten kan ikke se at det har tilkommet noen nye momenter av betydning, og tiltrer i det alt vesentlige tingrettens begrunnelse. Det anses ikke å være noen holdepunkter for at delprosjekt A og C skulle faktureres annerledes enn delprosjekt B. Samlet sett framgår det klart at byggherren la opp til at det skulle faktureres pr. slange, og ikke for hvert kundeavstikk slik KNAS hevder. At kundelisten først ble overlevert etter kontraktsinngåelsen styrker en slik forståelse.

Tingretten utmålte fradraget skjønnsmessig fordi avviket ikke ble ansett klarlagt. Lagmannsretten er enig med kommunene i at det er brakt på det rene at det til sammen er

fakturert 94 kundeavstikk á 3 600 kroner for mye, fordelt med 77 stk. for delprosjekt A, 12 stk. for delprosjekt B og 5 stk. for delprosjekt C. Det vises til forklaringen fra byggeleder Thor Hugo Hansen som har gjennomgått alle kummer og foretatt opptelling. Til sammen utgjør dette 338 400 kroner som skal gå til fradrag i sluttoppgjøret.

5. *Har kommunene krav på fradrag for feil i masseberegningen?*

Lagmannsretten er som tingretten kommet til at kommunenes eventuelle krav er prekludert, og at det derfor ikke er nødvendig å ta stilling til realiteten i kravet. Lagmannsretten er i det alt vesentlige enig i tingrettens begrunnelse.

Lagmannsretten viser til NS 8405 punkt 33.2 hvor det blant annet framgår i andre og tredje ledd:

Er ikke annet avtalt, skal innsigelser byggherren har mot sluttoppstillingen eller krav han har mot entreprenøren i forbindelse med kontrakten, fremsettes innen betalingsfristen. Innsigelser og krav byggherren har fremsatt tidligere, skal gjentas overfor entreprenøren innen fristen dersom de opprettholdes.

Innsigelser og krav som ikke fremmes innen fristen, kan ikke fremsettes senere. Dette gjelder likevel ikke innsigelser og krav som er brakt inn for oppmann, domstolene eller voldgift.

Partene er enig om at formriktig sluttoppgjør forelå 12. januar 2017, og at fristen for å fremsette innvendinger og krav etter NS 8405 punkt 33.2 utløp 12. mars s.å. Det er ikke avtalt noen avvik fra standarden. Det ble heller ikke tatt noen forbehold om å komme tilbake til masseberegningen. Fradrag ble først krevd i tilsvaret med krav om selvstendig pådømmelse av 10. oktober 2017.

Om betydningen NS 8405 punkt 33.2 tredje ledd inntas fra Marthinussen, Giverholt, Arvesen mfl., NS 8405 med kommentarer, 2016, side 558 om punkt 33.2 tredje ledd at:

Den fastsatte fristen er absolutt.

Byggherren kan som hovedregel ikke fremsette krav og innsigelser etter fristens utløp. NS 3430 foreskrev ikke uttrykkelig at det inntrådte preklusjon for krav/innsigelser som var fremsatt etter fristen. Dette er nå uttrykkelig regulert i NS 8405. Fristen må anses som absolutt på grunnlag av de meget formelle reglene standarden inneholder. Regelen skaper balanse mellom partene.

Unntaket i tredje ledd andre punktum er ikke aktuelt her. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger noe grunnlag for å fravike standardens bestemmelse om preklusjon med mindre kommunene høres med at det vil stride mot alminnelige lojalitetsprinsipper i kontrakt å

legge den til grunn, jf. LF-2012-183059. Kommunene anfører her at de først medio mars 2017 mottok dokumentasjon fra KNAS' underleverandør Brunbjørn som satte dem i stand til å kontrollere tallgrunnlaget fra KNAS. Byggeleder Hansen forklarte at han ved en tilfældighet i slutten av mai 2017 oppdaget at KNAS hadde krevd betaling for flere meter grøft enn fiberstrekkene fra Brunbjørn tilsa. Hansen var imidlertid åpen for at det også kunne være feil med tallene fra Brunbjørn, eller at det var dobbel grøft enkelte steder.

Lagmannsretten bemerker at KNAS fortløpende oppga hvor mange meter grøft de krevde betalt for. Det ses ikke å være noen koblinger i kontraktsgrunnlaget for at Brunbjørns oversikt over fiberstrekk måtte være kommunene i hende for at fristen i NS 8405 punkt 33.2 ikke skulle gjelde. Kommunene hadde i så fall en klar foranledning til å ta forbehold om dette innenfor fristen. I stedet ventet kommunene til nær sju måneder etter at fristen utløp, og også lang tid etter at de ble oppmerksom på at det var/kunne være et avvik.

6. Har kommunene krav på dagmulkt?

Kommunene hevder at kontraktsarbeidene skulle være ferdige 26. september 2016, og at det deretter løp dagmulkt fram til overlevering av dokumentasjon angående fiberarbeidet 13. mars 2017. Kravet er begrenset til 10 % av kontraktssummen, jf. NS 8405 punkt 34.3 andre ledd.

KNAS hevder på sin side at fristen for ferdigstilling først løp ut 12. oktober 2016, og at kontraktsarbeidene var overtatt av byggherren 11. oktober s.å. Subsidiært anføres at overtakelse senest fant sted da Brunbjørn var ferdig med reklamasjonsarbeidene før medio januar 2017, og atter subsidiært at byggherren ikke kan kreve et større beløp i dagmulkt enn det som var framsatt innenfor tomånedersfristen i NS 8405 punkt 33.2.

Partene er enige om beregningen av den første utsettelsen på tre uker, og at frist for ferdigstilling da var 6. juli 2016. De er derimot uenige om den siste utsettelsen på 70 dager skal beregnes i hverdager – slik kommunene anfører – eller ut fra femdagersuker – slik KNAS anfører. Tingretten viste til at verken NS 8405 punkt 24.5 eller kontraktsdokumentene regulerer hvordan fristforlengelser skal beregnes, og la avgjørende vekt på at KNAS hadde krevd fristforlengelse etter antall arbeidsdager. Lagmannsretten er enig i dette og tiltrer tingrettens begrunnelse. Vitneførselen for lagmannsretten og dokumentene viser at KNAS arbeidet ordinære hverdager, dvs. mandag til og med fredag, og det gir ingen mening at KNAS skulle be om fristforlengelse i arbeidsdager hvis de likevel mente kalenderdager. Denne forståelsen må også ha vært klar for byggherren. At Brunbjørn arbeidet etter en annen turnusordning endrer ikke dette.

Fristen for ferdigstilling var etter dette 12. oktober 2016. Spørsmålet – som ble viet mye tid under ankeforhandlingen – var om overtakelse skjedde 11. oktober 2016 slik at dagmulkten aldri begynte å løpe.

Det er på det rene at det ble avholdt en befaring 10. og 11. oktober 2016. Fra KNAS deltok prosjektleder Marcin Solarski og Tore Nordli. Fra kommunenes side deltok byggeleder Thor Hugo Hansen og de sentrale personene i prosjektet fra begge kommuner. Om bakgrunnen for befaringen inntas fra byggemøte 6. oktober 2016, under punktet for generelt:

Sluttbefaring mandag og tirsdag i neste uke. Regner med en dag for Hemnes og en dag for Hattfjelldal. Terje leier inn minibuss og er sjåfør.

Lagmannsretten finner – i tråd med forklaringene til Terje Nilsen og øvrige fra kommunene – at bakgrunnen for befaringen var at frykt for snø ville gjøre det umulig å befare kummer mv. før vinteren. Lagmannsretten finner det utvilsomt at initiativet til sluttbefaringen kom fra kommunene, og at KNAS ikke innkalte til overtakelsesforretningen slik NS 8405 punkt 32.2 foreskriver.

Lagmannsretten finner det videre klart sannsynlig at fiberarbeidene ikke var avsluttet, jf. referatet fra byggemøtet 6. oktober 2016:

Brunbjørn representert ved Amund Holberg på tråden i begynnelsen av møtet:

- *Kommer oppover til Hemnes på torsdag og fredag i neste uke, og vil da gå gjennom skjematikken for hele prosjektet, og samtidig ha en brukergjennomgang.*
- *Skjematikken sendes over til Terje som videresender den til de som har behov.*
- *De regner med å være ferdig kommende onsdag, 12 oktober.*
- *Det som vi vet gjenstår er skjøter i K4, K9, K21 og K32. I tillegg 3 skjøter i Leirskardalen og 2 i Hattfjelldal.*

På tidspunktet for sluttbefaringene var det med andre ord ikke konstatert at det gikk eller kunne gå noe fungerende signal gjennom fibernettet. Konkurranses grunnlaget og kontrakten med KNAS inneholdt ikke noen direkte krav til dokumentasjon for fibernettverkets funksjonalitet og kvalitet, men lagmannsretten finner det utvilsomt at det er en grunnleggende forutsetning at entreprenøren som et minstekrav har kontrollert så langt som mulig at det tjener sitt formål. Det er for øvrig uomtvistet at Brunbjørn ved den aktuelle testen avdekket at det var gjort feil ved sveising av fiberkablene, og at Brunbjørn måtte sveise på nytt. Holberg forklarte at det fram mot medio januar 2017 ble utført arbeider for om lag to millioner kroner.

De involverte fra begge kommuner forklarte at de aldri hadde i tankene at det dreide seg om en overtakelsesforretning. For dem var det kun tale om en avsluttende befaring av kabeltraséen for å kontrollere at det ikke var fare for vanntilsig, at kumanvisninger var på plass mv. Merknadene på skjemaene anses å underbygge dette, selv om det fra befaringen

10. oktober 2016 også er bemerket forhold angående fiberskjøter. Det var ingen signalkontroll e.l., og det var ingen fra Brunbjørn med. Kommunenes representanter forklarte at Marcin Solariski fra KNAS skrev ned merknadene på en standard dokumentholder hvor bare baksiden med merknader vistes, og at han ba dem signere da de gikk av bussen. De leste ikke nærmere gjennom innholdet på dokumentet de underskrev. Solariski var på sin side klar på at det var en overtakelsesforretning, og at han i ettertid ble ekstremt overrasket over standpunktet til kommunene.

De signerte skjemaene har likelydende utforming. På første side står det at det er protokoll for overtakelsesforretning, og det er krysset av for at innkallingen er akseptert. Det står også hvem som er til stede. På side to er merknadene fra gjennomgangen påført, med ansvarlig og i to tilfeller med frist for utbedring. Det er ikke krysset av for om kontraktsarbeidene overtas eller nektes overtatt. Byggherren mottok ikke noe eksemplar av protokollene på stedet, jf. NS 8405 punkt 32.4 tredje ledd, men fikk det oversendt pr. e-post 25. oktober 2016.

Lagmannsretten er samlet sett kommet til at kontraktsarbeidene ikke ble overtatt 11. oktober 2016. Etter lagmannsrettens syn kan det i lys av det øvrige bevismaterialet ikke legges avgjørende vekt på at kommunenes representanter undertegnet på protokollene. Det har all formodning mot seg at disse mente å overta kontraktsarbeidene uten noen som helst klarhet i om nettverket fungerte, og kommunene hadde heller ikke system for å bruke fibernettverket på det tidspunktet. Det er lite tillitvekkende at dokumenter undertegnes uten en nærmere gjennomgang, men den mangelfulle angivelsen av om kontraktsarbeidene overtas eller ikke, underbygger at ingen av partene var seg bevisst at formaliteter bør overholdes for å unngå senere tvist. Overtakelsesforretningen er ett av de aller mest sentrale skjæringspunkt under utførelsen av kontraktsarbeidet, og den som nedtegner protokollen har all oppfordring til å hindre at det oppstår uklarhet i ettertid om overtakelse har skjedd eller ei. KNAS var den part som hadde all interesse i å sørge for at det ikke var tvil om spørsmålet, og kunne med enkle midler ha hindret tvisten omkring dette, f.eks. ved uttrykkelig selv å ha innkalt til en overtakelsesforretning i samsvar med NS 8405 punkt 32.2. NS 8405 gir anvisning på sterkt formaliserte varslingsprosedyrer. Når KNAS ikke innkalte til overtakelsesforretning, kan det vanskelig forstås på annen måte enn at heller ikke KNAS anså arbeidene for ferdige. På denne bakgrunn måtte KNAS forstå at kommunene ikke hadde grunn til å oppfatte befaringen 10. og 11. oktober 2016 som noen overtakelsesforretning.

Lagmannsretten peker også på at selv om KNAS sendte et ikke formriktig sluttoppgjør i begynnelsen av desember 2016, noe som kan indikere at de trodde at overtakelse hadde skjedd, anførte de ikke dette under et forhandlingsmøte om oppgjøret 6. desember 2016. KNAS anførte der at de var lovet at det ikke skulle løpe døgnmulkt, og at det ikke var inntatt i kontrakten. Først i notat 12. desember 2016 anførte KNAS selv at overtakelse

hadde skjedd 11. oktober 2016. KNAS sendte også flere endringsmeldinger etter anført overtakelsesdato med krav om fristforlengelse.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det begynte å løpe dagmulkt fra og med 12. oktober 2016. Spørsmålet er da hvor lenge dagmulkten løper. Dagmulkten utgjør en promille av kontraktssummen på 16 674 881 kroner, dvs. 16 675 kroner pr. hverdag jf. tingrettens dom side 18. Ettersom maksimal dagmulkt er begrenset til 10 % av kontraktssummen er alt over 100 dager uten betydning for beløpets størrelse.

Det ble ikke avholdt noen overtakelsesforretning. Kommunene tok først fibernettverket i bruk etter at de mottok det de anså som fullgod dokumentasjon 13. mars 2017. Spørsmålet er om det har noen betydning at det praktiske kontraktsarbeidet var ferdig da KNAS avsluttet reklamasjonsarbeidene medio januar. Vitnet Terje Nilsen forklarte at noden Korgen – Bleikvassli skole i alle fall da var på plass og fungerte. Holberg i Brunbjørn var usikker på når sluttdokumentasjonen ble overlevert, men at det kan ha vært i mars 2017 slik Nilsen opplyste. Lagmannsretten legger til grunn at Nilsens forklaring er riktig.

Lagmannsretten bemerker at brukstakelse av kontraktsarbeidene ikke kan anses som overtakelse som avbryter dagmulkt i et avtaleforhold hvor NS 8405 er lagt til grunn. Selv om man skulle anse muligheten for å bruke fibernettverket uten sluttdokumentasjon som en brukstakelse, så er det likevel opp til entreprenøren å sende varsel om enten å foreta (del)overtakelse eller stanse den urettmessige brukstakelsen, jf. NS 8405 punkt 32.8 fjerde ledd. Dersom entreprenøren – som her – ikke sender et slikt varsel, vil det innebære at han må anses å ha akseptert bruken ved passivitet. Brukstakelse med samtykke fra entreprenøren utløser ingen rettsvirkninger, og dagmulkten vil fortsette å løpe. Det vises til Marthinussen, Giverholt, Arvesen mfl., NS 8405 med kommentarer, 2016, side 534-536.

Lagmannsretten finner at dagmulktkravet skal beregnes som påstått av kommunene, 1 667 488 kroner. I innvendingene framsatt før utløpet av tomånedersfristen i NS 8405 punkt 33.2 var kravet beregnet ut fra kontraktssummen uten merverdiavgift.

Lagmannsretten finner ikke at dette betyr at kommunen er avskåret fra å kreve dagmulkt på det korrekte grunnlaget. KNAS ble kjent med dagmulkten var beregnet i samsvar med maksimalangivelsen i kontrakten, og kan ikke ha hatt noen forventning om at feilen ikke ville bli korrigert.

7. Oppsummering

Kravet fra KNAS	1 694 065,60
-----------------	--------------

Kommunenes krav på fradrag/motkrav:

Feil enhetspris for pløying	371 480,00
-----------------------------	------------

Buntede slanger	338 400,00
Avvist faktura 33 avdragsnota 10	17 500,00
<u>Dagmulkt</u>	<u>1 667 488,00</u>
Til sammen	2 394 868,00

Resultatet blir da at KNAS må betale 700 802,40 kroner til Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune. Forsinkelsesrenter skal regnes fra 11. april 2017. Det ble ikke framsatt noen innvendinger mot forfallstidspunktet under ankeforhandlingen.

8. Sakskostnader

Etter tvisteloven § 20-2 annet ledd første punktum er en sak vunnet hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige. Det samlede utfall er avgjørende når saken gjelder flere krav mellom samme parter, jf. § 20-2 annet ledd annet punktum. Dersom ingen av partene anses for å ha vunnet saken, kan det helt eller delvis tilkjennes sakskostnader hvis tungtveiende grunner tilsier det, jf. tvisteloven § 20-3.

Tingrettens dom gikk ut på at KNAS skulle betale kommunene 44 084 kroner. Påstanden fra KNAS i anken og til kommunens avledete anke var reelt sett den samme som under ankeforhandlingen. Kommunene nedla i anketilsvaret og den avledete anken en samlet påstand om å bli tilkjent 1 703 978 kroner som ble forhøyet under saksforberedelsen til 1 951 508 kroner for så å bli noe redusert under ankeforhandlingen.

Lagmannsretten har ikke gitt noen av partene fullt ut medhold. KNAS fikk ikke medhold i anken, og kommunene har samlet sett kommet over 650 000 kroner bedre ut enn i tingretten. Kravet fra kommunene var likevel over en million høyere enn lagmannsrettens resultat. For KNAS er differansen høyere. Lagmannsretten finner det klart at ingen av partene har vunnet saken i det vesentlige. Det er derfor ikke aktuelt å tilkjenne sakskostnader i medhold av tvisteloven § 20-2.

Sakskostnadsavgjørelsen må derfor treffes etter tvisteloven § 20-3. Begge parter må sies å ha fått medhold av betydning. Kommunene har vunnet fram med i dagmulktkravet, men KNAS har på sin side fått medhold i at kravet om fradrag for feil i masseberegningen var prekludert og helt eller delvis medhold på flere andre poster. Kravet fra kommunene var eksempelvis et fradrag på 836 570 kroner for feil enhetspris for pløying, men lagmannsretten kom der til et beløp på 371 480 kroner. Det er likevel et faktum at ankebehandlingen har medført et dårligere resultat for KNAS og at kommunene – både allerede 13. mars 2017 under forhandlinger om sluttoppgjøret og på nytt i anketilsvaret – tilbød et nulloppgjør. Lagmannsretten finner samlet sett at tungtveiende grunner tilsier at kommunene delvis får erstattet sine sakskostnader.

Kommunene har for lagmannsretten krevd til sammen 567 149 kroner i sakskostnader, hvorav salærkostnadene utgjør 549 645 kroner. Kravet inkluderer 82 072 kroner som er utgifter til innleid partsrepresentant og vitner. Lagmannsretten aksepterer at disse medtas i beregningsgrunnlaget idet de anses som kostnader til fagkyndig hjelper etter tvisteloven § 20-5 første ledd i.f. I tillegg kommer rettsgebyret for avledet anke. Sakskostnadene anses nødvendige.

Etter en totalvurdering finner lagmannsretten at kommunene har krav på å få erstattet 250 000 kroner av sine sakskostnader for lagmannsretten.

For så vidt gjelder sakskostnadene for tingretten medfører lagmannsrettens resultat at sakskostnadsavgjørelsen også i det tilfellet må treffes etter tvisteloven § 20-3. De rettslige posisjonene i stevning/tilsvar var ikke vesensforskjellige fra situasjonen for ankeforhandlingen, og begge parter anses også der å ha fått medhold av betydning. Lagmannsretten finner at det må legges noe større vekt på kommunens forlikstilbud 13. mars 2017 enn det tingretten gjorde, og resultatet i lagmannsretten må legges til grunn for vurderingen. Samlet sett anses det riktig å tilkjenne kommunene også 250 000 kroner for tingretten.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Kolbjørn Nilsskog AS dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune til sammen 700 802,40 – sjuhundretusenåttehundreogto40/100 – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 11. april 2017 til betaling skjer.
2. Kolbjørn Nilsskog AS dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune til sammen 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner i sakskostnader for lagmannsretten.
3. Kolbjørn Nilsskog AS dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale Hattfjelldal kommune og Hemnes kommune til sammen 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner i sakskostnader for tingretten.

Stig-Ole Haug

Anders Flock Bachmann

Leif Holm

*Dokument i samsvar med undertegnet original
Tine Berg (elektronisk signert)*