



## HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 24.03.2022

**Saksnr.:** 20-131143ASD-HALO

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Ekstraordinær  
lagdommer

Frode Stock  
Henriette Nazarian  
Bernt Krohg

---

I	Anke Ankende part	Marti Nordnes DA	Advokat Fredrik Verling Advokat Hans Christian Brodtkorb
	Ankende part	Staten v/Samferdselsdepartementet	Advokat Finn Eirik Winther Advokat Johan Henrik Vister
II	Avledet anke Ankende part	Staten v/Samferdselsdepartementet	Advokat Finn Eirik Winther Advokat Johan Henrik Vister
	Ankemoøpart	Marti Nordnes DA	Advokat Fredrik Verling Advokat Hans Christian Brodtkorb

## Innhold

1	Bakgrunn .....	5
2	Tingrettens dom.....	6
3	Ankene og ankesaken .....	9
4	Partenes påstander og overordnede synspunkter .....	10
5	Lagmannsrettens merknader.....	11
5.1	Innledning .....	11
5.2	Fristforlengelser .....	12
5.3	Beregning av vederlag for forlenget byggetid .....	16
5.4	Indeksregulering.....	25
5.5	Prosjekterings- og anbudsfasen.....	28
5.6	Forarbeidsfasen .....	29
5.6.1	Innledning .....	29
5.6.2	KOE 014 – Økte mengder Bergli.....	31
5.6.3	KOE 020 – Manglende grunnlagsdata .....	34
5.6.4	Oppsummering fristforlengelser - forarbeidsfasen .....	36
5.7	Tunneldrivefasen.....	36
5.7.1	Innledning .....	36
5.7.2	Tidskrav i drivefasen.....	40
5.7.3	KOE 063 – Forbud mot nattarbeid.....	41
5.7.4	KOE 096 – Bytting fra dumper til lastebil .....	53
5.7.5	KOE 019 – Bytte av vegbane.....	58
5.7.6	KOE 040 – ID-kort.....	61
5.7.7	Oppsummering fristforlengelser i drivefasen.....	65
5.7.8	Øvrige krav i drivefasen.....	65
5.7.9	KOE 041 – Økning av satsen for arbeidsgiveravgift .....	66
5.7.10	KOE 047 – Økning av kaiavgift Kåfjord kommune .....	73
5.7.11	KOE 038 – Manglende prosess og endrete lengder på mudrede seksjoner .....	74
5.7.12	KOE 064 – Kansellert sjødeponi Monsastubergan .....	75
5.7.13	KOE 097 – Manglende prosess opplasting og transport fra mellomlager Monsa .....	82
5.7.14	KOE 026 – Feil målsetting på nisjer .....	85
5.7.15	KOE 045 – Forgraving for spunting .....	86
5.7.16	KOE 105 – Kostnader til bruk av generator ved blandeverk .....	87
5.8	Etterarbeidsfasen .....	90

5.8.1	Innledning .....	90
5.8.2	Tidskrav i etterarbeidsfasen .....	91
5.8.3	KOE 080 – Sprenging av ekstra grøft for høyspent OPI-kanal foran TB 5 .....	91
5.8.4	KOE 077, jf. KOE 165 – Feil i stikningsdata. ....	94
5.8.5	KOE 078 – Ekstra pigging av grøfter fra TB3, TB4, TB5 og TB6.....	95
5.8.6	KOE 075 – Stopp for arbeid i påsken 2017 og KOE 076 – Stopp for arbeid på røde dager i mai og juni 2017 .....	97
5.8.7	KOE 088, jf. KOE 165 – Uoverensstemmelse mellom mål på utsparing i delevegg og trekkekum .....	103
5.8.8	KOE 081 – Sen endring av sprengningsprofiler .....	104
5.8.9	PF 011/EO 008, jf. KOE 165 – Tre ekstra trafobygg.....	109
5.8.10	KOE 117 – Brannseksjonering – sprøytebetongbuer .....	111
5.8.11	KOE 144 – Sprøytebetongbuer som måtte kuttes ved trekkerør.....	113
5.8.12	KOE 090, jf. KOE 165 – Utvidet bankett Monsastubergan.....	115
5.8.13	KOE 143 – Bytting fra Oldroyd til PE-skum.....	116
5.8.14	KOE 109, jf. KOE 165 – Antennemast ved portal Monsastubergan ....	119
5.8.15	KOE 164 – Kostnader forlenget byggeperiode (aksepterte fristforlengelser) .....	122
5.8.16	Oppsummering fristforlengelser i etterarbeidsfasen .....	123
5.8.17	Øvrige krav i etterarbeidsfasen .....	123
5.8.18	KOE 071 – Manglende prosess for fremskaffelse av stein til plastring	123
5.8.19	KOE 123 – Grøft for sjøutslippsledning Monsa .....	127
5.8.20	KOE 162 – Forsering i fase 3 og 4.....	128
5.9	Sluttarbeidsfasen .....	130
5.9.1	Innledning .....	130
5.9.2	KOE 084, jf. KOE 165 – Betongbankett bak betongrekkverk.....	130
5.9.3	KOE 131 – TK44: Pigging for jording og samlet fremføring til nødskap .. .....	132
5.9.4	Oppsummering fristforlengelser i sluttarbeidsfasen og totalt .....	133
5.10	Øvrige krav.....	133
5.10.1	Dagmulkt.....	133
5.10.2	Økte generelle kostnader («volumrigg») .....	138
5.10.3	«Indeksjustering» .....	141
5.10.4	«MVA på dagmulkt».....	144
5.10.5	Ekstra vederlagsjustering for samlet forlenget byggetid (søndager mv.) ... .....	146
5.11	Oppsummering og saks kostnader (flertallet) .....	147
5.11.1	Oppsummering.....	147

5.11.2	Sakskostnader.....	149
5.12	Oppsummering og sakskostnader (mindretallet).....	150

## DOM

Saken gjelder tvist om sluttoppgjøret etter en tunnelentreprise.

### 1 Bakgrunn

Etter offentlig anbudskonkurranse inngikk Statens vegvesen Region nord (Vegvesenet) den 24. oktober 2014 kontrakt med Marti Nordnes DA om bygging av ny parsell av E6 Indre Nordnes – Skardalen i Kåfjord kommune. Parsellen var på i alt 6760 meter. Av dette utgjorde 5740 meter tunnel. Resten var portaler, veg i dagen og en ny bru.

Marti Nordnes DA er en del av det sveitsiske Marti-konsernet, som er en internasjonal aktør innen tunnelbygging. Marti Nordnes DA (Marti) ble etablert nettopp for å gjennomføre den aktuelle kontrakten. Dette var det tredje store tunnelprosjektet Marti-konsernet var involvert i i Norge. De to andre var Snekkestadprosjektet for Jernbaneverket og Solbakkunnelen for Statens vegvesen. Solbakkunnelen er en del av Ryfastprosjektet. Her hadde arbeidene vært i gang et års tid da kontrakten om Nordnestunnelen ble inngått. På Snekkestad var arbeidene i ferd med å bli avsluttet.

Kontrakten som ble inngått var en utførelsesentreprise basert på NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt, med avregning etter enhetspriser. Kontraktssummen var på 536 535 042 kroner. Avtalt ferdigstillelse var 15. september 2017. I tillegg var det avtalt fire dagmulktbelagte delfrister underveis. Tre av disse var satt med tanke på at sideentreprisen for elektro skulle kunne påbegynnes før tunnelentreprenøren var helt ferdig med sine arbeider. Da kontrakten ble inngått var planen at tunnelen skulle åpnes for trafikk før jul 2017.

Marti startet sine arbeider på byggeplassen etter første oppstartsmøte den 8. desember 2014. Statens vegvesen overtok arbeidene 15. desember 2017. Arbeidene med elektroentreprisen, som ble utført av Mesta, ble påbegynt i januar 2018. Offisiell åpning av tunnelen fant sted i november 2018.

Marti satte fram krav om sluttoppgjør den 1. mars 2018. Samlet krav var på 834 425 374 kroner. Av dette hadde Vegvesenet allerede betalt 461 080 382 kroner. Det gjenstående mellomværendet var dermed, ifølge Marti, på 373 344 992 kroner. Av dette utgjorde drøyt 53 millioner kroner dagmulkt som Vegvesenet hadde holdt tilbake.

Vegvesenet satte fram innsigelser mot sluttoppgjørskravet 30. april 2018. Ut over det som allerede var betalt, aksepterte Vegvesenet å betale ytterligere drøyt 38 millioner kroner.

Marti reiste søksmål mot staten ved Samferdselsdepartementet den 31. august 2018 med påstand om betaling av 333 473 795 kroner (pluss merverdiavgift). Kravet besto av i alt 52 delkrav. De fleste var knyttet til såkalte «krav om endringsordre» (KOEer) fremmet av Marti under arbeidenes gang eller i forbindelse med sluttoppgjøret, men det var også krav knyttet til endringsordre (EOer) fra Vegvesenet, der partene var uenige om vederlags- og/eller tidskonsekvensen av endringen. I tilsvaret påsto staten seg frifunnet.

## 2 Tingrettens dom

Nord-Troms tingrett, som var satt med to fagkyndige meddommere, behandlet saken over 19 rettsdager i perioden 4. november – 5. desember 2019. Tingretten avsa dom 4. april 2020 med slik enstemmig domsslutning:

1. *Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale 57 365 524 - femtisjummillionertrehundreogsekstifemtusenfemhundreogtjuefire - kroner til Marti Nordnes DA, med tillegg av merverdiavgift og lovens forsinkelsesrenter regnet fra*

- 30.04.2018 på 2 893 551 kroner (faktura S-17-0267)
- 30.04.2018 på 1 364 972 kroner (faktura S-17-0276)
- 30.04.2018 på 1 706 215 kroner (faktura S-17-0277)
- 30.04.2018 på 44 675 kroner (faktura S-17-0262)
- 30.04.2018 på 108 219 kroner (faktura S-17-0265)
- 30.04.2018 på 24 993 277 kroner (faktura S-17-0271)
- 13.07.2018 på 1 074 118 kroner (faktura S-17-0323)
- 30.04.2018 på 341 243 kroner (faktura S-17-0278)
- 30.04.2018 på 3 835 kroner (faktura S-17-0303)
- 30.04.2018 på 6 242 521 kroner (faktura S-17-0304)
- 30.04.2018 på 60 295 kroner (faktura S-17-0287)
- 30.04.2018 på 70 138 kroner (faktura S-17-0288)
- 30.04.2018 på 506 464 kroner (faktura S-17-0290)
- 30.04.2018 på 66 655 kroner (faktura S-17-0305)
- 30.04.2018 på 285 508 kroner (faktura S-17-0292)
- 30.04.2018 på 4 007 347 kroner (faktura S-17-0299)
- 30.04.2018 på 591 272 kroner (faktura S-17-0284)
- 30.04.2018 på 4 847 479 kroner (faktura S-17-0268)
- 30.04.2018 på 1 097 549 kroner (faktura S-17-0270)
- 30.04.2018 på 1 111 565 kroner (faktura S-17-0297)
- 30.04.2018 på 741 043 kroner (faktura S-17-0298)
- 30.04.2018 på 912 000 kroner (faktura S-17-0247)
- 30.04.2018 på 1 850 960 kroner (forlenget rigg og drift grunnet helligdager)
- 13.07.2018 på 2 499,50 kroner (faktura S-17-0324)
- 13.07.2018 på 84 442,50 kroner (faktura S-17-0325)
- 13.07.2018 på 47 983 kroner (faktura S-17-0326)
- 13.07.2018 på 227 976 kroner (faktura S-17-0322)
- 13.07.2018 på 105 127 kroner (faktura S-17-0327)

- 28.12.2015 på 1 200 000 kroner (faktura S-15-0042)
- 12.01.2016 på 700 000 kroner (faktura S-15-0048)
- 28.01.2017 på 76 594 kroner (faktura S-16-0090)

og til betaling skjer.

2. Partene bærer sine egne sakskostnader.
3. Partene dekker i fellesskap kostnadene til fagkyndige meddommere etter særskilt fastsettelse.

Resultatet bygget for det første på en rekke delkonklusjoner når det gjaldt vederlag og/eller fristforlengelse ved hvert enkelt element i Martis kravoppsett. For det andre bygget det på rettens standpunkt når det gjaldt Vegvesenets motregningskrav. Det viktigste her var kravet på dagmulkt. På dette punktet kom tingretten til at Vegvesenet var berettiget til ikke å overta før 15. desember 2017, og at delfristene for elektro heller ikke var nådd før dette tidspunktet. Dessuten var den første delfristen, som gjaldt gjenåpning av en fylkesveg som hadde vært stengt en periode i starten av prosjektet, heller ikke holdt. De fristforlengelsene tingretten mente at Marti hadde krav på, var dermed ikke nok til at Marti unngikk dagmulkt på til sammen 51 400 000 kroner. Dette var bare drøyt 2,2 millioner kroner mindre enn kontraktens maksimumsbeløp, som var det Vegvesenet hadde holdt tilbake. Følgende oppsummering hentet fra tingrettens domsgrunner viser hvilke vederlag og fristforlengelser tingretten mente at det var grunnlag for under hvert av delkravene:

		Kostnader	Fristforlengelse				
			Delfrister				Slutt- frist
			1,0	2,0	3,0	4,0	
		Tilkjent Marti	Tilkjent fristforlengelse				
<b>A - Krav knyttet til manglende samhandling</b>							
063	Forbud mot Nattarbeider	0					
040	ID –kort	2 893 551	-	6,0	6,0	6,0	6,0
075	Stopp for arbeid i påsken	1 364 972	-		4,0	4,0	4,0
076	Stopp for arbeid på røde dager	1 706 215	-		5,0	5,0	5,0
096	Bytting fra dumper til lastebiler for utlasting av tunnelmasser	0	-				-
<b>B - Krav knyttet til svikt ved byggherrens leveranser / prosjektering</b>							
014	Fristforlengelse pga mengdeøkning Bergli	0					
019	Bytte av vegbane Bergli	0	-				
020	Manglende grunnlagsdata (portal Bergli)	44 675					
021	Utvidet profil i starten av tunnel begge sider	0	-	-	-	-	-
026	Feil målsetning på nisjer	108 219	-	-	-	-	-
045	Forgraving for spunting	0	-	-	-	-	-
064	Kanseleret Sjødeponi Monsastubergan	26 067 395	-	-	-	-	-
065	Plunder og heft tilknyttet mangel i tegningsleveranse	0	-				

078	Ekstra pigging av grøft fra TB til grøft	341 243	-	1,0	-	1,0
080	Sprenging foran TB 5	3 835	-	-	-	-
081	Endring av sprengingsprofiler	6 242 521	-	5,0	5,0	- 5,0
105	Tillegskostnader pga bruk av aggregat	0	-	-	-	-
117	Brannseksjonering	0	-	-	-	-
131	Pigging Jordingen og fores samlet til nodskap	60 295	-	-	-	-
133	Endringer rekkverk	70 138	-	-	-	-
143	Change from Olroyd to PE-Skum	506 464	-	-	-	1,0
144	Sprøytebetongbuer måtte kuttes ved trekkerør	66 655	-	-	-	-
149	Sene endringer av distribusjon av PE-Skum i tunnelen	0	-	-	-	-
150	Belysning i tunnelen	285 508	-	-	-	-
162	Forsering i periode 3 og 4		-	-	-	-

#### C - Manglende prosesser

038	Manglende prosess og endrede lengder på mudrede seksjoner	4 007 347	-	-	-	-
071	Mangel prosesser fremskaffelse, uttak og tilkjøring steinplastring	0	-	-	-	-
097	Lasting og kjøring fra mellomlager til lasting område av båt.	0	-	-	-	-
123	Grøft sjøutskipningledning Monsa	591 272	-	-	-	-

#### D - Krav knyttet til avgiftsøkning

041	Endring av arbeidsgiveravgift	4 847 479	-	-	-	-
047	Økning av Kaiavgift Kåfjord kommune	1 097 549	-	-	-	-

#### E - Øvrige krav

164	Kostnad for forlenget byggeperiode (aks. EO og aks. Fristf.)	1 111 565	-	4,0	3,0	- 3,0
165	Kostnad for forlenget byggeperiode (aks. EO ikke aks. Fristf.)	741 043	-	2,0	2,0	2,0
166	Arbeid våren 2018	0	-	-	-	-
I	EO034 Transport til Numedalen	912 000	-	-	-	-
II	Rigg og drift grunnet fristforlengelse som følge av helligdager	1850960	-	-	-	-
III	Indeksregulering	468 028	-	-	-	-
IV	Regulering av kontraktssum	0	-	-	-	-
<b>DELSUM</b>		<b>55 388 930</b>	<b>0,0</b>	<b>17,0</b>	<b>26,0</b>	<b>17,0 27,0</b>

#### Motkrav fra SVV

V	Mangelskrav	276 910	-	-	-	-
VI	Dagmulkt*	-2 253 504	-	-	-	-
<b>DELSUM</b>		<b>-1 976 594</b>	<b>0,0</b>	<b>0,0</b>	<b>0,0</b>	<b>0,0 0,0</b>

#### SAMLET OVERSIKT

<b>SUM</b>		<b>57 365 524</b>	<b>0,0</b>	<b>17,0</b>	<b>26,0</b>	<b>17,0 27,0</b>
------------	--	-----------------------	------------	-------------	-------------	------------------



Tre av delkravene i oppstillingen ble pådømt på grunnlag av enighet mellom partene. Dette gjelder KOE 021 «Utvidet profil i starten av tunnel begge sider», der kravet ble frafalt av Marti under tingrettens behandling, og KOE 133 «Endringer rekkverk» og EO 034 «Transport til Numedalen», som ble godtatt av Vegvesenet. Disse postene er ikke lenger en del av saken.

### **3 Ankene og ankesaken**

Marti har anket tingrettens dom til lagmannsretten. Anken gjelder hele dommen, unntatt de deler der Marti fikk fullt medhold, samt tre konkrete poster (KOE 150, KOE 123 og KOE 166). Anken retter seg mot tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse.

Staten har inngitt tilsvaer og avledet anke. Den avledete anken gjelder samtlige punkter der staten ikke har fått fullt medhold i tingretten, bortsett fra KOE 150. På bakgrunn av statens anke har Marti også inngitt avledet anke for KOE 123 og KOE 166. På den annen side har Marti under saksforberedelsen frafalt anken når det gjelder KOE 065 – Plunder og heft tilknyttet mangel i tegningsleveranser og KOE 049 – Sene endringer av distribusjon PE-skum. For tingretten gjaldt dette et beløp på ca. 18 millioner kroner i direkte vederlagsjustering og ca. 20 dagers fristforlengelse. Dessuten har Marti frafalt den delen av KOE 063 som gjaldt forseringskostnader. Dette utgjorde drøyt 20 millioner kroner.

Etter tingrettens dom har staten betalt drøyt 10 millioner kroner (eks. mva) og snaut 2,5 millioner i renter. Dessuten har Staten i forbindelse med saksbehandlingen for lagmannsretten erkjent å skulle betale ytterligere 864 957 kroner, i det alt vesentligste for den delen av KOE 038 som gjelder manglende prosess for arbeid med utfylling av stein.

Under saksforberedelsen for lagmannsretten ble saken stanset den 22. oktober 2020 etter avtale mellom partene. Etter begjæring fra ankemotparten ble den brakt i gang igjen ved lagmannsrettens beslutning 27. mai 2021.

Lagmannsretten behandlet saken over 20 rettsdager i perioden 8. november – 9. desember 2021. For Marti møtte Åsmund Ellingsen, daglig leder i Marti Nordnes DA og Marti AS. Staten v/samferdselsdepartementet var representert ved seniorrådgiver Iris Østreng, Statens vegvesen Fellesfunksjoner. Vitnet David Fossati (prosjektleder for Marti under siste del av anleggsperioden) fulgte forhandlingene mesteparten av tida, enten i retten eller via videolink. Det samme gjaldt Bjørn Roar Mannsverk (Vegvesenets byggeleder) og Harry Hansen (kontrollingeniør, Statens vegvesen). Retten hørte til sammen 28 vitner, dels møtende og dels via video. Av disse var fem sakkyndige vitner. Det ble dokumentert fra tre omfattende faktiske elektroniske utdrag. På grunn av tekniske problemer ble bare deler av det som ble dokumentert avmerket.

## 4 Partenes påstander og overordnede synspunkter

*Marti Nordnes DA* har lagt ned slik påstand:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale kr 198 034 037 til Marti Nordnes DA med tillegg av merverdiavgift og lovens forsinkelsesrente fra forfall av den enkelte faktura til betaling skjer.
2. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale kr 53 653 504 til Marti Nordnes DA som følge av urettmessig tilbakeholdt dagmulkt med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall av den enkelte faktura til betaling skjer.
3. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale kr 13 413 376 til Marti Nordnes DA som følge av urettmessig tilbakeholdt merverdiavgift med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall av den enkelte faktura til betaling skjer.
4. Marti Nordnes DA tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

*Staten ved Samferdselsdepartementet* har lagt ned slik påstand:

### I ankesaken:

Anken forkastes

### I avledet anke:

Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes mot å betale til Marti Nordnes DA NOK 864 957 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling finner sted.

### Sakskostnader:

Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Påstandsgrunnlagene vil bli gjengitt etter hvert i tilknytning til de enkelte tvistepunktene. Begge parter har imidlertid også framhevet enkelte overordnede synspunkter, dels i tilknytning til saksforholdet, dels i tilknytning til tingrettens dom, som det passer å gjøre rede for her.

*Martis* overordnede syn er at prosjektet har vært preget av at Vegvesenet i utgangspunktet hadde fastsatt uforsvarlig kort byggetid og delfrister som det var umulig å holde. Samtidig har Vegvesenet underveis lagt hindringer i veien for Marti og i tillegg konsekvent nektet å diskutere *Martis* krav om fristforlengelser. Etter *Martis* oppfatning har Vegvesenet ved flere anledninger opptrådt illojalt overfor Marti, særlig i lys av at byggetiden var knapp og dagmulktbeløpene høye. Marti ser dette i sammenheng med at Vegvesenet har hatt en

negativ holdning til Marti som et utenlandsk entreprenørselskap og gjør gjeldende at disse forutinntatte holdningene kom til uttrykk allerede under samhandlingsprosessen som ble gjennomført fra november 2014. Dette har ifølge Marti hatt konsekvenser for samarbeidet og dermed framdriften. Også sluttoppgjøret har vært preget av denne holdningen, ved at Vegvesenet i praksis har nektet å forhandle om en minnelig løsning. Marti har i den forbindelse særlig pekt på at Martis prosjektregnskap viser et underskudd på prosjektet på i alt 365 millioner kroner, og at Martis sluttoppgjørskrav kun dekker en del av dette. Samtidig mener Marti at Vegvesenets egne tall viser at Vegvesenets kostnader har blitt langt lavere enn opprinnelig budsjettert. En gjennomgående svakhet ved tingerettens dom er at den unnlater å ta konsekvensen av disse forholdene. Blant annet har tingretten stilt alt for høye krav til Marti når det gjelder å sannsynliggjøre at de påviste byggherreforholdene har hatt innvirkning på Martis kostnader og framdrift.

*Vegvesenets* overordnede syn er at byggetiden var fastsatt forsvarlig, basert på grundig prosjektering og et betydelig erfaringsmateriale fra tilsvarende prosjekter. Forsinkelsene under kontraktsarbeidet skyldes i hovedsak at Marti i starten manglet kompetente folk på stedet. Dermed kom Marti skjevt ut i forarbeidsfasen, ved at framdriften i praksis ble overlatt til underentreprenøren. Også drivefasen var preget av mangel på relevant kompetanse og erfaring, både når det gjaldt ledelse og mannskap. Etter at Marti fikk på plass dyktige folk i sin egen prosjektledelse endret dette seg, og etterarbeidsfasen gikk tilfredsstillende. Det er riktig at Vegvesenet tidligere hadde hatt flere uheldige erfaringer med andre utenlandske entreprenører, og at det derfor var en viss generell skepsis også overfor Marti. Men gjennom hele prosjektet var det praktiske samarbeidet på anleggsplassen godt. Vegvesenet har vært løsningsorientert, og problemer er blitt håndtert uformelt på stedet. Martis sluttoppgjørskrav kom som en stor overraskelse. Det er preget av konstruerte krav og oppblåste beregninger og ga ikke grunnlag for reelle forhandlinger. I tillegg kommer at mange av kravene ikke var varslet, eller var varslet så seint at det verken ga Vegvesenet mulighet for kontroll eller for å velge andre handlingsalternativ. Manglende varsling er uansett av stor betydning for den bevismessige vurderingen av kravene. Martis anførsel om at Vegvesenet har hatt store besparelser på prosjektet sammenlignet med det som var budsjettert, er basert på misforståelser fra Martis side.

## **5 Lagmannsrettens merknader**

### **5.1 Innledning**

Slik saken står for lagmannsretten, er det tale om en svært omfattende sluttoppgjørstvist sammensatt av en rekke ulike delkrav. Når så mange krav skal behandles i én dom, er det nødvendig med en form for systematisering. Tingretten har ved sin behandling fulgt den systematikken som Marti la opp til, ved at Martis krav er fordelt på fem bolker etter anført rettslig grunnlag (A – E i tabellen ovenfor), mens Vegvesenets motkrav (egentlig Martis krav om utbetaling av tilbakeholdt beløp for dagmulkt og mangler) kommer til slutt.

Lagmannsretten har valgt en noe annen struktur, hvor det er lagt større vekt på tidskronologi. Det gir etter rettens syn bedre mulighet til å vurdere de enkelte kravene i en større sammenheng. Særlig for tidskravene, som utgjør en stor del av saken, kan dette være av betydning. Men også ellers vil det, etter rettens syn, lette både framstillingen av saken og vurderingen av kravene, dersom redegjørelsen for hendelsesforløpet og behandlingen av kravene skjer mest mulig parallelt.

Før retten starter med gjennomgangen av de forskjellige fasene i prosjektet (pkt. 5.5 – 5.9 nedenfor), er det behov for å ta stilling til tre tvistepunkter som har betydning for flere av kravene. Det ene tvistepunktet gjelder metoden for fastsetting av fristforlengelser og forlenget byggetid, i de tilfellene der dette er aktuelt. Det andre gjelder beregningsmåten for et eventuelt vederlag for forlenget byggetid. Det tredje gjelder prinsippene for indeksregulering (LPS-påslag).

I tillegg er det et fjerde tvistepunkt som retten i prinsippet også bør ta stilling til på dette stadiet. Det er Martis anførsel om at Vegvesenet – ut fra en samlet vurdering av Vegvesenets utøvelse av rollen som byggherre – er uberettiget til å kreve dagmulkt overhodet. For det tilfelle at Marti gis medhold i dette, vil det jo være av mindre betydning å ta konkret stilling til hvert enkelt av de mange enkeltkravene om fristforlengelse underveis.

Framstillingsteknisk er det imidlertid vanskelig å begrunne en avgjørelse av dette spørsmålet her. Martis anførsel henviser som nevnt til en samlet vurdering av hele hendelsesforløpet. Slik retten har valgt å redegjøre for sitt syn på saksforholdet, jf. ovenfor, vil det faktiske grunnlaget for denne avgjørelsen først bli klarlagt etter hvert. Lagmannsretten vil derfor utsette drøftelsen av dette tvistepunktet til avgjørelsen av selve dagmulktkravet, som kommer mot slutten av dommen i pkt. 5.10.1. Det er for så vidt også i tråd med Martis eget opplegg for saken.

Men, som det vil gå fram av drøftelsen senere, er ikke lagmannsretten enig med Marti i at Vegvesenet er avskåret fra å kreve dagmulkt etter kontraktens regler. Det betyr at hvert enkelt krav om fristforlengelse må tas stilling til.

De konkrete fristforlengelseskravene vil bli avgjort i tilknytning til drøftingen av hver enkelt «krav om endringsordre» (KOE). Selve beregningsmåten tar retten stilling til her, som en del av rettens mer generelle merknader.

## **5.2 Fristforlengelser**

Marti har, under kontraktsarbeidenes gang og i forbindelse med sluttoppgjøret, satt fram en rekke krav om til dels betydelige fristforlengelser. I løpet av prosjektet ble partene bare

enige om én fristforlengelse på to dager. Under sluttoppgjøret godtok Vegvesenet ytterligere én dag. De gjenstående kravene om fristforlengelse utgjør dermed en viktig del av saken. Det skyldes for det første at innvilgede fristforlengelser får direkte betydning for størrelsen på Vegvesenets dagmulktkrav. For det andre er det en sammenheng mellom fristforlengelser og Martis krav om vederlag for forlenget byggetid.

De grunnleggende problemstillingene i tilknytning til alle Martis krav om fristforlengelser, er for det første om det påberopte forholdet er et byggherreforhold som kan gi grunnlag for krav om fristforlengelse, og for det andre om og i hvilken grad forholdet i tilfelle har medført en hindring for Martis framdrift. Disse to spørsmålene må retten ta stilling til i tilknytning til hver enkelt KOE.

Et tredje spørsmål av mer generell karakter er hvordan en fristforlengelse i tilfelle skal beregnes. Bakgrunnen for denne problemstillingen er at det i praksis lett kan forekomme tilfeller der det ikke er et 1:1-forhold mellom den umiddelbare effekten av en framdriftshindring og hindringens betydning for om kontraktens dagmulktbelagte frister blir nådd. Et illustrerende eksempel er hvordan en kortvarig hindring kan føre til at en milepæl, som ellers ville blitt nådd før en planlagt ferie, ikke blir nådd før etter ferien. Da vil hindringens betydning med tanke på fristen øke med feriens varighet. Spørsmålet er hvordan denne problemstillingen – forholdet mellom hindringens umiddelbare effekt og dens virkning på kontraktens frister – skal håndteres ved beregningen av fristforlengelser i vår sak. Marti har i sine beregninger benyttet en såkalt faktormetode, mens staten hevder at fristforlengelser skal fastsettes ut fra de konkrete omstendighetene i hvert enkelt tilfelle.

*Tingretten* kom til at det ikke var rettslig grunnlag for å benytte Martis faktormetode og beregnet fristforlengelsene konkret med utgangspunkt i «den faktiske fremdriftspåvirkningen som kravet/hindringen har medført for entreprenøren».

*Marti* fastholder anførselen om at faktormetoden kan benyttes ved beregning av fristforlengelser i denne saken. Metoden legger opp til at det skal tas utgangspunkt i hvor stor direkte effekt hver påberopte hindring antas å ha hatt på framdriften. Denne effekten, som angis i timer eller arbeidsdager, omregnes til et krav om fristforlengelse i hele kalenderdager ved hjelp av en faktor- og avrundingsmetode. Ifølge Marti fanger faktormetoden, over tid, opp betydningen av at året har et visst antall dager man ikke arbeider. Antallet varierer med hva slags arbeidstidsordning som blir fulgt. I forarbeids- og sluttarbeidsfasen ble det ifølge Marti arbeidet 6 dager i uka. Én fridag pr uke, i tillegg til årets øvrige «røde» dager og normal ferieavvikling, gir grunnlag for en omregningsfaktor på 1,3. I tunneldrive- og etterarbeidsfasen ble det bare arbeidet 5,5 dager i uka (halve lørdag pluss søndag var fri). Det gir grunnlag for en omregningsfaktor på 1,4. Ifølge Marti fører faktormetoden i dette tilfellet til så å si nøyaktig samme resultat som den mer tungvinte kalendermetoden fører til.

*Staten* bestrider at det er grunnlag for bruk av konverteringsfaktor. Verken kutyme i bransjen eller rettspraksis gir hjemmel for å bruke en slik forenklet metode, dersom dette ikke uttrykkelig er avtalt i kontrakten. I den utstrekning Marti gis medhold i krav på fristforlengelse, mener staten derfor at lengden i utgangspunktet må fastsettes lik den direkte effekten av hindringen. Eventuelle tillegg som følge av spesielle forhold må håndteres konkret.

*Lagmannsretten* har følgende merknader:

Utgangspunktet er kontraktens bestemmelse om beregning av fristforlengelse, som står i NS 8406 pkt. 22.5. Ordlyden er slik:

### **22.5 Beregning av fristforlengelse**

Når entreprenøren har krav på fristforlengelse som følge av forholdene i 19.2, 19.3, 19.4 og punkt 20, skal partene søke å oppnå avtale om fristforlengelsen.

Dersom det ikke oppnås avtale, skal fristforlengelsen svare til virkningen på fremdriften som vedkommende fremdriftshindrende forhold har forårsaket.

Spørsmålet er, slik lagmannsretten ser det, om den metoden Marti har brukt for å beregne sine fristforlengelseskrav, lar seg forene med kontraktens regler.

Ut fra en ren ordlydsfortolkning synes ikke pkt. 22.5 å være til hinder for å beregne fristforlengelser ved hjelp av en faktormetode. Ordlyden angir bare hva som skal være målsettingen med beregningen. Det er å finne fram til hvilken virkning et framdriftshindrende forhold har forårsaket. At det er virkningen i relasjon til en bestemt frist, går fram av sammenhengen. Hvilken metode som skal brukes, sier ikke ordlyden i pkt. 22.5 noe om.

I dette tilfellet sier imidlertid ordlyden ikke alt. Det er ingen tvil om at NS 8406 pkt. 22.5 skal forstås slik at den i praksis har samme innhold som den tilsvarende bestemmelsen i NS 8405. Og NS 8405 pkt. 24.5 første ledd angir ikke bare målsettingen om at fristforlengelsen skal «svare til» den virkningen forholdet har hatt på framdriften. Den peker også på forhold som det «blant annet» skal «tas hensyn til» ved beregningen av fristforlengelser. Dette omfatter ikke bare «nødvendige avbrudd», men også eventuell «forskyvning av utførelsen til en for vedkommende part ugunstigere eller gunstigere årstid». I tillegg går det fram at det skal «tas hensyn til den samlede virkningen av tidligere varslede forhold som kunne gi rett til fristforlengelse». Og oppregningen er, som sagt, ikke uttømmende.

Selv om heller ikke NS 8405 pkt. 24.5 første ledd uttrykkelig sier noe om en bestemt beregningsmetode, tilsier den konkrete angivelsen av forhold det skal tas hensyn til en mer konkret tilnærming enn det en faktormetode i praksis innebærer.

Dette kan tale for at bruk av faktor krever særskilt avtale. Lagmannsretten viser her til at det, i hvert fall i prosjekter som går over kortere tid, lett kan tenkes at beregninger utført etter en faktormetode vil gi et annet resultat enn det beregninger basert på en mer konkret tilnærming vil gi. Da kan det ikke være opp til en av partene å velge hvilken metode som skal benyttes. En annen sak er om Martis faktormetode likevel kan benyttes i denne saken. Det må i tilfelle være fordi det kan legges til grunn at resultatet her rent faktisk blir det samme uansett.

Fra Martis side er det lagt betydelig arbeid i å sannsynliggjøre at det i denne saken ikke spiller noen rolle om beregningen av fristforlengelser skjer på den ene eller andre måten. Dels er det på generelt grunnlag anført at jo lenger tid et prosjekt går over, desto mindre utslag vil tilfeldige enkeltforhold gi på sluttresultatet. Dels har Marti lagt fram flere hjelpedokumenter, som hevdes å vise at begge beregningsmåtene i praksis gir tilnærmet samme resultat.

Staten har ikke påvist konkrete feil i Martis hjelpedokumenter. Likevel har retten vanskelig for å legge til grunn som sannsynliggjort at valg av metode er uten betydning i denne saken. Retten viser blant annet til at hjelpedokumentene er basert på en forutsetning om at Marti får medhold i alle sine fristforlengelseskrav. Også ellers er det, etter rettens syn, vanskelig å trenge inn i de forutsetningene beregningene er basert på. Blant annet er det uklart for retten hvordan Martis beregningsmåte eventuelt tar hensyn til at det etter kontrakten bare skal svares dagmulkt for det antall *hverdager* som dagmulktfristene er oversittet. I og med at fristforlengelser er entreprenørens forsvar mot byggherrens dagmulktkrav, er det en forutsetning at beregningsmetodene er tilpasset hverandre.

Retten nevner i denne sammenheng at det kan tenkes at faktormetoden er mer egnet som grunnlag for å beregne krav om vederlag for forlenget byggetid enn krav om fristforlengelser. I denne saken er det imidlertid klart forutsatt fra begge sider at et eventuelt vederlag for forlenget byggetid skal baseres på samme grunnlag som krav om fristforlengelser, og at det er fristforlengelsene som danner utgangspunktet for beregningene. Retten går derfor ikke nærmere inn på dette spørsmålet, som det ikke har vært forhandlet om under saken. En annen sak er at det, ved utmålingen av et eventuelt vederlag for forlenget byggetid, likevel er mulig å ta hensyn til at tidskostnader også påløper på søndager, slik tingretten også har gjort i dommens pkt. 4.5.8. Retten kommer nærmere tilbake til det under pkt. 5.10.5 nedenfor.

Et annet generelt spørsmål i tilknytning til krav om fristforlengelser, er om forhold som inntreffer etter at en frist er oversittet, kan gi grunnlag for fristforlengelse.

Språklig sett kan dette fortone seg fremmed, og staten har i tilknytning til enkelte av Martis krav gjort gjeldende nettopp dette som innvendig mot å ta kravet til følge.

Etter lagmannsrettens syn må spørsmålet besvares ut fra en realistisk tilnærming. En hindring som inntreffer etter at fristen er oversittet, vil i praksis forsinke entreprenøren ytterligere når det gjelder å nå den milepælen som fristen er knyttet til. Hvis hindringen skyldes et byggherreforhold, og den inntreffer i en periode der byggherren krever dagmulkt, må løsningen nødvendigvis bli at entreprenøren gis rett til «fristforlengelse» så å si med tilbakevirkende kraft. Hvis ikke vil resultatet bli at dagmulktperioden forlenges ytterligere, og at byggherren tjener dagmulkt på sitt eget mislighold. Sånn kan det ikke være. Byggherreforhold som fører til forsinkelse mens dagmulkt løper, må gi grunnlag for fristforlengelse.

Et tredje spørsmål er om entreprenøren har krav på fristforlengelse hvis situasjonen er slik at han, på grunn av egne forhold, uansett ikke ville nådd en frist.

Også her mener lagmannsretten at løsningen er klar. Krav om fristforlengelse er som nevnt entreprenørens forsvar mot byggherrens dagmulktkrav. Dette forsvaret har entreprenøren behov for, selv om han også er forsinket av andre grunner. Hvis entreprenørens selvforskyldte forsinkelse innebærer at byggherrens mislighold blir uten konsekvenser, forrykkes balansen mellom partene i kontrakten.

Det betyr at et forhold som etter sin art gir grunnlag for fristforlengelse, gir rett til fristforlengelse, selv om fristen uansett ville blitt oversittet av andre grunner.

### **5.3 Beregning av vederlag for forlenget byggetid**

Som nevnt består tidskravene til Marti av to elementer. I tillegg til krav om fristforlengelser inneholder de også krav om vederlagsjustering som følge av forlenget byggetid.

Også her har Marti beregnet sine krav ved hjelp av en faktormetode. Under hvert enkelt tidskrav er beregningen av vederlagskravet foretatt ved å gange antall dager forlenget byggetid – i praksis fristforlengelsen i kalenderdager – med en dagsats. Dagsatsen varierer avhengig av hvilken fase i prosjektet forsinkelsen knytter seg til. Det er tale om beløp i størrelsesorden mellom ca. 200 000 og 375 000 kroner pr. dag. Beløpet skal reflektere Martis krav på vederlag både for økte generelle anleggskostnader og for økte maskinkostnader («fixkostnader») som følge av forlenget byggetid.

*Tingretten* godtok i prinsippet Martis beregningsmåte, men foretok visse justeringer. Justeringene besto i hovedsak i at tingretten trakk ut av beregningsgrunnlaget rundsumposter som etter tingrettens mening ikke var fullt ut tidsavhengige. For øvrig anså



tingretten de beløpene Marti hadde tatt med i sin beregning som «anvendelige enhetspriser» og tilkjente vederlagsjustering for forlenget byggetid på grunnlag av NS 8406 pkt. 22.2.

*Marti* fastholder for lagmannsretten at dagsatsene er framkommet ved bruk av kontraktens priser, og at NS 8406 pkt. 22.2 om anvendelige enhetspriser dermed gir Marti krav på vederlagsjustering i tråd med de kravene Marti har satt fram. Når det gjelder den delen av dagsatsene som knytter seg til økte generelle anleggskostnader, har Marti tatt utgangspunkt i kontraktens rundsum-priser (RS) for de ulike tidsavhengige poster. For poster der det også inngår et tidsuavhengig element i rundsum-prisen, er dette nå holdt utenfor. Beløpene er fordelt på de månedene der kostnadene, ifølge den opprinnelige framdriftsplanen, var ment å gjøre seg gjeldende. Deretter er det, for hver av de fire fasene i prosjektet, beregnet en gjennomsnittlig månedspris. Denne månedsprisen er så gjort om til en dagsrate. Når det gjelder den delen som knytter seg til maskiner, er beregningen basert på kontraktens timepriser for ventetid som skyldes byggherrens forhold ved regningsarbeid. Etter kontraktens C2 «Spesielle kontraktsbestemmelser for Statens vegvesen» pkt. 20 Regningsarbeider utgjør denne 50 % av de oppgitte timeprisene for vedkommende maskin uten fører. For maskiner uten oppgitt timepris i kontrakten er det tatt utgangspunkt i timeprisen for den maskintypen som ligner mest. Dette er i tråd med NS 8406 pkt. 22.2 andre ledd. Timeprisene er omregnet til månedspris (1 måned har, i gjennomsnitt, 730 timer) og multiplisert med antall maskiner av vedkommende type. For hver fase er månedsprisene for alle maskintyper og måneder summert og omregnet til en gjennomsnittlig månedspris pr. fase. Denne er, på samme måte som for generelle anleggskostnader, omregnet til en dagsrate. Summen av dagsraten for anleggskostnader og dagsraten for maskiner utgjør dagsatsen for vedkommende fase. Satsene for etterarbeids- og sluttarbeidsfasen er deretter justert med prosentvise påslag for å ta hensyn til effekten av forsering foretatt i disse fasene. Realismen i kalkulasjonene bekreftes ved at Marti, med utgangspunkt i sitt eget prosjektregnskap, har kommet til tilsvarende beløp når man så å si har regnet motsatt veg. Subsidiært gjør Marti gjeldende at beregningsmetoden via dagsatser også er anvendelig dersom retten kommer til at vederlagsjusteringen skal skje ut fra regelen om regningsarbeider i NS 8406 pkt. 23.4 (nødvendige kostnader med påslag). De særlige reglene i pkt. 23.4 tredje ledd om spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader pr. uke er ikke tilpasset en situasjon der vederlagsjusteringen skal skje som følge av forlenget byggetid. Under enhver omstendighet utgjør ikke kravene mer enn det byggherren måtte forstå at ville følge av de forsinkelsene som byggherren svarer for.

*Staten* bestrider at Martis beregnede dagsatser kan legges til grunn ved utmåling av eventuelt vederlag for forlenget byggetid. Også et slikt vederlag skal fastsettes ut fra kontraktens regler, det vil si enten ved bruk av anvendelige enhetspriser (NS 8406 pkt. 22.2) eller etter reglene om regningsarbeid (pkt. 22.3 jf. pkt. 23.4). Kontrakten inneholder ingen enhetspris som er anvendelig for regulering av såkalt tidsrigg. Martis kalkulerte dagsatser beror på en cocktail av ulike elementer, dels RS-poster, dels maskinpriser,

riktignok hentet fra kontrakten, men ofte skjønnsmessig justert og fordelt på ulike faser av prosjektet. Flere av RS-postene som inngår i beregningen inneholder dessuten elementer som ikke er tidsavhengige. Dagsatsene kan derfor verken benyttes som «anvendelige enhetspriser» eller som grunnlag for en vederlagsjustering etter reglene om regningsarbeid. Marti har heller ikke varslet etter reglene for regningsarbeid, det er ikke sendt spesifiserte oppgaver fortløpende, og Vegvesenet har ikke hatt mulighet til kontroll med grunnlaget for Martis beregninger. Dette innebærer at Marti bare har krav på dekning av de utgifter Vegvesenet måtte forstå at Marti har hatt, med påslag. Ved vurderingen av hva Vegvesenet måtte forstå, vil beløpet Marti har angitt for drift av rigg og midlertidige bygninger under post A12.12, kunne danne et mulig utgangspunkt.

*Lagmannsretten* bemerker innledningsvis at forlenget byggetid normalt gir økte kostnader for entreprenøren. Hvis den forlengede byggetiden skyldes byggherrens forhold, vil entreprenøren ha krav på slik vederlagsjustering som forsinkelsen gir grunnlag for. Dette er partene enige om. Uenigheten gjelder hvordan et eventuelt vederlag skal utmåles.

Rt-2005-788 (Oslofjordtunnelen) gjelder en side av dette spørsmålet. Der slås det fast at merkostnadene som skal dekkes, er differansen mellom kostnadene ved den faktiske byggetiden og kostnadene ved byggetiden slik den ville vært, dersom byggherreforholdet ikke hadde inntruffet. Hvordan denne beregningen skal foretas, sier ikke dommen noe om, annet enn at vanskeligheter med beregningen ikke bør føre til at entreprenøren fratras muligheten til å få dekket denne differansen (dommen, avsnitt 47).

Når det gjelder det tidsmessige aspektet ved beregningen, er partene i vår sak – slik retten oppfatter det – enige om å knytte an til de enkelte fristforlengelser Marti får tilkjent. Denne siden av saken går retten derfor ikke nærmere inn på her.

Når det gjelder utmålingen i det enkelte tilfelle, er de – slik retten oppfatter det – også enige om å ta utgangspunkt i kontraktens regler for vederlagsjustering. Problemstillingen for retten er å avgjøre hvilket resultat kontraktens regler fører til i vår sak.

NS 8406 har to sett regler for vederlagsjustering. Pkt. 22.2 gjelder vederlagsjustering på grunn av forhold der kontraktens enhetspriser er anvendelige. Hovedregelen er da at enhetsprisene skal legges til grunn. Pkt. 22.3, som gjelder når det ikke foreligger anvendelige enhetspriser, viser til reglene om regningsarbeid. Disse står i pkt. 23.4.

Når det gjelder hvilket regelsett som er anvendelig i vår sak, er lagmannsretten enig med staten. Kontrakten har ingen post som gjelder vederlag pr. dag (eller annen tidsenhet) forlenget byggetid. De dagsatsene Marti opererer med, er *Martis* beregnede enhetspriser, ikke kontraktens. Riktignok har Marti søkt å forankre sine dagsatser i priser som går fram av kontrakten, men det betyr ikke at de dagsatsene Marti krever lagt til grunn er «kontraktens enhetspriser». Det er i denne sammenheng nok å peke på at en betydelig del

av dagsatsbeløpene skriver seg fra RS-poster som Marti har fordelt på ulike tidsperioder. Men den avtalte prisen for RS-poster er, pr. definisjon, ikke «enhetspriser». Da er de dagsatsene som framkommer heller ikke «kontraktens enhetspriser».

Det betyr at vederlagsberegningen må skje etter reglene om regningsarbeid i NS 8406 pkt. 23.4. Disse er imidlertid utformet med tanke på at entreprenøren skal ha vederlag for arbeid som blir utført, ikke for tid som går. Reglene i pkt. 23.4 tredje ledd om overslag og spesifiserte oppgaver over påløpte kostnader hver uke, eventuelt hver måned, passer derfor dårlig på denne situasjonen. Heller ikke bestemmelsene om fakturering og varsling i de spesielle kontraktsbestemmelsene C2 pkt. 19 og 20, og om dokumentasjon i C3 pkt. 2.2, lar seg enkelt praktisere når det er tale om å kreve vederlag for forlenget byggetid etter reglene om regningsarbeid. Og de er heller ikke fulgt av Marti.

Etter lagmannsrettens syn må konsekvensen av dette bli at vederlaget for forlenget byggetid, der det er aktuelt, skal fastsettes ut fra bestemmelsen i NS 8406 pkt. 23.4 fjerde ledd. Ifølge denne har entreprenøren uansett «krav på dekning av de utgifter byggherren måtte forstå at entreprenøren har hatt, med tillegg av påslag til dekning av indirekte kostnader, risiko og fortjeneste».

Sammenlignet med det som følger av hovedregelen om vederlag for regningsarbeid – nødvendige kostnader pluss påslag – representerer ikke dette nødvendigvis noen innskrenking i Martis mulighet til å få et «riktig» vederlag for forlenget byggetid. Retten viser her til at det er åpenbart at økt byggetid fører til økte kostnader for entreprenøren. Det er også nokså innlysende hva slags kostnader det er tale om og hvilke innsatsfaktorer de knytter seg til.

Det betyr i praksis at det avgjørende for utmålingen blir hva som etter bevisførselen må anses sannsynliggjort av ekstra kostnader pr. dags forlengelse av de ulike fasene av kontraktsarbeidet.

En sentral problemstilling er da hvilke krav som kan stilles til bevis for de ulike elementene som inngår i beregningen av disse dagsatsene.

Det er entreprenøren som er nærmest til å skaffe og sikre bevis, både for hvilke innsatsfaktorer det er tale om i de ulike periodene, og for størrelsen på tidskostnadene forbundet med disse. Innsatsfaktorene lar det seg, i hvert fall i prinsippet, gjøre å føre en fortløpende oversikt over underveis. Tidskostnadene er det vanskeligere å dokumentere, både fortløpende og i ettertid. Selv om det i utgangspunktet er opp til entreprenøren å føre bevis for sitt krav, må dette få betydning for kravene til bevisføring fra entreprenørens side. Kravene kan ikke settes så høyt at det i praksis blir umulig eller urimelig tyngende for entreprenøren å føre bevis for sine reelle merkostnader ved økt byggetid. Retten viser her til HR-2019-1225-A (HAB) avsnitt 86. Uttalelsen der gjelder riktignok bevis for de

økonomiske konsekvensene av plunder og heft, ikke av forlenget byggetid. Det er likevel ingen tvil om at uttalelsen har direkte overføringsverdi til vår problemstilling, jf. også den tilsvarende uttalelsen i Rt-2005-788 avsnitt 50, som er nevnt ovenfor.

Et tilleggsmoment når det gjelder bevis for de økonomiske konsekvensene av forlenget byggetid, er at behovet for bevisføring om dette kunne vært redusert betraktelig gjennom direkte kontraktsregulering.

På samme måte som vår kontrakt har et eget punkt om riggregulering ved mengdeøkning («volumrigg»), hadde det vært fullt mulig å regulere spørsmålet om vederlag for forlenget byggetid («tidsrigg») med en skjematisk bestemmelse. I vår sak er den delen av kontraktsgrunnlaget som omhandler slike spørsmål, ensidig utformet fra Vegvesenets side. Når Vegvesenet ikke har tatt bestemmelser om tidsrigg inn i kontrakten, men i stedet har valgt å overlate håndteringen av vederlag for forlenget byggetid til kontraktens generelle regler, er de bevisproblemene dette medfører noe Vegvesenet kan sies å ha valgt. Dette bør, etter lagmannsrettens syn, også tas med ved vurderingen av kravene til bevisføring fra Martis side.

Retten er på denne bakgrunn enig med Marti i at det ikke kreves at Marti, for hver enkelt innsatsfaktor, påviser konkret hvilke merkostnader som påløper pr. dag ekstra byggetid. En mer generelt basert bevisførsel kan, slik forholdene ligger an, også gi tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at det er sannsynlighetsovervekt for at en nærmere bestemt dagsats må anses å gi uttrykk for de reelle merkostnadene pluss påslag.

Ved den konkrete vurderingen av hvilke økonomiske konsekvenser Marti i dette tilfellet må anses å ha ført tilstrekkelig bevis for, har retten delt seg i et flertall og et mindretall.

*Flertallet, lagdommer Stock og lagdommer Nazarian*, tar utgangspunkt i at vederlagsjustering for forlenget byggetid som følge av byggherreforhold i noen grad må bygge på et skjønn.

Etter flertallets syn kan skjønnet ta utgangspunkt i oppsettet til Marti. Der er inntatt generelle anleggskostnader og fixkostnader til maskiner. I utgangspunktet omfatter ikke rundsumspostene for anleggskostnader kostnader til maskinparken, slik at disse er priset særskilt. Det vises til beskrivelsen av post A12.12 som lyder:

#### **12.12 Drift av rigg og midlertidige bygninger**

- a) Omfatter alle kostnader til byggeplassadministrasjon, transporter, drift av rigg og driftsbygninger med utstyr som angitt i prosess 12.11, i den grad disse kostnadene ikke inngår i egne prosesser eller i enhetsprisene. Omfatter også alle utgifter til leie, vedlikehold, renhold, renovasjon, rekvisita, hjelpematerialer, telefonutgifter, brensel, elektrisk strøm,

kokkelønn, lønn til administrasjonspersonell etc., samt opprettholdelse av nødvendige tiltak for å sikre at uvedkommende ikke får atkomst til bygge- eller anleggsplassen.

x) rund sum. Enhet: RS

\*\*\* Spesiell beskrivelse \*\*\*

c) Alle offentlige avgifter i forbindelse med riggen må betales av entreprenøren. Riggen skal fremstå med enhetlig fasade. Firmaprofileringen skal ikke overstige 1,25 m<sup>2</sup> i flate. Plassering av skilt skal godkjennes av byggherren.

De øvrige poster for anleggskostnader som er tatt med i oppsettet er beskjedne. Som det vil fremgå nedenfor har det liten betydning å gå gjennom disse post for post for å vurdere om de er tidsavhengige ettersom det samlet må utøves et nokså grovmasket skjønn.

Videre er det etter flertallets syn opplagt at en forsinkelse medfører tapt fortjeneste på maskinene/at fortjenesten per maskin per dag blir lavere enn forutsatt og at dette er noe Marti har krav på kompensasjon for.

I oppsettet over maskinkostnader har Marti i all hovedsak hentet prisene fra kontrakten, enten ved at den aktuelle maskinen er priset i tilbudet eller ved at kontraktens pris på sammenlignbar maskin er benyttet. Det er benyttet pris på maskin uten maskinfører, og er lagt til grunn 50 % av beløpet, som er ventetidsprisen i kontrakten C2 punkt 20 hvor det om maskiner er fastsatt følgende:

«Timepriser maskiner

For byggherrens innleie av entreprenørens egne og innleide maskiner, betales i henhold til entreprenørens liste over maskintimepriser.

For ventetid som skyldes byggherrens forhold betales 50 % av de oppgitte timepriser for maskiner eksklusiv fører. Førerlønn settes lik timepris for mannskap.

Maskiner som benyttes, men som ikke er prissatt på entreprenørens liste over maskintimepriser, avregnes etter den pris som er oppgitt på den maskin som ligner mest, eventuelt med en middelvei mellom priser for lignende maskiner på listen.»

Martis oppsett er altså i tråd med hvordan dette kunne blitt fakturert som regningsarbeid. Selv om det ikke ble fakturert som regningsarbeid, har det etter flertallets syn betydning for hva byggherren måtte forstå. Enten maskinene var priset kunstig høyt eller ikke, og selv om bestemmelsen er utpreget skjematisk, er dette det beløp byggherren måtte ha betalt dersom Marti hadde fulgt kontraktens regulering av regningsarbeid. Flertallet antar dessuten at det å benytte 50 % av prisen, forutsatt at prisen er reell, kan gi et nokså godt uttrykk for faktiske kostnader med påslag for fortjeneste for å ha maskinene på anlegget lengre enn forutsatt.

En annen sak er om det er problematisk å kombinere regler fra kontrakten om regningsarbeid for maskinene, som ikke er fulgt, med andre metoder for beregningen av øvrige kostnader. Dette kommer flertallet tilbake til. Flertallet vil først ta stilling til om det er sannsynliggjort at maskinene skulle benyttes i de periodene de er oppført med i oppsettet.

Flertallet vurderer det slik at maskinene er oppført i perioder hvor det fremstår som sannsynlig at denne type maskin ble benyttet. Av større poster vises til at tunnelborerigg er ført opp for hele den planlagte drivefasen, men ikke ut over dette. Dumpere er oppført med 8 stk. i hele drivefasen og de to etterfølgende månedene. Gravemaskin med pigghammer er oppført i to måneder forut for drivefasen, hele drivefasen og fem måneder deretter. Betonglastebil er oppført med 4 stk. i en måned før drivefasen, hele drivefasen og hele etterarbeidsfasen. Slik flertallet vurderer det, gjenspeiler dette oppsettet Martis naturlige behov for ulike typer maskiner i de ulike fasene av prosjektet. Flertallet finner også en viss støtte i at tingretten, som var satt med fagkyndige meddommere, ikke har hatt innvendinger til dette, selv om lagmannsretten er ubundet av tingrettens resultat.

Staten har innvendt at mange av maskinene brukes i flere perioder og at det er umulig å vite om arbeid kan knyttes til forsinkelse i en periode eller arbeid som uansett skulle pågått i den etterfølgende perioden. Det lar seg ikke gjøre å skille mellom at en maskin brukes til det den skulle i aktuelle periode og til arbeid på grunn av forlenget byggetid. Etter flertallets syn vil som nevnt ovenfor forlenget byggetid medføre at maskiner som måtte benyttes i lengre tid enn forutsatt utgjøre en kostnad som Marti kan kreve dekket.

Flertallet vurderer det også slik at Marti, for maskiner som ikke er priset i kontrakten, har brukt kontraktens priser på maskiner som er sammenlignbare med de som ble benyttet.

Etter dette gjenstår spørsmålet om betydningen av eventuell taktisk prising og av kombinasjonen av ulike metoder for å fastsette dagsraten. Når det gjelder bruk av ulike metoder, som staten har vært inne på som problematisk, bemerker flertallet at det for flertallet ikke er tale om å anvende Martis oppsett direkte, men som utgangspunkt for et skjønn. Statens innvending er et moment i den skjønnsmessige fastsettelsen av dagsraten som flertallet vil hensynta.

Flertallet er enig med mindretallet i at man ikke kan vite om anleggskostnadene er priset taktisk og er høyere enn de reelle kostnadene til dette med påslag av fortjeneste. Flertallet kan for så vidt heller ikke vite om maskinkostnadene er priset taktisk høyt. Det fremstår imidlertid ikke sannsynlig at Marti skal ha priset både maskinparken og post A12.12 kunstig høyt og samtidig ha vunnet konkurransen.

Resonnementet medfører at dersom post A12.12 er priset kunstig høyt, gir maskinprisene mest sannsynlig uttrykk for reelle kostnader med påslag for fortjeneste. Ettersom dagsraten

for maskinkostnadene er betydelig høyere enn dagsraten for post A12.12 for periode II og III, vil vederlaget for forlenget byggetid dermed bli for lavt om retten utelukkende legger til grunn beløpet i post A12.12. Selv om denne posten skulle være priset taktisk, er den ikke priset høyt nok i seg til å ta opp i seg maskinkostnadene.

Hvis derimot maskinkostnadene er priset taktisk høyt, er det ikke sannsynlig at post A12.12 er det. I så fall vil Marti ikke få dekket sine reelle merkostnader ved å få tilkjent beløpet i post A12.12. Denne posten vil jo da bare dekke generelle anleggskostnader, ikke noe ekstra, og vil da ikke dekke noen del av maskinkostnadene. Det må i så fall tilkjennes noe i tillegg.

På denne bakgrunn mener flertallet at Marti skal tilkjennes en dagsrate som er høyere enn det som følger av post A12.12. Den samlede dagsraten Marti har beregnet fremstår imidlertid for høy. Heller ikke flertallet kan se at Martis sammenligning med prosjektrengskapet rokker ved dette.

Etter en helhetsvurdering fastsetter lagmannsrettens flertall skjønnsmessig dagsraten til 170 000 kroner for periode I, 300 000 kroner for periode II, 280 000 for periode III og 160 000 for periode IV.

*Mindretallet, ekstraordinær lagdommer Krohg*, er enig med flertallet i at beregningen av dagsatser til bruk ved fastsetting av vederlag for forlenget byggetid nødvendigvis må skje med et betydelig innslag av skjønn. Men etter mindretallets syn kan ikke Martis oppsett brukes som utgangspunkt for dette skjønn.

Mindretallets innvending mot Martis oppsett knytter seg i hovedsak til den delen av dagsatsene som skal dekke tidskostnadene ved maskinparken. De grunnleggende elementene i Martis beregning av disse satsene er som nevnt kontraktens timepriser for ventetid for de enkelte maskinene ved regningsarbeid (50 % av timeprisen for regningsarbeid), og gjennomsnittlig antall timer pr. måned (ca.  $30,5 \times 24 = 730$ ). Ut fra dette beregner Marti en såkalt «leiepris» pr. måned pr. maskin, som igjen inngår i de videre beregningene. Etter mindretallets syn sier imidlertid ikke leiepriser beregnet på denne måten noe om de reelle kostnadene for Marti ved å ha maskinparken bundet opp på anlegget lenger enn den ellers ville vært. For det første er timeprisen ved regningsarbeid bare løselig knyttet til tidskostnaden, og for det andre framkommer timeprisen for venting deretter ved hjelp av en ren sjablongregel. Etter mindretallets syn betyr dette at de «leieprisene» som framkommer, framstår som vilkårlige utgangspunkter for Martis videre beregninger av dagsatser.

Martis forsøk på å underbygge beregningene ved å ta utgangspunkt i sitt eget prosjektrengskap, gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for noen annen vurdering. Mindretallet viser til at denne alternative beregningen blant annet er basert på et

skjønnsmessig anslag over hvor stor del av underskuddet Marti må ta «på egen kappe». Det er også flere andre usikkerhetsmomenter knyttet til en slik tilnærming.

I og med at tidskostnadene ved maskinparken utgjør en vesentlig del av de dagsatsene Marti opererer med, innebærer det som er sagt etter mindretallets syn at Martis beregninger ikke gir et forsvarlig utgangspunkt for å skjønne over hvilke dagsatser som skal legges til grunn ved fastsetting av vederlag for forlenget byggetid.

Alternativet er, etter mindretallets syn, å ta utgangspunkt i RS-prisen under post A12.12 «Drift av rigg og midlertidige bygninger». Denne skal ut fra beskrivelsesteksten nettopp omfatte tidskostnader i forbindelse med kontraktsarbeidene. Riktignok er det ikke uttrykkelig uttalt i kontraktsdokumentene at posten er ment å danne utgangspunkt for beregning av vederlag for forlenget byggetid. Men når de tidsavhengige kostnadene ved «drift av rigg og midlertidige bygninger» her er skilt ut fra kostnadene ved tilrigging (post 12.11) og nedrigging (post 12.13), er det i hvert fall lagt til rette for en slik bruk.

En omregning av RS-summen under A12.12 til realistiske dagsatser er likevel ikke helt enkel. For det første vil en jevn fordeling av beløpet over hele den planlagte byggetiden ikke gjenspeile at entreprenørens ressurspådrag varierer gjennom perioden. For det andre er det, som påpekt av flertallet, på det rene at RS-beløpet ikke nødvendigvis inkluderer alle tidsavhengige kostnader. Tidskostnadene ved maskinparken vil i praksis inngå som et element i enhetsprisene for de ulike postene der maskinene er ment brukt.

Den reelle betydningen av det siste forholdet er imidlertid, etter mindretallets syn, ikke nødvendigvis så stor. I den utstrekning den forlengede byggetiden har sammenheng med økt arbeidsmengde, vil deler av maskinparken ha vært i bruk i den forbindelse. Dermed vil entreprenøren ha fått oppgjør for deler av tidskostnaden gjennom vederlaget for jobben. I tillegg kommer at det uansett er usikkert hva som egentlig ligger i RS-beløpet for drift av rigg mv. Dette er en post som ofte er gjenstand for taktisk prising, i begge retninger. I praksis vil derfor kontraktens RS-beløp også kunne gi rom for noe tidskostnader ved maskinparken. Hvordan det konkret forholder seg med dette i vår sak, foreligger det ingen holdepunkter for å mene noe om. Likevel mener mindretallet at beløpet under A12.12 i dette tilfellet er det beste man har som utgangspunkt for å skjønne over dagsatser.

Ved skjønnet tar mindretallet utgangspunkt i at beløpet under A12.12, på samme måte som andre priser i kontrakten, er basert på kostnadsnivået på tilbudstidspunktet. Dette er et moment som tilsier at det heller bør skjønnes oppover enn nedover. Ut over det er det etter mindretallets syn ingen holdepunkter verken for det ene eller det andre. På denne bakgrunn er mindretallet kommet til at vederlaget for forlenget byggetid bør utmåles ut fra en dagsats på i gjennomsnitt 150 000 kroner. Siden det er klart mest sannsynlig at kostnadene ved forlengelse er større i drive- og etterarbeidsfasen enn i forarbeids- og sluttarbeidsfasen, er



mindretallet enig i at dagsatsene bør differensieres skjønnsmessig, slik at de gjenspeiler dette. Detaljene her er det ikke nødvendig for mindretallet å gå nærmere inn på.

## 5.4 Indeksregulering

Til sammen drøyt 20 millioner av Martis påstandsbeløp for lagmannsretten gjelder krav om indeksregulering av kontraktssummen på grunn av lønns- og prisstigning og krav om vederlagsjustering på grunn av endring i offentlige avgifter.

Krav som følge av endring i offentlige avgifter ble fremmet av Marti som egne KOE'er under drivefasen, og retten vil ta stilling til dem der de hører hjemme under den kronologiske gjennomgangen (KOE 041 og KOE 047).

Spørsmålet om indeksregulering på grunn av lønns- og prisstigning (LPS) gjør seg imidlertid gjeldende under en rekke KOE'er. Særlig når det gjelder KOE'er med krav om vederlagsjustering for forlenget byggetid, er partene uenige om det er grunnlag for slik regulering eller ikke. Derfor er det hensiktsmessig at retten allerede på dette stadiet drøfter de tvistepunktene som knytter seg til slik regulering.

*Tingretten* la, på bakgrunn av sin måte å beregne vederlag for forlenget byggetid på, til grunn at disse vederlagene også var gjenstand for indeksregulering.

*Marti* fastholder kravet om indeksregulering, også av vederlag for forlenget byggetid. Marti viser til at kravene er beregnet med utgangspunkt i kontraktens priser, og at det dermed er nødvendig med justering for at vederlaget skal dekke de reelle kostnadene.

*Staten* gjør, under henvisning til C3 Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 8, gjeldende at denne delen av eventuelt tilkjente tilleggsvederlag faller utenfor. Vederlag for forlenget byggetid er ikke vederlag for utført arbeid. Martis kalkulerte dagsrate er, etter statens syn, heller ikke basert på kontraktens prisgrunnlag.

*Lagmannsretten* tar utgangspunkt i NS 8406 pkt. 23.1 «Indeksregulering. Endring av offentlige gebyrer og avgifter», som har følgende ordlyd:

Er ikke annet avtalt, reguleres kontraktssummen etter bestemmelsene i NS 3405 – Bestemmelser om regulering av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale utgifter m.m., – totalindeksmetoden – med én kalendermåned som avregningsperiode.

Dette gjelder også regningsarbeider og tilleggsarbeider som skal utføres etter kontraktens enhetspriser.

Dersom tilbud gis under utførelsen, skal prisene i slike tilbud ikke prisreguleres med mindre annet avtales.

Endres offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale etter at entreprenøren inngav sitt tilbud, skal vederlaget justeres som følge av endringen uten tillagt merverdiavgift eller påslag for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.

Formålet med bestemmelsen er klart nok å legge risikoen for økte lønninger, priser osv. i kontraktperioden på byggherren. Dermed kan entreprenørene gi sine tilbud, også på langvarige prosjekter, basert på det kostnadsnivået som er kjent på tilbudstidspunktet. (At entreprenøren risikerer redusert vederlag ved fallende prisnivå, er en annen sak. Foreløpig har ikke det vært noen aktuell problemstilling.)

NS 3405 åpner for valg mellom ulike reguleringsmetoder. Av C3 Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 8 går det fram hvilken reguleringsmetode som er valgt i dette tilfellet. Bestemmelsen lyder slik:

### **8 Prisregulering**

Endringer i prisnivå etter tilbudsfristens utløp, gir rett til tillegg til eller fradrag fra kontraktens priser overensstemmende med regler for regulering av kontraktssum i NS 8406.

Endringsbeløpet for avregningsperioden beregnes etter formelen:

$$e = A \times V \times ( T / T_0 - 1 )$$

A = Summen av avdragsnotaer for avregningskvartalet basert på kontraktens priser (ekskl. merverdiavgift) og uten fradrag for eventuelt lån/forskudd og innstående beløp.

I verdien for A inkluderes også tilleggsnotaer for utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag. Eventuell kontraktsmessig justering av riggekostnader (generalomkostninger) på grunn av masseendring tas ikke med i verdi for A. Eventuell regulering ifølge pkt 9 tas med i verdi for A.

V = Regulerbar andel av kontraktssum. V = 0.9

T<sub>0</sub> = Indekstallet for det kvartalet tilbudsfristens utløp faller i.

T = Indekstallet for avregningskvartalet.

Statistikk for fjelltunnelarbeid:

Verdi av T og T<sub>0</sub> beregnes ut fra Statistisk Sentralbyrås "Byggekostnadsindeks for veganlegg, Fjelltunnel".

I tillegg til at bestemmelsen beskriver selve reguleringsformelen, inneholder den også en nærmere presisering av hvilke tilleggsnotaer som skal tas med i grunnlaget for reguleringen (A). Det avgjørende for om vederlag for forlenget byggetid i dette tilfellet skal inkluderes i A, og på den måten bli indeksregulert, er dermed om tilleggsvederlaget

faller inn under vederlag «for utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag» i punkt 8's forstand.

Språklig sett er det ikke naturlig å anse et vederlag for forlenget byggetid som vederlag for «utført arbeid». Men i og med at tilleggsarbeid ofte kan ha en tidskonsekvens er dette, etter rettens syn, likevel ikke avgjørende. Retten viser her til at presiseringen i pkt. 8 om hva som *ikke* skal inkluderes i A, tyder på at den begrensningen som eventuelt ligger i «utført arbeid» ikke er spesielt streng. Også formålet med regelen om rett til indeksregulering trekker, etter lagmannsrettens syn, i retning av at vederlag for forlenget byggetid ikke nødvendigvis faller utenfor det som omfattes av A.

Den reelle begrensningen ligger i vilkåret om at tilleggskravet må være «basert på kontraktens priser». Også dette er i realiteten et utslag av formålet med reglene. Det er bare når utregningen av vederlagskravet for forlenget byggetid er fastsatt ut fra prisnivået på tilbudsstadiet, at det økonomisk sett er nødvendig å justere for effekten av lønns- og prisstigning for at entreprenøren skal få dekket sine reelle merutgifter.

For spørsmålet om Marti har krav på å få eventuelle vederlag for forlenget byggetid indeksregulert, vil det avgjørende dermed være om flertallets beregnede dagsatser anses som «basert på kontraktens prisgrunnlag» eller ikke.

I avsnitt 5.3 ovenfor har flertallet gjort rede for hvordan man i denne saken har kommet fram til dagsatsene for beregning av vederlag for forlenget byggetid. Av redegjørelsen går det fram at utgangspunktet for beregningen har vært enkelte utvalgte poster i kontraktens prisgrunnlag. Men verken utvalget av poster, justeringen av dem, eller fordelingen av tidskostnader på de ulike fasene i kontrakten, er foretatt på bakgrunn av bestemmelser i kontrakten. Tvert om ligger det et betydelig innslag av skjønn bak stipuleringen av de forskjellige dagsatsene. Dette har også gitt mulighet for å ta i betraktning at Martis kostnadsnivå har vært gradvis økende gjennom kontraktsperioden. Etter rettens mening innebærer disse forholdene at satsene som vil bli brukt ved fastsetting av tilleggsvederlag for forlenget byggetid i denne saken, ikke kan sies å være «basert på kontraktens prisgrunnlag».

Det betyr at retten vil holde vederlag for forlenget byggetid utenfor ved beregning av LPS-påslag på de enkelte KOE'ne.

Av NS 8406 pkt. 23.1, jf. C3 pkt. 8 følger det også at enkelte andre tilleggskrav skal holdes utenfor. Det dreier seg om krav der tilleggsvederlaget blir fastsatt med utgangspunkt i priser avtalt mellom Marti og Martis underentreprenør i tilknytning til utførelsen av tilleggsarbeidet. I disse tilfellene er det grunn til å anta at prisen på tilleggsarbeidet gjenspeiler prisnivået på det aktuelle tidspunktet. Da tilsier både ordlyden i C3 pkt.8 og formålet med reguleringsbestemmelsen at det ikke er grunnlag for indeksregulering.

Et ytterligere kompliserende moment i forbindelse med indeksreguleringen i denne saken, er at Marti fremmer kravene om regulering på to ulike måter. Oppjustering med 8,58 % ligger inne i de enkelte KOE'ne som ble avregnet i forbindelse med sluttoppgjøret, mens en ytterligere oppjustering – fra 8,58 til 10,22 – blir fremmet som et eget samlekrav under overskriften «Indeksjustering». Dette har sammenheng med at den siste oppreguleringen først ble fakturert 15. juni 2018, altså etter sluttoppgjøret. Kravet «Indeksjustering» kommer retten tilbake til mot slutten av dommen (pkt. 5.10.3).

## 5.5 Prosjekterings- og anbudsfasen

Flere av Martis anførsler knytter seg til feil Vegvesenet skal ha gjort under prosjekteringen, særlig i forbindelse med beregningen av byggetid og fastsettingen av frister i kontrakten. Lagmannsretten starter derfor med en kort gjennomgang av bakgrunnen for prosjektet og selve prosjekteringsfasen. Deretter vil framstillingen følge de ulike fasene i prosjektet, fra forarbeidsfasen (pkt. 5.6), via tunneldrivefasen (pkt. 5.7) og etterarbeidsfasen (pkt. 5.8), til sluttarbeids- og nedriggingsfasen (pkt. 5.9).

Arbeidet med konkurransegrunnlag for prosjektet startet høsten 2012.

I november 2013 forelå et såkalt «Sentralt styringsdokument», utarbeidet av Vegvesenet. Her opererte man med en styringsramme for prosjektet på 1 050 millioner 2013-kroner. Ifølge dokumentet var planen at arbeidene innenfor prosjektet E6 Indre Nordnes – Skardalen skulle utlyses som fire separate hovedentrepriser:

- Ny bru over Manddalselva
- Tunnel og veg i tunnel, samt veg i dagen på Monsastubergan og Bergli
- Veg i dagen gjennom Manddalen, inkludert overgangsbru
- Elektro i tunnel

Anslått byggetid var 36 pluss 4 måneder. Anleggskontraktene var tenkt basert på NS 8406.

Det ble også utarbeidet en egen SHA-plan (sikkerhet, helse og arbeidsmiljø) for prosjekteringsfasen. Her heter det blant annet at HMS (helse, miljø, sikkerhet) «er overordnet alt», og at i tilfelle målkonflikt mellom målene HMS, kvalitet, økonomi og framdrift, var det først framdrift som måtte vike, deretter økonomi.

Kvalitetssikring av prosjektet ble gjennomført av ÅF Advansia AS og DNV GL AS. Deres rapport – KS2 – er datert 11. februar 2014. Av rapporten går det fram at kvalitetssikringsgruppen anså framdriftsplanen som realistisk, men at man savnet «dokumentasjon som begrunner forutsatt produksjonskapasitet og varighet på aktivitetene». Det går også fram at kvalitetssikringsgruppen mente at det ville vært mer

hensiktsmessig å bygge kontraktene på NS 8405, fordi denne – etter gruppens mening – «gir et bedre regime for kommunikasjon mellom partene i store og vanskelige prosjekt» enn NS 8406.

Konkurransesgrunnlaget for tunnelentreprisen ble lagt ut på Doffin – den nasjonale kunngjøringsbasen for offentlige anskaffelser – 13. juni 2014. Til forskjell fra det som hadde vært planen tidligere, var arbeidene med ny bru over Manddalselva nå gjort til en del av tunnelentreprisen. For øvrig var det ikke gjort vesentlige endringer. Det gikk fram av konkurransereglene at tildeling av kontrakten ville skje på grunnlag av laveste pris. Tilbudsfristen var 23. september 2014.

Fristene for ferdigstilling og de ulike delfristene var i samsvar med det som gikk fram av prosjektplanen, men under tilbudsbehandling 28. august 2014 ble de to første elektrodelfristene forlenget med to måneder etter spørsmål fra et av selskapene som vurderte å gi tilbud.

Det kom inn til sammen sju tilbud. Det laveste tilbudet var på 536 535 042 kroner og var inngitt av «Arbeidsfelleskapet Marti Contractors Ltd, Marti Norge AS og ÍAV hf». Nest laveste tilbud (537 852 085 kroner) var gitt av Veidekke entreprenør AS. Det høyeste tilbudet var på 614 800 607 kroner. Tildelingsbrev ble sendt Marti Norge AS 6. oktober 2014. Marti Norge AS og Marti Contractors Ltd etablerte deretter Marti Nordnes DA. Kontrakten ble inngått 24. oktober 2014, etter utløpet av karensperioden.

## **5.6 Forarbeidsfasen**

### **5.6.1 Innledning**

Forarbeidsfasen omfatter blant annet mobilisering, tilrigging, samt arbeid med tilkomst, forskjæring og etablering av påhugg. Dessuten var det fra Vegvesenets side lagt opp til at det skulle gjennomføres et «oppstartmøte» og en «samhandlingsprosess» mellom partene.

Det første samhandlingsmøtet ble gjennomført 11. november 2014. Her redegjorde Vegvesenet for sine ønsker og forventninger, blant annet når det gjaldt HMS, og Marti redegjorde for sin organisasjon og sine planer. Fra Vegvesenets side ble det blant annet presisert at kravet om ID-kort gjaldt fra første dag, og at det ikke holdt med bekreftelse på at det var søkt om kort. Marti mente at et slikt krav ikke var i samsvar med kontrakten, og at det både ville føre til fordyrelser for Martis gjennomføring av prosjektet og tap på andre prosjekter. Under henvisning til dette sendte Marti den 2. desember 2014 KOE 001. Her varslet Marti et krav om vederlagsjustering på drøyt 1,2 millioner kroner. Dette kravet ble ikke fulgt opp seinere. Da problemstillingen med krav om fysiske ID-kort ga seg konkret

utslag i februar 2016, førte det imidlertid til et nytt krav (KOE 041), som retten kommer tilbake til nedenfor.

Etter at Marti hadde levert garantierklæring og forsikringsbevis i samsvar med avtaledokumentets pkt. 6 og 7, kom de forberedende arbeidene i gang i begynnelsen av desember 2014. Disse besto for det første i å etablere riggområder i begge ender av tunnelen. Hovedriggen ble lagt i Manddalen, nær østre ende av tunnelen (Bergli). Men i og med at tunnelen skulle drives fra begge ender, var det også nødvendig å legge til rette for et riggområde ved Monsastubergan, ved den vestre enden. For det andre besto forarbeidene i mer direkte forberedelser til tunneldrivingen, i form av forskjæring og etablering av påhugg i begge ender.

Arbeidet med forskjæring og påhugg ble utført av Martis underentreprenør Rolf Jørgensen. Arbeidet gikk i hovedsak ut på å fjerne vegetasjon, jord og andre løsmasser, samt sprengning ut fjell og fjerne sprengstein, innenfor nærmere angitte profiler.

På Bergli-siden var det bebyggelse i nærheten av forskjæringen. Av hensyn til et fjøs som var ment å skulle bli stående, var det her prosjektert med en brattere profil enn ellers, og med jordnagling av den bratte skråningen for å sikre mot ras. Underveis ble dette endret. Marti tok på seg å rive fjøset og sette opp et nytt lenger unna. Dermed kunne det graves en slakere skråning, og behovet for jordnagling falt bort. Oppgjør for dette ble avtalt direkte mellom Vegvesenet og Marti.

Både ved Monsastubergan og ved Bergli tok forarbeidene lenger tid enn forutsatt. Ifølge planen som lå ved Martis tilbud, skulle påhugget på Monsastubergan være ferdig etablert i slutten av februar 2015. På Bergli-siden skulle forarbeidsfasen være avsluttet i slutten av mars, slik at tunneldrivingen fra den siden kunne starte rett etter påske 2015. I virkeligheten ble ikke den første tunnelsalven skutt før 6. mai 2015 på Monsastubergan. På Bergli-siden startet drivingen i midten av mai 2015.

Hva forsinkelsen på Monsastubergan-siden skyldes, foreligger det ingen konkrete opplysninger om fra Martis side. Når det gjelder forsinkelsen på Bergli-siden, gjør Marti gjeldende at en del skyldes vesentlig økte mengder, sammenholdt med det som gikk fram av anbudsgrunnlaget. For dette krever Marti fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid (KOE 014). Vegvesenet gjør gjeldende at forsinkelsene i hovedsak skyldes manglende styring fra Martis side, at Martis underentreprenør jobbet korte uker, og at det på Bergli-siden dessuten ble gjort konkrete feil i forbindelse med flytting av en vannledning.

Lagmannsretten legger ut fra bevisførselen til grunn at mesteparten av forsinkelsen i forarbeidsfasen – ca. to måneder, sammenlignet med Martis tilbudsplan – mest sannsynlig skyldes Martis egne forhold. Dette er likevel ikke til hinder for at Marti vil ha krav på

fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid, dersom det foreligger byggherreforhold som har hindret framdriften.

To av Martis krav knytter seg til forhold fra forarbeidsfasen. Det er KOE 014 og KOE 020. Begge gjelder blant annet krav på fristforlengelse.

### **5.6.2 KOE 014 – Økte mengder Bergli**

KOE 014 ble sendt 19. mars 2015. Marti varslet her krav om fristforlengelse på grunn av «økning av masseuttak ved Bergli påhugg». Det ble vist til at Marti samme dag hadde «profilert utgraving av område ved Bergli og det er ca. 30 000 m<sup>3</sup> som er tatt ut i området. Dette er en betydelig mengdeendring i forhold til kontrakt og vi vil derfor varsle krav om fristforlengelse for disse forholdene.» Fristforlengelseskravet ble anslått til 3 uker.

KOE 014 ble revidert i forbindelse med sluttoppgjøret. Her ble faktiske mengder oppgitt til 39 069 fm<sup>3</sup>, kontraktens mengder til 31 029 fm<sup>3</sup>, og økningen til 8 055 fm<sup>3</sup>. Med utgangspunkt i en planlagt kapasitet på 554 fm<sup>3</sup> pr. dag ble den direkte effekten av forholdet beregnet til 15 arbeidsdager. Omregnet med Martis faktormetode ga dette et fristforlengelseskrav på delfrist 1 (gjenåpning av fv. 322 over Bergli-portalen) på 19 dager. Siden forholdet bare hadde konsekvenser for oppstart av tunneldrivingen fra Bergli-siden, krevde Marti bare 9 kalenderdager fristforlengelse på sluttfristen og de to første elektrodelfristene. Samtidig krevde Marti vederlag for 9,5 dag forlenget byggetid påløpt i forarbeidsfasen (inkludert 8,58 % LPS-regulering) med 2 183 263 kroner.

For tingretten ble kravet noe justert på bakgrunn av endrete mengde- og kapasitetsberegninger. Faktiske mengder ble oppgitt til 39 084 fm<sup>3</sup>, kontraktens mengder til 31 992 fm<sup>3</sup> og antatt kapasitet til 571 m<sup>3</sup> pr. dag. Den direkte effekten ble da 12,4 arbeidsdager. Etter omregning krevde Marti 16 kalenderdager fristforlengelse på delfrist 1 og 8 dager på øvrige frister. Kravet om vederlagsjustering for forlenget byggetid var på 1 838 537 kroner.

*Tingretten* la til grunn at Marti ikke hadde sannsynliggjort en mengdeøkning som i vesentlig grad oversteg det Marti burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten, jf. NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd. Dette gjaldt både på postnivå og – slik Marti hadde lagt opp til – når alle de aktuelle postene ble vurdert under ett. Tingretten tilkjente derfor verken fristforlengelse eller vederlag for forlenget byggetid.

*Marti* gjør gjeldende at mengdeøkningen i dette tilfellet skal vurderes under ett, det vil si samlet for alle de relevante postene i prosesskoden. Mengdeøkningen framkommer ved å sammenholde faktiske mengder innenfor teoretisk profil ifølge oppmålingsrapport av 22. mai 2015 – 39 084 fm<sup>3</sup> – med kontraktens mengder. Kontraktens mengder, fordelt mellom

Bergli og Monsastubergan og omregnet til faste masser, er beregnet til 31 992 fm<sup>3</sup>. Økningen på 23 % er vesentlig og må gi grunnlag for fristforlengelse, særlig når det tas i betraktning at det ikke var mulig å starte tunneldrivingen før massene var fjernet. Forsinkelsen som arbeidet med de økte massene medførte, er beregnet med utgangspunkt i underentreprenørens gjennomsnittlige kapasitet på 571 m<sup>3</sup> pr. arbeidsdag. Det er tale om et ekstra tidsbehov på 12,4 arbeidsdager, tilsvarende 16,1 kalenderdager. Hindringen virket direkte på delfrist 1 (gjenåpning av fv. 332 over Bergli-portalen). Derfor kreves 16 dagers forlengelse på denne fristen. Siden forholdet ikke forsinket oppstarten av tunneldrivingen fra Monsastubergan-siden, kreves bare 8 dager forlengelse på øvrige frister. I og med at forsinkelsen inntraff i forarbeidsfasen, er vederlaget for forlenget byggetid beregnet etter en dagsats på 209 901 kroner.

*Staten* bestrider kravene. Martis mengdeberegninger kan ikke legges til grunn. I den grad det er tale om en mengdeøkning, er det tale om mindre mengder, og i hvert fall ikke så mye at vesentlighetskravet i kontrakten er overskredet. Dessuten oppveies en eventuell mengdeøkning av at arbeidet med jordnagling bortfalt. Forsinkelsen i forarbeidsfasen skyldes ene og alene Martis eget forhold.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten. Marti har ikke sannsynliggjort et avvik mellom prosjekterte og faktiske mengder som kan gi grunnlag for fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid.

For at en mengdeøkning skal gi grunnlag for krav om fristforlengelse og vederlagsjustering, må den utgjøre en «endring» i kontraktens forstand. Dette er nærmere regulert i NS 8406 pkt. 19.1 fjerde ledd, som lyder slik:

«Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring i forhold til disse bestemmelsene med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten».

Regelen legger opp til en vurdering i to trinn: Først skal man sammenligne prosjekterte og faktiske mengder. Deretter skal man vurdere om avviket «i vesentlig grad» overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning.

Den klare hovedregelen er at sammenligningen mellom prosjekterte og faktiske mengder skal foretas post for post. Der en tydelig definert oppgave er beskrevet ved hjelp av flere ulike poster, kan det likevel være naturlig å vurdere de samlede prosjekterte mengder opp mot de samlede faktiske. Det kan for eksempel være tilfelle der oppgaven er å utføre forskjæringen til en tunnel. Den reelle problemstillingen vil da være om arbeidet med forskjæringen, samlet sett, er blitt vesentlig mer arbeidskrevende enn entreprenøren burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten. Med tanke på en slik problemstilling vil det riktignok ofte være mer relevant hvordan massene fordeler seg mellom de enkelte



postene, enn om det samlede volumet øker. For eksempel går retten ut fra at økt arbeidsmengde på grunn av økte mengder fjellmasse ikke automatisk blir kompensert for ved tilsvarende reduksjon av mengden løsmasser. Der mengdeforholdet mellom de ulike typene masse ikke endres, vil imidlertid en økning av samlede faktiske mengder ha direkte betydning for arbeidsomfanget.

I denne saken er det ingen holdepunkter for at fordelingen mellom fjellmasser og løsmasser ble annerledes enn postene i anbudsgrunnlaget kunne tyde på. Etter rettens syn er det dermed i prinsippet ikke noe til hinder for at sammenligningen i vår sak skjer samlet, slik Martis beregninger forutsetter.

I praksis er det imidlertid vanskelig å gjennomføre en sammenligning mellom prosjekterte og faktiske mengder når det gjelder forskjæringen på Bergli. Det gjelder både på postnivå og samlet for hele arbeidet med forskjæringen. Det skyldes at anbudsgrunnlaget ikke er lagt opp på en måte som gjør at mengdene i tilknytning til forskjæringen på Bergli kan leses direkte ut av kontraktens prisskjema. Tre av de fem postene som i tilfelle må tas i betraktning, angir mengder for begge forskjæringene (Bergli og Monsastubergan) under ett. Det gjelder postene for «vegetasjonsdekke» (2 800 fm<sup>3</sup>), «jordmasser til bakkeplanering» (2 522 fm<sup>3</sup>) og «fjellmasse som skal sprenges» (21 649 fm<sup>3</sup>). I tillegg kommer at posten for «jordmasser til støyvoll», som bare gjelder Bergli, angir prosjektert mengde – 20 000 m<sup>3</sup> – som «anbrakt», ikke fast.

For Martis krav basert på mengdeøkning har dette betydning på to måter. For det første betyr det at den størrelsen Marti opererer med som «prosjekterte mengder» på Bergli-siden, ikke kan legges til grunn som kontraktens prosjekterte mengder uten videre. Martis «prosjekterte mengder» framkommer blant annet ved at de tre fellespostene er fordelt 50/50 mellom de to forskjæringene. Etter rettens syn er dette en helt tilfeldig fordeling. De to områdene ved Bergli og Monsastubergan var ulike, og det er ingen holdepunkter for at det for eksempel skulle sprenges ut like mye fjell begge steder. Allerede av den grunn blir en sammenligning mellom faktiske og prosjekterte mengder i dette tilfellet usikker.

For det andre innebærer den måten anbudsgrunnlaget er redigert på, at Martis tids- og ressursplanlegging ikke utelukkende kunne baseres på de oppgitte mengdene. For å gjøre realistiske anslag over tids- og ressursbehovet ved hver av de to forskjæringene, var det i tillegg nødvendig å ta i betraktning de faktiske forholdene. Slik retten forstår det ville for eksempel samlede mengder innenfor teoretisk profil for hver forskjæring kunne beregnes med utgangspunkt i Vegvesenets tegningsmateriale. Hvis Marti bare har planlagt ut fra en 50/50-fordeling av kontraktens mengder, vil et eventuelt mengdeavvik i den størrelsesorden det eventuelt er tale om her, vanskelig kunne sies å overstige det Marti burde tatt i betraktning, jf. NS 8406 pkt. 19.1 fjerde ledd.

I tillegg kommer at heller ikke Martis oppgave over faktiske mengder i dette tilfellet kan legges til grunn som sannsynliggjort. Retten minner her om at det er mengder innenfor teoretisk profil som er relevant i denne sammenheng. Forskjæringsprofilen på Bergli var ikke endret underveis, og denne mengdeberegningen skulle dermed kunne utføres som en rent teknisk regneoperasjon basert på tegningsgrunnlaget. Martis endelige tall for masser innenfor teoretisk profil – 39 084 fm<sup>3</sup> – stammer imidlertid fra en rapport utarbeidet av et oppmålingsfirma på oppdrag fra Marti. Når dette tallet dessuten avviker markert fra de «ca. 30 000 m<sup>3</sup>» Marti begrunnet den opprinnelige KOE'n med etter profileringen den 19. mars 2015, er det etter lagmannsrettens syn klart at heller ikke dette elementet i kravgrunnlaget kan legges til grunn.

Anken som gjelder KOE 014 kan dermed ikke tas til følge. Marti tilkjennes verken fristforlengelser eller vederlagsjustering.

### **5.6.3 KOE 020 – Manglende grunnlagsdata**

KOE 020 ble satt fram 9. september 2015. Marti varslet her krav om 5 dager fristforlengelse, samt dekning av alle direkte og indirekte kostnader i forbindelse med merforbruk av tid grunnet ufullstendige grunnlagsdata for utsprenging av portalområdene.

Tidsforbruket hadde sammenheng med at det, etter at de opprinnelige arbeidene med portalområdene var avsluttet, hadde vist seg nødvendig å senke nivået i bunnen ytterligere for å få plass til portalfundamentene. Årsaken var at underentreprenøren bare hadde sprengt etter de dataene som gikk fram av U-tegningene (tverrprofilen), og ikke også tatt hensyn til data fra K-tegningene (konstruksjonstegningene for portalene).

Kravet ble revidert i forbindelse med sluttoppgjøret. For tingretten ble det bare krevd 1 dags utsettelse av alle frister. Det økonomiske kravet var beregnet til 391 426 kroner, hvorav 311 912 kroner for forlenget byggetid.

*Tingretten* ga Marti delvis medhold. Etter tingrettens syn var det uheldig at U-tegningene ikke inneholdt alt av sprengningsdata. Når i tillegg Marti, i to byggemøter, hadde rettet henvendelse til Vegvesenet med spørsmål om U-tegningene uten at problemene ble avklart, mente tingretten at Vegvesenets tegningsleveranse måtte anses uklar, og at forholdet var byggherrens risiko. Men siden tingretten la til grunn at ettersprengingen først ble utført i august 2015, anså ikke tingretten disse arbeidene for å ha ligget på kritisk linje. Tingretten ga derfor verken fristforlengelse eller vederlag for forlenget byggetid. Derimot tilkjente tingretten 44 675 kroner for leie av maskiner etter kontraktens enhetspriser. Øvrige utgifter ble ikke ansett dokumentert.

Begge parter har anket over tingrettens avgjørelse på dette punktet.

*Marti* opprettholder kravet fra sluttoppgjøret. Tingretten tar feil når den legger til grunn at arbeidene ikke påvirket framdriften. Ettersprengingen på Bergli ble utført 29. og 30. april 2015. Dette går fram av timelister fra underentreprenøren. Planlagt oppstart av tunneldriving fra Bergli-siden ble forsinket i to dager. Grunnen til at det bare kreves 1 dags fristforlengelse, er at drivingen fra Monsastubergan ikke ble påvirket. Her var det sprengt tilstrekkelig dypt i utgangspunktet. Det var bare behov for litt ekstra pigging.

*Staten* gjør gjeldende at det ikke foreligger uklarheter i tegningsgrunnlaget som Vegvesenet leverte til *Marti*. Tingretten tar feil når den legger til grunn at det var «uheldig» at U-tegningene ikke inneholdt alt av sprengningsdata. Det er ikke vanlig at U-tegninger inneholder alle data. Konstruksjonsdata går fram av K-tegninger. Entreprenøren må se U- og K-tegninger i sammenheng. *Martis* henvendelser til Vegvesenet om U-tegningene gjaldt om det var feil eller mangler ved disse. Det var det ikke. *Marti* pekte ikke konkret på hva som var problemet. Vegvesenet forsto ikke at det *Marti* i realiteten etterspurte, var data for sprenging av portalfundamentene.

*Lagmannsretten* er kommet til at statens anke må tas til følge.

Det er på det rene at U-tegningene og K-tegningene samlet sett inneholdt alt som trengtes av data for at portalområdet skulle bli riktig utsprengt. Det er også på det rene at begge sett tegninger var tilgjengelige for *Marti*.

Ut fra bevisføringen synes det for lagmannsretten også på det rene at det er helt normalt at entreprenøren må kombinere data fra U- og K-tegninger for å få et fullstendig grunnlag for å spreng ut et portalområde. I utgangspunktet innebærer det derfor ingen feil eller uklarhet at alle sprengningsdata ikke var lagt inn i U-tegningene i dette tilfellet.

Det som det derimot kan reises spørsmål om, er Vegvesenets håndtering av *Martis* henvendelser om U-tegningene. Innebærer det en form for manglende medvirkning fra Vegvesenets side at disse henvendelsene ikke førte til en oppklaring?

Den første henvendelsen fra *Marti* om dette skjedde i byggemøte nr. 5 den 10. mars 2015. I byggemøtereferatet står det følgende:

Entreprenøren etterspør om tegninger er komplette for portal v/Bergli. Gjennomgang av tegninger av byggherre avdekket ikke mangler på tegninger. Visst det er ønskelig kan byggherre prøve å få til ett møte med planlegger, byggherre og entreprenør for gjennomgang av tegninger.

Neste gang spørsmålet ble tatt opp, var i byggemøte nr. 8 den 28. april 2014. I referatet står det, under overskriften «Byggherrens leveranser»:

Entreprenøren mener at det er avvik mellom digital vegmodell og tegninger. De kan ikke sette finger på hva som er avviket. Dette tas opp i geo møte i dag kl 15:00

Da dette møtet ble holdt, hadde imidlertid underentreprenøren allerede gjort seg ferdig med utsprengingen av portalområdet basert på de opplysningene som gikk fram av U-tegningene. Ut fra disse referatene er det, etter lagmannsrettens syn, ikke grunnlag for å pålegge Vegvesenet risikoen for at portalområdet ble sprengt ut feil i første omgang. Ved den første henvendelsen tilbød Vegvesenet et møte om saken, hvis det var ønskelig. Dette var, etter lagmannsrettens syn, en konstruktiv tilnærming fra Vegvesenets side. Hvis Marti hadde fulgt opp og bedt om et slikt møte, ville høyst sannsynlig problemet blitt avklart. Også den andre henvendelsen ble, slik lagmannsretten ser det, håndtert på en adekvat måte fra Vegvesenets side.

Staten må dermed gis medhold i sin anke på dette punktet. Marti tilkjennes verken fristforlengelse eller vederlagsjustering under KOE 020.

#### **5.6.4 Oppsummering fristforlengelser - forarbeidsfasen**

Det er ikke tilkjent noen fristforlengelser så langt.

### **5.7 Tunneldrivefasen**

#### **5.7.1 Innledning**

Arbeidet i denne fasen besto for det første i selve sprengningen av tunnelen, og i å transportere bort sprengt stein. Arbeidene foregikk som nevnt fra begge ender av tunnelen, men det foregikk også mye arbeid i dagen.

Mesteparten av arbeidene i dagen skjedde på Monsastubergan-siden. Her ble det blant annet bygget en kai for utskipping av stein, det ble utført arbeid med erosjonssikring mot sjøen, og overskuddsmasser ble transportert bort. Både ved Monsastubergan og ved Bergli kom man etter hvert i gang med å bygge portaler ved tunnelåpningene. Og på Bergli-siden begynte arbeidet med ny bru over Mandalselva.

Stein fra tunnelen, som det ikke var bruk for i prosjektet, var planlagt dumpet i sjøen. Opprinnelig var det lagt opp til at utskippingen av tunnelstein skulle skje fra to steder, begge på Monsastubergan-siden. Stein som ble lastet ut på Bergli-siden, og som skulle dumpes,

måtte med andre ord mellomlagres på Bergli-siden og deretter fraktes rundt fjellet langs E6 på lastebil.

I følge Martis tilbudsplan skulle tunnelen være ferdig drevet til gjennomslag i månedsskiftet mai/juni 2016. Bygging av portalen på Bergli skulle påbegynnes etter sommerferien 2015, og gjenåpning av fv. 332 over portalen skulle skje innen fristen 31. oktober 2015.

På grunn av at forarbeidene til tunneldrivingen ble forsinket, jf. ovenfor, laget Marti en revidert framdriftsplan. Planen ble lagt fram 10. mai 2015.. Her var tidspunkt for gjennomslag forskjøvet til juli/august 2016. Kontraktens frister skulle ifølge planen likevel nås.

Men også i denne fasen oppsto det forsinkelser. Gjennomslag skjedde ikke før 7. desember 2016, altså litt i overkant av 6 måneder senere enn opprinnelig planlagt, og drøye 4 måneder etter den reviderte framdriftsplanen. Og åpningen av fv. 332 over Bergli-portalene, som hadde frist til 31. oktober 2015, fant først sted 15. desember 2015.

Det er flere forhold som kan bidra til å forklare forsinkelsene under drivingen.

Framdriften under tunneldriving bestemmes av arbeidet på stoff. Ved konvensjonell tunneldrift, som i dette tilfellet, skjer arbeidet i form av sykluser som gjentar seg. Hver syklus består av en rekke arbeidsoperasjoner. De sentrale operasjonene er stikning, boring, lading, sprenging, ventilering av tunnelen, opplasting og uttransport av sprengte masser, etterrensk og arbeidssikring. Disse operasjonene må nødvendigvis gjennomføres i denne rekkefølgen. I tillegg er det behov for å bygge og vedlikeholde en midlertidig anleggsveg inne i tunnelen, slik at sprengte masser kan transporteres ut.

Inndriften pr. uke avhenger av inndrift pr. salve og hvor mange salver man klarer i løpet av uka.

Utstyret Marti brukte ga en inndrift pr. salve på i underkant av 5 meter, forutsatt at salven gikk av som den skulle. For å oppnå 100 meter inndrift pr. uke, som var det både Vegvesenets beregning av byggetiden og Martis tilbudsplan i praksis innebar, var man altså avhengig av ca. 11 vellykkede salver pr. uke på hver stoff i gjennomsnitt over hele driveperioden.

En viktig faktor blir dermed hvor mange timer det kan arbeides på stoff pr. uke. Jo flere timer på stoff, desto større inndrift er det mulig å oppnå. Samtidig er det klart at timer på stoff ikke er den eneste faktoren som bestemmer hvor fort tunnelen blir drevet. Som nevnt er det også sentralt at hver salve er vellykket. Hvis noe går galt («pilsalve»), brytes for det første mindre fjell enn planlagt. Dessuten tar det lengre tid å klargjøre for en ny salve. Det

skyldes blant annet et man må forsikre seg om at det ikke ligger igjen udetonert sprengstoff i fjellet før man begynner å bore på nytt.

I tillegg er det viktig at de øvrige operasjonene i syklusen flyter som de skal. Særlig gjelder dette opplasting og uttransport av sprengte masser. Før disse massene er fjernet, kan man ikke komme i gang med resten av arbeidet som må utføres før man kan starte en ny salvesyklus.

Marti har lagt fram opplysninger som tilsier at gjennomsnittlig inndrift pr. uke over hele driveperioden, unntatt første og siste uke, var på 72 meter på begge stuffer til sammen, altså nesten 30 % mindre enn det som var nødvendig for å holde planen.

Ifølge Marti er en stor del av forklaringen på at inndriften ikke ble høyere, at Marti ble forhindret fra å arbeide så mange timer på stoff som planlagt. Den klart viktigste hindringen var at Marti ikke fikk anledning til å praktisere arbeidstidsordningen som var lagt til grunn for tilbudet (KOE 063). Dessuten nektet Vegvesenet nyankomne tunnelarbeidere adgang til anlegget før de fysisk var i besittelse av gyldige ID-kort. Dette førte til mannskapsmangel og færre timer arbeidet på stoff (KOE 040). Stans i arbeidene og restriksjoner på grunn av behov for utbedring av den midlertidige vegbanen inne i tunnelen førte også til færre arbeidstimer på stoff (KOE 019). Behov for ettersprenging for portalfundamentet på Bergli medførte også at det ikke kunne arbeides på stoff en periode (KOE 020). En annen grunn til at inndriften ble lav, var at Marti ikke fikk dispensasjon til å bruke sine medbrakte dumpere til å krysse E6 ved Monsastubergan. Ifølge Marti sinket dette uttransporten av sprengte masser fra tunnelen. Dermed tok hver salvesyklus lenger tid (KOE 096).

Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til disse forholdene under behandlingen av de konkrete kravene nedenfor.

Men i tillegg er det også andre mulige forklaringer på at Martis inndrift ble for lav til at tidsplanen kunne holde. Fra Vegvesenets side er det særlig pekt på manglende kompetanse hos Martis folk. Dels manglet tydelig ledelse, dels virket det som om folkene som arbeidet på stoff ikke var vant til den typen utstyr og fjell som det var tale om. Ifølge Vegvesenet resulterte dette i salver som ofte ikke ga mer enn 2-3 meters brytning, og at det i gjennomsnitt fram til midt i juni 2015 bare ble sprengt en salve pr. dag pr. stoff. Dette bedret seg etter en tid, men ifølge Vegvesenet førte utskifting av mannskap senere til at inndriften på ny ble redusert som følge av at det nye mannskapet igjen manglet relevant kompetanse og erfaring.

Marti bestrider at slike forhold er av betydning for vurderingen av tidskravene i KOE'ne nevnt ovenfor. Retten er ikke enig i det. Andre årsaker til forsinkelse vil riktignok være irrelevante når det gjelder spørsmålet om de påberopte forholdene utgjør byggherreforhold

som har virket framdriftshindrende. Men ved vurderingen av hvilken effekt på framdriften de har hatt, vil det – i hvert fall slik denne saken ligger an – være av betydning om andre forhold også har ført til forsinkelse. Det skyldes at Martis krav om fristforlengelse i denne saken i stor grad bygger på kalkulasjoner, som ikke nødvendigvis gir uttrykk for den virkelige virkningen av framdriftshindringen. Der retten kommer til at Marti har krav på fristforlengelse, vil fastsettingen derfor måtte skje med et visst innslag av skjønn. Og da må betydningen av eventuelle andre forsinkelsesårsaker tas i betraktning som en del av skjønnet.

Etter rettens syn er det klart sannsynliggjort at en del av den reduserte inndriften skyldes forhold Marti selv har risikoen for. Retten viser her til det som går fram av flere møtereferater fra den aktuelle perioden. Både i ordinære byggemøter og særskilte framdriftsmøter uttrykte Vegvesenet sterk bekymring for framdriften. Referatene inneholder også konkrete beskrivelser av forhold som tyder på at måten Marti drev på skapte forsinkelser. Et eksempel er referatet fra framdriftsmøte nr. 2, som ble holdt 20. mai 2015. Her heter det blant annet:

«Pr i dag går det ca 24 timer mellom hver salve på hver stuff. Tid målt på lasting av en salve med dårlig brytning (dvs 3-4) er 4-5 timer. Det ser ikke ut som operatører er vant med slikt utstyr. Dette er 3 ganger tiden som er normalt. Boring av salver går lenger tid en det som er normalt (2 timer lengere) noe som kan henges på data/kalibrering av rigg. De må merke kontur bue med kikkert og mann oppe i korg. Denne operasjonen bruker de ca 1 time på. Det går også lang tid på bolting når operatør kun tar en bolt med seg i korgen og må kjøre korgen opp og ned for hver bolt. Når sprøytebil er klar for sprøyting står de gjerne og venter på betong (opp mot 2 timer). Bestillinger som byggherre gjør i forbindelse med kartlegging ser til tider ikke ut som når frem. Byggherre bestiller og utførelsen er en helt annen enn det som er bestilt. Boreriggen har feil på data/kalibrering noe som gjør at de første salver er sprengt noe for trangt. 15-20 meter på Monsastuebergan og 3 meter på Bergli. Generelt liten plan og flyt i arbeidet. Det ser også ut som om nordiske ledere sliter med å få gjennomslag for sine synspunkter på driften.»

Etter rettens syn er disse referatene tidsnære bevis som har stor verdi i vår sammenheng. Riktignok er referatene ført i pennen av Vegvesenets folk, noe de også bærer preg av. Men det var adgang for Marti til å kommentere. Retten viser her til referatet fra framdriftsmøte nr. 3, som ble holdt den 11. juni 2015. Under pkt. 3 «Byggherrens bekymring» står det blant annet:

Kompetanse i prosjektet opp mot det som er angitt i tilbudet

- Dårlig start: Dårlig stedlig ledelse i tilriggingsfasen
- Kun én person som stod i Marti's tilbud har vært på anlegget (betong)
- Tunnelkompetanse ? Har Marti den nødvendige kompetansen for å takle variasjoner og jobben generelt?

Kommentar fra Marti:

- Marti har gjort endringer i sin administrasjon, og har gjort noen grep for
- å forbedre kommunikasjonen
- Marti mener at de har god tunnelkompetanse

I denne sammenheng er også grunn til å nevne at Vegvesenet 30. mai 2016, altså et snaut år seinere, tok initiativ til et møte mellom ledelsen i Vegvesenet og ledelsen i Marti. Bakgrunnen var at framdriften på dette tidspunktet var ytterligere forsinket. I brevet til ledelsen av Marti GmbH i Sveits skrev Vegvesenet blant annet at forsinkelsessituasjonen

«entitles Statens vegvesen to terminate the agreement, and consequently entitles Statens vegvesen to, inter alia, (i) accrued liquidated damages and (ii) compensation for all costs which will incur in having the project finalized by another contractor.»

Møtet ble holdt i Oslo 7. juni 2016. Fra Vegvesenet møtte avdelingsdirektør Stein Johnny Johansen, mens Marti GmbH møtte med styreleder Andreas Reber. Det var også advokater til stede.

Det foreligger ikke noe referat fra møtet. Noen dager etter møtet skrev imidlertid Marti ved daglig leder Åsmund Ellingsen et lengre brev til Vegvesenet. Her bestred Ellingsen at det forelå hevningsgrunnlag, samtidig som han gjorde rede for tiltak Marti hadde iverksatt og ville iverksette for å styrke sin kapasitet på prosjektet. Dessuten pekte han på en del samarbeidsproblemer Marti hadde opplevd på anlegget, blant annet Vegvesenets håndheving av ID-kortkravet, som ifølge Ellingsen skapte unødvendige problemer for Marti. Dette er, etter lagmannsrettens syn, også et tidsnært bevis av betydning.

Som allerede nevnt er det ikke nødvendig for retten å ta konkret stilling til hvor stor del av forsinkelsene under drivefasen Marti selv har ansvaret for. Det sentrale er at retten på bakgrunn av bevisene må legge til grunn som mest sannsynlig at en del av de framdriftsproblemene som oppsto, ikke skyldtes byggherreforhold. Når retten nå begynner behandlingen av de enkelte KOE'ne fra driveperioden, er dette noe som naturlig inngår som en del av bakteppet for rettens vurderinger. Retten minner i denne forbindelse om at drivingen tok ca. 4 måneder lengre tid enn forutsatt i den reviderte framdriftsplanen fra mai 2015. Samtidig utgjør Martis samlede krav på fristforlengelse for forhold i drivefasen ca. 135 dager, tilsvarende ca. 4,5 måneder.

### **5.7.2 Tidskrav i drivefasen**

Retten har funnet det hensiktsmessig først å ta stilling til de KOE'ne som inneholder tidskrav, mest mulig i kronologisk rekkefølge. Dette gjelder KOE 063, KOE 096, KOE 019 og KOE 040.



### 5.7.3 KOE 063 – Forbud mot nattarbeid

KOE 063 ble satt fram 23. november 2016. Her varslet Marti krav om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid på grunn av «forbud mot nattarbeid».

Et nærmere begrunnet og konkretisert krav ble satt fram i forbindelse med sluttoppgjøret. Under henvisning til problematikken med nattarbeid og arbeidstidsordninger krevde Marti 24 dagers fristforlengelse på delfrist 1 (gjenåpning av fv. 332 over Bergli-portalen) og 105 dagers forlengelse på øvrige frister. Kravet om vederlagsjustering utgjorde 69 989 544 kroner, inkludert 8,58 % LPS-tillegg. Av dette gjaldt 42 979 112 kroner vederlag for forlenget byggetid, mens resten – drøyt 27 millioner kroner – gjaldt kostnader ved forsering pådratt under etterarbeidsfasen. Som grunnlag for kravet gjorde Marti blant annet gjeldende at Vegvesenet hadde gjort feil under beregningen av byggetid. Subsidiært anførte Marti manglende medvirkning/illojal opptreden fra Vegvesenets side i forbindelse med at Arbeidstilsynet vedtok å pålegge Marti stans i alt nattarbeid høsten 2015.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Når det gjaldt byggetiden, var tingretten enig i at Vegvesenet hadde gjort feil, og at fristene var knappe. Men etter tingrettens syn var de likevel mulige å nå, og Marti hadde uansett påtatt seg risikoen ved å ferdigstille arbeidene til avtalt tid ved å inngå kontrakten. Når det gjaldt pålegget om å stanse alt nattarbeid, var tingretten enig med Marti i at Vegvesenet hadde opptrådt illojalt. Etter tingrettens syn var det likevel uten betydning, fordi Arbeidstilsynet etter tingrettens syn ville kommet til samme resultat også dersom Vegvesenet hadde støttet Marti overfor Arbeidstilsynet.

For lagmannsretten har Marti frafalt den delen av vederlagskravet som gjelder forsering i etterarbeidsfasen. Kravet om vederlag for forlenget byggetid er justert til 42 414 426 kroner (inkludert 10,22 % LPS-tillegg) er opprettholdt. Det samme gjelder kravene på fristforlengelse; 24 kalenderdager på delfrist 1 og 105 kalenderdager på øvrige frister.

*Marti* gjør prinsipalt gjeldende at Vegvesenet har gjort feil i sin framdriftsplanlegging. Feilen har forplantet seg til SHA-planen. Denne inngår som en del av anbudsgrunnlaget, og feil her har Vegvesenet som byggherre risikoen for, jf. NS 8406 pkt. 18.1 bokstav a. Feilen består særlig i at elektrodelfristene er satt for tidlig. Dette har sammenheng med at SHA-planens framdriftsplan er fastsatt uten at det er avsatt tilstrekkelig tid til selve tunneldrivingen. Drivetiden er planlagt med bruk av fast nattarbeid, noe som ifølge Marti innebærer at Vegvesenet har handlet i strid med sin plikt etter byggherreforskriften § 5 andre ledd bokstav. Dessuten er det uansett lagt til grunn urealistisk høy inndrift pr. uke. Det vises her spesielt til redegjørelsene fra Martis sakkyndige vitne, professor Eivind Grøv. Vegvesenet har heller ikke tatt hensyn til kritiske innspill som gikk fram av kvalitetssikringsrapporten. Subsidiært gjør Marti gjeldende at Vegvesenet må bære risikoen for den forutsetningsvikt som oppsto ved at Marti ikke kunne arbeide døgnkontinuerlig. I tillegg til feilene i forbindelse med framdriftsplanleggingen viser Marti

her særlig til at anbudsgrunnlaget mangler en uttrykkelig opplysning om at drivetiden var basert på en snever unntaksregel i arbeidsmiljøloven. Når det i tillegg tas hensyn til at Vegvesenet aktivt motarbeidet Marti overfor Arbeidstilsynet når det gjaldt spørsmålet om nattarbeid høsten 2015, innebærer dette også manglende medvirkning fra Vegvesenets side og gir grunnlag for krav etter NS 8406 pkt. 19.4, alternativt avtaleloven § 36. Atter subsidiært anføres illojaliteten som selvstendig grunnlag for deler av kravet. Ved vurderingen av om det er årsakssammenheng, må det i så fall legges til grunn en omvendt bevisbyrde.

*Staten* bestrider kravet. Det er ikke gjort feil ved beregningen av drivetid. Vegvesenet har lagt til grunn den 12/9 skiftordningen (12 dager på, 9 dager fri) som er vanlig i tunnelbransjen. Ordningen gir mulighet for å drive med to skift mellom kl. 0600 og 0200, og for betongspruting i tidsrommet mellom kl. 0200 og 0600. Med en slik ordning, og i godt fjell, er 50 meter inndrift pr. uke pr. stuff etter Vegvesenets praktiske erfaring fullt realistisk. Marti har selv risikoen for at man ikke innrettet seg etter det norske regelverket om arbeidstidsordninger. Regler om begrensninger i arbeidstid og adgang til nattarbeid er en naturlig del av ethvert lands arbeidsmiljølovgivning, og Vegvesenet hadde ingen plikt eller foranledning til å opplyse om innholdet i de norske reglene og ordningene i konkurransegrunnlaget. Tingretten tar feil når den anser Vegvesenet for å ha opptrådt illojalt i forbindelse med Arbeidstilsynets saksbehandling høsten 2015, men har rett i at dette forholdet var uten betydning for at søknaden ble avslått. Subsidiært bestrides Martis utmåling av kravet. Det mangler konkret oversikt både over hva Marti hadde planlagt når det gjelder skiftordninger, og over hvordan det faktisk ble arbeidet fram til november 2015. Ved en eventuell utmåling må det legges betydelig vekt på at omfanget av kravet ikke ble varslet før i forbindelse med sluttoppgjøret.

*Lagmannsretten* er kommet til at størstedelen av Martis krav ikke kan føre fram, men at Vegvesenets opptreden i tilknytning til Arbeidstilsynets saksbehandling om ulovlig nattarbeid høsten 2015 gir grunnlag for et mindre krav om fristforlengelse og vederlagsjustering.

Det siste kommer retten tilbake til nedenfor. Først er det nødvendig å begrunne rettens standpunkt til Martis mer omfattende påstandsgrunnlag nærmere.

Et sentralt element, både i det primære og subsidiære påstandsgrunnlaget, er at Vegvesenet har beregnet drivetiden feil. Som begrunnelse viser Marti til to ulike forhold. Det ene er at Vegvesenet, i strid med det som hevdes å følge av byggherreforskriftens krav og SHA-planen, har lagt til grunn en arbeidstidsordning som innebærer fast bruk av nattarbeid. Det andre er at Vegvesenet uansett har lagt til grunn for optimistiske anslag når det gjelder ukentlig inndrift.

Etter lagmannsrettens mening har Marti ikke sannsynliggjort at drivetiden det opereres med i konkurransegrunnlaget er for kort.

For det første mener retten at det ikke var feil av Vegvesenet å anslå nødvendig drivetid med utgangspunkt i den 12/9 skiftordningen som er vanlig i tunnelbransjen. Riktignok innebærer denne nattarbeid, noe som i utgangspunktet ikke er tillatt etter arbeidsmiljøloven med mindre arbeidets art gjør det nødvendig. Selv om bakgrunnen for bestemmelsen blant annet er hensynet til arbeidstakernes helse og sikkerhet, åpner loven likevel – på visse vilkår – for å praktisere skiftplaner som innebærer arbeid om natta som en fast ordning. Denne lovgivningen har anleggsbransjen tilpasset seg, slik at det i praksis er 12/9 som gjelder ved tunneldrift av denne typen. Etter rettens syn er det ganske klart at byggherrens generelle plikt etter byggherreforskriften til særlig å ivareta «sikkerhet, helse og arbeidsmiljø» under planlegging og prosjektering, ikke innebærer at Vegvesenet i dette tilfellet pliktet å legge til grunn at det ikke skulle arbeides natt under drivingen.

For det andre er det etter rettens syn heller ikke sannsynliggjort at den kapasiteten Vegvesenet beregnet ut fra – 50 meter inndrift pr. stuff pr. uke i gjennomsnitt – var urealistisk høy. Om dette har retten under bevisføringen riktignok fått høre forklaringer fra høyt kvalifiserte fagfolk, både teoretikere og praktikere, som tilsynelatende kan gi grunnlag for noe tvil. Retten tenker her særlig på redegjørelsen fra Martis sakkyndige vitne, sjefsforsker/professor II Eivind Grøv ved SINTEF/NTNU. På grunnlag av NTNUs prognosemodell, som bygger på materiale innhentet fra tunnelprosjekter fra 1970-tallet og framover til 2007, tok han i sine beregninger utgangspunkt i en inndrift på ca. 39 meter pr. uke pr. stuff. Han opplyste også at utviklingen fram til 2007, på grunn av økte krav til sikkerhet, hadde vært noe synkende. Tall fra senere år ligger ikke inne i modellen.

Når retten likevel er blitt stående ved at Vegvesenets utgangspunkt i dette tilfellet var forsvarlig, skyldes det flere forhold. Et moment her er at kvalitetssikringen av prosjektet også omfattet denne siden av saken, og at kvalitetssikringsgruppen mente at framdriftsplanen var realistisk. Riktignok anså gruppen en inndrift på 50 meter pr. uke «noe optimistisk» i betraktning det sikringsnivået som var lagt til grunn i prosjektet. Men det betyr ikke at Vegvesenets beregning var feil med tanke på å skulle inngå som en del av anbudsgrunnlaget. Retten viser her til at kontrakten også har en særlig klausul om regulering av frister dersom fjellets beskaffenhet og behovet for ekstra sikringstiltak skulle tilsi det. Et annet moment er at Vegvesenet i dette tilfellet mottok tilbud fra hele sju tilbydere. Dette gir, etter rettens mening, i seg selv grunnlag for å anta at den beregningen av drivetid som lå til grunn for fristene i kontrakten, må ha fortonet seg realistisk for aktører i bransjen. En annen sak er at fristene i kontrakten av flere vitner har vært karakterisert som knappe. Særlig gjelder dette elektrodelfristene. Etter lagmannsrettens syn er dette et relevant moment ved vurderingen av Martis krav om fristforlengelser, særlig i etterarbeidsfasen, men det gir ikke grunnlag for å konstatere at den planlagte byggetiden var i strid med byggherreforskriften.

Det sentrale elementet i Martis subsidiære påstandsgrunnlag er at anbudsgrunnlaget ikke inneholder opplysninger om at drivetiden er fastsatt på grunnlag av en arbeidstidsordning – 12/9 skiftplanen – som i praksis bare er oppnåelig gjennom en spesiell unntaksregel i den norske arbeidsmiljøloven. Særlig siden anbudskonkurransen i dette tilfellet henvendte seg til hele det europeiske markedet, innebærer dette etter Martis syn et brudd på byggherrens opplysningsplikt.

Heller ikke på dette punktet er lagmannsretten enig med Marti. Som påpekt av staten er arbeidstid og nattarbeid noe som de fleste lands arbeidsmiljølovgivning har regler om. Reglene varierer, og for en entreprenør som vil begi seg inn i et for ham fremmed marked, er dette ett av mange forhold han må skaffe seg kunnskap om før han eventuelt gir tilbud. At anbudsgrunnlaget ikke inneholdt nærmere opplysninger om dette, er derfor ingen mangel som gir Marti grunnlag for krav.

Når det gjelder Martis atter subsidiære grunnlag, er derimot lagmannsretten kommet til et annet resultat enn tingretten.

Problemstillingen her er om Arbeidstilsynets pålegg om stans av nattarbeid med virkning fra 7. november 2015 utgjør en hindring for Martis framdrift som byggherren har risikoen for.

Vedtaket ble truffet av Arbeidstilsynet den 28. oktober 2015.

Forut for vedtaket hadde det helt siden slutten av februar 2015 vært kontakt mellom Vegvesenet, Arbeidstilsynet og Marti om Martis arbeidstidsordning. Utgangspunktet for denne kontakten var at Vegvesenet, den 26. februar 2015, hadde oversendt Martis plan til Arbeidstilsynet og spurt om planen var innenfor det som var lovlig uten særskilt godkjenning.

Arbeidstilsynet svarte Vegvesenet, med kopi til Marti, den 11. mars 2015. Av brevet gikk det fram at planen trengte godkjenning. Arbeidstilsynet viste særlig til reglene om gjennomsnittsberegning av arbeidstid, men pekte også på at det var problemer knyttet til at planen la opp til nattarbeid.

Etter ytterligere dialog mellom Marti og Arbeidstilsynet oversendte Marti en omarbeidet plan til Vegvesenet den 1. april 2014. Marti la blant annet ved avtaler inngått med de ansattes tillitsvalgte og gjorde gjeldende at den nye planen ikke trengte godkjenning, selv om den innebar nattarbeid i tunneldriveperioden. Marti viste om dette til bestemmelser i arbeidsmiljøloven §§ 10-5, 10-8 og 10-11.

Den 9. juni 2015 gjennomførte Arbeidstilsynet stedlig tilsyn på anlegget. Tilsynet gjaldt primært virksomheten til Marti, men var også rettet mot Vegvesenet som byggherre. Dette

går fram av tilsynsrapporten av 26. juni 2015. Av rapporten går det også fram at Arbeidstilsynet ikke fikk tilgang til all dokumentasjon de etterspurte hos Marti om de ansattes arbeidstid samt lønns- og kontraktsforhold. Marti fikk derfor pålegg om å sende inn dokumentasjon blant annet for «gyldig arbeidstidsordning».

På bakgrunn av det materialet som Marti etter hvert sendte inn, varslet Arbeidstilsynet den 15. september 2015 at tilsynet vurderte å gi pålegg om stans av ulovlig nattarbeid fra 31. oktober 2015. Av forhåndsvarselet gikk det fram at nattarbeid som fast ordning i forbindelse med driving av ny tunnel ikke ble ansett som «nødvendig». Etter Arbeidstilsynets mening var det heller ikke godtgjort at vilkårene for nattarbeid på grunn av et «særlig og tidsavgrenset behov» var oppfylt. I og med at Marti hadde argumentert med at det var Vegvesenets krav til framdrift som framtvang behovet for nattarbeid, ba Arbeidstilsynet særskilt om at Marti dokumenterte dette nærmere. Kopi av varselet ble sendt til Vegvesenet.

Marti fulgte opp varselet med brev av 28. september 2015 fra selskapets advokat. Hovedinnholdet var følgende:

Vår klient har hatt en del driftsmessige utfordringer knyttet til tunellarbeidet ved Nordnesprosjektet, og det har derfor vært behov for å arbeide ut over kl 00.00. Dette er årsaken til at det per juni i år ble operert med en skiftordning hvor skift C strakk seg en time ut over kl. 00.00 og skift D to timer ut over nevnte klokkeslett.

På grunn av ekstraordinære operative forhold knyttet til reparasjon av produksjonsutstyr, injeksjon og sprengningsarbeid i tunnelen, vil det i en periode fremover være et behov for å arbeide ut over kl. 00.00. Selskapet har derfor inngått en skriftlig avtale med tillitsvalgte i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-11 (4), som gjelder frem til 1. desember d.å., se vedlegg.

I og med at den nevnte bestemmelsen i arbeidsmiljøloven åpner for at vår klient kan avtale nattarbeid med tillitsvalgte når særlige behov foreligger, kan vi ikke se at det er grunnlag for at Arbeidstilsynet skal gi noe pålegg i saken knyttet til nattarbeid.

Den 12. oktober 2015 forela Arbeidstilsynet advokatens brev for Marti. Arbeidstilsynet viste blant annet til det som var påberopt fra advokatens side og ba om en nærmere beskrivelse som kunne underbygge at det var tale om «ekstraordinære operative forhold».

Den 22. oktober 2015 var det også direkte kontakt mellom Vegvesenet og Arbeidstilsynet om saken. Først sendte Vegvesenet, ved HMS-koordinatoren Odd Gunnar Rognli, e-post til Arbeidstilsynet. I e-posten opplyste han at Vegvesenet var sterkt bekymret for hvordan Marti drev på prosjektet, særlig med tanke på «skift og spesielt nattarbeid». Under henvisning til «påtrykk internt» ba han om skriftlig tilbakemelding fra tilsynet om fristen Arbeidstilsynet hadde gitt Marti betød at Marti kunne fortsette med nattarbeid fram til den

31. oktober 2015. Han ba også opplyst om Vegvesenet, ved utløpet av fristen, hadde rett til å stanse videre nattarbeid, eller om man måtte avvente videre saksbehandling.

Arbeidstilsynet svarte umiddelbart ved å oversende kopi av brevet av 28. september 2015 fra Martis advokat. Ved e-post samme dag kommenterte Vegvesenet ved Rognli brevet slik:

Ser at Marti Nordnes DA skriver at nattarbeid er nødvendig pga. ekstraordinære operative forhold som;

- Reparasjon av utstyr.
- Injeksjon
- Sprengningsarbeid i tunnel

Svar fra SvV.

- Oss bekjent har til nå all reparasjon heller vært ordinær service. For eksempel slangebrudd er regelmessig forhold. Vi har til nå ikke fått noen tilbakemelding på stans eller lavere effektivitet pga. reparasjon av utstyr. Så hvor de trekker dette frem som en viktig årsak vites ikke.
- Injeksjon har til nå ikke funnet sted og vi forventer heller ikke dette.
- Hva er ekstraordinært med sprengningsarbeid i tunnel? Det er jo godt beskrevet i kontrakten

Hovedproblemet mener vi er følgende:

- Entreprenøren kom sent i gang på tunnelarbeidene. Arbeidet med forskjæringen kom tidlig i gang, men dyrebar tid ble rotet bort i den fasen.
- Mangelfull kompetanse i prosjektet, dette var stort sett i hele linja. Marti har nå skiftet ut prosjektledelsen, men tapt tid er vanskelig å hente inn igjen. Videre har det vært store utskiftninger på fagarbeidere og mellomledere.
- Manglende dokumentasjon
- Spesielt på den ene stoffen har Marti valgt transportutstyr som ikke er optimal for en effektiv drift.
- En rekke pilsalver som skyldes inkompetanse, dårlig suport fra leverandør og manglene forståelse av geologien
- Manglende forståelse på krav som var satt i kontrakt til bla. utslipp av prosessvann (YM)
- Vi har også stanset arbeidet en rekke ganger pga. blindgjengere, manglende dokumentasjon og dårlig vegbane i tunnel. Her er det snakk om noen dager til sammen.  
Etc.

Den 28. oktober 2015 fattet Arbeidstilsynet deretter vedtak i tråd med forhåndsvarselet av 15. september 2015. Arbeidstilsynet viste til at Marti ikke hadde svart på henvendelsen av 12. oktober 2015, men at det var innhentet uttalelse fra Vegvesenet, og at Vegvesenet

mente at det ikke forelå et «særlig og tidsavgrenset behov» for nattarbeid. Marti fikk derfor pålegg om å «sørge for at ulovlig nattarbeid opphører». Frist for gjennomføring ble satt til 6. november 2015.

Den 29. oktober 2015, før Marti var klar over pålegget, sendte Marti en ny e-post til Arbeidstilsynet med en mer utførlig begrunnelse for søknaden om samtykke. Hovedargumentet nå var at betongsprøyting måtte foretas om natta, slik at betongen fikk tid til å herde før drivingen fortsatte om morgenen. I tillegg ble det vist til en del andre forhold, som økte mengder, vanskelig geologi og værproblemer, samt lokalbefolkningens og Vegvesenets behov for at prosjektet ble ferdigstilt i henhold til tidsplanen.

Arbeidstilsynet forela også dette for Vegvesenet, som i e-post 2. november 2015 igjen imøtegikk Martis begrunnelser.

Den 6. november 2015 opprettholdt Arbeidstilsynet sitt pålegg.

Marti klaget, og den 27. november 2015 omgjorde Arbeidstilsynet vedtaket delvis. Omgjøringen innebar at Marti fikk tillatelse til å sprøyte betong om natta. Av omgjøringsvedtaket går det fram at bakgrunnen for omgjøringen var at Vegvesenet ved Rognli dagen i forvegen hadde gitt opplysninger som viste at det var nødvendig å sprøyte betong om natta, av hensyn til de øvrige arbeidstakernes sikkerhet. Pålegget om stans av annet nattarbeid – i praksis selve tunneldrivingen – ble ikke omgjort. Denne delen av klagen ble for øvrig heller ikke tatt til følge da Direktoratet for Arbeidstilsynet til slutt avgjorde klagesaken den 12. desember 2016.

Når det gjelder den rettslige vurderingen av dette hendelsesforløpet, tar lagmannsretten utgangspunkt i NS 8406 pkt. 19.4, som gjelder entreprenørens krav «ved svikt mv. ved byggherrens medvirkning». Her heter det i første ledd:

«Hvis byggherrens leveranser eller annen medvirkning er forsinket eller svikter, og dette påfører entreprenøren økte kostnader eller hindrer hans fremdrift, har entreprenøren krav på vederlagsjustering og fristforlengelse etter 22.1, 22.2, 22.3 og 22.5. Det samme gjelder hvis det inntreffer andre forhold som byggherren bærer risikoen for. Entreprenøren er forpliktet til å begrense og forebygge de økonomiske og fremdriftsmessige konsekvensene med rimelige midler.»

Problemstillingen i første omgang er om pålegget må anses forårsaket av sviktende medvirkning fra Vegvesenets side i forbindelse med saksbehandlingen hos Arbeidstilsynet.

At Vegvesenets involvering i prosessen kunne være av betydning for utfallet, går tydelig fram av den siste dreiningen i saken: Da Vegvesenet bidro med positiv støtte når det gjaldt nattarbeid i form av betongsprøyting, ble tillatelse til dette umiddelbart gitt.

Lagmannsretten legger derfor til grunn at det samme ville skjedd dersom Vegvesenet fra starten av hadde opptrådt på samme måte.

Om det også ville hatt betydning dersom Vegvesenet i tillegg hadde støttet Marti når det gjaldt annet nattarbeid, er mer usikkert. Det kommer retten tilbake til nedenfor. Den grunnleggende problemstillingen er hvordan Vegvesenets opptreden i forbindelse med Martis arbeidstidsordning skal vurderes opp mot bestemmelsen i NS 8406 pkt. 19.4, og særlig i lys av det alminnelige prinsippet om lojalitetsplikt i kontraktsforhold.

Et sentralt moment i denne forbindelse er at Vegvesenet som byggherre hadde forpliktelser i flere retninger. Særlig relevant er pliktene etter byggherreforskriften.

Etter byggherreforskriften hadde Vegvesenet et selvstendig ansvar for å påse at Marti overholdt blant annet arbeidsmiljølovens bestemmelser, også reglene om forbud – med visse unntak – mot nattarbeid. Derfor er det, etter rettens syn, ingen grunn til å kritisere Vegvesenet for den første henvendelsen til Arbeidstilsynet i februar 2015. Når Marti planla med en arbeidstidsordning som avvek fra det som er vanlig ved tunneldrift i Norge, var det naturlig å be Arbeidstilsynet om å vurdere denne. Henvendelsen skjedde også i god tid før det var aktuelt å starte med tunneldriving. Hvis Arbeidstilsynet kom med innvendinger, ville Marti fortsatt ha mulighet til å innrette seg etter disse.

Når det derimot gjelder Vegvesenets innspill til Arbeidstilsynets saksbehandling høsten 2015, var situasjonen en annen. Da hadde Marti, som nevnt, fått forhåndsvarsel om at Arbeidstilsynet vurderte å treffe vedtak som påla Marti å opphøre med alt «ulovlig nattarbeid», det vil i praksis si alt arbeid mellom kl. 00 og 06. Samtidig var det på det rene at Vegvesenet hadde beregnet byggetiden basert på en forutsetning om 12/9-skiftordning, det vil i praksis si tunneldriving til kl. 02 og betongsprøyting mellom kl. 02 og 06. I denne situasjonen ville det, når Vegvesenet – i utgangspunktet ubedt – involverte seg i prosessen, etter rettens syn vært naturlig om Vegvesenet hadde gitt disse faktiske opplysningene til Arbeidstilsynet.

Det ble imidlertid ikke gjort. I stedet imøtegikk Vegvesenet Martis argumentasjon overfor Arbeidstilsynet. Vegvesenet benyttet også anledningen til å gi uttrykk for sitt syn på hva som var årsaken til at Marti hadde behov for å arbeide natt.

Den konkrete imøtegåelsen har retten for så vidt ikke noe å bemerke til. Når Marti overfor Arbeidstilsynet gjorde gjeldende at de falt inn under et av unntakene fra forbudet mot nattarbeid, og begrunnet dette med forhold som Vegvesenet mente ikke var i samsvar med virkeligheten, var det nærliggende at Vegvesenet påpekte dette. Når det gjelder den mer generelle kritikken mot Marti, er imidlertid lagmannsretten enig med tingretten i at Vegvesenets kommentarer i e-posten 22. oktober 2015 var unødvendige og lite relevante. Både form og innhold gir, etter lagmannsrettens syn, denne delen av Vegvesenets innspill et preg av direkte motarbeiding.



Inntrykket av motarbeiding styrkes av det som skjedde videre. I redegjørelsen 29. oktober 2015 ga Marti, som nevnt, en mer utførlig og treffende begrunnelse for behovet for nattarbeid, blant annet under henvisning til sikkerhetsaspektet i tilknytning til betongsprøyting. Her hadde Vegvesenet, etter lagmannsrettens syn, en klar oppfordring til i det minste å bekrefte overfor Arbeidstilsynet at Martis opplysninger om dette stemte. Etter rettens mening burde Vegvesenet på dette stadiet også opplyst overfor Arbeidstilsynet at Vegvesenets egen framdriftsplanlegging var basert på en 12/9-ordning, med tunneldriving til kl. 02 og betongsprøyting deretter. Det som imidlertid skjedde, var at Vegvesenet unnlot å opplyse om dette. I tillegg avviste Vegvesenet kontant Martis argument basert på behovet for betongsprøyting.

Samlet sett mener lagmannsretten at Vegvesenets opptreden her, enten man ser på den som direkte motvirkning eller manglende medvirkning, faller inn under NS 8406 pkt. 19.4. Det betyr at Marti har krav på slik fristforlengelse og vederlagsjustering som forholdet gir grunnlag for.

Marti har i tillegg gjort gjeldende at Vegvesenets opptreden også må anses som «illojal», og at dette får betydning for bevisbedømmelsen når det gjelder hvilke konsekvenser forholdet har ført til for Marti. Også Vegvesenet har, på bakgrunn av tingrettens vurdering, bedt om at lagmannsretten uttrykkelig tar stilling til dette spørsmålet.

Ved denne vurderingen tar lagmannsretten utgangspunkt i at det var Marti som var nærmest til å ivareta sitt forhold til arbeidstidsbestemmelsene i Norge. Etter rettens syn er det ganske klart at Mari jevnt over tok for lett på denne delen av sine oppgaver under prosjektet. Det gjelder også Martis konkrete håndtering av forhåndsvarselet fra Arbeidstilsynet om pålegg om opphør av nattarbeid høsten 2015. Mye av det som først ble anført fra Martis side overfor Arbeidstilsynet, framstår som generelt baserte omtrentligheter. Marti reagerte også alt for seint på Arbeidstilsynets anmodning om en nærmere beskrivelse som kunne underbygge at det forelå ekstraordinære forhold.

Dette er, etter lagmannsrettens syn, likevel ikke til hinder for at Marti hadde en beskyttelsesverdig forventning om at Vegvesenet, da problemet med Arbeidstilsynet tilspisset seg, utviste en viss aktivitet for å medvirke til at Marti ikke ble unødvendig hindret i sin framdrift. I hvert fall etter at Marti den 29. oktober 2015 overfor Arbeidstilsynet hadde forklart betydningen av å kunne sprøyte betong om natta, mener retten at det måtte framstå som et nærliggende alternativ for Vegvesenet å støtte Marti, slik at vedtaket med pålegg om opphør muligens kunne bli omgjort.

I stedet valgte altså Vegvesenet en handlemåte som var egnet til å gi motsatt effekt. I sine kommentarer til Arbeidstilsynet den 2. november 2015 avviste Vegvesenet Martis poeng i tilknytning til betongsprøyting som irrelevant. Når dette ses i sammenheng med den generelle kritikken mot Marti og Martis folk som Vegvesenet – helt unødvendig – hadde

framsatt i e-posten 28. september 2015, mener lagmannsretten at Vegvesenets opptreden her var klart klanderverdig. Vegvesenet burde for det første støttet Martis anførsel om betongsprøyting. Med tanke på hva som sto på spill for Marti, mener retten også at Vegvesenet på generelt grunnlag burde opplyst Arbeidstilsynet om at anleggsarbeidet, fra Vegvesenets side, var planlagt med bruk av 12/9-ordningen, og dermed med en viss grad av nattarbeid.

Samlet sett er lagmannsretten på denne bakgrunn enig med tingretten i at «det er liten tvil om at Svv har opptrådt illojalt overfor Marti». Det illojale består etter rettens syn dels i at Vegvesenet ikke opplyste Arbeidstilsynet om at prosjektet var planlagt med nattarbeid, dels i at Vegvesenet aktivt motarbeidet Martis forsøk på å unngå å bli pålagt å stanse det nattarbeidet som faktisk pågikk.

Neste problemstilling gjelder spørsmålet om årsakssammenheng mellom Vegvesenets opptreden og utfallet av Arbeidstilsynets saksbehandling.

En sammenheng er klar. Som nevnt åpnet Arbeidstilsynet for betongsprøyting om natta straks Vegvesenet bekreftet at dette var nødvendig. Det gir et sikkert holdepunkt for å anta at Arbeidstilsynet ikke ville gitt pålegget om å stanse nattarbeid i form av betongsprøyting, dersom Vegvesenet hadde støttet Marti på et tidligere tidspunkt. Det betyr igjen at forbudet mot betongsprøyting som gjaldt mellom 7. og 27. november 2015 er et byggherreforhold, som gir Marti krav på slik fristforlengelse og vederlagsjustering som hindringen gir grunnlag for.

Hva som ville skjedd dersom Vegvesenet også hadde opplyst at deres framdriftsplanlegging var basert på tunneldriving fra kl. 0600 – 0200, i tråd med den vanlig praktiserte 12/9-skiftordningen, gir ikke hendelsesforløpet i saken noe tilsvarende fasitsvar på. Marti gjør gjeldende at Arbeidstilsynet da mest sannsynlig ikke ville gitt pålegg om stans av noe nattarbeid, og at en eventuell bevisvil på dette punktet, som følge av Vegvesenets illojale opptreden, må gå ut over Vegvesenet. Vegvesenet gjør gjeldende at Arbeidstilsynets praksis tilsier at alminnelig tunneldrift etter kl. 00 uansett ikke ville blitt akseptert, og i alle fall ikke lenger enn til 1. desember 2015, slik som Marti hadde opplyst at det var behov for. Etter Vegvesenets syn er det, ved avgjørelsen av om det foreligger årsakssammenheng, ikke grunnlag for å operere med noen omvendt bevisbyrde.

Lagmannsretten ser først på spørsmålet om bevisbyrde.

Bevistemaet er altså om det er årsakssammenheng mellom Vegvesenets opptreden overfor Arbeidstilsynet, jf. ovenfor, og den forstyrrelsen Marti ble påført i sitt driftsopplegg ved at Arbeidstilsynet påla stans i tunneldriving etter kl. 00. Hvis Arbeidstilsynet hadde truffet samme vedtak selv om Vegvesenet hadde støttet Marti ved å opplyse om at byggetiden forutsatte nattarbeid, foreligger det ikke årsakssammenheng. Da vil i så fall denne delen av

hindringen ikke være et byggherreforhold som kan gi grunnlag for krav etter NS 8406 pkt. 19.4.

Hypotetiske hendelsesforløp er vanskelig å føre bevis for, men beviskravet er også her alminnelig sannsynlighetsovervekt. Den klare hovedregelen er at det er den som hevder at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt, i dette tilfellet Marti, som har bevisbyrden. Rettspraksis åpner imidlertid for at det kan gjøres unntak, dersom det foreligger «sterkt klanderverdige forhold» på den påståtte skadevolderens side. Retten viser her til Rt-2007-817 (Konkurransesklausul) avsnitt 45.

Etter lagmannsrettens syn var Vegvesenets opptreden i dette tilfellet sterkt klanderverdig. Retten viser til gjennomgangen av det faktiske hendelsesforløpet ovenfor. Det er ingen tvil om at Vegvesenet var klar over at innspillene de kom med overfor Arbeidstilsynet, var egnet til å skade Martis sak. Det er heller ingen tvil om at Vegvesenet, som en lojal kontraktspart, kunne og burde handlet annerledes. Retten kan, som nevnt, forstå at Vegvesenet ønsket å korrigere faktiske feil i Martis framstilling. Men dette burde ikke være til hinder for at Vegvesenet også bidro med relevante opplysninger i Martis favør. Det omfatter etter rettens syn opplysningen om at byggetiden var basert på 12/9-skiftordningen, som innebar tunneldriving til kl. 02.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det er staten som har bevisbyrden for hva som ville blitt utfallet av Arbeidstilsynets saksbehandling, dersom Vegvesenet hadde opptrådt lojalt.

Under ankeforhandlingen anførte Marti at Vegvesenets illojalitet i tillegg må få betydning for beviskravet, slik at det også skjerpes. Etter lagmannsrettens syn er spørsmålet om et skjerpet beviskrav av mindre betydning når det gjelder bevis for hypotetiske hendelsesforløp. Som nevnt over vil den som har bevisbyrden for et hypotetisk hendelsesforløp alltid starte i motbakke, i den forstand at det uansett vil være krav om solide holdepunkter for å kunne legge til grunn et slikt forløp. Det gjelder også her, hvor bevistemaet nå er at Arbeidstilsynets vedtak ville blitt det samme, selv om Vegvesenet hadde opptrådt lojalt og informert om at byggetiden var basert på tunneldriving til kl. 02.

Lagmannsretten legger følgelig til grunn at beviskravet fortsatt er alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det i praksis skal mye til for å sannsynliggjøre et slikt «kontrafaktisk» bevistema.

Her mener imidlertid lagmannsretten at beviskravet er oppfylt. Både lovgrunnlaget Arbeidstilsynet baserte seg på, bevisførselen omkring praksis før og etter høsten 2015 og – ikke minst – begrunnelsen for omgjøringsvedtaket når det gjaldt betongsprøyting, gjør det etter lagmannsrettens syn mest sannsynlig at Arbeidstilsynet uansett ville gitt pålegg om stans av nattarbeid når det gjaldt ordinær tunneldriving.

Et poeng i denne sammenheng er at Arbeidstilsynets delvise omgjøring var basert på bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 10-11 andre ledd, som innebærer at forbudet mot nattarbeid ikke gjelder når «arbeidets art» gjør det nødvendig å utføre det om natta. Etter at Vegvesenet hadde bekreftet Martis opplysninger om at det var nødvendig å sprøyte betong om natta av hensyn til sikkerheten, kom Arbeidstilsynet på denne bakgrunn til at lovens generell forbud mot nattarbeid ikke omfattet betongsprøyting. Dermed var det ikke grunnlag for pålegget om stans av slikt arbeid.

Selve tunneldrivingsarbeidet er imidlertid noe annet. Om dette hadde Arbeidstilsynet allerede i brev til Marti 11. mars 2015 uttalt følgende:

Helt generelt kan det sies at grunnvilkåret for nattarbeid vanskelig anses oppfylt ved utdriving av ny tunnel. Noe annet vil tilfellet kunne være ved vedlikehold av tunnel. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering fra gang til gang.

Det Arbeidstilsynet sikter til her med «grunnvilkåret for nattarbeid» er nettopp at «arbeidets art gjør det nødvendig». Samme standpunkt kom til uttrykk i forhåndsvarselet 15. september 2015. Etter rettens syn er det derfor grunn til å tro at Arbeidstilsynet ville vurdert dette arbeidets «art» på samme måte, selv om Vegvesenet hadde opplyst om sine forutsetninger ved framdriftsplanleggingen.

Retten viser i denne sammenheng til hvordan Arbeidstilsynet håndterte den tilsvarende problemstillingen ved Martis arbeid på Ryfastprosjektet. Her hadde den lokale byggeledelsen i Vegvesenet engasjert seg til støtte for Marti, også når det gjaldt nattarbeid i form av tunneldriving. Likevel påla Arbeidstilsynet Marti å stanse slikt arbeid. Selv om dette vedtaket først ble truffet 2. juni 2016, mener lagmannsretten at denne senere praksisen indikerer hva resultatet ville blitt i vår sak. Riktignok hadde Arbeidstilsynet i mellomtida blitt omorganisert, blant annet med sikte på å oppnå større grad av likebehandling nettopp av slike saker. Men i lys av den holdningen Arbeidstilsynet hadde gitt uttrykk for i vår sak allerede våren 2015, er det lite som tyder på at det lå an til forskjellsbehandling i Martis favør høsten 2015.

Etter rettens syn er det også klart at heller ikke unntaket i arbeidsmiljøloven § 10-4 fjerde ledd kunne gitt grunnlag for et annet resultat når det gjaldt selve tunneldrivingen. Dette unntaket, som gjelder situasjoner der det foreligger et «særlig og tidsavgrenset behov» for nattarbeid, gjelder bare ved «virksomhet som er bundet av tariffavtale». Høsten 2015 oppfylte ikke Marti dette vilkåret. En positiv medvirkning fra Vegvesenets side ville derfor vært uten betydning i forhold til denne muligheten.

Den hindringen Vegvesenet i dette tilfellet er ansvarlig for, gjelder dermed bare den delen av Arbeidstilsynets pålegg som rammet betongsprøytinga. Denne hindringen varte som nevnt fra 7. til 27. november 2015.

Neste spørsmål er hvilken forsinkelse denne hindringen reelt sett har medført. Fra Martis side er det ikke foretatt noen egen beregning med tanke på dette alternativet. Det kan dermed spørres om et krav på fristforlengelse i det hele tatt er sannsynliggjort i forbindelse med det byggherreforholdet retten har funnet grunnlag for ovenfor.

Lagmannsretten er, til tross for denne usikkerheten, kommet til at det i dette tilfellet er riktig å tilkjenne en fristforlengelse ut fra lagmannsrettens skjønn. Det er særlig tre forhold som tilsier dette. For det første er det, som nevnt ovenfor, i dette tilfellet tale om en faktisk hindring, som etter rettens syn nødvendigvis må ha hatt en betydning for framdriften. For det andre inneholder Arbeidstilsynets omgjøringsvedtak 27. november 2015 konkrete opplysninger, som partene dessuten er enige om, om hvor mye tid som typisk går med til prosessen med betongsprøyting og herding pr. døgn. Og for det tredje er det på det rene hvor lang selve perioden med forbud mot nattarbeid i form av betongsprøyting varte. I sum betyr dette at lagmannsrettens skjønn kan forankres i et tilstrekkelig og sannsynliggjort faktum.

Ved den skjønnsmessige fastsettingen tar lagmannsretten utgangspunkt i det som går fram av Arbeidstilsynets vedtak, nemlig at annet arbeid i tunnelen måtte avbrytes i til sammen 5-6 timer dersom betongsprøyting ikke kunne foretas om natta. Anslaget er basert på at det på hver stoff er behov for å sprøyte for inndrift etter to salver. I og med at to salver pr. stoff pr. dag mest sannsynlig er i overkant av det faktiske, legger lagmannsretten til grunn 5 timer redusert arbeid på stoff i snitt. Samlet over tre uker gir dette et tap på stoff på til sammen ca. 75 timer, noe som – forutsatt at normal driving skjer fra kl. 0600 til kl. 0000 – tilsvarer ca. 4 dagers direkte forsinkelse på inndriften.

Marti har krevd forlengelse av alle frister, også delfrist 1, som gjelder gjenåpning av fv. 322 over Bergli-portalen. Noen nærmere redegjørelse for hvordan denne forsinkelsen med tunnelarbeidet har påvirket arbeidet med portalen og gjenåpning av vegen, er imidlertid ikke gitt. Lagmannsretten kan for sin del ikke se noen slik sammenheng. Retten viser til at 3. november 2015 var tunneldrivinga kommet 850 meter inn fra påhugget på Bergli-siden.

Fristforlengelsen på 4 dager for KOE 063 kan derfor bare gis på de øvrige fristene.

Vederlag for forlenget byggetid for KOE 063 tilkjennes med 1 200 000 kroner, basert på flertallets dagsats for tunneldriveperioden.

#### **5.7.4 KOE 096 – Bytting fra dumper til lastebil**

KOE 096 ble satt fram i forbindelse med sluttoppgjøret. Bakgrunnen for kravet var at Marti hadde fått avslag på sin søknad om dispensasjon fra akseltrykkbegrensningene når det gjaldt kryssing av eksisterende E6 ved Monsastubergan. Dermed kunne ikke

uttransport av masser fra tunnelen skje med egne dumpere som planlagt. I stedet hadde Marti måttet engasjere en underentreprenør til å gjøre jobben med lastebil. Dette førte til at uttransporten, og dermed hver salvesyklus, tok lengre tid. Marti anførte flere omstendigheter som begrunnelse for at forholdet utgjorde en byggherrerisiko. Kravet var på 11,2 arbeidsdagers fristforlengelse på alle frister unntatt delfrist 1, 16 771 663 kroner til dekning av direkte utgifter, blant annet til underentreprenør, og 4 584 438 kroner som vederlag for forlenget byggetid. Begge beløpene er inkludert LPS-påslag med 8,58 %.

For tingretten var kravet noe justert ved at fristforlengelsen nå bare ble krevd på sluttfristen og de to første elektrodelfristene.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Begrunnelsen var at tingretten ikke fant det sannsynliggjort at forholdet hadde medført forsinkelse og økte utgifter. Tingretten viste særlig til at grunnlaget for kravet oppsto allerede i juli 2015, at det var tale om et betydelig krav, og at det da var påfallende at Marti ikke hadde varslet kravet under sakens gang. Det var heller ingen holdepunkter for at problemstillingen hadde vært diskutert mellom Marti og Vegvesenet i etterkant av avslaget, og ingen dokumentasjon som viste at det var kapasitetsbegrensninger ved bruk av lastebil i stedet for dumper. Dermed var det uten betydning at tingretten mente at det var «gode grunner for å hevde at Svv har opptrådt illojalt da Marti fikk avslag på dispensasjonssøknaden».

Marti har anket.

*Marti* har, med mindre justeringer, opprettholdt kravet for lagmannsretten. Samlet økonomisk krav er nå på 20 806 122 kroner (inkludert 8,58 % LPS). Påstandsgrunnlaget er at Vegvesenet unnlot å medvirke positivt til at dispensasjonssøknaden ble innvilget, og at søknaden ville blitt innvilget hvis Vegvesenet hadde bidratt til det. Prinsipalt anføres at dette i seg selv medfører at avslaget er en byggherrerisiko. Dermed gir NS 8406 pkt. 19.4, jf. pkt. 22 grunnlag for kravet. Subsidiært gjør Marti gjeldende at manglende medvirkning i dette tilfellet er i strid med alminnelige lojalitetsprinsipper i kontraktsforhold, og at dette fører til samme konklusjon. Når det gjelder den nærmere begrunnelsen for at forholdet medførte at framdriften ble hindret, peker Marti for det første på at deres dumpere hadde høyere lastekapasitet enn underentreprenørens lastebiler. For det andre førte bruken av lastebil til at man måtte benytte en mindre hjullaster ved opplasting inne i tunnelen, og at også utlegging av masser på mellomlager tok lengre tid. Det erkjennes likevel at kravet er noe høyt på enkelte punkter. Det gjelder særlig beløpet for ventetid for tunnel-lag. Her er det krevd for 6540 timer à 679 kroner, til sammen 4 440 660 kroner. Dette er muligens litt høyt.

*Staten* bestrider kravet. Manglende dispensasjon er ikke et byggherreforhold i dette tilfellet. Valg av kjøretøy og transportform var Martis ansvar og risiko. De spesielle kontraktsbetingelsene C2 pkt. 22 sier uttrykkelig at entreprenøren selv må sørge for å

skaffe nødvendige tillatelser. Avslaget gjaldt bare en bestemt type dumper (GHH) med spesielt høyt akseltrykk. Kryssingen over E6 skulle skje der veien går i et område med kvikkleire i deler av grunnen. Andre søknader om dispensasjon ble innvilget, men disse gjaldt kjøretøy med lavere akseltrykk. Det var akseltrykket som var problemet, og det er ingen holdepunkter for at prosjektet har «baksnakket» Marti overfor Region øst, som traff vedtaket. Marti klaget heller ikke over vedtaket. Hvis Marti hadde klaget, ville Vegvesenet kunne bidratt til en nærmere avklaring overfor vegkontoret og eventuelt klageinstansen. Subsidiært anføres at kravet er tapt som for sent framsatt. Marti har uansett ikke sannsynliggjort at forholdet har medført forsinkelse og/eller merkostnader. Lastebiler går raskere enn dumpere. De aktuelle dumperne var heller ikke egnet, og flere av dem havarerte da de ble benyttet andre steder på anlegget. Uansett har det stor bevisverdi at Marti ikke varslet Vegvesenet da forholdet skjedde sommeren 2015.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som tingretten, i hovedsak med samme begrunnelse.

Retten ser først på om avslaget på dispensasjonssøknaden utgjør et byggherreforhold i dette tilfellet.

Martis hovedanførsel er i realiteten at Vegvesenet også her har motvirket Martis forsøk på å oppnå et for tunneldrivingen positivt forvaltningsvedtak. Slik saken ligger an for lagmannsretten, framstår dette som et rent bevissspørsmål. Spørsmålet er om det kan legges til grunn som sannsynliggjort at Vegvesenet (byggherren) har vært i kontakt med Vegvesenet Region øst (forvaltningsorganet) og påvirket deres saksbehandling i negativ retning.

Det faktiske grunnlaget retten har for å vurdere om Vegvesenet har involvert seg i søknadsprosessen på en illojal måte, er først og fremst innholdet i avslagsvedtaket. Vedtaket ble truffet den 3. juli 2015 av Statens vegvesen Region øst som rette instans, etter at Marti først hadde vært i kontakt med byggherren og forvaltningsavdelingen hos Statens vegvesen Region nord.

Av vedtaket går det – forutsetningsvis – fram at GHH-dumperne til Marti hadde for høyt akseltrykk til at de falt inn under den ordinære dispensasjonsadgangen, men at Region øst likevel i enkelttilfelle kunne gi dispensasjon hvis det forelå «særlig tungtveiende grunner».

Vurderingen som deretter følger, og som altså resulterer i at vilkåret ikke anses oppfylt, lider forvaltningsrettslig sett av flere svakheter. Mesteparten av dette er uten betydning i vår sammenheng. Følgende avsnitt, som inngår i en rekke av momenter som anføres mot at søknaden innvilges, er likevel av interesse:

«Dersom hensikten i utgangspunktet var å krysse vegen med disse kjøretøyene må dette beskrives i anbudsdokumenter slik at alle vil kunne konkurrere på like vilkår og slik at det ikke kan oppstå forskjellsbehandling i ettertid.»

At likebehandling generelt sett er et relevant hensyn i forvaltningsrettslig sammenheng, er klart nok. Men ved behandling av søknader om dispensasjon fra akseltrykkbegrensninger etter forskrift om bruk av kjøretøy, er hensynet til likebehandlingsprinsippet i anbudsretten åpenbart utenforliggende. For øvrig forutsatte konkurransegrunnlaget i vår sak at entreprenøren ville trenge offentlige tillatelser og dispensasjoner for å kunne utføre kontraktsarbeidene. Og det er helt normalt at slike dispensasjoner blir gitt, også for bruk av tunge dumpere på offentlig veg, og uten at det spiller noen rolle at behovet for dispensasjon knytter seg til gjennomføringen av en kontrakt inngått etter offentlig anbudskonkurranse. Derfor er det, som tingretten skriver, «påfallende» at vedtaket trekker dette momentet inn i vurderingen.

En mulig forklaring på den påfallende argumentasjonen i vedtaket, er at Vegvesenet (byggherren) har vært i kontakt med Region øst (forvaltningsmyndigheten) og «anbefalt at Marti ikke burde få dispensasjon», som tingretten skriver. I så fall er det ingen tvil om at Vegvesenet har opptrådt illojalt. Spørsmålet blir om det er bevismessig dekning for å legge til grunn at det har vært en slik kontakt, hvor Vegvesenet aktivt har motarbeidet Martis søknad.

Etter lagmannsrettens syn er beviskravet i dette tilfellet oppfylt. For det første er det vanskelig å se noen annen nærliggende forklaring på at hensynet til anbudsreglene er trukket inn som en del av begrunnelsen for avslaget. For det andre peker vitneforklaringen fra Petter Rønning klart i den retning. Rønning var prosjektleder for Marti fram til våren 2015 og deltok også deretter i flere byggemøter som del av Martis styringsgruppe. Som vitne forklarte han at problemstillingen med bruk av dumperne hadde vært drøftet med Vegvesenets byggeleder, Bjørn Roar Mannsverk, i forkant av at søknaden ble sendt. Mannsverk hadde da trukket fram at dispensasjon «ikke var greit», nettopp på grunn av muligheten for «konkurransefortrinn». For det tredje viser lagmannsretten til Vegvesenets opptreden overfor Arbeidstilsynet i forbindelse med spørsmålet om nattarbeid. Som tingretten er inne på, skaper dette inntrykk av et mønster.

Samlet innebærer dette at det framstår som overveiende sannsynlig at Vegvesenet har vært i kontakt med forvaltningsmyndigheten Region øst og argumentert mot Martis søknad. Lagmannsretten må derfor konkludere med at Vegvesenet, også ved denne anledningen, opptrådte illojalt overfor Marti.

I den grad det illojale forholdet har medført en hindring for Marti, har Marti dermed krav på slik vederlagsjustering og fristforlengelse som hindringen gir grunnlag for.



Dette reiser to spørsmål. Det første er om Marti ville fått dispensasjon dersom Vegvesenet ikke hadde motarbeidet dispensasjonssøknaden.

Også dette er et hypotetisk spørsmål, som bevismessig er vanskelig. Siden problemstillingen er skapt av Vegvesenets sterkt klanderverdige handlemåte, er det også her grunnlag for å legge bevisbyrden på Vegvesenet. Lagmannsretten viser til det som er sagt om dette under KOE 063 ovenfor.

Etter lagmannsrettens syn kan det ikke legges til grunn som mest sannsynlig at Marti ikke ville fått dispensasjon. Regelverket var ikke til hinder for å gi dispensasjon. Det er dessuten vanlig at det blir gitt dispensasjon i denne type saker. Fra Vegvesenets side er det riktignok pekt på flere faktiske forhold som talte mot å gi dispensasjon. Blant annet at E6 var viktig for forbindelsen til Finnmark, og at det på grunn av kvikkleire i området var konkret risiko for alvorlig skade på vegen ved tung belastning, Retten ser ikke bort fra at slike forhold kunne gitt grunnlag for å nekte dispensasjon. Men vedtaket fra Region øst nevner ikke noe om dette, og etter rettens syn er det usikkert hva utfallet ville blitt uten Vegvesenets innspill. Denne bevisusikkerheten er Vegvesenets risiko.

Det andre spørsmålet er hvilken reell betydning dispensasjonsnektelsen har hatt. Dette er også et bevisspørsmål, men her gir ikke Vegvesenets handlemåte grunnlag for å fravike hovedregelen om at bevisbyrden ligger på den som fremmer et krav.

På dette punktet er lagmannsretten enig med tingretten. Marti har ikke sannsynliggjort at manglende mulighet til å bruke de aktuelle GHH-dumperne i dette tilfellet hindret framdriften i tunnelarbeidet.

Når det gjelder framdriften, er det riktignok klart at det har stor betydning at uttransport av sprengt stein tar så kort tid som mulig. Men i dette tilfellet mangler retten konkrete holdepunkter for å legge til grunn at overgangen fra dumper til lastebil førte til at transporten tok lenger tid. Martis anførsler om forskjeller i kapasitet pr. lass og i tid til opplasting og utlegging av masser kan, generelt sett, fortone seg rimelige. Men hvilket utslag dette ga samlet sett, når det også tas hensyn til andre forhold som kjørehastighet, kjøreavstand, slitasje på vegbanen og at kjøretøyene faktisk var i brukbar stand, kan ikke retten ha noen begrunnet formening om ut fra de opplysningene som foreligger. At Marti verken klaget på vedtaket eller varslet noe krav, trekker klart i retning av at heller ikke Marti anså dette som noe reelt problem, verken da forholdet ble aktuelt sommeren 2015 eller under resten av drivetiden.

Det siste har også betydning når det gjelder spørsmålet om direkte påførte kostnader. Både i lys av hvor stort krav det er tale om, og hvor lang tid forholdet varte, er lagmannsretten enig med tingretten i at det er påfallende at Marti ikke varslet Vegvesenet før ved sluttoppgjøret. Når manglende varsling kommer i tillegg til manglende konkret bevisførsel

for økte utgifter, er det etter lagmannsrettens syn klart at Marti ikke kan anses å ha sannsynliggjort noe økonomisk krav.

Lagmannsretten bemerker i denne forbindelse at det ikke er grunn til å tvile på at Marti har hatt utgifter til underentreprenøren, A. Pedersen & Sønn, som utførte transporten med sine lastebiler. Men i hvilken grad dette innebærer en fordyrelse, sammenholdt med hva som ville vært situasjonen hvis dispensasjonen hadde vært innvilget, er det ut fra bevisførselen ikke mulig for lagmannsretten å ha noen begrunnet mening om.

Martis anke når det gjelder KOE 096 kan dermed ikke tas til følge.

### **5.7.5 KOE 019 – Bytte av vegbane**

KOE 019 ble satt fram 27. august 2015. Den umiddelbare bakgrunnen for kravet er greit beskrevet i den opprinnelige KOE 019, som lød slik:

Det ble i byggemøte nr 14 opplyst fra byggherre om at entreprenør måtte bytte ut masser i vegbane. Entreprenøren ble gitt frem til kl 0700, 17.08.15 for å ferdigstille dette arbeidet. På tross av pålegg gitt av byggherre i byggemøte nr 14, ble det beordret full stopp i tunneldrift på Bergli den 12.08.15. Byggherre informerte da at veibanen måtte utbedres umiddelbart.

Entreprenør oppfatter dette som en irregulær endringsordre. Entreprenør er videre av den oppfatning av at tunellmasser på Bergli er av karakter uegnet til provisoriske anleggsveger. Entreprenør kan ikke se at byggherre har nevnt, i den spesielle beskrivelsen, at tunellmasser ikke kan brukes til å bygge anleggsveger. Da dette ikke er nevnt i den spesielle beskrivelsen, samt at tunellmasser er av så dårlig kvalitet at de ikke egner seg til å bygge anleggsveg er entreprenør av den oppfatning av at dette forholdet er byggherre ansvarlig for.

Konsekvenser:

Økonomisk: Entreprenør krever å få dekket alle direkte og indirekte kostnader ifbm utskiftning av vegbane. Entreprenør presiserer at dette gjøres gjeldende for alle områder i tunnel hvor fjellmasser er av så dårlig karakter at de ikke kan nyttes til prov anleggsveg. Entreprenør vil synliggjøre kostnad ifbm dette varsel når de fremstår som klare.

Tid: Entreprenør krever fristforlengelse på 2,5 dager. Det presiseres at dette kravet om fristforlengelse kun gjelder for pel nr 6250 til pel nr 5899. Ytterlige krav om fristforlengelse vil bli rettet til byggherre dersom samme problem oppstår utenfor de nevnte pel nr.»

Strekningen det er tale om i varselet (pel 6250 – pel 5899) er strekningen fra tunnelåpningen ved Bergli og drøye 350 meter innover i tunnelen. Ved revisjon av kravet i forbindelse med sluttoppgjøret ble kravet om fristforlengelse økt til 8 dager og det

økonomiske kravet til 5 802 815. Som begrunnelse ble oppgitt at problemet også gjorde seg gjeldende i andre deler av tunnelen.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Selv om konkurransegrunnlaget ikke inneholdt uttrykkelige opplysninger om at tunnelmassene var uegnet til bruk som midlertidig anleggsveg, forelå det etter tingrettens syn ingen mangel. Særlig fordi anleggsvegen ville bli utsatt for en god del trafikk av tunge kjøretøy og maskiner, ville en forstandig tilbyder ut fra ordlyden i den geologiske rapporten skjønne at han ikke kunne belage seg på å bruke kun tunnelmasser i anleggsvegen. Dette gjaldt selv om senere analyser viste at rapportens formulering om at tunnelmassene befant seg i «grenseland» for bruk til permanent veg, ikke stemte. *Tingretten* viste her også til at rapporten nevnte at det måtte utføres supplerende undersøkelser før brukbarheten kunne fastslås. For øvrig mente *tingretten* at den tilstanden vegen var i da Vegvesenet påla stans i driften, skyldtes manglende vedlikehold fra *Martis* side.

*Marti* har for lagmannsretten justert det økonomiske kravet ned til 4 753 291 kroner, men opprettholdt kravet om fristforlengelse. *Marti* fastholder, ut fra de analysene som er foretatt i ettertid, at opplysningene i den geologiske rapporten var direkte misvisende. Analysene viser at massene ikke var i grenseland, de lå betydelig utenfor. Problemene med vegbanen skyldes dermed et byggherreforhold. Det bestrides at *Martis* vedlikehold og bruk av vegbanen har betydning i denne sammenheng. Den delen av det økonomiske kravet som ikke gjelder forlenget byggetid, knytter seg til behov for tilførsel og fjerning av masser. Det var behov for å skifte ut masser i store deler av tunnelen, ikke bare i de avgrensede områdene ved Bergli. Arbeidet med utskiftingen hindret selve tunneldrivingen, også utover den perioden Vegvesenet påla stans i drivingen.

*Staten* gjør gjeldende at det var nødvendig å stanse arbeidene i tunnelen, fordi vegbanen var i en slik forfatning at det ikke var sikkerhetsmessig forsvarlig med fortsatt drift. Det bestrides at konkurransegrunnlaget var misvisende. Fjellet var beskrevet å bestå av granatglimmerskifer/-gneis, og kvaliteten på steinmassene var slik *Marti* hadde grunn til å forvente. Massene var for øvrig ikke uegnet, men de krevde mye vedlikehold. Grunnen til at vegen brøt sammen, var at den var for dårlig anlagt og vedlikeholdt av *Marti*. Uansett er det ikke riktig at det var behov for å skifte ut store mengder masse. Vegvesenet har bare oversikt over tre steder der *Marti*, over ca. 20 meter hvert sted, skiftet ut masser. Dette var på Bergli-siden. Grunnen til at problemet etter hvert løste seg, var at *Marti* fikk kontroll på vannet. Dette viser at det ikke er tale om noe byggherreforhold, og at det verken er grunnlag for fristforlengelse eller vederlagsjustering.

*Lagmannsretten* er enig med *tingretten*. Konkurransegrunnlaget var verken feil eller mangelfullt når det gjelder spørsmålet om tunnelmassene ville være egnet til bruk i anleggsvegen. Det foreligger derfor ikke noe byggherreforhold som kan gi grunnlag for krav om fristforlengelse og/eller vederlagsjustering på dette punktet.

Martis anførsel er som nevnt at konkurransegrunnlaget ga entreprenøren grunnlag for å anta at tunnelmassene ville være egnet til bruk for den midlertidige anleggsvegen inne i tunnelen. Formuleringen Marti baserer seg på, står i kapittel 9 i den ingeniørgeologiske rapporten til konkurransegrunnlaget. Kapittelet har overskriften «Bruk av tunnelmasser» og består av tre korte avsnitt. De to første lyder slik:

«Det er i byggeplanfasen utført analyser av bergkvaliteten (LA og MD verdier) med hensyn til bruk av tunnelmassene til vegbyggingsformål. Det er til sammen tatt 5 steinprøver fra påhugget ved Monsastubergan [12].

Analysen av Los Angeles-verdi (LA) og Micro Deval-verdi (MD) viser at materialet er i grenseland mht. krav til bære- eller forsterkningslag. Det må utføres supplerende prøvetaking og laboratorieanalyser med påfølgende vurdering utført av vegteknologer før brukbarhet kan fastslås.»

Martis synspunkt er at siden det står at «analysen viser at materialet er i grenseland med hensyn til krav til bære- og forsterkningslag», må det kunne legges til grunn at det i hvert fall vil være egnet til bruk i den midlertidige anleggsvegen.

Det er flere grunner til at dette synspunktet ikke kan føre fram. For det første går det fram av neste setning i samme avsnitt at det må tas flere prøver før brukbarheten kan fastslås. For det andre er det ikke slik at masser med trykkfasthet «i grenseland» når det gjelder bruk i bære- og forsterkningslag i en permanent veg, nødvendigvis er egnet til bruk i en anleggsveg. Det kommer blant annet an på hvilken slitasje anleggsvegen er ment å skulle tåle. Marti hadde som nevnt planlagt kjøring med GHH-dumpere med stort akseltrykk direkte på de sprengte massene. Det gir en annen påkjenning på massene enn alminnelig trafikk på en ferdig veg med to lag asfalt på toppen. Etter rettens syn er det derfor klart at i disse avsnittene i den geologiske rapporten ikke kunne forstås slik Marti hevder.

I tillegg kommer at formuleringen Marti bygger på, ikke kan leses isolert. Det øvrige innholdet i den geologiske rapporten må også tas i betraktning. Og allerede det neste kapittelet, som står i rapportens tolkingsdel, handler om «bergkvalitet». Der står det følgende:

«I tunnelen er antatt en variasjon mellom granatglimmergneis og granatglimmerskifer, og i avmindre grad lag og linser av amfibolitt. Amfibolitt opptrer i følge berggrunnskart 1:50 000 [4] på østsiden. Man kan derimot ikke utelukke at bergarter som ikke registreres i dagen, kan forkomme i tunnelen.

I påhuggsområdet ved Monsastubergan er det kartlagt granatglimmergneis og granatglimmerskifer.

I følge geologisk berggrunnskart 1:50 000 NGU består berggrunnen ved Bergli av granatglimmerskifer [4]. Geosonderinger angir en bergart med lav trykkfasthet (30-60MPa) ned til ca. 17 m dybde under terrengoverflate i påhugget ved pel 6250

(tegning 13). Glimmerskifer kan ha en slik lav trykkfasthet. Dypere ned viser alle boringene overgang til en bergart med betydelig høyere trykkfasthet 90-100MPa. Det kan være overgangen fra dagfjell og til berg som er mindre upåvirket av erosjon. Det kan også være overgang til en helt annen bergart med høyere trykkfasthet, som for eksempel gneis.»

Ut fra dette mener lagmannsretten det ikke burde komme som en overraskelse på Marti at deler av tunnelmassen, særlig på Bergli-siden, ikke ville ha god trykkfasthet, og at det også ellers kunne forekomme masser som ikke var egnet. I hvert fall er det lagmannsrettens klare oppfatning at noe varierende brukbarhet av tunnelmasse var klart beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det foreligger med andre ord ikke er et byggherreforhold i dette tilfellet.

Martis krav etter KOE 019 kan dermed ikke tas til følge.

### **5.7.6 KOE 040 – ID-kort**

KOE 040 ble sendt 24. mai 2016. Marti krevde 12 dagers fristforlengelse og vederlagsjustering med 3 351 015 kroner. Foranledningen var at Vegvesenet i februar 2016 nektet 12 nylig ankomne tunnelarbeidere adgang til anlegget. Begrunnelsen var at de manglet fysisk grønt ID-kort (HMS-kort). Kravet ble revidert i forbindelse med sluttoppgjøret. Det reviderte kravet var på 8 dagers fristutsettelse på alle frister unntatt delfrist 1 og 3 938 811 kroner i vederlagsjustering. Av dette gjaldt 3 266 412 kroner vederlag for forlenget byggetid. Resten – 672 399 kroner – var lønn til arbeiderne.

*Tingretten* ga Marti delvis medhold. Når det gjaldt det rettslige grunnlaget for kravet, var tingretten enig med Marti i at hindret framdrift og økte kostnader i dette tilfellet var en byggherrerisiko. Etter tingrettens syn ga ikke det punktet i konkurransegrunnlaget som Vegvesenet baserte avvisningen på, grunnlag for å kreve fysisk ID-kort fra dag én. Når det gjaldt utmålingen, kom derimot tingretten til at virkningen av hindringen var begrenset til 6 dager. Vederlaget for forlenget byggetid ble dermed også utmålt til et lavere beløp enn Marti krevde. Samlet tilkjente tingretten 6 dager fristforlengelse på alle frister unntatt delfrist 1 og 2 893 551 kroner i vederlagsjustering.

Marti har anket over utmålingen, mens statens avledete anke gjelder tingrettens tolking av konkurransegrunnlaget.

*Marti* fastholder det økonomiske kravet fra tingretten på 3 938 812 kroner, men krever nå – på bakgrunn av nye beregninger – 11 kalenderdagers fristforlengelse på de tre aktuelle delfristene og sluttfristen. Prinsipalt gjør Marti fortsatt gjeldende at konkurransegrunnlaget, riktig forstått, ikke ga Vegvesenet hjemmel til å avvise de 12 arbeiderne som ikke kunne vise fysisk ID-kort. Alle kunne forevise utfylt RF-1199-skjema. Dette var ifølge

Arbeidstilsynets praksis tilstrekkelig til å oppfylle ID-kortforskriften. Seks av de 12 hadde dessuten fått godkjent ID-kort og ventet bare på at kortene skulle bli ferdig produsert. Subsidiært mener Marti at det i dette tilfellet var illojalt av Vegvesenet å praktisere kontraktsbestemmelsen til ytterpunktet. Formålet med bestemmelsen var ivaretatt ved at arbeiderne var identifisert, og at søknadsprosessen for å få utferdiget ID-kort var i gang. Når det gjelder hindringens varighet og virkningene av den, gjør Marti gjeldende at forholdet forstyrret drivingen fra og med uke 8 til og med uke 11. Dette går fram av ukerapportene og bekreftes av en tilsvarende redusert inndrift pr. uke. Det stemmer ikke at arbeiderne jobbet etter den 22. februar, før de fikk fysiske ID-kort. Grunnen til at de figurerer i elrapp-systemet, er at dette ble fylt ut basert på skiftplaner som var lagt tidligere.

*Staten* gjør gjeldende at tingretten tar feil når den tolker ordlyden i konkurransegrunnlaget innskrenkende. Verken forskriften om id-kort på bygge- og anleggsplasser, Arbeidstilsynets praktisering av denne forskriften, eller EØS-rettslige krav gir grunnlag for å fravike den forståelsen av kontrakten som følger av ordlyden. At Marti hadde erfaring med en annen praktisering av kravene til ID-kort fra andre prosjekter i Norge, er uten betydning. Der var ordlyden i kontrakten annerledes. For øvrig presiserte Vegvesenet hvordan dette skulle forstås allerede i det første oppstartmøtet i desember 2014. Uansett har ikke Marti sannsynliggjort at forholdet medførte forsinkelse, og i hvert fall ikke så mye forsinkelse som Marti nå hevder. Det vises her til tidsnære bevis i form av innrapporteringer i Vegvesenets elrapp-system og Martis ukerapporter. Disse tyder på at de avviste arbeiderne likevel jobbet på anlegget. Marti har heller ikke gjort det de kunne for å begrense tapet. De 12 arbeiderne dette gjelder, var innleid fra et annet selskap, Tucon. Ifølge kontrakten mellom Marti og Tucon var Marti berettiget til å avvise enhver innleid arbeidstaker, uten nærmere begrunnelse. Når Marti unnlot dette, kan ikke lønnskostandene veltes over på Vegvesenet.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten i at Vegvesenet ikke hadde hjemmel i kontrakten til å avvise de 12 arbeiderne som ikke kunne vise fysisk ID-kort.

Den aktuelle punktet i kontrakten er pkt. 27.2 i C 2 Spesielle kontraktsbestemmelser for Statens vegvesen, som lyder slik:

***27.2 Identitetskort og føring av oversiktsliste***

Entreprenøren skal sørge for at alle som utfører arbeid på kontrakten har gyldig id-kort fra og med første dag på arbeidsplassen. Som gyldig id-kort regnes kort som beskrevet i "Forskrift om identitetskort (id-kort) på bygge- og anleggsplasser". Byggherren har krav både på å få se enkeltkort og å få oversikt/dokumentasjon fra entreprenøren over hvem som har gyldige id-kort.

At dette punktet påla Marti å sørge for at alle hadde «gyldig id-kort fra og med første dag på arbeidsplassen», er klart nok. Men det er ikke det som er spørsmålet her. Spørsmålet er om Vegvesenet kunne avvise folk som ikke kunne vise fram selve det fysiske kortet.

Etter lagmannsrettens syn må dette spørsmålet besvares med utgangspunkt i den definisjonen av «gyldig id-kort» som står i andre setning i det samme punktet. Her viser kontrakten uttrykkelig til beskrivelsen i «Forskrift om identitetskort (id-kort) på bygge- og anleggsplasser.

Den daværende forskriftstekstens «beskrivelse» er i praksis forskriftens § 7, hvor det går fram hvilke opplysninger kortet skal inneholde, samt kravet etter § 4 første ledd om at kortet skal være «utstedt av en kortutsteder utpekt av departementet».

Isolert bedømt gir punktet støtte til Vegvesenets tolkning av kontraktsbestemmelsen. Kortet skal være «utstedt», altså eksistere fysisk. I samme retning trekker kontraktsbestemmelsens krav om at det skal kunne vises fram.

Når lagmannsretten likevel er kommet til at pkt. 27.2 ikke kan forstås slik at den gir grunnlag for å kreve fysisk kort fra dag én, er det fordi retten mener at forskriften her må forstås i lys av praksis på den tida det er tale om her.

Det var Arbeidstilsynet som håndhevet ordningen med ID-kort. Og Arbeidstilsynets praksis er nærmere gjort rede for i tilsynets retningslinjer fra februar 2016. Her står det blant annet:

«Hvis arbeidsgiver kan fremlegge dokumentasjon for at virksomheten har startet prosessen med å registrere seg og sine arbeidstakere, enten i de enkelte registre eller hos kortutsteder, må Arbeidstilsynet og oppdragsgiver ta hensyn til dette. [...] Det er ikke forbud mot å arbeide i søkeperioden frem til man mottar ID-kortet.»

Bakgrunnen for disse retningslinjene var at det, på den tiden, kunne ta lang tid å få gjennomført alle trinnene i søknadsprosessen. Også selve utstedelsen av kort tok lang tid. Særlig for utenlandske arbeidstakere ville det være problematisk, også i forhold til EØS-reglene, å praktisere krav om fysisk ID-kort fra første dag, slik Vegvesenet ønsket å gjøre.

Nyankomne utenlandske arbeidere måtte, før de kunne søke om kort, også gjennom en prosess for å få tildelt såkalt D-nummer fra skatteetaten. Også dette kunne ta tid. For slike situasjoner hadde derfor Arbeidstilsynet laget en foreløpig løsning «på dokumentasjon som er gyldig ved manglende [fysisk] ID-kort». Inntil vedkommende hadde fått tildelt D-nummer, var løsningen at kopi av søknadsskjema (RF-1199) ble regnet som gyldig dokumentasjon. Etter tildelt D-nummer var kravet som nevnt ovenfor; dokumentasjon for at arbeidsgiveren hadde startet prosessen med å registrere vedkommende «i de enkelte registre eller hos kortutsteder».

Etter lagmannsrettens syn må denne entydige og klart dokumenterte praksisen fra Arbeidstilsynet anses som avgjørende for hvordan forskriftens krav til ID-kort skulle

forstås i februar 2016. Med «gyldig ID-kort» skulle den gang forstås «dokumentasjon med slikt innhold som forskriften krever og som Arbeidstilsynet godtar». Når pkt. 27.2 i de særlige kontraktsbestemmelsene for Statens vegvesen uttrykkelig henviser til forskriften, må kravet i kontrakten forstås på samme måte. Og når retten må legge til grunn at de 12 arbeidstakerne det er tale om, faktisk hadde slik dokumentasjon som Arbeidstilsynet godtok, betyr det at Vegvesenet ikke hadde kontraktsmessig grunnlag for å kreve at disse ansatte skulle holde seg borte fra anlegget.

For fullstendighets skyld vil lagmannsretten i tillegg bemerke følgende:

Selv om det skulle være slik at pkt. 27.2 i de spesielle kontraktsbestemmelsene, riktig forstått, hadde et slikt innhold som Vegvesenet mener, er det likevel lagmannsrettens oppfatning at Vegvesenet ikke var berettiget til å vise bort de 12 arbeiderne i dette tilfellet. Vegvesenet hadde ingen egen, beskyttelsesverdig interesse i å hindre de 12 i å arbeide. Verken byggherreforskriften eller andre bestemmelser påla Vegvesenet å praktisere sitt krav om ID-kort til ytterste konsekvens. «Påse-plikten» etter byggherreforskriften ville være oppfylt ved å kreve slik dokumentasjon som Arbeidstilsynet godtok. Det eneste Vegvesenet oppnådde ved å opptre som de gjorde, var å legge kjepper i hjulene for Martis framdrift, og dermed utsette Marti for fare for dagmulkt. Etter lagmannsrettens syn var dette klart i strid med Vegvesenets plikt til samarbeid og lojal opptreden overfor Marti. I den grad forholdet har medført kostnader og forsinkelse, gir denne manglende medvirkningen derfor et selvstendig grunnlag for krav om fristforlengelse og vederlagsjustering.

Utmålingen av både fristforlengelse og vederlag er imidlertid problematisk. Dette har blant annet sammenheng med Martis «omberegning» av kravet siden tingretten.

Hovedforskjellen mellom de to beregningene er antall tapte arbeidstimer. I sluttoppgjøret og for tingretten var tallet for tapte arbeidstimer, ifølge Marti, 912. For lagmannsretten anfører Marti at det reelle tapet var på 1260 timer.

For retten er det vanskelig å ta stilling til Martis oppstillinger over tapte timer direkte. Det mest konkrete holdepunktet retten har, er statistikken over arbeidede timer på stuff pr. uke gjennom hele drivetiden. Den viser at det i uke 8 og 9 2016 ble arbeidet ca. 86 – 87 timer på stuff hver uke, mens det i ukene før og etter ble arbeidet rett i overkant og rett i underkant av 100 timer. Et annet holdepunkt er ukerapportene. I uke 8 og 9 rapporteres det om «sterkt redusert drift grunnet redusert bemanning», mens rapporten for uke 10 sier « redusert drift» på grunn av det samme.

Etter rettens syn må det på denne bakgrunn kunne konkluderes med at forholdet har påvirket driften i minst to uker, antagelig litt lenger, og at påvirkningen når det gjelder framdrift mest sannsynlig har vært større enn tapet av arbeidstimer isolert bedømt skulle



tilsi. På denne bakgrunn mener retten at den direkte påvirkningen kan antas å utgjøre ca. 6 dager. Dette er det samme som tingretten, ut fra en annen tilnærming, også kom til.

Siden det er drivetiden som er forlenget, settes vederlaget for forlenget byggetid i samsvar med flertallets dagsats for tunneldrivefasen til ~~1 680 000~~ 1 800 000\* kroner. I tillegg kommer direkte kostnader til lønn. For tingretten utgjorde denne delen av kravet 672 399 kroner (inkludert 8,58 % LPS-påslag). Det tilsvarende beløpet i kravoppstillingen for lagmannsretten er på 928 972 kroner. Med utgangspunkt i lagmannsrettens konklusjon når det gjelder hvilken effekt tidstapet har hatt på framdriften, framstår det første beløpet som mest sannsynlig.

Vegvesenets anførsel om at Marti pliktet å redusere tapet ved å gjøre bruk av sin rett overfor Tucon til å avslutte leieforholdet for de ansatte som manglet ID-kort, kan ikke føre fram. For det første er det, etter rettens syn, høyst tvilsomt om den bestemmelsen i kontrakten mellom Marti og Tucon som Vegvesenet viser til, dekker en situasjon som dette. For det annet ville det uansett vært skadelig for Marti å opptre på en slik måte overfor en nær samarbeidspartner. Og for det tredje trengte Marti å ha de aktuelle arbeiderne tilgjengelig etter hvert som ID-kortene ble utstedt og de fikk anledning til å arbeide.

Men etter rettens syn er det ikke grunnlag for å tilkjenne LPS-påslag på lønn utbetalt etter regning fra utleieren, Tucon. Dette er ikke et krav «basert på kontraktens priser». Uten påslaget utgjør kravet 619 248 kroner.

Oppsummert tilkjennes Marti for KOE 040 6 dagers fristforlengelse på alle frister unntatt delfrist 1, 619 249 kroner for direkte utlegg (lønn) og ~~1 680 000~~ 1 800 000\* kroner i vederlag for forlenget byggetid. Til sammen blir dette ~~2 299 249~~ 2 419 249\* kroner.

### **5.7.7 Oppsummering fristforlengelser i drivefasen**

Samlet for drivefasen tilkjennes Marti etter dette 10 dager fristforlengelse på sluttfristen, 10 dager på den første elektrodelfristen (pel 0 – 2930), 10 dager på den andre elektrodelfristen (pel 2930 – 6570), og 10 dager på den tredje (pel 0 – 380). Det gis ingen fristforlengelser på delfrist 1 (åpning av fv. 322 over Bergli-portalen).

### **5.7.8 Øvrige krav i drivefasen**

Resten av kravene fra drivefasen gjelder bare forhold uten tidskonsekvens. Ett av disse kravene har direkte med drifingen å gjøre. Det er KOE 026 – feil målsetting på nisjer. Dette er et relativt lite krav som ikke har noen tilknytning til andre problemstillinger. KOE 045 – forgraving for spunting – gjelder også en avgrenset problemstilling av liten

økonomisk betydning. Et tredje krav som står for seg selv, er KOE 105 – Kostnader til bruk av generator ved blandeverk. Dette er et noe større krav, som egentlig har med prisingen av betongpostene i kontrakten å gjøre. For så vidt kunne det også vært behandlet under etterarbeidsfasen. Retten kommer tilbake til disse tre enkeltstående kravene mot slutten av behandlingen av krav fra tunneldrivefasen.

Tre andre store krav fra denne fasen har derimot en viss indre sammenheng. De to første er KOE 038 og KOE 064, som begge har med sjøarbeider utført ved Monsastubergan å gjøre. KOE 038 gjelder arbeid med erosjonshindrende tiltak langs fjorden. KOE 064 gjelder krav i forbindelse med dumping av overskuddsmasse i sjøen. Sammenhengen mellom disse to kravene består i at Marti opprinnelig hadde engasjert samme underentreprenør – J & K Petersen (J & K) – til å utføre disse jobbene, men at arbeidet – av forskjellige grunner – etter hvert ble satt bort til andre. Det tredje store kravet er KOE 097, som gjelder krav basert på angivelig manglende prosess for lasting og kjøring av sprengt stein fra mellomlager på Monsastubergan til utlastingsområdet for sjødumping. Dette kravet må, slik lagmannsretten oppfatter det, ses i sammenheng med utmålingen av kravet under KOE 064. Disse tre kravene blir behandlet i tur og orden nedenfor.

Retten begynner imidlertid med to andre krav, som også har mye felles, og som både oppsto og ble varslet under drivefasen. Det er KOE 041 og KOE 049. Begge gjelder krav om regulering av Martis vederlag som følge av endring i offentlige avgifter.

### **5.7.9 KOE 041 – Økning av satsen for arbeidsgiveravgift**

KOE 041 ble sendt 21. september 2016. Kravet gjaldt vederlagsjustering som følge av at reglene om differensiert arbeidsgiveravgift var blitt endret med virkning fra 1. januar 2016. Endringen førte til at Marti fikk økte kostnader ved innleie av tunnelarbeidere fra Tucon. Grunnen var at Tucon ikke lenger kunne beregne arbeidsgiveravgift av lønn utbetalt til ansatte som arbeidet på Nordnestunnelen etter det gunstige regelverket som gjaldt for såkalt «ambulerende virksomheter» tidligere. Fram til endringen trådte i kraft var arbeidsgiveravgiftssatsen for disse 0 %, fordi arbeidet ble utført i Nord-Troms, der dette var den alminnelige satsen. Etter endringen ble satsen 14 %, fordi arbeidsgiveren, Tucon, var registrert i Oslo. For perioden 1. januar – 1. september 2016 krevde Marti på denne bakgrunn kostnadsdekning med 1 282 570 kroner. Marti varslet samtidig om tilsvarende konsekvenser framover. KOE 041 ble revidert 1. november 2016 og i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet for tingretten var på 4 847 479 kroner.

*Tingretten* tok kravet til følge. Etter tingrettens syn var den økte arbeidsgiveravgiften i dette tilfellet en avgift Marti skulle betale «etter kontrakten», slik dette er å forstå etter NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd. Kostnadsøkningen ville, etter tingrettens syn, heller ikke bli dekket «av annen indeksregulering». De spesielle kontraktsbestemmelsene for Statens

vegvesen C2 pkt. 18 andre ledd var dermed ikke til hinder for regulering etter NS 8406 pkt. 23. Etter tingrettens syn hadde ikke Marti hatt mulighet for å begrense tapet.

Staten har anket.

*Marti* fastholder kravet. Det er et grunnleggende prinsipp i entreprisestandardene at byggherren har risikoen for endringer i det offentlige rammeverket. Dette prinsippet ligger også til grunn for C2 Spesielle kontraktsbestemmelser for Statens vegvesen pkt. 18, som i tilfelle motstrid går foran regelen i NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd. Det avgjørende etter C2 pkt. 18 er om endringen dekkes av annen indeksregulering eller ikke. Subsidiært anfører Marti at det samme også følger direkte av pkt. 23.1 fjerde ledd. Det betyr at Marti i dette tilfellet har krav på regulering. Endringen i reglene om differensiert arbeidsgiveravgift som skjedde med virkning fra 1. januar 2016, var av direkte betydning for prosjektet på Nordnes, og effekten fanges ikke opp av annen indeksregulering. Martis tapsbegrensningsplikt strakk seg ikke så langt som til å si opp avtalen som var inngått med Tucon. Marti kunne heller ikke la være å betale Tucons krav om ekstra vederlag som følge av regelendringen.

*Staten* gjør gjeldende to selvstendige grunnlag for at Martis krav ikke kan føre fram. For det første mener staten at den aktuelle avgiftsøkningen etter sin art faller utenfor det som gir rett til regulering etter NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd, jf. C2 pkt. 18. C2 pkt. 18 går ikke foran NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd, men utfyller den når det gjelder hvilket avgiftsnivå som skal danne basis for en eventuell regulering. Tilknytningsvilkåret og nødvendighetsvilkåret som følger av NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd, gjelder fullt ut. Her er ingen av dem oppfylt. Arbeidsgiveravgift er en generell avgift, uten noen direkte tilknytning til kontraktsarbeidet. Det var heller ikke nødvendig for Marti å benytte innleide folk. I orienteringen som fulgte tilbudet opplyste Marti at «tunneldrivingen vil bli utført med vårt eget mannskap». For det andre gjør staten gjeldende at Marti ikke pliktet å betale Tucon mer enn det som opprinnelig var avtalt. Det går uttrykkelig fram av kontrakten mellom Marti og Tucon at Tucons priser «includes any costs» Tucon måtte bli ansvarlig for i anledning avtalen med Marti. Hvis Marti hadde gjort denne klausulen gjeldende overfor Tucon, ville ikke Marti blitt påført ekstra kostnader som følge av avgiftsendringen. Martis manglende oppfyllelse av tapsbegrensningsplikten må derfor også medføre at kravet ikke kan føre fram.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som tingretten.

Den grunnleggende problemstillingen er om den endringen i arbeidsgiveravgiftregimet som trådte i kraft 1. januar 2016, er en endring som – etter kontrakten mellom Marti og Vegvesenet – i det hele tatt kan gi rett til direkte vederlagsjustering.

Ved vurderingen av dette spørsmålet er det, etter lagmannsrettens syn, nødvendig å se kontraktens ulike bestemmelser om regulering av entreprenørens vederlag som følge av endringer i generelt prisnivå, og som følge av endring av enkeltavgifter, i sammenheng.

Avtaleverket mellom partene består av flere dokumenter. I tillegg til NS 8406, som gjelder som C1 «Alminnelige kontraktsbestemmelser», er det her særlig C2 «Spesielle kontraktsbestemmelser for Statens vegvesen» som er av interesse.

Den aktuelle bestemmelsen i NS 8406 er pkt. 23.1 «Indeksregulering. Endring av offentlige gebyrer og avgifter». Ordlyden er gjengitt ovenfor under pkt. 5.4 Indeksregulering. Siden det er et poeng å se hele bestemmelsen i sammenheng, inntas den her også:

Er ikke annet avtalt, reguleres kontraktssummen etter bestemmelsene i NS 3405 – Bestemmelser om regulering av kontraktssum for bygg og anlegg på grunn av endringer i lønninger, priser, sosiale utgifter m.m., – totalindeksmetoden – med én kalendermåned som avregningsperiode.

Dette gjelder også regningsarbeider og tilleggsarbeider som skal utføres etter kontraktens enhetspriser.

Dersom tilbud gis under utførelsen, skal prisene i slike tilbud ikke prisreguleres med mindre annet avtales.

Endres offentlige gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale etter at entreprenøren inngav sitt tilbud, skal vederlaget justeres som følge av endringen uten tillagt merverdiavgift eller påslag for indirekte kostnader, risiko og fortjeneste.

Tilsvarende bestemmelser finnes også i de to andre sentrale entreprisestandardene, NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt og NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser. Effekten av bestemmelsene er at entreprenørene kan gi sine tilbud basert på det lønns- og prisnivået og de aktuelle avgifts- og gebyrsatsene som er kjent på tilbudsstadiet, uten at det er nødvendig å kalkulere inn risikoen for denne typen kostnadsendringer under utførelsesperioden. Dette må også antas å være det primære formålet med reglene. Risikoen både for lønns- og prisøkning og for avgiftsøkninger legges på byggherren, som på sin side unngår risikoen for å måtte betale mer enn det den faktiske lønns- og prisutviklingen, og de faktiske avgiftsøkningene, til slutt viser seg å gi grunnlag for. (At entreprenøren samtidig får risikoen for at vederlaget blir redusert dersom disse kostnadene blir redusert, er et speilbilde av dette. For tolkingen av regelverket er det uten betydning. For enkelhets skyld vil lagmannsretten her i hovedsak bare omtale økning av priser og avgifter.)

Grunnen til at standardene har ulike metoder for regulering for generelle lønns- og prisendringer på den ene siden (pkt. 23.1 første ledd) og regulering for visse gebyr- og avgiftsendringer på den andre (pkt. 23.1 fjerde ledd), er at endringer i prisnivået kan justeres for med rimelig grad av nøyaktighet ved hjelp av indeksbaserte prosentvise påslag på kontraktssummen, mens det samme ikke alltid er tilfelle for endring av gebyrer og avgifter. For eksempel kan økning i en kommunal avgift føre til økte kostnader ved å utføre et kontraktsarbeid, uten at endringen på noen måte gir seg utslag i den indeksen som kontraktssummen blir regulert etter. For å oppnå at risikoen også for konsekvensene av slike endringer skal ligge hos byggherren, har standardene derfor egne bestemmelser om regulering etter en mer direkte krone for krone-metode i visse tilfeller, slik NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd er et eksempel på.

En konsekvens av at standardene opererer med et tosporet system for vederlagsjustering på grunn av pris- og avgiftsendringer, er at det blir nødvendig å gjøre et skille mellom tilfeller der en avgiftsendring gir rett til direkte regulering og tilfeller der den ikke gjør det. I NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd skjer denne avgrensingen ved at retten til direkte regulering begrenses til å gjelde ved endring i «gebyrer og avgifter som entreprenøren etter kontrakten skal betale». Den samme formuleringen benyttes også i de to andre standardene.

For vår problemstilling er et sentralt spørsmål hva denne avgrensingen mer presis går ut på. Ordlyden i seg selv gir liten veiledning. Med utgangspunkt i ordlyden og en til dels sprikende underrettspraksis har det likevel dannet seg oppfatninger om at avgrensingen skal skje etter to ulike kriterier; «tilknytningskriteriet» og «nødvendighetskriteriet». Dette går blant annet fram av kommentarutgavene til NS 8406 (Arvesen m.fl.) og NS 8407 (Nordtvedt m.fl.).

I LG-2021-57871 (Flypassasjeravgift) er det en utførlig drøftelse av hva som antas å ligge i tilknytningskriteriet. I dommen oppsummerer retten sitt syn slik:

Det samsvarer med ordlyden i NS 8406 punkt 23.1 fjerde ledd at avgiften må ha direkte tilknytning til kontraktsarbeidet, og at alminnelige avgifter som bompengesatser, veiavgifter mv. faller utenfor. En slik tolking er også i samsvar med formålet med bestemmelsen. Entreprenører som inngir tilbud, trenger ikke ta høyde for risikoen for økte avgifter direkte knyttet til oppfylning av kontrakten, men må for øvrige avgifter falle tilbake på indeksreguleringen. Tolkningen reflekterer en rimelig risikofordeling mellom kontraktspartene, slik lagmannsretten ser det

Et annet sted i dommen går det fram at avgifter som «må ses som en del av den alminnelige prisutviklingen i samfunnet (...) skal dekkes gjennom indeksreguleringen». Det pekes også på at «hensynet til praktikable bestemmelser og ukompliserte sluttoppgjør» underbygger en slik forståelse.

Slik retten forstår dommen, antas det med andre ord at det er avgiftstypen som er avgjørende for om endringer gir rett til direkte regulering etter fjerde ledd eller ikke. Dette synes også forutsatt i de ulike kommentarutgavene som dommen viser til. Et nærliggende eksempel er følgende uttalelse i Hans-Jørgen Arvesen m.fl., NS 8406 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt med kommentarer [2014] side 306:

Bestemmelsen [pkt. 23.1 fjerde ledd] gjelder kun avgifter og gebyrer som entreprenøren «etter kontrakten» skal betale. NS 3401 pkt. 15 og NS 3430 pkt. 22 brukte uttrykket «i forbindelse med kontraktarbeidet», men det antas at endringen i ordlyden ikke innebærer noen realitetsendring. Vilåret innebærer en begrensning, slik at endringer i gebyrer og avgifter som påløper som ledd i entreprenørens alminnelige virksomhet uavhengig av det aktuelle kontraktarbeidet, ikke kan kreves dekket av byggherren. Dette kan for eksempel gjelde arbeidsgiveravgift eller avgifter knyttet til entreprenørens organisasjon, med mindre det i kontrakten er spesifisert at byggherren skal dekke slike avgifter.

Lagmannsretten er enig i at en slik forståelse har en viss støtte i ordlyden i NS pkt. 23.1 fjerde ledd. Formålet bak reguleringsbestemmelsen i pkt. 23.1 taler imidlertid etter rettens syn for en noe mer nyansert tolking. Retten legger som nevnt til grunn at formålet med pkt. 23.1 første og fjerde ledd samlet sett er å legge risikoen for alle pris- og avgiftsendringer på byggherren. For å oppnå dette må i praksis avgiftsendringer som ikke er egnet til å gi et relevant utslag på kontraktssummen gjennom indeksreguleringen etter første ledd, gi rett til regulering etter fjerde ledd.

Hvilke endringer dette gjelder, avhenger ikke nødvendigvis av om det er tale om endring i en «alminnelig» avgift eller ikke, men av om endringen – på grunn av forhold i tilknytning til det enkelte kontraktsforholdet – slår ut på en spesiell måte.

Etter lagmannsrettens syn tilsier dette at NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd bør tolkes slik at det er avgiftsendringens eventuelt særlige effekt på de kostnadene entreprenøren etter kontrakten skal betale, som er det sentrale for vurderingen av om endringen gir rett til direkte vederlagsjustering.

Etter rettens syn er ikke hensynet til praktikable regler og et ukomplisert sluttoppgjør noe avgjørende argument mot å tolke fjerde ledd på denne måten. Problemstillingen er fortsatt om en konkret endring faller innenfor eller utenfor reguleringsretten. Dette må uansett avgjøres ut fra en mer overordnet vurdering. Retten kan ikke se at denne blir mer komplisert eller uforutsigbar ved at man knytter vurderingen direkte til endringens eventuelt kontraktsspesifikke effekt, i stedet for til om avgiften som endres er en «alminnelig» avgift eller ikke.

Etter lagmannsrettens syn har en slik tolking også støtte i C2 «Spesielle kontraktsbestemmelser for Statens vegvesen» pkt. 18, som lyder slik:

18 Basis for priser i kontrakten (se NS 8406 pkt. 23)

Kontrakten er basert på offentlige bestemmelser (påbud, forbud o.l.) som var kunngjort 14 dager før tilbudsfristen og der dato for ikrafttredelse fremgår av kunngjøringen. Endringer av slike forutsetninger, som ikke dekkes av annen indeksregulering, gir partene rett til regulering av kontraktssum.

Riktignok går det ikke uttrykkelig fram av ordlyden at bestemmelsen har noe med gebyrer og avgifter å gjøre. Men ut fra henvisningen til NS 8406 pkt. 23 er dette likevel ikke tvilsomt. Dermed er det etter rettens syn heller ingen tvil om at andre punktum må forstås slik at det sier noe om når endringer i gebyrer og avgifter gir partene rett til direkte regulering av vederlaget.

Slik lagmannsretten forstår andre punktum, gir bestemmelsen dessuten anvisning på et vurderingstema som i praksis må antas å føre til nøyaktig samme resultat som det en formålsbasert tolking av NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd fører til.

Hvorfor Statens vegvesens spesielle kontraktsbestemmelser inneholder noe om dette, foreligger det ingen opplysninger om. En mulighet er at Vegvesenet har opplevd tolkingen av NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd som usikker og ønsket en avklaring, i hvert fall for sine egne kontraktsforhold. En annen mulighet er at det er tale om et bevisst avvik fra NS 8406.

For vår sak er dette, etter lagmannsrettens syn, uten betydning. I motsetning til det som LG-2021-57871 bygger på, mener lagmannsretten at de spesielle kontraktsbestemmelsene pkt. 18 andre punktum klart gir uttrykk for hva som – i denne henseende – skal være avgjørende for om en avgiftsendring gir rett til direkte regulering, uansett hvordan NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd måtte være å forstå. Det er om effekten av endringen dekkes av annen indeksregulering eller ikke.

Det er her grunn til å understreke at de spesielle kontraktsbestemmelsene pkt. 18 uansett ikke berører det andre aspektet av grunnvilkåret i NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd. For at en avgiftsendring skal gi rett til direkte regulering, er det fortsatt et vilkår at entreprenørens plikt til å betale avgiften som endres er en tilstrekkelig direkte følge av kontraktsarbeidene, jf. det såkalte «nødvendighetsvilkåret».

Hva som nærmere ligger i dette, kan også være noe uklart. Lagmannsretten forstår nødvendighetsvilkåret nærmest som en rettslig standard. Det er i hvert fall ikke noe krav om «absolutt nødvendighet». Etter lagmannsrettens syn vil avgifter som påløper som følge av et naturlig driftsopplegg, i utgangspunktet falle innenfor. En annen sak er at entreprenøren, her som ellers, vil kunne ha plikt til å justere sine opprinnelige planer, dersom dette samlet sett vil begrense de økonomiske virkningene av en avgiftsøkning.

Neste spørsmål er om endringen av arbeidsgiveravgift i dette tilfellet er av en slik karakter at den gir rett til regulering.

Basert på de rettslige utgangspunktene ovenfor, mener lagmannsretten at svaret her er klart ja. Endringen førte til at arbeidsgiveravgiften for tunnelarbeidere som jobbet med Nordnestunnelen, men som ikke var ansatt i virksomheter registrert i den avgiftsfrie sonen i Nord-Troms og Finnmark, økte fra 0 til 14 %. Bakgrunnen var, som nevnt, at unntaket for såkalt «ambulerende virksomheter» ble opphevet, noe som innebar at arbeidsgiveravgift heretter skulle betales med satsen som gjaldt i det geografiske området (arbeidsgiveravgiftssonen) hvor arbeidsgiver var registrert.

Om, og i hvilken grad, opphevingen av unntaket for ambulerende virksomheter påvirket indeksen som den generelle reguleringen etter NS 8406 pkt. 23.1 første ledd foretas etter, foreligger det ingen direkte opplysninger om. I og med at det var et ganske snevert unntak som ble opphevet, legger lagmannsretten til grunn at en eventuell innvirkning på indeksen må ha vært helt marginal. Det vises til tingrettens bemerkninger om dette. Når endringen samtidig førte til store utslag i kostnadene ved å gjennomføre kontraktsarbeidet, betyr det i praksis at effekten av endringen ikke er blitt dekket av annen indeksregulering. Dermed gir endringen, etter sin art, rett til regulering.

Et annet spørsmål er om man kan si at endringen i dette tilfellet gjaldt avgifter som entreprenøren, Marti, etter kontrakten skulle betale, jf. det såkalte «nødvendighetsvilkåret».

Fra statens side er det i denne forbindelse gjort gjeldende at det var Tucon som var arbeidsgiver for de aktuelle tunnelarbeiderne, og at det var Tucon som fikk økte utgifter til arbeidsgiveravgift som følge av endringen, ikke Marti. Marti bare leide inn de aktuelle folkene fra Tucon.

Etter lagmannsrettens syn blir dette en for formalistisk tilnærming. Innleie av tunnelarbeidere fra et samarbeidende selskap framstår etter rettens mening som et naturlig element i Martis driftsopplegg. I forhold til kontraktens krav om at en viss prosent av arbeidsstokken skulle være egne ansatte, ble Tucon-folkene regnet som ansatt hos Marti. Slik forholdet mellom Marti og Tucon var, ble Tucons økte utgifter til arbeidsgiveravgift videreført direkte til Marti, som dermed i praksis betalte avgiftsøkningen som en del av sine kostnader ved å utføre kontraktsarbeidet. Etter omstendighetene mener lagmannsretten at det er denne økonomiske realiteten som må være avgjørende for retten til regulering etter NS 8406 pkt. 23.1, jf. de spesielle kontraktsbetingelsene pkt. 18.

Den siste problemstillingen er om Marti burde gjort noe for å begrense effekten av avgiftsøkningen. Staten har i denne forbindelse for det første pekt på at Marti etter kontrakten med Tucon kunne nektet å betale ekstra leie. Staten har også vist til at Marti



kunne valgt å benytte kun egne ansatte, og på den måten fortsatt å nyte godt av ordningen med «differensiert» – det vil si null – arbeidsgiveravgift.

Heller ikke disse anførselene kan føre fram. Etter lagmannsrettens syn ville slike måter å tilpasse seg på også medført kostnader, både umiddelbart og antagelig på lengre sikt. Både hensynet til det langvarige forretningssamarbeidet med Tucon og uforutsigbare konsekvenser av å skulle skifte mannskap, eventuelt endre ansettelsesforhold for en rekke personer, gjør at dette framstår som uegnede tiltak.

Verken «nødvendighetsvilkåret» eller Martis tapsbegrensningsplikt er dermed til hinder for at Marti i dette tilfellet har rett til regulering av vederlaget som følge av avgiftsøkningen.

Selve utmålingen av kravet har ikke staten hatt innvendinger mot.

Det betyr at lagmannsretten er enig med tingretten i at Marti, under KOE 041, skal tilkjennes 4 847 479 kroner.

#### **5.7.10 KOE 047 – Økning av kaiavgift Kåfjord kommune**

KOE 047 ble sendt 28. september 2016. Kravet gjaldt dekning av økte utgifter i forbindelse med lossing av sand og andre materialer over kaia på Løkvoll i Manndalen. Bakgrunnen var at Kåfjord kommune, med virkning fra 1. desember 2015, hadde økt kaiavgiften fra 9 til 13 kroner pr. tonn. Pr. juni 2016 var kravet på 43 760 kroner. Marti varslet samtidig at kravet ville øke framover. Det gjorde det også. KOE 047 ble senere revidert flere ganger, sist i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet for tingretten var på 1 097 549 kroner.

*Tingretten* tok kravet til følge. Etter tingrettens syn var kaiavgiften en avgift Marti skulle betale «etter kontrakten», selv om det i prinsippet hadde vært mulig å få ilandført masser på annet vis.

Staten har anket.

*Marti* fastholder kravet. Etter Martis syn var det i praksis nødvendig å benytte den kommunale kaia for å få ilandført masser som trengtes i anlegget. Da faller kaiavgiften inn under det Marti «etter kontrakten skal betale», og NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd gir rett til direkte regulering.

*Staten* gjør gjeldende at tingrettens avgjørelse er feil. Nødvendighetsvilkåret er ikke oppfylt. Kontrakten forutsatte ikke bruk av den kommunale kaia. Marti hadde alternative muligheter. For eksempel kunne Marti valgt ilandføring over kaia ved Monsastubergan.

Det er godt mulig at Marti oppnådde besparelser ved å bruke den kommunale kaia, men det er uten betydning for vurderingen av om avgiften var nødvendig.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten.

Etter rettens syn var Martis bruk av den kommunale kaia i dette tilfellet i utpreget grad en del av et naturlig driftsopplegg, som både Marti og Vegvesenet hadde nytte av. Selv om Marti, teoretisk sett, kunne fått ilandført sand og andre materialer på andre måter, faller da kaiavgiften klart inn under avgifter som i utgangspunktet omfattes av reguleringsretten etter NS 8406 pkt. 23.1 fjerde ledd. Retten viser også til tingrettens bemerkninger om dette.

Når det samtidig er på det rene at Marti ikke får dekket denne konkrete avgiftsøkningen gjennom den generelle prisreguleringen, er det ingen tvil om at Marti har krav på å få vederlaget regulert med effekten av avgiftsøkningen.

Marti tilkjennes etter dette 1 097 549 kroner under KOE 047.

#### **5.7.11 KOE 038 – Manglende prosess og endrete lengder på mudrede seksjoner**

KOE 038 ble sendt 20. mai 2016. Bakgrunnen var at Vegvesenet i slutten av april hadde gitt beskjed om at mudringen, over en nærmere angitt strekning, måtte foretas i seksjoner på 10 meter, ikke 20. I den opprinnelige KOE'en varslet Marti at dette innebar en endring i forhold til kontrakten, og at forholdet ville få økonomiske og muligens framdriftsmessige konsekvenser. I forbindelse med sluttoppgjøret ble det økonomiske kravet konkretisert til 6 496 295 kroner. Av dette utgjorde vederlagsjustering som følge av endret utførelse av mudringsarbeidet 1 606 796 kroner, mens resten knyttet seg til arbeidet med fylling av stein i den mudrete grøfta. Ifølge Marti manglet anbudsskjemaet en egen prosess for dette arbeidet, som var mer kostnadskrevende enn å dumpe stein i sjøen.

Tingretten kom til at instruksjonen om at mudringen måtte foretas i seksjoner på 10 meter ikke innebar noen endring. Denne delen av kravet ble derfor ikke tatt til følge. Når det gjaldt kravet basert på manglende prosess for fyllingsarbeidet, var imidlertid tingretten i hovedsak enig med Marti, som fikk tilkjent 4 007 346 kroner under dette kravet. Av dette hadde staten, i forbindelse med saken, allerede godtatt å skulle betale drøye 3 millioner kroner.

Tingrettens begrunnelse for at instruksjonen om timetersseksjoner ikke utgjorde en endring, var at det i beskrivelsen av mudringen i prosess M1 81.32 sto at entreprenøren skulle sørge for å fylle fjellmasser inn i mudringsgrøfta «etter hvert som det mudres», og at det av referatet fra tilbudsbeifaringen i forbindelse med mudringsarbeidene gikk fram at det var påvist områder «hvor det ikke må gjøres noe uten at dette er i samråd med» Vegvesenet.

Begge parter har anket på dette punktet, men staten har frafalt anken under saken.

*Marti* fastholder for det første kravet om vederlagsjustering på 1 606 796 kroner for redusert lengde på mudringsseksjonene. For det andre krever *Marti* ytterligere 824 958 kroner, som tingretten ikke tilkjente for arbeidet med fylling av stein i mudringsgropa.

*Staten* bestrider at reduserte mudringsseksjoner innebærer en endring av kontrakten, men akspeterer å skulle betale ytterligere 824 958 kroner for steinfyllingsarbeidet. Beløpet på 3 035 877, som staten erkjente for tingretten, er utbetalt tidligere.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten i at redusert lengde på mudringsseksjoner ikke utgjør noen endring. Instruksen om maksimalt 10 meters lengder gjaldt bare for ca. 70 meter av den totale mudringsstrekningen. På bakgrunn av det som går fram av rapporten fra tilbudsbeferingen var dette, som tingretten skriver, «noe en normalt forstandig tilbyder, ved innlevering av tilbud, måtte ta høyde for».

At *Marti* har måttet betale mer til de nye underentreprenørene som overtok etter J & K, er i denne sammenheng uten betydning. Grunnen til at denne delen av J & K's kontrakt med *Marti* ble avsluttet, var at J & K's lekter havarete. Dette var ikke byggherrens risiko.

Den øvrige delen av *Martis* anke må imidlertid tas til følge, jf. statens erkjennelse under saken.

*Marti* tilkjennes etter dette 824 958 kroner under KOE 038.

#### **5.7.12 KOE 064 – Kansellert sjødeponi Monsastubergan**

KOE 064 ble sendt 23. november 2016, nærmere begrunnet i brev 13. mars 2017 og revidert i forbindelse med sluttoppgjøret 27. februar 2018. Sluttoppgjørskravet var på 24 933 377 kroner. Ifølge *Marti* var dette merkostnader *Marti* var påført ved at Vegvesenet først hadde avbestilt sjødeponering av masser fra Monsastubergan (EO 006 av 23. juni 2015), og deretter påny pålagt *Marti* å utføre dette arbeidet. *Marti* hadde i mellomtida videreført avbestillingen til sin underentreprenør, J & K. Da det igjen ble nødvendig å gjenoppta sjødumping av overskuddsmasser fra tunnelen, måtte *Marti* inngå avtale med en annen underentreprenør, til vesentlig høyere kostnad.

For tingretten krevde *Marti* tilkjent 26 067 395 kroner under denne posten. Vegvesenet aksepterte å skulle betale 5 515 357 kroner.

*Tingretten* tok hele kravet til følge. *Tingretten* var enig med *Marti* i at EO 006 måtte forstås som en avbestilling av videre sjødumpingsarbeider. Når Vegvesenet deretter, blant annet

gjennom byggemøter og prisforespørsel, tok sjødeponi inn i kontrakten igjen, utgjorde dette en endring etter NS 8406 pkt. 19. Dette ga Marti krav på vederlagsjustering. Siden den tilbudte enhetsprisen ikke lenger var anvendelig, måtte Vegvesenet godta slik justering av enhetsprisen som Martis kontrakt med den nye underentreprenøren, Torstein Botn, innebar. At Marti i mellomtida hadde fått et lavere tilbud fra en annen underentreprenør, Arctic Seaworks, som deretter gikk konkurs, var ikke til hinder for at Marti kunne kreve vederlag basert på prisen til Botn, som til slutt utførte jobben. Arctics pristilbud var verken videreformidlet til eller akseptert av Vegvesenet. Mengdene var sannsynliggjort gjennom fakturaer fra Botn.

Staten har anket.

*Marti* fastholder kravet fra tingretten, justert for det beløpet på 5 515 357 kroner som staten i mellomtida har betalt. Når det gjelder grunnlaget for kravet, viser Marti til tingrettens begrunnelse. Når det gjelder utmålingen, gjør Marti gjeldende at mengdene er dokumentert, og at kravet i realiteten bare gjelder oppgjør for arbeider som er utført, og kostnader til underentreprenør, som er betalt av Marti. Det vises blant annet til Botns slutfaktura av 31. desember 2016. Kravet utgjør nå 20 552 038 kroner.

*Staten* bestrider at EO 006 må forstås som en avbestilling av sjødumpingsarbeidene fra Monsastubergan. Meningen var å avbestille sjødumping fra det andre utskipingsområdet som var planlagt, Huppasbergan. Det erkjennes at ordlyden i EO'en er uklar, men hva den egentlig gjaldt ble avklart i byggemøte 17 den 22. september 2015. På dette tidspunkt hadde J & K fortsatt kontrakt på mudringsarbeidene, og Marti burde da sørget for å få arbeidet med sjødumping inn i J & K's kontrakt igjen. Også senere gjorde Vegvesenet det klart ved flere anledninger at sjødumping ikke var avbestilt. At J & K ikke var tilgjengelig da det ble aktuelt å starte opp sjødumpingen våren 2016, var Martis risiko. Subsidiært bestrider Vegvesenet utmålingen av kravet. Prisforespørselen av 25. mai 2016, som tingretten viser til, gjaldt ikke sjødumping fra Monsastubergan, men kjøring fra mellomlager på Bergli til utskipping fra Huppasbergan. Ordlyden i forespørselen beror på feilskrift. Marti svarte ikke på prisforespørselen før i august 2016, og Vegvesenet aksepterte heller ikke den enhetsprisen på 190,30 kroner pr. fm3 som Marti krevde. Det er derfor ikke inngått noen avtale om endrete enhetspriser. Derimot gir Martis svar på prisforespørselen den ytterste rammen for hva Vegvesenet «måtte forstå» at arbeidene ville koste, jf. NS 8406 pkt. 23.4 fjerde ledd. Forutsatt at mengdene oppgitt i Botns slutfaktura er riktige, er det maksimale beløpet Vegvesenet «måtte forstå» at jobben ville koste 21 115 557 kroner. Med fradrag for det som allerede er betalt, betyr det at det absolutt høyest mulige beløpet Marti kan bli tilkjent under dette punktet er 15 811 984 kroner. Dette er imidlertid også for høyt. Vegvesenet viser for det første til at tilbudet fra Botn, som den tilbudte enhetsprisen på 190,30 kroner er basert på, også inkluderer pris på to prosesser som under ingen omstendighet ble tatt ut av kontrakten, selv om EO 006 tolkes som en avbestilling. Det er post T1 32.21 (transport av stein fra tunnel Monsastubergan til

sjø) og prosess T1 32.291 (transport av stein fra mellomlager Bergli til kai Monsastubergan). Når dette tas i betraktning, gjenstår bare 80 kroner pr. fm<sup>3</sup> av den tilbudte enhetsprisen på 190 kroner for sjødumping, eventuelt 102,30 kroner pr. fm<sup>3</sup>, som ville vært prisen for sjødumping dersom Arctic ikke hadde gått konkurs. Uansett må det, ved en eventuell utmåling av vederlag utover det Marti har betalt, blant annet tas hensyn til at Marti igangsatte arbeidene uten endringsordre fra Vegvesenet, og at kontraktens regler om måling av mengder ikke er overholdt.

*Lagmannsretten* er kommet til at statens anke ikke kan føre fram.

Når det gjelder grunnlaget for kravet, er lagmannsretten enig med tingretten. Det er etter lagmannsrettens syn åpenbart at EO 006 må tolkes som en avbestilling av arbeidet med sjødumping fra Monsastubergan. Det er ikke noe, verken i selve endringsordren eller i situasjonen da endringsordren ble gitt, som gir holdepunkt for Vegvesenets anførsel om at endringen bare gjaldt dumping fra det alternative utskipingsstedet, Huppasbergan.

Selve ordlyden i endringsordren, som ble utstedt 23. juni 2015, lød slik:

«Beskrivelse av endring:

Sjødeponi utgår og masser fra tunnel Monsastubergan kjøres til Skibotn på biler etter vei. Sjøtransport utgår og utstyr for mudring er flyttet til Sørkjosen for mudring i forbindelse med jordras. Dette også som en kompensasjon for arbeider som utgår med sjøfylling på Monsastubergan.

Viser til pris vedr transport av masser til Skibotn. Prisen er pr fm<sup>3</sup> kr 85,- pluss 10 % påslag. Evt. kompensasjon vedr avkortning av kontrakt for sjøarbeider kommer i tillegg.

Det bekreftes at tippmaskin er inkludert i pris.

Prisen er gitt med en gjeldende avstand inntil 25 km fra opplastingspunkt.»

Når det gjelder den faktiske situasjonen da endringsordren ble gitt, er følgende på det rene:

Martis underentreprenør for sjøarbeidene, J & K, var i gang med arbeid på Monsastubergan. Arbeidene besto dels i mudring/fylling langs land, jf. KOE 038, dels i sjødumping. Ifølge Marti hadde J & K allerede dumpet 5 717 m<sup>3</sup> steinmasser fra Monsastubergan fram til endringsordren ble gitt. Huppasbergan var ikke tatt i bruk. Etter endringen ble J & K flyttet fra Monsastubergan til Sørkjosen, og dumping av masser fra Monsastubergan opphørte. Grunnen til at J & K kom tilbake til Monsastubergan høsten 2015, var at det fortsatt gjensto arbeider med erosjonssikring (mudring, etterfylling med stein og plastring).

Samlet etterlater disse forholdene ingen tvil om at endringsordren må tolkes slik Marti gjorde. Etter at Marti hadde innrettet seg etter denne forståelsen av ordren ved å avbestille

overfor sin underentreprenør J & K, kunne heller ikke Vegvesenet tilbakekalle avbestillingen. Vegvesenets uttalelse i byggemøte 17 den 22. september 2015 er derfor uten betydning i denne sammenheng.

Da det i mai 2016 ble endelig klart at det likevel ble nødvendig å starte opp med sjødumping igjen, kunne Vegvesenet derfor ikke kreve at jobben skulle utføres til de prisene som opprinnelig var avtalt.

Hvilken pris Vegvesenet plikter å betale, er et annet spørsmål.

Det er flere grunner til at dette er blitt et problem. En grunn er at Vegvesenet våren 2016 fortsatt holdt fast ved at sjødumpingen ikke var avbestilt, og samtidig jobbet for at det ikke skulle bli nødvendig å dumpe stein i sjøen. Referatet fra byggemøte 32 (24. mai 2016) inneholder to punkter som illustrerer dette. For det første er det protokollert en merknad fra Marti til forrige byggemøtereferat, hvor deponi også var et tema. Martis kommentar lyder slik:

«Entreprenør minner om at sjødeponi og sjøtransport er avbestilt av SVV. Dersom SVV vil gjøre om på denne avbestillingen, anmoder entreprenør om at dette blir gjort i nær fremtid slik at dette kan prises og planlegges på nytt.»

Under punktet «byggherrens leveranser» står følgende fra Vegvesenets side:

«Deponi: Sjødeponi må tas i bruk visst ikke Kåfjord kommune eller lyngen har noen områder for deponering av stein. Det jobbes med saken men fremdeles ingen avklaring. Sjødeponi vil mest sannsynlig bli tatt i bruk.»

Situasjonen var med andre ord både fastlåst og uavklart. Dagen etter sendte imidlertid Vegvesenet en prisforespørsel til Marti, som lød slik:

«Prisforespørsel består i: sjøtransport Monsastubergan til Sjødeponi:

Inntil 50000m<sup>3</sup>  
Over 50000m<sup>3</sup>»

Marti oppfattet dette slik at Vegvesenet endelig innså at det var nødvendig å bestille sjødumping på nytt, og at de ønsket et pristilbud på jobben med sjødumping fra Monsastubergan. I ettertid har Vegvesenet hevdet at forespørselen ikke gjaldt sjødumping, men transport av stein på veg fra Bergli til Huppasbergan. Dette er, både ut fra ordlyden og sammenhengen, merkelig. Særlig på bakgrunn av Martis kommentar i byggemøtet dagen i forvegen, var uansett Martis forståelse vel begrunnet.

Ut fra sin forståelse av forespørselen kontaktet Marti deretter Arctic, som på dette tidspunktet drev med mudring og steinfylling på Monsastubergan, jf. KOE 38 ovenfor.

Arctic svarte på henvendelsen 2. juni 2016, og etter avtale med Marti dumpet Arctic deretter også noen lass fra Monsastubergan. Men før det var inngått noen endelig avtale mellom Marti og Arctic, og før Marti hadde svart på prisforespørselen fra Vegvesenet, gikk Arctic konkurs. Marti måtte derfor finne enda en ny underentreprenør både til dumpejobben og jobben med mudring og steinfylling.

Den nye underentreprenøren ble Torstein Botn AS. Når det gjaldt den delen av Martis forespørsel som hadde med sjødumping å gjøre, inneholdt Botns tilbud – som Marti aksepterte 7. juli 2016 – priser på ulike elementer som Marti hadde bedt om pris på. Dette var:

Opplasting og transport til lastepunkt – kr 61,-/fm<sup>3</sup>

Opplasting lekter – kr 32,-/fm<sup>3</sup>

Massetransport sjø fra tunnel Monsastubergan – kr 80,-/fm<sup>3</sup>

For disse tre operasjonene samlet, krevde Botn 173 kroner pr. fm<sup>3</sup>

Det gikk fram av tilbudet at prisene forutsatte minimum tre måneders arbeid. Botn ga i tillegg en separat pris på massetransport sjø, det vil si «ekskl. lasting av lekter». Denne var lik prisen i «samletilbudet», det vil si 80 kroner pr. fm<sup>3</sup>. Dessuten gikk det fram av tilbudet at opp- og nedrigging, samt drift av rigg, kom i tillegg med til sammen drøye 3,5 millioner kroner. Det var også en tilleggs kostnad i forbindelse med korttidsleie av båt, MS Saturn, på 500 000 kroner.

Botn kom i gang med arbeider på Monsastubergan i begynnelsen av juli 2016.

På bakgrunn av avtalen inngått med Botn svarte Marti på Vegvesenets prisforespørsel den 16. august 2016. Svaret som ble påført forespørselsskjemaet, besto i en henvisning; «Se vedlegg». Partene er imidlertid ikke enige om hva som var vedlagt. Ifølge Marti fulgte hele tilbudsskjemaet fra Botn. Vegvesenet mener at det som fulgte med var et skjema der Marti, basert på Botns pris på 173 kroner pr. fm<sup>3</sup>, tilbød å utføre «Tunnelmasser til sjø, Opplasting og transport til lastepunkt inkl., Opplasting lekter inkl., Massetransport sjø» for 190,30 kroner pr. fm<sup>3</sup>, det vil si med et påslag på 10 %.

Vegvesenet avsto tilbudet samme dag. Begrunnelsen var at prisforespørselen av 25. mai 2016 ikke gjaldt sjøtransport fra Monsastubergan til sjødeponi, men transport av stein fra Bergli til Huppasbergan. Det sto feil i forespørselen. Vegvesenet gjentok at sjødumping fra Monsastubergan fortsatt lå i kontrakten, og at det var kontraktens priser som gjaldt.

Rent faktisk fortsatte arbeidene med sjødumping fram til desember 2016, uten at noen avtale var inngått mellom Marti og Vegvesenet. KOE 064 ble som nevnt sendt 23. november 2016.

Ved vurderingen av hva Marti har krav på å få betalt for arbeidene, tar lagmannsretten utgangspunkt i at sjødumpingen ble avbestilt av Vegvesenet ved EO 006 den 23. juni 2015 og deretter i praksis tatt inn igjen i kontrakten våren 2016. I og med at dette skjedde som beskrevet ovenfor, uten at det ble utferdiget noen ny endringsordre og uten at det ble inngått noen avtale om pris på arbeidene, må vederlaget fastsettes på annen måte, med utgangspunkt i kontraktens regler.

Først er det imidlertid nødvendig å avklare nærmere hvilke arbeider det skal fastsettes vederlag for. Martis krav gjelder både transport av masser til kaia, opplasting på lekteren og selve sjøtransporten. Vegvesenet gjør gjeldende at i den utstrekning noe ble avbestilt, var det bare sjøtransporten. Det som ifølge Vegvesenet eventuelt skal dekkes som endringsarbeid, er dermed bare sjøtransporten.

På dette punktet er lagmannsretten enig med Marti. Da sjødumping ble avbestilt, innebar det automatisk at også arbeid med transport av masser til kai og opplasting på lekter ble tatt ut. Det endringsarbeidet som i realiteten ble pålagt våren 2016, omfatter da nødvendigvis alle de tre prosessene som måtte utføres for å få massene dumpet.

Martis krav om oppgjør for disse arbeidene nå, er satt sammen av ulike elementer. En del er basert på «justerte enhetspriser», mens de øvrige postene i kravet består av kostnader til rigg og leie av båt, basert på Botns priser pluss 10 %. I og med at de justerte enhetsprisene i praksis også er Botns priser med Martis påslag, og mengdene er Botns fakturerte mengder, mener lagmannsretten at Martis krav i realiteten er et regningsarbeidskrav. Ved vurderingen av Martis krav tar lagmannsretten derfor utgangspunkt i reglene om regningsarbeid i NS 8406 pkt. 23.4. Siden det er på det rene at Marti verken har varslet om regningsarbeid eller rapportert jevnlig om påløpte kostnader, betyr det at det rettslige utgangspunktet også her er «de utgifter byggherren måtte forstå at entreprenøren har hatt» med tillegg av påslag.

Et holdepunkt for hva Vegvesenet måtte forstå, er i dette tilfellet Martis svar på prisforespørselen fra Vegvesenet. Som nevnt ovenfor er imidlertid partene ikke enige om hva Marti svarte.

Etter lagmannsrettens syn er det klart mest sannsynlig at vedlegget som fulgte med svarskjemaet, var Martis prisskjema datert 16. august 2016 om en felles enhetspris på 190,30 kroner for opplasting og transport, opplasting på lekter, og sjøtransport. Etter rettens mening ville det for det første gi dårlig mening å utarbeide et slikt skjema, hvis det ikke nettopp skulle brukes overfor Vegvesenet som svar på prisforespørselen. Og for det andre tilsier ikke situasjonen at Marti på dette stadiet hadde interesse av å legge fram Botns pristilbud overfor Vegvesenet. Botns pristilbud, som også omfattet andre arbeider, framstår heller ikke som noe hensiktsmessig svar på Vegvesenets forespørsel. Retten legger derfor



til grunn at Martis svar rett og slett besto av enhetsprisen på 190,30 kroner pr. fm3 dumpet masse; opplasting og transport, ombordlasting og sjøtransport inkludert.

Hva Vegvesenet på denne bakgrunn «måtte forstå» om Martis utgifter ved å få disse arbeidene utført, er et noe annet spørsmål. Ut fra situasjonen mener lagmannsretten at den mest nærliggende tolkingen av Martis pristilbud, er at den tilbudte prisen ville dekke alle Martis kostnader. Både prisnivået i seg selv, og det forhold at prisen tilsynelatende skulle gjelde pr. fm3 dumpet masse, uavhengig av om den var transportert fra mellomlageret på Bergli eller kom fra Monsastubergan (direkte fra tunnelen, eller via mellomlager), tilsier etter rettens mening at Vegvesenet ikke «måtte forstå» at underentreprenørens krav om utgifter til rigg og leie av båt ville komme i tillegg. Retten viser her til at hvis man anvender den tilbudte enhetsprisen på de totale mengdene som – ifølge Botns slutt faktura – ble dumpet, gir dette et totalt vederlag på i overkant av 27,5 millioner kroner, altså godt over det endelige kravet i KOE 064 på 24 933 277 kroner.

Hva vederlaget ville blitt dersom man la til grunn Arctics tilbud, er etter lagmannsrettens syn uten interesse for vurderingen av hva Vegvesenet måtte forstå om Martis kostnader etter at Arctic gikk konkurs og Botn kom inn i bildet i stedet.

Slik lagmannsretten ser det, er det etter dette først og fremst spørsmålet om mengder som det gjenstår å ta stilling til. Og – siden vurderingstemaet også her er hva Vegvesenet «måtte forstå» – er det ikke avgjørende om Marti har sannsynliggjort de mengdene som Botn har fakturert eller ikke. Det avgjørende er om Vegvesenet måtte forstå at det kom til å bli dumpet i størrelsesorden 145 000 fm3 tunnelmasse, etter at sjødeponiet igjen ble tatt i bruk våren 2016.

Dette har det ikke vært noen bevisføring om. Retten legger til grunn at Vegvesenet – i grove trekk – har oversikt over hvor store mengder stein anlegget totalt sett har produsert, hvor mye som er blitt brukt i anlegget, og hvor mye som er transportert til Skibotn og andre steder. I prinsippet skulle det derfor være mulig for Vegvesenet å ha noenlunde kontroll på hvor store mengder overskuddsstein man ville ende opp med. Siden Vegvesenet ikke har hatt konkrete innvendinger mot de mengdene som er oppgitt, går retten ut fra at disse ligger innenfor det som kunne forventes.

På denne bakgrunn er lagmannsretten enig med tingretten i at Martis krav under KOE 064 må tas til følge. Etter fradrag for det som er betalt siden tingretten, utgjør beløpet nå 20 552 038 kroner.

### 5.7.13 KOE 097 – Manglende prosess opplasting og transport fra mellomlager Monsa

KOE 097 ble først sendt 27. februar 2018 i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet var på 3 546 432 kroner, som skulle dekke transport av til sammen 75 154 fm<sup>3</sup> masser fra mellomlager ved tunnelåpningen på Monsastubergan til utskipningskaia. Ifølge Marti manglet kontraktens prisskjema en prosess for prising av dette arbeidet.

*Tingretten* tok ikke kravet til følge. Riktignok inneholdt ikke prisskjemaet noen prosess for prising av arbeidet med å flytte masse fra Martis mellomlager utenfor tunnelen til utskipingsområdet. Men etter tingrettens syn var for det første kravet varslet for seint, slik at Vegvesenet ikke hadde hatt noen mulighet for å kontrollere hvor store mengder som eventuelt ble mellomlagret. For det andre mente tingretten at behovet for mellomlagring var en konsekvens av måten Marti drev på. I Martis tilbud var det forutsatt at masser som ble tatt ut på Monsastuberg-siden skulle fraktes direkte fra stoff til utskipingsområdet.

*Marti* har anket, men redusert kravet til 2 659 824. Marti fastholder at prisskjemaet mangler en prosess for prising av dette arbeidet, som utvilsomt måtte utføres. Marti viser til at prosess T1 32.21 gjelder all «transport av stein fra stoff til mellomlager», det vil si fra begge stuffer. Når det gjelder prisingen av arbeidet med videre transport fra mellomlager til utskipingspunktet, er det imidlertid bare en prosess, T1 32.291, og den gjelder bare «masser fra mellomlager ved Manndalen til mellomlager/utskipningskai Monsastubergan». Det finnes ingen tilsvarende prosess for prising av arbeidet med opplasting og transport fra mellomlager Monsastubergan til utskipningskaia. Derfor er ikke dette priset, og merarbeidet med transport fra mellomlager Monsastubergan til utskipningskaia er av den grunn en endring som Marti har krav på vederlag for. Kravet ble varslet i brev av 26. juli 2017. Det er beregnet med utgangspunkt i kontraktens enhetspris i prosess V 26.1 og 26.5, som begge er anvendelige. Det opprinnelige kravet var basert på Martis masseregnskap, som viser at det er transportert til sammen 75 154 fm<sup>3</sup> fra Monsastubergan til utskipningskaia. Grunnen til at kravet for lagmannsretten er redusert, er at en del av massene er blitt transportert til kaia direkte fra stoff.

*Staten* fastholder at det ikke manglet noen prosess for prising av det arbeidet Marti krever betalt for her. Masse som ble tatt ut fra tunnelen på Monsastubergan var, fra statens side, planlagt kjørt direkte fra stoff til utskipningskaia. Dette var også Marti klar over, jf. Martis beskrivelse av sin planlagte «Oppdragsgjennomføring» som fulgte med tilbudet. Under tilbudsbeferingen ble det for øvrig påvist hvordan entreprenøren kunne utvide området ved utskipningskaia, slik at det ble plass til å legge masse her i påvente av dumping. Det var Martis måte å organisere arbeidet på som medførte behov for et mellomlager i nærheten av tunnelåpningen. For masser tatt ut ved Bergli var situasjonen annerledes. Der måtte massene mellomlagres i Manndalen, før de kunne transporteres videre på lastebil til utskipningskaia. Derfor inneholder prisskjemaet en egen prosess for prising av dette arbeidet. Kravet er dessuten varslet for seint. Det er umulig for Vegvesenet i ettertid å vite

hvor stor del av de dumpede massene som er blitt transportert direkte til kai fra stuff, og hvor stor del som har vært innom Martis mellomlager.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som tingretten.

Spørsmålet er om beskrivelsen av prosess T1 32.21 må tolkes slik at den, når det gjelder stein tatt ut på Monsastubergan-siden, omfatter alt arbeid som skal til for å få steinen fram til utskipningskaia. Dette må vurderes med utgangspunkt i ordlyden, sett i sammenheng med øvrige kontraktsdokumenter. Ordlyden i beskrivelsen var slik:

**Steinmasser fra stuff til mellomlager**

Omfatter opplasting i tunnel og transport regnet til tunnelmunning, av steinmasser fra sprengning av tunnellop med nisjer, bergrom for tekniske anlegg, tverrforbindelser, pumpeump, etc., grøfter, kumutvidelser og sjakter, samt fra overberg/utfall og rensk i tunnel.

\*\*\* *Spesiell beskrivelse* \*\*\*

a) Omfatter opplasting i tunnel, transport, tipping av massen, tippmaskin og utlegging på mellomlager. Transportstrekning gjelder fra stuff til mellomlager og gjelder steinmasser fra sprengning av tunnellop med nisjer, bergrom for tekniske anlegg, grøfter, kumutvidelser, samt overberg/utfall og rensk i tunnelen.

Ordet «mellomlager», som er brukt både i overskriften og i den spesielle beskrivelsen utarbeidet for dette prosjektet, trekker i utgangspunktet i retning av Martis forståelse. I hvert fall går det ikke tydelig fram at «mellomlager» her – det vil si for stein tatt ut ved Monsastubergan – skal forstås som området ved utskipningskaia. Men beskrivelsen må, som nevnt, ses i sammenheng med det øvrige konkurransegrunnlaget. Og her er det flere holdepunkter som trekker i motsatt retning.

Lagmannsretten viser først til prosess T1 32.291, som er en underprosess under prosess T1 32.29 «Transport av steinmasser fra mellomlager». Her går det fram av beskrivelsen at den gjelder transport av masser «fra mellomlager Manndalen til mellomlager/utskipningskai Monsastubergan»

Etter rettens syn trekker dette i retning av at det mellomlageret på Monsastubergan, som det er tale om i prosess 32.21, er området ved utskipningskaia. Et annet holdepunkt er det skriftlige svaret på spørsmål 4 fra anbudsfasen. En av de interesserte tilbyderne spurte her om prosess T1 32.21 skulle dekke «transport fram til utskipningskai på Monsastubergan for tunneldrift fra Nordnes-siden», det vil si på Monsastubergan-siden. Svaret fra Vegvesenet lød slik:

Prosess T1 32.21 gjelder transport fra stuff i tunnelen og frem til mellomlager Monsastubergan (som entreprenør må mudre for, her har dere også opplyst under tilbudsbefering at de kan få betydelig større plass til det mellomlageret hvis de mudrer et større parti) og fra stuff i tunnelen og til mellomlager i Manndalen

Dvs at det skal IKKE transporteres masser fra stuff i tunnelen direkte til Monsastubergan når man driver fra Manndalen. Massene er tenkt kjørt til mellomlager utenfor tunnelen for så å lastes opp på egnet transportutstyr og transporteres til Monsastubergan (T1 prosess 32.291), voller ved Birtavarre og Holmen (stedkode M2) eller andre formål (se transportabel under kap E).

Det som uttrykkelig går fram her, er at det mellomlageret på Monsastubergan som det er tale om, er et område som entreprenøren «må mudre for». Det går også fram at området har vært omtalt under tilbudsbeferingen, og at det var mulig å utvide lagringsområdet ved å mudre mer. Etter lagmannsrettens syn betyr dette at det lagringsområdet det er tale om, nødvendigvis er et område på eller i tilknytning til utskipingskaia. Det var denne det skulle mudres for, og det var her det var mulig å opparbeide et større område ved å mudre mer, noe Marti faktisk også gjorde.

For en normalt forstandig anbyder, som leser beskrivelsen i T1 32.21 i sammenheng med de øvrige kontraktsdokumentene, må det på denne bakgrunn framstå som klart at arbeidet som skal prises – når det gjelder stein tatt ut på Monsastubergan – er opplasting og transport helt fram til utskipingskaia.

En entreprenør som på tilbudsstadiet mente at det ville være behov for et eget mellomlager underveis mellom stuff og mellomlageret på utskipingskaia, måtte ta det med i betraktning ved kalkuleringen av prosess T1 32.21.

Dette betyr at Martis krav ikke kan føre fram.

En annen sak er at Marti i realiteten faktisk får oppgjør også for jobben med opplasting og transport fra eget mellomlager på Monsastubergan fram til utskipingskaia. Lagmannsretten viser her til rettens vurdering av kravet under KOE 064 ovenfor. Som det går fram der, var transport av stein fram til utskipingskai ett av tre elementer som inngikk i det arbeidet enhetsprisen på 190,30 kroner for ferdig dumpet masse skulle dekke.

Også på denne bakgrunn er det klart at Martis krav under KOE 097 ikke kan føre fram. Det ville i så fall ført til at Marti fikk betalt to ganger for samme jobb.

#### 5.7.14 KOE 026 – Feil målsetting på nisjer

KOE 026 ble sendt 17. september 2015. Marti varslet her økonomiske og framdriftsmessige konsekvenser av at to tekniske nisjer, T2 og T7, var blitt sprengt ut etter uriktige data. Stigningen inne i nisjen, det vil si helningen fra tunnelveggen og innover i fjellet 90 grader på selve tunnelens lengderetning, var dermed blitt for bratt, og det ble behov for ettersprenging. Nisjen nærmest Monsastubergan, T2, hadde fått en stigning på 8 %, mens riktig stigning skulle være 3 %. Nisje T7, nærmest Bergli, hadde fått 3 % stigning i stedet for 1 %. Vegvesenet aksepterte etter hvert å betale for ettersprengingen i nisje 2. Da KOE 026 ble revidert i forbindelse med sluttoppgjøret, omfattet den dermed bare nisje 7. Kravet var på 108 219 kroner vederlag for utført arbeid, i det alt vesentligste basert på kontraktens enhetspriser (uten LPS-påslag).

*Tingretten* ga Marti medhold i dette kravet. *Tingretten* la til grunn at det tegningsgrunnlaget Marti hadde da denne nisjen ble sprengt ut, ikke viste hvilken stigning den skulle sprenges ut med. Den reviderte tegningen, som viste 1 % stigning, ble først utferdiget etter at Marti hadde sprengt ut nisjen. Dermed forelå det en endring, og Marti hadde krav på vederlagsjustering. Selv om Marti ikke hadde varslet og dokumentert etter reglene om regningsarbeid, tok *tingretten* kravet til følge. Beløpet utgjorde ikke mer enn det Vegvesenet måtte forstå at endringsarbeidet ville koste.

Staten har anket.

*Marti* fastholder kravet. Det opprinnelige tegningsgrunnlaget var mangelfullt. Dette ble oppdaget da Marti forberedte sprengningen av nisjene T2 og T7 i juli 2015. Derfor sendte Marti en TA (teknisk avklaring) og ba om koordinater for aksene og hjørnene på de teoretiske sprengningsprofilene. Det ble presisert at dette var nødvendig for å avklare «tverrfallet» på profilen. Vegvesenets svarte bare at tverrfallet skulle være det samme som veien hadde i det aktuelle området. Marti forsto dette slik at nisjen skulle ha samme helning innover i fjellet som helningen på tvers av vegbanen utenfor. I og med at vegbanen utenfor nisje T2 hadde et tverrfall på 8 %, ble nisje T2 sprengt ut med en helning i forlengelse av dette på 8 %. Utenfor nisje T7 hadde vegbanen et tverrfall på 3 %, og nisje T7 ble derfor sprengt ut med samme helning innover i fjellet. Når Vegvesenet har godtatt å betale for ettersprengning i nisje T2, er det uforståelig at de ikke også godtar å betale for T7. Kravet er ikke varslet for sent, og det dekker bare direkte kostnader ved de arbeidene som måtte utføres.

*Staten* gjør gjeldende at stigningen på 1 % gikk fram av den opprinnelige målsettingen av nisje T7. *Tingretten* tar feil når den legger til grunn at opplysningen om 1 % stigning gjelder ferdig gulv inne i nisjen, ikke traubunnen som skulle sprenges ut. Gulvene i de tekniske byggene inne i nisjen skal være i vater. Det er ikke noe egentlig «gulv» i nisjen utenfor de tekniske byggene. Her er det bare fylt opp med grus. Revisjonen av tegningene

som tingretten viser til, gjaldt andre forhold i nisjen, ikke stigningen. Grunnen til at Vegvesenet likevel har godtatt å betale for ettersprenging av nisje T2, er uklarheter som oppsto i forbindelse med en teknisk avklaring Marti ba om før de to nisjene ble sprengt ut. Uansett er ikke reglene om regningsarbeid fulgt. Det er umulig for Vegvesenet å kontrollere et krav som er satt fram mer enn ett år etter at arbeidene ble utført. Vegvesenet måtte ikke forstå at arbeidene kom til å koste det Marti krever.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som tingretten.

Ut fra de opprinnelige tegningene er det i beste fall uklart hvordan disse nisjene skulle sprenges ut. Og Vegvesenets svar på Martis tekniske avklaring svarte ikke på det Marti spurte om, nemlig koordinater for hjørnene. Det er riktig, som anført av staten, at Marti bidro til forvirringen ved å bruke ordet «tverrfall», som betyr helning på tvers av lengderetningen, når det man egentlig mente å spørre om var «stigningen», altså helningen i lengderetningen. Men samlet sett mener lagmannsretten at den uklarheten som forelå etter den tekniske avklaringen i dette tilfellet må anses som et byggherreforhold. Det betyr at Marti i utgangspunktet har krav på vederlagsjustering.

Slik saken er opplyst har ikke lagmannsretten grunnlag for å fravike tingrettens vurdering av hva Vegvesenet «måtte forstå» at endringsarbeidet ville koste.

Statens anke gis derfor ikke medhold.

Under KOE 026 tilkjennes Marti dermed 108 219 kroner.

### **5.7.15 KOE 045 – Forgraving for spunting**

KOE 045 ble sendt 12. september 2016. Marti krevde her å få dekket ekstrakostnader på i alt 290 600 kroner i forbindelse med arbeider i tilknytning til ny bru over Mandalselva. Bakgrunnen for kravet var at det hadde oppstått vesentlig økt behov for forgraving som følge av at tilførte steinmasser i henhold til Vegvesenets beskrivelse (max steinstørrelse Ø300 mm) ikke lot seg spunte med forutsatt utstyr (Vibro). Enhetsprisen i kontrakten var derfor ikke anvendelig. Kravet ble revidert 19. juli 2017 og i forbindelse med sluttoppgjøret. Ved den første revisjonen ble det varslet et betinget krav på fristforlengelse på 6 dager på delfrist 3 og sluttfristen. Ved den siste revisjonen ble fristforlengelseskravet frafalt.

*Tingretten* tok ikke kravet til følge. *Tingretten* mente at sortert knust steinfraksjon med størrelse som angitt av Vegvesenet er spuntbar, forutsatt bruk av hensiktsmessig utstyr. Vibroloddet som Martis underentreprenør benyttet, var etter tingrettens syn uegnet. Det var

derfor ingen feil med prosjekteringen, og det økte behovet for forgraving ga ikke grunnlag for noe krav.

*Marti* har fastholdt at det foreligger svikt ved Vegvesenets prosjektering, men justert kravet for lagmannsretten til 284 140 kroner. Massene som var fylt ut i henhold til beskrivelsen, lot seg ikke spunte. *Marti* innhentet tilbud fra tre spesialiserte underentreprenører. Alle tre planla, ut fra den informasjonen *Marti* hadde, å benytte Vibrolodd. Når massene ikke lot seg spunte med Vibro, viser dette at det foreligger prosjekteringsfeil, og *Marti* har krav på vederlagsjustering.

*Staten* bestrider at det foreligger noen prosjekteringsfeil. De beskrevne massene er spuntbare, men det må benyttes hensiktsmessig utstyr.

*Lagmannsretten* har ikke grunnlag for å fravike tingrettens vurdering når det gjelder KOE 045.

Anken kan ikke tas til følge.

#### **5.7.16 KOE 105 – Kostnader til bruk av generator ved blandeverk**

KOE 105 ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet gjelder tilleggs kostnader forårsaket av at *Martis* betongblandeverk ikke kunne kobles til strømmettet, men måtte drives med aggregat. Kravet er på 7 390 566 kroner. Av dette utgjør beregnede dieselutgifter 6 537 600 kroner. Beregnet leie av aggregat i 32 måneder utgjør 710 080 kroner. I tillegg kommer mindre beløp til lønn og transport. Det er gjort fradrag med ca. 240 000 kroner, tilsvarende de anslåtte strømutgiftene dersom blandeverket hadde latt seg drive med nettstrøm. Som grunnlag for kravet ble det vist til NS 8406 pkt. 18.1 og 19.4. Etter *Martis* syn hadde ikke Vegvesenet oppfylt sin medvirkningsplikt når konkurransegrunnlaget ikke inneholdt opplysninger om at strømmettet i Manddalen var for svakt til å kunne drive et betongblandeverk.

*Tingretten* tok ikke kravet til følge. Etter tingrettens syn fulgte det av konkurransegrunnlaget kapittel C3 pkt. 14.3 at *Marti* selv hadde ansvaret for å fremskaffe blant annet elektrisitet til egen rigg. At Vegvesenet hadde vært behjelpelig med å legge fram strøm til riggområdet, var uten betydning i denne sammenheng.

*Marti* har anket.

*Marti* fastholder kravet for lagmannsretten. Byggherren plikter etter NS 8406 pkt. 18.1 å sørge for at konkurransegrunnlaget gir fullstendige opplysninger om rammevilkårene for kontraktsarbeidene. Det omfatter også å gi relevante opplysninger om strømmettet. At

strømnettet ikke tåler tilkobling av et mobilt betongblandeverk, er en omstendighet som tilbyderne kan vente at byggherren opplyser om i konkurransegrunnlaget. Det blir også vanligvis gjort. Når konkurransegrunnlaget her ikke inneholdt noe om dette, utgjør det en svikt ved Vegvesenets medvirkning. Etter NS 8406 pkt. 19.4 har da Marti krav på slik vederlagsjustering som forholdet gir grunnlag for, jf. pkt. 22.1. Beregningen av kravet er foretatt med standard sveitsisk kalkyleverktøy, og det er ingen grunn til å tvile på at beregningen gir uttrykk for Martis reelle merkostnader. Vegvesenet har heller ikke lagt fram noen alternativ beregning.

*Staten* bestrider kravet. Konkurransegrunnlaget sier uttrykkelig at det er tilbyders ansvar å framskaffe strøm til egne formål. Da er det uten betydning at andre konkurransegrunnlag inneholder opplysninger om lokal nettstrøm-situasjon. Anlegg for egen betongproduksjon er heller ikke en del av normal rigg. Når Marti planla å etablere et eget blandeverk, var Marti også nærmest til å avklare om strømbehovet kunne dekkes via det lokale strømnettet. Uansett er kravet varslet for seint. Marti ble klar over forholdet våren 2015, men kravet ble først satt fram nærmere tre år seinere. Subsidiært anføres det at merutgiftene ikke er dokumentert. Beløpet som kreves beror på skjønn og beregninger løsrevet fra kontraktens poster. Marti har heller ikke oppfylt sin plikt til å begrense tapet.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som tingretten.

Utgangspunktet for vurderingen er regelen om byggherrens ansvar og risiko for «tegninger, beskrivelser og beregninger» i NS 8406 pkt. 18.1. Når kontrakten blir inngått etter anbudskonkurranse, omfatter dette ansvaret også innholdet i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget skal, ifølge Rt-2007-1489 (Byggholt) avsnitt 75, være «klart og entydig». Det gjelder både den mer generelle prosjektbeskrivelsen og de enkelte utgiftspostene som forutsettes priset. Uklarhet i konkurransegrunnlaget må, som den klare hovedregel, gå ut over anbudsinnbyderen.

I vår sak er det på det rene at anbudsgrunnlaget ikke inneholdt direkte opplysninger om at riggområdet og området i nærheten av det lå et sted hvor strømnettet var relativt svakt. Problemstillingen er om dette, når innholdet i konkurransegrunnlaget ses i sammenheng, skaper slik uklarhet om grunnlaget for prisingen av betongpostene at Marti kan kreve merutgiftene ved å drive betongblandeverket sitt med diesel dekket i medhold av NS 8406 pkt. 19.4.

Tingretten har i all hovedsak basert sin vurdering av dette spørsmålet på de spesielle kontraktsbestemmelsene C3 punkt 14.3 «Tilknytninger til offentlig nett, elkraft med mer». Der står det følgende:

«Entreprenøren er selv ansvarlig for å fremskaffe elektrisitet, vann og avløp til egen rigg.»



Lagmannsretten er for så vidt enig med tingretten i at dette punktet er sentralt ved vurderingen av hvem som har risikoen for at strømmettet i Manndalen ikke var sterkt nok til å drive Martis betongblandeverk. Men etter lagmannsrettens syn er det ikke dermed sagt at punktet også er direkte avgjørende for spørsmålet om konkurransegrunnlaget var mangelfullt ved at det ikke inneholdt nærmere opplysninger om strømmettet.

Kapasiteten på strømmettet er en av mange relevante omstendigheter som samlet utgjør rammevilkårene for utførelsen av et kontraktsarbeid som dette. Etter rettens mening er det uten videre klart at ikke alle rammevilkår kan beskrives i konkurransegrunnlaget. Et eksempel fra denne saken er KOE 063, der retten har lagt til grunn at rammevilkåret «arbeidstidsordninger» er noe tilbyderne ikke kan vente å finne beskrevet fra byggherrens side. Etter lagmannsrettens mening kommer i utgangspunktet opplysninger om strømmettets beskaffenhet i samme kategori. Men dersom det er spesielle forhold ved strømmettet som byggherren kjenner til, og som han forstår er av betydning for aktuelle tilbydere, mener lagmannsretten at dette likevel er noe byggherren plikter å gjøre rede for i konkurransegrunnlaget. Hvis slike opplysninger mangler, kan konkurransegrunnlaget bli ansett som mangelfullt og ikke tilstrekkelig klart. Det samme gjelder om det mangler opplysninger som byggherren burde kjenne til.

I denne saken er det ingen holdepunkter for at Vegvesenet faktisk var kjent med den aktuelle svakheten ved strømmettet i Manndalen. Spørsmålet blir dermed om Vegvesenet burde undersøkt kapasiteten mer konkret på forhånd.

Marti har, til støtte for sitt syn om at Vegvesenet hadde en slik undersøkelses- og opplysningsplikt, anført at det samfunnsmessig er lite formålstjenlig hvis alle entreprenører som regner på jobber må gjøre undersøkelser hos strømleverandør for å avdekke kapasiteten på nettet. Dette kan lagmannsretten langt på veg slutte seg til. Imidlertid løser ikke det problemet i vår sak. I vår sak er det på det rene at nettkapasiteten var tilstrekkelig til å drive det elektriske utstyret som inngår i en standard tunnelrigg, herunder også to borerigger. Det må Vegvesenet nødvendigvis ha avklart på forhånd, ellers ville ikke prosjektet blitt planlagt slik det ble.

Det nettet ikke tålte uten videre, var å skulle drive Martis betongblandeverk i tillegg. Spørsmålet er dermed om dette også var noe Vegvesenet burde skaffet greie på på forhånd.

Selv om det ikke er uvanlig at en tunnelentreprenør velger å etablere eget betongblandeverk, er ikke dette noe som inngår i standard rigg. Marti måtte selv skaffe tomt for blandeverket. Også dette er et moment som tilsier at byggherren vanskelig kunne forutse at nettkapasiteten ville bli et problem. Hvis for eksempel Marti hadde valgt en annen tomt, nærmere sekundærstasjonen i Kåfjorddalen, ville kapasiteten i nettet vært tilstrekkelig.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn kommet til at det ikke var noen mangel ved konkurransegrunnlaget at det ikke opplyste om at strømmettet i Mandalen var forholdsvis svakt. At andre konkurransegrunnlag utarbeidet av Vegvesenet for andre prosjekter inneholder mer konkrete opplysninger om strømforsyningssituasjonen, er etter rettens syn ikke noe argument for at konkurransegrunnlaget i vår sak er uklart. Det er tale om ulike situasjoner. To av de eksemplene Marti viser til, gjelder tilfeller der konkurransegrunnlaget beskrev konkret kapasiteten på den strømforsyningen *Vegvesenet* ville skaffe til *riggområdet*. Det tredje eksempelet gjelder et tilfelle der det var på det rene at eksisterende nett ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til tunneldrift, slik at entreprenøren selv måtte besørge strøm fra eget aggregat. Dette er noe annet enn det som var situasjonen for Martis betongblandeverk. Betongblandeverk hører som nevnt ikke til standard rigg, og det var Marti som selv valgte hvor blandeverket skulle plasseres. Risikoen for strømforsyningen til den valgte tomte ligger etter rettens syn hos Marti.

Etter lagmannsrettens syn kan anken når det gjelder KOE 105 ikke føre fram.

## **5.8 Etterarbeidsfasen**

### **5.8.1 Innledning**

Etterarbeidsfasen startet rett etter gjennomslag 7. desember 2016. De sentrale aktivitetene som skulle foretas inne i tunnelen i etterarbeidsfasen var bunnrensk, grunnarbeid i forbindelse med oppbygging av ny vegbane, etablering av kantstein/banketter og rekkverk, samt vann- og frostsikring. Dessuten skulle blant annet de tekniske nisjene innredes med ulike bygg og installasjoner. Sentrale aktiviteter utenfor tunnelen var for det første arbeidet med vegstrekningene i dagen på begge sider. På Bergli-siden skulle brua over Mandalselva bygges ferdig. Ved Monsastubergan var det fortsatt sjøarbeid som skulle utføres i tilknytning til erosjonssikringen. Blant annet skulle fyllingene langs land plastres med steinblokker.

En viktig del av etterarbeidet, både inne og i dagen, var å få på plass infrastruktur for elektroinstallasjonene. Dette omfattet arbeid med legging av trekkerør og trekkekummer, samt opplegg for jording. Langs høyre vegkant/tunnelvegg (sett fra Monsastubergan) skulle det legges kabelrør for sterkstrøm, mens det på venstre side skulle legges trekkerør for svakstrøm. Rørene skulle i hovedsak ligge bak rekkverket på begge sider, inn mot veggen i tunnelen. Selve elektroarbeidet skulle, som nevnt, utføres som en egen sideentreprise.

Marti la fram ny framdriftsplan for etterarbeidene i framdriftsmøte 19. oktober 2016. I og med at det hadde oppstått ytterligere forsinkelser under drivefasen, la Marti opp til en

betydelig raskere gjennomføring av arbeidene i etterarbeidsfasen enn det som er vanlig. Blant annet var mange aktiviteter planlagt utført parallelt. Planen var dermed sårbar for forstyrrelser. Særlig gjaldt dette arbeidene inne i tunnelen. Etter denne planen skulle Martis arbeider bli ferdigstilt 27. oktober 2017.

### **5.8.2 Tidskrav i etterarbeidsfasen**

Mange av kravene fra denne perioden gjelder fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid. Også her tar lagmannsretten sikte på en mest mulig kronologisk behandling. Det gjelder også de kravene Marti presenterte i forbindelse med sluttoppgjøret under KOE 165.

KOE 165 er en «samle-KOE» som omfatter forhold hvor partene underveis i prosjektet ble enige om at det forelå en endring som ga grunnlag for vederlagsjustering for selve arbeidet, men hvor Marti mente at det gjensto å ta stilling til Martis tidskrav. Ved sluttoppgjøret fremmet Marti derfor disse tidskravene samlet. Samlet fristforlengelseskrav etter KOE 165 var 25,9 kalenderdager på sluttfristen. Samlet krav om vederlag for forlenget byggetid var på 10 712 583 kroner.

For tingretten gjorde staten gjeldende en felles innvending mot alle disse kravene. Ifølge staten var det ikke bare inngått avtaler om vederlagsjustering for direkte arbeid. Det var også avtalt at dette skulle være fullt oppgjør, og at de ulike forholdene ikke ga grunnlag for ytterligere krav i form av fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid. Tingretten, som behandlet alle kravene under KOE 165 i sammenheng, tok – med ett unntak – ikke denne anførselen fra statens side til følge. For lagmannsretten frafalt staten anførselen under ankeforhandlingen. Det betyr at retten nå vil vurdere disse kravene på linje med øvrige tidskrav, og – som nevnt – der de hører hjemme tidsmessig. Dette gir etter rettens syn også bedre forutsetninger for å vurdere de eventuelle framdriftsmessige konsekvensene av hvert enkelt forhold.

### **5.8.3 KOE 080 – Sprenging av ekstra grøft for høyspent OPI-kanal foran TB 5**

KOE 080 ble først sendt 28. februar 2018, altså i forbindelse med sluttoppgjøret. Marti krevde 0,7 kalenderdager fristforlengelse på de to første elektrodelfristene og på sluttfristen. I tillegg krevde Marti vederlagsjustering på 349 502 kroner. Av dette var 321 114 kroner vederlag for forlenget byggetid. Som begrunnelse for kravet oppga Marti at selve tunnelen var blitt sprengt ut etter tegninger som ikke viste behov for ekstra dybde for grøft for OPI-kanal foran teknisk bygg nr. 5. Når Vegvesenet, i et arbeidsmøte om elektro 14. desember 2016, ifølge Marti hadde gitt beskjed om at det var nødvendig med en overdekning på 60 cm, var dette derfor å betrakte som tilleggsarbeid.

*Tingretten* tilkjente Marti 3 835 kroner for selve jobben med å sprengne grøft, basert på kontraktens enhetspriser. Men verken mulig svikt i prosjekteringen eller Vegvesenets uttalelse i arbeidsmøtet om behov for 60 cm overdekning ga grunnlag for krav om fristforlengelse mv. *Tingretten* viste til at Vegvesenet, i møtet den 14. desember 2016, hadde tatt forbehold om behovet for overdekning, og at det noen få arbeidsdager seinere ble avklart at det ikke var nødvendig å sprengne, slik Marti hadde gjort i mellomtida.

Begge parter har anket.

*Marti* gjør fortsatt gjeldende at det er grunnlag for tidskravet, men har for lagmannsretten justert det økonomiske kravet for forlenget byggetid til 291 264 kroner. Kravet om fristforlengelse er på én kalenderdag. Marti fastholder at de opprinnelige tegningene ikke viste behov for ekstra dybde foran TB5, og at Vegvesenets avklaring etter møtet 14. desember 2016 kom for seint. Hvis det skulle sprenges foran TB5, måtte det skje før bunnrensen, som startet ved pel 4300, hadde kommet forbi TB5, som ligger ved pel 3950. Derfor sprengte Marti 16. desember 2016. Vegvesenets avklaring kom ikke før 3. januar 2017. Forholdet medførte at bunnrensen ble forsinket med en halv dag. Dermed ble underentreprenøren, Arvid Thomassen Graveservice AS (ATG), som var engasjert til å starte grunnarbeider inne i tunnelen rett over nyttår, forsinket én dag i sin oppstart.

*Staten* gjør i avledet motanke gjeldende at Marti allerede har fått oppgjør for selve arbeidet, og at det derfor var feil av *tingretten* å tilkjenne vederlag på nytt. Når det gjelder Martis anke bestrider *staten* at det foreligger svikt i prosjekteringen. Det går fram av prosess 44.1 KE2 – E02 at kabler for lavspenningsanlegg skal ha minimum overdekning 0,5 m fra topp ferdig rør til ferdig veg. Med rør på 10 cm tilsier det normalt 0,6 m dybde. Det ble uansett ikke gitt noe «pålegg» i møtet 14. desember 2016 om at OPI-kanalen ved TB5 skulle ligge 0,6 m under ferdig veg. Vegvesenet skulle sjekke om den kunne ligge grunnere. Hvis det var viktig for Marti med en rask avklaring, kunne man tatt kontakt og fått svar med en gang. Subsidiært gjør Vegvesenet gjeldende at Marti ikke har sannsynliggjort noen tidskonsekvens. At kravet ikke ble varslet underveis, mens først i forbindelse med sluttoppgjøret mer enn et år etterpå, må tillegges stor vekt ved bevisbedømmelsen. Etter Vegvesenets syn er det uklart om og når sprenging har funnet sted, og hvilke konsekvenser det eventuelt har hatt for framdriften. Marti hadde igjen mye arbeid med grøftesprenging etter gjennomslag. Ukerapporten for uke 50 viser at det ble sprengt grøfter og drevet bunnrensk. Hvis det er riktig at sprenging for denne grøfta forsinket bunnrensen, skyldes dette mangelfull planlegging av arbeidene fra Martis side. Atter subsidiært anføres at kravet er falt bort ved passivitet.

*Lagmannsretten* forstår det slik at Marti er enig i at Vegvesenet allerede har betalt for selve grøfta, og at *tingrettens* dom på dette punktet dermed er feil.

Når det gjelder tidskravet, er lagmannsretten kommet til samme resultat som tingretten, men på et annet grunnlag.

Sammenholdt med det grunnlaget Marti hadde å sprengne tunnelen etter, innebærer Vegvesenets uttalelse i elektro-møtet 14. desember 2016 («Opi må ligge på 0.6 meter under ferdig vei») etter lagmannsrettens syn en endring. Det gjelder selv om Vegvesenet samtidig opplyste at man skulle sjekke om denne OPI-kanalen kunne ligge grunnere. Retten viser til at arbeidene med bunnrensk var i gang, og at framdriften her var viktig med tanke på oppstart av grunnarbeidene. Når underentreprenøren for grunnarbeidene, ATG, skulle starte opp rett over nyttår, var det for seint å komme med en avklaring den 3. januar 2017.

En annen sak er om Marti har sannsynliggjort at grøfta ble sprengt før den 3. januar 2017, at dette i så fall forsinket bunnrensen, og at ATG – uten denne forsinkelsen – kunne startet opp som planlagt med grunnarbeider i tunnelen den 3. januar 2017.

Både ukerapportene og sprengningsrapportene som Marti har lagt fram, viser at det ble sprengt for grøfter i det aktuelle området i det aktuelle tidsrommet. Ut fra antall meter grøft er det på det rene at det i hvert fall er sprengt langsgående grøfter. Det går ikke uttrykkelig fram om det også ble sprengt for grøft på tvers ved TB5, men etter rettens syn framstår det som klart mest sannsynlig. Retten viser her både til at det var behov for å få grøfta etablert før bunnrensen gjorde tunnelen uframkommelig, og til at spørsmålet om dybde ble tatt opp i møtet den 14. desember 2016.

I og med at det er tale om en tverrgrøft er det, etter lagmannsrettens syn, også mest sannsynlig at arbeid med denne grøfta – i motsetning til arbeidet med de langsgående grøftene – må ha hindret bunnrensen, som pågikk samtidig. Ved bunnrensk er det behov for å kunne transportere masse ut av tunnelen så å si kontinuerlig. Arbeid med grøft på tvers hindrer slik transport.

Det som til slutt avgjør om forholdet med OPI-kanalen gir grunnlag for fristforlengelse mv, blir dermed om Marti har sannsynliggjort at det var dette som gjorde at ATG ikke kom i gang med sine grunnarbeider i tunnelen den 3. januar 2017 som planlagt. Tilsynelatende er det en naturlig tanke. Samtidig skaper imidlertid den manglende varslingen her i seg selv grunnlag for tvil. At ATG ikke kom i gang, var noe Marti straks ble oppmerksom på, og som fikk umiddelbare konsekvenser for Marti, både framdrifts- og kostnadmessig. Hvis Marti på dette tidspunktet hadde ment at en så markert hendelse skyldtes et byggherreforhold, ville det etter rettens mening vært naturlig at Marti hadde varslet Vegvesenet om dette innen rimelig tid, og seinest i forbindelse med at ATG fremmet sine krav om fristforlengelse og vederlagsjustering overfor Marti. Men det skjedde ikke. KOE 080 ble ikke sendt før nærmere 14 måneder seinere. Og heller ikke da ble det anført at det var arbeidet med grøfta som var årsak til at tunnelen ikke var klargjort for ATGs

grunnarbeider i tide. Når heller ikke andre tidsnære bevis gir holdepunkter for at Marti har ansett Vegvesenets seine avklaring med hensyn til OPI-kanalen som årsak til denne forsinkelsen, er det i seg selv et selvstendig og tungtveiende moment ved bevisbedømmelsen. Et annet moment er at arbeidet med den aktuelle grøfta uansett ikke synes å ha ført til noe nevneverdig avbrudd i bunnrensen. I KOE 080 er den direkte innvirkningen på kritisk linje oppgitt til 0,5 arbeidsdag. Men heller ikke dette tallet er forankret i konkrete holdepunkter.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn kommet til at Martis anke når det gjelder KOE 080 ikke kan føre fram. Statens anke må derimot tas til følge. Resultatet blir at Marti ikke tilkjennes noe under KOE 080.

#### **5.8.4 KOE 077, jf. KOE 165 – Feil i stikningsdata.**

KOE 077 ble sendt 18. juli 2017 og gjaldt krav om vederlagsjustering og fristforlengelse på grunn av merarbeid forårsaket av feil stikningsdata for tre kummer inne i tunnelen; kum 291, 293 og 295. Begrunnelsen var at da disse kummene ble plassert etter de oppgitte stikningsdataene, viste det seg at utsparingene i kummene kom for lavt i forhold til nivået på drengrøftene. Dette ble oppdaget av underentreprenøren ATG tidlig i januar 2017. Det var også ATG som utførte de ekstraarbeidene som var nødvendig for at kummene skulle ligge på riktig nivå. Det økonomiske kravet for merarbeidet var på 41 853 kroner. Tidseffekten av forholdet var angitt til 7 timer, og fristforlengelseskravet var på 1 arbeidsdag på sluttfristen og den første elektrodelfristen. Vegvesenet aksepterte kravet om vederlag for direkte påførte kostnader, men avviste krav om fristforlengelse. Ved sluttoppgjøret ble tidskravet videreført som en del av KOE 165 – Kostnader for forlenget byggeperiode. Slik lagmannsretten forstår utregningen av kravet, utgjorde KOE 077's andel av det samlede kravet 642 229 kroner. Fristforlengelseskravet var på 1,4 kalenderdager.

*Tingretten* tok ingen del av tidskravet til følge. *Tingretten* kunne ikke se at det var holdepunkter for at de ekstra arbeidene, som ble utført 8 måneder før avtalt ferdigstillelse, var på kritisk linje.

*Marti* gjør fortsatt gjeldende at det er grunnlag for kravet, men kravet er noe justert. For lagmannsretten kreves 1 kalenderdags fristforlengelse på sluttfristen og de to første elektrodelfristene og 536 496 kroner i vederlag for forlenget byggetid. Som holdepunkt for at forholdet hindret framdriften viser *Marti* til at underentreprenøren ble forsinket i 7 timer, og at forholdet inntraff i en periode hvor nesten alle forstyrrelser var kritiske for framdriften som følge av en svært ambisiøs og presset framdriftsplan i utgangspunktet.

*Staten* bestrider krav om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid. Forholdet hadde ingen tidskonsekvenser. Feilen ble oppdaget i januar 2017, Vegvesenet og Marti ble enige om en endret utførelse, og ATG utførte endringene. Dette var de første kummene ATG skulle sette ned. Opprettingsarbeidet kom ikke i vegen for andre arbeider.

*Lagmannsretten* er kommet til at anken delvis må tas til følge.

Det er på det rene at Marti godtok ATG's krav om fristforlengelse på 7 timer som følge av ekstrajobben med de tre kummene.

Dette betyr ikke nødvendigvis at det samme forholdet hadde tilsvarende virkning på framdriften mot Martis frister. I dette tilfellet mener likevel retten at det er sannsynliggjort at forholdet hadde innvirkning også på Martis framdrift. Retten viser til at etterarbeidsfasen var planlagt med et uvanlig stramt tidsskjema. For å komme i mål var det nødvendig at alt gikk på skinner. Retten viser her særlig til det sakkyndige vitnet Limas forklaring. Selv om det ikke lar seg påvise konkret at akkurat denne forstyrrelsen hadde en direkte virkning, mener lagmannsretten på denne bakgrunn at en slik virkning må anses sannsynliggjort. Retten viser til at det er tale om et helt konkret forhold, som har gitt seg konket utslag i økt arbeidsmengde for underentreprenøren som utførte grunnarbeidene inne i tunnelen.

Martis krav om fristforlengelse under KOE 077 (jf. KOE 165) tas derfor til følge. Det gis 1 dag fristforlengelse på de to første elektrodelfristene, og 1 dag på sluttfristen. Vederlag for forlenget byggetid tilkjennes, i samsvar med flertallets dagsats for forlenget byggetid under etterarbeidsfasen, med 280 000 kroner.

### **5.8.5 KOE 078 – Ekstra pigging av grøfter fra TB3, TB4, TB5 og TB6**

KOE 078 ble satt fram i forbindelse med sluttoppgjøret. Marti krevde vederlagsjustering og fristforlengelse under henvisning til at Vegvesenet, gjennom tegningsrevisjon den 19. februar 2017, hadde bestilt nye drengrøfter fra fire tekniske bygg. Grøftene krysset tunnelen over til hoveddrengrøfta på motsatt side. Ifølge Marti tok arbeidet med hver av grøftene ca. 10 timer. Marti krevde 157 779 kroner i vederlag for direkte kostander beregnet etter kontraktens priser for regningsarbeid, 1,5 dags fristforlengelse på sluttfristen og de to første elektrodelfristene, samt 766 864 kroner i vederlag for forlenget byggetid. Marti frafalt seinere kravet basert på direkte kostnader, fordi det viste seg at arbeidene tidligere var avregnet etter enhetspriser i kontrakten. For tingretten gjaldt saken derfor bare krav om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid.

*Tingretten* tok kravet delvis til følge. På bakgrunn av faktura fra Martis underentreprenør, ATG, som utførte arbeidet, la tingretten til grunn at det tok minst 9,5 time å etablere én grøft. Tingretten la videre til grunn at innvirkningen på framdriften var noenlunde den

samme. Tingretten tilkjente fristforlengelse med én dag på sluttfristen og den andre elektrodelfristen. Den første fristen var allerede oversittet. Vederlag for forlenget byggetid ble tilkjent med 341 243 kroner.

Begge parter har anket.

*Marti* fastholder kravet om fristforlengelse, også på den første elektrodelfristen. Kravet er på 1,5 kalenderdag. Kravet om vederlag for forlenget byggetid er på 582 528 kroner (pluss LPS). Det er mulig at arbeidet med noen av grøftene ble utført før den endelige tegningsrevisjonen, slik staten gjør gjeldende, men det endrer ikke det faktum at arbeidene forstyrret framdriften. Arbeidene foregikk i en hektisk fase hvor det var planlagt med mange parallelle arbeider. Når tunnelen ble sperret på tvers i forbindelse med grøftearbeidet, påvirket dette derfor også en rekke andre framdriftskritiske prosesser.

*Staten* bestrider at det var tegningsrevisjonen 19. februar 2017 som utgjorde bestillingen av disse grøftene. *Marti* fikk beskjed om at det skulle være tverrgrøfter fra de fire tekniske byggene på et tidligere tidspunkt. Det er også på det rene at i hvert fall to av grøftene var ferdig pigget før den formelle tegningsrevisjonen. *Marti* har ikke sannsynliggjort at arbeidet med disse fire grøftene hadde konsekvenser for framdriften. Kravet er konstruert i ettertid på feilaktig grunnlag. Det er ikke påvist hvilke andre arbeider som ble forsinket. Manglende varsling må tillegges stor vekt ved bevisbedømmelsen.

*Lagmannsretten* er kommet til at statens anke må tas til følge.

Bakgrunnen for dette endringsarbeidet var at Vegvesenet i november 2016 gikk bort fra planen om at det skulle være langsgående drenggrøfter på begge sider av tunnelen på hele strekningen. I den midterste delen av tunnelen var det nok med langsgående drenggrøft på høyre side. Vann som skulle dreneres fra de tekniske byggene, som var på venstre side, måtte dermed føres i tverrgrøfter over til hovedgrøfta på høyre side. Dette gjaldt TB3, TB4, TB5 og TB6.

Vegvesenet utferdiget ikke noen formell EO om endringen. Dermed mangler et sikkert holdepunkt for å fastslå hvilken dato *Marti* ble kjent med at de fire ekstra grøftene skulle pigges. Bevistvil om dette er etter lagmannsrettens syn Vegvesenets risiko.

Fra statens side er det lagt fram to konkrete holdepunkter for at *Marti* var kjent med endringen lenge før den formelle tegningsrevisjonen 19. februar 2017. For det første viser staten til fotografier tatt ved pel 3935, det vil si ved TB5, den 6. januar 2017. Og for det andre vises det til faktura fra underentreprenøren, ATG, utferdiget 17. februar 2017.

Når det gjelder bildene tatt ved TB5 den 6. januar 2017, viser disse – i tillegg til OPI-kanalen (jf. KOE 080 ovenfor) – også et sort drengrør. Grøfta ved TB5 må *Marti* dermed



ha kjent til før 6. januar 2017. Fakturaen fra ATG gjelder pigging for grøft over veien ved pel 2885, det vil si ved TB4, den 6. februar 2017. Også denne grøfta må dermed Marti ha vært kjent med tidligere. I og med at behovet for alle fire grøftene hadde sammenheng med det samme forholdet – at den prosjekterte langsgående venstre drenggrøfta bortfalt på denne strekningen – er det etter rettens syn klart mest sannsynlig at Marti var kjent med alle de fire grøftene før den 6. januar 2017. Det betyr at begrunnelsen Marti ga for kravet i KOE 078, ikke var dekkende.

En annen sak er om dette har betydning for vurderingen av tidskravene.

I og med at forstyrrelsen her består i arbeid med tversgående grøfter, er det – som nevnt i forbindelse med KOE 080 – ut fra arbeidets art nærliggende å anta at det har påvirket annet samtidig arbeid. Helt i begynnelsen av etterarbeidsfasen synes det imidlertid ikke å ha vært mye annet arbeid som pågikk i den delen av tunnelen der ATG arbeidet. Lagmannsretten viser her til Martis ukerapporter, hvor det som nevnes av tunnelarbeider i hovedsak er bunnrensk og grøftesprenging, etter det lagmannsretten forstår mot Monsastubergan. Det er først i uke 7 (13. – 20. februar) det begynner å bli snakk om andre aktiviteter (forberedelse til asfaltering av en nærmere angitt strekning), som eventuelt kunne bli forstyrret. Men verken i ukerapportene eller andre steder er det nevnt noe konkret om dette. ATG, som ellers var rask til å kreve fristforlengelse, har heller ikke gjort gjeldende at arbeidet med de ekstra grøftene hindret ATG's framdrift. Når dette ses i sammenheng med at kravet først ble satt fram i forbindelse med sluttoppgjøret, og da med en misvisende begrunnelse, er lagmannsretten kommet til at Marti ikke har sannsynliggjort at arbeidet med pigging av de ekstra grøftene forsinket framdriften.

Marti tilkjennes dermed verken fristforlengelse eller vederlag for forlenget byggetid under KOE 078.

#### **5.8.6 KOE 075 – Stopp for arbeid i påsken 2017 og KOE 076 – Stopp for arbeid på røde dager i mai og juni 2017**

KOE 075 ble sendt 21. april 2017. Marti varslet her krav om fristforlengelse og dekning av kostnader (lønn, flybytte, maskiner, rigg) som følge av at Vegvesenet hadde lagt ned forbud mot arbeid i påskedagene. Kravet ble revidert 19. september 2017 og i forbindelse med sluttoppgjøret. Ved sluttoppgjøret var det økonomiske kravet på 3 769 560 kroner, hvorav 980 231 for direkte kostnader. Fristforlengelseskravet var på 5,5 kalenderdager på alle frister unntatt delfrist 1.

KOE 076 ble sendt 19. september 2017. Her fremmet Marti krav som følge av at Vegvesenet hadde lagt ned forbud mot arbeid på røde dager i mai og juni. Det økonomiske

kravet var på 1 199 870 kroner og kravet om fristforlengelse på 5 arbeidsdager. Ved revisjon i forbindelse med sluttoppgjøret var kravet 4 736 603 kroner, hvorav 1 299 751 kroner for direkte kostnader. Fristforlengelseskravet var på 7 kalenderdager på alle frister, unntatt delfrist 1.

*Tingretten*, som behandlet disse kravene under ett, var enig med Marti i at Vegvesenet ikke hadde vært berettiget til å beordre stopp i arbeider Marti hadde planlagt i påsken og på røde dager i mai og juni 2017. For påsken tilkjente tingretten derfor 4 dager fristforlengelse og 1 364 972 kroner i vederlag for forlenget byggetid. For røde dager fikk Marti 5 dager fristforlengelse og 1 706 215 kroner. Fristforlengelsene ble bare gitt på de to første elektrodelfristene og på sluttfristen. Etter tingrettens syn var ikke kravene om vederlag for direkte påførte kostnader dokumentert fra Martis side.

Marti har anket over utmålingen. Staten bestrider i avledet anke at det er grunnlag for kravene.

*Marti* krever for lagmannsretten 5,6 kalenderdager fristforlengelse for manglende arbeidsdager påsken 2017 og 2 342 021 kroner i vederlagsjustering, i all hovedsak for forlenget byggetid. For røde dager kreves 7 kalenderdager og 2 914 231 kroner i vederlagsjustering. Det forelå et «særlig og tidsavgrenset behov» for å arbeide de aktuelle dagene, og Marti – som på denne tida var bundet av tariffavtale – hadde inngått avtale med arbeidstakernes tillitsvalgte om slikt arbeid. Dermed ga arbeidsmiljøloven § 10-10 fjerde ledd Marti anledning til å arbeide de aktuelle dagene. Heller ikke etter lov om helligdagsfred § 3 første ledd kunne Vegvesenet pålegge stopp i arbeidene. De planlagte arbeidene var ikke utilbørlig støyende, og det var uansett ikke opp til Vegvesenet å håndheve denne loven.

*Staten* fastholder at arbeidsmiljøloven § 10-10 fjerde ledd i dette tilfellet ikke åpnet for at Marti kunne arbeide på søn- og helligdager. Et behov for å arbeide som skyldes arbeidsgivers egen mangelfulle framdrift tidligere, faller etter statens syn ikke inn under den type «særlig og tidsavgrenset behov» som lovens vilkår krever. Derfor var det riktig av Vegvesenet på pålegge stans i arbeidene både i påsken og på de røde dagene. Også lov om helligdagsfred var til hinder for at Marti jobbet. Kontrakten påla Marti å følge norsk lov under gjennomføringen av kontraktsarbeidene. Manndalen er en kristen bygd, og det var også kommet mange klager på støv fra lokalsamfunnet. For det tilfelle at det foreligger et byggherreforhold, aksepteres 4 dagers fristforlengelse under hver av KOene på elektrodelfristen som ennå ikke var utløpt og på sluttfristen.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten i at påleggene om stans i arbeidet i påsken og på røde dager i mai/juni 2017 utgjør byggherreforhold, og at Marti har rett til fristforlengelse og vederlagsjustering.

Retten ser først på KOE 075.

Hendelsesforløpet som førte fram til KOE 075 (påskekravet), startet på byggemøte 49 den 28. mars 2017. Bakgrunnen var at Marti var forsinket og derfor ønsket å arbeide gjennom hele påsken. Vegvesenet presiserte for sin del følgende i referatet fra møtet:

«Arbeidstider i påsken. Norsk lov om jobb på helligdager skal følges.»

Det er to lover som er aktuelle i denne sammenheng; helligdagsfredloven og arbeidsmiljøloven. I loven om helligdagsfred er det § 3 første ledd som kan være av betydning. Der heter det følgende:

«På helligdag fra kl 00 til kl 24 samt påske-, pinse- og julaften etter kl 16 skal det være helligdagsfred som ingen noe sted må forstyrre med utilbørlig larm.»

Den aktuelle bestemmelsen i arbeidsmiljøloven er § 10 – 10 om «søndagsarbeid». Hovedregelen etter andre ledd er at arbeid på søn- og helligdager ikke er tillatt, med mindre «arbeidets art gjør det nødvendig». Men for virksomheter bundet av tariffavtale åpner fjerde ledd for ytterligere unntak. Der heter det:

«I virksomhet som er bundet av tariffavtale kan arbeidsgiver og arbeidstakerens tillitsvalgte inngå skriftlig avtale om arbeid på søn- og helgedager dersom det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov for dette.»

Marti, som fra desember 2016 var bundet av den såkalte «Anleggsoverenskomsten», inngikk 30. mars 2017 skriftlig avtale med tillitsvalgte for arbeidstakere i Marti og Tucon om å arbeide på helligdagene i påsken 2017 og varslet Vegvesenet om dette. Vegvesenet svarte med å beordre stans i alt arbeid på prosjektet i påsken. I e-post 6. april 2017 ble dette begrunnet slik:

Det skal være arbeidsfri fra kl. 1800 dagen før en søn- eller helgedag og til kl. 2200 dagen før neste virkedag. Jul-, påske- og pinseaften skal det være arbeidsfri fra kl. 1500 til kl. 2200 dagen før neste virkedag. Arbeid innenfor disse tidsrom regnes som søn- og helgedagsarbeid.

Statens vegvesen kan ikke se at argumentene som anføres er av en slik art at det gjør det nødvendig å arbeide i påsken.

Dermed mistet Marti til sammen 4 fulle to-skifts arbeidsdager. (Halve lørdag og hele søndag skulle det uansett ikke arbeides.)

Etter lagmannsrettens mening var Vegvesenets stoppordre i dette tilfellet ikke berettiget. Det gjelder enten ordren vurderes med utgangspunkt i bestemmelsene i arbeidsmiljøloven eller i helligdagsfredloven, og også når disse bestemmelsene ses i sammenheng med det

særlige kontraktsvilkåret C2 pkt. 28.2, som staten påberoper. Ifølge dette hadde Marti en generell kontraktsfestet plikt til å følge «de regler som ellers gjelder» og til å «ta hensyn til omgivelsene, slik at ikke naboer og berørte parter sjeneres unødige av støv, støy, rystelser, utslipp og avfall etc.»

Når det gjelder arbeidsmiljøloven, er det riktignok på det rene at Vegvesenet som byggherre hadde plikt til å «sørge for at hensynet til sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplassen» ble ivaretatt. Det går fram av byggherreforskriften § 5 første ledd, slik bestemmelsen lød våren 2017. Etter lagmannsrettens syn er det klart at dette i visse situasjoner også kan innebære rett til å beordre stans i entreprenørens arbeider. Et eksempel kan være pålegget om stans Vegvesenet ga våren 2015, fordi anleggsvegen var i så dårlig forfatning at det var uforsvarlig å drive sprengningsarbeid inne i tunnelen, jf. KOE 019. Men reglene om søndagsarbeid er ikke først og fremst fastsatt av hensyn til sikkerhet, helse og arbeidsmiljø i egentlig forstand. Retten viser her til Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 178, hvor det blant annet er tale om sosiale og velferdsmessige behov, og om samfunnets interesse i å opprettholde felles hviledager for å skape fellesskap og tilhørighet i samfunnet. Allerede dette trekker i retning av at plikten etter byggherreforskriften på dette punktet ikke strekker seg lenger enn til å varsle det ordinære håndhevingsorganet, Arbeidstilsynet, hvis byggherren blir oppmerksom på brudd på reglene om søndagsarbeid. At det vanskelig kan tenkes å være behov for umiddelbart inngrep for at håndhevingen skal være effektiv nok, trekker i samme retning.

Retten til å beordre stans i påskearbeidet kan derfor, etter lagmannsrettens syn, ikke utledes av Vegvesenets plikter etter byggherreforskriften.

Lagmannsretten kan heller ikke se at Martis generelle plikt etter de spesielle kontraktsbestemmelsene C2 pkt. 28.2 til å «følge de regler som ellers gjelder» osv., ga Vegvesenet rett til å beordre stans her.

Når det gjelder regelen i arbeidsmiljøloven § 10-10 fjerde ledd er dette, etter rettens syn, helt klart. Her var det på det rene at Marti hadde inngått skriftlig avtale med de tillitsvalgte om å arbeide i påskedagene. Marti var også på dette tidspunktet bundet av tariffavtale, slik at det formelle vilkåret for å inngå en slik avtale forelå. Men Vegvesenet var altså uenig i at det materielle vilkåret for avtalen var oppfylt.

Det er flere grunner til at Vegvesenets pålegg om stans på dette grunnlaget ikke var berettiget. For det første mener lagmannsretten at Martis generelle plikt etter pkt. 28.2 til å «følge regler», ikke korresponderer med en tilsvarende rett for Vegvesenet til å beordre stans i arbeidet ved eventuelle regelbrudd. Dette måtte i så fall kommet mye tydeligere til uttrykk i kontrakten. For det andre er lagmannsretten enig med tingretten i at regelen i arbeidsmiljøloven § 10-10 nr. 4 er basert på en forutsetning om at det er arbeidsgiveren og de tillitsvalgte som er nærmest til å vurdere om vilkåret om «særlig og tidsavgrenset

behov» er oppfylt. Vegvesenet kan ikke uten videre overprøve en slik vurdering. Og for det tredje tyder begrunnelsen for stoppordren på at den heller ikke er basert på et riktig rettslig grunnlag. Som det går fram av sitatet ovenfor, var begrunnelsen at det ikke var «nødvendig» å arbeide i påsken. Lovens vilkår er, som nevnt, at det foreligger et «særlig og tidsavgrenset behov». Det er ikke det samme, og forskjellen tyder på at Vegvesenet her ikke har tatt Martis behov for å arbeide inn forsinkelsen med i sin vurdering. At Martis eget behov var et relevant moment, er etter lagmannsrettens syn ikke tvilsomt. Det gjelder selv om behovet skulle være «selvpåført», for eksempel gjennom dårlig planlegging.

For lagmannsretten har som nevnt staten også anført at stansordren var berettiget ut fra helligdagsfredsloven § 3. Generelt sett kan dette, etter rettens syn, ha noe mer for seg. Retten viser her til at Vegvesenet som tiltakshaver har et direkte ansvar for at deres anlegg ikke blir drevet på en måte som forstyrrer helligdagsfreden «med utilbørlig larm».

Men heller ikke her har Vegvesenets stoppordre noen tydelig forankring i lovens vilkår. Det er heller ikke noe som tilsier at Vegvesenet har vurdert konkret hvordan Martis arbeider i dette tilfellet ville komme i strid med lovens regel. På dette stadiet ble det i hovedsak arbeidet inne i tunnelen. På Monsastubergan-siden var det for øvrig heller ingen begyggelse som kunne bli forstyrret. For at Vegvesenet skal kunne nå fram med at et så drastisk påbud var berettiget, er det etter lagmannsrettens syn et minstevilkår at det kan påvises at påbudet bygger på et forsvarlig faktisk grunnlag, og at også Martis behov for å kunne drive med støyende arbeid er tatt med i vurderingen. Retten viser her til at forbudet gjelder «utilbørlig» larm. I dette ligger at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at arbeidet bråker. Det må også vurderes hvor tungtveiende formålet med å arbeide på en helligdag er. Verken ordlyden i Vegvesenets påbud eller den øvrige bevisførselen gir noe holdepunkt for at Vegvesenet har foretatt slike vurderinger i dette tilfellet.

Dette betyr at stoppordren var uberettiget, og at Marti har krav på fristforlengelse og vederlagsjustering.

For lagmannsretten har Marti frafalt mesteparten av kravet på vederlag for direkte påførte utlegg. Det som gjenstår er et krav på til sammen 11 907 kroner for flybillett og hotell. Kravet er sannsynliggjort og tas til følge.

Den direkte virkningen på framdriften er i dette tilfellet lik tapt arbeidstid, det vil si fire fulle arbeidsdager. Marti må derfor under KOE 075 gis fire dagers fristutsettelse på sluttfristen og de tre elektrodelfristene. Vederlaget for forlenget byggetid settes, i samsvar med flertallets dagsats for forsinkelser under etterarbeidsfasen, til 1 120 000 kroner. Samlet vederlagsjustering under KOE 075 blir dermed 1 131 907 kroner.

Når det gjelder KOE 076, begynte hendelsesforløpet med at Marti i april 2017 igjen varslet Vegvesenet om at man planla å arbeide helligdager for å hente inn forsinkelser. Denne

gangen gjaldt det de røde dagene i mai og juni 2017. Ved e-post 19. april 2017 svarte Vegvesenet først slik:

For disse dagene gjelder samme lov som for påsken. Dvs dere må ha godkjenning for å jobbe disse dagene. Når det gjelder tariffavtalen er den for å ivareta arbeidstakers rettigheter og er ikke en dispensasjon for å jobbe alle helligdager i året.

Når dere har på plass en godkjenning for å jobbe disse dagene, så vil vi vurdere dette. Denne godkjenningen må sendes byggherre i god tid før arbeidene i igangsettes.

Da det viste seg at Vegvesenets oppfatning her berodde på en misforståelse av arbeidsmiljøloven § 10-10 fjerde ledd, utstedte Vegvesenet – etter ytterligere e-postutveksling med Marti – i stedet den 24. april 2017 en stoppordre basert på helligdagsfredloven § 3:

«Når det gjelder lov om helligdagsfred så skal denne følges. Dere har ikke særlige grunner til å jobbe på disse dager. Når det gjelder vurderingen som dere i samråd med MEF er dette noe dere kan legge frem for oss?»

Dere kan anse dette som en formell stoppordre for jobbing på helligdager. Dette er får å ta hensyn til Lokalsamfunnet og ikke påføre unødig belastning.»

Marti varslet at de anså ordren som brudd på Vegvesenets lojalitetsplikt etter kontrakten og at Marti ville komme tilbake til dette seinere.

Lagmannsrettens vurdering er som nevnt at også denne stoppordren var uberettiget. Retten viser til det som er sagt ovenfor om lov om helligdagsfred som begrunnelse for stans i entreprenørens arbeider. For at en slik ordre skal være rettmessig, må det i det minste gå fram at den er basert på en forsvarlig vurdering av de faktiske forholdene, og av de momenter som må tas i betraktning ved utilbørighetsvurderingen.

Her mangler begge deler. Marti har dermed krav på fristforlengelse og vederlagsjustering.

Også her har Marti frafalt mesteparten av det opprinnelige kravet om vederlag for direkte kostnader. Det som gjenstår er 43 199 kroner for ekstra reisekostnader. Lagmannsretten anser dette som sannsynliggjort og tar kravet til følge.

Den direkte virkningen på framdriften er fem arbeidsdager. Under KOE 076 tilkjennes derfor Marti fem dagers fristforlengelse på sluttfristen og de tre elektrodelfristene. Vederlaget for forlenget byggetid fastsettes 1 400 000 kroner. Samlet vederlagsjustering under KOE 076 blir dermed 1 443 199 kroner.

For KOE 075 og 076 til sammen blir dette 9 dager fristforlengelse og 2 575 106 kroner i vederlagsjustering.

### **5.8.7 KOE 088, jf. KOE 165 – Uoverensstemmelse mellom mål på utsparing i delevegg og trekkekum**

KOE 088 ble sendt 20. september 2017. Samme forhold er omtalt i EO 0051, som ble formulert av Martis prosjektleder David Fossati under et møte mellom ham og Vegvesenets byggeleder Bjørn Roar Mannsverk den 17. oktober 2017. Det gjelder et problem oppdaget av underentreprenøren ATG i mai 2017, i forbindelse med arbeid utenfor teknisk bygg 4 og 5. Problemet besto i at det ikke var samsvar mellom utsparinger i de tekniske byggenes vegg mot tunnelen («deleveggen») og de tilsvarende utsparingene i trekkekummene som skulle ligge utenfor de tekniske byggene (inne i selve tunnelen). Vegvesenet aksepterte krav om tilleggsvederlag for det ekstraarbeidet dette medførte, men avviste kravet om fristforlengelse. I den opprinnelige KOE 088 var kravet 0,5 arbeidsdag på de to første elektrodelfristene og på sluttfristen. På samme måte som for KOE 077 ble tidskravene videreført ved KOE 165 i forbindelse med sluttoppgjøret. Her var fristforlengelseskravet 0,7 kalenderdager. KOE 077s andel av kravet om vederlag for forlenget byggetid var, etter det lagmannsretten forstår, på 321 114 kroner.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Etter rettens syn var det ikke sannsynliggjort at det ekstra arbeidet med å tilpasse utsparingene til hverandre hadde påvirket øvrige prosesser. *Tingretten* viste til at arbeidene var utført av underentreprenøren forut for juli 2017, og dermed i god tid før ferdigstillelse.

*Marti* har fastholdt kravet om fristforlengelse med 0,7 kalenderdager, avrundet til én, men justert vederlagskravet til 291 264 kroner. *Marti* viser til at arbeidet med tilpasningene førte til at framdriften når det gjaldt montering av trekkekummer stoppet opp den tida arbeidene tok. Slik etterarbeidene var planlagt og ble utført lå trekkekummene på kritisk linje.

*Staten* bestrider at arbeidet med de øvrige trekkekummene ble forsinket av tilpasningsarbeidet som ble utført i tilknytning til kummene utenfor TB 4 og 5. Det var ikke noe som hindret underentreprenøren i å jobbe videre med montering av øvrige trekkekummer. Det foreligger heller ingen dokumentasjon for at forholdet har påvirket *Martis* framdrift.

*Lagmannsretten* er kommet til at anken delvis må tas til følge.

Også her er det tale om forstyrrelser som inntraff i en svært presset fase av kontraktsarbeidene. I hvert fall i dette tilfellet har det derfor, etter lagmannsrettens syn, sannsynligheten for seg at den samlede framdriften ble påvirket omtrent i samme grad som det forstyrrende forholdet varte. Retten viser til det som er sagt om dette under KOE 077 ovenfor.

Martis krav om fristforlengelse under KOE 088, jf. KOE 165 tas derfor til følge. Det gis én dag fristforlengelse på sluttfristen og på de to første elektrodelfristene. Vederlag for forlenget byggetid tilkjennes med 196 000 kroner.

### **5.8.8 KOE 081 – Sen endring av sprengningsprofiler**

KOE 081 ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet var på 24 kalenderdager fristforlengelse på de to første elektrodelfristene samt sluttfristen og til sammen 17 728 103 kroner i vederlagsjustering. Av dette gjaldt 11 954 267 kroner vederlag for forlenget byggetid. Som begrunnelse for kravet oppga Marti at Vegvesenet fra starten av hadde operert med sprengningsprofiler som innebar at det ikke ble plass til trekkerør for elektro mellom rekkverket og tunnelveggen. I de områdene der Marti hadde sprengt etter de første profilene, ble det derfor nødvendig med ettersprenging og pigging. Dette medførte at annet arbeid ble forstyrret. Framdriften i etterarbeidsfasen ble dermed forsinket.

*Tingretten* tok kravet delvis til følge. Ut fra Vegvesenets begrunnelse for profilendringene fant tingretten det sannsynliggjort at Marti rent faktisk hadde hatt behov for å etterspreng i deler av tunnelen. Ut fra datoen for den siste tegningsrevisjonen, og opplysninger hvor langt Marti allerede hadde sprengt på dette tidspunktet, kom tingretten til at det totale behovet for ettersprenging var noe kortere enn angitt av Marti. Basert på de øvrige forutsetningene for Martis beregning av kravet kom tingretten til at Marti hadde krav på vederlag for direkte kostnader ved merarbeid på 4 389 912 kroner. Fristforlengelsen ble skjønnsmessig fastsatt til 5 dager, og vederlaget for forlenget byggetid ble dermed, basert på tingrettens dagsats for forlengelse i etterarbeidsfasen, til 1 852 608 kroner. Samlet vederlagsjustering for dette forholdet ble dermed 6 242 521 kroner.

Marti har anket over utmålingen. Staten har i avledet anke blant annet gjort gjeldende at kravet ikke er sannsynliggjort.

*Marti* opprettholder for lagmannsretten kravet om fristforlengelse med 24 dager på sluttfristen og de to første elektrodelfristene. Det økonomiske kravet er justert til 15 760 034. Av dette gjelder 9 986 198 kroner vederlag for forlenget byggetid. Tingretten har tatt feil med hensyn til når Marti kunne ta i bruk den siste, riktige, sprengningsprofilen. Dermed har tingretten lagt til grunn at ettersprengingsbehovet var mindre enn det faktisk var. Tingretten har også undervurdert i hvor stor grad arbeidet med ettersprenging forstyrret øvrige arbeider.

*Staten* bestrider at det er grunnlag for kravet. Det er ikke sannsynliggjort at bruk av de første sprengningsprofilene har medført behov for ettersprenging, og i hvert fall ikke i et slikt omfang som Marti hevder. Kontrollscanning utført av geomatikere på vegne av



Vegvesenet viser at det generelt sett ikke var sprengt ut for lite i de områdene Marti gjør gjeldende at det var behov for ettersprenging, men at det var enkelte knøler som måtte fjernes. Dette skyldes manglende knølkontroll fra Martis side under drivingen. For øvrig er det påfallende at et så stort krav ikke er varslet tidligere. Den bevistvilen som eventuelt måtte foreligge, både om grunnlaget for kravet og utmålingen, skyldes manglende varsling og bevissikring fra Martis side og må gå ut over Marti. Manglende varsling har også fratatt Vegvesenet muligheten for å vurdere om de problemene som oppsto med plassering av trekkerørene kunne vært løst på en annen og rimeligere måte. Kravet bærer preg av å være konstruert i ettertid. Martis kalkulatoriske tilnærming ved beregningen av kravet kan uansett ikke legges til grunn.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten når det gjelder grunnlaget for kravet, men har kommet til et noe andre resultater når det gjelder utmålingen.

Etter lagmannsrettens syn er det ingen tvil om at det rent faktisk viste seg å være for dårlig plass til å legge trekkerør bak rekkverket i begge ender av tunnelen. På Bergli-siden var det problem med plassen på begge sider, mens det på Monsastubergan-siden – der det fra starten av var sprengt etter en utvidet profil – bare var for trangt på en side. Spørsmålet er hva som var årsaken. Marti hevder at plassproblemene skyldes for trange sprengningsprofiler. Det er i tilfelle et byggherreforhold. Vegvesenet mener, etter det lagmannsretten forstår, at plassproblemene mest sannsynlig skyldes dårlig knølkontroll fra Martis side under drivingen, og/eller at Marti senere sprøytet på for tjukt lag med sprøytebetong.

Lagmannsretten er ikke i tvil om at plassproblemene hadde sammenheng med de profilene det ble sprengt etter i starten. Retten viser her for det første til at det ikke oppsto tilsvarende problemer i de partiene av tunnelen som ble sprengt ut etter den siste tegningsrevisjonen. For det andre viser retten til de begrunnelsene Vegvesenet oppga de to gangene det ble foretatt endringer i profilen.

Den første endringen skjedde ved EO 009 den 13. august 2015. Endringen besto i at det heretter skulle sprenges etter en profil med rette vegger. Begrunnelsen som ble gitt var følgende:

«Med dette profilet er det noe bedre plass til anleggselektro bak betongrekkverk som vil lette jobben til entreprenøren. Profil med rette vegger er brukt på Bergli fra start.»

Neste endring ble foretatt ved EO 012 den 24. september 2015. Begrunnelsen for denne endringen var følgende:

«Profilet er endret pga Byggherren ser at det forrige profilet som ble brukt virker mot sin hensikt som var å få bedre plass til anleggselektro bak føringskant.»

Samlet gir dette etter lagmannsrettens syn et temmelig entydig holdepunkt for å konstatere at det var de første sprengningsprofilene som skapte problemet. Kontrollscanningen som Vegvesenet har fått utført i ettertid har liten bevisverdi i denne sammenheng. Slik den ble presentert for retten, er det heller ikke klart hva man kan trekke ut av den når det gjelder vår problemstilling. Noe konkret holdepunkt for at plassproblemet skyldes forhold Marti har risikoen for, foreligger ikke. I det hele tatt har lagmannsretten problemer med å forstå Vegvesenets holdning når det gjelder dette forholdet.

Neste spørsmål blir i hvilken grad Marti har sannsynliggjort at forholdet har medført ekstra kostnader.

Marti gjør gjeldende at de trange profilene gjorde det nødvendig med ettersprenging og pigging over en strekning på ca. 750 meter på en side av tunnelen fra Monsastubergan og over en strekning på ca. 910 meter på begge sider av tunnelen fra Bergli. Ifølge Marti pågikk arbeidene på Monsastubergan-siden fra 29. april til 12. mai 2017 og på Bergli-siden fra 24. juni til 20. juli 2017. Marti viser her til egne dagsrapporter («performance chart») fra perioden, som blant annet viser at det er utført «scaling» og «reblast» i de aktuelle områdene.

Også Martis ukerapporter fra perioden inneholder opplysninger om samme type aktivitet. For eksempel inneholder rapporten fra uke 19 (8. – 14. mai) 2017 en kommentar om at «denne uken fortsetter vi med pigging eller sprengning for å få plass for legging av trekkerør bakk rekkverk på Monsa side», mens rapporten fra uke 21 (22. – 28. mai) 2017 sier at pigging og sprenging for trekkerør Monsa ble gjort ferdig den uka.

Selv om det ikke er fullt samsvar mellom hva Marti hevdet i KOE 081 om når arbeidene pågikk på Monsastubergan, og når ukerapportene sier at arbeidet ble utført, mener lagmannsretten at materialet i alle fall gir solid holdepunkt for å legge til grunn at det ble utført slikt arbeid, og hvorfor det ble gjort.

Det gjør for øvrig også Vegvesenets egne notater, fra henholdsvis 3. mai og 26. juni 2017.

Notatet fra 3. mai 2017 lyder slik:

«Marti strosser vegger i området hvor det er trangt for trekkerør på Monsa (p 1000 – 1080) foreløpig.  
Mange plasser er det 15 – 20 cm for trangt i salveskøyten, men siden Marti ikke har piggemaskin tilgjengelig må de bore og sprengte der det er trangt.»

I notatet fra 26. juli 2017 står det følgende:

«Fortsetter med strossing på Bergli-siden. 5 – 30 cm for trangt, men de borer og sprenger istedenfor å pigge.

Marti mener at SVV må ta kostnadene med strossingen siden det ikke var bestilt rette vegger i starten av drivingen.  
Endringsordre fra SVV er sendt 13.08.15.  
Da var stoffen på pel 940 på Monsa og pel 5900 på Bergli.  
Iflg endringsordre nr 09 er rette vegger bestilt fra start på Bergli-siden.  
Det er pr d.d. merket for strossing fra p 4900.»

Lagmannsretten legger derfor til grunn at Marti har utført slikt arbeid som kravet bygger på fra slutten av april og utover sommeren.

Når det gjelder omfanget, er det naturlig å ta utgangspunkt i det antall løpemeter Marti har oppgitt; 760 meter fra Monsastubergan og 910 meter x 2 fra Bergli. Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for å foreta en slik avkorting av lengdene som tingretten gjorde, basert på datoen for den siste revisjonen av sprengningsprofil. Etter rettens syn har Marti sannsynliggjort at det på dette tidspunktet fortsatt var uklarheter omkring de nye sprengningsdataene. Det tok også noe tid å utarbeide nye boreplaner på grunnlag av de nye tegningene. Siste gang det ble sprengt etter gammel profil med riggen som boret fra Monsastubergan var 1. oktober 2015 ved pel 1299. Deretter ble det boret en havarinisje, før ny profil ble tatt i bruk 13. oktober 2015. Riggen som boret fra Bergli brukte gammel profil siste gang den 11. november 2015 ved pel 5335. Retten viser her til utskrifter av rapporter fra de to riggene og til Diana Carvalhos forklaring i retten. Lagmannsretten legger på denne bakgrunn Martis lengder til grunn for vurderingen.

Kravet om vederlag for direkte kostnader ved arbeidet er av Marti beregnet til 5 317 587 kroner. I beløpet inngår kostnader til stikning, sprengning og massetransport, alt beregnet via «enhetspriser» pr. meter. «Enhetsprisene» er på sin side kalkulert med utgangspunkt i kontraktens enhetspriser for ulike prosesser samt Martis anslag over kapasiteter. Tingretten bemerket følgende om denne kravsberegningen:

Hva angår kostnadene med utførelse, er disse ikke dokumentert i henhold til NS 8406 punkt 23.4 tredje ledd. Martis beregning av kravet er videre beregnet ut fra en teoretisk modell som retten har få holdepunkter for å si er riktig. På den andre siden har ikke SvV imøtegått Martis krav med egne beregninger. Dette skyldes i stor grad at SvV har ment at Marti ikke har utført ettersprengningsarbeid. Etter en helhetsvurdering har retten under tvil kommet til at Marti har dokumentert og sannsynliggjort kostnadene med utførelse.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at det er få holdepunkter for å si at Martis beregning er «riktig». Antagelig er det mer treffende å si at beregningen helt sikkert er feil.

Heller ikke for lagmannsretten har Vegvesenet, subsidiært, gått inn på selve utmålingsspørsmålet når det gjelder dette kravet. Begrunnelsen er at kravet er basert på en teoretisk tilnærming fra Martis side, og at den derfor ikke er mulig å gå inn i.

Det er for så vidt lagmannsretten enig i. Men det setter samtidig retten i en vanskelig situasjon. På den ene siden er det klart at Marti har utført et arbeid som Marti etter NS 8406 pkt. 19.4 har krav på vederlag for. På den andre siden har retten få holdepunkter for å vurdere hva som er et riktig vederlag.

Etter kontrakten skulle Marti krevd oppgjør etter reglene om regningsarbeid, som blant annet krever at entreprenøren sender varsel på forhånd og dessuten rapporterer jevnlig om påløpte kostnader. Her har ikke Marti gjort noen av delene. Siste skanse er da, ifølge NS 8406 pkt. 23.4 fjerde ledd, at entreprenøren har krav på dekning av de utgifter byggherren «måtte forstå» at entreprenøren har hatt, med tillegg av påslag.

Selv med et slikt utgangspunkt er det imidlertid Marti som må sannsynliggjøre kravet. Samtidig er det klart at «måtte forstå»-regelen innebærer at utmålingen i betydelig grad vil måtte skje ved bruk av skjønn, og ut fra Vegvesenets perspektiv.

Et utgangspunkt for skjønnet er, etter lagmannsrettens syn, de sannsynliggjorte opplysningene om hvor lang periode arbeidene gikk over. Til sammen er det tale om nærmere tre måneder. Dette var Vegvesenet også klar over, i hvert fall i grove trekk. Retten viser til notatene som er gjengitt ovenfor, og til ukerapportene, som også ble oversendt til Vegvesenet. Selv om det må legges til grunn at arbeidene ikke nødvendigvis foregikk hver dag, og at de enkelte skiftene også gjorde mye annet arbeid i samme periode, tilsier dette at det nødvendigvis må ha gått med mange arbeidstimer til sammen. Hvis anslagsvis 25 % av arbeidstiden i denne perioden ble brukt til dette arbeidet, utgjør det ca. 25 timer hver uke i 12 uker, altså ca. 300 timer. Med en timepris på i underkant av 700 kroner blir det drøye 200 000 kroner. Når maskinbruk, transport, stikningsutgifter, materialer osv. også tas i betraktning, mener retten at Vegvesenet i hvert fall måtte forstå at Martis direkte kostnader ville ligge på i størrelsesorden 1 – 2 million kroner.

På denne bakgrunn fastsetter lagmannsretten skjønnsmessig Martis vederlag for selve arbeidet til 1 500 000 kroner.

Også vurderingen av arbeidenes innvirkning på framdriften må bli skjønnsmessig.

Ved vurderingen tar retten, igjen, utgangspunkt i at det ikke ble fremmet noe krav om fristforlengelse mens arbeidene pågikk. Riktignok er «KOE 81» nevnt i en samleoppstilling Marti sendte til Vegvesenet den 26. juli 2017. Men hva kravet gikk ut på nevnes ikke, og det var altså først i forbindelse med sluttoppgjøret at Marti presenterte kravet om 24 dagers fristforlengelse. Særlig siden det er tale om et stort krav, er det etter rettens syn påfallende at spørsmålet om fristforlengelse ikke ble gjort til et tema allerede tidlig på sommeren 2017. Som påpekt av tingretten kan dette trekke «i retning av at Marti ikke har opplevd store utfordringer med framdriften» som følge av de ekstra arbeidene.

Når lagmannsretten likevel er kommet til at det er grunnlag for å tilkjenne Marti en vesentlig lenger fristforlengelse enn tingretten gjorde, skyldes det flere forhold. Det viktigste er at forstyrrelsene som følge av arbeidet med sprengning og pigging inntraff under en særlig hektisk fase av kontraksarbeidene, hvor – som nevnt – alt måtte gå på skinner for at det ikke skulle oppstå ytterligere forsinkelse. Det betyr at også forstyrrelser som «bare» krever en viss tilpasning av øvrige arbeider for at de skal kunne utføres parallelt, kan få en betydelig effekt. Retten viser her særlig til Martis konkrete påvisning av sammenhenger og avhengigheter mellom ulike aktiviteter (blant annet mellom rekkverk og frostsikring/PE-skum), og hvordan disse ble forskjøvet i forhold til planlagt framdrift. En annen grunn er at lagmannsretten har funnet bevist at arbeidene pågikk over en lengre periode enn tingretten synes å bygge på. En tredje grunn er at lagmannsretten også tar i betraktning at dersom det ikke hadde vært nødvendig å utføre disse sprengnings- og piggearbeidene, ville mannskapet vært tilgjengelig for å utføre annet gjenstående arbeid.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn kommet til at Marti, under KOE 081, må tilkjennes en fristforlengelse på 15 dager på de to første elektrodelfristene og på sluttfristen.

Vederlaget for forlenget byggetid fastsettes, med utgangspunkt i flertallets dagsats for forsinkelser i etterarbeidsfasen, til 4 200 000 kroner.

Samlet betyr det at Marti, under KOE 081, tilkjennes et økonomisk vederlag på 5 700 000 kroner.

### **5.8.9 PF 011/EO 008, jf. KOE 165 – Tre ekstra trafob bygg**

Kravet ble fremmet ved KOE 165, som ble satt fram i forbindelse med sluttoppgjøret. Bakgrunnen for kravet er følgende:

Den 21. mars 2017 sendte Vegvesenet prisforespørsel på tre ekstra trafob bygg; PF 011. Disse skulle i tilfelle monteres inne i de tekniske nisjene T3, T4 og T6. Marti svarte på forespørselen den 5. april 2017. Tilbudt pris pr. bygg var på 495 887 kroner. Partene er ikke enige om svaret inneholdt noe om fristforlengelse.

Byggene ble montert av underentreprenøren, O. Simonsen Transport, i mai 2017.

Sommeren 2017 ble endringen «formalisert» gjennom EO 008, som ble drøftet på et møte 18. juli 2017. Ordren var skrevet av Martis prosjektleder, David Fossati, på vegne av Vegvesenet. Den inneholder både den avtalte prisen og følgende tekst når det gjelder framdriftskonsekvenser:

Vedlegg: Endringen har konsekvens for fremdrift. Konsekvens er 2 dager/bygg.

Fristforlengelse er følgende:  
Klar for el. 0 – 2930: 2 dager (1 bygg)  
Klar for el. 2930 – 6570: 4 dager (2 bygninger)  
Frist for ferdigstilling: 4 dager

Vegvesenets byggeleder Bjørn Roar Mannsverk, som mente at tilbudet Marti hadde gitt var «all inclusive», underskrev først dagen etter. Fossati tilføyde for hånd at byggherren ikke var enig i fristforlengelse.

I forbindelse med sluttoppgjøret kom Marti, ved KOE 165, tilbake til fristforlengelseskravene, samtidig som Marti også krevde vederlag for forlenget byggetid. Fristforlengelseskravet var nå på 5,6 kalenderdager. Lagmannsretten forstår det slik at EO 008's andel av det økonomiske kravet i KOE 165 var på 2 568 916 kroner.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Etter tingrettens syn hadde Marti gitt bindende tilbud på å utføre arbeidet til avtalt pris og innenfor kontraktens frister.

*Marti* krever for lagmannsretten 3 kalenderdager fristforlengelse på den første elektro-delfristen, og 6 dager på den andre og på ferdigstillingsfristen. Det økonomiske kravet er justert til 2 330 113 kroner. Marti bestrider at prisavtalen er til hinder for å kreve fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid. Arbeidene ble utført i en hektisk periode, og de hindret øvrige tidskritiske operasjoner, blant annet ferdiggjøring av vann- og frostsikring utenfor teknisk bygg T3 og T6.

*Staten* bestrider at Martis svar på prisforespørselen inneholdt noe om fristforlengelse. Dokumentet som er framlagt av Marti under saken, finnes ikke på e-room. Uansett bestrider staten at de ekstra trafobyggene hadde innvirkning på framdriften. De ble montert samtidig med andre bygg som underentreprenøren skulle levere. Grunnen til at monteringen av byggene tok noe tid, var at Marti ikke hadde utført grunnarbeidet inne i de tekniske nisjene godt nok.

*Lagmannsretten* er kommet til at Martis anke ikke kan tas til følge.

Dette kravet skiller seg fra de andre tidskravene som ble fremmet ved KOE 165. Forskjellen ligger i at det er på det rene at det er tale om et tilleggsarbeid, som partene på forhånd har inngått avtale om hva skulle koste. Lagmannsretten er enig med tingretten i at en slik avtale normalt må forstås slik at den tilbudte prisen ikke bare gjelder selve arbeidet, men også eventuelle påregnelige tidskonsekvenser. Det betyr at det i utgangspunktet ikke er anledning til å kreve fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid i tillegg.

Spørsmålet er derfor om Marti kan høres med at det, i tilknytning til avtalen som ble inngått, også ble tatt forbehold om senere å komme tilbake med krav om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid.

Dette er et rent bevisspørsmål, hvor det er Marti som må sannsynliggjøre at det ble tatt forbehold.

Etter lagmannsrettens syn gir ikke bevisene i saken tilstrekkelig holdepunkt for å anse det sannsynliggjort at prisavtalen ble inngått med forbehold om tidskonsekvenser. Det dokumentet Marti viser til om dette, er ikke registrert på Vegvesenets «e-room», som var den avtalte kommunikasjonsplattformen mellom partene. Uten støtte i andre bevismomenter kan det da, etter rettens syn, ikke legges til grunn som mest sannsynlig at et forbehold er kommet fram til Vegvesenet.

Dermed er Marti bundet av den prisavtalen som ble inngått.

Kravet under PF011/EO008, jf. KOE 165 om ytterligere kompensasjon i form av fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid kan ikke tas til følge.

#### **5.8.10 KOE 117 – Brannseksjonering – sprøytebetongbuer**

KOE 117 ble sendt 6. oktober 2017. Marti varslet her at beskrivelsen når det gjaldt brannseksjonering bak PE-skummet (vann- og frostsikringen) ikke var i samsvar med tegningene. Utførelse i henhold til tegningen var mer tid- og kostnadskrevende enn beskrivelsen, og Marti fremmet krav om fristforlengelse og vederlagsjustering. KOE 117 er senere revidert flere ganger, sist i forbindelse med sluttoppgjøret. For tingretten krevde Marti én dags fristforlengelse på de to første elektrodelfristene og på sluttfristen. Vederlagskravet var på 530 443 kroner. Av dette gjaldt 458 735 vederlag for forlenget byggetid.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Etter tingrettens syn var det ingen feil ved prosjekteringen. Marti hadde valgt en annen utførelse enn den som gikk fram av tegningene og fått oppgjør etter kontraktens enhetspriser. Hvis valget hadde påført Marti tap, var det Martis risiko.

*Marti* fastholder at utførelsen som går fram av tegningene ikke er omfattet av kontrakten, jf. NS 8406 pkt. 4 andre ledd. Dermed foreligger det en endring som gir grunnlag for vederlagsjustering og fristforlengelse etter pkt. 22.1 og 22.5. Fristforlengelseskravet er på én dag på de relevante fristene. Vederlagskravet er justert ned til 482 145 kroner, hvorav 416 091 kroner for forlenget byggetid. Kravet for utført arbeid er nå angitt som et RS-beløp på 66 053.

*Staten* bestrider at det er grunnlag for kravet. Beskrivelsen i prosess T1 34.333 viser uttrykkelig til at utførelsen skal være i samsvar med Håndbok 163. Tilbudstegningen viser tilnærmelsesvis samme utførelse som prinsippskissen i håndboka. For Vegvesenet var det

ikke viktig om brannseksjoneringen ble utført etter prinsippskissen eller tilbudstegningen. I arbeidsmøte om PE-skum 13. desember 2016 ble det diskutert tekniske detaljer. Marti valgte til slutt en tredje måte å utføre brannseksjoneringen på. Arbeidene ble utført i juni 2017, uten at det på forhånd var varslet noe krav basert på angivelige endringer. Subsidiært, for det tilfelle at Marti gis medhold i at det er grunnlag for et krav, må det gjøres fradrag for det Marti har fått utbetalt basert på kontraktens priser. Fristforlengelse er det uansett ikke grunnlag for. Sammenholdt med kontraktens mengder ble omfanget av brannseksjoneringsarbeid vesentlig redusert, fordi det viste seg å være behov for vesentlig mindre vann- og frostsikring enn opprinnelig forutsatt.

*Lagmannsretten* er enig med Marti i at den utførelsen som går fram av tilbudstegningen, avviker fra prinsippskissen i håndboka. Prinsippskissen viser bare at det skal være sprøytebetong mellom de to lagene med PE-skum, der disse overlapper. Tilbudstegningen viser at det også skal være sprøytebetong mellom tunnelveggen og det nærmeste PE-skumlaget. *Lagmannsretten* er enig i at dette burde ha gått fram av beskrivelsen, og at utførelse med sprøytebetongbue dermed innebærer en endring.

En slik endring kan i utgangspunktet gi grunnlag for krav om vederlagsjustering. Som påpekt av staten har imidlertid Marti ikke utført brannseksjoneringen i tråd med tilbudstegningen. Marti har heller ikke varslet noe krav basert på endringen før arbeidet med brannseksjonering ble utført.

Det er riktig, som anført fra statens side, at manglende varsling i dette tilfellet kan ha fratatt Vegvesenet muligheten for å gå tilbake til «håndbokutførelsen». Selv om Vegvesenet nå hevder at det var uten betydning for dem hvilken av løsningene som ble utført, mener imidlertid lagmannsretten at dette framstår som svært lite sannsynlig. Retten viser særlig til at det fra Vegvesenets side fortsatt blir hevdet at tilbudstegningen ikke innebar noen endring. Etter lagmannsrettens syn er det dermed høyst usannsynlig at et varsel ville fått Vegvesenet til å gå bort fra den adskillig bedre løsningen som var beskrevet der. Manglende varsling er dermed ikke til hinder for et krav fra Martis side.

Når det gjelder forskjellen mellom løsningen som gikk fram av tilbudstegningen og Martis utførelse, er denne etter rettens syn heller ikke av betydning for om Marti har et krav. Slik retten oppfatter partene, ga Martis utførelse en like god løsning på brannseksjoneringsproblematikken, som den som gikk fram av tilbudstegningen. Samtidig var den enklere og rimeligere å utføre.

*Lagmannsretten* er på denne bakgrunn kommet til at Marti har krav på vederlag for ekstra kostnader med den løsningen som kom til utførelse. Slik retten forstår Martis kostnadsberegning i KOE 117 rev. 2, er de kostnadene som er oppført der ekstrakostnader, sammenlignet med utførelse etter håndboka. Dermed skal det ikke gjøres fradrag for det oppgjøret Marti har mottatt etter målebrev, basert på kontraktens priser.



Når det derimot gjelder kravet om fristforlengelse, har retten vært i tvil. En ting er at Martis beregning av kravet er utpreget skjønnsmessig, basert på antall arbeidstimer som er brukt på utførelsen, uten noen konkret påvisning av hvordan dette har hindret annet arbeid. Siden arbeidene med brannseksjonering foregikk i en periode med mye samtidig aktivitet inne i tunnelen, mener retten likevel at det må anses sannsynliggjort at de – isolert bedømt – har hatt en viss påvirkning på den samlede framdriften. Retten viser til det som er sagt om dette foran. Det som derfor gir grunnlag for tvil, er betydningen av at det samlede arbeidet med brannseksjonering ble vesentlig mindre enn forutsatt.

Marti har til dette anført at Vegvesenet ikke har varslet krav om endring på grunn av reduserte mengder, og at det av den grunn ikke er adgang til å ta spart tid som følge av redusert omfang med i beregningen.

Lagmannsretten har likevel kommet til at Vegvesenet må gis medhold i at de reduserte mengdene må tas i betraktning ved vurderingen av hvilken innvirkning endret utførelse har hatt på Martis samlede framdrift. Reelt sett er det tale om to endringer i samme prosess. Mengden brannseksjonering ble faktisk redusert fra 500 løpemeter til 113. Det er ingen tvil om at dette rent tidsmessig mer enn oppveier merarbeidet med de 113 meterne som kom til utførelse.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn kommet til at KOE 117 ikke gir Marti krav på fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid. Derimot må Marti tilkjennes 66 053 kroner som vederlag for direkte påførte kostnader. Slik det siste kravet er angitt, er det ikke grunnlag for krav om indeksregulering av dette siste beløpet.

#### **5.8.11 KOE 144 – Sprøytebetongbuer som måtte kuttes ved trekkerør**

KOE 144 ble satt fram i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet gjaldt vederlagsjustering med 415 321 kroner, hvorav 66 655 kroner for direkte kostnader, samt fristforlengelse med 0,7 kalenderdager på de to første elektrodelfristene og sluttfristen. Bakgrunnen for kravet var at flere sprøytebetongbuer i nærheten av portalene hindret framføring av trekkerør som planlagt.

*Tingretten* var enig med Marti i at behovet for tilpasningsarbeider skyldtes prosjekteringsfeil fra Vegvesenets side. Marti fikk derfor medhold i kravet om vederlag for direkte kostnader ved utførelsen. Men tingretten var ikke enig i at disse arbeidene hadde påvirket framdriften. Kravet om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid ble derfor ikke tatt til følge.

Begge parter har anket avgjørelsen på dette punktet.

*Marti* krever for lagmannsretten fristforlengelse med 1 kalenderdag på sluttfristen og de to første elektrodefristene. Det økonomiske kravet er justert til 358 266 kroner. Justeringen knytter seg til vederlaget for forlenget byggetid, som er redusert til 291 610 kroner. *Marti* fastholder at problemene skyldes prosjekteringsfeil. *Marti* gjør også gjeldende at tilpasningsarbeidene lå på kritisk linje, blant annet fordi de måtte være utført før bankett, rekkverk og avslutningen av PE-skum (vann- og frostsikring) kunne fullføres.

*Staten* bestrider at forholdet skyldes prosjekteringsfeil. Vegvesenet hadde bestilt utvidelse av profilen ved Bergli for tung sikring allerede i 2015. Framlagte scanninger viser at det skal være sprengt ut nok. Problemene må derfor skyldes utførelsesfeil fra *Martis* side, for eksempel at det er brukt for mye utjevningbetong. Framlagte bilder viser også tynne lag med betong bak og utenpå buene. Dette er bedre dokumentert for lagmannsretten enn det var for tingretten. Uansett kan forholdet ikke ha påvirket framdriften. Disse arbeidene lå ikke på kritisk linje. Dessuten er kravet varslet for seint og tapt ved passivitet. Det skulle vært varslet allerede da det opprinnelige arbeidet med sprøytebetongbuene ble utført i 2015.

*Lagmannsretten* er kommet til at *Martis* anke delvis må tas til følge.

Når det gjelder spørsmålet om prosjekterings- eller utførelsesfeil, er lagmannsretten enig med tingretten. Riktignok var det, som anført fra statens side, faktisk bestilt utvidelse for tung sikring der sprøytebetongbuene skulle plasseres. Forutsatt at de opprinnelige profilene ikke var for trange i utgangspunktet, skulle det dermed teoretisk sett være nok plass for framføring av trekkerør, også der buene ble plassert. Men som det går fram av drøftingen i tilknytning til KOE 081 ovenfor, er dette en forutsetning som ikke kan legges til grunn. Lagmannsretten mener derfor at kollisjonen mellom sprøytebetongbuer og trekkerør mest sannsynlig har med prosjekteringen å gjøre. Retten kan ikke se at scanningen og bildene som *staten* viser til, setter dette i noe annet lys.

Retten er også enig med tingretten i at kravet ikke er varslet for seint. *Marti* hadde ingen mulighet til å oppdage at sprøytebetongbuene ville føre til problemer på det tidspunkt buene ble bestilt i 2015. Da problemet viste seg i mai 2017, sendte *Marti* en teknisk avklaring (TA 208) til Vegvesenet, som deretter var med på å bestemme hvordan problemet skulle løses.

Det betyr at *Marti* har krav på slik frist- og vederlagsjustering som forholdet «gir grunnlag for», jf. NS 8406 pkt. 22.1.

Størrelsen på vederlaget for direkte kostnader er ikke omtvistet. Spørsmålet er om forholdet kan anses for å ha medført tidskonsekvenser som anført av *Marti*.

På dette punktet er lagmannsretten kommet til et annet resultat enn tingretten. Selv om arbeidene med å kutte sprøytebetongbuene ikke var direkte til hinder for at andre arbeider kunne utføres parallelt, mener lagmannsretten at forholdet likevel mest sannsynlig har hatt innvirkning på den totale framdriften. Lagmannsretten viser her for det første til de konkrete sammenhengene som Marti har pekt på. For det andre viser lagmannsretten til det som allerede er nevnt flere ganger i tilknytning til forstyrrelser under etterarbeidene: Slik disse måtte planlegges og utføres for å overholde kontraktens frister, ville selv små forstyrrelser mest sannsynlig gi negative utslag på produksjonen.

På denne bakgrunn tilkjennes Marti under KOE 144 fristforlengelse med én dag på de to første elektro-delfristene og sluttfristen. Kravet om vederlagsjustering tas til følge med 66 655 kroner (inkludert LPS-påslag) for direkte arbeid og 280 000 kroner for forlenget byggetid. Samlet vederlagsjustering blir 346 655 kroner.

#### **5.8.12 KOE 090, jf. KOE 165 – Utvidet bankett Monsastubergan**

KOE 090 ble sendt 17. oktober 2017. Kravet gjelder tidskonsekvenser (frist og vederlag) av at det skulle legges betong på hele den utvidete banketten på høyre side av tunnelen fra portalen på Monsastubergan og et stykke innover i tunnelen. Kontrakten beskrev bare betongbankett i én meters bredde. Siden det var sprengt med større profil for siktutvidelse der tunnelen svinger, var bredden på banketten i virkeligheten opptil 4 meter. Partene hadde på forhånd blitt enige om pris på selve arbeidet på 495 177 kroner. Ved KOE 090 krevde Marti 2 arbeidsdagers fristforlengelse. Fristforlengelseskravet ble videreført i KOE 165 med 2,8 dager. Ved KOE 165 krevde Marti også vederlag for forlenget byggetid. KOE 090's andel av dette kravet var, etter det retten forstår, 1 284 458 kroner.

*Tingretten* la til grunn at arbeidet med den utvidete banketten var en kritisk operasjon, som påvirket andre operasjoner fram til ferdigstilling, herunder rekkverk og PE-skum. Manglende varsling hadde ikke fratatt Vegvesenet handlingsalternativer. *Tingretten* tilkjente Marti 2 dagers fristforlengelse på alle elektrodelfristene og sluttfristen. Vederlag for forlenget byggetid ble satt til 741 043 kroner.

Begge parter har anket.

*Marti* fastholder at ekstraarbeidet med betongbanketten hadde innvirkning på framdriften. Det var nødvendig å tilføre mer grus, og støpingen måtte gjøres manuelt. Arbeidet tilsvarte støping av 1200 meter vanlig bankett. Vanlig kapasitet er 400 meter pr. dag. Det tilsier et merarbeid på 5,5 dager. Martis krav er nå 3 kalenderdager fristforlengelse. Kravet om vederlag for forlenget byggetid er justert til 1 165 056 kroner.

*Staten* gjør gjeldende at arbeidet ikke påvirket framdriften. Det ble utført ved at underentreprenøren, Sirdal Veibetong, kjørte en trommelbil langs kanten og la betongen rett ut i renna. En mann gikk etter og jevnet ut. Ingen forskaling var involvert. Det pågikk lite annet arbeid inne i tunnelen i denne perioden.

*Lagmannsretten* er i hovedsak enig med tingretten.

Martis ukerapport for uke 36 (4. – 10. september 2017) inneholder følgende kommentar om hvilke arbeider som var utført den uka:

Sirdal Vegbetong er ferdig med støping av kantstein og rekkverk. Midtnorsk betongsprøyting jobbet hele uke med sprøyting av PE skum i Monsa side. Utvidet bankett er også støpt ferdig.

Selv om det ikke uttrykkelig går fram at arbeidet med utvidet bankett var til hinder for annet arbeid, var det tross alt et stykke arbeid som skulle utføres, kort før planlagt overleveringsdato. Når det gjelder spørsmålet om hvor lang tid arbeidet tok, tar lagmannsretten utgangspunkt i at Sirdal Veibetong fikk godtgjort for 19,5 time tilleggsarbeid. Selv om det fra Martis side er opplyst at dette bare gjaldt arbeidet med å tilføre mer grus, gir det et visst holdepunkt for å vurdere omfanget. Innvirkningen på framdriften må uansett fastsettes mer skjønnsmessig. Lagmannsretten har ikke grunnlag for å fravike tingrettens anslag på 2 arbeidsdager.

Under KOE 090 tilkjennes Marti på denne bakgrunn 2 dagers fristforlengelse på sluttfristen og de to første elektrodelfristene. Vederlaget for forlenget byggetid settes til 560 000 kroner.

### **5.8.13 KOE 143 – Bytting fra Oldroyd til PE-skum**

KOE 143 ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet gjaldt vederlag for direkte kostnader samt tidskonsekvenser av at Marti, i to nærmere angitte områder av tunnelen, måtte erstatte vannsikringstiltak utført med Oldroyd-duk med PE-skum. Marti krevde 162 483 kroner i vederlag for arbeidet, 760 448 kroner i vederlag for forlenget byggetid og 2 dagers fristforlengelse på de to første elektrodelfristene og sluttfristen.

*Tingretten* tok kravet delvis til følge. Marti ble tilkjent 135 942 kroner for direkte kostnader, 370 522 i vederlag for forlenget byggetid og 1 dags fristforlengelse på sluttfristen. Grunnen til at tingretten ikke lot forholdet få innvirkning på delfristene, var at disse allerede var overskredet da denne hindringen inntraff.

Begge parter har anket.

*Marti* krever for lagmannsretten 994 667 kroner til sammen, hvorav 766 424 for forlenget byggetid, samt 2 kalenderdagers fristforlengelse. Selv om det var *Marti* som foreslo bruk av Oldroyd som en enklere og billigere løsning enn PE-skum, var det Vegvesenet som bestemte hvor denne løsningen skulle brukes. To av disse stedene viste Oldroyd seg uegnet. Når *Marti* av den grunn måtte erstatte Oldroyd-duken med PE-skum, skyldes dette dermed et byggherreforhold, og *Marti* har krav på tillegg i tid og vederlag.

*Staten* bestrider at det foreligger et byggherreforhold. Det var *Martis* risiko å benytte Oldroyd-duk som passet i forhold til lekkasjen. Der Oldroyd-løsningen ikke fungerte, skyldes det at duken ikke hadde riktig bredde, Dessuten ble ikke duken festet som angitt av produsenten. At Vegvesenet aksepterte å bruke PE-skum der *Marti* ikke klarte å få det tett med Oldroyd, innebærer ikke noen endring, bare aksept av *Martis* utbedringsforslag. *Marti* har for øvrig både fått oppgjør for Oldroyd-membranen som først ble brukt, og for PE-skummet etter kontraktens enhetspriser. Subsidiært anføres det at *Martis* kravsberging ikke kan legges til grunn, verken når det gjelder tid eller vederlag. Hvis vederlaget for direkte kostnader skal beregnes etter reglene for regningsarbeid, anføres at Vegvesenet ikke hadde noen forutsetning for å forstå at opprettingen ville koste så mye som tingretten har tilkjent.

*Lagmannsretten* er også på dette punktet langt på veg enig med tingretten.

Den grunnleggende problemstillingen er om behovet for å bytte fra Oldroyd-membran til PE-skum skyldes et byggherreforhold eller ikke.

Ved vurderingen av dette spørsmålet legger retten følgende hendelsesforløp til grunn:

Kontrakten la opp til at all vannsikring i tunnelen skulle skje ved montering av PE-skum. På et tidspunkt foreslo *Marti* en enklere løsning i områder der det ikke var behov for frostsikring. Denne gikk ut på å bruke Oldroyd-membran i stedet for PE-skum. I januar 2017 diskuterte partene pris på en Oldroyd-løsning, og *Marti* ga alternative priser på ulike membran-tykkelser, begge «mounted with nails». Etter anmodning fra Vegvesenet ga *Marti* også tilbud som inkluderte sprøytebetong utenpå membranen. Dette går fram av e-post 19. januar 2017 fra *Martis* Arquil Briggen til Vegvesenets Bjørn Runar Mannsverk. I e-posten står det:

Hei Bjørn

På siste byggemøte spurte du om jeg kunne legge til sprøytebetong, til membran prisen.

1.5mm membran inkl. 80mm sprøytebetong: 550 NOK, pr m2 montert med spiker.

Vi vil starte med å borre for PE skum i midten av neste uke. Kan du skrive en endringsordre ang forslaget, eller hvordan går vi fram?

Det er ikke framlagt noe svar på denne e-posten, men lagmannsretten legger til grunn at det var dette som til slutt ble avtalt.

Et sentralt poeng i denne forbindelse er at prisen gjaldt montering «med spiker». Det betyr at det ikke kunne brukes membran bredere enn 2 meter. Da ville membranen blafre ved påføringen av sprøytebetong, og betongen ville ikke feste skikkelig. Hvis et område med vanninntrenging var så stort at det ikke kunne sikres med en membran av 2 meters bredde, måtte med andre ord sikringen skje ved hjelp av PE-skum, slik som opprinnelig planlagt.

Det var Vegvesenet som valgte ut hvilke områder som skulle sikres med Oldroyd, og hvilke som skulle sikres med PE-skum. Deretter utførte Marti de ulike tiltakene.

I september 2017 oppdaget Vegvesenet at lekkasjesikringen ved pel 3280, hvor det var brukt Oldroyd-membran, ikke fungerte. I e-post 26. september 2017 ba Marti, ved Diana Carvalho, om «kontrollørmelding eller bestilling på e-mail». Hun la til grunn at Vegvesenet ønsket PE-skum i stedet, og skrev i den forbindelse at Marti var ferdig med å montere PE-skum, og at slikt arbeid derfor ville medføre forsinkelse og krav om fristforlengelse.

Mens partene diskuterte dette, oppdaget Marti selv et tilsvarende problem ved pel 5400.

Deretter fulgte en lengre diskusjon mellom partene, hvor Vegvesenet fastholdt at Marti hadde montert membranen feil, blant annet ved at det var brukt spiker i stedet for festebolter, mens Marti gjorde gjeldende at Vegvesenet – ved pel 3280 og 5400 – hadde bestilt Oldroyd-membran til tross for at lekkasjen var for stor til å kunne sikres med membran som var 2 meter bred og festet med spiker. Marti viste til at sammenhengen mellom bredde og festemetode var forklart fra Marti i teknisk avklaring (TA) 233 på forhånd.

På bakgrunn av disse faktiske forholdene mener lagmannsretten at det er mest sannsynlig at problemene ved pel 3280 og 5400 skyldes at lekkasjen her var så stor at den ikke lot seg håndtere med en slik Oldroyd-løsning som Marti og Vegvesenet hadde blitt enige om. Når Vegvesenet likevel hadde bestilt Oldroyd, utgjør dette dermed et byggherreforhold, som kan gi Marti krav på vederlagsjustering og fristforlengelse.

Når det gjelder utmålingen av vederlaget for selve arbeidet, er lagmannsretten også enig med tingretten. Enhetsprisene for PE-skummontering var ikke anvendelige etter at dette arbeidet var avsluttet, og Marti har derfor krav på oppgjør etter reglene om regningsarbeid.

Når kontraktens timepris for regningsarbeid legges til grunn, blir beløpet – inkludert 8,52 % indeksregulering – 135 942 kroner.

Når det gjelder fristforlengelsen, mener lagmannsretten at Marti må tilkjennes to dagers fristforlengelse, både på sluttfristen og de to elektrodelfristene. Når det gjelder selve utmålingen, viser retten spesielt til det som ble anført fra Martis side allerede under diskusjonen med Vegvesenet 26. – 27. september 2017. I e-post 26. september 2017 skrev Martis Arquil Briggen blant annet:

Hi Bjørn,

Vi forstår det faktum at arbeid må være på kritiske linje. Montering av PE skum er nå på kritiske linje. Dere bestiller montering av PE skum når vi har allerede demontert forskaling for montering av PE skum. Dere bestiller montering av PE skum når vi har allerede montert ferdig alle plater av PE skum. Dere også bestiller montering av PE skum når vi har allerede svært redusert vår personell som gjør denne arbeid. Det kan ikke være mer kritisk enn dette.

For å utføre denne arbeid må vi ta personell fra andre arbeid på kritisk linje. Denne personell er ikke noe lenger tildelt for denne arbeid. For å utføre denne arbeid må vi også ta maskiner fra andre arbeid på kritisk linje. Disse maskiner er ikke tildelt for denne arbeid noe lenger. Den nye PE skum må også sprutes. Dette betyr at området må renskes en andre gang, bare fordi denne bestillinger kommer for sent.

For alle disse grunnen blir det ekstra kostnader og fristforlengelse.

Når det gjelder hvorfor forholdet også må få virkning på de to elektrodelfristene som allerede var passert, viser retten til det som er sagt om dette under pkt. 5.2 (avsnittet om fristforlengelser).

Vederlaget for forlenget byggetid fastsettes etter flertallets dagsats for forsinkelser i etterarbeidsfasen til 560 000 kroner.

Oppsummert tilkjennes Marti under KOE 143 to dagers fristforlengelse på sluttfristen og de to første elektrodelfristene, samt vederlagsjustering på til sammen 695 942 kroner. Av dette utgjør 135 942 kroner vederlag for direkte arbeid fastsatt etter kontraktens priser (inkludert 8,58 % LPS).

#### **5.8.14 KOE 109, jf. KOE 165 – Antennemast ved portal Monsastubergan**

KOE 109 ble sendt 5. oktober 2017 og revidert 17. oktober 2017. Den gjelder vederlagsjustering på 54 470 kroner og krav om fristforlengelse på 1 dag på elektrodelfrist nr. 1 og nr. 3, samt på sluttfristen. Bakgrunnen for kravet er at plasseringsstedet for

antennemasta ble endret. Etter kontrakten skulle masta stå ved siden av radiobygget utenfor portalen, mens endelig plassering ble oppe på portalen. Partene ble enige om prisen, men ikke om tidskonsekvenser. Fristforlengelseskravet ble videreført i KOE 165, sammen med krav om vederlag for forlenget byggetid. Det kravet er på 582 528 kroner.

*Tingretten* tok ikke kravet om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid til følge. Etter tingrettens syn hadde ikke Marti sannsynliggjort at arbeidet påvirket annet arbeid, eller at det på annen måte var tidskritisk.

Marti har anket.

*Marti* krever nå fristforlengelse med 1 kalenderdag på sluttfristen og alle de tre elektrodelfristene, samt vederlag for forlenget byggetid med 582 528 kroner. Endelig plassering av antennemasta ble først klarlagt ved Vegvesenets svar på teknisk avklaring (TA) 242 den 29. august 2017. Dette var helt på slutten av prosjektet og endringen lå åpenbart på kritisk linje opp mot sluttfrist. Arbeidet ble utført i en periode hvor Vegvesenet krevde Marti for dagmulkt.

*Staten* gjør gjeldende at forholdet ikke har påvirket framdriften. På det tidspunktet den endelige plasseringen ble bestemt, var planen at antennemasta skulle stå på toppen av selve skjæringa. Avklaringen i TA 242 innebar derfor en forenkling for Marti. Uansett lå ikke arbeidet på kritisk linje. Det ble utført av en underentreprenør, og det påvirket ikke annet arbeid.

*Lagmannsretten* er kommet til at Martis anke delvis må tas til følge.

Lagmannsretten legger følgende hendelsesforløp til grunn for sin vurdering:

I konkurransegrunnlaget var antennemasta plassert i nærheten av radiobygget utenfor portalen. I løpet av anleggsperioden ble det klarlagt at dette ikke var hensiktsmessig, og at det var nødvendig å plassere masta på et høyere punkt i terrenget. Vegvesenet skisserte på denne bakgrunn en løsning som gikk ut på at masta skulle stå på toppen av skjæringa, men det ble ikke utferdiget noen EO i den anledning.

I TA 242 formulerte Marti behovet for avklaring slik:

Marti trenger informasjon (koordinater) over hvor antennemast beskrevet i tegning IN102 og IN120 skal plasseres.

Vi trenger også mer informasjon om hvor trekkerør fra TK104 til antennemast skal plasseres, tegninger er bare en skisser.



Martis eget løsningsforslag, som også gikk fram av TA'en, var å plassere antennemasta «bak tørrmuren» rundt portalåpningen, det vil si oppe på portalen. Begrunnelsen var at en plassering på toppen av skjæringa ville skape store problemer for tilkomsten.

Avklaringen fra Vegvesenet den 29. august 2017 besto i tegninger som viste at masta skulle plasseres som foreslått av Marti, på toppen av portalen. Det ble også sendt tegninger som viste føringsveg for trekkerørene.

Deretter utførte Martis underentreprenør, ONOS, selve arbeidet. Vegvesenet aksepterte som nevnt også å betale Martis krav på vederlagsjustering. Kravet var knyttet til kostnadene ved å løfte masta opp på portalen.

Når det gjelder tidskravene, som partene fortsatt er uenige om, er problemstillingen for lagmannsretten todelt. Det grunnleggende spørsmålet er hvilket utgangspunkt den endelige plasseringen skal sammenlignes med. Hvis den vurderes ut fra opprinnelig prosjektert løsning, innebærer Vegvesenets svar på TA 142 en endring til et mer komplisert arbeid. Hvis den – slik Vegvesenet anfører – skal vurderes ut fra den skisserte løsningen på toppen av skjæringa, innebærer den en klar forenkling.

Etter lagmannsrettens syn er det relativt klart at utgangspunktet for sammenligningen, også når det gjelder tidskravene, må være den opprinnelig prosjekterte plasseringen i nærheten av radiobygget. Planen om å plassere masta på toppen av skjæringa var aldri kommet lenger enn til skissestadiet, og den hadde ikke gitt seg utslag i noen formell EO. Marti hadde derfor heller ikke hatt noen foranledning til å fremme et krav om fristforlengelse på bakgrunn av en slik plassering.

Neste spørsmål er om arbeidet med å plassere masta på toppen av portalen har påvirket framdriften på en annen måte enn en plassering ved radiobygget ville gjort. Etter rettens syn har Marti sannsynliggjort at forholdet har hatt en viss innvirkning på framdriften. Et konkret holdepunkt i så måte er at den nye plasseringen gjorde det nødvendig med adkomst utenfor vegbanen. Dermed kunne ikke venstre vegkant (sett i retning mot Bergli) ferdigstilles før arbeidet med masta var unnagjort.

Retten anslår, skjønnsmessig, at den direkte innvirkningen kan ha vært på i størrelsesorden én dag på sluttfristen og elektrodelfrist 1 og 3. Etter rettens syn har ikke Marti sannsynliggjort noen innvirkning på elektrodelfrist 2, som knyttet seg til den østre halvdelen av tunnelen, nærmest Bergli. Retten viser her også til den opprinnelige KOE'en, hvor det bare ble krevd fristforlengelse på sluttfristen og de to elektrodelfristene som gjaldt for området ved Monsastubergan.

Under KOE 109 tilkjennes Marti etter dette én dags fristforlengelse på sluttfristen og elektrodelfrist 1 og 3. Vederlaget for forlenget byggetid fastsettes, ut fra flertallets dagsats for forsinkelser under etterarbeidsfasen, til 280 000 kroner.

#### **5.8.15 KOE 164 – Kostnader forlenget byggeperiode (aksepterte fristforlengelser)**

KOE 164 ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. For to forhold i etterarbeidsfasen aksepterte Vegvesenet til sammen 3 dagers fristforlengelse på sluttfristen, 4 dager på den første elektrodelfristen og 3 dager på den andre, pluss vederlag for ekstra direkte kostnader. KOE 164 gjelder krav om vederlag for forlenget byggetid for de samme forholdene. Kravet for tingretten var på 1 743 337 kroner.

*Tingretten* tilkjente 1 111 565 kroner i vederlag for forlenget byggetid. Av dette hadde staten for tingretten akseptert å skulle betale 292 932 kroner.

Begge parter har anket.

*Marti* fastholder i prinsippet kravet fra tingretten. For lagmannsretten er beløpet likevel noe nedjustert, fordi Marti nå benytter en litt lavere dagsats for kalkulering av krav om vederlag for forlenget byggetid i etterarbeidsfasen. Dessuten er det gjort fradrag for det beløpet staten i ettertid har innbetalt. Kravet er nå på 1 016 920 kroner. Ifølge Marti må det for det første legges til grunn at byggetiden reelt sett blir forlenget med mer enn den konkret påførte hindringen, i praksis tilsvarende det Martis konverteringsfaktor tilsier. Alternativt må det tas konkret hensyn til effekten av mellomkommende søn- og helligdager, ferier, halve lørdager med videre. For det andre må det legges til grunn at de reelle kostnadene ved den forlengede byggetiden tilsvarer den dagsatsen Marti har beregnet kravet ut fra.

*Staten* bestrider at byggetiden på grunn av disse forholdene reelt sett er påvirket mer enn det antall dager fristforlengelse som Vegvesenet har godtatt. Det er heller ikke grunnlag for å operere med et høyere beløp pr. dag enn det staten aksepterte under tingrettens behandling.

*Lagmannsretten* er kommet til at statens anke delvis må tas til følge.

Resultatet er en direkte følge av rettens syn på de to problemstillingene dette kravet reiser, og som retten har gjort greie for under pkt. 5.2 og 5.3 foran.

Vederlaget for forlenget byggetid for de enkelte framdriftshindringene skal etter dette fastsettes for det antall dager hindringen konkret har påvirket framdriften, og med den dagsatsen flertallet mener er anvendelig for vedkommende periode.

En annen sak er at kostnader for forlenget byggetid også løper på helligdager mv. Slik retten har beregnet fristforlengelsene, gjenspeiler ikke samlet antall dager fristforlengelse den samlede forlengede byggetiden fullt ut. Lagmannsretten viser til tingrettens merknader om dette i tingrettens dom pkt. 4.5.8 «Rigg og drift grunnet fristforlengelse». Den kumulative effekten av alle fristforlengelsene på byggetiden blir først klarlagt i forbindelse med behandlingen av dagmulktkravet. Lagmannsretten kommer tilbake til denne problemstillingen i pkt. 5.10.5 «Ekstra vederlagsjustering for samlet forlenget byggetid».

For KOE 164 isolert bedømt skal det utmåles vederlag for tre dagers forlenget byggetid i etterarbeidsfasen. Det utgjør, ut fra flertallets dagsats for denne fasen, 840 000 kroner. Av dette har som nevnt staten etter tingrettens dom betalt 292 932 kroner, som det dermed må gjøres fradrag for.

Etter dette tilkjennes Marti under KOE 164 som vederlag for forlenget byggetid 547 068 kroner.

#### **5.8.16 Oppsummering fristforlengelser i etterarbeidsfasen**

Samlet for etterarbeidsfasen skal Marti etter dette ha 34 dager fristforlengelse på sluttfristen (31 tilkjent nå, 3 akseptert tidligere), 35 dager på den første elektrodelfristen (pel 0 – 2930), 33 dager på den andre elektrodelfristen (pel 2930 – 6570) og 11 dager på den tredje (pel 0 – 380).

#### **5.8.17 Øvrige krav i etterarbeidsfasen**

Lagmannsretten går etter dette over til å behandle krav hvor det ikke er spørsmål om fristforlengelse og vederlag for forlenget byggetid. Det første, KOE 071, gjelder arbeider som har tilknytning både til drivefasen og etterarbeidsfasen.

#### **5.8.18 KOE 071 – Manglende prosess for fremskaffelse av stein til plastring**

KOE 071 ble sendt 15. juni 2017 og revidert i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet knytter seg til erosjonssikringstiltakene langs sjøen ved Monsastubergan, og bygger på to forhold: For det første at konkurransegrunlaget mangler prosesser for prising av arbeidet med uttak og transport av plastringsmateriale, og for det andre at Vegvesenet, gjennom tegningsrevisjon, økte mengdene med 33,5 % uten at det uttrykkelig ble opplyst om mengdeøkningen. Kravet for tingretten utgjorde 5 126 096 kroner.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Ut fra beskrivelsen i prosess 47.7 om erosjonsforebyggende tiltak mente retten at en normalt forstandig tilbyder ville forstå at alt i forbindelse med levering og arbeid i tilknytning til steinplastringen skulle prises her. Spørsmålet om mengdeøkning gikk ikke *tingretten* nærmere inn på.

*Marti* gjør gjeldende at *tingrettens* vurdering er feil. Beskrivelsen i prosess 47.7 skiller mellom to situasjoner. Situasjonen i vår sak faller inn under det andre alternativet i beskrivelsen, som gjelder der masser til plastringen «tas fra tunnel, skjæring i linjen eller angitt sidetak». For dette tilfellet står det at «uttak og tilkjøring av materialer [er] medtatt under prosess 25.4, 26.4 eller 32.6». Prosess 25.4 gjelder imidlertid jordmasser, prosess 26.4 er ikke en prusbærende post, og prosess 32.6 er ikke inntatt i konkurransegrunnlaget. Når det i dette tilfellet klart var forutsatt at plastringsmasser skulle tas fra anlegget, betyr det at det manglet prosesser for prising av framskaffelse og tilkjøring av plastringsstein. Disse delene av prosessen er dermed ikke omfattet av *Martis* tilbud, og *Marti* har krav på vederlagsjustering som ved endring. Når det gjelder mengdeøkningen anføres det at måten denne ble kommunisert på, skapte behov for å ta stein utenfor teoretisk profil. Endringen av plastringsareal ble foretatt ved revisjon av tegning J 104 den 19. september 2016. Imidlertid ble ikke mengden angitt i prosess 47.7.12 oppdatert samtidig. For å oppdage mengdeøkningen, var det nødvendig med tegningsgranskning. Derfor oppsto det behov for ekstra sprenging. Etter en oppdatert beregning utgjør kravet for lagmannsretten 4 254 569 kroner.

*Staten* bestrider kravet. De økte mengdene skyldes *Martis* eget ønske om å fylle ut et større område i tilknytning til utlastingskaia. Beskrivelsen i prosess 47.7 er klar. Det står uttrykkelig at prosessen «omfatter levering og alle arbeider med (...) plastring som erosjonsforebyggende tiltak». Det var ikke noe krav i kontrakten om at plastringsstein skulle tas fra anlegget, men da *Vegvesenet* så at *Marti* tok vare på for lite stein, minnet man flere ganger *Marti* på denne muligheten. Uansett har ikke *Marti* varslet etter NS 8406 pkt. 18.2 eller pkt. 19.3. Dette er av bevismessig betydning, særlig når kravet fremmes lang tid etterpå. Plastringsarbeidene startet 3. oktober 2016.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som *tingretten*.

Retten ser først på den delen av kravet som er begrunnet i «manglende prosess».

Prosess V 47.7 «Erosjonsforebyggende tiltak, terskler og sedimentasjonsbasseng» er beskrevet slik:

- a) Omfatter levering og alle arbeider med plastring av åpne grøfter, utløp av overvannsledninger, inn- og utløp av kulverter, plastring som erosjonsforebyggende tiltak for øvrig og ev. andre erosjonsforebyggende tiltak, samt sedimentasjonsbassenger, infiltrasjonsgrøfter, membran mv. Der masser til arbeidene tas fra tunnel, skjæring i linjen, eller angitt sidetak, er uttak og tilkjøring

av materialer medtatt under prosess 25.4, 26.4 eller 32.6. Bearbeiding av massene er medtatt under prosess 27.5. Omfatter også opplasting og transport fra mellomlager etter bearbeiding.

Av underprosessen for «Steinplastring», prosess 47.71, går det fram av den spesielle beskrivelsen at prosessen også omfatter «bearbeiding av masser til steinplastring». Og av den prisbærende posten, prosess 47.712 «Steinplastring av sjøfylling», går det fram at det er tale om et område på 7 162 m<sup>2</sup>. Området som skulle plastres er beskrevet ved henvisning til tegning J104.

Som påpekt av tingretten trekker den innledende setningen i prosess 47.7 klart i retning av at også framskaffelse, uttak og tilkjøring av stein til plastring er omfattet. Problemstillingen er om neste setning, som gjelder masser tatt fra tunnel osv., medfører en uklarhet som byggherren i så fall har risikoen for.

Lagmannsretten er i utgangspunktet enig med Marti i at det er naturlig å tolke ordlyden i den andre setningen slik at den gjelder i alle tilfeller der masser faktisk tas fra tunnelen, ikke bare der kontrakten beskriver at dette skal gjøres. Men for spørsmålet om hva prisingen under 47.712 skal omfatte, skaper dette likevel ingen uklarhet etter rettens mening. Som påpekt av Marti, var ingen av de tre prosessene som er nevnt i setning nummer to angående prising av uttak og tilkjøring av stein, relevante i dette tilfellet. For en normalt forstandig tilbyder må det, etter lagmannsrettens syn, gi en klar indikasjon på hva intensjonen var fra Vegvesenets side på dette punktet: Også uttak og tilkjøring av stein skulle prises under post 47.712.

I den utstrekning Marti ikke har tatt framskaffelse, uttak og tilkjøring av plastringsstein med i sin prising av denne prosessen, er det med andre ord en feil som Marti selv må bære risikoen for. Den delen av kravet som er basert på dette forholdet kan derfor ikke føre fram.

Når det gjelder den delen som er basert på økte mengder, er partene enige om at behovet for plastringsstein ble større enn det som gikk fram av konkurransegrunnlaget. Der var som nevnt det samlede arealet som skulle plastres oppgitt til 7 162 m<sup>2</sup>. Det arealet Marti har fått oppgjør for, er på 9 500 m<sup>2</sup>. Behovet for plastringsstein økte nødvendigvis tilsvarende.

Det er heller ingen tvil om at Marti etter hvert kom i manko på stein som var egnet til plastring. For å få nok stein, valgte Marti til slutt sprengning i et sideuttak utenfor linja ved Monsastubergan. Den delen av KOE 071 som knytter seg til dette, er på i underkant av 2 millioner kroner.

Den grunnleggende problemstillingen her er om mengdeøkningen skyldes forhold som Vegvesenet har risikoen for. På dette punktet er lagmannsretten enig med Marti. Årsaken til

at plastringsarealet ble større, var at det ble fylt ut et større område i tilknytning til kaia enn det som var prosjektert. Ifølge Vegvesenet var dette riktignok noe som skjedde etter ønske fra Marti. Men det var likevel en del av Vegvesenets anlegg som ble endret. Marti har dermed i utgangspunktet krav på vederlag for kostnader i tilknytning til endringen. At Marti selv hadde fordel av å kunne benytte et større område til egne formål under anleggsperioden, er uten betydning for dette spørsmålet.

En del av disse kostnadene har Marti også fått oppgjør for. Vegvesenet har betalt for plastring av det utvidete arealet, men bare etter kontraktens priser. Spørsmålet her er om Vegvesenet også har risikoen for Martis merkostnader som følge av at det ble nødvendig å skaffe stein ved sprenging utenfor linja.

På dette punktet bygger Marti sitt krav på tegningsrevisjonen 19. september 2016, som viser et større plastringsområde enn opprinnelig prosjektert. Ifølge Marti burde imidlertid denne endringen også vært beskrevet ved endring av mengden i prosessen. Lagmannsretten forstår anførselen slik at dersom selve prosessen var blitt oppdatert samtidig, ville Marti på et tidligere tidspunkt blitt oppmerksom på at det trengtes mer plastringsstein. Dermed kunne nok stein fra tunneldrivingen blitt lagt til side, og det hadde ikke blitt nødvendig med ekstra sprenging.

Etter lagmannsrettens syn kan dette ikke føre fram. Den reviderte tegningen ble som nevnt sendt 19. september 2016, ca. to uker før Arctic startet opp sitt arbeid med plastring i begynnelsen av oktober. Sammenholdt med den opprinnelige tegningen gikk det klart fram hva endringen besto i. Området ved kaia, og plastringsarealet omkring dette, var blitt større. I seg selv trekker dette i retning av at det ikke skulle være nødvendig å beskrive endringen med ord og/eller tall i tillegg. Retten peker her på at Marti på forhånd var kjent med bakgrunnen for endringen. Bakgrunnen var utvidelsen av kaiområdet, som var foretatt tidligere. I og med at det i utgangspunktet var på det rene at området rundt skulle plastres, var det økte behovet for plastringsstein i praksis også kjent på forhånd. Revisjonen av tegning J104 var ikke noe annet enn en formalisering av dette faktum.

I tillegg kommer at Vegvesenet, både før og etter revisjonen av tegning J104, minnet Marti om at det var nødvendig å ta vare på nok stein til plastring. Retten viser her, som et eksempel, til referatet fra byggemøte 37 den 7. september 2016. Her står det under pkt. 37.5 «Byggherrens leveranse» følgende:

Entreprenøren må ha en plan hvor dem skal ta plastringstein fra i tilfelle det ikke er nok i det som gjenstår og drive av tunnelen. Dette har vært tema fra start av anlegget. Entreprenøren har ikke kommet i gang med plastringen pr d.d.

Dette er gjentatt i referatet fra byggemøte 39 den 4. oktober 2016, altså dagen etter at plastringsarbeidet startet. Her går det også fram følgende:

Entreprenøren ser at de har tatt vare på for lite plastrings stein og vil ta ut noe mere stein skjæring fra profil 0 og mot påhugg Monsastubergan. Byggherre ser på dette og kommer med en tilbakemelding på dette. Det vil også bli gjort en vurdering om det er mulig og ta ut noe stein fra Manddalsklubben.

Lagmannsretten mener på denne bakgrunn at problemet med manglende plastringsstein ikke er et byggherreforhold. Marti har hele tida vært klar over behovet for å ta vare på nok stein. Marti har også vært klar over at kaiområdet – som skulle plastres – var blitt større enn prosjektert fra Vegvesenets side. At mengden som var angitt i prosess 47.712 ikke ble oppdatert samtidig med tegningsrevisjonen 19. september 2016, kan umulig ha hatt noen betydning for at Marti til slutt ble nødt til å skaffe ekstra plastringsstein ved sprenging utenfor linja. I hvert fall er ikke dette byggherrens risiko.

Et ytterligere moment som taler mot at Marti kan kreve ekstra vederlag for arbeidet med å skaffe fram de mengdene plastringsstein som manglet, er at Marti faktisk har fått vederlag for å dumpe tilsvarende mengder stein som egentlig burde vært tatt vare på.

Martis anke når det gjelder KOE 071 fører dermed ikke fram.

#### **5.8.19 KOE 123 – Grøft for sjøutslippsledning Monsa**

KOE 123 ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet gjelder arbeid med etablering av grøft og utvidelse for oljeutskiller for utslipp av vann fra tunnelen på Monsastubergsiden. Grøfta var angitt på tegninger, men det var ikke prosesser i konkurransegrunnlaget for prising av arbeidet. Arbeidet ble utført av underentreprenøren ONOS mot slutten av etterarbeidsfasen. Marti krevde oppgjør basert på underentreprenørens regning pluss påslag. Kravet for tingretten var på 849 798 kroner. Staten aksepterte å betale 60 000 kroner.

*Tingretten* tilkjente Marti vederlagsjustering etter reglene for regningsarbeid, basert på avtalte satser i kontrakten og timer angitt av underentreprenøren. Etter tingrettens syn var arbeidet utført rasjonelt og forsvarlig. Regningsarbeidsprisen lå dermed innenfor de utgifter Vegvesenet «måtte forstå» at Marti hadde hatt. Etter tingrettens syn var kravet velbegrunnet i realiteten, og manglende varsling hadde ikke fratatt Vegvesenet handlingsalternativer. Marti ble på denne bakgrunn tilkjent 591 272 kroner.

Staten har anket, og Marti har levert avledet anke.

*Marti* fastholder at det er grunnlag for oppgjør basert på egne faktiske utgifter til underentreprenør. På grunn av manglende beskrivelse ble ikke arbeidet utført i begynnelsen av prosjektet. Derfor måtte Marti engasjere en underentreprenør for å utføre

arbeidene på regning. Med fradrag for det staten har betalt etter tingrettens dom, utgjør kravet for lagmannsretten 789 798 kroner.

*Staten* aksepterer at det mangler beskrivelse av prosessen, men hevder at arbeidene skal avregnes etter kontraktens enhetspriser for relevante arbeider, slik som «rørgrøft i løsmasse» (i prosess V1 42.1) osv. Ifølge staten er disse enhetsprisene anvendelige. Ut fra de sannsynliggjorte mengdene gir det et beløp i størrelsesorden 100 000 kroner. Staten har på denne bakgrunn tilbudt å betale ytterligere 40 000 kroner. Verken kontraktens regningsarbeidssatser eller underentreprenørens avregning kan legges til grunn. Marti har ikke fulgt reglene for regningsarbeid. Både Martis krav og det beløpet tingretten har tilkjent, ligger langt utenfor hva Vegvesenet «måtte forstå» at arbeidene ville koste.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten i at arbeidene skal avregnes som regningsarbeid, og at rammen for kravet dermed blir hva Vegvesenet «måtte forstå» om Martis utgifter pluss påslag. Når det gjelder den nærmere utmålingen av kravet, har ikke lagmannsretten grunnlag for å fravike tingrettens vurderinger. Tingretten var, som nevnt, satt med fagkyndige meddommere, og her er det tale om utpreget anleggsmessige skjønnsspørsmål.

Ingen av ankene tas til følge. Det betyr at Marti, under KOE 123, blir tilkjent 591 272 kroner.

#### **5.8.20 KOE 162 – Forsering i fase 3 og 4**

KOE 162 ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet gjaldt vederlag for kostnader ved å forserer inn forsinkelser som, ifølge Marti, er påført av Vegvesenet. I KOE 162 viste Marti særlig til «manglende tillatelse til nattarbeid», og «en rekke endringer i periode 1 og 2». Kravet om vederlag for forsering av forsinkelse forårsaket av manglende tillatelse til nattarbeid ble skilt ut og fremmet som en del av KOE 063. Denne delen av kravet, som var på drøyt 27 millioner kroner, er frafalt for lagmannsretten. Dette er nærmere redegjort for under KOE 063 ovenfor. Den delen av forseringskravet som til slutt ble fremmet ved KOE 162, var på til sammen 26 766 833 kroner. Av dette knytter 12 098 674 kroner seg til forsering i fase 3 og 14 668 159 kroner til forsering gjennomført i fase 4.

*Tingretten* tok ingen del av kravet til følge. Etter tingrettens syn forelå det ikke byggherreforhold som tilsa at Marti hadde berettigete krav på fristforlengelse. Det var ikke noe rettslig grunnlag for å knytte Martis kostnader ved den forseringen som hadde funnet sted, til forhold som Vegvesenet hadde risikoen for. Tingretten stilte seg også spørrende til utmålingen av kravet.

Marti har anket.



*Marti* fastholder kravet for lagmannsretten. Vegvesenet avslo fra starten av alle Martis berettigete krav på fristforlengelse. Etter NS 8406 pkt. 21 hadde da Marti rett til å forsere på Vegvesenets regning. Marti varslet også Vegvesenet om at man planla forsering i etterarbeidsfasen. Forseringen i etterarbeids- og slutfasen ble gjennomført blant annet ved at mye arbeid ble utført parallelt og ved at mye ble utført av underentreprenører. Det ble også arbeidet i planlagte ferieperioder. I tillegg ble det tilført flere ressurser, både i form av maskiner og folk i ledelsen. Den faktiske framdriften i etterarbeidsfasen viser at det er gjennomført en kraftig forsering, nesten like mye som planlagt. Det er riktig at en del av den forsinkelsen som ble forsert inn, skyldtes Martis egne forhold, men dette er det tatt hensyn til ved kalkuleringen av kravet. Det er ifølge Marti også tatt hensyn til effekten av fristforlengelser, slik at det ikke kreves dobbelt.

*Staten* bestrider kravet. Det foreligger ikke avslag på berettigete krav på fristforlengelser. Bortsett fra ett tilfelle, byggemøte 17 i 2015, har Marti heller ikke varslet på forhånd at det ville bli forsert på Vegvesenets regning. Det er heller ikke angitt på forhånd hva forseringen antas å ville koste. At det faktisk er forsert, er ingen indikasjon på at forseringen skyldes byggherreforhold. Kravets størrelse er heller ikke dokumentert. Beregningen er basert på differansebetraktninger og skjønnsmessige anslag. Ved bevisvurderingen må det legges vekt på manglende varsling. Etter statens mening viser den manglende varslingen at det faktisk ikke er forsert på grunn av byggherreforhold.

*Lagmannsretten* er kommet til samme resultat som tingretten.

NS 8406 pkt. 21 «Forsering ved avslag på krav om fristforlengelse» lyder slik:

Hvis byggherren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan entreprenøren velge å anse avslaget som pålegg om forsering gitt ved endringsordre. Entreprenøren har ikke en slik valgt dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal byggherren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.

Slik lagmannsretten leser bestemmelsen, gir den entreprenøren valget mellom to muligheter. Det ene alternativet er å satse på at kravet om fristforlengelse virkelig fører fram, slik at entreprenøren unngår dagmulkt uten å forsere. Det andre alternativet er å ta kostnadene ved å forsere, men kreve forseringsvederlag som om forseringen var pålagt av byggherren.

Poenget er at det er tale om alternativer. Det ene utelukker det andre. En entreprenør som har valgt å anse avslaget på fristforlengelse som et pålegg om å forsere, kan ikke også holde fast ved kravet om fristforlengelse.

I denne saken har ikke Marti påvist ett eneste tilfelle av berettiget fristforlengelseskrav som ikke fortsatt blir gjort gjeldende som grunnlag for fristforlengelse. Etter lagmannsrettens mening innebærer det i praksis at Marti under sakens gang ikke har valgt å anse noen av avslagene som pålegg om forsering. Da er det heller ikke grunnlag for krav om forseringsvederlag etter NS 8406 pkt. 21.

Anken over tingrettens avgjørelse av KOE 162 kan av den grunn ikke føre fram.

## **5.9 Sluttarbeidsfasen**

### **5.9.1 Innledning**

Retten kan ikke se at noen av partene har gjort greie for hva som utgjør den nærmere avgrensingen mellom etterarbeidsfasen og sluttarbeidsfasen. For lagmannsretten er det naturlig å ta utgangspunkt i hvordan de to første elektrodelfristene er beskrevet i anbudsinnbydelsen. I tilknytning til den første fristen – «Klart for elektroentreprenør mellom profil 0–2930» – er det angitt følgende:

For denne strekningen skal alle tunnel og vegarbeider (høyre veggrøft mellom profil 0-380) samt anleggselektro under stedkode KE1 og KE2 skal være ferdigstilt og dokumentert. Arbeider som kan slutføres etter denne dato er slitelag, rekkverk og pussarbeider.

I tilknytning til den andre fristen – «Klart for elektroentreprenør mellom profil 2930-6570» – er det også bare slitelag og vegrekkverk som er nevnt som arbeider som kan utføres etter fristen, i tillegg til tilsåing der vegen gikk i dagen på Manndalsiden.

På denne bakgrunn mener lagmannsretten at sluttarbeidsfasen i praksis kan anses å begynne når det bare gjenstår arbeid med rekkverk og det siste laget med asfalt.

Dette samsvarer også langt på veg med hvordan Marti har beregnet sine krav om vederlag for forlenget byggetid. Det eneste kravet som retten kan se er beregnet ved hjelp av dagsatsen for sluttarbeidsfasen er KOE 084, som nettopp gjelder banketten bak betongrekkverket. Disse arbeidene ble utført i siste halvdel av september 2017.

### **5.9.2 KOE 084, jf. KOE 165 – Betongbankett bak betongrekkverk**

KOE 084 ble sendt første gang 17. juni 2017. Dette var etter at Vegvesenet muntlig hadde bestilt betongdekke over føringsveien for trekkerør og kabler bak betongrekkverket på

begge sider av tunnelen, men før arbeidene ble utført. Marti gjorde oppmerksom på at kostnader og tidskonsekvens ennå ikke var klarlagt. Marti reviderte KOE 084 den 5. oktober 2017, etter at arbeidene var utført. Som vederlag for arbeidet krevde Marti 2 676 378 kroner. Dessuten krevde Marti fristforlengelse med 5,5 dager. Den 17. oktober 2017 ble partene enige om et vederlag på 1 988 640 kroner. De ble ikke enige om fristforlengelse. Kravet om fristforlengelse ble videreført i KOE 165, som ble sendt i forbindelse med sluttoppgjøret. Marti fastholdt fristforlengelseskravet. Retten forstår det slik KOE 084's andel av kravet om vederlag for forlenget byggetid i KOE 165 var på ca. 2,6 millioner kroner. For tingretten gjorde Marti gjeldende et fristforlengelseskrav på 7,7 kalenderdager.

*Tingretten* tok ikke kravet til følge. Etter tingrettens syn hadde ikke Marti sannsynliggjort at endringen hadde noen tidskonsekvens.

*Marti* krever for lagmannsretten 8 kalenderdager fristforlengelse på sluttfristen. Kravet er beregnet med utgangspunkt i samlet lengde bankett, delt på en antatt kapasitet på 500 meter pr. dag. Deretter er det gjort et anslag over i hvor stor grad arbeidet har påvirket kritisk linje. Det økonomiske kravet om vederlag for forlenget byggetid er justert til 2 442 492 kroner. Ifølge Marti medførte arbeidet forsinkelse fordi betongsprøyting av PE-skummet måtte utsettes til betongbanketten var ferdig utført. Dette påvirket igjen når siste lag med asfalt kunne legges.

*Staten* gjør gjeldende at underentreprenørens arbeid ble utført i løpet av en uke, og at det ikke påvirket annet arbeid på kritisk linje. Betongarbeid og asfaltarbeid kunne gå parallelt.

*Lagmannsretten* er kommet til at Martis anke delvis må tas til følge.

I kommentarfeltet i ukerapporten til Marti for uke 38 (18. – 24. september 2017) går det fram følgende:

«Denne uke har Midtnorsk betongsprøyting sprut ferdig hele området mellom PEL 4300 og 510. Tromsø stein legger betong bak rekkverk på toppen av 8-22 pukk. Alle nødkiosker er montert mellom PEL 4300 og 510.» (Rettens utheving)

Rapportene for uke 39 og 40 inneholder ikke noe om betong bak rekkverk. Selv om det ikke kan utelukkes at dette skyldes en glipp i rapporteringen, mener lagmannsretten at ukerapportene i dette tilfellet har adskillig større bevisverdi når det gjelder hvor lang tid dette arbeidet tok, enn Martis kalkulering basert på en skjønnsmessig stipulert «kapasitet». Retten må derfor legge til grunn at arbeidet med å legge betong bak rekkverket bare tok én uke, ikke 15,5 dager, som Marti opererer med i sine beregninger.

Når det gjelder innvirkningen arbeidet med å legge betongen hadde på øvrig arbeid, gir også ukerapportene en viss veiledning. Av kommentaren som er gjengitt ovenfor går det

for eksempel uttrykkelig fram at det var mulig å utføre annet arbeid i mesteparten av tunnelen, fra tunnelåpningen ved Monsa (pel 510) og innover til pel 4300.

Så lenge betongspruting pågikk, var det for øvrig neppe aktuelt å asfaltere i samme område uansett. Noen stor innvirkning på øvrige arbeider i tunnelen kan arbeidet som ble utført av Tromsø stein dermed ikke ha hatt.

I tråd med det som er sagt tidligere om betydningen av forstyrrelser under etterarbeidsfasen, mener retten likevel at det må anses mest sannsynlig at også dette ekstraarbeidet har hatt en viss innvirkning. På denne bakgrunn gis Marti delvis medhold i kravet om fristforlengelse og vederlagsjustering.

Retten antar at forholdets direkte innvirkning på framdriften skjønnsmessig kan settes til én dag. Det er bare krevd fristforlengelse på sluttfristen for dette forholdet.

Under KOE O84, jf. KOE 165 tilkjennes Marti på denne bakgrunn én dags fristforlengelse på sluttfristen. Vederlaget for forlenget byggetid fastsettes, i samsvar med flertallets dagsats for sluttarbeidsfasen, til 160 000 kroner.

### **5.9.3 KOE 131 – TK44: Pigging for jording og samlet fremføring til nødskap**

KOE 131 ble sendt 6. desember 2017 og revidert i forbindelse med sluttoppgjøret. Kravet gjelder vederlag for arbeid med trekkerør som skulle føres opp bak rekkverket der det senere skulle monteres nødskap. Kravet var på 60 295 kroner. Grunnlaget for kravet er at Vegvesenet, ifølge Marti, ga ulike instruksjoner om hvordan trekkerørene skulle plasseres, og at arbeidene derfor måtte gjøres om igjen i flere omganger.

*Tingretten* tok kravet til følge og begrunnet avgjørelsen slik:

Etter rettens syn har Marti sannsynliggjort to tegningsrevisjoner, henholdsvis i forbindelse med KM267 og på møte 09.11.2017. Revisjonene medførte en endring i utførelse, jf. NS 8406 punkt 19.1 annet ledd, herunder at rørplasseringen ble justert. Endringen har ikke kommet som en endringsordre, men i henhold til NS 8406 punkt 19.3 første ledd innebar pålegget en endring. Marti varslet Svv om kravet gjennom KOE 131 sendt 06.12.2017, jf. NS 8406 punkt 19.3 andre ledd. Etter rettens syn er kravet varslet rettidig.

Hva gjelder enhetsprisen på 1 945 kroner for 31 steder med pigging, har Staten ikke hatt noen innsigelser. Retten finner at kravet skal tas til følge.

Staten har anket.

*Marti* fastholder kravet. Det vises til tingrettens begrunnelse.

*Staten* gjør gjeldende at tingretten har misforstått. Vegvesenets instruksjoner kom som følge av utførelsesfeil fra Martis side. Marti plasserte rørene feil, både i lengderetningen og når det gjaldt avstand fra betongrekkverket. Da feilen ble påpekt i kontrollørmelding 267, svarte Marti at dette skulle «fikses», uten at det var tale om ekstra betaling.

*Lagmannsretten* er enig med tingretten og nøyer seg i hovedsak med å vise til tingrettens begrunnelse, slik den er gjengitt ovenfor. Etter rettens mening har Marti sannsynliggjort at behovet for å gjøre arbeidet om igjen skyldes uklare tegninger og beskjeder fra Vegvesenet. I tillegg kommer at betongen som Vegvesenet ønsket lagt bak banketten, jf. KOE 084, har bidratt til å gjøre konsekvensene av disse uklarhetene større ved at det ble nødvendig å pigge bort betong for å justere plasseringen av trekkerørene.

Statens anke tas ikke til følge. Under KOE 131 tilkjennes Marti 60 295 kroner.

#### **5.9.4 Oppsummering fristforlengelser i sluttarbeidsfasen og totalt**

I sluttarbeidsfasen er Marti tilkjent 1 dags fristforlengelse på sluttfristen.

### **5.10 Øvrige krav**

#### **5.10.1 Dagmulkt**

Som nevnt innledningsvis har Vegvesenet, til dekning av sitt dagmulktkrav, holdt tilbake roner av Martis opptjente vederlag. I forbindelse med sluttoppgjøret krevde Marti hele det tilbakeholdte beløpet utbetalt. For tingretten gjorde Marti blant annet gjeldende at overtakelse måtte anses å ha funnet sted så tidlig som 9. oktober 2017, og at dette – i lys av Martis krav på fristforlengelse – var rettidig etter kontrakten. Vegvesenet gjorde gjeldende at overtakelse, både av anlegget som helhet og i forhold til delfristene for elektroarbeider, først skjedde den 15. desember 2017, og at Marti ikke hadde krav på mer enn tre dagers fristforlengelse på sluttfristen og enkelte delfrister. Dessuten mente Vegvesenet at også delfristen for gjenåpning av fylkesveg 322 over Bergli-portalen var oversittet fra 31. oktober 2015 til gjenåpningen faktisk fant sted 15. desember 2015. Samlet ga dette, ifølge Vegvesenet, grunnlag for et dagmulktkrav tilsvarende taket på 10 % av kontraktssummen.

*Tingretten* la til grunn 15. desember 2017 som felles overtakelsesdato, både for sluttfristen og elektrodelfristene. Tingretten viste til at så lenge det manglet samsvarserklæring fra Martis underentreprenør for anleggselektro, forelå det en mangel som hindret Vegvesenets forutsatte bruk av kontraktsarbeidet. Ut fra sitt resultat når det gjaldt Martis fristforlengelseskrav – blant annet tilkjente tingretten Marti til sammen 26 dager

fristforlengelse på sluttfristen – ble imidlertid Vegvesenets krav på dagmulkt redusert til 51 400 000 kroner. Marti fikk dermed delvis medhold i kravet om utbetaling, men begrenset til 2 253 504 kroner.

Begge parter har anket.

*Marti* fastholder sitt krav om utbetaling av hele det tilbakeholdte beløpet. For lagmannsretten er det prinsipale påstandsgrunnlaget at Vegvesenets samlede opptreden som byggherre er av en slik art at Vegvesenet ikke er berettiget til å kreve dagmulkt. Marti viser her dels til Vegvesenets fastsetting av byggetid, som hevdes å være i strid med byggherreforskriften, dels til at Vegvesenet ved flere anledninger har bidratt til at Martis rammevilkår for utførelsen av arbeidene har blitt vanskeliggjort. Effekten av disse forholdene lar seg ikke håndtere gjennom kontraktens bestemmelser, og Vegvesenets opptreden har i praksis satt fristforlengelses- og dagmulktmekanismen ut av spill. Skadeserstatningsloven § 5-1 om medvirkning, eventuelt § 5-2 om lemping, gir da grunnlag for å sette dagmulkten, som i realiteten er en standardisert erstatning, til null. Alternativt gir avtaleloven § 36 og/eller læren om bristende forutsetninger grunnlag for det samme resultatet. Et annet rettslig grunnlag kan, i lys av Vegvesenets brudd på byggherreforskriften, være NL 5-1-2. Subsidiært gjør Marti gjeldende at Vegvesenet, også etter kontraktens regler, er uberettiget til dagmulkt. Når det gjelder den første delfristen, fører Martis berettigete krav om fristforlengelse til at åpning av fylkesveg 322 den 15. desember 2015 må anses rettidig. Når det gjelder sluttfristen og elektrodelfristene må overtakelse anses å ha funnet sted 7. november 2017. Martis berettigete krav på fristforlengelser i forhold til de enkelte fristene innebærer da at det ikke er grunnlag for dagmulkt.

*Staten* fastholder at Marti var forsinket i forhold til kontraktens sluttfrist og delfrister. På grunn av manglende sluttdokumentasjon, herunder særlig samsvarserklæring når det gjaldt anleggselektroarbeidene, var Vegvesenet berettiget til å nekte å overta den 7. november 2017. Overlevering fant først sted 15. desember 2017, og Martis eventuelt berettigete krav på fristforlengelser bringer da uansett ikke samlet dagmulkt under taket på 10 % av kontraktssummen. Martis anførsler basert på skadeserstatningsloven, avtaleloven, NL 5-1-2 osv. bestrides. Vegvesenet har ikke brutt byggherreforskriften, og det foreligger heller ingen andre forhold som setter kontraktens regler for fristforlengelse og dagmulktberegning ut av spill. I den grad retten skulle mene at det foreligger brudd på byggherreforskriften, bestrider staten at dette er av betydning for partenes rettigheter og plikter etter entreprisekontrakten. Staten mener på denne bakgrunn at Martis krav på utbetaling av tilbakeholdt dagmulkt ikke kan tas til følge.

*Lagmannsretten* bemerker følgende:

Martis prinsipale grunnlag om at Vegvesenet i dette tilfellet er uberettiget til å kreve dagmulkt basert på kontraktens bestemmelser, kan etter rettens syn ikke føre fram.

Lagmannsretten er riktignok enig med Marti i at Vegvesenet i flere situasjoner under gjennomføringen av prosjektet har opptrådt på måter som gir grunn til kritikk for manglende medvirkning og til og med direkte motvirkning. Retten tenker her særlig på Vegvesenets opptreden i forbindelse med Arbeidstilsynets forhåndsvarsel om forbud mot nattarbeid (KOE 063) og i forbindelse med Martis søknad til Vegvesenet (forvaltningsmyndigheten) om unntak fra akseltrykkbegrensningene (KOE 096), praktiseringen av ID-kort fra første dag-kravet (KOE 040) og påleggene om stans i arbeidet i påsken og på røde dager i mai/juni 2017 (KOE 075 og 076). Også Vegvesenets merkelige håndtering av problemene som oppsto i forbindelse med at sjødumpingsarbeidene – ved en feil (?) – ble tatt ut av kontrakten, og deretter – ved en ny feil (?) – gjort til gjenstand for prisforespørsel (KOE 064), bidrar til et inntrykk av at Vegvesenet i denne saken har vært en vanskelig byggherre. Det samme gjelder problemene i forbindelse med endring av sprengningsprofiler (KOE 081). Her kan det virke som om Vegvesenet bevisst underkommuniserte årsaken til at profilene ble endret, noe som seinere skapte problemer for Marti. Enkeltvis har imidlertid alle disse forholdene latt seg håndtere gjennom kontraktens system for krav som følge av byggherreforhold. Og selv om forholdene, sett i sammenheng, som nevnt er egnet til å skape inntrykk av at Vegvesenet også ellers kan ha medvirket til Martis framdriftsproblemer, er det ingen konkrete holdepunkter for at så har skjedd. Da er ikke den teoretiske muligheten for at det kan foreligge forhold som Marti ikke har klart å identifisere, nok til å sette kontraktens dagmulkt- og fristforlengelsesmekaniske til side.

Dette gjelder i forhold til alle de rettsgrunnlagene Marti har påberopt, og selv om særlig enkelte av kontraktens delfrister var knappe. Som det går fram av rettens merknader i tilknytning til behandlingen av KOE 063, er ikke retten enig med Marti i at byggetiden i dette tilfellet var fastsatt i strid med kravene i byggherreforskriften § 5 annet ledd bokstav c. For retten er det derfor ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om hvilken virkning et slikt brudd i tilfelle ville hatt på det kontraktsrettslige forholdet mellom partene.

Dette betyr at dagmulktkravet må avgjøres etter kontraktens bestemmelser. Her er det to grunnleggende problemstillinger retten må ta standpunkt til.

En problemstilling knytter seg til hvor mange dager fristforlengelse Marti har krav på i tilknytning til de enkelte fristene. Dette har retten tatt stilling til ved avgjørelsen av de enkelte KOE'ne. Det som gjenstår, er å vurdere den samlede effekten av fristforlengelsene på de enkelte fristene, slik de er fastsatt i kontrakten. Disse vurderingene kommer retten tilbake til nedenfor.

En annen, mer grunnleggende, problemstilling gjelder hvilket tidspunkt de aktuelle milepælene ble nådd.

Når det gjelder den første delfristen, gjenåpning av fylkesveg 322 over Bergliportalen, er partene enige om at åpningen skjedde den 15. desember 2015. Når det gjelder de tre elektrodelfristene og sluttfristen, er partene enige om at disse ble nådd samtidig, men de er uenige om tidspunktet. Marti mener Vegvesenet pliktet å overta i forbindelse med en overtakelsesforretning som ble holdt 7. – 8. november 2017. Vegvesenet mener som nevnt at overtakelse først fant sted den 15. desember 2017.

Spørsmålet om når sluttfristen, og dermed også elektrodelfristene, ble nådd, må avgjøres med utgangspunkt i NS 8406 pkt. 24.3 «Byggherrens rett til å nekte overtakelse», som lyder slik:

Byggherren kan nekte å overta kontraktsarbeidet hvis det ved overtakelsesforretningen påvises slike mangler at disse eller utbedringen av dem vil hindre den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet.

Hvis byggherren urettmessig nekter å overta kontraktsarbeidet, skal overtakelse anses å ha funnet sted.

Den forutsatte bruken av kontraktsarbeidet i forbindelse med elektrodelfristene var at det resterende elektroarbeidet skulle komme i gang. Problemstillingen blir dermed om det ved overtakelsesforretningen 7. november 2017 ble påvist mangler som var så vesentlige at det hindret oppstart av disse arbeidene.

Et naturlig utgangspunkt for vurderingen er beskrivelsen av elektrodelfristene i anbudsinnbydelsen. I tilknytning til den første fristen – «Klart for elektroentreprenør mellom profil 0–2930» – er det angitt følgende:

For denne strekningen skal alle tunnel og vegarbeider (høyre veggrøft mellom profil 0-380) samt anleggselektro under stedkode KE1 og KE2 skal være ferdigstilt og dokumentert. Arbeider som kan slutføres etter denne dato er slitelag, rekkverk og pussarbeider.

En noenlunde tilsvarende beskrivelse var gitt for den andre fristen – «Klart for elektroentreprenør mellom profil 2930-6570».

Etter det retten kan se, var det ingen egentlige tunnelarbeider som gjensto den 7. november 2017. Riktignok var det ifølge befaringsprotokollen en god del utbedringer som skulle utføres, men ikke noe som i seg selv ville være til hinder for å slippe til elektroentreprenøren. Når det derimot gjaldt anleggselektro viser «Mangelsliste for anleggselektro» at det gjensto flere arbeider. Disse omfatter blant annet jordingen, som delvis ikke var utført, delvis ikke innmålt. Ifølge vitneforklaringen fra Martis



underentreprenør for anleggselektro hadde dette blant annet sammenheng med at Marti ikke hadde bestilt jordingsskinner i tide. Dessuten manglet ferdigdokumentasjon, blant annet i form av samsvarserklæring.

Lagmannsretten er kommet til at dette er mangler som, ut fra sin art, var til hinder for å fortsette videre elektroarbeider. På denne bakgrunn er lagmannsretten enig med tingretten i at Vegvesenet var berettiget til å nekte å overta Martis arbeider ved overtakelsesforretningen 7. november 2017.

Retten er også enig i at Vegvesenet kunne nekte å overta ved overtakelsesforretningen den 7. desember 2017. Da forelå riktignok både FDV-dokumentasjon og samsvarserklæring. Men samsvarserklæringen var først oversendt Vegvesenet dagen i forvegen, og Vegvesenet hadde ennå ikke hatt tid til å gjennomgå innholdet i den. Retten viser til at slik dokumentasjon ifølge kontrakten skulle oversendes 14 dager før planlagt overtakelse.

For fullstendighets skyld bemerker lagmannsretten at Martis anførsel om at manglende dokumentasjon ikke gir grunnlag for å nekte å overta, er klart uholdbar. Anførselen er basert på C3 Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 2.3 «Sanksjoner knyttet til mangelfull kvalitetsrapportering». Ifølge bestemmelsen kan entreprenøren ilegges en bot på 2 000 kroner pr. dag, hvis han ikke senest 14 dager etter å ha blitt gjort oppmerksom på at avtalt kvalitetsrapportering er mangelfull, ikke har rettet forholdet. Ifølge Marti utgjør dette en uttømmende regulering av byggherrens sanksjonsmuligheter ved manglende dokumentasjon.

Lagmannsretten er ikke enig. Sanksjonsbestemmelsen i C3 pkt. 2.3 knytter seg til pkt. 2.2 «Dokumentasjon», som i pkt. 2.2.1 - 2.2.5 stiller en rekke konkrete krav om løpende dokumentasjon underveis i byggearbeidet. Pkt. 2.2 omfatter ikke lovpålagte krav til dokumentasjon som byggherren er avhengig av for å kunne ta anlegget i bruk.

Også lagmannsretten må dermed konkludere med at overtakelse først skjedde den 15. desember 2017.

Sammenlignet med kontraktens frister før justering for fristforlengelse innebærer dette følgende:

Delfrist 1 er oversittet med 37 hverdager (31.10.2015 – 15.12.2015)  
Delfrist 2 er oversittet med 315 hverdager (03.12.2016 – 15.12.2017)  
Delfrist 3 er oversittet med 212 hverdager (04.04.2017 – 15.12.2017)  
Delfrist 4 er oversittet med 105 hverdager (15.08.2017 – 15.12.2017)  
Sluttfristen er oversittet med 78 hverdager (15.09.2017 – 15.12.2017)

Slik det ligger an i denne saken, er det ingen konkrete forhold som tilsier at forsinkelser det er gitt fristforlengelse for, har hatt større effekt enn summen av antall tilkjente dager i seg selv tilsier. Dette gjelder i forhold til alle fristene. Basert på tabellen ovenfor, summen av tilkjente og aksepterte fristforlengelser og de enkelte dagmulksatsene, kan dermed utregningen av Vegvesenets dagmulktkrav framstilles i følgende tabell:

<b>Delfrist</b>	<b>Hverdager forsinket</b>	<b>Dagmulkt sats</b>	<b>Dagmulkt</b>
Frist for gjenåpning av FV 332	$37 - 0 = 37$	50 000	1 850 000
Elektro del 1 (0-2930)	$315 - 45 = 270$	50 000	13 500 000
Elektro del 2 (2930 – 570)	$212 - 43 = 169$	50 000	8 450 000
Elektro (0-380)	$105 - 21 = 84$	50 000	4 200 000
Ferdigstillelse	$78 - 45 = 33$	400 000	13 200 000
			41 200 000

Av tabellen går det fram at samlet dagmulkt utgjør 41 200 000 kroner. Av det tilbakeholdte beløpet på 53 653 504 kroner har Marti dermed krav på å få utbetalt 12 453 504 kroner pluss renter, jf. domsslutningen pkt. 2.

### 5.10.2 Økte generelle kostnader («volumrigg»)

Kravet ble fremmet i forbindelse med sluttoppgjøret. Som grunnlag for kravet viste Marti til den såkalte volumriggbestemmelsen i kontraktens C3 Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 11. Med utgangspunkt i Martis sluttoppgjørssum på 780 301 088 kroner og den opprinnelige kontraktssummen på 536 535 042 kroner, beregnet Marti sitt krav på vederlag for økte generelle omkostninger til 19 011 264 kroner.

*Tingretten* tok ikke kravet til følge. Selv om *tingretten* tok i betraktning alle beløp tilkjent Marti (unntatt påslag for LPS), kom ikke sluttsummen for utførte arbeider (S) opp i et beløp som oversteg kontraktssummen (K) pluss 10 %. Dermed ga ikke C3 pkt. 11 grunnlag for å ta Martis krav om regulering for økte generelle omkostninger til følge.

Marti har anket, men redusert kravet noe som følge av at noen av enkeltkravene for *tingretten* er frafalt og/eller nedjustert.

*Marti* fastholder at sluttsummen for utførte arbeider (S) i dette tilfellet har økt med mer enn 10 % av kontraktssummen. Sluttsum for utførte arbeider skal inkludere alt vederlag for utført og godkjent arbeid, også LPS og vederlag for forlenget byggetid. Det skal ikke gjøres fradrag for dagmulkt. Basert på Martis berettigete krav (aksepterte og til avgjørelse nå) og en riktig forståelse av C3 pkt. 11 utgjør S nå 751 457 353 kroner. Av formelen følger det da at kravet for volumriggregulering blir 16 126 881 kroner.

*Staten* bestrider kravet. Vilkåret om at sluttsummen for utførte arbeider (S) må overstige kontraktssummen (K) med 10 %, innebærer i dette tilfellet at det først er ved en sluttsum for utførte arbeider (S) på 590 188 546 kroner at det blir aktuelt ved volumriggeregulering. I denne sammenheng er det et poeng at det bare er tilleggsnotaer for «utført arbeid» og «på kontraktens prisgrunnlag» som skal tas med i beregningen. En rekke av postene i Martis sluttoppgjør faller dermed utenfor når S skal fastlegges. Blant annet gjelder dette krav på LPS og alle krav om vederlag for forlenget byggetid. Det gjelder også krav basert på priser innhentet fra underentreprenør, f. eks. kravet under KOE 064. Når dette tas hensyn til, kommer S i denne kontrakten ikke over terskelverdien på 1,1K.

*Lagmannsretten* bemerker følgende:

Når arbeidsomfanget i et prosjekt øker, fører det normalt også til at entreprenørens generelle kostnader til rigg går opp. Vederlaget for rigg er imidlertid oftest angitt som en RS-post i kontrakten. For at entreprenøren skal få dekket økte riggkostnader som følge av økt arbeidsomfang, er det derfor vanlig at kontrakten inneholder særlige bestemmelser om riggeregulering.

En måte å gjøre det på er gjennom sjablongregler, slik C3 Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 11 er et eksempel på. Siden reguleringen skjer sjablongmessig, vil resultatet kunne bli både overkompensasjon og underkompensasjon. Når sjablongregler likevel ofte tas inn som en del av kontrakten, er det fordi mer nøyaktige metoder antas å føre til mer kompliserte sluttoppgjør.

Sett fra byggherrens side er det et poeng at en skjematisk volumriggbestemmelse blir utformet slik at den i størst mulig grad sikrer at bare reelle volumendringer tas i betraktning ved vurderingen av om, og i hvilken grad, entreprenøren har rett til regulering av sitt vederlag. Det er også et poeng å utforme regelen slik at endringsarbeider der entreprenørens direkte vederlag allerede inneholder et element til dekning av riggkostnader, blir holdt utenfor.

C3 pkt. 11 er utformet av Vegvesenet som en del av konkurransegrunnlaget. Statens anførsler for lagmannsretten om hvilke tilleggsnotaer som ifølge pkt. 11 skal tas i betraktning ved fastleggingen av om terskelen for riggeregulering er nådd, gjenspeiler disse poengene. Spørsmålet for lagmannsretten er om C3 pkt. 11 er utformet på en måte som gjør det tilstrekkelig klart at det var dette som var intensjonen. Målestokken er også her hvordan en «normalt forstandig tilbyder» vil forstå bestemmelsen.

Kontraktens C3 pkt. 11 «Faktura for sluttoppgjør» lyder slik:

Viser sluttoppgjøret, inklusiv tilleggsnotaer for utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag, en økning på mer enn 10 % av kontraktssummen, reguleres kontrakten

som følge av økte generelle omkostninger. Entreprenørens generelle omkostninger tillegges i så fall 10 % av utført arbeid over 10 % av kontraktssummen. Dette vederlaget beregnes etter følgende formel:

$$V = 0,1(S-1,1K)$$

der:

V = Vederlag for økte generelle omkostninger (kr)

S = Sluttsum for utført arbeider (kr)

K = Kontraktssum (kr)

Etter lagmannsrettens syn er det i hovedsak klart hvordan C3 pkt. 11 skal forstås. Ordlyden – «inkludert tilleggskrav for utført arbeid» – kan, særlig i lys av formålet med bestemmelsen, vanskelig forstås på annen måte enn at tilleggskrav for annet enn utført arbeid, ikke skal tas med ved fastleggingen av sluttsum for utførte arbeider (S). Det betyr konkret at rene LPS-notaer faller utenfor. Slik retten ser det, må det samme gjelde LPS-andelen av tilleggskrav akseptert eller tilkjent i forbindelse med sluttoppgjøret. Vederlag for forlenget byggetid skal etter rettens syn heller ikke tas med. Det gjelder KOE 164, de av kravene under KOE 165 hvor retten har tilkjent vederlag for forlenget byggetid, og byggetidsvederlagsdelen av øvrige KOE'er der Marti har fått medhold i vederlagsjustering på grunn av forlenget byggetid. Språklig sett er det ikke naturlig å anse dette som vederlag for utført arbeid, og reelt sett er vederlag for forlenget byggetid heller ikke uttrykk for at kontraktsarbeidet har økt i volum. Vederlag for økt arbeidsgiveravgift (KOE 041) og kaiavgift (KOE 047) er heller ikke vederlag for utført arbeid, har ikke noe med volumet av utført arbeid å gjøre, og faller av den grunn også klart utenfor.

Betydningen av vilkåret «etter kontraktens priser» er etter lagmannsrettens syn også i hovedsak klart. Det innebærer for det første at tilleggsvederlag som er fastsatt etter avtale underveis, typisk gjennom prisforespørsel, tilbud og aksept, faller utenfor. For det andre unntas tillegg der vederlaget er beregnet på basis av de faktiske kostnadene ved å få arbeidet utført av en underentreprenør. I disse tilfellene er det grunn til å anta at eventuelle ekstra riggekostnader allerede er tatt høyde for. Om riggekostnader rent faktisk inngår i vederlaget eller ikke, er uten betydning når det gjelder spørsmålet om en konkret post skal inngå i fastleggingen av S eller ikke. Retten minner her om at C3 pkt. 11 er en sjablongregel, og at formålet nettopp er å forenkle sluttoppgjøret ved bruk av generelle kriterier. Det betyr konkret at de drøyt 20 millioner kroner som Marti får tilkjent under KOE 064 (Sjødumpingskravet) faller utenfor det som skal hensyntas ved fastsettingen av S.

På den annen side vil krav på tilleggsvederlag for utført arbeid som faktisk er beregnet etter kontraktens priser, falle innenfor. Dette omfatter etter rettens syn ikke bare krav beregnet etter enhetsprisene, men også etter enhetspriser for i det vesentlige likeartede

ytelser (NS 8406 pkt. 22.2 andre ledd) og for justerte enhetspriser (tredje ledd). Også tilleggsvederlag basert på kontraktens regningsarbeidspriser omfattes. Konkret betyr det at beløpene for utført arbeid under KOE 038, KOE 026, KOE 081, KOE 144, KOE 143, KOE 123 og KOE 131 omfattes.

Derimot er det etter rettens syn uklart hvordan C3 pkt. 11 skal forstås når det gjelder fradrag for mangler. Også mangelfullt utført arbeid krever rigg, og det er ikke noe i ordlyden i pkt. 11 som uttrykkelig gir holdepunkt for at slikt arbeid ikke skal tas med ved fastleggingen av sluttsum for utførte arbeider. Denne uklarheten må her gå ut over Vegvesenet, som har utformet bestemmelsen. Det betyr at lagmannsretten ikke er enig med tingretten i at Vegvesenets aksepterte S kan legges til grunn som utgangspunkt for beregningen av riktig S. Vegvesenet hadde i sin beregning gjort fradrag for mangelskrav med til sammen 920 739 kroner. Dette beløpet må, etter lagmannsrettens syn, komme i tillegg.

Når det gjelder Martis anførsel om at det også er gjort fradrag for dagmulkt, kan ikke lagmannsretten se at dette faktisk er riktig. Slik tingretten redegjør for beregningen av S, har Vegvesenet først summert alle A-notaer, godkjente T-notaer og «andre fakturaer», og deretter trukket fra mangelskravet. Det er ikke spor av at det er gjort fradrag for dagmulkten. Etter lagmannsrettens syn må det foreligge en misforståelse her. Lagmannsretten tar derfor, på samme måte som tingretten, utgangspunkt i Vegvesenets tall. Justert for mangelskravet er dette på 532 997 422 kroner.

Under saken for tingretten godtok staten å betale for blant annet deler av sjødumpingskravet (etter kontraktens priser) og for kostnader ved fylling av stein i mudringsgropa (etter anvendelige kontraktspriser). Til sammen utgjør dette beløp i størrelsesorden 10 millioner kroner. For lagmannsretten er det uklart om dette er medregnet i det beløpet på 532 997 422 kroner, som retten tar utgangspunkt i ved sin beregning av S. For resultatets del spiller det imidlertid ingen rolle. Uansett utgjør summen av tilkjent vederlag for utført arbeid under de KOE'ne som er nevnt over, bare ca. 3,3 millioner kroner. Det betyr at Marti ikke er i nærheten av å passere terskelen for rett til regulering etter C3 pkt. 11 («volumrigg»).

Marti kan derfor ikke tilkjennes noe under dette kravet.

### **5.10.3 «Indeksjustering»**

Dette er krav Marti først fakturerte 15. juni 2018, altså etter sluttoppgjørsfristen. Bakgrunnen for kravet er at indekstallet for første kvartal 2018 ikke forelå da slutfakturaen måtte sendes. Marti benyttet derfor i stedet indekstallet for fjerde kvartal 2017 ved sine beregninger av LPS-regulering ved sluttoppjøret. Dette innebar en

oppjusteringsfaktor på 8,58 %. Da indekstallet for første kvartal 2018 var klart, viste det seg at riktig faktor for første kvartal 2018 var 10,22 %. Fakturaene som ble sendt 15. juni 2018 tok sikte på å korrigere for differansen mellom det riktige indekstallet og det som var benyttet. Hjemmelen for slik «etterfakturering» finnes i NS 8406 pkt. 25.1 fjerde ledd andre punktum. Etter det lagmannsretten kan se, var det samlede oppjusteringskravet på 6 216 073 kroner.

*Tingretten* la, blant annet ut fra sitt resultat når det gjaldt Martis ulike krav på vederlagsjustering, til grunn at riktig oppjusteringsbeløp i utgangspunktet var på 936 055 kroner. Siden overtakelsen etter tingrettens syn var forsinket på grunn av forhold Marti var ansvarlig for, tilkjente tingretten Marti bare halvparten av dette. Tingretten begrunnet reduksjonen ved å vise til bestemmelsen i NS 3405 pkt. 3.3.

Begge parter har anket.

*Marti* fastholder at det er grunnlag for full justering, men har for lagmannsretten redusert kravet noe. Bakgrunnen er at en del av de underliggende postene i kravsberegningen er frafalt eller redusert. Kravet for lagmannsretten er på 4 400 668 kroner.

*Staten* bestrider kravet. Prinsipalt bestrides det underliggende beregningsgrunnlaget, i den utstrekning det knytter seg til tilleggskrav som staten mener er uberettiget. Subsidiært peker staten på at retten til prisregulering er begrenset til å gjelde tilleggsnotaer for utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag. Det følger av C3 Spesielle kontraktsbestemmelser pkt. 8. Dermed faller blant annet vederlag for forlenget byggetid utenfor. Uansett var det riktig av tingretten å redusere beløpet med 50 %, siden Marti var ansvarlig for forsinkelsen som førte til at sluttavregningen skulle skje i en periode hvor indekstallet var økt til 10,22.

*Lagmannsretten* er enig med staten i at det bare er tilleggsnotaer for utført arbeid basert på kontraktens prisgrunnlag som er gjenstand for LPS-regulering. Slik retten har beregnet vederlaget for forlenget byggetid, betyr det at vederlag for forlenget byggetid ikke skal tas med i grunnlaget for oppjusteringen fra 8,58 til 10,22 %. Det samme gjelder vederlag for tillegg som er avtalt uavhengig av priser i kontrakten og vederlag fastsatt ut fra faktiske priser på det aktuelle tidspunktet, f.eks. krav fra Martis underentreprenører.

Dette innebærer i praksis at det bare er følgende to tilleggsvederlag som det er aktuelt å justere opp med differansen mellom 8,58 og 10,22 % for første kvartal 2018:

KOE 144, hvor Marti har fått tilkjent 66 655 kroner. Oppreguleringsgrunnlaget var på 50 765 kroner. Oppjustering fra 8,58 til 10,22 % utgjør 833 kroner.

KOE 143, hvor Marti har fått tilkjent 135 942 kroner i tilleggsvederlag. Oppreguleringsgrunnlaget var på 125 200 kroner. Oppjustering fra 8,58 til 10,22 % utgjør 2 053 kroner.

I tillegg kommer følgende KOE'er hvor det i utgangspunktet er tilkjent beløp uten indeksregulering:

KOE 038: Her har Marti fått tilkjent 824 958 kroner basert på kontraktens enhetspriser. Beløpet er, etter det retten kan se, ikke indeksregulert med 8,58 % i Martis krav foran. Retten er dermed enig med tingretten i at dette beløpet skal reguleres med 10,22 %. Dette utgjør 84 311 kroner.

KOE 026: Marti har fått tilkjent 108 219 kroner. Av dette var 101 470 kroner utmålt på bakgrunn av enhetspriser. Dette beløpet er ikke tidligere indeksregulert og skal også reguleres med 10,22 %. Det utgjør 10 370 kroner.

KOE 123: Marti har fått tilkjent 591 272 kroner basert på kontraktens priser. Beløpet er ikke tidligere indeksregulert og skal reguleres med 10,22 %. Dette utgjør 60 428 kroner.

KOE 131: Marti har fått tilkjent med 60 295 kroner, basert på enhetspriser. Indeksregulering med 10,22 % gir et påslag på 6 162 kroner.

Summen av disse enkeltbeløpene utgjør 164 157 kroner. Av dette utgjør indeksjustering for differansen mellom 8,58 og 10,22 %, etter det retten kan se, 28 765 kroner. Spørsmålet er om Marti har krav på hele denne delen av beløpet, eller om det på grunn av forsinkelse skal reduseres med halvparten, slik staten gjør gjeldende.

Nærmere bestemmelser om reguleringsretten ved forsinkelse går fram av NS 3405 pkt. 3.3, som lyder slik:

Hvis overtagelse av byggeobjektet blir forsinket av grunner som entreprenøren er ansvarlig for, skal endringene for den forsinkede delen beregnes som om overtagelse var skjedd i den avregningsperioden overtagelsen skulle ha funnet sted. Slike beregninger skal utføres i henhold til denne standarden. Det beregnede endringsbeløpet for den forsinkede delen reduseres med 50 %.

Bestemmelsen er ikke helt klar. Slik retten forstår regelen i første punktum, innebærer den antagelig at det i denne saken faktisk hadde vært riktig å legge indekstallet for fjerde kvartal 2017 til grunn for indeksreguleringen i forbindelse med sluttoppgjøret. Dette påstandsgrunnlaget er imidlertid ikke påberopt fra statens side, og lagmannsretten går derfor ikke nærmere inn på dette, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd.

Når det gjelder bestemmelsens siste punktum, som staten *har* påberopt, gjelder den etter ordlyden «det beregnede endringsbeløpet for den forsinkede delen», altså den delen av indeksreguleringsbeløpet som knytter seg til arbeid utført i forsinkelsesperioden. Når Martis berettigete krav på fristforlengelse på sluttfristen tas i betraktning, vil det si arbeid utført etter 8. november 2017. Etter det lagmannsretten kan se, er det da i realiteten ingen del av indeksreguleringsbeløpet som rammes av denne 50 % regelen.

Det innebærer at Marti skal tilkjennes hele beløpet på 164 157 kroner som ekstra indeksjustering.

#### **5.10.4 «MVA på dagmulkt»**

Kravet er på 13 413 376 kroner og ble fremmet i forbindelse med sluttoppgjøret. Bakgrunnen for kravet er at Vegvesenet, ved betaling av Martis avdragsnotaer, har holdt tilbake sitt krav på dagmulkt ved å trekke dagmulktbeløpet fra fakturabeløpet før påslag for merverdiavgift. Dermed har Vegvesenets redusert sitt merverdiavgiftsgrunnlag overfor Marti. Ifølge Marti har Vegvesenet på den måten innbetalt mindre merverdiavgift til Marti enn Marti har innberettet avgiftsplikt for til staten. Økonomisk sett gir dette samme effekt som om dagmulkt hadde vært trukket med kontraktens dagmulksatser pluss merverdiavgift.

*Tingretten* har ikke tatt uttrykkelig stilling til dette kravet. Ifølge Marti skyldes det at kravet var inkludert i Martis samlede påstand for tingretten. Dette hadde, ifølge Marti, sammenheng med at staten fram til kort før hovedforhandlingen i tingretten gjorde gjeldende at 10 % - taket for dagmulkt skulle beregnes ut fra kontraktssummen pluss merverdiavgift.

*Marti* gjør for lagmannsretten gjeldende at Vegvesenet plikter å innbetale til Marti for mye tilbakeholdt dagmulkt/for lite innbetalt merverdiavgift med til sammen 13 413 376 kroner, pluss forsinkelsesrenter fra det enkelte tilbakeholdet. Kravet er berettiget uansett hva retten ellers måtte mene om Vegvesenets dagmulktkrav. Det følger av kontrakten mellom partene at Martis eventuelle plikt til å betale dagmulkt er begrenset til det som følger av kontraktens dagmulksatser. Marti viser til kontraktens ordlyd og til LH-2016-93008, som gjaldt en tilsvarende problemstilling.

*Staten* bestrider kravet. Kontraktens ordlyd er ikke til hinder for å trekke dagmulkt fra avgiftsgrunnlaget før merverdiavgift. Dette er også i tråd med lang avgiftspraksis, basert på tungtveiende system- og formålsbetraktninger. LH-2016-93008 er feil. Det er lagt for stor vekt på ordlyden («betaler»), og for liten vekt på system- og formålsbetraktninger, samt på langvarig avgiftspraksis. Det vises til finansdepartementets brev av januar 1976 og uttalelser i merverdiavgiftshåndboka til § 4-1 første ledd. Når det gjelder den økonomiske



effekten, peker staten på at entreprenøren, når dagmulktkravet er endelig fastslått, vil kunne utstede kreditnota og kreve at avgiftsmyndigheten korrigerer tidligere avgiftsoppgjør. I den utstrekning trukket dagmulkt ikke overstiger det endelige dagmulktbeløpet, vil da entreprenøren ikke ha betalt for mye merverdiavgift. Det som eventuelt kan kreves hos byggherren er erstatning for likviditetsbelastningen i form av avsavnsrente. I den utstrekning trukket dagmulkt overstiger endelig fastslått dagmulktansvar, vil entreprenøren ha krav på oppgjør som om motregning ikke hadde skjedd på de aktuelle fakturaene, med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall. I dette tilfellet har for øvrig Marti fra januar 2017 sendt kreditnotaer underveis for å redusere avgiftsgrunnlaget. Ved sluttoppjøret ble avgiftsgrunnlaget igjen økt med 10 321 685 kroner, da Marti sendte inn faktura S-17-2055. Denne står fortsatt ubetalt.

*Lagmannsretten* er enig med Marti.

Slik denne kontrakten er utformet, er det på det rene at dagmulkt som eventuelt påløper skal betales av Marti med de satsene som er angitt i kontrakten, uten tillegg av merverdiavgift.

Hvis det påløper dagmulkt, er det også på det rene at Vegvesenet er berettiget til å holde tilbake et tilsvarende beløp i forbindelse med betaling av fakturaer fra Marti. Dette siste følger direkte av NS 8406 pkt. 23.3 niende ledd.

Bestemmelsen sier ikke uttrykkelig at tilbakeholdet skal skje i fakturabeløpet med tillegg av merverdiavgift. Men slik må det nødvendigvis være. Hvis trekket foretas i fakturabeløpet uten tillegg av merverdiavgift, slik Vegvesenet har gjort her, blir det umiddelbare resultatet – i tillegg til at Vegvesenet uberettiget oppnår å redusere sitt eget avgiftsgrunnlag – at Marti i praksis blir utsatt for en økonomisk belastning som er større enn påløpt dagmulkt. Både ordlyden og systembetragtninger trekker derfor, etter lagmannsrettens syn, entydig i retning av at tilbakehold for dagmulkt skal skje i fakturabeløpet med tillegg av merverdiavgift.

At Marti i ettertid kan oppnå å få reparert skaden gjennom korrigering av avgiftsoppjøret hos avgiftsmyndigheten og gjennom krav om erstatning for likviditetstapet fra Vegvesenet, er etter rettens syn ikke noe argument for at Vegvesenets praksis er i samsvar med kontrakten. Tvert om tyder behovet for slike etteroppgjør på at Vegvesenets praksis er gal.

Selve beregningen av kravet har ikke Vegvesenet hatt innvendig mot. Lagmannsretten tilkjenner på denne bakgrunn Marti 13 413 376 kroner under posten «MVA på dagmulkt», jf. påstanden pkt. 3. Av dette knytter 12 902 105 kroner seg til faktura S-17-2055, som hadde forfall 11. juni 2018. Resten knytter seg, etter det retten forstår, til fakturaer fra november og desember 2015.

### 5.10.5 Ekstra vederlagsjustering for samlet forlenget byggetid (søndager mv.)

Som nevnt under pkt. 5.2 om fristforlengelser vil ikke antall tilkjente dager fristforlengelse automatisk tilsvare det antall kalenderdager forlenget byggetid som byggherreforholdene har medført, og som byggherren dermed skal betale vederlag for. Det skyldes at lagmannsretten har utmålt fristforlengelsene i arbeidsdager (hverdager), mens byggetiden også omfatter søndager og andre dager det ikke blir arbeidet.

*Tingretten* håndterte denne problemstillingen i dommens pkt. 4.5.8 «Rigg og drift grunnet fristforlengelse». *Tingretten* tok her utgangspunkt i at den samlede fristforlengelsen *Marti* ble tilkjent på sluttfristen – 27 arbeidsdager – førte til at sluttfristen ble forskjøvet fra 15. september til 16. oktober 2017, og at det innenfor denne perioden var det fem søndager. I og med at *tingretten* under de enkelte KOE'ne bare hadde tilkjent vederlag for forlenget byggetid for det antall dager *Marti* hadde fått tilkjent som fristforlengelse, hadde det så langt ikke blitt utmålt noe tidsvederlag for disse søndagene. Derfor tilkjente *tingretten* under dette punktet vederlag for ytterligere fem dager forlenget byggetid. Vederlaget ble tilkjent med den dagsatsen *tingretten* benyttet for drivefasen. Begrunnelsen var at tyngdepunktet av *tingrettens* fristforlengelsesdager gjaldt forhold fra drivefasen. Dette ga et ekstra tidsvederlag til *Marti* på 1 850 960 kroner.

*Marti* mener prinsipielt at vederlag for forlenget byggetid skal baseres på fristforlengelser utmålt etter *Martis* faktorsystem. Da blir det ingen forskjell mellom samlet fristforlengelse og samlet forlenget byggetid som byggherren er ansvarlig for. Subsidiært gjør *Marti* gjeldende at *tingrettens* justering uansett er for lav. Grunnen er at *tingretten* ikke har tatt hensyn til at det i drive- og etterarbeidsfasen bare ble arbeidet halve lørdager. På denne bakgrunn mener *Marti* at det skal gis vederlag for til sammen ytterligere 3 hele dager.

*Staten* bestrider, slik retten forstår det, at *Marti* har krav på ekstra tillegg for forlenget byggetid ut over det *tingretten* har tilkjent.

*Lagmannsretten* tar utgangspunkt i at vederlaget for forlenget byggetid skal dekke entreprenørens merkostnader (pluss påslag) ved at byggetiden blir forlenget på grunn av forhold byggherren har risikoen for. Det som skal dekkes er, i prinsippet, differansen mellom kostnadene ved den faktiske byggetiden og det kostnadene ville vært, dersom byggherreforholdene tenkes borte.

Som påpekt under pkt. 5.3 innebærer dette i praksis at vederlaget for forlenget byggetid må fastsettes temmelig skjønnsmessig.

Ved utmålingen av vederlaget under de enkelte KOE'ne har lagmannsretten forankret skjønnet i to størrelser, nemlig fristforlengelsen (i arbeidsdager) og flertallets dagsats for tidskostnader i den aktuelle fasen (i kroner). Selv om begge disse størrelsene i seg selv er

skjønnsmessig fastslått, er det etter lagmannsrettens syn likevel prinsipielt riktig å foreta en samlet justering til slutt for den delen av den samlede byggetidsforlengelsen som summen av KOE'ne ikke dekker. Etter lagmannsrettens syn er den metoden tingretten har brukt, også den

Lagmannsretten har tilkjent i alt 42 dager fristforlengelse på sluttfristen. I tillegg kommer de tre dagene fristforlengelse som Vegvesenet har godtatt. Samlet bringer disse 45 hverdagene den forlengede byggeperioden som Vegvesenet er ansvarlig for fra 15. september til 8. november 2017. I denne perioden er det 8 søndager, som Marti skal ha vederlag for.

I samme periode er det også 8 lørdager. Under henvisning til at Marti bare arbeidet halv dag på lørdager i drive- og etterarbeidsfasen, og til at forlengelsen av byggetiden skjedde i disse fasene, gjør Marti gjeldende at hver ekstra lørdag utgjør en halv dags ekstra tidskostnad, som i så fall skal kompenseres på samme måte som de ekstra søndagene. Staten har, etter det retten kan se, ikke hatt konkrete innvendinger til dette synspunktet. Ved justeringen av vederlaget for forlenget byggetid legger lagmannsretten derfor til grunn at justeringen skal kompensere for til sammen 12 dager mer enn det Marti samlet sett har fått vederlag for under de enkelte KOE'ne.

Den klart største delen av den forlengede byggetiden som Vegvesenet er ansvarlig for, knytter seg til forsinkelser i etterarbeidsfasen. Lagmannsretten legger derfor flertallets dagsats for etterarbeidsfasen til grunn for justeringen av tidsvederlaget. Marti tilkjennes på denne bakgrunn et ekstra vederlag for forlenget byggetid med 3 360 000 kroner.

## 5.11 Oppsummering og sakskostnader (flertallet)

### 5.11.1 Oppsummering

Samlet kan utfallet av saken etter dette oppsummeres i følgende tabell:

Krav	Resultat i tingretten	Krav anke avledet anke	Resultat i lagm.rett	Hvorav for byggetid
KOE 014	Økte mengder Bergli	0	1 838 537	0
KOE 020	Manglende grunnlagsdata	44 675	391 427	0
KOE 063	Forbud mot nattarbeid	0	69 989 544	1 200 000
KOE 096	Bytting fra dumper til lastebil	0	21 356 102	0
KOE 019	Bytte av vegbane	0	5 102 815	0
KOE 040	ID-kort	2 893 551	3 938 812	2 299 249
			2 419 249*	1 800 000*

KOE 041	Økning - arbeidsgiveravgift	4 847 479	4 847 479	4 847 479	0
KOE 047	Økning - kaiavgift Kåfjord	1 097 549	1 097 549	1 097 549	0
KOE 038	Manglende prosess og endrete lengder (mudring)	4 007 347	6 496 296	824 958	0
KOE 064	Kansellert sjødeponi	26 097 395	20 552 038	20 552 038	0
KOE 097	Manglende prosess opplasting og transport fra mellomlager Monsa	0	3 546 432	0	0
KOE 026	Feil målsetting på nisjer	108 219	108 219	108 219	0
KOE 045	Forgraving for spunting	0	289 650	0	0
KOE 105	Kostnader betongblander.	0	7390566	0	0
KOE 080	Sprenging av ekstra grøft for høyspent OPI-kanal foran TB 5	3 835	349 502	0	0
KOE 077	Feil i stikningsdata.	0	642 229	280 000	280 000
KOE 078	Pigging av fire ekstra grøfter fra TB til hovedgrøft	341 243	747 142	0	0
KOE 075	Stopp arbeid i påsken 2017	1 364 972	3 769 561	1 131 907	1 120 000
KOE 076	Stopp arbeid røde dager i mai - juni 2017	1 706 215	4 736 603	1 443 199	1 400 000
KOE 088	Uoverensstemmelse mål på utsparinger	0	321 114	196 000	196 000
KOE 081	Sen endring av sprengningsprofiler	6 242 521	17 728 103	5 700 000	4 200 000
PF 011	Tre ekstra trafobrygg	0	2 568 916	0	0
KOE 117	Brannseksjonering	0	530 443	66 053	0
KOE 144	Sprøytebetongbuer som måtte kuttes ved trekkerør	66 655	415 321	346 655	280 000
KOE 090	Utvidet bankett Monsastubergan	741 043	1 284 458	560 000	560 000
KOE143	Bytting fra Oldroyd til PE-skum	506 464	1 158 673	695 942	560 000
KOE 109	Antennemast	0	582 528	280 000	280 000
KOE 164	Kostnad forlenget byggetid (aksepterte EO og fristforlengelser)	1 111 565	1 743 337	547 068	547 068
KOE 071	Manglende prosess - stein til plastring	0	5 126 096	0	0
KOE 123	Grøft sjøutslippsledning Monsa	591 272	789 798	591 272	0
KOE 162	Forsering i fase 3 og 4	0	26 766 833	0	0
KOE 084	Betongbankett bak betongrekkverk	0	2 600 000	160 000	160 000
KOE 131	Pigging for jording og samlet fremføring til nødskap	60 295	60 295	60 295	0
	Dagmulkt	1 976 594	53 653 504	12 453 504	0
	Økte generelle kostnader	0	19 011 254	0	0
	Indeksjusteringer	468 028	6 128 074	164 157	0
	Mva på dagmulkt		13 413 376	13 413 376	0
	Ekstra vederlagsjustering for samlet forlenget byggetid	1 850 960		3 360 000	3 360 000
	SUM	54 276 917	311 072 626	<del>69 018 920</del> 72 498 910*	<del>12 463 068</del> 12 583 068*

Samlet tilkjennes Marti altså ~~69 018 920~~ 72 498 910\* kroner. Av dette gjelder ~~43 152 050~~ 46 632 040\* kroner vederlagsjustering (domsslutningen pkt. 1), 12 453 504 kroner for mye tilbakeholdt dagmulkt (domsslutningen pkt. 2) og 13 413 376 kroner uriktig tilbakeholdt merverdiavgift (domsslutningen pkt. 3).

### 5.11.2 Sakskostnader

Sakskostnadskravene er betydelige. For lagmannsretten krever Marti tilkjent 9 470 218 kroner. Av dette er 6 579 122 kroner advokatsalær (uten merverdiavgift) og 2 584 895 kroner internkostnader hos Marti. Kostnadsoppgaven for tingretten lød på 12 709 760 kroner. I tillegg kommer rettsgebyret for begge instanser, samt Martis andel av tingrettens utlegg til de fagkyndige meddommerne. Statens krav for lagmannsretten er på til sammen 5 796 635 kroner. Av dette utgjør salær til prosessfullmektigene 4 405 618 kroner advokatsalær (med merverdiavgift). Kostnadsoppgaven for tingretten var på 7 815 708 kroner.

Begge parter har anket tingrettens dom. Martis påstand i anken var at staten skulle dømmes til å betale 325 635 438 kroner med tillegg av merverdiavgift og renter. Statens påstand i den avledete anken var at staten skulle frifinnes mot å betale 10 041 371 kroner til Marti. Dette beløpet knyttet seg til poster som var erkjent for tingretten, og beløpet er seinere blitt utbetalt. Derfor var statens påstand i innledningsforedraget for lagmannsretten at staten skulle frifinnes.

Sakskostnadene for lagmannsretten skal avgjøres ut fra det samlede resultatet. Som det går fram av oppstillingen ovenfor, kan da ingen av partene sies å ha vunnet saken, verken «fullt ut eller i det vesentlige», jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd.

Begge parter har imidlertid fått medhold av betydning. Økonomisk sett oppnår Marti å bli tilkjent til sammen ~~69 018 920~~ 72 498 910\* millioner kroner. Selv om beløpet bare utgjør en brøkdel av påstandsbeløpet i anken, er dette en betydelig sum. Staten oppnår i realiteten å bli frifunnet for et vesentlig høyere beløp.

Etter tvisteloven § 20-3 kan en part som har fått medhold av betydning tilkjennes sakskostnader av motparten hvis «tungtveiende grunner tilsier det». Hvilke momenter det særlig skal legges vekt på ved denne vurderingen går fram av § 20-3 andre punktum, jf. § 20-2 andre ledd.

Flertallet tar utgangspunkt i den økonomiske siden av saken. Rent økonomisk har staten fått betydelig mer medhold enn Marti. Hvor stor andel av sakskostnadene som knytter seg til de delene av saken staten har fått medhold i, er imidlertid vanskelig å anslå. Som det går fram av dommen ovenfor, er det mange krav, og de enkelte kravenes størrelse gjenspeiler ikke nødvendigvis hvor mye tid og krefter som er lagt ned i behandlingen av dem.

Et stort krav staten har fått delvis medhold i, og som det samtidig knytter seg betydelige kostnader til, er KOE 063 - Forbud mot nattarbeid. Men her var det, i tillegg til det økonomiske, også sentralt for staten å få medhold i at Vegvesenet ikke hadde opptrådt illojalt overfor Marti. Og på dette punktet går lagmannsrettens avgjørelse staten imot. Det samme gjelder for KOE 096 – Bytte fra dumper til lastebil. Dette var også et stort krav rent

økonomisk. Men siden statens interesse også her i stor grad gjaldt det rettslige grunnlaget, hvor staten ikke fikk medhold, kan den økonomiske siden av kravet likevel ikke tillegges full vekt. Av andre store krav som det er relevant å ta i betraktning i denne forbindelse, nevner flertallet særskilt de kravene Marti frafalt under saksforberedelsen kort før ankeforhandlingen. Når det gjelder disse, antar imidlertid flertallet at deres relative andel av kostnadene for lagmannsretten er beskjeden.

På denne bakgrunn er flertallet kommet til at det ikke foreligger tungtveiende grunner som tilsier at staten bør tilkjennes hel eller delvis erstatning for sine kostnader.

Etter flertallets syn foreligger det på den annen side heller ikke tungtveiende grunner som tilsier at Marti bør tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten. Det gjelder selv om Marti, som nevnt, fikk medhold i et betydelig beløp. Hvor stor andel av sakskostnadene som knytter seg til krav Marti fikk medhold i, er også vanskelig å anslå. Det største enkeltkravet Marti fikk medhold i, KOE 064 – Kansellert sjødeponi, var oversiktlig, både faktisk og rettslig. Dette kravets relative andel av sakskostnadene er derfor antagelig mindre enn kravets relative andel av både påstandsbeløpet og domsresultatet. De rent økonomiske momentene alene utgjør derfor ingen tungtveiende grunn. Etter flertallets syn kan det heller ikke legges stor vekt på at staten i praksis har motsatt seg reelle forhandlinger om sluttoppgjøret. Martis sluttoppgjørskrav besto for en stor del av meget store enkeltkrav som verken var konkret varslet underveis eller basert på kontrollerbare holdepunkter. Flertallet har derfor forståelse for at Vegvesenet ikke ville innlate seg i forhandlinger på et slikt grunnlag.

Det betyr at det etter flertallets syn heller ikke foreligger tungtveiende grunner for å tilkjenne Marti hele eller delvise sakskostnader.

Hver av partene må dermed bære egne sakskostnader for lagmannsretten.

Sakskostnadene for tingretten skal vurderes med utgangspunkt i lagmannsrettens resultat målt opp mot påstandene i stevning og tilsvar. Også her er vil vurderingstemaet dermed være om tungtveiende grunner tilsier at en av partene bør tilkjennes sakskostnader etter unntaksregelen i tvisteloven § 20-3. Etter flertallets syn er det ingen grunn til å vurdere dette spørsmålet annerledes for tingretten enn for lagmannsretten. Resultatet må dermed bli at partene bærer egne sakskostnader for tingretten også.

## **5.12 Oppsummering og sakskostnader (mindretallet)**

Mindretallet er enig med flertallet i alle avgjørelsene, unntatt de delene som gjelder vederlag for forlenget byggetid. Her mener mindretallet at flertallet har lagt til grunn for høye dagsatser. Mindretallet viser til sin dissens om dette under pkt. 5.3.

Mindretallet har ikke forsøkt å regne ut nøyaktig hvor stort utslag denne uenigheten gir seg på sluttresultatet. Det er snakk om et beløp i størrelsesorden 4-5 millioner kroner, avhengig av hvordan post A12.12 fordeles på de ulike periodene. Med tanke på sakskostnadene er dette uten betydning. Også mindretallet mener, ut fra sitt standpunkt til vederlaget for forlenget byggetid, at begge parter må bære egne sakskostnader både for tingretten og lagmannsretten.

Dommen blir avsagt i samsvar med flertallets standpunkt.

Det har vært mange tvistepunkter i saken. Derfor er ikke dommen avsagt innen lovens frist.

## DOMSSLUTNING

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale ~~43-152-152~~ 46 632 040 – førtiseksmillionersekshundreogtrettitiosusenogførti –\* kroner til Marti Nordnes DA i tilleggsvederlag, med tillegg av merverdiavgift og lovens forsinkelsesrente fra forfall av den enkelte faktura til betaling skjer.
2. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale 12 453 504 – tolvmillionerfirehundreogfemtittretusenfemhundreogfire – kroner til Marti Nordnes DA for tilbakeholdt dagmulkt, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall av den enkelte faktura til betaling skjer.
3. Staten v/ Samferdselsdepartementet dømmes til å betale 13 413 376 – trettenmillionerfirehundreogtrettentusentrehundreogøttiseks – kroner til Marti Nordnes DA for tilbakeholdt merverdiavgift med, tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall av den enkelte faktura til betaling skjer.
4. Oppfylleelsesfristen for pkt. 1 – 3 er 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
5. Sakskostnader tilkjennes ikke, verken for tingretten eller lagmannsretten.

Frode Stock

Henriette Nazarian

Bernt Krohg

\*Rettet i medhold av tvisteloven § 19-8 første ledd.

Tromsø 28.04.2022

Frode Stock  
lagdommer